

2006  
1  
Vol. LVIII

REVISTA ESPAÑOLA DE  
DERECHO  
INTERNACIONAL



MINISTERIO  
DE LA PRESIDENCIA



BOLETÍN  
OFICIAL DEL  
ESTADO

**AEPDIRI**

*Asociación Española de Profesores  
de Derecho Internacional y  
Relaciones Internacionales*







REVISTA ESPAÑOLA  
DE  
DERECHO INTERNACIONAL

El origen de la *Revista Española de Derecho Internacional* 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* corresponde, actualmente, a la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales. El carácter multidisciplinar de los componentes de la Asociación convierte a la *Revista* en una publicación de contenido ambicioso, pues incluye 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 cinco décadas, no sólo por lo que se refiere a los miembros de la Asociación, sino también por la valiosa colaboración de otros especialistas extranjeros, especialmente iberoamericanos y europeos.

Es preciso destacar que en esta publicación científica los contenidos doctrinales no son los únicos ni los más relevantes o significativos, pues consta de otras secciones, como las que hacen referencia a la práctica, jurisprudencia y bibliografía españolas, que permiten a los restantes miembros de la comunidad científica internacional tener un importante conocimiento de lo que sucede en España y en su entorno.

La publicación de trabajos y contribuciones en la *Revista* está abierta a todos los especialistas nacionales y extranjeros, con preferencia, en este caso, de los integrantes de la Comunidad Iberoamericana y de la Unión Europea. Los únicos criterios de contenido determinantes para la publicación en las diferentes secciones de la *Revista* de los trabajos que se reciban o se soliciten 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. Por lo que se refiere a los caracteres formales, los artículos destinados a la sección *Estudios* no deberán exceder de 40 páginas a doble espacio en papel formato DIN A4, soporte papel e informático (disquete o CD-ROM en Windows Microsoft Word 97, 98 ó 2000; tipo de letra Times New Roman) e irán acompañados de un resumen en inglés y francés cuya extensión no debe superar una página a doble espacio; los artículos dirigidos a la sección de *Notas* no sobrepasarán las 18 páginas a doble espacio, ajustadas a las mismas características formales pero sin resúmenes en otros idiomas. Existe una Hoja de Estilo que se puede obtener en la página web de la Asociación. Los interesados podrán remitir sus aportaciones al Secretario de la Revista (Departamento de Derecho Internacional Público y Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, avda. Complutense, s/n, Ciudad Universitaria, 28040 Madrid, España, correo electrónico pdmigue@der.ucm.es) o a la Directora (Departamento de Derecho Público, Universidad de Oviedo, avda. del Cristo, s/n, 33006 Oviedo, España, correo electrónico pandres@uniovi.es).

Las iniciativas de colaboración relativas a las secciones de *Jurisprudencia*, *Información* y *Documentación* y *Bibliografía* serán planteadas a los respectivos coordinadores de las mismas, que en la actualidad son los siguientes: en la sección de *Jurisprudencia*, los profesores J. Quel López, para Derecho Internacional Público, y S. Álvarez González, para Derecho Internacional Privado; en la sección de *Información* y *Documentación*, los profesores A. Borrás Rodríguez, para Derecho Internacional Privado, C. Gutiérrez Espada, para Derecho Internacional Público, y E. Barbé Izuel, para Relaciones Internacionales; en la sección de *Bibliografía*, los profesores R. Arenas García, para Derecho Internacional Privado, A. Mangas Martín, para Derecho Internacional Público, y E. Barbé Izuel, para Relaciones Internacionales. Respecto de esta última sección, los libros enviados a la *REDI* se incluirán en todo caso en una lista de libros recibidos.

Dirección en Internet: <http://cde.ugr.es/aepdiri/publicaciones/redi.htm>

ISSN: 0034-9380

NIPO: 007-07-021-2

Depósito legal: M. 520-1958

Catálogo General de Publicaciones Oficiales

<http://publicaciones.administracion.es>

REVISTA ESPAÑOLA  
DE  
DERECHO  
INTERNACIONAL

VOL. LVIII-2006  
NÚM. 1  
ENERO-JUNIO

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE PROFESORES DE DERECHO INTERNACIONAL  
Y RELACIONES INTERNACIONALES

—  
BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO

MADRID-2007

# REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO INTERNACIONAL

## DIRECTORA

Paz ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA  
Universidad de Oviedo

## CONSEJO DE REDACCIÓN

Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ  
Universidad de Santiago de Compostela

Miguel Ángel AMORES CONRADI  
Universidad Autónoma de Madrid

Rafael ARENAS GARCÍA  
Universidad Autónoma de Barcelona

Esther BARBÉ IZUEL  
Universidad Autónoma de Barcelona

Cesáreo GUTIÉRREZ ESPADA  
Universidad de Murcia

Araceli MANGAS MARTÍN  
Universidad de Salamanca

Antoni PIGRAU SOLÉ  
Universidad Rovira y Virgili

José Ángel SOTILLO LORENZO  
Universidad Complutense de Madrid

## CONSEJO ASESOR

Juan Antonio CARRILLO SALCEDO  
Universidad de Sevilla

Manuel DíEZ DE VELASCO  
Catedrático de Derecho Internacional Público

José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS  
Universidad Complutense de Madrid

Julio D. GONZÁLEZ CAMPOS  
Universidad Autónoma de Madrid

José Antonio PASTOR RIDRUEJO  
Universidad Complutense de Madrid

Elisa PÉREZ VERA  
UNED

Gil Carlos RODRÍGUEZ IGLESIAS  
Universidad Complutense de Madrid

## SECRETARÍA DE LA REVISTA

Pedro A. DE MIGUEL ASENSIO  
Universidad Complutense de Madrid

### *Redactores*

Javier González Vega - Pilar Jiménez Blanco - Patricia Orejudo Prieto de los Mozos  
Davide de Pietri - Bernardo Fernández Pérez - Ángel Espiniella Menéndez - Raúl  
Rodríguez Magdaleno

## SUMARIO

	<i>Págs.</i>
<i>In memoriam</i> JUAN MANUEL CASTRO-RIAL CANOSA .....	11
<i>In memoriam</i> IÑAKI AGUIRRE ZABALA .....	15

### I. ESTUDIOS

DE MIGUEL ASENSIO, Pedro A., <i>Pluralidad de jurisdicciones y unificación de las reglas de competencia: una visión trasatlántica</i> .....	19
GAVIDIA SÁNCHEZ, J. V., <i>Espanoles/Extranjeros</i> .....	61
GARCÍA SAN JOSÉ, D., <i>El derecho a la justicia de las víctimas de los crímenes más graves de trascendencia para la Comunidad Internacional</i> .....	119
SANTOS VARA, J., <i>El efecto de los conflictos armados en los tratados</i> .....	147
BLÁZQUEZ NAVARRO, I., <i>Cumplimiento del Derecho Internacional en el sistema de solución de diferencias en la OMC</i> .....	175
TORROJA MATÉU, H., <i>La «protección diplomática» de los «derechos humanos» de los nacionales en el extranjero: ¿situaciones jurídicas subjetivas en tensión?</i> .....	205

### II. NOTAS

#### A) *Derecho internacional público y Relaciones internacionales*

GUTIÉRREZ ESPADA, C., y CERVELL HORTAL, M. <sup>a</sup> J., <i>La prohibición del uso de la fuerza en la Sentencia de la CIJ de 19 de diciembre de 2005 [asunto sobre las actividades armadas en el territorio del Congo (República Democrática del Congo c. Uganda)]</i> .	239
TORRES CAZORLA, M. <sup>a</sup> I., <i>La historia jamás contada de los actos unilaterales de los Estados: de los ensayos nucleares al asunto de la República Democrática del Congo contra Ruanda</i> .....	257
PASTOR PALOMAR, A., <i>Protección de inversiones con conceptos indeterminados: el trato justo y equitativo en los APPRIS celebrados por España</i> .....	271
GARCÍA GARCÍA-REVILLO, M., <i>España y la jurisdicción del Tribunal Internacional del Derecho del Mar: la declaración de 19 de julio de 2002</i> .....	289

#### B) *Derecho internacional privado*

ABARCA JUNCO, A. P., y GÓMEZ JENÉ, M., <i>Nota sobre la Resolución-Circular de 29 de julio de 2005, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre matrimonios civiles de personas del mismo sexo</i> .....	309
--	-----

	<u>Págs.</u>
PAREDES PÉREZ, J. I., <i>Algunas consideraciones en torno al alcance de la noción autónoma de contrato en derecho internacional privado comunitario</i> .....	319
LAHNE-CHALA, K., <i>Reflexiones sobre el perfil moderno del principio de la autonomía de la voluntad en el sector de las obligaciones derivadas del daño</i> .....	331

### III. JURISPRUDENCIA

A) <i>Jurisprudencia en materia de Derecho internacional público</i> .....	343
B) <i>Jurisprudencia española y comunitaria de Derecho internacional privado</i> .....	425

### IV. PRÁCTICA

<i>Crónica de la política exterior española</i> .....	505
---	-----

### V. INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN

XXI Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales (A Coruña, 22 a 24 de septiembre de 2005), por J. M., Sobrino Heredia .....	557
A) <i>Derecho internacional público</i>	
1. Aspectos relevantes para el Derecho internacional público en la futura reforma de la Constitución japonesa, por C. Tirado Robles .....	563
2. El nuevo Consejo de Derechos Humanos de la ONU: ¿una reforma cosmética?, por E. López-Jacoiste Díaz .....	569
3. Guerra y paz (el palo y la zanahoria) en la nueva estrategia de seguridad nacional de los Estados Unidos de marzo de 2006, por R. Bermejo Díaz .....	574
4. La operación «respuesta solidaria II» en Pakistán y su relevancia para España y la OTAN, por P. Blesa Aledo .....	581
5. La VI Cumbre Unión Europea-América Latina-Caribe (Viena, 12 a 13 de mayo de 2006). Hacia la consolidación de la asociación estratégica birregional por A. Blanc Altemir .....	586
B) <i>Derecho Internacional Privado</i>	
1. Conferencia de la Haya de Derecho internacional privado: Comisión sobre asuntos generales y la política de la Conferencia (3 a 5 de abril de 2006), por J. D. González Campos y A. Borrás .....	595
2. Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado: Comisión especial para la preparación de un Convenio en materia de alimentos (19-28 de junio de 2006), por A. Borrás y C. Parra .....	600
3. La tardía (y problemática) adaptación del ordenamiento español a los Reglamentos (CE) núm. 2201/2003 y núm. 805/2004, por F.F. Garau .....	605

	<u>Págs.</u>
4. <i>La transmisión de los bienes inmuebles en el Derecho europeo (Congreso Internacional, Colegio de Registradores de España. Madrid, 1 a 3 de junio de 2006)</i> , por M. Requejo .....	611
5. <i>Acto relativo al acceso de documentos extranjeros en los registros públicos españoles, organizado por la Associació d'Estudis Jurídics Internacionals (29 de junio de 2006)</i> , por A. Font .....	616

## VI. BIBLIOGRAFÍA

### A) *Recensiones*

CASADO RAIGON, R., (Ed.), <i>L'Europe et la Mer. Pêche, Navigation et Environment Marin/Europe and the Sea. Fisheries, Navigation and Marine Environment</i> , Bruselas, por M. Badenes Casino .....	621
DÍAZ PÉREZ DE MADRID, A., <i>La protección de las minorías en Derecho internacional</i> , por R. Bermejo García .....	623
<i>El Derecho Internacional: normas, hechos y valores. Liber amicorum José Antonio Pastor Ridruejo. Comité organizador: Lucius Caflisch, Romualdo Bermejo García, Javier Díez-Hochleitner, Cesáreo Gutiérrez Espada</i> , por D. J. Liñán Nogueras .....	624
EZQUERRA UBERO, J. J., <i>La Jurisprudencia «Cassis-Keck» y la libre circulación de mercancías</i> , por M. Guzmán Peces .....	625
FORLATI, S., <i>Diritto dei trattati e responsabilità internazionale</i> , por R. Carnerero Castilla .....	628
FORNER DELAYGUA, J. J., <i>La prueba de los hechos en el proceso: aspectos de ley aplicable</i> , por R. Arenas García .....	630
GALLANT, E., <i>Responsabilité parentale et protection des enfants en droit international privé</i> , por C. González Beilfuss .....	634
GARCÍA SEGURA, C. y VILARIÑO PINTOS, E. (Coords.), <i>Comunidad internacional y Sociedad internacional. Después del 11 de septiembre de 2001</i> , por J. M. Bautista Jiménez .....	637
GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J., <i>El Título Ejecutivo Europeo</i> , por F. Gascón Inchausti .....	638
GONZÁLEZ GARCÍA, I., <i>Naciones Unidas y la coordinación para el desarrollo</i> , por H. Torroja Mateu .....	644
GONZÁLEZ DEL MIÑO, P., <i>Las relaciones entre España y Marruecos. Perspectivas para el siglo XXI</i> , por M. López Escudero .....	646
JORGE URBINA, J., <i>Controversias Marítimas, Intereses Estatales y Derecho Internacional</i> , por A. G. López Martín .....	647
<i>La libre circulación de resoluciones judiciales en la Unión Europea. Actas de Seminarios</i> , por P. Orejudo Prieto de los Mozos .....	648
LAFUENTE SÁNCHEZ, R., <i>Los servicios financieros bancarios electrónicos</i> , por P. A. De Miguel Asensio .....	652
MONSERRAT, J., <i>Hacia un Nuevo Mundo. Filosofía política del protagonismo histórico emergente de la sociedad civil</i> , por S. Petschen .....	654
<i>Pacis Artes. Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos</i> , por V. Abellán Honrubia .....	655
SANDS, P., <i>Lawless world. America and the making and breaking of Global Rules</i> , por A. Manero Salvador .....	657

	<u>Págs.</u>
<i>Soberanía del Estado y Derecho internacional. Homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo, por J. Juste Ruiz</i> .....	658
TEIJO GARCÍA, C., <i>Organizaciones Internacionales No Gubernamentales y Derecho Internacional</i> , por L. Huichi Sancho .....	660
TRINIDAD GARCÍA, M. <sup>a</sup> L. y MARTÍN MARTÍN, J., <i>Una forma nueva de ordenar la inmigración en España. Estudio de la Ley Orgánica 14/2003 y su reglamento de desarrollo</i> , por G. Esteban de la Rosa .....	661
VACAS MARTÍNEZ, F., <i>El régimen jurídico del uso de la fuerza por parte de las operaciones de mantenimiento de la paz de Naciones Unidas</i> , por J. González Vega .....	665
B) <i>Libros recibidos</i> .....	669

JUAN MANUEL CASTRO-RIAL CANOSA  
(1915-2005)

El pasado 7 de noviembre de 2005 falleció en Madrid nuestro querido amigo y colega, después de una serie de intervenciones quirúrgicas y padecimientos subsiguientes, que sólo su resistencia física y moral los hicieron soportables para él y los suyos, es decir, una familia ejemplar.

Había nacido en Cée (La Coruña) el 9 de febrero de 1915, es decir había cumplido noventa años y nueve meses menos dos días en el momento de su fallecimiento. Su vida discurrió en el desempeño de las profesiones en las que llegó a lo más alto: Catedrático del Derecho Internacional Público y Privado desde el 7 de enero de 1941, en que obtuvo la cátedra junto con D. Pedro Cortina, y Diplomático en el que él ocupó diversos cargos, principalmente jurídicos, desempeñando la función de Embajador de España. A la docencia y la diplomacia dedicó su vida; no obstante como el propio Castro-Rial dijo en el Acto de presentación de sus Estudios Homenaje, «... en realidad mi primer y perenne amor intelectual ha sido la Universidad».

Su formación académica, como él expresamente puso de manifiesto en el citado Acto de presentación, se inició en la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, hoy Complutense, afirmando que ésta fue durante la Segunda República, «uno de los mejores y más dorados períodos de su historia» con maestros que me orientaron y estimularon mi vocación internacionalista: D. Antonio de Luna, D. Federico de Castro y D. José de Yanguas Messías, que le dieron además dos grandes lecciones, la lección de la sencillez y la lección del esfuerzo.

De sí mismo ha dicho también que en su formación le acompañó la «diosa Fortuna» que le ha permitido el privilegio de compaginar en cierta medida, pues estuvo destinado fuera de España dos tercios de su vida diplomática, el poder trabajar el Derecho y posteriormente explicarlo.

En el profesor Castro-Rial podemos distinguir cuatro facetas: la de Diplomático, la de Profesor, la de Científico y la de Organizador.

A) La de *Diplomático*, carrera en la que ingresó el 1 de junio de 1946 y en la que tuvo cargos en Canadá como Secretario en el Consulado General entre 1948 y 1950, posteriormente en Bonn como Secretario de la Embajada y posteriormente Agregado Cultural (1950-1953) y después en la asesoría jurídica internacional del Ministerio de Asuntos Exteriores en diferentes períodos (1946-48, 1953-55, 1955-60, 1960-71, 1981-84). Entre 1960-71 desempeñó además el puesto de Jefe de dicha Asesoría Jurídica Internacional. Ello le permitió participar, además en las labores de las Naciones Unidas, especialmente en los trabajos de Codificación y durante 12 años fue el Agente del Reino de España ante el Tribunal Internacional de Justicia en el asunto Barcelona Traction y finalmente fue Embajador en Dinamarca (mayo 1974 a abril

1976) y en Austria (octubre 1976 a abril 1981). Se jubiló el 1 de enero de 1985. Pidió la excedencia voluntaria para reingresar en la Cátedra de Derecho Internacional Público en la Universidad de Valladolid en 1981.

B) Otra parte de su vida fué la de *Profesor*, que comenzó en la entonces llamada Universidad de Madrid, donde ganó por oposición el cargo de Profesor adjunto, que es como se denominaba en aquel momento (año 1935). Luego, como ya hemos dicho anteriormente ganó la cátedra de Derecho Internacional Público y Privado y pasó a la Universidad de Valladolid y posteriormente a la de Salamanca los años 1941-1946.

También ha sido profesor encargado de la cátedra de Derecho Internacional de la Facultad de Ciencias Políticas y Económicas de la Universidad Madrid (1954-1964) y al retornar a España en 1981 volvió a ocupar la cátedra de Derecho Internacional Público en la Universidad de Valladolid, llegando a ser Decano de la Facultad de Derecho y reorganizando la Facultad en el sentido de conseguir la Biblioteca de las publicaciones de Naciones Unidas, crear el Instituto de Estudios Europeos y realizar importantes cursos y publicaciones.

Ya jubilado, pasó a ser profesor emérito de la Universidad Carlos III de Madrid, en la cual colaboró desde su fundación a poner en marcha los estudios internacionales en la Facultad de Derecho junto con los profesores Mariño y Fernández Liesa, creando la Biblioteca depositaría de N. U. por su influencia personal con el antiguo Secretario General Boutros Ghali, a quien se le concedió el doctorado Honoris Causa, así como a los antiguos Presidente y Secretario del Tribunal Internacional de Justicia Drs. Bedjaoui y Torres Bernárdez. Realizó en beneficio de dicha Universidad otras muchas actividades y realizó docencia especialmente en la materia de Organizaciones Internacionales.

Como se ve su parte como profesor ha sido durante muchos años, es decir, 32 entre diversas universidades: Madrid, Valladolid, Salamanca, de nuevo Valladolid y Carlos III de Madrid.

C) Dejaríamos incompleta su biografía si no pusiéramos de manifiesto su obra como *Investigador*. Hay que señalar en la misma el hecho de tener dos doctorados, uno en la Universidad de Madrid sobre «las represalias», que defendió en el año 1939 y el otro sobre «la personalidad internacional del Canadá», tesis que defendió en la Universidad de Montreal en el año 1950. A ello hay que añadir una serie de artículos, en la Revista Española de Derecho Internacional (REDI), en la cual fue uno de sus cofundadores y en la Revista de la Universidad de Ottawa. Aparte de esto, publicó trabajos en esta época en la Revista de Derecho Privado de Madrid, en la Revista del Instituto de Estudios Políticos de Madrid y, en la revista *Revue Hellénique de Droit International* (Atenas en 1951). Debemos de señalar que también en el año 1961 en la REDI publicó un trabajo sobre el Convenio de la Haya sobre protección de menores y realizó la traducción del «Tratado de Derecho Internacional Público» de L. Oppenheim, el Tomo I, Vol. II publicado en Barcelona en 1961.

No debemos olvidar otras publicaciones o editor de las mismas como la del «III Symposium sobre España y las Comunidades Europeas», publicada por el Instituto Universitario de Estudios Europeos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid en 1982, y también, su colaboración en la *Encyclopedia of Public International Law* dirigida por R. Bernhardt con el artículo «States, sovereign equality» publicado en el Vol. 10, Amsterdam 1987, pp. 446 y ss. y ya dentro de la Universidad Carlos III la publicación de «Organización Internacional: Textos Legales», (con la colaboración de F. Mariño y C. Fernández Liesa), publicado en Madrid en 1993, así como, la colaboración titulada «El Desarrollo y la Cooperación Internacional», Madrid 1997, pp. 93 a 107 en «La acción de los organismos especializados multilaterales universales a favor del desarrollo», publicado por F. Mariño y C. Fernández Liesa (eds.).

He de hacer notar en esta parte de la investigación la publicación de su Libro Homenaje titulado «El Derecho internacional en los albores del siglo XXI» bajo los auspicios de la Uni-

versidad Carlos III. En el que colaboraron 38 profesores de diversas nacionalidades y lenguas. Sólo como una muestra palpable del inmenso respeto y cariño que gozaba el Prof. Castro-Rial a nivel mundial, podemos señalar que los profesores que colaboraron en el Libro Homenaje tenían como lenguas maternas el portugués, el español, el francés y el inglés, entre otras.

D) Referencia obligada es su participación en los trabajos del *Institut de Droit International* durante casi cuarenta años. Ingresó en el Institut como Asociado en la reunión de Niza de 1967 y posteriormente paso a Miembro Titular del Instituto en el año 1979 y posteriormente fue Presidente del Instituto en los años 1987 – 1989, incluida la sesión de Santiago de Compostela, que fue un éxito tanto de organización como en la parte científica, y finalmente fue elegido Membre Honoraire en 1991. Por último, ha sido durante tres decenios Decano del Grupo Español del Institut hasta su muerte.

Es difícil resumir en pocas palabras la obra y la contribución del Profesor Castro-Rial a la Universidad y a la Diplomacia, pero tenemos un deber de poner de manifiesto tres grandes rasgos: fue un excelente organizador, prueba de ello es todo lo que hizo en las Universidades por las cuales pasó, tenía un excelente triple sentido común, universitario y universalista.

Como organizador y junto con el profesor de Luna creó, entre otras cosas, la Escuela de Funcionarios Internacionales de la que fue además Director. Así también, fue Secretario del Instituto Francisco de Vitoria del Consejo de Investigaciones Científicas en una época crucial.

Termino, insistiendo que fue un hombre de un buen sentido jurídico y social guiado por un gran espíritu universalista y unos excelentes dotes de negociador.

MANUEL DÍEZ DE VELASCO

Catedrático de Derecho Internacional  
Público y Privado



IÑAKI AGUIRRE ZABALA  
(1943-2006)

1. Recuerdo a Iñaki Aguirre cuando lo conocí en los años ochenta a la vuelta de su exilio. Había oído hablar mucho de él, dado que nuestras familias se conocían desde principios del siglo xx, incluso éramos vecinos desde entonces. Su abuelo Zabala era muy amigo de mi abuelo Francisco, incluso llegaron a tener negocios juntos. Nuestras familias mantuvieron a lo largo de los años una relación tan estrecha que se contaba –y él no lo negaba– que su padre José Antonio y su madre se conocieron a través de mi tía María Teresa. Esa vieja amistad fue recuperada primero con ocasión de la vuelta de los Aguirre a Algorta, y después como resultado de nuestro trabajo como compañeros en la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea.

2. Iñaki Aguirre nace en plena Guerra Mundial en Nueva York, después de que su familia hubiera tenido que huir de una primera etapa en el exilio en Europa. Toda su biografía estará condicionada por la experiencia del exilio en América y Europa y la trayectoria política de su padre, José Antonio Aguirre, Lehendakari del Gobierno Vasco. Además del nacionalismo y del exilio marcarían su vida y su carácter la experiencia religiosa y la relación dialéctica y no siempre fácil con el nacionalismo vasco y en menor medida, muy al comienzo de su carrera universitaria, con el marxismo. Influiría especialmente en su trayectoria vital el vivir en París el Mayo del 68. Todas estas experiencias y condicionantes le llevaron a una concepción vital que llegada su madurez se plasmó en un giro postmoderno que combinaba a partes iguales la ironía, el escepticismo, la atención a la relación entre la ética y la estética y una reflexión muy profunda sobre la vida anclada en las raíces nacionalistas que había mamado desde niño. Esa atención a la experiencia vivida le llevó a concebir las relaciones internacionales a la manera del existencialismo, como una suerte de fenomenología crítica.

3. Su experiencia universitaria comienza en París en la última mitad de la década de los sesenta, en la Facultad de Letras del Instituto Católico de París. Posteriormente cursará estudios de Filosofía en Chantilly y de Ciencias Políticas en el Instituto de Estudios Políticos de París y la Universidad de Grenoble. Continúa con su trayectoria universitaria en Chile como investigador, a comienzos de los setenta, donde quedaría muy influido por el Gobierno de Salvador Allende y la experiencia del socialismo democrático.

En 1978, con la vuelta del exilio, aparece en la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, institución universitaria a la que estaría vinculado hasta el final de sus días. Una vez en España obtendría el doctorado en Relaciones Internacionales en la Universidad Complutense con una tesis sobre *Raymond Aron y la teoría de las relaciones internacionales*. Era lógico que estudiara la aportación de Aron, dado que le había conocido en París en los años setenta. Por lo demás, la singularidad de la obra de este importante autor francés, a caballo entre la filosofía política, la ciencia política y las relaciones internacionales,

les, encajaba perfectamente en la visión reflexiva y compleja que caracterizó siempre a Iñaki Aguirre.

Continuaría su carrera docente en la Facultad de Ciencias Sociales y de la Comunicación, primero con dedicación parcial, combinando esta actividad con su trabajo en la paradigmática Cooperativa Mondragón. Después pasaría a la dedicación exclusiva, siendo Titular desde 1996 y Catedrático desde 2001. En los ochenta trabajó junto al Profesor Celestino del Arenal y en los noventa conmigo y con los Profesores Kepa Sodupe, Noé Cornago, José Luis de Castro, Felipe González, Alexander Ugalde, Gorka Orueta, Oscar Arroyuelo y otros. Todos ellos conocieron a lo largo de los años al conversador original, al observador ocurrente, y al profesor riguroso que fue siempre Iñaki Aguirre.

En la UPV/EHU sería pionero en la docencia de las Relaciones Internacionales en euskera «Nazioarteko Harremanak», actividad que desarrollaría durante veinticinco años, explicando también otras asignaturas en castellano y euskera: integración europea, teoría de las Relaciones Internacionales, organización política de la Unión Europea, etc., tanto en Ciencias de la Comunicación como en Ciencias Políticas y Sociología. Su labor docente se extendió también a los estudios de doctorado, en cuyos seminarios Iñaki Aguirre desplegaba lo mejor de su formación humanística y la experiencia adquirida en sus años de formación francesa.

4. A pesar de su nacionalismo participó activamente en la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional, donde asistió a todas sus Jornadas en distintas Universidades. Es especialmente meritoria su labor como «alma mater» de los Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz desde que se iniciaron en 1982 y de forma ininterrumpida durante veintitrés años. Incluso participamos juntos en la experiencia de los Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales celebrados en América, en Montevideo y Managua.

5. Sus trabajos de investigación en Relaciones Internacionales muestran, al menos, en cinco grandes líneas, además de otros relacionados con la Filosofía o con la figura política de su padre. Destacan sus estudios en materia de Teoría de las Relaciones Internacionales, con publicaciones como *Raymond Aron y la teoría de las relaciones internacionales* (2001), *La Teoría normativa de las Relaciones Internacionales, hoy* (1996) o *Topología de la solidaridad y ética internacional: por un diálogo entre la acción voluntaria y la reflexión crítica* (2001). Entre sus estudios sobre la integración europea pueden citarse *Aguirre y la construcción de Europa* (2003) o *Años decisivos para la Unión Europea* (1994).

En materia de política exterior y diplomacia cabe citar *Making Sense of Paradiplomacy? An Intertextual Enquiry about a Concept in search of a Definition* (1999) y en materia de estudios regionales, relacionados sobre todo con su experiencia chilena *Le Chili, révolution année zéro?* (1970), *Chili 73: Par la raison ou par la force* (1973). Influido por su esposa Carmen Celedón, Profesora de Trabajo Social en la Universidad de Deusto, desarrollaría también distintos trabajos sobre las Nuevas Solidaridades, destacando *Ocio activo y tercera edad. Un proyecto comunitario* (1981).

6. En estos últimos veinticinco años hemos mantenido una relación de profunda amistad, con él, con su esposa Carmen y con sus hermanos, especialmente Joseba, que sigue siendo vecino mío en Algorta. No puedo dejar de agradecer a los hermanos Aguirre la gran ayuda que me prestaron cuando llegué a la Universidad del País Vasco.

Mi relación con Iñaki fue muy intensa y entrañable, como era siempre con los que él elegía, porque no era así con todo el mundo. En los últimos tiempos no estuvo exenta de algunas diferencias, como pasa siempre en la vida con personas de fuerte temperamento. Esto queda muy lejos de ensombrecer el inmejorable recuerdo de veinticinco años de relación estrecha y de experiencias imborrables en las tareas universitarias y en distintos viajes a Cuba, Uruguay, Bélgica o Francia, entre otros muchos.

Iñaki ha dejado huella en muchos continentes, en amigos y discípulos por su intensa actividad política, cultural y, sobre todo, académica. Especialmente el recuerdo será imborrable en la Universidad del País Vasco y en el ámbito de nuestra Asociación, donde es bien conocido por su obra y su relación humana con todos nosotros. Es uno de los vascos que se abrió al mundo y a España sin dejar de ser vasco.

FRANCISCO ALDECOA LUZARRAGA  
Catedrático de Relaciones Internacionales  
Universidad Complutense de Madrid



## I. ESTUDIOS

### PLURALIDAD DE JURISDICCIONES Y UNIFICACIÓN DE LAS REGLAS DE COMPETENCIA: UNA VISIÓN TRANSATLÁNTICA \*

Pedro A. DE MIGUEL ASENSIO

Catedrático de Derecho internacional privado  
Universidad Complutense de Madrid

#### SUMARIO

I. PLANTEAMIENTO.—II. FRACCIONAMIENTO DEL SISTEMA DE EEUU: 1. *Contraposición entre la jurisdicción federal y las estatales*. 2. *Naturaleza estatal de las reglas de competencia*.—III. TENSIÓN ENTRE UNIFORMIDAD Y DIVERSIDAD EN EEUU: 1. *Significado de las cláusulas due process*. 2. *Límites constitucionales a la atribución de competencia*. 3. *Alcance de la uniformización de los criterios de competencia*. 4. *Eficacia de los acuerdos atributivos de competencia*. 5. *Litigios interfederales y controversias internacionales*.—IV. CONTRAPOSICIÓN CON EL MODELO DE LA UNIÓN EUROPEA: 1. *Unificación normativa y seguridad jurídica*. 2. *Configuración de las reglas de competencia*. 3. *Un modelo al servicio de la integración*. 4. *Vinculación con el mercado interior*. 5. *Interacción entre la normativa comunitaria, las legislaciones nacionales y los convenios internacionales*. 6. *¿Límites constitucionales?*.—V. CONCLUSIONES.

#### I. PLANTEAMIENTO

1. El ejercicio de las competencias atribuidas a las instituciones comunitarias específicamente para adoptar normas sobre «conflictos de jurisdicción» —art. 65.b) TCE— va unido a la necesidad de valorar cuál es el significado de las normas uniformes sobre competencia judicial internacional como mecanismo de integración jurídica en el seno de la UE. En ese marco resulta también esencial la reflexión acerca de cuál debe ser el alcance de la unificación de las reglas sobre el particular entre los Estados miembros de la UE y su impacto sobre la eventual aplicación y subsistencia de las legislaciones nacionales en la materia.

El debate entre uniformidad y diversidad en la regulación de esta materia dentro de un sistema complejo y un mercado único en el que coexisten diversas organizacio-

---

\* Este trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación SEJ2005-02243/JURI, financiado por el MEC.

nes jurisdiccionales ha sido también objeto de particular desarrollo con anterioridad en el sistema de EEUU. Por ello, la comparación de la situación en la UE con el modelo de EEUU resulta de especial interés, en la medida en que puede ser de utilidad, en primer lugar, para alcanzar conclusiones acerca de la futura evolución del modelo europeo.

2. Para este análisis se ha considerado apropiado partir del estudio de la evolución del sistema de EEUU y de sus características propias, en particular en lo que hace referencia al alcance de la diversidad de organizaciones jurisdiccionales y al nivel de uniformidad en la regulación del alcance de la competencia de los tribunales federales y estatales, tanto en litigios jurídico-privados de carácter internacional como interestatal, es decir, aquellos conectados sólo con varios Estados de EEUU. Los factores de uniformización más relevantes en el sistema de EEUU se vinculan con la dimensión constitucional asignada por el TS de EEUU a esta materia, en abierto contraste con el enfoque prevalente en el seno de la UE, centrado en la elaboración de normas uniformes a escala comunitaria. El enfoque comunitario, que determina la configuración de las reglas de competencia así como el alcance de la unificación y sus perspectivas de evolución, se vincula con la función que la adopción de reglas comunes sobre competencia internacional desempeña en el proceso de integración comunitaria.

Precisamente, el contraste con el modelo de EEUU puede ser muy ilustrativo para apreciar posibles carencias de la evolución en el ámbito europeo, pero también sus virtudes y la relevancia de los logros alcanzados, así como sus peculiares condicionantes, derivados de la conexión que la regulación de las cuestiones de competencia judicial presenta con el mercado interior y con la integración comunitaria en general. La importancia de esa tarea comparativa se refuerza por el significado de EEUU y la UE en el conjunto de la economía mundial y por el volumen de intercambios y relaciones existentes entre ambos, así como por su especial papel a escala comparada como modelos de regulación y su influencia sobre otros procesos de integración. Un mejor conocimiento mutuo de ambos modelos también es clave de cara a reforzar la cooperación transatlántica en el ámbito procesal civil así como a facilitar eventuales acuerdos en foros de carácter multilateral.

## II. FRACCIONAMIENTO DEL SISTEMA DE EEUU

### 1. Contraposición entre la jurisdicción federal y las estatales

3. Un factor básico de diversidad jurídica en EEUU es la presencia de sistemas jurisdiccionales paralelos y jerárquicamente independientes, pues junto a la jurisdicción federal existe en cada Estado una jurisdicción estatal<sup>1</sup>. La distribución de com-

---

<sup>1</sup> Vide STEIN, E., «Uniformity and Diversity in a Divided-Power System: The United States' Experience», *Washington Law Review*, vol. 61, 1986, pp. 1081-1102, pp. 1082-1083.

petencias entre los tribunales federales y los estatales se produce básicamente por materias<sup>2</sup>. Los tribunales estatales tienen competencia general para decidir todo tipo de asuntos, de manera que prácticamente no tienen restricciones en lo que se refiere a su *subject matter jurisdiction*<sup>3</sup>.

En tanto que tribunales de jurisdicción limitada<sup>4</sup>, los tribunales federales sólo pueden conocer de litigios que plantean cuestiones federales –relativas a la Constitución, los tratados internacionales o la legislación federal– o que implican a determinadas categorías de personas o entidades (autoridades, diplomáticos, Estados...), así como de litigios con partes «diversas», es decir, de diferentes Estados (o del extranjero). Al primer conjunto de casos se hace referencia como «jurisdicción por cuestión federal», que pretende asegurar el cumplimiento de la legislación federal, así como su interpretación y aplicación uniformes, y se basa en que está implicado un interés federal en el litigio, que por su relevancia justifica el acceso a los tribunales federales. Con frecuencia, la legislación federal limita la posibilidad de demandar ante los tribunales federales a ciertas categorías de litigios de particular entidad, por ejemplo, al fijar un mínimo de cuantía litigiosa a esos efectos.

La segunda categoría de asuntos de los que pueden conocer los tribunales federales se agrupa bajo la denominación de «jurisdicción por diversidad» y su existencia responde básicamente a los intereses en asegurar el control del poder federal sobre las relaciones internacionales, contrarrestar una eventual orientación localista de los tribunales estatales, así como garantizar la justicia en los litigios con extranjeros para evitar cualquier perjuicio al comercio internacional<sup>5</sup>. En virtud de la *diversity jurisdiction* los tribunales federales son competentes para conocer de los litigios entre ciudadanos de diferentes Estados de EEUU, al tiempo que la *alienage jurisdiction* determina que los tribunales federales tengan competencia en las controversias entre ciudadanos de EEUU y extranjeros; por lo tanto, en los litigios interfederales e internacionales el alcance de la *subject matter jurisdiction* de los tribunales federales es especialmente relevante<sup>6</sup>.

4. La jurisdicción federal suele ser concurrente con la de los tribunales estatales, salvo en supuestos excepcionales en los que la legislación federal impone que sólo los tribunales federales pueden conocer (como sucede en materia de mercado de valores o patentes). Por eso, incluso tratándose de supuestos para los que son compe-

<sup>2</sup> Vide FORNER DELAYGUA, J. J., *Hacia un convenio mundial de exequátur (Algunos aspectos del derecho estadounidense de interés para España)*, Barcelona, 1999, pp. 113-118.

<sup>3</sup> Como consecuencia de esa jurisdicción general, los tribunales estatales pueden colmar cualquier laguna mediante la creación de reglas de *common law* siempre que no exista una disposición que regule la cuestión controvertida, mientras que los tribunales federales (o los estatales cuando ante ellos se plantee una cuestión de *federal common law*) sólo pueden colmar lagunas mediante la creación de normas jurisprudenciales en la medida en que una disposición lo permita, vide FIELD, M. A., «Sources of Law: The Scope of Federal Common Law», *Harvard Law Review*, vol. 99, 1986, pp. 881-984, p. 899.

<sup>4</sup> Los tribunales federales tienen sólo limitada *subject matter jurisdiction*, que debe haberles sido atribuida por la Constitución de EEUU o la legislación federal dentro de los límites del artículo III de la Constitución, vide LOW, P. W., y JEFFRIES, J. C., Jr., *Federal Courts and the Law of Federal-State Relations*, 5.ª ed., Nueva York, 2004.

<sup>5</sup> Cfr. BORN, G. B., *International Civil Litigation in United States Courts*, 3.ª ed., La Haya-Boston, 1996, p. 25.

<sup>6</sup> MULLENIX, L.; REDISH, M., y VAIRO, G., *Understanding Federal Courts and Jurisdiction*, Nueva York, 1998, pp. 121-135.

tentes los tribunales federales, normalmente los tribunales estatales conocerán de un asunto si la demanda se ha presentado ante ellos, salvo que el demandado inste la *removal* a favor de la jurisdicción federal, lo que permite transferir a ésta el caso por tratarse de una materia para la que (también) es competente<sup>7</sup>.

Los criterios que determinan la existencia de jurisdicción por cuestión federal pueden resultar flexibles y de compleja interpretación, tanto cuando una ley federal expresamente lo prevé, como cuando son los tribunales federales los que aprecian la implicación de un interés federal que la justifica, o cuando se basa en el alcance absoluto de la *preemption* de la legislación federal en la materia objeto de la controversia (al «ocupar el campo» por completo la legislación federal)<sup>8</sup>. Esta circunstancia tiene gran importancia práctica, en la medida en que las partes en una controversia tienen sus preferencias acerca de ante qué tipo de tribunales litigar. Tratándose de supuestos de los que los tribunales federales pueden conocer con base en la jurisdicción por diversidad, normalmente las partes extranjeras tienen un interés significativo en que el litigio se tramite ante un tribunal federal, pues las diferencias que existen con los tribunales estatales, típicamente con menos recursos y de menor prestigio que los federales<sup>9</sup>, pueden ser determinantes de la resolución de la controversia, y los jueces federales suelen tener más experiencia en la resolución de litigios complejos con elementos de extranjería<sup>10</sup>.

Tanto los tribunales federales como los estatales están normalmente obligados a aplicar las mismas normas sobre el fondo del asunto, pero sí suelen aplicar reglas procesales diferentes, pues los tribunales federales actúan conforme a las reglas procesales federales; las cuestiones de derecho aplicable se consideran sustantivas y, por lo tanto, quedan en principio regidas por normas de conflicto estatales, tanto ante los tribunales estatales como los federales<sup>11</sup>. Esta última circunstancia contribuye sustancialmente a limitar el riesgo de *forum shopping* entre la jurisdicción federal y las estatales, pero no así en lo que respecta a las relaciones de las jurisdicciones estatales entre sí.

<sup>7</sup> FORNER DELAYGUA, J. J., *Hacia...*, *op. cit.*, pp. 116-117; y BORN, G. B., *International...*, *op. cit.*, p. 12. De modo que, cuando la jurisdicción entre los tribunales federales y los estatales es concurrente, el demandante puede elegir los tribunales federales al plantear la demanda y el demandado puede hacerlo mediante la solicitud de que el asunto sea «trasladado» para que se siga ante un tribunal federal.

<sup>8</sup> Vide FULLER, B. J., «Federal Jurisdiction and Forum Selection: Federal Question Jurisdiction», *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol. 37, 2004, pp. 1443-1500, *pássim*.

<sup>9</sup> MILLER, N., «An Empirical Study of Forum Choices in Removal Cases under Diversity and Federal Question Jurisdiction», *American University Law Review*, vol. 41, 1992, pp. 371-452, pp. 372-374. Entre otros factores, varía el proceso de designación de los jueces; los estatales son elegidos por votación popular o designación gubernamental o legislativa en el propio ámbito estatal, por lo que normalmente presentan una gran vinculación local y sus cargos están limitados en el tiempo, a diferencia de los jueces federales cuyo puesto es vitalicio, vide CARP, R. A.; STIDHAM, R., y MANNING, K. L., *Judicial Process in America*, 6.<sup>a</sup> ed., Washington, 2004, pp. 98-150.

<sup>10</sup> Cfr. BORN, G. B., *International...*, *op. cit.*, p. 14. Además, cabe pensar que en los litigios transfronterizos los tribunales estatales, por su carácter local, tienen incentivos estructurales para favorecer a la parte domiciliada en ese Estado, si bien un análisis estadístico demuestra que el impacto práctico de esa pretendida tendencia es muy limitado, cfr. SOLIMINE, M. E., «The Quiet Revolution in Personal Jurisdiction», *Tulane Law Review*, vol. 73, 1998, pp. 1-62, pp. 51-53.

<sup>11</sup> DE MIGUEL ASENSIO, P. A., «Conflictos de leyes e integración jurídica: Estados Unidos y la Unión Europea», *AEDIPr*, t. V, 2005, pp. 43-102, pp. 51-53.

## 2. Naturaleza estatal de las reglas de competencia

5. Clave de la distribución de competencias entre los tribunales federales y los estatales es la mencionada *subject matter jurisdiction*, que viene determinada por reglas comunes para el conjunto de EEUU. En la medida en que regula el alcance respectivo de la jurisdicción federal y las distintas jurisdicciones estatales, tiene una naturaleza distinta de la competencia judicial internacional en el ámbito europeo, pues ésta se corresponde con la *territorial jurisdiction* del sistema estadounidense. La *territorial jurisdiction* no incluye la cuestión relativa a qué concreto tribunal dentro de una jurisdicción estatal (o dentro de la jurisdicción federal) debe conocer de un litigio, lo que resuelven principalmente las reglas sobre *venue*, noción que se aproxima a la de la competencia territorial interna en nuestro sistema. A diferencia de la *territorial jurisdiction*, la *subject matter jurisdiction* no es disponible por las partes y su falta debe ser apreciada de oficio por los tribunales<sup>12</sup>.

Para las relaciones entre las diferentes jurisdicciones estatales resulta decisiva la *territorial jurisdiction*, sólo ésta, que es también determinante del alcance de la competencia de los tribunales estatales (y federales) en los litigios conectados con países extranjeros, se considera objeto del *conflict of laws* en EEUU cuando este término se utiliza con un sentido equivalente al de DIPr<sup>13</sup>. El principal elemento para que los tribunales estatales puedan conocer de un litigio es que en el caso concreto tengan *jurisdiction* sobre la persona del demandado, de manera que, frente a lo que sucede en el ámbito de la competencia judicial internacional en los sistemas continentales, el acento en el sistema de EEUU no recae en la acción que se ejercita sino en la posición del demandado<sup>14</sup>. Por eso, los términos *judicial jurisdiction*, *territorial jurisdiction* y *personal jurisdiction* son en la práctica sinónimos. La situación reseñada se vincula con el dato de que en la tradición del *common law* la jurisdicción sobre la persona del demandado depende básicamente de que el tribunal pueda ejercer sobre él su poder coactivo, lo que se corresponde con la admisión de ciertos criterios de competencia como los basados en la notificación de la demanda al demandado que se encuentre ocasionalmente en el territorio del foro.

Los criterios en materia de *territorial jurisdiction* varían según los Estados, pues, como se analizará, la unificación se restringe en principio a la existencia de ciertos límites constitucionales plasmados en la jurisprudencia del TS de EEUU. Las fuentes básicas de regulación de la *territorial jurisdiction* de los tribunales estatales, que son los que conocen de la gran mayoría de asuntos, son de carácter estatal, si bien el estudio de esta materia suele centrarse en los límites constitucionales a la *territorial jurisdiction* de los tribunales estatales, lo que permite abordarla desde una perspectiva común al conjunto de los EEUU<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> BORN, G. B., *International...*, op. cit., pp. 9-11.

<sup>13</sup> Cfr. RICHMAN, W. M., y REYNOLDS, W. L., *Understanding Conflict of Laws*, 3.ª ed., Newark, 2002, p. 14.

<sup>14</sup> CASAD, R. C., «Jurisdiction in Civil Actions at the End of the Twentieth Century: Forum Conveniens and Forum non Conveniens», *Tulane Journal of International and Comparative Law*, vol. 7, 1999, pp. 91-110, pp. 92-93.

<sup>15</sup> Cfr. BURBANK, S. B., «Jurisdiction to Adjudicate: End of the Century or Beginning of the Millennium?», *Tulane Journal of International and Comparative Law*, vol. 7, 1999, pp. 111-123, 112-113.

6. Históricamente, el Gobierno federal y el Congreso apenas han intervenido en materia de *territorial jurisdiction*, de manera que se trata de una cuestión regulada por el *common law* (estatal) y por las legislaciones estatales<sup>16</sup>, que tienen libertad para configurar sus reglas en la materia siempre que respeten los límites constitucionales, derivados de la cláusula *due process*. Sin perjuicio de lo anterior, en las materias reguladas a escala federal cabe encontrar reglas sobre *territorial jurisdiction* de carácter federal, resultando además posible la creación de reglas de *federal common law* por parte de los tribunales federales.

La normativa estatal en este sector regula tanto las situaciones interestatales como las internacionales, pues los supuestos conectados con varios Estados de la Unión no son objeto normalmente de un tratamiento específico, sino que el régimen de ese tipo de situaciones, tradicionalmente las más numerosas, se proyecta sobre la regulación de los supuestos propiamente internacionales. Clave a este respecto es que en EEUU las garantías constitucionales derivadas de las cláusulas *due process* se proyectan en el ámbito de la *personal jurisdiction* por igual sobre cualquier demandado, con independencia de su nacionalidad y de que su domicilio se halle dentro o fuera de EEUU.

7. En una aproximación de conjunto, el régimen de la competencia judicial internacional en EEUU presenta un estado de gran inseguridad jurídica<sup>17</sup>. El régimen jurídico de esta materia, pese a lo que podría desprenderse de la circunstancia de que esté regulada a escala estatal, resulta fundamentalmente de la aplicación judicial de los estándares constitucionales derivados de las cláusulas *due process*. Esta situación es consecuencia del tratamiento por la jurisprudencia del TS de EEUU de esta materia como una materia constitucional, así como del planteamiento adoptado por la mayoría de legislaciones estatales que atribuyen a sus tribunales un volumen de *territorial jurisdiction* tan amplio como resulte constitucionalmente admisible.

La extraordinaria preocupación del TS de EEUU por el fundamento teórico de sus planteamientos en esta materia se ha traducido en una proliferación de criterios doctrinales, lo que unido a la naturaleza casuística de las decisiones, fomenta la litigiosidad acerca del alcance de la jurisdicción en un marco de gran incertidumbre que la jurisprudencia del TS ha contribuido decisivamente a crear<sup>18</sup>. De esa jurisprudencia no resulta, según la doctrina estadounidense, un fundamento coherente de las limitaciones constitucionales en la materia, sino una combinación de referencias diversas a la justicia para las partes y la protección de la posición del demandado, la eficacia procesal, el federalismo y la protección de los intereses estatales, lo que ha dado lugar

<sup>16</sup> Ello a pesar de que con respecto a la litigación que presenta alcance internacional las autoridades federales pueden limitar o desplazar los regímenes estatales, con base en sus competencias constitucionales en materia de relaciones exteriores, comercio internacional y las derivadas de la *necessary and proper clause*; asimismo, en lo que respecta a la litigación transfronteriza en el ámbito interestatal, la misma posibilidad a favor de las autoridades federales resulta de la cláusula de comercio, cfr., p. ej., VON MEHREN, A. T., «Theory and Practice of Adjudicatory Authority in Private International Law: A Comparative Study of the Doctrine, Policies and Practices of Common-and Civil-Law Systems», *R. des C.*, t. 295, 2002, p. 75.

<sup>17</sup> Cfr. CLERMONT, K. M., «Jurisdictional Salvation and the Hague Treaty», *Cornell Law Review*, vol. 85, 1999, pp. 89-193, p. 89, quien considera que se trata de un sector caótico.

<sup>18</sup> Vide JUENGER, F. K., «American Jurisdiction: A Story of Comparative Neglect», *University of Colorado Review*, vol. 65, 1993, pp. 1-23, pp. 2-4.

a decisiones difícilmente compatibles entre sí<sup>19</sup>. Ante ese panorama, abundan en la doctrina de EEUU referencias al contraste con la UE, que destacan cómo desde el Convenio de Bruselas de 1968 (CB) se ha logrado una significativa seguridad jurídica tras la uniformización de ciertas reglas de competencia, lo que facilita además un enfoque mucho más práctico, que se contrapone con el prevalente en EEUU<sup>20</sup>.

### III. TENSION ENTRE UNIFORMIDAD Y DIVERSIDAD EN EEUU

#### 1. Significado de las cláusulas *due process*

8. En EEUU la Constitución federal impone ciertos límites al alcance de la competencia judicial internacional de los tribunales federales y estatales. Tales límites derivan de las cláusulas *due process*, pues la jurisprudencia del TS de EEUU ha rechazado otros pretendidos fundamentos constitucionales, como la primera enmienda relativa a la libertad de expresión<sup>21</sup> y las exigencias derivadas del federalismo<sup>22</sup>.

En todo caso, la aplicación de las cláusulas *due process* en este ámbito sí se halla condicionada por ciertos elementos del sistema federal estadounidense. Por una parte, la dimensión vertical del federalismo determina la existencia en la Constitución de EEUU de dos cláusulas *due process*; una aplicable a los tribunales estatales (decimocuarta enmienda) y otra en el marco federal (quinta enmienda), si bien las restricciones derivadas de una y otra sobre el alcance de la *personal jurisdiction* son coincidentes, por lo que es habitual en esta materia referirse en singular a la cláusula *due process*. Por otra parte, en relación con la dimensión horizontal, de las relaciones interestatales, es significativo que la aplicación de la cláusula *due process* en el ámbi-

<sup>19</sup> Cfr. CASAD, R. C., «Personal Jurisdiction in Federal Question Cases», *Texas Law Review*, vol. 70, 1992, pp. 1589-1621, p. 1589-1590.

<sup>20</sup> BORCHERS, P. J., «Comparing Personal Jurisdiction in the United States and the European Communities: Lessons for American Reform», *AJCL*, vol. 40, 1992, pp. 121-157, p. 122.

<sup>21</sup> La sentencia del TS en el asunto *Calder v. Jones* –465 US 783 (1984)– rechazó en relación con litigios por difamación la posibilidad de que la primera enmienda pueda justificar estándares específicos de competencia judicial.

<sup>22</sup> La vinculación de las restricciones a la jurisdicción con la garantía de los límites que el sistema federal impone para asegurar el respeto de los poderes de los demás Estados sólo fue recogida en la decisión del TS de EEUU en el asunto *World-Wide Volkswagen v. Woodson* –444 US 286 (1980)–, pues, entre otros motivos, se trata de un fundamento que no se corresponde con el dato de que el demandado tiene normalmente la posibilidad de renunciar a la aplicación de esos límites, lo que determina que la tutela de la libertad individual y en concreto la garantía de la cláusula *due process* se configuran como el único fundamento constitucional de la limitación de jurisdicción, vide *Insurance Corp. of Ireland v. Compagnie des Bauxites de Guinee*, 456 US 694 (1982); y DROBAK, J. N., «The Federalism Theme in Personal Jurisdiction», *Iowa Law Review*, vol. 68, 1983, pp. 1015-1066, pp. 1046-1048. También se ha considerado la cláusula de comercio como un límite constitucional de las normas estatales sobre jurisdicción, que operaría con carácter adicional a *due process*. Si bien en la gran mayoría de esos casos el resultado alcanzado podría fundarse igualmente en la aplicación del *due process*, la referencia a la cláusula de comercio puede resultar de interés para poner de relieve la existencia de un interés nacional en evitar cargas excesivas en el marco del comercio interestatal, diferenciado de la referencia específica a la posición del demandado que es propia del *due process*, vide WEINTRAUB, R. J., *Commentary on the Conflict of Laws*, 4.ª ed., Nueva York, 2001, pp. 259-261.

to transfronterizo haya estado referida básicamente a situaciones en las que el demandado –respecto del cual se cuestiona si la atribución de competencia respeta las garantías de la cláusula *due process*– tenía su domicilio en otro Estado de la Unión y no en países extranjeros, si bien esos criterios tienden a aplicarse sin correcciones significativas a las situaciones en las que el domicilio del demandado se halla en un país extranjero<sup>23</sup>.

9. El *due process* en el ámbito de la litigación transfronteriza tiene varias dimensiones, que no siempre aparecen claramente diferenciadas en la jurisprudencia. El llamado «*procedural due process*» va referido a la exigencia de que se haya llevado a cabo una actividad razonable para notificar a la persona afectada la existencia del proceso y darle la oportunidad de ser oído, lo que resulta determinante de la constitucionalidad del ejercicio de la jurisdicción, al tiempo que hace posible la fijación de estándares federales mínimos en materia de notificación<sup>24</sup>. La dimensión aquí más relevante es la del denominado «*jurisdictional due process*», que es determinante de la constitucionalidad del criterio de competencia, y hace referencia a la existencia de un vínculo suficiente entre el litigio y el tribunal que conoce del asunto<sup>25</sup>, que es presupuesto de la validez de la decisión y de que ésta pueda beneficiarse de la *full faith and credit clause*<sup>26</sup>.

El tratamiento conjunto de dos aspectos diferentes en la jurisprudencia relativa a las implicaciones del *due process* sobre la competencia judicial, como son los límites al alcance de la competencia judicial de los diferentes Estados y las consecuencias de los excesos en materia de competencia sobre el respeto a las garantías del *substantive due process*, se considera un motivo clave de la falta de claridad de esa jurisprudencia, pues si bien la segunda de esas cuestiones sí se presta a un análisis básicamente jurisprudencial, la primera parece aconsejar un régimen legal elaborado, ausente en el modelo estadounidense<sup>27</sup>.

10. La *territorial jurisdiction* es presupuesto para que un tribunal pueda conocer de un asunto y adoptar una decisión válida, expresión ésta que implica que la decisión será reconocida por los tribunales de otros Estados (de la Unión). El estándar en materia de competencia judicial que deriva de la cláusula *due process* opera a su vez como límite a la atribución de competencia y como criterio determinante del control de la competencia del tribunal de origen en el marco del reconocimiento de decisiones y, por lo tanto, como límite para que la concreta decisión pueda beneficiarse de la *full faith and credit* en los demás Estados de EEUU.

<sup>23</sup> BRAND, R. A., «Due Process, Jurisdiction and a Hague Judgments Convention», *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 60, 1999, pp. 661-706, p. 667.

<sup>24</sup> Vide WEINTRAUB, R. J., *Commentary...*, *op. cit.*, pp. 122-136.

<sup>25</sup> RICHMAN, W. M., y REYNOLDS, W. L., *Understanding...*, *op. cit.*, p. 99.

<sup>26</sup> El *jurisdictional due process* se ha desarrollado en gran medida al margen de la interpretación de la cláusula *due process* en otros sectores y trata de proteger intereses que van más allá de la libertad individual y la propiedad que son el núcleo de la cláusula *due process*, cfr. BORCHERS, P. J., «The Death of the Constitutional Law of Personal Jurisdiction: From Pennoyer to Burnham and Back Again», *University of California Davis Law Review*, vol. 24, 1990, pp. 19-105, p. 24.

<sup>27</sup> Cfr. GOLDSTEIN, S., «Federalism and Substantive Due Process: A Comparative and Historical Perspective on International Shoe and its Progeny», *University of California Davis Law Review*, vol. 28, 1995, pp. 965-998, pp. 965-966.

Por ello, la conformidad del criterio de competencia utilizado con las exigencias del *due process* es susceptible de un control doble, pues no sólo puede impugnarse en el marco del proceso fundado en ese criterio de competencia, sino que, en determinadas circunstancias, también puede hacerse con ocasión de su reconocimiento en otro Estado de la Unión.

## 2. Límites constitucionales a la atribución de competencia

11. La doctrina del TS de EEUU acerca de los límites derivados de la cláusula *due process* sobre la atribución de competencia judicial ha evolucionado con el paso del tiempo. Durante casi setenta años prevaleció una doctrina territorialista, basada en el poder y la capacidad del foro para controlar el objeto de la controversia, establecida por primera vez en la decisión de 1878 en el asunto *Pennoyer v. Neff*<sup>28</sup>. En virtud de la doctrina recogida en esta decisión, la competencia de cada Estado aparecía referida básicamente a personas y bienes que se encontraran en su territorio (para lo cual se consideraba determinante la posibilidad de notificación de la demanda en el territorio del foro o la presencia ahí de bienes del demandado).

Se trata de un criterio cuyo alcance puede resultar excesivo (por ejemplo, en la medida en que baste una notificación a quien circunstancialmente se encuentra en ese Estado) o demasiado restrictivo (pues sólo tiene en cuenta ciertos aspectos de la vinculación entre una controversia y un Estado, sin valorar otros que podrían ser relevantes para determinar la competencia)<sup>29</sup>. A mediados del siglo xx, la inadecuación de este criterio, incluso modificado mediante el recurso a diversas ficciones, lo hizo insostenible, en buena medida por tratarse de una doctrina basada en una consideración de los EEUU como una confederación de Estados independientes (que justificaría la limitación de la competencia básicamente a situaciones en las que el Estado del foro estaba en condiciones de ejecutar una eventual decisión), lo que no respondía a la realidad de EEUU, cuyo sistema facilita la eficacia de las decisiones de un Estado en los demás de la Unión.

12. La decisión de 1945 en el asunto *International Shoe*<sup>30</sup> abrió una nueva etapa en la jurisprudencia del TS de EEUU, en la que los límites a la competencia responden básicamente a criterios de justicia, oportunidad y respeto a las expectativas de las partes, para lo que resulta determinante la valoración de la suficiencia de los contactos del demandado o del litigio con el foro. Esta decisión, que continúa siendo clave en el ámbito de la competencia judicial, estableció el estándar moderno derivado de la cláusula *due process* constitucional en esa materia. Ese estándar se basa en la presencia de contactos mínimos con el foro de modo que la competencia de éste no menoscabe criterios básicos de justicia material (por lo que se vincula con el *substantive due process*).

Por lo tanto, frente al criterio rígido anterior se impone un criterio flexible cuya aplicación exige tener en cuenta las circunstancias del caso concreto y que dota de particular relevancia a la posición de los tribunales en la determinación de si la competen-

<sup>28</sup> 95 US 714 (1878).

<sup>29</sup> BORCHERS, P. J., «Comparing...», *loc. cit.*, pp. 124-125.

<sup>30</sup> *International Shoe Co. v. Washington*, 326 US 310 (1945).

cia resulta en el caso concreto admisible, de modo que ha sido criticado por afectar negativamente a la previsibilidad y favorecer la litigiosidad y el *forum shopping*<sup>31</sup>.

13. Esta exigencia de contactos mínimos fue objeto en un principio de una interpretación expansiva que permitía apreciar la existencia de contactos suficientes en situaciones en las que el contacto era tenue<sup>32</sup>. En el marco de su control de constitucionalidad el TS de EEUU estableció que la exigencia de contactos mínimos en el ámbito mercantil implica básicamente que el demandado haya pretendido desarrollar algún tipo de actividad en el Estado del foro o que sus actividades hayan producido efectos en ese Estado. El contacto mínimo exigido está presente cuando el demandado ha utilizado la posibilidad de realizar actividades en el foro<sup>33</sup>. Tal circunstancia (*purpose availment*), que es clave para la constitucionalidad de la atribución de competencia (*personal jurisdiction*), se considera que concurre siempre que el contacto del demandado con el foro es consecuencia de que su actividad crea una conexión significativa con el foro.

Durante el final de la década de los setenta y los años ochenta del pasado siglo varias decisiones adoptaron un planteamiento más restrictivo que el inicial, como las relativas a los asuntos *Worldwide Volkswagen Corp. v. Woodson*<sup>34</sup>, *Shaffer v. Heitner*<sup>35</sup> y *Kulko v. Superior Court of Cal*<sup>36</sup>. En concreto, las decisiones del TS en los asuntos *World-Wide-Volkswagen Corporation v. Woodson*, *Burger King Corp. v. Rudzewicz* y *Asahi Metal Industries Co. v. Superior Court*<sup>37</sup> introdujeron un elemento adicional de análisis al unir un criterio de razonabilidad a la exigencia de contactos mínimos<sup>38</sup>, dotando de particular relevancia a la previsibilidad del foro desde la perspectiva del demandado<sup>39</sup>, de manera que le sea previsible la posibilidad de ser demandado en el foro<sup>40</sup> y que esa conexión no resulte sólo de un contacto casual o fortuito ni de la actividad exclusiva de la otra parte o de un tercero<sup>41</sup>.

Además, la decisión del TS de EEUU en el asunto *Asahi* puso especialmente de relieve cómo los límites del test basado en el *due process* pueden resultar imprecisos, al destacar que pese a existir contactos mínimos con el demandado la atribución de

<sup>31</sup> Vide, p. ej., JUENGER, F. K., «Forum Shopping, Domestic and International», *Tulane Law Review*, vol. 63, 1989, pp. 553-574, p. 557; y CAMERON, C. D., y JOHNSON, K. R., «Death of a Salesman? Forum Shopping and Outcome Determination under International Shoe», *University of California Davis Law Review*, vol. 28, 1995, pp. 769-862, pp. 771-777.

<sup>32</sup> Vide, p. ej., *McGee v. International Life Insurance Co.*, 355 U.S. 220 (1957).

<sup>33</sup> Vide *Hanson v. Denckla*, 357 US 235 (1958).

<sup>34</sup> 444 U.S. 286 (1980).

<sup>35</sup> 433 U.S. 186 (1977).

<sup>36</sup> 436 U.S. 84 (1978). Para un análisis conjunto de la veintena de sentencias pronunciadas en esta materia por el TS de EEUU entre 1945 y 1995, con diversas clasificaciones acerca de las materias, las partes beneficiadas y la relación entre la decisión sobre la competencia y el fondo, CAMERON, C. D., y JOHNSON, K. R., «Death...», *loc. cit.*, pp. 817-832; y FORNER DELAYGUA, J. J., *Hacia...*, *op. cit.*, pp. 146-176.

<sup>37</sup> 480 US 102 (1987).

<sup>38</sup> Para un análisis sintético de la evolución de la jurisprudencia del TS de EEUU en la materia, BRAND, R. A., «Tort Jurisdiction in a Multilateral Convention: The Lessons of the Due Process Clause and the Brussels Convention», *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 24, 1998, pp. 125-155, pp. 133-142. Con mayor detenimiento, VON MEHREN, A. T., «Theory...», *loc. cit.*, pp. 95-141.

<sup>39</sup> SHEEHAN, K. C., «Predicting the Future: Personal Jurisdiction for the Twenty-first Century», *University of Cincinnati Law Review*, vol. 66, 1998, pp. 385-440, pp. 398-410.

<sup>40</sup> *World-Wide-Volkswagen Corporation v. Woodson*, 444 US 286, 295 (1980), destacando -297- que ello permite al potencial demandado mitigar el riesgo mediante la contratación de seguros, trasladar el coste a los clientes o eliminar el riesgo rompiendo los vínculos con el foro.

<sup>41</sup> *Burger King Corp. v. Rudzewicz*, 471 US 462, 475 (1985).

competencia a los tribunales del Estado en cuestión puede ser incompatible con el *due process* si no se corresponde con exigencias básicas de justicia en el caso concreto, habida cuenta de la carga procesal impuesta al demandado, el interés del foro en conocer del asunto y el interés del demandado en obtener tutela en el foro. La jurisprudencia del TS de EEUU ha establecido que la necesidad de contactos mínimos con el foro se proyecta tanto sobre la llamada competencia general como sobre las competencias específicas. La atribución de competencia general se basa en la existencia de contactos sustanciales o continuados y sistemáticos con el foro, aunque la acción litigiosa no esté vinculada a tales contactos<sup>42</sup>; mientras que la *specific jurisdiction* requiere que el litigio verse sobre actos relacionados con el foro.

14. En los años noventa del pasado siglo, pese a no modificar formalmente los presupuestos de su análisis constitucional en la materia, el TS de EEUU en la decisión en el asunto *Burnham*<sup>43</sup> afirmó la constitucionalidad de uno de los criterios más exorbitantes empleados por los tribunales estatales, como es el de la notificación en el territorio del foro a quien se encuentra temporalmente en el mismo, destacando que este criterio ha sido uno de los más tradicionales en el *common law*. Pese a la tradición de ese criterio atributivo de competencia, esta decisión representó un cambio de rumbo en la jurisprudencia del TS sobre el particular, que puso nuevamente de relieve la flexibilidad del estándar *due process* en esta materia<sup>44</sup>. Ese cambio reformula el criterio de los contactos mínimos de la decisión *International Shoe*, que en sus orígenes respondía a un enfoque funcional y pragmático, a favor de una orientación formal y territorialista<sup>45</sup>.

Además otras prácticas presentes en EEUU determinan que el significado de la cláusula *due process* como límite constitucional resulte difícil de valorar en la medida en que no excluye el recurso a criterios de competencia exorbitantes, como es el caso de la atribución de competencia general con base sólo en el empleo por el demandado de ciertos servicios (a los que no se refiere el litigio) en el Estado del foro, por ejemplo, por ser titular de una cuenta bancaria en ese Estado<sup>46</sup>. De todo ello resulta que no parece exagerado concluir que, a pesar del criterio adecuado y flexible establecido por el TS de EEUU en el asunto *International Shoe*, la jurisprudencia moderna del TS no ha sacado todo el provecho posible de ese modelo y sus decisiones más recientes no reflejan una evolución que tenga en cuenta los cambios sociales ni todas las consecuencias prácticas de esas decisiones<sup>47</sup>.

15. Decisiones como la adoptada en el asunto *Burnham* refuerzan la posición de las jurisdicciones estatales, al difuminar el impacto de las restricciones derivadas de

<sup>42</sup> *Helicopteros Nacionales de Colombia SA v. Hall*, 466 US 408, 415 (1984).

<sup>43</sup> *Burnham v. Superior Court of California*, 495 US 604 (1990).

<sup>44</sup> Muy crítico con esa decisión, destacando que el resultado alcanzado es contrario a la exigencia de contactos mínimos que esa decisión formalmente no abandona, Cox, S. E., «Would that Burnham Had not Come to Be Done Insane! A Critique of Recent Supreme Court Personal Jurisdiction Reasoning, an Explanation of Why Transient Presence Jurisdiction is Unconstitutional, and Some Thoughts About Divorce Jurisdiction in a Minimum Contacts World», *Tennessee Law Review*, vol. 58, 1991, pp. 497-572.

<sup>45</sup> Cfr. REYNOLDS, H. D., «The Concept of Jurisdiction: Conflicting Legal Ideologies and Persistent Formalist Subversion», *Hastings Constitutional Law Quarterly*, vol. 18, 1991, pp. 819-880, p. 823, crítico con esa evolución jurisprudencial.

<sup>46</sup> Cfr. ZEKOLL, J., «The Role and Status of American Law in The Hague Judgments Convention Project», *Albany Law Review*, vol. 61, pp. 1283-1307, p. 1295.

<sup>47</sup> Cfr. HEISER, W. W., «A Minimum Interest Approach to Personal Jurisdiction», *Wake Forest Law Review*, vol. 35, 2000, pp. 915-972, p. 916.

la cláusula *due process*, por lo que esa decisión se vincula también con las opiniones que rechazan que la competencia judicial deba ser tratada como una cuestión constitucional<sup>48</sup>. En todo caso, pese a la confusa situación a la que ha conducido un sistema de competencia que gira en torno a decisiones del TS sobre límites constitucionales al alcance de la jurisdicción de los diferentes Estados, y a la imperiosa necesidad de mejora y revisión del sistema, no cabe desconocer que las reglas de competencia afectan decisivamente a la posición de los particulares, lo que justifica la existencia de condicionantes constitucionales<sup>49</sup>. Ahora bien, es cierto que el tratamiento por parte del TS de EEUU de la competencia judicial como una cuestión constitucional ha lastreado la posibilidad de mejorar un sistema que en la práctica presenta carencias significativas<sup>50</sup>.

La naturaleza constitucional asignada a esta cuestión condiciona las posibilidades de reforma del sistema e incluso dificulta —como han demostrado las negociaciones en el marco de la Conferencia de La Haya<sup>51</sup>— la conclusión de convenios internacionales en la materia. De la jurisprudencia del TS de EEUU no sólo resulta la constitucionalidad de ciertos criterios tradicionales en el sistema de EEUU y susceptibles de ser considerados exorbitantes en el marco comunitario —como el basado en la notificación al demandado que se encuentra presente temporalmente en el foro y el fundado en el *doing business*—, sino también la posible inconstitucionalidad de la aplicación en ciertos supuestos de fueros de competencia especiales bien conocidos en el sistema comunitario, como el del lugar del hecho dañoso del artículo 5.3 Reglamento 44/2001<sup>52</sup> y el del domicilio del acreedor de los alimentos de su artículo 5.2<sup>53</sup>.

<sup>48</sup> Vide BORCHERS, P. J., «The Death...», *loc. cit.*, pp. 87-101.

<sup>49</sup> Cfr. OAKLEY, J. B., «The Pitfalls of Hit and Run History: A Critique of Professor Borchers's Limited View of Pennoyer v. Neff», *University of California Davis Law Review*, vol. 28, 1995, pp. 591-754, p. 594; y COX, S. E., «Why Properly Construed Due Process Limits on Personal Jurisdiction Must Always Trump Contrary Treaty Provisions», *Albany Law Review*, vol. 61, 1998, pp. 1177-1205, p. 1179, criticando, sin embargo, el estado actual de la jurisprudencia del TS sobre el particular.

<sup>50</sup> Cfr. JUENGER, F. K., «American...», *loc. cit.*, pp. 6-7.

<sup>51</sup> MAIER, H. G., «A Hague Conference Judgments Convention and United States Courts: A Problem and a Possibility», *Albany Law Review*, vol. 61, 1998, pp. 1207-1238, pp. 1209-1219, en relación con los problemas constitucionales que en EEUU plantearía la ratificación de un convenio internacional que establezca reglas de competencia judicial internacional (directa); y CLERMONT, K. M., «Jurisdictional...», *loc. cit.*, pp. 124-129.

<sup>52</sup> Cfr. WEINTRAUB, R. J., «Negotiating the Tort Long-Arm Provisions of the Judgments Convention», *Albany Law Review*, vol. 61, 1998, pp. 1269-1281, p. 1270, que pone de relieve que el TS de EEUU en su decisión en el asunto *Asahi* estableció en materia de responsabilidad extracontractual restricciones a la competencia de los tribunales de EEUU, para conocer de demandas frente a empresas domiciliadas en el extranjero, que determinan que la aplicación de la competencia basada en el fuero del lugar del daño previsto en el artículo 5.3 Reglamento 44/2001 pueda en ocasiones conducir a resultados incompatibles con los límites constitucionales impuestos en EEUU por el TS. En el mismo sentido, al hilo de la decisión del TS de EEUU en el asunto *World-Wide Volkswagen Corp. v. Woodson* -444 US 286 (1980)—, vide BORCHERS, P. J., «A Few Little Issues for the Hague Judgments Negotiations», *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 24, 1998, pp. 157-166, p. 161. No obstante, teniendo en cuenta que a la luz de la jurisprudencia del TJCE los fueros especiales del artículo 5 del Reglamento 44/2001 deben ser objeto de una interpretación restrictiva, no es claro que la aplicación del artículo 5.3 a los hechos que dieron lugar a esas decisiones del TS de EEUU hubieran permitido fundar un alcance más amplio de la competencia que el admitido en EEUU, vide BRAND, R. A., «Tort Jurisdiction...», *loc. cit.*, pp. 152-153.

<sup>53</sup> Cfr. BORCHERS, P. J., «Judgments Conventions and Minimum Contacts», *Albany Law Review*, vol. 61, 1998, pp. 1161-1176, p. 1163, en relación con la decisión del TS de EEUU en el asunto *Kulko v. Superior Court* -436 US 84 (1978).

En definitiva, la jurisprudencia del TS de EEUU sobre los límites constitucionales a la jurisdicción, pese al extraordinario volumen de doctrina que ha generado, no proporciona criterios precisos sobre las *policies* que determinan el alcance de las restricciones ni las que justifican el ejercicio de la jurisdicción, al tiempo que no facilita a los tribunales inferiores estándares precisos acerca de cuál debe prevalecer en cada caso<sup>54</sup>. Tampoco contiene un fundamento constante de la exigencia constitucional de vinculación entre un Estado y un no residente como presupuesto del ejercicio de jurisdicción por los tribunales de aquél<sup>55</sup>, lo que tiene como consecuencia que la uniformización resultante sea muy limitada.

### 3. Alcance de la uniformización de los criterios de competencia

16. El nivel de conexión o de vinculación que debe existir entre un litigio y el Estado cuyos tribunales conocen del mismo para que la atribución de competencia se considere admisible conforme al estándar *due process* es una cuestión constitucional federal, que se proyecta tanto sobre la jurisdicción federal como sobre las estatales, pues el significado de los conceptos esenciales de razonabilidad y justicia coincide en uno y otro caso. Se observan ciertas diferencias, en la medida en que esa conexión con un litigio o sus partes se predica en el caso de los tribunales estatales respecto del Estado de que se trate, mientras que en los federales va referida al conjunto de EEUU, si bien en este último caso se controla que el conocimiento por el concreto distrito federal no genere una situación inadmisibile para el demandado.

La quinta enmienda, al igual que la decimocuarta, prohíbe también la atribución de competencia si el concreto foro resulta tan gravoso para el demandado que menoscaba criterios básicos de justicia pese a la existencia de vínculos significativos con el conjunto de EEUU<sup>56</sup>. Por eso, la quinta enmienda de la Constitución puede ser determinante para cuestionar la admisibilidad de la atribución de competencia resultante de normas federales que permiten demandar a quien presenta vínculos con el conjunto de los EEUU ante cualquier tribunal federal (*nationwide jurisdiction*), en la medida en que la exigencia de que litigue en el concreto lugar en el que se ha presentado la demanda constituya para ese demandado una carga procesal excesiva e irrazonable, si bien se trata de una cuestión controvertida en la jurisprudencia de los tribunales inferiores<sup>57</sup>.

17. El régimen de competencia no es, sin embargo, sólo una cuestión constitucional. En realidad, y sin perjuicio de que operen los límites constitucionales ya señalados, los tribunales de cada Estado sólo tienen competencia en la medida en que se la atribuya el correspondiente derecho estatal, cuyas reglas de competencia resultan de lo previsto en el *common law* (es decir, en los precedentes judiciales) o en la legisla-

<sup>54</sup> Véase RICHMAN, W. M., y REYNOLDS, W. L., *Understanding...*, op. cit., pp. 99-100.

<sup>55</sup> Cfr. TRANGSRUD, R. H., «The Federal Common Law of Personal Jurisdiction», *George Washington Law Review*, vol. 57. 1989, pp. 849-906, p. 851.

<sup>56</sup> Cfr. RICHMAN, W. M. y REYNOLDS, W. L., *Understanding...*, op. cit., p. 94.

<sup>57</sup> Cfr. FULLERTON, M., «Constitutional Limits on Nationwide Personal Jurisdiction in the Federal Courts», *Northwestern University Law Review*, vol. 79, 1984, pp. 1-86, p. 5.

ción estatal en la materia, representada por los llamados *long-arm statutes*. Además, en *diversity cases*, la jurisdicción de los tribunales federales –salvo en los supuestos en los que existe una disposición federal específica sobre el particular– debe determinarse normalmente con base en un Derecho estatal. Para decidir sobre su *personal jurisdiction*, los tribunales federales aplican las *Federal Rules of Civil Procedure*, en concreto la regla 4(k). De acuerdo con lo dispuesto en la regla 4(k)(1)(A), un tribunal federal tiene competencia: en la medida en que la tuvieran los tribunales del Estado en el que ese concreto tribunal federal tiene su sede; cuando la competencia le venga atribuida por una norma federal –regla 4(k)(1)(D)–; y cuando no sean competentes los tribunales de ninguna jurisdicción estatal pero la competencia para conocer de ese caso sea compatible con la Constitución y las leyes de EEUU –regla 4 (k)(2).

La Regla 4(k) *Federal Rules of Civil Procedure* no extiende la competencia de los tribunales federales a todas las situaciones en las que resultaría constitucionalmente admisible, sino que sólo fija ciertos criterios atributivos de competencia. En los supuestos contemplados en la Regla 4(k)(1)(A) se atribuye competencia a un tribunal federal para conocer de un litigio en la medida en que el demandado se halle sometido a la competencia de los tribunales (estatales) del Estado en el que tiene su sede el tribunal federal, por lo que la competencia de los tribunales federales se hace depender de que los tribunales (estatales) de ese Estado tengan competencia, al tiempo que el estándar constitucional de exigencia de contactos mínimos se proyecta sobre ese concreto Estado, de manera que no es suficiente la existencia de contactos mínimos con el conjunto de EEUU. En otros supuestos, como los que contempla la Regla 4(k)(1)(D) la competencia se halla condicionada por la existencia de legislación federal que atribuya competencia a escala nacional para conocer de ciertas categorías de litigios.

Conforme a la Regla 4(k)(2), se considera admisible la competencia de un tribunal federal para conocer de litigios derivados del derecho federal respecto a demandados que no se hallen sometidos a la *personal jurisdiction* de ningún Estado, siempre que la competencia en el caso concreto sea conforme con las exigencias derivadas de la cláusula *due process*, lo que sí implica básicamente el recurso sólo a un criterio como el establecido en la decisión del TS en el asunto *International Shoe* (esta regla suele ser relevante con respecto a ciudadanos de EEUU residentes en el extranjero y a extranjeros que tienen ciertos contactos con EEUU en su conjunto, pero sin mantener contactos mínimos suficientes con ningún Estado en concreto o sin quedar comprendidos dentro del alcance de su correspondiente *long-arm statute*). Los límites constitucionales a la atribución de competencia con base en esta regla derivan de la quinta enmienda y requieren sólo la existencia de contactos mínimos suficientes con los EEUU en su conjunto<sup>58</sup>.

18. Los diversos Estados han adoptado leyes, que reciben la denominación de *long-arm statutes*, acerca de la competencia judicial (interestatal e internacional) de sus tribunales. El alcance de la competencia que estas leyes atribuyen a los tribunales del correspondiente Estado no puede exceder de lo constitucionalmente admisible, pero no hay una exigencia de que el volumen de competencia que atribuyan comprenda todos los supuestos en los que es constitucionalmente admisible. Estas leyes estatales complementan normalmente las reglas aplicadas en cada Estado como parte del

<sup>58</sup> RICHMAN, W. M., y REYNOLDS, W. L., *Understanding...*, op. cit., pp. 95-96.

*common law*, pues en relación con la *jurisdiction in personam* ciertos criterios atributivos de competencia –en concreto, *presence, consent and appearance*– encuentran su fundamento en el *common law*, de manera que tradicionalmente se han venido empleando sin necesidad de que estén establecidos en la legislación, mientras que otros sólo se admiten en la medida en que estén previstos en la legislación.

19. Las legislaciones estatales en esta materia pueden ser clasificadas básicamente en tres grupos<sup>59</sup>. Uno, muy simple, pero al mismo tiempo exhaustivo, inspirado en el modelo de la legislación de California, que se limita a establecer que los tribunales del Estado correspondiente tienen competencia para conocer de todos aquellos litigios en los que su competencia no resulta incompatible con las restricciones constitucionales. Por lo tanto, el contenido de estas legislaciones se reduce a fijar que los tribunales estatales son competentes con toda la extensión con que lo permite la cláusula *due process*. De esta manera, cuando se cuestiona la competencia de los tribunales de un Estado para conocer de un determinado litigio, la respuesta resulta directamente de la aplicación al caso concreto de la doctrina constitucional sobre la cláusula *due process*. En definitiva, si la atribución de competencia en el caso concreto resulta constitucionalmente admisible, también será conforme con la legislación estatal, que se limita básicamente a una remisión al estándar constitucional<sup>60</sup>.

El segundo tipo, más complejo, está integrado por aquellas legislaciones estatales que incluyen una enumeración de criterios atributivos de competencia, al recoger una serie de circunstancias que de concurrir justifican la competencia de los tribunales del foro, de manera que en principio restringen el alcance de la competencia de sus tribunales a esas categorías de supuestos. Las legislaciones de este segundo tipo en su mayor parte se hallan inspiradas en la normativa de Illinois, cuya legislación de 1955 fue pionera en la materia<sup>61</sup> o en la *Uniform Interstate and International Procedure Act* elaborada por la NCCUSL<sup>62</sup>, aunque con frecuencia incorporan disposiciones adicionales, bien originales bien inspiradas en las legislaciones de otros Estados, en particular Wisconsin y Nueva York. En aquellos Estados que han adoptado legislacio-

<sup>59</sup> Vide WELKOWITZ, D. S., «Going to the Limits of Due Process: Myth, Mystery and Meaning», *Duquesne Law Review*, vol. 28, 1990, pp. 233-270, pp. 236-249, detallando en qué tipo encaja la legislación de cada uno de los Estados; y WEINTRAUB, R. J., *Commentary...*, *op. cit.*, p. 197.

<sup>60</sup> Cfr. RICHMAN, W. M., y REYNOLDS, W. L., *Understanding...*, *op. cit.*, p. 87.

<sup>61</sup> Illinois fue el primer Estado en adoptar una ley que reguló con carácter exhaustivo la competencia de sus tribunales dentro de los límites constitucionales, una vez que el TS flexibilizó el rígido estándar derivado de su decisión en el asunto *Pennoyer v. Neff*. A los pocos años de su adopción, la normativa de Illinois ya había sido seguida como modelo por más de media docena de Estados, si bien algunos incorporaron reglas adicionales, como fue el caso de Wisconsin, cfr. CURRIE, D. P., «The Growth of the Long-Arm: Eight Years of Extended Jurisdiction in Illinois», *University of Illinois Law Forum*, 1963, pp. 533-585, p. 537.

<sup>62</sup> La *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* (NCCUSL) es una organización privada con vínculos estrechos con los Estados y con la *American Bar Association* (ABA), que está integrada por comisarios designados por los diferentes Estados, y que, para evitar una excesiva diversidad entre las legislaciones estatales, se ha dedicado fundamentalmente a la creación de normas uniformes –leyes uniformes y leyes modelo– cuya eficacia se subordina a su aprobación por los legisladores estatales, que pueden introducir modificaciones o aprobar sólo parte de su contenido. Sobre esa institución, vide DUNHAM, A., «A History of the National Conference of Commissioners on Uniform State Laws», *Law and Contemporary Problems*, vol. 30, 1965, pp. 233-249; y COULSON, R. E., «The National Conference of Commissioners on Uniform State Laws and the Control of Law-Making: A Historical Essay», *Oklahoma City University Law Review*, vol. 16, 1991, pp. 295-344.

nes de este tipo, cuando se cuestiona la competencia de un tribunal, resulta necesario determinar en primer lugar si el litigio de que se trate encaja en alguno de los supuestos para los que se atribuye competencia en la enumeración legal, para pasar en segundo lugar a valorar si el ejercicio de competencia infringe el estándar constitucional derivado de la cláusula *due process*.

El tercer tipo de leyes estatales en esta materia se halla muy conectado con el segundo, pues también se caracteriza por incluir una enumeración detallada de criterios específicos atributivos de competencia, pero la combina con una cláusula general en la que se afirma la competencia de los tribunales de ese Estado siempre que ello sea constitucionalmente admisible, por lo que sus tribunales tienen también competencia en el resto de las situaciones en las que sea compatible con el *due process*, aunque no estén contempladas en la enumeración de criterios de competencia. Por lo tanto, la enumeración no tiene en estos casos un impacto significativo<sup>63</sup>.

En la práctica, sin embargo, de los treinta Estados que han adoptado legislaciones con enumeración de criterios de competencia y que no incluyen una previsión según la cual la competencia de sus tribunales se extiende allí hasta donde resulta constitucionalmente admisible, en casi la mitad (doce) prevalece el criterio de que esa enumeración no impide que la competencia de los tribunales del Estado correspondiente comprenda todos los litigios en los que la atribución de competencia resulte compatible con la cláusula *due process*. Por ello, en estos Estados los tribunales tienden a prescindir del primer paso consistente en valorar el supuesto a la luz de la enumeración de criterios de competencia recogida en la legislación estatal, para aplicar directamente el estándar *due process*. En consecuencia, en la mayoría de Estados la *in personam jurisdiction* está disponible con toda la amplitud admitida constitucionalmente.

20. La vinculación entre el alcance de la competencia judicial según los derechos estatales y los límites derivados de la cláusula constitucional *due process* provoca inseguridad jurídica, incluso en Estados que tienen leyes con criterios detallados en esta materia<sup>64</sup>. Además, dicha vinculación favorece una especie de carrera a la baja (*race to the bottom*) en la regulación de esta materia, pues normalmente los Estados no tienen interés en limitar el alcance de la jurisdicción de sus tribunales en la medida en que la misma resulte constitucionalmente admisible, pues la posibilidad de que conozcan sus propios tribunales se considera que beneficia a los residentes y los abogados locales, a los que no se quiere privar de una ventaja competitiva<sup>65</sup>.

Este estado de cosas es un elemento muy significativo que se relaciona con el dato de que en EEUU la doctrina tiende a considerar que la racionalización y la mejora del sistema requieren la unificación de las reglas de competencia judicial, típicamente mediante la adopción de normas federales o la ratificación de convenios internacionales que puedan llegar a celebrarse en la materia<sup>66</sup>.

<sup>63</sup> Véase, con referencia a la situación en los diferentes Estados, McFARLAND, D. D., «Dictum Run Wild: How Long-Arm Statutes Extended to the Limits of Due Process», *Boston University Law Review*, vol. 84, 2004, pp. 491-541, pp. 525-531.

<sup>64</sup> WELKOWITZ, D. S., «Going...», *loc. cit.*, pp. 255-259.

<sup>65</sup> Cfr. BURBANK, S. B., «Jurisdiction...», *loc. cit.*, p. 113.

<sup>66</sup> Von MEHREN, A. T., «Theory...», *loc. cit.*, pp. 79-80.

21. Ciertamente, pese a su notable impacto en otras materias, los resultados de los mecanismos tradicionales de uniformización interestatal de EEUU y sus contribuciones a la mejora del sistema han sido en esta materia muy limitados, como ilustra, en particular, el reducido impacto de las leyes uniformes de la NCCUSL y de las actividades del *American Law Institute* (ALI) y la ABA. La *Uniform Interstate and International Procedure Act* (UIIPA) fue aprobada por la NCCUSL en 1962 y por la ABA en 1963, si bien sus principales disposiciones estaban ya antes en vigor en algún Estado, como Illinois –pionero en esta materia– o Michigan, cuya experiencia fue tenida en cuenta por los redactores del texto uniforme, que como tal fue adoptado en primer lugar por el Estado de Arkansas<sup>67</sup> y con posterioridad ha sido adoptada en un número reducido de Estados<sup>68</sup>.

Las dos primeras secciones de la UIIPA se corresponden con el contenido típico de los denominados *long-arm statutes*, que junto a una enumeración de conexiones determinantes de la atribución de competencia contienen una regla de *forum non conveniens* que contribuye a dotar de flexibilidad al sistema. Incluye también reglas sobre notificación de documentos judiciales y prueba del derecho extranjero. En su aplicación práctica esta normativa uniforme no resultó satisfactoria, como ilustra el que alguno de los Estados que habían adoptado sus disposiciones –como en el caso de Pennsylvania– las sustituyó al poco tiempo por reglas más vagas que se limitan prácticamente a incorporar por referencia la jurisprudencia del TS de EEUU<sup>69</sup>.

En lo que se refiere a la unificación de las reglas de competencia judicial internacional en materias específicas, sí cabe encontrar algún texto que ha tenido un gran impacto. En concreto, destaca como principal logro la *Uniform Child Custody Jurisdiction and Enforcement Act* (UCCJEA). La UCCJEA fue aprobada en 1997 por la NCCUSL y desde entonces ha sido adoptada prácticamente por todos los Estados de EEUU. La UCCJEA aparece como una revisión de su antecesora la *Uniform Child Custody Jurisdiction Act* (UCCJA), con el objetivo de adaptar su normativa tras haber transcurrido treinta años, un periodo en el que a escala federal se adoptaron normas con repercusión en la materia –como la *Parental Kidnaping Prevention Act* (PKPA) de 1980– y en el que la falta de uniformidad en la adopción de la UCCJA se vio agravada por la existencia de criterios diferentes de interpretación de ciertas reglas entre los tribunales estatales<sup>70</sup>.

Entre las actividades de la NCCUSL se incluyen otros intentos de elaborar normas uniformes reguladoras de la competencia judicial (y el reconocimiento de decisiones) en materias muy concretas, como ilustran los trabajos relativos a la *Guardianship Interstate Jurisdiction and Enforcement Act*, cuyo comité de redacción fue designado en 2005 y que contempla la adopción de reglas sobre la atribución de competencia en materia de guarda y protección de los incapaces.

<sup>67</sup> Vide LEFLAR, R. A., «Act 101 - Uniform Interstate and International Procedure Act», *Arkansas Law Review*, vol. 17, 1963, pp. 118-125.

<sup>68</sup> Aunque con ciertas variantes, el texto ha sido adoptado en Arkansas, Massachusetts, Michigan, Pennsylvania, Distrito de Columbia e Islas Vírgenes, cfr. Von MEHREN, A. T., «Theory...», *loc. cit.*, p. 76.

<sup>69</sup> Cfr. JUENGER, F. K., «American...», *loc. cit.*, p. 11.

<sup>70</sup> La UCCJEA no sólo establece reglas de competencia en materia de custodia de menores, sino también normas relativas a la ejecución de decisiones sobre custodia y derechos de visita, sector en el que proporciona un nivel de uniformidad semejante al logrado en el ámbito de los alimentos por la *Uniform Interstate Family Support Act*.

#### 4. Eficacia de los acuerdos atributivos de competencia

22. La falta de seguridad jurídica imperante en EEUU en el sector de la competencia judicial internacional (e interestatal) se manifiesta de manera significativa en la eficacia de los acuerdos atributivos de competencia. En relación con ciertos litigios en materia federal –típicamente vinculados al sector marítimo–, a partir de los años setenta el TS de EEUU modificó sustancialmente el criterio más extendido previamente que cuestionaba la eficacia de las cláusulas de elección de foro. Esta evolución en lo que concierne a los tribunales federales tuvo lugar básicamente en las decisiones en los asuntos *The Bremen v. Zapata Off-Shore Co.*<sup>71</sup> y *Carnival Cruise Lines, Inc. v. Shute*<sup>72</sup>.

En la primera el TS de EEUU puso de relieve que debe admitirse la eficacia de las cláusulas de elección de foro en los litigios comerciales internacionales salvo que el demandado acredite que ese resultado no sería razonable. En el juicio de razonabilidad, la práctica de los tribunales federales muestra que utilizan criterios como la coincidencia con la ley aplicable al contrato, el lugar de ejecución del contrato, las acciones que pueden ejercitarse en el foro elegido, la ubicación de las partes y de los medios de prueba (incluidos los testigos), el poder de negociación de las partes en el marco de la adopción del contrato, la existencia de algún tipo de fraude o abuso y la conducta de las partes<sup>73</sup>. En todo caso, los tribunales federales suelen respetar el criterio del TS en el sentido de que la denegación de eficacia respecto de las cláusulas de elección de foro resulta excepcional en la práctica.

23. La doctrina del asunto *Bremen* se extendió también rápidamente a los tribunales estatales aunque no se hallan vinculados por ella ni tampoco los tribunales federales cuando, como es lo habitual, deben decidir sobre la competencia según la legislación estatal, pues el asunto *Bremen* era un *admiralty case*, que el TS pudo decidir mediante *federal common law*. Lo mismo cabe decir de la decisión en el asunto *Carnival Cruise*, que deja claro que en la medida en que se trate de un *admiralty case* a decidir conforme al derecho federal, la admisión de las cláusulas de elección de foro opera también en los contratos con consumidores, incluso si se hallan contenidas en condiciones generales de la contratación, en circunstancias en las que es muy probable que el consumidor no hubiera leído la cláusula de elección del tribunal competente<sup>74</sup>. En todo caso, en la medida en que estas decisiones no se basan en la aplicación de la Constitución federal, no impiden que el resultado cuando la cuestión debe ser decidida por un tribunal (incluso federal) que aplique la legislación estatal, pueda ser diferente, al tiempo que la flexibilidad característica de las normas sobre *transfer of venue* entre los tribunales federales puede generar incertidumbre acerca de la eficacia de las cláusulas atributivas de competencia en el ámbito interfederal<sup>75</sup>. La práctica de

<sup>71</sup> 407 US 1 (1972).

<sup>72</sup> 499 US 585 (1991).

<sup>73</sup> Vide esta enumeración de factores en la decisión de 1998 en el asunto *Groff v. America Online, Inc.*, 1998 WL 307001 (R.I. Super. Ct. 1998).

<sup>74</sup> Vide SOLIMINE, M. E., «Forum-Selection Clauses and the Privatization of Procedure», *Cornell International Law Journal*, vol. 25, 1992, pp. 51-101, pp. 77-85, considerando aceptable el resultado alcanzado en ese caso.

<sup>75</sup> Vide, con respecto a las reglas contenidas en la sección 1402, 28 USC, y el criterio establecido en la decisión del TS en el asunto *Stewart Organization v. Ricoh Corp.* –487 US 22 (1988)–, HEISER, W. H.,

los tribunales estatales en esta materia no muestra la aparente uniformidad que en la jurisdicción federal existe a partir de las decisiones del TS en los asuntos *Bremen* y *Carnival Cruise*<sup>76</sup>.

Esta es una de las materias en las que el desarrollo a escala estatal de normas de protección de los consumidores facilita que entre los Estados no exista el consenso en torno a *Carnival Cruise* que existe sobre *Bremen*, pues si bien la doctrina de ésta se ha proyectado casi sin fisuras sobre todos los Estados –lo que determina que una cláusula atributiva de competencia razonable será normalmente eficaz–, los Estados pueden establecer restricciones tendientes a satisfacer los intereses de política legislativa que consideren apropiados. Por ello, en algunos Estados su aplicación a los contratos de consumo, en términos como los de *Carnival Cruise* puede considerarse, al menos en determinadas circunstancias, excesiva. Sobre ese punto subsisten las diferencias en la práctica de los tribunales federales (cuando deben aplicar *federal common law*) y estatales e incluso cabe esperar que el carácter innovador de ciertas legislaciones estatales en la materia –que limitan de manera significativa la eficacia de las cláusulas atributivas de competencia en contratos de consumo– contribuya a mejorar la regulación de esta cuestión<sup>77</sup>, en la que la adopción de legislación –preferentemente a escala federal– parece especialmente justificada<sup>78</sup>.

## 5. Litigios interfederales y controversias internacionales

24. Existe la percepción de que EEUU se ha convertido en un foro especialmente atractivo en el que en ciertas categorías de litigios los demandantes pueden tener interés en litigar, como consecuencia de las reglas procesales por ejemplo en materia de obtención de pruebas anticipadas, así como porque las indemnizaciones otorgadas por los tribunales de EEUU suelen resultar elevadísimas desde la perspectiva comparada. Esta percepción se basa también en la idea de que la posibilidad de recurrir en procesos civiles al juicio con jurado tiende a favorecer la posición del demandante, que al mismo tiempo puede demandar asumiendo riesgos económicos limitados, debido a los sistemas admitidos en EEUU para la remuneración de los abogados y a que normalmente aunque la demanda sea rechazada no resulta obligado a pagar las costas.

También la existencia de una pluralidad de jurisdicciones en el sistema de EEUU puede favorecer esa percepción. Ciertos elementos del sistema judicial de EEUU determinan que existen tribunales que se hallan en posición de conocer de litigios transfronterizos sin una orientación localista y que pueden ofrecer garantías apropia-

«Forum Selection Clauses in Federal Courts: Limitations on Enforcement after *Stewart* and *Carnival Cruise*», *Florida Law Review*, vol. 45, 1993, pp. 553-608, pp. 586-590.

<sup>76</sup> Cfr., p. ej., MANN, R. J., y WINN, J. K., *Electronic Commerce*, 2.ª ed., Nueva York, 2005, p. 31.

<sup>77</sup> Cfr. SCOLES, E. F.; HAY, P.; BORCHERS, P. J., y SYMEONIDES, S. C., *Conflict of Laws*, 3.ª ed., St. Paul, 2000, pp. 476-477.

<sup>78</sup> Vide GOLDMAN, L., «My Way and the Highway: The Law and Economics of Choice of Forum Clauses in Consumer Form Contracts», *Northwestern University Law Review*, vol. 86, 1992, pp. 700-741, pp. 737-740; y BORCHERS, P. J., «Forum Selection Agreements in the Federal Courts after *Carnival Cruise*: A Proposal for Congressional Reform», *Washington Law Review*, vol. 67, 1992, pp. 55-111, pp. 93-95.

das a litigantes extranjeros. Frente a la imagen que resulta de la existencia en EEUU de jueces que deben su cargo a los electores locales y que actúan junto con jurados locales con poder para decidir sobre la imposición de daños punitivos, el sistema federal de EEUU, como ha quedado reseñado, proporciona normalmente al litigante extranjero vías para evitar que la controversia sea resuelta por un tribunal estatal. La existencia de los tribunales federales hace posible la resolución de los litigios por órganos que tienen una orientación menos local que la que es propia de los tribunales nacionales en la mayor parte de los países<sup>79</sup>.

La complejidad del sistema, y, entre otros aspectos, de las normas sobre competencia judicial, determina, no obstante, que los litigios puedan prolongarse mucho y resultar muy costosos, por lo que el atractivo del sistema de EEUU se proyecta de manera muy especial respecto de litigios de cuantías muy elevadas<sup>80</sup>. Desde esta perspectiva, la falta de seguridad jurídica en materia de competencia judicial internacional, que facilita la litigiosidad sobre el particular, no favorece precisamente ese atractivo de los tribunales estadounidenses.

25. Pese a la atención prestada a las cuestiones de *territorial jurisdiction* por el TS de EEUU, éste no ha establecido criterios propios con respecto a los litigios que presentan conexiones con el extranjero, sino que estos supuestos, incluso cuando el domicilio del demandado se encuentra fuera de EEUU, han sido tratados sencillamente aplicando los mismos criterios que a las cuestiones de competencia judicial entre los diferentes Estados de EEUU<sup>81</sup>. En la misma línea, las legislaciones estatales que regulan la *personal jurisdiction* (es decir, los llamados *long-arm statutes*) no establecen normalmente diferencias de trato entre los litigios internacionales y los interfederales.

Por lo tanto, el TS de EEUU aplica el test de constitucionalidad basado en los contactos mínimos para delimitar el alcance de la jurisdicción tanto en las controversias interfederales como en las internacionales, sin perjuicio de admitir que en ocasiones concretas puede haber alguna pequeña variación en el tratamiento<sup>82</sup>. A este respecto, en la interpretación del criterio de los contactos mínimos con respecto a la competencia de los tribunales estatales, como ha quedado ya reseñado, tiende a afirmarse la necesidad de que tales contactos se aprecien con respecto al concreto Estado del foro, rechazando la posibilidad de que vayan referidos al conjunto de los EEUU.

Tratándose de los tribunales federales, su posible competencia con base en la *diversity* o en la *alienage jurisdiction* facilita la aplicación de un criterio más flexible cuando una de las partes está domiciliada en el extranjero, así como cuando la competencia de los tribunales federales tiene su origen en la atribución respecto de ciertas materias, pues suele tratarse de materias vinculadas con la ordenación de la actividad

<sup>79</sup> Cfr. GLENN, H. P., «Conflicting Laws in a Common Market? The Nafta Experiment», *Chicago-Kent Law Review*, vol. 76, 2001, pp. 1789-1819, pp. 1810-1811.

<sup>80</sup> BORN, G. B., *International...*, *op. cit.*, pp. 4-5.

<sup>81</sup> Crítico con ese estado de cosas, por entender que la Constitución de EEUU debería ser interpretada en el sentido de que no regula el alcance de la jurisdicción en los litigios internacionales sino sólo en las controversias en las que lo determinante es la distribución de competencia entre los Estados que integran EEUU, STRAUSS, A. L., «Where America Ends and the International Order Begins: Interpreting the Jurisdictional Reach of the US Constitution in Light of a Proposed Hague Convention on Jurisdiction and Satisfaction of Judgments», *Albany Law Review*, vol. 61, 1998, pp. 1237-1267, pp. 1257-1263.

<sup>82</sup> Como se menciona en la decisión en el asunto *Asahi*—480 US 102 (1987).

económica a escala federal que justifican la apreciación de contactos federales (mercado de valores, Derecho *antitrust*, derechos de propiedad industrial...), que atribuyen competencia en atención a los vínculos que el demandado presenta con el conjunto de los EEUU.

26. En todo caso, la falta de criterios jurisprudenciales precisos con respecto a los límites constitucionales y la flexibilidad que es propia del criterio de los contactos mínimos facilita que también ante los tribunales estatales el carácter internacional (contrapuesto a interfederal) del litigio pueda condicionar en cierta medida la determinación en la práctica del alcance de la competencia<sup>83</sup>.

Esta circunstancia podría en principio encontrar fundamento en el dato de que en la litigación internacional, cuando el demandado está domiciliado en un país extranjero, existe un mayor riesgo de que la atribución de competencia a los tribunales del foro represente una carga procesal excesiva para el demandado. Pero, por otra parte, al valorar el carácter razonable de la atribución de competencia como presupuesto de su compatibilidad con las exigencias del *due process*, la creciente interdependencia económica y globalización de las actividades determina un incremento de situaciones en las que se justifica la atribución de competencia sobre las personas domiciliadas en el extranjero, al tiempo que la mayor facilidad de las comunicaciones puede mitigar el alcance de las cargas propias de la litigación internacional<sup>84</sup>.

#### IV. CONTRAPOSICIÓN CON EL MODELO DE LA UNIÓN EUROPEA

##### 1. Unificación normativa y seguridad jurídica

27. Al imponer un régimen común en materia de competencia judicial internacional que prevalece sobre las legislaciones de los Estados miembros en la materia, caracterizadas por su heterogeneidad y frecuente orientación nacionalista (como ilustra la presencia de fueros exorbitantes), así como al facilitar el reconocimiento recíproco de las decisiones judiciales, el CB emuló en cierta medida la situación existente en EEUU<sup>85</sup>. Ahora bien, el régimen de competencia judicial en EEUU se basa en presupuestos muy distintos de los que inspiran la unificación de las normas en esas materias en el ámbito comunitario.

El modelo europeo, desde la adopción del CB y, posteriormente, en el ejercicio de las competencias en la materia introducidas en los artículos 61 y ss. TCE por el Tratado de Ámsterdam, se basa en la creación de una elaborada normativa uniforme sobre competencia judicial internacional. Aunque con importantes limitaciones desde la perspectiva de las materias reguladas, en el seno de la UE existe, en comparación con la situación en EEUU, una normativa común precisa sobre competencia judicial inter-

<sup>83</sup> FORNER DELAYGUA, J. J., *Hacia...*, *op. cit.*, pp. 218-234.

<sup>84</sup> Vide, con referencias jurisprudenciales, NAFZIGER, J. A. R., *Conflict of Laws (A Northwest Perspective)*, Seattle, 1985, pp. 78-80.

<sup>85</sup> JUENGER, F., «Judicial Jurisdiction in the United States and in the European Communities: A Comparison», *Michigan Law Review*, vol. 82, 1984, pp. 1195-1212, p. 1206.

nacional, asociada a una mayor coordinación, previsibilidad y seguridad jurídica, sin perjuicio de la existencia de dudas sobre su interpretación<sup>86</sup> y de la posibilidad de aplicación (residual) de las normas nacionales sobre competencia judicial internacional a un conjunto importante de situaciones (en particular en las materias reguladas por el Reglamento 44/2001). En todo caso, la búsqueda de seguridad jurídica ha sido un objetivo esencial tanto en la jurisprudencia del TJCE sobre su interpretación, como en la evolución del CB, en particular, en el marco de su revisión para convertirlo en el Reglamento 44/2001, como ilustra la modificación de su artículo 5.1<sup>87</sup>.

28. Frente a ese planteamiento, la consideración en el sistema de EEUU de la *personal jurisdiction* básicamente como una cuestión constitucional con base en la trascendencia asignada a la cláusula *due process* va unida a la especial importancia del desarrollo judicial en la materia, que ha facilitado la conservación de ciertos criterios tradicionales del *common law* y la existencia de estándares comunes vagos acerca de los límites de la competencia judicial derivados de los principios constitucionales. Pese a que esa situación se vincula con la importancia que en el sistema de EEUU tiene el desarrollo judicial del derecho y el significado del *common law*, el contraste del escaso desarrollo legislativo en EEUU con la situación en la UE acentúa la percepción de la falta de seguridad jurídica como una de las deficiencias de la ordenación de la competencia judicial en el sistema estadounidense<sup>88</sup>.

La imposibilidad de establecer un marco elaborado de reglas de competencia judicial mediante decisiones judiciales aisladas ha sido determinante de las limitaciones que hasta el momento presenta la jurisprudencia del TS de EEUU como alternativa a la creación de legislación uniforme en la materia. La creación de un modelo casuístico vinculado a imprecisos límites constitucionales parece conducir a un régimen insatisfactorio desde la perspectiva de la claridad y la seguridad jurídica si se compara con un modelo de base legal, como el desarrollado en Europa<sup>89</sup>.

Por ello, con frecuencia, se ha sugerido el Capítulo II CB como modelo a tener muy en cuenta en la elaboración de legislación federal que unifique el régimen de la competencia judicial en EEUU<sup>90</sup>, mediante la fijación de criterios de ámbito nacional, que serían aplicables tanto a los tribunales estatales como a los federales<sup>91</sup>, pues

<sup>86</sup> Poniendo de relieve las limitaciones del carácter claro y previsible del CB, con base en las dificultades que la interpretación de algunas de sus normas presenta, como las contenidas en los apartados 1 y 3 de su artículo 5, vide MORSE, C. G. J., «International Shoe v Brussels and Lugano: Principles and Pitfalls in the Law of Personal Jurisdiction», *University of California Davis Law Review*, vol. 28, 1995, pp. 999-1025, pp. 1010-1019.

<sup>87</sup> No obstante, también entre las normas de competencia introducidas por el Reglamento 44/2001 existe alguna cuya aplicación puede resultar particularmente controvertida, como sucede con las reglas sobre contratos de consumo en los casos de contratos concluidos con una empresa que «dirigiere» sus actividades comerciales al Estado miembro del domicilio del consumidor, en los términos de su artículo 15.1.c).

<sup>88</sup> Cfr. CASAD, R. C. «Jurisdiction...», *loc. cit.*, p. 107.

<sup>89</sup> Cfr. BORCHERS, P. J., «The Death...», *loc. cit.*, pp. 104-105, proponiendo la creación por la legislación federal de estándares nacionales en la materia, al considerar que el Congreso tendría competencia para ello con base en la cláusula *full faith and credit* e incluso también en la cláusula de comercio.

<sup>90</sup> Vide JUENGER, F. K., «American...», *loc. cit.*, pp. 17-20; WEINTRAUB, R. J., «A Map Out of the Personal Jurisdiction Labyrinth», *University of California Davis Law Review*, vol. 28, 1995, pp. 531-559, pp. 550-554; y GOLDSTEIN, S., «Federalism...», *loc. cit.*, pp. 988-994.

<sup>91</sup> SILBERMAN, L. J., «Developments in Jurisdiction and Forum non Conveniens in International Litigation: Thoughts on Reform and a Proposal for a Uniform Standard», *Texas International Law Journal*, vol. 28, 1993, pp. 501-530, pp. 513-516.

la legislación federal en esta materia podría ir en EEUU unida a la *preemption* de las legislaciones estatales, que quedarían desplazadas por la legislación federal<sup>92</sup>. Las ventajas asociadas al modelo comunitario con respecto a la situación existente en EEUU están detrás incluso de ciertas propuestas de adhesión de EEUU al Convenio de Lugano<sup>93</sup> y de la propuesta de 1992 de EEUU para que la Conferencia de La Haya elaborara un convenio universal de exequátur<sup>94</sup>.

29. La importancia de estándares flexibles en el sistema de EEUU se ha visto favorecida por la consolidación de planteamientos basados en criterios de justicia (*fairness*) en la jurisprudencia constitucional de su TS y la especial preocupación por la toma en consideración de las políticas materiales, mientras que en la UE la evolución del régimen de la competencia judicial internacional para dar respuesta a intereses similares ha ido unida a una creciente especialización de la legislación en la materia<sup>95</sup>. La consideración de las cuestiones de competencia como de carácter constitucional dificulta en el sistema de EEUU, centrado en aspectos dogmáticos, la elaboración de reglas específicas para determinadas categorías de supuestos, que prevean soluciones particulares cuando determinados intereses lo justifiquen, como sucede en la UE desde el CB con la previsión de regímenes específicos en relación con los contratos de consumo, de seguro e individuales de trabajo.

Por eso, desde la perspectiva estadounidense, incluso quienes consideran que las normas de competencia en el ámbito de la UE atribuyen un volumen de competencia similar al que es propio del sistema de EEUU, admiten que la normativa comunitaria constituye un modelo a tener muy en cuenta en EEUU porque las reglas de competencia aparecen establecidas legalmente y se caracterizan por una mayor previsibilidad y seguridad jurídica. El logro de estos objetivos se refuerza además con el papel desempeñado por el TJCE en la interpretación de las reglas uniformes de competencia, que contrasta con la posición del TS de EEUU que en esta materia se ha venido limitando a establecer en relación con las circunstancias del caso concreto criterios vagos derivados de principios constitucionales.

## 2. Configuración de las reglas de competencia

30. Con respecto a la concreta configuración de las reglas de competencia, la división entre fueros generales y especiales se admite en términos similares tanto en EEUU como en el sistema unificado comunitario. Un análisis de los fueros generales aplicados en EEUU pone de relieve que la situación existente plantea más dificultades que el modelo del CB<sup>96</sup>. De los fueros generales aceptados en EEUU resulta una

<sup>92</sup> GOLDSTEIN, S., «Federalism...», *loc. cit.*, pp. 992.

<sup>93</sup> Cfr. BORCHERS, P. J., «Comparing...», *loc. cit.*, pp. 155-156.

<sup>94</sup> Vide BORRÁS, A., «Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado: Comisión especial sobre asuntos generales y política de la Conferencia (1992)», *REDI*, vol. XLIV, pp. 286-287.

<sup>95</sup> Cfr. HATZIMIHAIL, N., y NUYTS, A., «Judicial Cooperation between the United States and Europe in Civil and Commercial Matters: An Overview of Issues», NUYTS, A. y WATTÉ, N. (eds.), *International Civil Litigation in Europe and Relations with Third States*, Bruselas, 2005, pp. 1-25, p. 5.

<sup>96</sup> BORCHERS, P. J., «Comparing...», *loc. cit.*, pp. 133-137.

atribución de competencia que en ocasiones puede ser excesivamente amplia, debido a la admisión de fueros exorbitantes y a la interpretación del criterio basado en la existencia de «contactos continuados y sistemáticos» que en la práctica permite atribuir competencia general además a tribunales distintos de los del domicilio del demandado.

Por el contrario, en otras situaciones la configuración de esos fueros generales puede conducir a restricciones injustificadas, sobre todo en la medida en que al exigir que los contactos necesarios se valoren por separado con respecto a cada demandado impone obstáculos a la posibilidad de concentrar en un foro los litigios relativos a una pluralidad de demandados. Especialmente problemática en contraste con la UE resulta la situación en EEUU en lo relativo a la competencia general con respecto a las personas jurídicas que desarrollan actividades en una pluralidad de territorios, en la medida en que no se contempla el domicilio del demandado como fuero general y no existen criterios precisos acerca de cuándo los contactos con un territorio son suficientes a esos efectos<sup>97</sup>.

31. La admisión tradicional en el sistema de EEUU de ciertos criterios atributivos de competencia de carácter general que pueden resultar exorbitantes no ha sido plenamente corregida por la jurisprudencia del TS derivada de la cláusula *due process*. Si bien el TS rechazó en su ya citada sentencia *Shaffer* la doctrina del *attachment*, es decir la competencia basada en la mera existencia de bienes propiedad del demandado en el foro, en la decisión en el asunto *Burnham*, como ha quedado reseñado, puso de relieve la constitucionalidad de un fuero general basado en la notificación de la demanda cuando el demandado se encuentra en el territorio del foro incluso si su presencia en este Estado es meramente ocasional, lo que implica un criterio más permisivo con fueros generales exorbitantes que el aplicado en el asunto *Schaffer*.

Por el contrario, el sistema comunitario parte de la no aplicación de los fueros exorbitantes presentes en las legislaciones de casi todos los Estados miembros, si bien resulta difícilmente justificable que esta eliminación se haga en términos que en la práctica resultan discriminatorios para quienes no tienen su domicilio en un Estado miembro. Aspecto éste del CB –y del Reglamento 44/2001– que ha sido objeto de especial crítica por parte de la doctrina estadounidense.

Un factor del que pueden resultar diferencias adicionales es que los límites constitucionales en materia de competencia judicial derivados en EEUU de la cláusula *due process* parten de la posición del demandado y de la exigencia de una concreta vinculación entre el demandado y el foro, mientras que en el ámbito europeo el elemento fundamental es la vinculación entre el litigio y el foro y no en concreto entre éste y el demandado, lo que determina que el alcance atribuido en el modelo comunitario a ciertos criterios de competencia, como el basado en el lugar del hecho dañoso del artículo 5.3 Reglamento 44/2001, pudieran resultar en situaciones concretas inconstitucionales en EEUU<sup>98</sup>.

<sup>97</sup> Vide SILBERMAN, L. J., «Two Cheers for International Shoe (and None for Asahi): An Essay on the Fiftieth Anniversary of International Shoe», *University of California Davis Law Review*, vol. 28, 1995, pp. 755-767, 765-766.

<sup>98</sup> Cfr. SILBERMAN, L., «Comparative Jurisdiction in the International Context: Will the Proposed Hague Judgments Convention be Stalled?», *DePaul Law Review*, vol. 52, 2002, pp. 319-349, p. 331.

32. En relación con los fueros especiales, se observa que las reglas de EEUU presentan un menor desarrollo que las del sistema comunitario, que tiende a asociarse a una mayor inseguridad jurídica e imprecisión, incluso en sectores en los que en el ámbito comunitario se han planteado importantes dificultades interpretativas, como refleja muy especialmente la situación en materia contractual<sup>99</sup>.

Con respecto a las cláusulas de sumisión, tanto en EEUU como en la UE se admite su eficacia atributiva de competencia<sup>100</sup>, si bien el régimen unificado comunitario parece resultar más elaborado y preciso. Ilustrativo es el tratamiento específico de los contratos de consumo y de otros en los que existe una parte necesitada de especial protección y para los que el sistema comunitario contempla límites comunes a la eficacia de los acuerdos de sumisión<sup>101</sup>. El panorama en EEUU, como ha quedado señalado, es más confuso, pues junto a la amplia admisión de ese tipo de cláusulas en la jurisprudencia del TS de EEUU coexisten ordenamientos estatales que imponen restricciones específicas a tales acuerdos en contratos de consumo<sup>102</sup>.

Si bien parte de la doctrina estadounidense considera la participación de EEUU en convenios internacionales como una de las vías para superar la fragmentación y mejorar el sistema de competencia judicial internacional, la falta de consenso y la coexistencia en el ámbito interno de criterios diversos en ciertas materias parece dificultar el logro de acuerdos a escala internacional.

Precisamente la presencia dentro de EEUU de soluciones diferentes en relación con los límites a la eficacia de las cláusulas de elección de foro en los contratos de consumo, parece haber sido –además del contraste con la situación en la UE– uno de los factores que llevó a la exclusión de los contratos de consumo del ámbito de aplicación del convenio mundial sobre exequátur cuando se negociaba en la Conferencia de La Haya. También es significativo que el reciente Convenio de La Haya sobre acuerdos de elección de foro, de 30 de junio de 2005, excluye en su artículo 2.1.a) a los contratos de consumo de su ámbito de aplicación material.

### 3. Un modelo al servicio de la integración

33. Más allá de las diferencias en los criterios de competencia empleados y en el nivel de desarrollo de la legislación, entre los modelos de regulación de EEUU y la UE en esta materia, se han puesto de relieve otras divergencias<sup>103</sup>. Elemento clave es la constatación de que el modelo comunitario en materia de competencia judicial res-

<sup>99</sup> Vide BORCHERS, P. J., «Comparing...», *loc. cit.*, pp. 137-143.

<sup>100</sup> Con respecto a la evolución en EEUU, vide BRITAIN Jr., J. T., «Foreign Forum Selection Clauses in the Federal Courts: All in the Name of Comity», *Houston Journal of International Law*, vol. 23, 2001, pp. 305-348.

<sup>101</sup> BORCHERS, P. J., «Comparing...», *loc. cit.*, pp. 152-153.

<sup>102</sup> Vide BRUCH, J. H., «Forum Selection Clauses in Consumer Contracts: An Unconscionable Thing Happened on the Way to the Forum», *Loyola University Law Journal*, vol. 23, 1992, pp. 329-354, pp. 339-351.

<sup>103</sup> Acerca del contraste entre ambos modelos, véase KELLER, M., «Lessons for The Hague: Internet Jurisdiction in Contract and Tort Cases in the European Community and the United States», *The John Marshall Journal of Computer & Information Law*, vol. 23, 2004, pp. 1-74, pp. 64-66.

ponde a una clara preferencia por la formulación de reglas precisas, lo que facilita la unificación legislativa, y contrasta con la flexibilidad y el margen de apreciación judicial que caracterizan los criterios utilizados en EEUU.

Una manifestación de la opción por un modelo de regulación basado en criterios precisos frente al empleo de expedientes de flexibilización lo constituye el rechazo en el marco del CB –y del Reglamento 44/2001– de la doctrina del *forum non conveniens*. Frente a la práctica que los tribunales ingleses siguen aplicando en situaciones en las que el domicilio del demandado no está en un Estado miembro y, por lo tanto, no resultan de aplicación las normas de competencia del Reglamento 44/2001, el TJCE ha rechazado por completo que la aplicación de estas reglas de competencia pueda tener carácter discrecional. Los objetivos de seguridad y previsibilidad perseguidos por la normativa comunitaria prevalecen, de manera que los fueros de competencia de la normativa unificada son de aplicación incluso si atribuyen competencia a los tribunales de un Estado miembro que en el caso concreto no es el que presenta una conexión más estrecha con el litigio, como puso de relieve la STJCE de 1994 en el asunto *Custom Made v. Stawa Metallbau* <sup>104</sup>.

Confirmando ese planteamiento, a pesar de las dudas expresadas especialmente por amplios sectores de la doctrina inglesa, la jurisprudencia reciente del TJCE, en concreto su sentencia *Owusu*, de 1 de marzo de 2005 <sup>105</sup>, ha puesto de relieve que el rechazo en el marco del CB de un mecanismo de flexibilización como el *forum non conveniens* comprende incluso supuestos que no son propiamente intracomunitarios. El rechazo de ese mecanismo afecta también a su empleo en situaciones en las que la negativa a conocer en virtud de ese criterio por los tribunales de un Estado miembro –competente conforme a las reglas del CB (o el Reglamento 44/2001)– responde a que se considera más apropiada la jurisdicción de un Estado que no es miembro del sistema comunitario «aun cuando la cuestión de la competencia de un órgano jurisdiccional de otro Estado contratante no se plantee o el litigio no tenga ningún punto de conexión con otro Estado contratante», en los términos del fallo de la sentencia *Owusu*.

34. Es significativo que la extensión del régimen comunitario de competencia judicial internacional a países del *common law*, que tuvo lugar hace varias décadas básicamente con motivo de la incorporación del Reino Unido al CB, no se haya traducido en cambios relevantes en un régimen establecido siguiendo concepciones propias de los sistemas continentales del *civil law*. Este dato se relaciona con el empleo en el modelo comunitario de reglas de competencia judicial en las que la previsibilidad y la seguridad jurídica son preocupaciones básicas y en las que no tienen cabida expedientes de flexibilización como el *forum non conveniens*, de gran tradición en el Reino Unido, y también en EEUU <sup>106</sup>.

<sup>104</sup> Asunto C-288/92.

<sup>105</sup> Asunto C-281/02.

<sup>106</sup> Vide GARDELLA, A., y RADICATI DI BROZOLO, L., «Civil Law, Common Law and Market Integration: the EC Approach to Conflicts of Jurisdiction», *AJCL*, vol. 51, 2003, pp. 611-637, pp. 616-623. Por su parte, el Reglamento 2201/2003, contempla en materia de responsabilidad parental la posibilidad de que, con carácter excepcional, los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro competentes para conocer del fondo del asunto lo remitan a un órgano de otro Estado miembro mejor situado para conocer del asunto, cuando concurren las circunstancias de su artículo 15.

La falta de influencia del *common law* en el régimen comunitario de competencia judicial y el gran impacto de éste sobre la situación en el Reino Unido se observa también en la jurisprudencia del TJCE relativa al rechazo de otra institución característica del sistema inglés, como es el caso de las *antisuit injunctions*, tal y como resulta de la STJCE de 27 de abril de 2004 en el asunto *Turner*<sup>107</sup>. El rechazo de ese mecanismo se relaciona con el dato de que los objetivos que persigue el modelo comunitario exigen una interpretación amplia, que no se limita a la mera unificación de reglas de competencia, sino que se proyecta también sobre el ejercicio de la competencia, de manera que debe rechazarse la posibilidad de que los tribunales de un Estado miembro ordenen a una persona que se abstenga de litigar frente a otra, en particular en la medida en que pueda resultar una injerencia en el ejercicio de su competencia por un tribunal de otro Estado miembro<sup>108</sup>.

35. Este escaso impacto del *common law* en el sistema comunitario parece ser producto no sólo de la dificultad para modificar un modelo ya en funcionamiento, como el constituido por la versión original del CB de 1968 en el momento de la adhesión del Reino Unido a la CE, sino sobre todo de que el régimen de competencia judicial instaurado en ese modelo resulta especialmente adaptado a las necesidades de un mercado integrado, constituido entre Estados que presentan un nivel de diversidad jurídica y cultural muy superior al que existe en el seno de EEUU. La vinculación con el proceso de integración se corresponde con la interpretación del conjunto de reglas contenido en el Reglamento 44/2001 como un «sistema» de reglas de competencia judicial internacional de «carácter global y coherente»<sup>109</sup> y en cuyo marco resulta clave el objetivo de proporcionar previsibilidad en el ámbito judicial para evitar obstáculos a las transacciones intracomunitarias y a la efectividad de las libertades comunitarias.

Este planteamiento se vincula con la idea de que la formulación de reglas precisas e imperativas (sin perjuicio de que, salvo en ciertas materias, pueda operar la sumisión por las partes y de que los fueros puedan ser concurrentes) se corresponde mejor con los objetivos de integración que la mera formulación de estándares en esta materia, por la importancia de la previsibilidad para el establecimiento de transacciones transfronterizas. Esta circunstancia se corresponde también con la utilidad del modelo de regulación doble, en el que la unificación de las reglas de competencia facilita la posterior eficacia de las decisiones judiciales en el ámbito intracomunitario<sup>110</sup>.

Las exigencias asociadas a ese objetivo de integración se corresponden también con que el sistema comunitario se funda en reglas de las que resulta la atribución de competencia a los tribunales de un solo Estado o que prevén un número muy limitado de posibles foros alternativos, lo que permite reducir el *forum shopping* y excluye criterios de competencia operativos en EEUU que ponen a disposición del demandante la posibilidad de elegir entre múltiples foros, como el criterio que permite deman-

<sup>107</sup> Asunto C-159/02.

<sup>108</sup> Cfr., FENTIMAN, R., «National Law and the European Jurisdiction Regime», NUYTS, A., y WATTÉ, N. (eds.), *International...*, op. cit., pp. 83-128, pp. 123-124.

<sup>109</sup> En los términos de la jurisprudencia del TJCE, en concreto en su Dictamen 1/03, de 7 de febrero de 2006 (ap. 148).

<sup>110</sup> GARDELLA, A., y RADICATI DI BROZOLO, L., «Civil ...», loc. cit., pp. 628-632.

dar en materia contractual ante los tribunales de cualquier territorio al que se extienda la actividad del demandado (*doing business jurisdiction*)<sup>111</sup>.

#### 4. Vinculación con el mercado interior

36. La doctrina estadounidense normalmente ha contemplado el sistema de competencia del CB en términos favorables y admitiendo con frecuencia que proporciona un modelo de coordinación entre las diversas organizaciones jurisdiccionales estatales superior al existente en EEUU. Esto no ha impedido, sin embargo, que la doctrina de EEUU haya sido también la que con mayor firmeza ha criticado el componente discriminatorio del régimen del CB, trasladado al Reglamento 44/2001<sup>112</sup>.

Es bien conocido que la unificación de las reglas de competencia judicial internacional en el marco de la UE no ha sido completa ni siquiera dentro del limitado ámbito material cubierto por el CB (y ahora por el Reglamento 44/2001), pues éste crea un régimen que coexiste con los regímenes nacionales de competencia, que en principio continúan siendo de aplicación (en los términos del art. 4.1 Reglamento 44/2001) en aquellas situaciones en las que el domicilio del demandado no se halla en un Estado miembro (sin perjuicio de que sus reglas sobre competencias exclusivas y sumisión expresa pueden ser aplicables al margen de ese criterio).

37. Esta situación implica la existencia de un régimen de competencia diferenciado para las situaciones en las que el domicilio del demandado se encuentra en un Estado miembro, con independencia del tipo de conexiones que el litigio presente con terceros Estados. Se trata de una opción que en sí misma resulta razonable. La fijación de reglas de competencia comunes referidas a las personas domiciliadas en los Estados miembros puede ser un criterio utilizado para favorecer el funcionamiento de un mercado común, pues precisamente éste se basa en la existencia de un trato diferente para las personas vinculadas con el territorio de los Estados miembros, como ilustra también el alcance de las disposiciones del TCE sobre libre circulación de personas o de servicios.

Ello permite justificar la elaboración de reglas unificadas sólo para los litigios en los que el demandado esté domiciliado en un Estado miembro y la previsión específica de no aplicación de fueros exorbitantes en tales situaciones como hizo el CB, pero, sin embargo, no requiere la abolición de controles al reconocimiento y ejecución de decisiones basadas en fueros exorbitantes, como resulta también del sistema del Reglamento 44/2001 (que en esto no ha modificado la situación existente en el CB), el aspecto más criticado por la doctrina estadounidense y que más dudas plantea<sup>113</sup>.

38. Ciertamente, la unificación de las reglas de competencia en el ámbito comunitario, a pesar de no estar prevista en el antiguo artículo 220 TCE (actual art. 293 TCE) que sirvió de base a la elaboración del CB, se vincula con la importancia de ese avance para el logro de un mercado único, así como con que la unificación en materia

<sup>111</sup> SILBERMAN, L. «Comparative...», *loc. cit.*, pp. 330-331.

<sup>112</sup> BORCHERS, P. J., «Comparing...», *loc. cit.*, pp. 132-133.

<sup>113</sup> GOLDSTEIN, S., «Federalism...», *loc. cit.*, pp. 990-991.

de competencia es un elemento clave para eliminar obstáculos a la eficacia transfronteriza de las decisiones judiciales.

En todo caso, la jurisprudencia del TJCE es clara en el sentido de que el CB no es sólo un instrumento destinado a garantizar la libre circulación de decisiones judiciales entre los Estados miembros, sino que también resulta un instrumento clave para el buen funcionamiento del mercado interior, lo que condiciona su ámbito de aplicación<sup>114</sup>. Esa importancia para el mercado interior va unida al especial significado de la presencia de reglas precisas sobre los órganos competentes y la eficacia de las decisiones entre los tribunales de los Estados miembros para asegurar la tutela judicial y la seguridad jurídica en el ámbito intracomunitario, que contribuye de manera decisiva al desarrollo de actividades transfronterizas dentro de ese ámbito<sup>115</sup>.

39. La vinculación con el mercado único de la normativa uniforme no exige que el ámbito de aplicación de ésta se limite sólo a situaciones propiamente intracomunitarias, lo que se corresponde con que el domicilio del demandado en un Estado miembro sea en la práctica el criterio que determina la aplicación de la normativa unificada, que, por lo tanto, resulta aplicable en situaciones que se hallan conectadas sólo con ese Estado miembro y con otro u otros Estados que no forman parte de la UE. De acuerdo con la jurisprudencia del TJCE, especialmente su Sentencia de 1 de marzo de 2005 en el asunto *Owusu* y su Dictamen 1/03, de 7 de febrero de 2006, el Capítulo II del Reglamento 44/2001 no sólo unifica las reglas de competencia para los litigios de carácter intracomunitario sino también para los que contengan un elemento de extranjería, que en el marco del artículo 2 Reglamento 44/2001 no exige que estén implicados varios Estados contratantes debido al fondo del litigio o al domicilio de las partes, sino que basta con que se trate de una situación que plantee en un Estado de la UE cuestiones relativas a la determinación de la competencia judicial internacional<sup>116</sup>.

Conforme a la jurisprudencia del TJCE, el que la unificación comunitaria tenga como objetivo eliminar los obstáculos al funcionamiento del mercado interior derivados de las diferencias entre las legislaciones nacionales en esta materia no implica que sus normas sólo puedan ser de aplicación a situaciones que presentan un vínculo efectivo y suficiente con el funcionamiento del mercado interior, lo que exigiría que varios Estados miembros estuvieran implicados<sup>117</sup>. La vinculación con el mercado interior justifica la aplicación de las normas unificadas en términos que hagan posible la mejora de las condiciones de establecimiento y funcionamiento del mercado interior, lo que exige el empleo de criterios de delimitación de su ámbito de aplicación en

<sup>114</sup> Vide especialmente el apartado 33 de la STJCE de 1 de marzo de 2005, *Owusu*, as. C-281/02.

<sup>115</sup> No obstante, esa importancia del régimen unificado de competencia para el funcionamiento del mercado interior ha sido en alguna ocasión cuestionado por entender que no tiene debidamente en cuenta que entre los sistemas judiciales de los Estados miembros existen diferencias muy significativas. Esa crítica parte de la existencia de importantes divergencias en el funcionamiento de los tribunales de los Estados miembros y en sus normas procesales, poniendo de relieve la tradicional preferencia por los tribunales ingleses en el ámbito de los negocios internacionales, tratándose de litigios complejos y que implican grandes cantidades de dinero, MORSE, C. G. J., «International...», *loc. cit.*, pp. 1003-1004.

<sup>116</sup> Vide apartados 143 y 145 del Dictamen TJCE 1/03, de 7 de febrero de 2006; y apartados 25 y 26 de la Sentencia TJCE de 1 de marzo de 2005 en el asunto *Owusu*.

<sup>117</sup> Resulta este un aspecto especialmente controvertido del ámbito de aplicación del CB y del Reglamento 44/2001, véase FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, 3.ª ed., Madrid, 2004, pp. 66-67.

el espacio –como sucede en la práctica con el domicilio del demandado en un Estado miembro del Reglamento 44/2001– que no resulten particularmente inciertos o aleatorios. Tal incertidumbre podría estar presente si su aplicación dependiera de que el concreto litigio planteado presente un vínculo suficiente con el mercado interior<sup>118</sup>.

Esta jurisprudencia del TJCE tiene especial importancia en la medida en que puede ser determinante del alcance de la competencia de las instituciones comunitarias para unificar las reglas en los diversos sectores del DIPr y en concreto para delimitar las categorías de supuestos que pueden ser regulados por los instrumentos de Derecho comunitario. Debe tenerse en cuenta a este respecto que el primer párrafo del artículo 65 TCE, al delimitar, las medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil con repercusión transfronteriza que pueden ser adoptadas prevé que sólo pueden serlo «en la medida necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior». A la luz de la jurisprudencia del TJCE en el asunto *Owusu*, cabe afirmar que esa exigencia no impone que las medidas adoptadas puedan únicamente regular situaciones conectadas con dos o más Estados de la UE<sup>119</sup>.

## 5. Interacción entre la normativa comunitaria, las legislaciones nacionales y los convenios internacionales

40. La unificación a escala comunitaria de las reglas de competencia judicial va unida a la necesidad de delimitar el alcance respectivo de los varios regímenes de competencia judicial internacional, cuando la normativa unificada coexiste con la de fuente interna –y en su caso con la convencional–. Se trata de una cuestión que revisite particular interés en la medida en que la normativa comunitaria, cuya superior posición jerárquica es consecuencia del principio de primacía, no desplaza totalmente dentro de su ámbito material a la normativa de fuente interna, como es habitual en los reglamentos que unifican las reglas de competencia judicial, pues los instrumentos adoptados hasta el momento no excluyen por completo la aplicación de las normas estatales en la materia regulada. En tales casos, la normativa comunitaria tiene como consecuencia sólo limitar la aplicación de las normas nacionales, cuyo alcance y posibilidades de aplicación en los sectores objeto de unificación está subordinado a lo dispuesto en la propia normativa comunitaria. Es en ésta en la que en cada caso se encuentran los criterios que delimitan a qué situaciones resulta de aplicación la normativa estatal.

Los reglamentos comunitarios sobre competencia judicial internacional –básicamente, Reglamento 44/2001, Reglamento 2201/2003 y Reglamento 1346/2000– no regulan de manera unitaria para el conjunto del reglamento de que se trate la cuestión relativa a su ámbito de aplicación espacial. Tal ámbito típicamente se concreta de

<sup>118</sup> Vide STJCE de 1 de marzo de 2005, *Owusu*, as. C-281/02, ap. 34, y la remisión que lleva a cabo a los apartados 41 y 42 de la STJCE de 20 de mayo de 2003, *Österreichischer Rundfunk*, as. C-465/00, C-138/01 y C-139/01, en relación con el ámbito de aplicación de la Directiva 95/46/CE y en general de las normas de armonización adoptadas con base en el artículo 95 TCE (antiguo art. 100 A).

<sup>119</sup> Vide JAYME. E., y KOHLER C., «Europäisches Kollisionsrecht 2005: Hegemonialgesten auf dem Weg zu einer Gesamtvereinheitlichung», *IPrax*, vol. 25, 2005, pp. 481-493, pp. 481-482.

manera separada para los distintos sectores, en particular, las reglas de competencia judicial, las de litispendencia y las de reconocimiento y ejecución de decisiones <sup>120</sup>.

41. Con respecto a las normas sobre competencia judicial internacional, en el caso del Reglamento 44/2001, son determinantes su artículo 1 sobre el ámbito de aplicación material y, como ya ha quedado señalado, su artículo 4 que establece que cuando el demandado no está domiciliado en un Estado miembro, la competencia judicial se regirá en cada Estado miembro por sus reglas de fuente interna, si bien con ciertas excepciones en los supuestos de competencias exclusivas y sumisión expresa (arts. 22 y 23 Reglamento 44/2001) <sup>121</sup>.

De acuerdo con la jurisprudencia del TJCE en el asunto *Owusu* y en su Dictamen 1/03, de 7 de febrero de 2006, antes mencionados, la vinculación con el mercado interior que han de tener las medidas que tienen como base jurídica el artículo 61 TCE no exige que su aplicación se limite estrictamente a situaciones intracomunitarias (que afecten a dos o más Estados de la UE). Aunque conforme al artículo 65 TCE la atribución de competencia a la CE para elaborar normas en la materia se contempla sólo «en la medida necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior», la mejora del funcionamiento del mercado interior justifica el empleo de criterios de delimitación de su ámbito de aplicación en el espacio que puedan comprender otro tipo de situaciones, si ello resulta necesario para que los límites al ámbito de aplicación de la normativa comunitaria no resulten particularmente inciertos o aleatorios.

El TJCE considera que la previsión del artículo 4.1 Reglamento 44/2001 forma parte del sistema global y coherente que establece ese Reglamento, que regula también esas situaciones –los supuestos en los que el domicilio del demandado está en un Estado que no es miembro del Reglamento–, si bien mediante referencia a la normativa de fuente interna del Estado miembro del tribunal ante el que se presente la demanda <sup>122</sup>.

42. Por su parte, en el caso del Reglamento 2201/2003, relativo a la competencia y el reconocimiento en materia matrimonial y de responsabilidad parental, de sus artículos 6 y 7 resulta que, dentro de su ámbito material de aplicación (art. 1), las normas nacionales sobre competencia en materia matrimonial quedan desplazadas, de manera que sólo son residualmente aplicables en las situaciones en las que el demandado no está domiciliado en un Estado miembro ni es nacional de un Estado miembro, en la medida en que el Reglamento se remite a la aplicación de esas normas. En consecuencia, en línea con la jurisprudencia del TJCE relativa al CB y al Reglamento 44/2001, cabe entender que las reglas de competencia del Reglamento 2201/2003 tienen en principio un ámbito de aplicación universal, pues éste no se limita a relaciones vinculadas sólo con los Estados miembros ni se hace depender de una vinculación particular (por ejemplo, el domicilio del demandado) con un Estado miembro; antes

<sup>120</sup> Vide KREUZER, K., «Zu Stand und Perspektiven des Europäischen Internationalen Privatrechts (Wie europäisch soll das Europäische Internationale Privatrecht sein?)», *Rabels Z.*, vol. 70, 2006, pp. 1-88, pp. 34-40.

<sup>121</sup> El Reglamento 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia regula la competencia judicial internacional en los supuestos en los que el centro de los intereses principales del deudor se encuentra en el territorio de un Estado miembro (art. 3), lo que condiciona la adopción de las reglas nacionales de competencia judicial internacional en la materia para el resto de los supuestos, que coexisten con las elaboradas a escala comunitaria (en España, art. 10 Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal).

<sup>122</sup> Vide Dictamen TJCE 1/03, de 7 de febrero de 2006, ap. 149.

al contrario, las normas nacionales sólo son de aplicación en la medida en que el propio Reglamento se remita a ellas.

Frente a los residentes en un Estado miembro o quienes tengan la nacionalidad de un Estado miembro se pueden aplicar sólo las reglas de competencia del Reglamento en materia matrimonial. En el resto de los casos es también en principio de aplicación el Reglamento, pero la legislación de fuente interna es aplicable con carácter residual, en aquellos supuestos en los que de los artículos 3, 4 y 5 del Reglamento no se deduzca la competencia de ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro<sup>123</sup>. En lo relativo a las reglas de competencia sobre responsabilidad parental, los fueros previstos en el Reglamento 2201/2003 son los únicos relevantes para determinar la competencia de los tribunales de los Estados miembros, si bien cuando en el caso concreto no atribuyen competencia a ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro, el artículo 14 establece que se aplicará con carácter residual en cada Estado miembro las normas de su régimen de fuente interna.

43. La remisión con carácter residual a las reglas de competencia judicial de la legislación del Estado miembro ante cuyos tribunales se ha interpuesto la demanda puede plantear dificultades, según se ha puesto de relieve en relación con las normas en materia matrimonial del Reglamento 2201/2003, sobre todo en la medida en que tratándose de ciudadanos comunitarios –de diferentes nacionalidades– que residan en un tercer Estado. En tales supuestos puede no ser aplicable ninguno de los criterios atributivos de competencia previstos en el Reglamento, y la remisión a las normas nacionales, en la medida en que no están armonizadas, no garantiza que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro de la UE (ni de un tercer Estado) sea competente, por ejemplo, para decidir sobre el divorcio de esa pareja<sup>124</sup>.

Precisamente, este tipo de dificultades ha llevado desde la órbita comunitaria a cuestionar en relación con la eventual unificación de las reglas de competencia en otras materias la conveniencia de dejar a las legislaciones internas de los Estados miembros la atribución de competencia con carácter «residual» (en los supuestos en los que conforme a las reglas unificadas no sean competentes los tribunales de ningún Estado miembro), pues esa posibilidad, ante la diversidad de las legislaciones nacionales, menoscaba el carácter común de las reglas de competencia y facilita que aparezcan conflictos (negativos y positivos) de competencia<sup>125</sup>. Ahora bien, la unifica-

<sup>123</sup> En el sentido de lo establecido por el TJCE en el asunto *Owusu*, cabe entender, que el Reglamento 2201/2003 parte de que la conexión con el mercado interior que justifica la aplicación de la normativa unificada de competencia en materia matrimonial está presente siempre que el demandado tenga su residencia en un Estado miembro o sea nacional de uno de esos Estados, así como cuando en un Estado miembro concurre cualquiera de las circunstancias determinantes de la atribución de competencia conforme a los artículos 3, 4 y 5.

<sup>124</sup> Cfr. Comisión CE, «Libro Verde sobre la legislación aplicable y la competencia en asuntos de divorcio», COM (2005) 82 final, de 14 de marzo de 2005, pp. 5 y 9. A este respecto, aunque en un contexto diferente, resulta también de interés la afirmación del TJCE en su Dictamen 1/03, de 7 de febrero de 2006 (ap. 141), en el sentido de que una normativa internacional reguladora de la competencia judicial internacional debe ser lo más global posible, pues cualquier laguna puede dar lugar, debido a los diferentes criterios atributivos de competencia empleados por las legislaciones, a que existan varios órganos jurisdiccionales competentes para resolver un mismo litigio, pero también a una falta de tutela judicial si no se considera competente a ningún tribunal.

<sup>125</sup> Planteando este riesgo, véase Comisión CE, «Libro Verde sobre sucesiones y testamentos», COM (2005) 65 final, de 1 de marzo de 2005, p. 8.

ción plena de las reglas de competencia en una materia, sin prever siquiera la aplicación residual de las legislaciones internas –que resultarían totalmente desplazadas– implicaría, en la medida en que pretenda fundarse en las competencias previstas en los artículos 61 y ss. TCE, interpretar que tal opción resulta necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior –en los términos del art. 65 TCE–, superando la situación hasta ahora existente en el marco de los Reglamentos 44/2001 y 2201/2003, en los que el alcance universal de las normas unificadas no excluye la aplicación residual en ciertas situaciones –y en el caso del Reglamento 44/2001 en un conjunto muy amplio de supuestos– de las reglas de competencia nacionales.

Entre los motivos que justificarían una evolución en ese sentido –incluso de cara a la eventual revisión de los reglamentos ya en vigor– se ha destacado el que la coexistencia de regímenes diferenciados de competencia judicial es un importante factor de complejidad del sistema que no aporta una mejor regulación<sup>126</sup>. Además, las principales críticas suscitadas tradicionalmente por el régimen del CB tienen que ver con la aplicación de las reglas nacionales de competencia (en particular en la medida en que contienen fueros exorbitantes) en las situaciones en las que el artículo 4 CB (y Reglamento 44/2001) se remite a ellas, en especial cuando se excluye el control de la competencia del tribunal de origen en el marco del reconocimiento y ejecución de decisiones entre los Estados miembros.

44. Desde la perspectiva del impacto de las competencias comunitarias en materia de DIPr sobre los sistemas nacionales, tienen particular relevancia las consecuencias externas de la comunitarización del DIPr y su repercusión sobre las actividades de organización internacionales que se ocupan de la elaboración de normas de DIPr y sobre las competencias de los Estados miembros para la celebración de tratados internacionales. En el ámbito de la competencia judicial internacional, revisite extraordinaria trascendencia el ya mencionado Dictamen 1/2003, de 7 de febrero de 2006, que concluye que la celebración del nuevo Convenio de Lugano sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de decisiones «corresponde íntegramente a la competencia exclusiva de la Comunidad Europea».

Este pronunciamiento del TJCE contiene elementos para clarificar las implicaciones externas de las competencias comunitarias en el ámbito del DIPr. La situación previa se había caracterizado por la incertidumbre sobre el particular y la improvisación de respuestas concretas, con un alto contenido político, a las distintas situaciones que se habían ido planteando –en particular en el marco de las negociaciones en la Conferencia de La Haya– mientras se estaba a la espera de un pronunciamiento específico del TJCE<sup>127</sup>.

<sup>126</sup> Vide KREUZER, K., «Zu Stand...», *loc. cit.*, pp. 71-72, con ulteriores referencias.

<sup>127</sup> Para un análisis de conjunto, BORRÁS, A., «The Frontiers and the Institutional Constitutional Question», NUYTS, A., y WATTÉ, N. (eds.), *International... op. cit.*, pp. 27-54. La particular importancia de esta cuestión en las relaciones con la Conferencia de La Haya de DIPr explica la aprobación con el Reglamento 44/2001 de una Declaración sobre los artículos 71 y 72 y sobre negociaciones en el marco de la Conferencia de La Haya de DIPr (Declaración no publicada en el DO, que puede consultarse en BORRÁS RODRÍGUEZ, A.; BOUZA VIDAL, N.; GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., y VIRGÓS SORIANO, M., *Legislación básica de Derecho internacional privado*, 15.ª ed., Madrid, Tecnos, 2005, pp. 189-190), que trató de garantizar la coherencia de la posición de la Comunidad y la participación eficaz de los Estados miembros en las negociaciones sin prejuzgar el alcance de las competencias externas de la Comunidad

45. Conforme al Dictamen TJCE 1/2003<sup>128</sup>, la Comunidad tiene competencia exclusiva para celebrar, en particular, cualquier convenio internacional que establezca un sistema global de reglas sobre competencia judicial internacional como el contenido en un reglamento comunitario en la materia de que se trate<sup>129</sup>.

Esta conclusión no se puede ver modificada por la inclusión en el convenio de que se trate de un acuerdo de desconexión, en virtud del cual se prevea que el convenio no afecta a la aplicación entre los Estados de la UE de las normas comunitarias, pues esto no impide que se pueda ver afectada la aplicación de las normas comunitarias y sobre todo no se trata de un elemento determinante al valorar la naturaleza de la competencia comunitaria (Dictamen 1/03, ap. 130). La limitación de la competencia comunitaria en la materia, que –en los términos del art. 65 TCE– se subordina al requisito de que resulte necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior tampoco es determinante para restringir el alcance de la competencia de la CE para celebrar convenios internacionales en la materia, en la medida en que la competencia exclusiva sobre el particular sea necesaria para preservar la eficacia del Derecho comunitario y el buen funcionamiento de los sistemas establecidos por sus normas, al margen de la concreta disposición del TCE que haya podido ser la base jurídica para la adopción de las normas internas (ap. 131).

46. Por lo tanto, de esta jurisprudencia resulta la competencia exclusiva de la CE para concluir acuerdos internacionales sobre competencia judicial internacional con un ámbito de aplicación universal, en particular en aquellas materias en las que existen normas comunitarias. No obstante, la distribución competencial resultante es poco precisa, sobre todo su eventual impacto sobre las materias excluidas de los instrumentos comunitarios así como en lo que atañe a la posibilidad de celebrar convenios bilaterales sobre reconocimiento. En todo caso, el alcance de la competencia exclusiva de la CE refuerza la tendencia a la unificación a escala comunitaria –y en su caso internacional mediante la celebración por la Comunidad del acuerdo correspondiente– de las reglas de competencia judicial internacional con un alcance universal, que favorece el abandono de la dualidad entre régimen comunitario y regímenes nacionales, en este caso en lo que se refiere a la eventual aplicación de normas internacionales.

La tendencia a que la actividad externa de los Estados sea desplazada por la de la Comunidad ha tenido un claro reflejo en el Convenio de La Haya de 2005 sobre

---

<sup>128</sup> Que parte de la doctrina acerca de las competencias externas implícitas establecida ya en la STJCE de 31 de marzo de 1971, as. 22/70, *AETR*; y en los Dictámenes TJCE 1/76, 2/91 y 1/94; según la cual existe una competencia exclusiva de la CE, en particular, cuando un acuerdo internacional puede afectar a las normas comunitarias existentes.

<sup>129</sup> A este respecto, en el «Plan de Acción del Consejo y la Comisión por el que se aplica el Programa de La Haya sobre refuerzo de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea» –DO 2005 C198/1–, dentro de la Cooperación judicial en asuntos civiles, el apartado relativo al «ordenamiento jurídico internacional», contempla para el futuro, además de la conclusión de las negociaciones relativas al convenio sobre elección de foro –que han tenido lugar en 2005–, la adhesión de la Comunidad a la Conferencia de La Haya (2006), la conclusión de las negociaciones relativas al convenio sobre obligaciones alimentarias (2007), la ratificación del Convenio de La Haya de 1996 sobre protección de los niños y la «continuación de las negociaciones y celebración de acuerdos internacionales relativos a la cooperación judicial en asuntos civiles».

acuerdos de elección de foro<sup>130</sup>, que en su artículo 30 contempla específicamente la posibilidad de que las organizaciones regionales de integración económica puedan acceder al Convenio al margen de sus Estados miembros. En concreto, el artículo 30 establece que en el momento de la firma, aceptación o aprobación, una organización de ese tipo puede declarar que ejerce la competencia sobre todos los aspectos regulados por el convenio y que sus Estados miembros no serán parte del Convenio pero quedarán vinculados en virtud de la firma, aceptación o aprobación de esa organización.

## 6. ¿Límites constitucionales?

47. El significado de los límites constitucionales como elemento clave de la configuración del régimen estadounidense de competencia judicial internacional exige una comparación con el contexto comunitario y español. En primer lugar, es claro que también en España la Constitución condiciona el alcance de la competencia judicial internacional, como el TC estableció de manera expresa en la STC 61/2000, de 13 de marzo de 2000.

Partiendo de que el núcleo del derecho fundamental a la tutela judicial del artículo 24.1 Const. consiste en el acceso a la jurisdicción, la jurisprudencia del TC considera, como es conocido, que todas las reglas de competencia judicial internacional responden «a una doble y relativamente contrapuesta exigencia constitucional». Por una parte, el demandado en el proceso civil sólo podrá ser sometido a una determinada jurisdicción si las circunstancias del caso permiten considerar que el ejercicio del derecho de defensa no se verá sometido a costes desproporcionados, pues a nadie puede exigírsele cargas excesivas para poder ejercitar su derecho de defensa. En segundo lugar, desde la perspectiva de la parte actora resulta necesario asegurar una posibilidad razonable, según las circunstancias, de accionar ante la Justicia. (Fundamento Jurídico 4 STC61/2000, de 13 de marzo de 2000).

48. Si bien cabe entender que el estándar utilizado está muy próximo al derivado en la jurisprudencia estadounidense de la cláusula *due process*, lo cierto es que con respecto a ciertas categorías de fueros esa jurisprudencia del TS de EEUU conduce a resultados que no se corresponden con los que pueden derivarse del artículo 24 Const., como la admisibilidad de la competencia con base en la mera presencia del demandado en el foro o la inconstitucionalidad en determinadas circunstancias de una regla de competencia como la contenida en el artículo 5.3 Reglamento 44/2001, en línea con lo ya señalado. Además, la configuración de los condicionantes constitucionales en EEUU responde a un modelo diferente del español, sobre todo por la muy diferente interrelación entre los estándares constitucionales y la legislación sobre competencia judicial internacional.

<sup>130</sup> Acerca de su proceso de elaboración desde este punto de vista, véase HESS, B., «The Draft Hague Convention on Choice of Court Agreements, External Competences of the European Union and Recent Case Law of the European Court of Justice», NUYTS, A. y WATTÉ, N. (eds.) *International...*, *op. cit.*, pp. 263-284.

En el modelo español, de la Constitución se desprende un máximo y un mínimo, pero dentro de esos márgenes el concreto alcance de la competencia judicial internacional de los tribunales españoles es una cuestión legal, de manera que el desarrollo judicial del Derecho resulta en este ámbito excepcional, en la medida en que sólo procede si la aplicación en el caso concreto de los criterios legales conduce a un resultado inconstitucional<sup>131</sup>. Por el contrario, ya ha quedado expuesto cómo en la práctica en el sistema de EEUU, normalmente la existencia de reglas estatales de competencia no excluye la necesidad del análisis constitucional, cuyo significado resulta reforzado por lo frecuente que es la previsión en las legislaciones estatales de que los tribunales del foro tienen competencia para conocer de todos aquellos supuestos en los que su competencia sea compatible con los límites constitucionales.

49. En el plano de la comparación entre la UE y EEUU, es preciso, sin embargo, detenerse en otro aspecto de interés, en concreto el relativo a si en el contexto comunitario cabe hablar realmente de «límites constitucionales» comunes en el ámbito de la competencia judicial internacional. En principio existen elementos que pueden contribuir a dar una respuesta afirmativa de esa cuestión. En ese sentido, el papel que en el sistema de EEUU desempeñan las cláusulas constitucionales *due process* en tanto que fundamento del alcance de la competencia judicial, se corresponde en el ámbito de la UE con el progresivo desarrollo de un núcleo de garantías procesales a escala europea, vinculadas al reconocimiento del derecho a un proceso justo como derecho fundamental, recogido en el artículo 6.1 CEDH<sup>132</sup>. Además ese mismo derecho figura en el artículo 47 de la Carta de los derechos fundamentales de la UE (y en el art. II-107 Const. Eur., que hace referencia al derecho a la tutela judicial efectiva). Ya en la versión inicial del CB cabía encontrar normas específicas que son desarrollo de garantías procesales, como es el caso de las reglas relativas a la notificación del artículo 27.2 CB.

La elaboración en el marco del artículo 6.1 CEDH de una serie de estándares mínimos en el ámbito procesal civil se proyecta necesariamente sobre la configuración de los regímenes de competencia judicial internacional y de reconocimiento de decisiones de los diversos Estados participantes. En esta línea, del derecho a un proceso justo proclamado en el artículo 6.1 CEDH se deriva tanto la garantía de un derecho de acceso a los tribunales como la prohibición de un ejercicio abusivo de la jurisdicción por parte de los Estados participantes, lo que ha sido considerado por la doctrina como determinante para evaluar la falta de conformidad con el CEDH de criterios de competencia tenidos por exorbitantes, así como para poder limitar o ampliar en determinadas circunstancias la competencia resultante de los criterios legalmente establecidos<sup>133</sup>.

<sup>131</sup> Vide VIRGÓS SORIANO, M., y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho procesal civil internacional*, Madrid, 2000, p. 47; y AMORES CONRADI, M. A. «Constitución española y proceso civil internacional. Un balance», *Pacis Artes. Obra homenaje a J. D. González Campos*, t. II, Madrid, 2005, pp. 1185-1215, pp. 1202-1203.

<sup>132</sup> Cfr. NUYTS, A., «Due Process and Fair Trial: Jurisdiction in the United States and in Europe Compared», 157-197, NUYTS, A., y WATTÉ, N. (eds.), *International...*, op. cit., pp. 157-197, pp. 175-177.

<sup>133</sup> En esta línea, vide MATSCHER, F., «IPR und IZVR vor den Organen der EMRK –Eine Skizze–», *Festschrift für K.H. Neumayer*, Baden-Baden, 1985, pp. 459-478, pp. 454-463; SCHLOSSER, P. F., «Jurisdiction in International Litigation. The Issue of Human Rights in Relation to National Law and to Brussels Convention», *Rivista di diritto internazionale*, vol. LXXIV, 1991, pp. 5-34, pp. 16-17 y 22-33; MATS-

En primer lugar, resulta cuestionable con base en el derecho a un proceso justo proclamado en artículo 6.1 CEDH la atribución de competencia en situaciones en las que no existe vinculación razonable con el foro, de manera que la atribución de competencia imponga una carga desproporcionada al demandado, que menoscaba sus garantías procesales básicas. En situaciones extremas y estrechamente conectadas con algún otro ordenamiento, el artículo 6.1 CEDH –al igual que el 24.1 Const.– puede exigir declinar la competencia normalmente atribuida a nuestros tribunales, cuando la misma resulta irrazonable e implica un grave menoscabo para la posición de alguna de las partes<sup>134</sup>. En tales circunstancias excepcionales, el artículo 6.1 CEDH podría justificar en sus Estados miembros un resultado equivalente al *forum non conveniens*, bien conocido en los sistemas anglosajones y en principio rechazado en el marco del CB.

En segundo lugar, la exigencia de una garantía de acceso efectivo a la justicia, contenida en el artículo 6.1 CEDH, puede resultar infringida por la utilización de criterios de conexión de los que resulta la necesidad de litigar en países lejanos, pese a tratarse situaciones vinculadas con el foro, cuando la comparecencia y defensa ante esos tribunales extranjeros es irrazonable y equivale a una denegación de justicia. Este planteamiento presenta especial relevancia en la medida en que contribuye a afirmar, en línea con lo que resulta del artículo 24.1 Const., la exigencia de que en determinadas circunstancias, ante el carácter excesivamente restrictivo de nuestras normas de competencia, se haga preciso habilitar a través de un llamado fuero de necesidad el acceso a nuestros tribunales en situaciones excepcionales<sup>135</sup>.

50. Desde la perspectiva comunitaria, la primera de esas dimensiones reviste particular interés, pues precisamente la pervivencia en la práctica totalidad de las legislaciones nacionales sobre competencia judicial internacional de los Estados miembros de la UE de fueros exorbitantes heterogéneos entre sí, como resulta del Anexo I del Reglamento 44/2001, parece contradecir la existencia de límites constitucionales comunes, derivados del derecho fundamental a un proceso justo. En el sistema del Reglamento 44/2001, como ha quedado reseñado, esas reglas son normalmente de aplicación por los tribunales de los Estados miembros cuando el domicilio del demandado no está en un Estado miembro. Precisamente del contenido de esas normas resulta la presencia en Estados de la UE de fueros exorbitantes, incluso en situaciones que van más allá de las contempladas en el sistema de EEUU, lo que en la

---

CHER, F., «Die Einwirkungen der EMRK auf das Internationale Privat- und zivilprozessuale Verfahrensrecht», *Festschrift für F. Schwind*, 1993, Viena, pp. 71-85, pp. 79-80; y PFEIFFER, T., *Internationale Zuständigkeit und prozessuale Gerechtigkeit (Die internationale Zuständigkeit im Zivilprozess zwischen effektivem Rechtsschutz und nationaler Zuständigkeitspolitik)*, Francfort, 1995, pp. 583-584.

<sup>134</sup> A situaciones de ese tipo puede conducir en el ámbito del comercio electrónico –en el que las ofertas pueden ser accesibles desde cualquier lugar del mundo– una aplicación literal del fuero en materia de contratos de consumo previsto en el artículo 22.4 LOPJ, que atribuye competencia a los tribunales españoles en ciertos supuestos por el mero hecho de que el consumidor haya realizado en territorio español los actos necesarios para la celebración del contrato, sin exigir además que el contrato haya sido precedido de una oferta o de publicidad realizada en España (como hace el art. 13 CB) o que el contrato se halle comprendido en el marco de actividades comerciales de la otra parte contratante dirigidas a España (como resulta del art. 15 Reglamento 44/2001).

<sup>135</sup> Vide AMORES CONRADI, M. A., «La nueva estructura del sistema español de competencia judicial internacional en el orden civil: artículo 22 LOPD», *REDI*, vol. XLI, 1989, pp. 113-156, pp. 117-118; y DE MIGUEL ASENSIO, P. A., «Derechos humanos, diversidad cultural y Derecho internacional privado», *RDP*, 1998, julio-agosto, pp. 541-558, pp. 555-556.

práctica resulta agravado, en la medida en que en esos países no opera la doctrina del *forum non conveniens*.

La pervivencia en ciertos Estados miembros de criterios tan excesivos se ha vinculado tradicionalmente con la ausencia en el Derecho comunitario originario de un criterio equivalente al *due process* estadounidense y con la dificultad de lograr una mayor uniformidad en la materia<sup>136</sup>. Al criticar el carácter discriminatorio del CB sobre el particular, se ha puesto de relieve cómo la protección de la cláusula *due process* se extiende en el sistema de EEUU a los domiciliados en el extranjero, lo que excluye un tratamiento discriminatorio como el resultante del CB para quienes no están domiciliados en un Estado miembro. Ciertamente, el régimen comunitario parte de la posibilidad de aplicar frente a esas personas los fueros (incluso exorbitantes) de las legislaciones nacionales sin que ello menoscabe la posibilidad de que la decisión sea reconocida en los diferentes Estados miembros, pues al reconocer la decisión de otro Estado miembro no cabe el control de la competencia del tribunal de origen, aunque éste haya aplicado un fuero exorbitante, ni la posibilidad de invocar el orden público a esos efectos (art. 35.3 Reglamento 44/2001), lo que en situaciones concretas puede plantear dificultades habida cuenta de la vinculación constitucional y con los derechos fundamentales del orden público.

51. Hasta ahora, sin perjuicio del eventual impacto del CEDH y de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, la cuestión relativa a los límites constitucionales derivados de la exigencia del derecho fundamental a un proceso justo sobre las reglas nacionales de competencia judicial internacional de los Estados miembros de la UE se ha planteado básicamente a nivel estatal, con respecto a los límites derivados de las constituciones nacionales<sup>137</sup>. Cabe señalar que la Const. Eur. en el apartado 4 del artículo III-257 contempla que la UE «facilitará la tutela judicial», lo que puede interpretarse en el sentido de que tiene un alcance limitado, pues «facilitar» no equivale a «garantizar» y frente a la referencia a la tutela judicial de ese artículo el proyectado sistema constitucional europeo se basa en la noción de cooperación judicial, como refleja el artículo III-269<sup>138</sup>.

El progresivo desarrollo de un orden público europeo en el ámbito procesal internacional se ha centrado de momento básicamente en el sector del reconocimiento y ejecución de decisiones<sup>139</sup>. La jurisprudencia del TEDH<sup>140</sup> y del TJCE<sup>141</sup> ha dado ya pasos significativos para el establecimiento de un orden público procesal común en el

<sup>136</sup> JUENGER, F., «Judicial...», *loc. cit.*, pp. 1204-1205.

<sup>137</sup> Particularmente ilustrativo al respecto es, con respecto al sistema alemán, el estudio de PFEIFFER, T., *Internationale...*, *op. cit.*

<sup>138</sup> Vide GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., «La Constitución europea y el Derecho internacional privado comunitario: ¿un espacio europeo de justicia en materia civil complementario del mercado interior?», *REEI*, núm. 9, 2005, pp. 1-5, pp. 2-3.

<sup>139</sup> Vide MUIR WATT, H. «Evidence of an Emergent European Legal Culture: Public Policy Requirements of Procedural Fairness under the Brussels and Lugano Conventions», *Texas International Law Journal*, vol. 36, 2001, pp. 539-554, pp. 549-552; y GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., «Reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales extranjeras y respeto de los derechos humanos relativos al proceso», *Soberanía del Estado y Derecho internacional (Homenaje al prof. J. A. Carrillo Salcedo)*, t. II, Sevilla, 2005, pp. 695-716.

<sup>140</sup> STEDH de 20 de julio de 2001, asunto *Pellegrini*, disponible en <<http://www.echr.coe.int>>.

<sup>141</sup> Vide especialmente STJCE de 28 de marzo de 2000, as. C-7/98, *Krombach*.

marco del reconocimiento y ejecución de decisiones <sup>142</sup>, si bien su análisis detallado queda al margen del objeto de este trabajo centrado en las reglas de competencia judicial internacional directa.

La subsistencia en las legislaciones nacionales de tantos fueros exorbitantes y tan diversos parece ser un elemento clave que pone en entredicho la existencia de verdaderos límites comunes en esta materia basados en los derechos fundamentales, habida cuenta del limitado desarrollo que todavía presenta su impacto sobre las reglas de competencia judicial directa en la jurisprudencia del TEDH y el TJCE <sup>143</sup>. El recurso a un concepto estrictamente nacionalista y defensivo del orden público que impida el contraste de ciertas prácticas tradicionales en materia de competencia judicial en ciertos Estados miembros con la evolución que exige el respeto a las garantías procesales en el marco del sistema europeo de derechos humanos no resulta una solución apropiada en el contexto actual <sup>144</sup>. En todo caso, para superar la carencia más importante que deriva de la presencia de fueros exorbitantes en las legislaciones de los Estados miembros (unida a la prohibición de control de la competencia en el reconocimiento y ejecución de decisiones) resultaría determinante también el reforzamiento de la unificación de las reglas de competencia llevando hasta sus últimas consecuencias el carácter universal de la normativa uniforme, mediante la eliminación de la aplicación residual de las legislaciones de los Estados miembros <sup>145</sup>.

## V. CONCLUSIONES

52. La competencia judicial internacional (e interestatal) de los tribunales de EEUU está regulada básicamente a nivel estatal y no federal. Un elemento clave desde la perspectiva uniformizadora es que el alcance de la competencia judicial internacional, tanto en la jurisdicción federal como en las estatales, está condicionado por los límites que derivan de las cláusulas *due process* de la Constitución de EEUU, que se proyectan sobre la legislación federal y el conjunto de las legislaciones estatales. Además, el impacto uniformizador de la dimensión constitucional de este sector se acentúa en la medida en que buena parte de las legislaciones estatales en la materia –los conocidos *long arm statutes*– están configuradas de tal manera que se limitan a atribuir competencia a los tribunales del Estado correspondiente con toda la extensión con la que resulta constitucionalmente admisible.

<sup>142</sup> También la referencia a la garantía de los derechos fundamentales en el marco de la unificación de las reglas comunitarias ha tenido especial reflejo en el sector de la eficacia transfronteriza de las decisiones judiciales, como ilustra el considerando 11 del Reglamento 805/2004, por el que se crea un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados, que proclama expresamente que el Reglamento trata de promover los derechos fundamentales y busca garantizar el pleno respeto del derecho a un juicio justo, reconocido en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE.

<sup>143</sup> Desde esa perspectiva, la jurisprudencia del TC español, muy especialmente en su conocida sentencia 61/2000, de 13 de marzo, marca una tendencia que debería seguir la jurisprudencia del TEDH (e incluso el TJCE); al igual que también cabe pensar que la orientación de la LOPJ es mucho más acorde con la proclamación del derecho a un proceso justo en el artículo 6.1 CEDH que las legislaciones de los Estados miembros enumeradas ahora en el Anexo I del Reglamento 44/2001.

<sup>144</sup> MUIR-WATT, H., «Evidence...», *loc. cit.*, p. 551

<sup>145</sup> KREUZER, K., «Zu Stand...», *loc. cit.*, p. 72.

La uniformización de este sector en EEUU tiene lugar en términos que presentan un abierto contraste con su desarrollo en la Unión Europea. La cláusula *due process* protege al demandado ante los tribunales de EEUU con total independencia de su domicilio y de su nacionalidad, y se proyecta tanto sobre los tribunales federales como sobre las diversas jurisdicciones estatales. En EEUU los fueros de competencia aplicados no difieren de manera significativa en las situaciones internacionales y las interestatales, pues tradicionalmente los mismos criterios aplicados en éstas, mucho más frecuentes en la práctica, tienden a extenderse a las situaciones internacionales.

Otra diferencia muy importante con respecto a los progresos en la unificación de este sector en el ámbito comunitario es el dato de que de la jurisprudencia del TS de EEUU sobre la cláusula constitucional *due process* sólo resultan ciertos criterios vagos acerca de la vinculación exigible entre el foro y el demandado, que no excluyen la atribución de competencia en ciertas situaciones en las que ésta puede resultar exorbitante. La vaguedad y falta de precisión de esos estándares en la jurisprudencia del TS de EEUU, unida a la configuración de las legislaciones estatales en la materia, se traduce en un panorama confuso, caracterizado por su inseguridad jurídica y que es fuente de extraordinaria litigiosidad, algo que las varias leyes uniformes y la legislación federal sectorial apenas han corregido. Ese panorama explica los frecuentes llamamientos, hasta el momento sin éxito, a la federalización de las reglas de competencia judicial internacional, así como el interés manifestado desde la órbita de EEUU por la eventual elaboración de convenios internacionales en la materia.

53. En contraste con ese estado de cosas, la unificación en el ámbito comunitario se ha basado en la elaboración de reglas que tratan de ser precisas y fijan criterios rígidos de competencia. Asimismo, se ha centrado principalmente en establecer reglas de competencia aplicables a situaciones que presentan una cierta conexión con el mercado interior, de manera que, incluso aunque presenten un ámbito de aplicación universal tal y como la jurisprudencia del TJCE ha interpretado el CB y el Reglamento 44/2001, prevén la aplicación de las normas nacionales al resto de las situaciones. Precisamente, la vinculación con los objetivos de integración también condiciona, como ilustra en particular la sentencia del TJCE en el asunto *Owusu*, que la previsibilidad deba ser un factor determinante al fijar el alcance de las normas unificadas y la eventual aplicación de las normas nacionales que coexisten con aquellas. El carácter funcional con respecto al mercado interior de la unificación en el ámbito comunitario, se relaciona con la especial preocupación por la seguridad jurídica y la interpretación uniforme de sus normas, lo que condiciona el rechazo de ciertos mecanismos de flexibilización propios del *common law*, como refleja la jurisprudencia del TJCE sobre el CB.

Un primer balance, a la luz incluso de la propia doctrina estadounidense, permite poner de relieve que los logros de la unificación comunitaria constituyen un progreso muy significativo desde la perspectiva de la confusa situación de EEUU en la materia. Además de la conveniencia de profundizar en la unificación de las reglas de competencia a escala comunitaria, la comparación con EEUU pone de relieve, sin embargo, ciertas limitaciones del estado actual de la unificación en el ámbito de la Comunidad Europea, que deberían ser corregidas.

A este respecto, si bien la jurisprudencia constitucional relativa a la cláusula *due process* en EEUU resulta muy problemática, sí permite echar en falta progresos en

Europa en esa materia, donde el derecho a un proceso justo, proclamado en el artículo 6.1 CEDH –y en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE– de momento no ha tenido una proyección significativa sobre las reglas de competencia. Así resulta de la lista contenida en el Anexo I del Reglamento 44/2001. Sin perjuicio de la aplicación de las reglas de competencia nacionales a las situaciones en que ello sea conforme con las reglas unificadas, el desarrollo de una comunidad jurídica europea fundada en la existencia de estándares comunes en el ámbito de las garantías procesales, debería llevar a la supresión en los regímenes nacionales de los fueros exorbitantes cuando resulten contrarios al estándar mínimo de garantías procesales, incluso en las situaciones no regidas por los instrumentos comunitarios. Ese mismo efecto, al tiempo que un sistema mejor adaptado a las necesidades de la integración, podría lograrse a través de la revisión de las reglas unificadas, para extender a todas las situaciones el régimen unificado, suprimiendo la remisión a la aplicación de los regímenes nacionales para determinados supuestos, que introduce un factor de complejidad en el sistema, así como otros problemas, en particular los asociados a la descoordinación entre los fueros exorbitantes cuando son aplicables las legislaciones nacionales y la ausencia de control de la competencia del tribunal de origen.

Además, como ilustra la STC 61/2000, la doble exigencia constitucional a la que responden las reglas de competencia judicial internacional –en nuestro caso directamente a partir de lo dispuesto en el art. 24.1 Const.– determina que esta circunstancia no sólo deba limitar la eventual operatividad de fueros exorbitantes sino también que facilite en determinadas circunstancias una cierta flexibilización del sistema de competencia judicial internacional, que, en la medida en que se base en el estándar común a escala europea de tutela judicial efectiva y resulte operativa sólo en situaciones excepcionales, cabe entender que sería perfectamente compatible con el objetivo de integración.

#### ABSTRACT

##### UNIFORMITY IN THE REGULATION OF INTERNATIONAL JURISDICTION: A TRANSATLANTIC VIEW

Both the US and the EU are systems in which the law on international jurisdiction in civil matters shows a certain degree of uniformity against a background of different state legislations in that field. There are substantial differences between the EU and the US concerning the means used to create uniform standards or rules on jurisdiction and the scope of uniform law. Personal jurisdiction in the US is considered a constitutional issue and the key factor of uniformity is the case-law of the US Supreme Court concerning the limits imposed by the constitutional due process clause on state legislation. Those standards are mandatory to federal and state courts and they apply both to purely international cases and to US interstate cases. Moreover, they apply regardless of the nationality and domicile of the parties, even if those factors are not located in the US. However, the standards developed by the Supreme Court on personal jurisdiction are vague and the application of those standards by state courts has proven a source of uncertainty and complex litigation in many cases. There are almost no federal rules on personal jurisdiction and the long-arm statutes enacted by most States are intended to reach the limits of due process and therefore they do not provide further legal certainty.

In contrast with that approach, the EU has focused on uniformization by means of the enactment of common rules on jurisdiction which contribute to the mutual recognition of judgments between Member States and become a key factor to guarantee the proper functioning of the internal market and to achieve further integration in the EU. This approach is based on rules which set out common grounds of jurisdiction that must be applied in a uniform way in all Member States in order to provide a high level of legal

certainty. To achieve that goal the ECJ case-law interpreting the unified rules plays an essential role. Legal certainty is a key objective of the unified rules on jurisdiction as a consequence of the role assigned to those rules in the integration process. The EU approach to international jurisdiction based on comprehensive legislative rules has advantages when compared with the US situation especially in the context of legal integration, as American scholars have acknowledged.

However, the further development of the EU model should improve some of its features which are neither positive nor necessary to achieve the goals assigned to the uniform jurisdictional rules in the integration process. The development of common standards on procedural fairness in the EU should require the revision of some discriminatory aspects. Especially the application of the exorbitant fora established in the legislations of some Member States (Annex I Regulation 44/2001) to persons not domiciled in the EU and the prohibition of review of jurisdiction of the court of origin in the recognition of judgments should be reviewed. Moreover, the coexistence in the EU model of uniform rules of universal scope (such as Regulation 44/2001 and 2201/2003) with national rules which only are applied by reference of the uniform rules (art. 4 Regulation 44/2001 and art. 14 Regulation 2201/2003 concerning residual jurisdiction) is a factor of additional complexity, which could be overcome if the uniform rules were to be applied to all situations, removing totally national rules in the unified areas. That development would be in accordance with the nature of the EU Regulations in this field –especially Regulation 44/2001– as a unified and coherent system of rules on jurisdiction, as acknowledged by the ECJ in his Opinion 1/03 of February 7 2006 in order to establish that the conclusion of international agreements on jurisdiction in the areas covered by the regulations falls entirely within the exclusive competence of the EC.

## RÉSUMÉ

### UNIFORMITÉ DANS LA RÉGLEMENTATION DE LA JURIDICTION INTERNATIONALE: UNE VUE TRANSATLANTIQUE

Les États-Unis et l'UE sont des systèmes dans lesquels la réglementation sur la juridiction internationale montre un certain degré d'uniformité sur un fond de différentes législations étatiques. Il y a des différences substantielles entre l'UE et les États-Unis en ce qui concerne les moyens employés pour créer des règles uniformes sur la juridiction et la portée de la uniformité dans ce domaine. La *personal jurisdiction* aux États-Unis est considérée une question constitutionnelle. Le facteur principal de l'uniformité est la jurisprudence de la Cour Suprême des États-Unis sur les limites imposées par la *due process clause* de la Constitution à les règles de compétence étatiques. Ces limites s'appliquent indépendamment de la nationalité et du domicile des parties, même si ces facteurs ne sont pas situés aux États-Unis. Cependant, les normes développées par la Cour Suprême sont vagues et l'application de ces normes par des cours étatiques est devenue une source d'incertitude.

Contrairement à cette approche, l'UE s'est concentrée sur l'uniformisation au moyen de l'établissement de règles précises sur la juridiction qui contribuent à la reconnaissance mutuelle des jugements entre les États membres et deviennent un facteur important pour garantir le fonctionnement approprié du marché intérieur. Les règles doivent être appliquées d'une manière uniforme dans tous les États membres afin de fournir un niveau élevé de certitude légale. L'approche de l'UE basée sur des règles législatives complètes a des avantages en comparaison avec la situation des États-Unis particulièrement dans le contexte de l'intégration légale.

Cependant, l'évolution du modèle communautaire devrait améliorer quelques aspects qui ne sont ni positifs ni nécessaires pour réaliser les buts assignés aux règles juridictionnelles uniformes dans l'intégration. Le développement des normes communes sur le droit à un procès équitable devrait exiger la révision de certains aspects discriminatoires. Particulièrement l'application discriminatoire des règles de compétence exorbitantes des législations de quelques États membres (Annexe I Règlement 44/2001) devrait être éliminée. D'ailleurs, la coexistence dans le modèle communautaire des règles uniformes de portée universelle avec les règles nationales qui sont appliquées par la référence des règles uniformes (Règlement 44/2001-art. 4– et Règlement 2201/2003 –art. 14 sur la juridiction résiduelle–) est un facteur de complexité additionnelle, qui pourrait être surmonté si les règles uniformes étaient les seules applicables à toutes les situations. Ce développement serait conforme avec la nature des règlements communautaires dans ce domaine –particulièrement 44/2001– comme un système unifié global et cohérent des règles selon l'avis 1/03 de la CJCE du 7 février 2006.

## ESPAÑOLES/EXTRANJEROS

JULIO V. GAVIDIA SÁNCHEZ

Catedrático de Derecho civil  
Universidad de Cádiz

### SUMARIO

I. LA DISTINCIÓN ESPAÑOL/EXTRANJERO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1978: 1.1 *El artículo 13 CE*. 1.2 *La cláusula de igualdad sin discriminación del artículo 14 CE y las contenidas en tratados*. 1.3 *Los derechos y libertades singulares*. 1.4 *Las garantías de los artículos 53-55 CE*.—II. LOS DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS EN LA LEY REGULADORA DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA Y SU INTEGRACIÓN SOCIAL. 2.1 *Derechos de los extranjeros e interpretación de las normas*. 2.2 *Derechos civiles y políticos*: 2.2.1 Derecho a la intimidad familiar. 2.2.2 Libertad de circulación. 2.2.3 Derechos de reunión y manifestación. 2.2.4 Derecho de asociación. 2.2.5 Participación pública. 2.2.6 Libertades económicas. 2.3 *Derechos laborales y sociales*: 2.3.1 Derecho al trabajo. 2.3.2 Derecho de huelga. 2.3.3 Derecho a la educación. 2.3.4 Protección social. 2.3.5 Reagrupación familiar. 2.3.6 Fiscalidad. 2.4 *Garantías jurídicas, en especial, el beneficio de justicia gratuita*. 2.5 *Medidas antidiscriminatorias*.—III. CONCLUSIONES.

### I. La distinción español/extranjero en la Constitución de 1978<sup>1</sup>

#### 1.1 EL ARTÍCULO 13 CE

La Constitución española de 1978 rubrica el capítulo primero de su título primero con la frase «De los españoles y los extranjeros». En lo que más directamente concierne al tema objeto de este estudio es el artículo 13.1 CE el que contiene una regla general, acaso, la más general sobre qué derechos corresponden a los extranjeros: «Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley». Si bien está claro que en este precepto se autoriza expresamente el tratamiento desigual de españoles y extranjeros, sin una exigencia constitucional de igualdad en su ámbito de aplicación,

---

<sup>1</sup> BORRAJO INIESTA, I., «El status constitucional de los extranjeros», en *Estudios sobre la Constitución Española en homenaje al Profesor García de Enterría*, t. II, Madrid 1991, pp. 703-707, esp. 706 y 707, da cuenta de la evolución histórica desde la época liberal.

no son pocas las dudas que suscita la interpretación de esta disposición, tanto en sí misma, como en relación con otros preceptos constitucionales.

Así, para empezar, los extranjeros a los que se refiere pueden ser no sólo los que se encuentren en España, sino también los que no estén, cuando se trate de derechos que no presupongan la presencia física de su titular, como puede suceder, por ejemplo, con el derecho de propiedad (art. 33 CE) o la libertad de empresa (art. 38 CE) y, en consecuencia, con el derecho que permite hacerlos efectivos, esto es, el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Pero, ¿y el derecho a entrar en España (art. 19.2 CE) <sup>2</sup>?

En segundo lugar, la referencia a «las libertades públicas», como el objeto de reconocimiento constitucional para los extranjeros, plantea dudas: si se refiere a todas las libertades públicas por igual y si no se refiere a los derechos fundamentales, ni a los que la propia Constitución reconoce pero no califica como fundamentales. ¿Son sólo las libertades públicas las que pueden no ser reconocidas a los extranjeros, a menos que un tratado o una ley establezca otra cosa? En tal caso, ¿qué sucede con los derechos fundamentales? ¿Los extranjeros gozan de ellos, salvo cuando la propia Constitución los reconoce sólo a los españoles? ¿Pueden los tratados o las leyes extender a los extranjeros el goce de todos estos derechos constitucionalmente sólo reconocidos a los españoles? ¿Y los derechos que la Constitución no reconoce a todos ni sólo a los españoles? Se ha impuesto la interpretación amplia de «libertades públicas», de modo que lo mismo vale para los derechos fundamentales (STC 107/1987 y otras).

Ahora bien, si la regla contenida en el artículo 13.1 CE comprende todos los derechos y libertades garantizados en el título primero de la Constitución, esto implica que están no sólo incluidos los contemplados en el capítulo II en sus dos secciones, sino también los que lo estén en el capítulo III, entre los principios rectores de política social y económica, así como los que no estén reconocidos como tales en estas sedes, sino que deriven de la dignidad de la persona (art. 10.1 CE, incluido en dicho título), así como sus garantías (arts. 53 y 54 CE) y su eventual suspensión (art. 55 CE).

Otra conclusión se deriva de una de las anteriores. Y es que aquellos derechos que sean exigencia de la dignidad de la persona deberán ser reconocidos a todos, aunque no estén mencionados especialmente en la Constitución, con independencia de su nacionalidad, en aquella parte de su contenido o condiciones de ejercicio que resulten de esa exigencia. En lo demás, la regla contenida en el artículo 13.1 CE da a entender que dependerá de lo que establezcan los tratados y las leyes, por lo tanto, ya sin garantía constitucional de igualdad entre españoles y extranjeros. En esta situación se encuentran derechos de la personalidad tales como el derecho a la identidad sexual y al nombre.

En tercer lugar, la referencia que en el artículo 13.1 CE se hace a los tratados y a las leyes comprende tanto la decisión sobre la titularidad como sobre el contenido y las condiciones de ejercicio de los derechos o, al menos, no las excluye. Por lo tanto, esta remisión a los tratados es para que en ellos se pueda decidir de qué derechos y en qué medida gozan los extranjeros –todos o sólo algunos–, con la eficacia normativa

<sup>2</sup> La STC 72/2005 parece dar a entender que no corresponde a los extranjeros como derivado de la Constitución, si bien no se excluye que pueda derivar de la ley.

que la propia Constitución reconoce a los tratados (art. 96), con independencia o además de su valor como canon interpretativo de la propia Constitución, para determinar el contenido de los derechos fundamentales en ella reconocidos (art. 10.2 CE).

¿También su titularidad ha de interpretarse conforme a los tratados, si de esto ya se ocupa el artículo 13.1 CE? ¿No es especial esta segunda regla respecto a la formulada en el artículo 10.2 CE? Que sea especial, por referirse a la titularidad, no es del todo exacto, ya que, por ello mismo, hemos de entender que también se refiere al contenido de tales derechos, puesto que las leyes y los tratados pueden decidir extenderlos en todo o en parte a los extranjeros. En mi opinión, no necesariamente hemos de apreciar una contradicción entre las reglas contenidas en los artículos 10.2 y 13.1 CE, que obligue a recurrir al criterio de especialidad. Creo, mejor, que se han de aplicar por el mismo orden en que aparecen formuladas. En primer lugar, si de la propia Constitución se derivan derechos para los extranjeros, bien porque los hay que son reconocidos a todos, bien porque los hay que son reconocidos de modo impersonal, es decir, no sólo a los españoles, los tratados nos proporcionan pautas de interpretación específicamente llamadas a ser seguidas al interpretar y, por lo tanto, configurar los términos del reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales<sup>3</sup>. En segundo lugar, una vez perfilados los términos en los que la Constitución reconoce un derecho fundamental, tanto en su titularidad como en su contenido, los tratados o las leyes pueden extenderlos a los extranjeros, si constitucionalmente no están reconocidos a todos ni de modo impersonal, o para incrementar el contenido que puede corresponderles, o para rebajar las condiciones de su ejercicio, respecto a lo establecido en la Constitución, después de haberla interpretado conforme a los tratados<sup>4</sup>.

En el artículo 13.2 CE se contiene una regla aclaratoria de alguna de las dudas que suscita el artículo 13.1 CE. En aquél se establece que «[s]olamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales». Así, pues, por un lado, hay una prohibición constitucional, que opera como excepción a la regla general contenida en el artículo 13.1 CE, en virtud de la cual ni los tratados ni las leyes pueden extender a los extranjeros los derechos de participación en los asuntos públicos y de acceso a las funciones y cargos públicos, reconocidos a «los ciudadanos» en el artículo 23 CE. Y, por otro, se formula una excepción a esta excepción, en virtud de la cual se restablece la regla general del artículo 13.1 CE para el derecho de sufragio activo y pasivo de los extranjeros en las elecciones municipales, si bien condicionándolo a la reciprocidad de otros Estados para con los españoles.

De la regla contenida en el artículo 13.2 CE se desprende, «a contrario», que la Constitución no impide que un tratado o una ley reconozca a los extranjeros cuales-

<sup>3</sup> Para modificar esa titularidad, ese contenido o esas condiciones de ejercicio haría falta reformar la Constitución o, al menos, los tratados con base a los cuales se ha generado esa interpretación de la Constitución.

<sup>4</sup> Para modificar esas ampliaciones de derechos de los extranjeros no haría falta reformar la Constitución, sino los tratados o las leyes que las hubieran establecido.

Si la Constitución reconoce un derecho a los españoles, no me parece que sea mediante su interpretación (art. 10.2 CE), sino mediante su integración recurriendo a otra fuente (art. 13.1 CE), como se logra que también los extranjeros tengan reconocido ese derecho.

quiera otros derechos y no sólo libertades públicas, incluido el derecho de asilo (art. 13.4 CE). Ahora bien, subsisten otras muchas dudas, tales como si los extranjeros tienen o no constitucionalmente garantizados algunos derechos fundamentales, cuando su reconocimiento no venga exigido por la dignidad de la persona, y si, en caso de tenerlos, su nivel de garantía es el mismo que el previsto para los españoles.

En el artículo 13.3 CE se garantiza no sólo a los extranjeros que la extradición sólo se concederá si hay tratado o ley que la prevea y a condición de reciprocidad con el Estado que la solicite, excluyendo los delitos políticos, pero no los de terrorismo.

## 1.2 LA CLÁUSULA DE IGUALDAD SIN DISCRIMINACIÓN DEL ARTÍCULO 14 CE Y LAS CONTENIDAS EN TRATADOS

El precepto inmediatamente siguiente al general sobre derechos de los extranjeros resulta ser, precisamente, la cláusula de igualdad ante la ley y de prohibición de discriminaciones, referida exclusivamente a los españoles: «Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social». Esto puede ser cualquier cosa menos una casualidad o una inadvertencia del constituyente.

En coherencia con lo establecido en el artículo 13.1 CE, no hay un mandato constitucional de igualdad de trato de los extranjeros en comparación con los españoles. Pero es que tampoco lo hay siquiera en comparación con otros extranjeros. Por lo menos, no en el artículo 14 CE. Y es que este precepto está comprendido en el ámbito del artículo 13.1 CE, al enunciar un derecho susceptible de ser extendido a los extranjeros, mientras que este artículo 13.1 CE difícilmente puede ser interpretado conforme a una cláusula de igualdad referida exclusivamente a los españoles, como es la contenida en el artículo 14 CE.

En cambio, entiendo que del mismo artículo 14 CE sí se desprende para los españoles el derecho a no ser discriminados respecto a los extranjeros, siendo la nacionalidad una de las circunstancias personales subsumibles en la cláusula antidiscriminatoria, como una condición personal. De esto resultaría que cualquier diferencia de trato favorable a extranjeros –a todos o sólo a algunos– respecto a los españoles habría de superar el test de proporcionalidad<sup>5</sup>, para que fuera admisible, no bastando con que el fin fuera constitucionalmente legítimo, ni con que la distinción estuviera racionalmente indicada para conseguirlo<sup>6</sup>. Ahora bien, considero que en estas condiciones es posible dispensar un trato de favor a los extranjeros, como un supuesto de discriminación positiva, amparado en el mandato a los poderes públicos, contenido en el artículo 9.2 CE, para que promuevan «las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo» –no sólo del ciudadano– «y de los grupos en los que se inte-

<sup>5</sup> REY MARTÍNEZ, F., «El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo», en *La discriminación por razón de sexo tras 25 años de la Constitución Española*, dirigido por VIVAS LARRUY, A., Madrid, p. 44; considera que el juicio de proporcionalidad tiene que ver con las concretas prohibiciones de discriminación y es más estricto que el de razonabilidad, que tendría que ver con el derecho a la igualdad en general.

<sup>6</sup> En el caso de la STC 220/1988 se alegaba tal discriminación, pero el Tribunal entendió que no la había, no que no fuera aplicable la cláusula general de igualdad sin discriminación de los españoles.

gra sean reales y efectivas» y remuevan «los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud».

La consideración anterior obliga a plantearse si la posibilidad de que un grupo sea beneficiario de políticas activas, como las que tienen su base en el citado mandato contenido en el artículo 9.2 CE, no presupone que le sea aplicable la igualdad ante la ley o, por lo menos, la cláusula antidiscriminatoria, contenidas en el artículo 14 CE. En mi opinión, no necesariamente. En hipótesis, los extranjeros pueden no tener el mismo derecho a la igualdad que los españoles y, sin embargo, poder o deber ser, como grupo social y económica o culturalmente desfavorecido –los que lo estén–, destinatarios de ayudas específicas o de un tratamiento legal especialmente favorable, compensatorio de esas situaciones de partida desfavorables. Esto en modo alguno significa que la Constitución se limite a mandar a los poderes públicos que remedien situaciones de desventaja que ella misma estaría admitiendo, al no reconocerles directamente el derecho a la igualdad sin discriminación. Y es que, por un lado, con independencia de la interpretación que haya de hacerse sobre la protección que el artículo 14 CE dispense a los extranjeros, hay toda una serie de derechos constitucionalmente reconocidos a todos, por lo tanto, también a los extranjeros, o de modo impersonal, esto es, no sólo a los españoles, de lo cual me ocupé después en varias ocasiones. Por otro, la protección que confiere la igualdad sin discriminación admite grados, no necesariamente aplicables todos a todos<sup>7</sup>.

Entonces, si el derecho a la igualdad sin discriminación explícitamente sólo está constitucionalmente reconocido a los españoles, los tratados y las leyes pueden extenderlo a los extranjeros, como permite el artículo 13.1 CE y no impide el mismo artículo 13.2 CE. En ausencia de tratado o de ley que lo haya extendido, un extranjero no puede hacer valer el artículo 14 CE para reaccionar contra una diferencia de trato, ni cabe impugnar la norma o el acto que la produzca, cualquiera que sea el criterio de distinción que se haya utilizado, salvo que sea contraria a la dignidad de la persona, pero entonces se estará haciendo valer el artículo 10.1 CE, no el 14 CE<sup>8</sup>. Del mismo modo, los derechos que la Constitución reconoce a todos también corresponden a los extranjeros, ¿pero en las mismas condiciones de ejercicio que las aplicables a los españoles? ¿Y los derechos que la Constitución no reconoce a todos, pero tampoco sólo a los españoles?

Si esto fuera así, las diferencias de trato entre españoles y extranjeros o entre éstos no habrían de superar el test de proporcionalidad, sino sólo el de racionalidad y sólo al objeto de excluir su arbitrariedad, dada su prohibición, contenida en el artículo 9.3 CE. Bastaría, por lo tanto, con que la diferencia de trato estuviera racionalmente indicada para conseguir el fin propuesto, que habría de ser constitucionalmente legítimo. Eso sí, siempre que esto no suponga trato indigno para los no favorecidos o

<sup>7</sup> CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F.; «De la igualdad como legalidad a la igualdad como dignidad. Reflexiones, en clave constitucional, sobre una sociedad decente», en *Extranjería e inmigración (Actas de las IX Jornadas de la Asociación Nacional de Letrados del Tribunal Constitucional)*, pp. 102-104), al hacer de la cláusula antidiscriminatoria del artículo 14 CE un mandato de prioridad, parece que sí presupone el disfrute de la igualdad en todos sus grados por los que tengan reconocida esa prioridad.

MARÍN GÁMEZ, J. A. («Una visión de los derechos y garantías constitucionales de los extranjeros en España», *Revista de Derecho político*, núm. 61, p. 55) considera que de los artículos 13 y 14 CE, puestos en relación con el artículo 10 CE, resulta que la igualdad «queda atribuida sin paliativos a los extranjeros».

<sup>8</sup> STC 107/1984.

peor tratados (art. 10.1 CE). Por lo tanto, sostener que del artículo 14 CE, en sí mismo, ninguna protección se desprende para los extranjeros no significa que no tengan derecho a hacer valer la igualdad sin discriminación con base en el propio texto constitucional. Significa que sólo pueden hacerla valer en la medida en que lo exija la interdicción de la arbitrariedad y el respeto a la dignidad de la persona (arts. 9.3 y 10.1 CE). En mi opinión, esa medida no es la que se desprende del artículo 14 CE –el test de razonabilidad o proporcionalidad más o menos estricto<sup>9</sup>–, sino la propia del test de mera racionalidad, para cuya aplicabilidad no hace falta el artículo 14 CE, sino que basta con la interdicción de la arbitrariedad y el respeto a la dignidad de la persona, como base del orden político y de la paz social<sup>10</sup>.

Dicho en otros términos: hay una parte o un grado de la igualdad, que ya está garantizado constitucionalmente a todas las personas, por ser una exigencia del respeto a su dignidad, como es que las diferencias de trato no sean arbitrarias, que no deja de estar así garantizado para los extranjeros, por el hecho de que no estén protegidos por el artículo 14 CE, ya que con este precepto no se trata de restarles la protección que se deriva para ellos de otros preceptos, como los que prohíben la arbitrariedad y exigen el respeto a la dignidad de la persona, sino de reforzar esa protección, agregándole la necesidad de superar el test de razonabilidad o de proporcionalidad, en lo cual sí habrá que estar a lo que resulte de la previsión contenida en el artículo 13.1 CE para los extranjeros, en función de lo que decidan las leyes y los tratados.

Ahora bien, ciertamente, no son escasas las cláusulas de igualdad que se contienen en tratados suscritos por España, que, por mandato de la norma contenida en el artículo 13.1 CE, obligan a plantearse si hemos de considerar extendido a los extranjeros el derecho a la igualdad ante la ley y a la no discriminación, al menos, en rela-

<sup>9</sup> El test de proporcionalidad, hoy plenamente aceptado, fue considerado uno de los «elementos objetivadores de la diferenciación», según GARCÍA MORILLO, J., «La cláusula general de igualdad», en *Derecho constitucional*, vol. I, Valencia 1994, pp. 165-169. Sin embargo, no faltó algún autor que lo excluyó, por cuanto suponía enjuiciar la oportunidad de la medida (JIMÉNEZ CAMPO, J., «La igualdad jurídica como límite frente al legislador», *Revista española de Derecho constitucional*, núm. 9, pp. 109-111). ALONSO GARCÍA, E.: «El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución Española», *Revista de Administración pública*, núms. 100-102, pp. 59-62; entendió que tal control de oportunidad se evita no exigiendo que el legislador haya optado por la alternativa menos gravosa, sino que no haya optado por una que sea excesivamente gravosa. Otros autores parecen excluir cualquier discrecionalidad del legislador, cuando se trata de criterios sospechosos de distinción, comprendidos en la cláusula antidiscriminatoria del artículo 14 CE (así, RODRÍGUEZ PIÑERO, M., y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., *Igualdad y no discriminación*, pp. 53, 54, 62, 63, 160, 163 y 164).

Por su parte, HARASS, H. D., «Folgerungen aus der neueren Rechtsprechung des BVerfG für die Prüfung von Verstößen gegen Art. 3 I GG», *Neue Juristische Wochenschrift*, 1997, p. 2549, considera que cuando la diferencia está en la propia Constitución el escrutinio no debe ser el estricto. En la nuestra está en el propio artículo 14.

<sup>10</sup> Es en este sentido en el que considero que debe entenderse la doctrina contenida en la STC 137/2000 (ponente, el magistrado Mendizábal Allende), aunque no integrara la *ratio decidendi* del fallo: «[...] no se puede discriminar en relación con el disfrute de este tipo de permisos penitenciarios por causa de la nacionalidad [...] del solicitante. Pues, a pesar de la literalidad de la redacción que se contiene en el artículo 14 CE, a partir de la doctrina general que este Tribunal Constitucional ha elaborado en materia de extranjeros [...] se garantizan a todas las personas, y no sólo a los españoles, los derechos “imprescriptibles para la garantía de la dignidad humana” (STC 107/1984, F. 3) y no hay duda de que entre éstos debe inducirse el derecho a no ser discriminado por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

Cfr. CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F., *op. cit.*, pp. 104-109.

ción a los derechos reconocidos en tales tratados<sup>11</sup>. Así, podemos citar las cláusulas contenidas en los artículos 2 de la Declaración universal de derechos del hombre (DUDH) de 1948<sup>12</sup>, del Pacto internacional de derechos civiles y políticos (PIDCyP) de 1966<sup>13</sup> y del Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales (PIDESyC) de 1966<sup>14</sup> y 14 del Convenio europeo de protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (CEDH) de 1950<sup>15</sup>. Es más, en los artículos 7 DUDH y, especialmente, 26 PIDCyP se contienen cláusulas de igualdad y prohibición de la discriminación tan generales, que son similares a la contenida en el artículo 14 CE<sup>16</sup>, de modo que el derecho a la igualdad ante la ley y a la no discriminación habría quedado extendido con carácter general, esto es, no sólo en relación a los derechos reconocidos en este Pacto, sino como prohibición general de discriminar

<sup>11</sup> Vide BORRAJO INIESTA, I., *op. cit.*, pp. 759 y 760-762.

VIDAL FUEYO, M. del C., *Constitución y extranjería*, Madrid 2002, p. 161, afirma que «la remisión que el artículo 10.2 CE hace a los textos internacionales disipa cualquier duda que pudiera mantenerse al respecto, pues las distintas declaraciones de derechos predicán una igualdad básica y universal para todos los seres humanos».

En mi opinión, es más bien lo que resulta de los artículos 13.1 y 96 CE, no tanto del artículo 14 más el 10.2 CE.

ARAGÓN REYES, M., «Encuesta en torno a la constitucionalidad de la ley de extranjería», *Teoría y Realidad constitucional*, núm. 7, p. 12; considera que estos tratados, al reconocer a todas las personas ciertos derechos, no impiden diferencias de trato en el régimen jurídico del ejercicio de tales derechos, es decir, «imponen la igualdad, pero no la exacta paridad».

<sup>12</sup> Esta Declaración entró en vigor el 24 de octubre de 1945.

«1. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición» (art. 2.1).

<sup>13</sup> Este Pacto entró en vigor para España el 2 de junio de 1977.

«1. Cada uno de los Estados Parte del presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social» (art. 2.1).

<sup>14</sup> Este Pacto entró en vigor para España el 27 de julio de 1977.

«2. Los Estados Parte en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por razón de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social» (art. 2.2).

<sup>15</sup> Este Convenio entró en vigor para España el 4 de octubre de 1979.

«El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razón de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación» (art. 14).

Por su parte, en la Carta Social Europea (CSE) de 1961, en vigor para España desde el 5 de junio de 1980, se dedica un párrafo de su preámbulo a la no discriminación en el goce de los derechos sociales, por motivos de «raza, color, sexo, religión, opinión política, procedencia nacional u origen social». Tampoco incluye la nacionalidad entre los elementos de diferenciación sospechosamente discriminatorios.

<sup>16</sup> «Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación» (art. 7 DUDH).

«Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social» (art. 26 PIDCyP).

a los extranjeros o a algunos extranjeros por el hecho de serlo, según obligaría a entender lo establecido en los artículos 13.1 y 96 CE.

Creo que a esto obliga la regla contenida en el mismo artículo 26 pr. PIDCyP —«Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley»—, aunque después no mencione la nacionalidad, sino el origen nacional<sup>17</sup>, ni cualquier condición personal, sino social, como criterios sospechosos de discriminación. Por lo tanto, la nacionalidad no es uno de los criterios sospechosos de distinciones discriminatorias, pero no por ello queda fuera del principio de igualdad ante la ley ni de la prohibición general de discriminar en la protección de la ley, aunque sí permite entender que las diferencias de trato basadas en tal criterio no tienen por qué ser sometidas al test más estricto de proporcionalidad —la alternativa menos gravosa—, bastando con que superen el de razonabilidad menos estricto —la alternativa no excesivamente gravosa.

Lo más importante ahora es destacar que ésta es o debe implicar una protección superior para los extranjeros, de la que se desprende de la mera prohibición de arbitrariedad, contenida en el artículo 9.3 CE como base del test de mera racionalidad para enjuiciar diferencias de trato. Así, pues, a los extranjeros, por la vía del artículo 13.1 CE en relación con el artículo 26 pr. PIDCyP, habría quedado extendido, cuanto menos, el derecho a la igualdad ante la ley sin discriminación, reconocido en el artículo 14 CE sólo a los españoles. Si esto debe entrañar algo más que la mera prohibición de arbitrariedad, no debería bastar con que la diferencia de trato superase el test de mera racionalidad. En tal caso, no cabrán diferencias de trato entre nacionales y extranjeros ni entre éstos, si no están justificadas, debiendo superar un test de razonabilidad o proporcionalidad<sup>18</sup> más o menos estricto. No sería suficiente, pues, con que tales diferencias no fuesen contrarias a la dignidad de la persona, ni arbitrarias, pues no bastaría con que superasen el test de mera racionalidad, sino que tampoco podrían resultar excesivamente gravosas<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> La nacionalidad, como vínculo jurídico-político más fuerte entre una persona y un Estado, puede no coincidir con el origen nacional, relacionado más bien con la pertenencia a una nación, configurada por hechos diferenciales de tipo cultural, lingüístico, etc., no explicitados en cualquiera de los otros criterios de diferenciación sospechosos, de los mencionados en el mismo artículo 26 PIDCyP. Así entendido, el origen nacional puede ser diferente, incluso, entre los nacionales de un mismo Estado y ser el mismo entre nacionales de diferentes Estados. Pues bien, establecer diferencias de trato por razón del origen nacional sí es sospechoso de trato discriminatorio, por lo que tales diferencias han de superar el test de proporcionalidad más estricto —el de la alternativa menos gravosa—, al menos, cuando afecten a la titularidad, al contenido o al ejercicio de un derecho fundamental.

<sup>18</sup> VIDAL FUEYO, M. C., (*op. cit.*, pp. 164-168 y 173-176) considera que ese test debe ser el más estricto cuando las diferencias por razón de la nacionalidad afecten a derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente no sólo a los españoles, en lo cual es consecuente con su aceptación de la premisa de que la cláusula antidiscriminatoria del artículo 14 *in fine* CE no está referida sólo a los españoles. En cambio, cuando la diferencia de trato recae sobre derechos que la Constitución no reconoce a extranjeros, entiende que la ley y los tratados son libres para extenderlos a los extranjeros con las modulaciones que crean oportunas, pudiendo diferenciar también entre extranjeros.

Yo considero improcedente esta distinción, puesto que cualquier diferencia de trato que se establezca por razón de la nacionalidad, que sea desfavorable para extranjeros, queda afectada por la norma contenida en el artículo 26 pr. PIDCyP y, en consecuencia, debe superar el test de razonabilidad o proporcionalidad correspondiente, en mi opinión, no el más estricto.

<sup>19</sup> Es el test menos estricto de razonabilidad, que no llega a exigir que la diferencia de trato sea la menos gravosa posible, por no ser sospechoso de trato discriminatorio el criterio de distinción empleado, como sucede con la nacionalidad, salvo cuando este criterio sea utilizado para tratar peor a un nacional,

Por lo demás, tales diferencias han de superar dicho test, no sólo cuando afecten a la titularidad de un derecho o aparezcan explícitamente referidas a ella, sino también cuando afecten al ejercicio o aparezcan referidas a éste, pues está claro que por esta segunda vía se puede estar negando el derecho a ciertas personas, si no concurren en ellas o en tanto no concurren en ellas las condiciones requeridas para su ejercicio. Cuando dichas condiciones consisten en requisitos de capacidad, no hay problema, siempre que sean razonables. Ahora bien, la capacidad de obrar sólo depende de la aptitud de la persona para gobernarse por sí misma, no de cualquier otra circunstancia o condición (arg. arts. 10.1 CE y 200 CC)<sup>20</sup>, ni siquiera, por tanto, de cualesquiera estados civiles, como el que resulta de la nacionalidad. En consecuencia, cualquier condición de ejercicio de un derecho implicará su negación a ciertos sujetos, salvo para los supuestos de no plena capacidad de obrar, pues cuando se trata de la incapacidad, existe un régimen de ejercicio específico, consistente en la actuación del propio sujeto con el consentimiento de quien complementa su capacidad o en la actuación de alguien en su nombre como representante legal, según la situación en la que se encuentre el incapacitado (arts. 222, 267, 286-290 CC). Pues bien, los extranjeros, por el hecho de serlo, es obvio que no tienen disminuida su capacidad de obrar, por lo que no están sujetos a un régimen de representación legal ni de complemento de capacidad, sino que tan sólo tienen o pueden tener restringida su libertad, es decir, su autonomía de la voluntad<sup>21</sup>.

pues éste sí está protegido por el artículo 14 CE, incluso, frente a discriminaciones por la nacionalidad, como una condición personal.

<sup>20</sup> Vide en extenso GORDILLO CAÑAS, A., *Capacidad, incapacidad y estabilidad de los contratos*, Madrid 1986.

Estamos, en definitiva, ante una exigencia de la dignidad y del libre desarrollo de la personalidad, por lo tanto, para todos y no sólo para los españoles, ni para ciertos extranjeros.

<sup>21</sup> ARAGÓN REYES, M., (*op. cit.*, p. 31) considera que la distinción entre titularidad y ejercicio introduce confusión, puesto que sólo tiene sentido disociarlas cuando se trata de incapaces.

ASENSI SABATER («Encuesta ...», *cit.*, p. 35) niega que puedan disociarse titularidad y ejercicio de los derechos, situación ésta que se asemejaría a la distinción entre capacidad jurídica y de obrar, de modo que los inmigrantes irregulares quedarían equiparados a los incapaces, menores o dementes, esto es, no plenamente emancipados.

CANO BUESO, J., «Los derechos de los extranjeros en España: una perspectiva constitucional», *Revisita de Derecho político*, núm. 57, pp. 24, 25 y 28, considera falaz distinguir entre la titularidad y el ejercicio de derechos, al objeto de impedir este último en tanto no se tenga una autorización administrativa de estancia o de residencia, ya que entiende que la libertad de ejercicio es inherente a libertades tales como las de reunión, manifestación, asociación, sindicación y huelga, de modo que la privación del ejercicio equivale a la negación de su titularidad, advirtiendo que en los artículos 21, 22 y 28 CE se deja claro que no hace falta autorización previa.

CARRILLO LÓPEZ, M. («Encuesta ...», *cit.*, pp. 26, 27 y 39) advierte claramente que distinguir entre titularidad y ejercicio de derechos conduce a la negación de éstos, cuando se trata de los de reunión, manifestación, asociación, libertad sindical y huelga, siendo ésta una distinción ajena a la Constitución, de modo que tal negación no puede ser sino inconstitucional. Con todo, no excluye la constitucionalidad de diferencias de trato, que impliquen uno más restrictivo para los extranjeros, siempre que sean proporcionadas a la finalidad perseguida, no siendo suficientes las razones de tipo jurídico-administrativo.

FERNÁNDEZ SEGADO, F., «El nuevo régimen jurídico de los derechos y libertades de los extranjeros en España», *Teoría y Realidad constitucional*, núm. 7, pp. 66 y 73, por el contrario, acepta la validez y utilidad de esta distinción entre titularidad y ejercicio de los derechos y, es más, considera que en la STC 115/1987 implícitamente se venía a entender que la exigencia de que el extranjero esté en situación legal en España era perfectamente acorde a la Constitución y a la doctrina jurisprudencial de que no pueden exigirse derechos desde la ilegalidad.

PÉREZ CALVO («Encuesta ...», *cit.*, p. 44) dice que la DUDH y los tratados internacionales distinguen entre titularidad y ejercicio, que puede ser restringido por la ley.

En ese artículo 26 PIDCyP se encontraría, acaso, el precedente más inmediato del artículo 14 CE<sup>22</sup>, precisamente, por su generalidad, frente a las otras cláusulas de igualdad contenidas en ese y en otros tratados. Así las cosas, considero lo más plausible entender que el constituyente optó deliberadamente por constitucionalizar sólo para los españoles ese derecho a la igualdad en general ante la ley, en todos sus grados de intensidad –racionalidad, razonabilidad y proporcionalidad de las diferencias de trato–, en tanto que, para los extranjeros sólo lo garantizó en la medida exigida por la interdicción de la arbitrariedad y el respeto a la dignidad de la persona –racionalidad de la diferencia de trato–, dejando que los tratados o las leyes aumentaran este nivel de protección. Ahora bien, como he mostrado y como detallaré más adelante, esto no significa que se dejara a los extranjeros en todo exclusivamente a la suerte de lo que resultara de los avatares del Derecho internacional convencional. En la propia Constitución se les reconocen derechos –los inherentes a la dignidad de la persona y todos los reconocidos de modo impersonal–, que no precisan de la mediación de tratados ni de leyes, para que puedan ejercitarlos, y las diferencias de trato, si las hubiera, no podrían ser arbitrarias [arg. arts. 1.1 (la igualdad como valor), 9.3 (interdicción de la arbitrariedad) y 10.1 (dignidad) CE], ni las restricciones impuestas a la libertad constitucionalmente reconocida podrían responder a fines constitucionalmente ilegítimos o no ser proporcionadas a su consecución [arg. arts. 1.1 (la libertad como valor), 9.3 (interdicción de la arbitrariedad) y 10.1 (libre desarrollo de la personalidad)].

En el artículo 12 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (TCE) sí se contiene una expresa prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad, si bien en el ámbito de aplicación del tratado. Con base en esta prohibición sí podemos considerar sospechosa cualquier diferencia de trato entre nacionales de los Estados miembros de la Comunidad Europea por razón de su nacionalidad, yendo así más allá en la protección de estos extranjeros, no sólo de la que resulta del artículo 14 CE, sino también de las cláusulas antidiscriminatorias contenidas en otros tratados, cuando sólo se refieren al origen nacional, como sucede con la contenida en el artículo 26 PIDCyP. Es así como el test o escrutinio que reclama la prohibición contenida en el artículo 12 TCE, al que ha de someterse cualquier diferencia de trato entre nacionales de Estados miembros de la Comunidad Europea por razón de su nacionalidad, es el mismo que han de superar las diferencias de trato por motivos citados en la cláusula antidiscriminatoria contenida en el artículo 14 CE para los españoles, que sí les protege frente a la discriminación por razón de la nacionalidad como circunstancia personal, o en la del artículo 26 PIDCyP para todos, pero en el que no se menciona la nacionalidad como criterio sospechoso: no bastará con el de mera racionalidad, ni con el de razonabilidad menos estricto, sino que habrá que aplicar el de proporcionalidad más exigente. Así pues, las diferencias de trato que perjudiquen a los españoles o, en el ámbito del TCE, a los nacionales de otros Estados de la Comunidad Europea han de superar el test de proporcionalidad más estricto, mientras que las que perjudiquen a otros extranjeros han de superar el test de razonabilidad menos estricto.

Otro tanto parece desprenderse de las cláusulas de igualdad y no discriminación, contenidas en los artículos 20 y 21 de la Carta de los derechos fundamentales de la

---

<sup>22</sup> Este Pacto está en vigor en nuestro país desde el 27 de junio de 1977, según el artículo 49 del protocolo de adhesión.

Unión Europea (CDFUE). Se formulan tres reglas. En primer lugar, la igualdad de todas las personas ante la ley (art. 20), protectora también de todos los extranjeros, de modo que las diferencias de trato han de superar el test de razonabilidad menos estricto, no bastando con el de racionalidad, que es el exigido por el respeto a la dignidad de la persona (art. 1 CDFUE). En segundo lugar, la prohibición de discriminar por toda una serie de motivos, entre los que se encuentra la pertenencia a una minoría nacional (art. 21.1), pero no la nacionalidad, que, por lo tanto seguiría amparada por la cláusula general de igualdad, pero seguiría sin ser una de las circunstancias sospechosamente discriminatorias, por lo que no debería ser sometida al test más estricto de proporcionalidad. Y, en tercer lugar, la prohibición, ahora sí, de discriminar por razón de la nacionalidad, pero sólo cuando se trate de establecer diferencias en el ámbito de aplicación del TCE y del Tratado de la Unión Europea (art. 21.2), es decir, no cuando perjudiquen a cualquier extranjero, sino cuando el perjudicado sea un nacional de alguno de los Estados de la Comunidad o de la Unión Europea, siendo sólo en este caso cuando esas diferencias habrán de superar el test de proporcionalidad más estricto<sup>23</sup>.

Lo dicho hasta ahora vale para el derecho a la igualdad ante la ley. En cuanto al derecho a la igualdad en la aplicación de la ley por los jueces y tribunales, al consistir, en definitiva, en el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, de la que se desprenda el criterio de decisión seguido, aunque no sea el mismo que el seguido anteriormente en casos similares, hemos de referirla al derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido constitucionalmente a todos, sin distinción alguna por razón de la nacionalidad. Ahora bien, esto no puede ser todo lo que hay que advertir sobre la igualdad en la aplicación de la ley, tanto por los órganos judiciales, como por las Administraciones públicas. Y es que ni órganos judiciales ni administrativos pueden interpretar ni aplicar las normas estableciendo diferencias de trato por razón de la nacionalidad, cuando tales normas no hacen tal distinción<sup>24</sup>. Y es que no son los jueces ni las Administraciones públicas quienes pueden decidir en qué medida gozan los extranjeros de los derechos fundamentales, sino la propia Constitución, los tratados y las leyes, a los que están sometidos (arts. 13.1, 9.1, 117.1, 103.1 y 106.1 CE).

### 1.3 LOS DERECHOS Y LIBERTADES SINGULARES

Conforme a la doctrina formulada en la STC 107/1984 (ponente, el magistrado Rubio Llorente), tres son las categorías de derechos y libertades, cuando se trata de

<sup>23</sup> En la STJCE de 15 de marzo de 2005 se formula una doctrina que claramente exige, entre otras condiciones, proporcionalidad para aceptar una diferencia de trato que perjudica a un nacional de otro Estado de la Comunidad Europea: «Dicha diferencia de trato sólo podría estar justificada si se basara en consideraciones objetivas, independientes de la nacionalidad de las personas afectadas y proporcionadas al objetivo legítimamente perseguido por el Derecho nacional [véanse las sentencias, antes citadas, *Bickel y Franz* (TJCE 1998, 290), apartado 27, *D'Hoop* (TJCE 2002, 221), apartado 36, y *García Avello* (TJCE 2003, 314), apartado 31]». Lo que sucede es que, en el caso de autos, la diferencia de trato no superaba siquiera el test de mera racionalidad.

<sup>24</sup> Advertía con razón BORRAJO INIESTA, I., (*op. cit.*, p. 760) que «[e]l derecho de los extranjeros a la igualdad implica, de manera inmediata, el pleno derecho a la igual aplicación de la ley. Ninguna autoridad, judicial o administrativa, puede aplicar las leyes de manera discriminatoria en perjuicio de los extranjeros, cuando la Ley no contempla el dato de la nacionalidad».

saber si están reconocidas a extranjeros: los inherentes a la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), que han de ser reconocidos a todos; los que la Constitución niega a los extranjeros (arts. 13.2 y 23 CE); y los demás, que pueden ser reconocidos a los extranjeros, si así lo deciden los tratados o las leyes (art. 13.1 CE). Ahora bien, no se hace una relación completa de los que se consideran inherentes a la dignidad de la persona, sino que tan sólo se enuncian algunos: el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica y otros que en esa sentencia no se mencionaron. En otras ocasiones se ha dejado sentado que el derecho a la tutela judicial efectiva también es uno de éstos (STC 99/1985 y otras). En la STC 115/1987 se entendió que los derechos de reunión y asociación son también reconocidos a nacionales y extranjeros, aunque no porque sean inherentes a la dignidad de la persona. En las SSTC 82 y 86/1996, 174/1999 y otras se ha reconocido que también los extranjeros tienen garantizado el derecho a la libertad (art. 17 CE), al menos, en la STC 147/2000, como inherente a la persona.

Sin desechar, en modo alguno, el criterio de la dignidad para precisar qué derechos y libertades han de entenderse constitucionalmente garantizados a todos, debemos atender también a los términos en los que son reconocidos los derechos y libertades y las garantías de que aparecen dotados, entre otras razones, porque, como puede apreciarse, no son sólo los exigidos por la dignidad de la persona aquellos de los que también gozan los extranjeros, sin necesidad de que un tratado o una ley lo establezca.

Así, por un lado, los reconocidos en las secciones primera y segunda del capítulo II y en el capítulo III del título primero creo que pueden ser analizados, atendiendo a lo que se establece en el artículo 53 CE, distinguiendo entre los que tienen eficacia directa y garantía de su contenido esencial (art. 53.1 CE) –los del capítulo II– y los que sólo la tienen programática –los del capítulo III–, puesto que el tratamiento de los primeros podría ser esclarecedor del que merezcan los segundos, atendiendo, de momento, sólo a la propia Constitución.

Por otro lado, básicamente son tres las fórmulas empleadas por la Constitución al reconocer los derechos y libertades dotados de eficacia directa<sup>25</sup>:

– Los reconocidos a todos o las libertades y garantías de las que nadie puede ser privado: la vida y la integridad física y moral (art. 15)<sup>26</sup>; la libertad ideológica, religiosa y de cultos (art. 16.1)<sup>27</sup>; no declarar sobre la propia ideología, religión o creencias (art. 16.2); la libertad y la seguridad (art. 17.1)<sup>28</sup>; la tutela judicial efectiva, el juez natural, la defensa, la presunción de inocencia (art. 24)<sup>29</sup>; la tipicidad y legalidad de las penas y sanciones administrativas (art. 25.1)<sup>30</sup>; la educación (art. 27.1)<sup>31</sup>; la

<sup>25</sup> Otras clasificaciones, más o menos coincidentes, en VIDAL FUEYO, M. C., *op. cit.*, pp. 98-102; RUBIO MARÍN, R., «La inclusión del inmigrante: un reto para las democracias occidentales», en *Extranjería e inmigración (Actas de las IX Jornadas de la Asociación Nacional de Letrados del Tribunal Constitucional)*, notas 5-10; ASENSI SABATER, *op. cit.*, p. 21; MARÍN GÁMEZ, J. A., *op. cit.*, pp. 56-61.

<sup>26</sup> Artículos 3-5 y 9 DUDH, 6-8 PIDCyP, 2-4 CEDH y 2-5 CDFUE.

<sup>27</sup> Artículos 18 DUDH y PIDCyP, 9 CEDH y 10 CDFUE.

<sup>28</sup> Artículos 3 y 9 DUDH, 9 PIDCyP, 5 CEDH y 6 CDFUE.

<sup>29</sup> Artículos 8, 10 y 11 DUDH, 14 PIDCyP, 3, 6 CEDH y 47 y 48 CDFUE.

<sup>30</sup> Artículo 15 PIDCyP, 7 CEDH y 49 y 50 CDFUE.

<sup>31</sup> Artículos 26 DUDH, 13 PIDEŠyC y 14 CDFUE.

contribución al sostenimiento de los gastos públicos (art. 31.1); la garantía expropiatoria (art. 33.3)<sup>32</sup>.

– Los reconocidos a los españoles o a los ciudadanos<sup>33</sup>: la igualdad ante la ley sin discriminación (art. 14)<sup>34</sup>; la limitación de la informática en garantía del honor y la intimidad personal y familiar (art. 18.4)<sup>35</sup>; la entrada y salida de España, la libertad de circulación y residencia (art. 19)<sup>36</sup>; la participación política y el acceso a cargos y funciones públicas (art. 23)<sup>37</sup>; la petición (art. 29.1)<sup>38</sup>; la defensa de España (art. 30); el trabajo y la elección de profesión y oficio (art. 35)<sup>39</sup>; el procedimiento preferente y sumario y, en su caso, el recurso de amparo por la violación de los derechos y libertades reconocidos en los artículos 14-30 (art. 53.2).

– Los reconocidos de forma genérica, esto es, ni explícitamente a todos, ni sólo a los españoles: el honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen, la inviolabilidad del domicilio, el secreto de las comunicaciones (art. 18)<sup>40</sup>; las libertades de expresión y de información (art. 20.1)<sup>41</sup>; la reunión (art. 21) y la asociación (art. 22)<sup>42</sup>; la elección por los padres del tipo de educación para sus hijos (art. 27.3)<sup>43</sup>; la creación de centros docentes (art. 27.6)<sup>44</sup>; la libertad sindical

<sup>32</sup> Artículo 17 DUDH y 17 CDFUE.

<sup>33</sup> ¿Qué sucedería con estos y otros derechos, si se llegase a configurar un estatuto propio del ciudadano, diferente y de menor contenido, que el propio del nacional?

Sobre la distinción entre nacionalidad y ciudadanía, entre otros, vide PRESNO LINERA, M. A., «La participación política como forma de integración», en *Extranjería e inmigración: aspectos jurídicos y socioeconómicos*, coord. PRESNO LINERA, M. A., Valencia 2004, p. 19 y ss.; y ALÁEZ CORRAL, B., «Nacionalidad y ciudadanía desde la perspectiva de la soberanía democrática», en *Extranjería e inmigración ...*, cit., p. 43 y ss.

<sup>34</sup> Artículos 7 DUDH, 26 PIDCyP y 20 y 21 CDFUE.

<sup>35</sup> No tiene demasiado sentido que la llamada «libertad informática» sea reconocida a menos sujetos que la intimidad personal en general (art. 18.1 CE). Es más, en la declaración de 13 de diciembre de 1985 la Asamblea General de la ONU incluyó, sin matices, la protección contra las injerencias arbitrarias o ilegales en la intimidad en la relación de derechos que los individuos deben gozar en el Estado del que no sean nacionales. Tampoco hay tal restricción en el artículo 8 CDFUE.

<sup>36</sup> Artículos 13 DUDH, 12, 13 PIDCyP y 36 CDFUE.

<sup>37</sup> Artículos 21 DUDH, 25 PIDCyP y 39 y 40 CDFUE.

<sup>38</sup> Artículo 44 CDFUE.

<sup>39</sup> Artículos 23 DUDH, 6 y ss. PIDEsCy y 1 y ss. CSE.

<sup>40</sup> Artículos 12 DUDH, 17 PIDCyP, 8 CEDH y 7 CDFUE.

<sup>41</sup> Artículos 19 DUDH, 19 PIDCyP, 10 CEDH y 11 y 13 CDFUE.

<sup>42</sup> Artículos 20 DUDH, 21 y 22 PIDCyP, 11 CEDH y 12 CDFUE.

Cfr. VIDAL FUEYO, M. C., («La nueva ley de extranjería a la luz del texto constitucional», *Revista española de Derecho constitucional*, núm. 62, p. 201), quien afirma que los derechos de reunión y de asociación son reconocidos a todos.

<sup>43</sup> Artículos 26 DUDH, 18 PIDCyP, 13 PIDEsCy y 14 CDFUE.

<sup>44</sup> Esta libertad está reconocida a «las personas físicas y jurídicas», por lo que, a primera vista, no sé si esto es más, menos o lo mismo que cuando se reconoce a «todos».

En cualquier caso, se trata de una manifestación especialmente protegida de la libertad de empresa (art. 38 CE), por dos vías. La primera consiste en que su violación sí permite recurrir en amparo (art. 53.2 CE). La segunda resultaría de que no puede dejar de estar reconocida a personas físicas o jurídicas, es decir, no puede circunscribirse sólo a las unas o a las otras, lo cual sólo significa que para emprender este tipo de actividad han de bastar los requisitos generales, pudiendo establecer sólo aquellos específicos cuya exigencia esté justificada por la consecución de un fin constitucionalmente legítimo, exigibles por igual a todas las personas físicas o a todas las jurídicas. Ahora bien, ¿acaso esto segundo no debería valer igualmente para la libertad de empresa en general? ¿Acaso estaría permitido negar a una confesión religiosa reconocida el desarrollo de cualquier otra actividad empresarial, precisamente, por el hecho de ser religiosa? Quiero pensar que no –otra cosa es que en la realización de tales

(art. 28.1<sup>45</sup>)<sup>46</sup>; la huelga (art. 28.2)<sup>47</sup>; el matrimonio (art. 32)<sup>48</sup>; la propiedad privada y la herencia (art. 33.1)<sup>49</sup>; la fundación (art. 34); la negociación colectiva (art. 37.1)<sup>50</sup>; los conflictos colectivos (art. 37.2)<sup>51</sup>; la libertad de empresa (art. 38)<sup>52</sup>.

Pues bien, los derechos y libertades reconocidos constitucionalmente a todos no podrían dejar de ser reconocidos a los extranjeros, en virtud de un tratado ni de una ley. Son los reconocidos sólo a los españoles los que, salvo los del artículo 23 CE, pueden ser extendidos a los extranjeros, mediante un tratado o una ley (art. 13.1 y 2 CE)<sup>53</sup>. Y son los del tercer grupo los que podrían plantear más dudas. Ahora bien, hay algunos datos a tener en cuenta: los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, antes referidos, considerando que algunos de éstos son también derechos inherentes a la dignidad de la persona (la intimidad) o que corresponden también a los extranjeros (la reunión y la asociación); la analogía, pues no se aprecian razones que impidan que lo mismo valga para los demás derechos de este mismo grupo, ya que, aunque no todos ellos hayan de ser reconocidos a todos, cuando no sean inherentes a la persona –algunos requieren algo más, como es una cierta capacidad de obrar, en cuyo caso podrán establecerse condiciones específicas de ejercicio por el mismo titular, u otra condición–, es lo cierto que, aun así, se reconocen constitucionalmente, en principio, también a los extranjeros.

actividades queden en todo sometidas a la legislación general, puesto que tampoco tienen derecho a un tratamiento especial en ningún caso–, ya que se la estaría penalizando y se estaría violando la libertad de empresa (arts. 14 y 38 CE), aunque no fuese española, pues esta libertad no está constitucionalmente reconocida sólo a los españoles. Dicho de otro modo: aunque fuera constitucionalmente posible reservar el desarrollo de una determinada actividad económica a personas físicas o jurídicas, la creación de centros docentes siempre ha de ser posible tanto para unas como para otras, aunque, evidentemente, no necesariamente para todas.

Con base en lo anterior, considero que la expresión «las personas físicas y jurídicas» del artículo 27.6 CE no equivale a «todos», ya que no se trata de un derecho o una libertad inherente a la persona, siendo necesaria además una cierta capacidad de obrar para poder ejercitarla. Con los matices antes apuntados, estamos ante otro caso más de los de este grupo, como la libertad de empresa en general, esto es, un derecho que no es reconocido a todos ni sólo a los españoles.

En el artículo 14.3 CDFUE esta libertad es reconocida en términos impersonales.

<sup>45</sup> Aunque esta libertad es reconocida a «todos», está claro que se refiere a todos los trabajadores y no a todas las personas.

<sup>46</sup> Artículos 23 DUDH, 8 PIDEsC, 5 CSE y 12 CDFUE.

<sup>47</sup> Artículo 8 PIDEsC.

<sup>48</sup> Artículos 16 DUDH, 23 PIDCyP, 12 CEDH y 9 CDFUE.

<sup>49</sup> Artículos 17 DUDH y 17 CDFUE.

<sup>50</sup> Artículos 6 CSE y 28 CDFUE.

<sup>51</sup> Artículo 28 CDFUE.

<sup>52</sup> Artículo 16 CDFUE.

<sup>53</sup> Cfr. CANO BUESO, J., *op. cit.*, p. 21, para quien la libertad de circulación y de residencia, la igualdad ante la ley, el derecho de petición, el derecho y el deber de defender al Estado, el derecho y el deber de trabajar y el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada «son configurados por nuestra Constitución de manera que parece excluir explícitamente que los extranjeros puedan ser titulares de estos derechos».

VIDAL FUEYO, M. C., *Constitución ... cit.*, pp. 308 y 309, afirma que el artículo 13.1 CE encuentra sentido si lo referimos a aquellos derechos que la Constitución no reconoce a los extranjeros, permitiendo que la ley o un tratado sí se los reconozcan.

En mi opinión, esto no agota el sentido del artículo 13.1 CE, puesto que también permite establecer distinciones por razón de la nacionalidad en la regulación de las condiciones de ejercicio de derechos reconocidos a todos o de modo impersonal.

Con todo, no son pocas las dudas que se suscitan y los matices que se han de realizar. ¿Los reconocidos a todos o de forma genérica han de serlo en la misma medida para todos o cabe introducir diferencias de trato por razón de la nacionalidad o de la situación de cada extranjero en España? Los que sean inherentes a la persona, cuyo reconocimiento venga exigido por su dignidad, está claro que no pueden dejar de ser reconocidos a ningún extranjero, sea cual sea su situación en España. Pero, ¿y los demás, que estén constitucionalmente reconocidos no a todos, ni sólo a los españoles, es decir, los del tercer grupo, cuando no sean inherentes a la persona? ¿Podrían ser reconocidos a los extranjeros sólo a condición de reciprocidad, o sólo a los residentes o sólo a los que hubieran entrado y se hallaren legalmente en España? No olvidemos que en el artículo 27 CC se ha reconocido a los extranjeros los derechos civiles de los españoles, salvo que por tratado o ley se estableciera otra cosa<sup>54</sup>. ¿Es ésta una regla inversa a la del artículo 13.1 CE? ¿Es éste el tratamiento constitucional implícito para los derechos del tercer grupo, que es donde se encontraría la mayor parte de los derechos civiles no inherentes a la persona? ¿Son reconocidos de forma genérica también a los extranjeros, dejando abierta la posibilidad de que los tratados o las leyes fijen el umbral de capacidad de obrar que se exija para su ejercicio por el mismo titular y, además, su residencia o su entrada y estancia legales en España u otras condiciones específicas para su ejercicio? Al tratar de las garantías volveré a plantear algunas de estas cuestiones, pero creo que éste es el lugar en el que se pueden abordar otras. Concretamente, la que ahora se impone es si los extranjeros gozan *ex Constitutione* de los derechos y libertades reconocidos de modo impersonal, ni a todos ni sólo a los españoles, cuando no sean inherentes a la persona, estando claro que, al menos, en principio, no gozan así de los que la Constitución reconoce sólo a los españoles, sino sólo por decisión de un tratado o de una ley.

La respuesta negativa, que sería la preconizada por la STC 107/1984, dejaría la decisión a los tratados o las leyes, con arreglo al artículo 13.1 CE, con lo cual esos derechos y libertades tendrían o podrían tener un ámbito constitucional de reconocimiento igual o más reducido que el de algunos de los reconocidos sólo a los españoles, por cuanto ni siquiera todos los españoles los tendrían reconocidos o no todos estarían en condiciones de ejercitarlos por sí mismos, al establecerse condiciones de capacidad de obrar, por ejemplo. No considero aceptable esta interpretación<sup>55</sup>, por varias razones. En primer lugar, porque esta categoría de derechos y libertades perdería autonomía, ya que quedaría embebida en la de los reconocidos a los españoles,

<sup>54</sup> En esta línea, para uno de los derechos civiles económicos, tan emblemático, como es el ejercicio de actividades comerciales —la libertad de comercio—, el artículo 15 CCOM ha venido estableciendo lo siguiente: «Los extranjeros y las Compañías constituidas en el extranjero podrán ejercer el comercio en España con sujeción a las Leyes de su país, en lo que se refiera a su capacidad para contratar, y a las disposiciones de este Código, en todo cuanto concierna a la creación de sus establecimientos dentro del territorio español, a sus operaciones mercantiles y a la jurisdicción de los Tribunales de la nación. Lo prescrito en este artículo se entenderá sin perjuicio de lo que en casos particulares pueda establecerse por los Tratados y Convenios con las demás potencias».

<sup>55</sup> Téngase en cuenta, con todo, que la STC 107/1984 recayó sobre un recurso de amparo, en el que se alegó la violación del derecho a la igualdad sin discriminación en el derecho al trabajo de un extranjero (arts. 14 y 35.1 CE), es decir, no sobre derechos reconocidos constitucionalmente de modo impersonal, sino sólo a los españoles, por lo que las afirmaciones contenidas en ella sobre derechos de otro tipo no integran la *ratio decidendi* del fallo.

puesto que no todos los que son reconocidos a los nacionales lo son a todos ellos, ni siquiera aunque así lo diga la Constitución; pensemos en los derechos al trabajo y a la libertad de elección de profesión y oficio (art. 35.1 CE), nominalmente reconocidos a «todos los españoles», cuando está claro que harán falta requisitos de capacidad de obrar para ejercitarlos. En segundo lugar, porque hay doctrina del propio Tribunal Constitucional sobre algunos de los derechos de este grupo, de los no reconocidos a todos ni sólo a los españoles, de la que claramente resulta que los extranjeros gozan de ellos antes y por encima de lo que las leyes establezcan, esto es, con base directa en la Constitución y no en los tratados o las leyes (STC 115/1987, derechos de reunión y asociación).

La respuesta afirmativa –los derechos reconocidos de modo impersonal derivan de la propia Constitución, directamente, aunque no sean inherentes a la persona, no de los tratados o de las leyes– no obliga necesariamente a que tales derechos y libertades queden embebidos en los que la Constitución reconoce a todos, salvo cuando sean inherentes a la persona, es decir, como exigencia de la dignidad humana, por ejemplo, la intimidad personal y familiar, pues entonces tal asimilación es una exigencia de la propia Constitución. Y es que se trata de derechos y libertades que, cuando no presenten esa inherencia, no son reconocidos a todos ni sólo a los españoles, sino a todos aquellos que reúnan las condiciones exigidas por la ley que regule su ejercicio, sean o no españoles. Se trata de derechos para los que puede requerirse una cierta capacidad de obrar para su ejercicio (asociación, matrimonio, negociación colectiva, libertad de empresa, etc.), o haberlos adquirido (y no perdido) mediante alguno de los modos legalmente previstos (propiedad privada, herencia). Son, por lo tanto, derechos y libertades que, aun cuando no sean inherentes a la persona, derivan de la propia Constitución, en principio, para todos (nacionales y extranjeros) aquellos que reúnan las condiciones establecidas por la ley. Esto se parece a lo que venía estableciendo el artículo 27 CC. Las cuestiones a plantear ahora son dos: ¿puede la ley o un tratado establecer cualesquiera condiciones de ejercicio? ¿Pueden ser diferentes esas condiciones para los nacionales y para los extranjeros o según para qué extranjeros? Algunas cosas sí me parecen claras al respecto.

A diferencia de los derechos y libertades reconocidos constitucionalmente sólo a los españoles, el legislador, respetando los tratados, no tiene plena libertad para dejar de reconocer a los extranjeros aquellos reconocidos de modo impersonal –ni a todos, ni sólo a los españoles–, sino que, al establecer las condiciones para su ejercicio, éstas han de estar constitucionalmente justificadas y ser razonables, también las impuestas a los extranjeros, como las impuestas a los españoles, es decir, no tanto por exigirlo la cláusula de igualdad del artículo 14 CE, inaplicable a los extranjeros según ella misma, sino porque esos derechos y libertades están constitucionalmente reconocidos, en principio, también a los extranjeros, salvo las excepciones que la ley o los tratados puedan establecer, si están justificadas por perseguir un fin constitucionalmente legítimo y ser esta restricción proporcionada (razonable) a la consecución de tal fin. No se trataría en este momento tanto de una cuestión de igualdad ante la ley, cuanto de legitimidad de las condiciones a las que la ley sujeta el ejercicio de los derechos, no estando constitucionalmente excluido que puedan ser diferentes para los extranjeros, como advertirían los artículos 13.1 y 14 CE. Dicho con otras palabras, las condiciones de ejercicio de los derechos y libertades no inherentes a la persona, que

la Constitución no ha reconocido a todos, pero tampoco sólo a los españoles, han de ser enjuiciadas, en primer lugar, desde la misma Constitución y en sí mismas, también cuando afectan específicamente a extranjeros, sin necesidad de compararlas, en este primer momento, con las impuestas a los españoles o a otros extranjeros. Si tales condiciones, específicamente impuestas a extranjeros para el ejercicio de tales derechos, superan ese test de legitimidad, ahora sí, habrán de superar, además, el de igualdad, que proceda aplicar, por lo que resulta de los artículos 13.1 CE y 26 pr. PIDCyP<sup>56</sup>, siendo en este segundo momento cuando procederá la comparación entre españoles y extranjeros o entre éstos.

En definitiva, estos derechos y libertades, cuando no sean inherentes a la persona, habrían mantenido el tratamiento que les venía dispensando el artículo 27 CC, si bien, ahora, sujetando la libertad del legislador para limitarlos o no reconocerlos a las exigencias constitucionales requeridas en general para la restricción de libertades, así como a la prohibición de discriminar a los españoles (*ex arts.* 14 CE y 26 pr. PIDCyP) y a los extranjeros (*ex arts.* 13.1 CE y 26 pr. PIDCyP), también por razón de la nacionalidad.

Adviértase cómo la norma contenida en el artículo 13.1 CE opera de modo distinto, según se trate de derechos y libertades reconocidos constitucionalmente sólo a los españoles o no a todos pero tampoco sólo a los españoles. De los primeros los extranjeros sólo gozarán si así lo decide y en la medida en que así lo decida un tratado o una ley. De los segundos, aunque no sean inherentes a la persona, los extranjeros gozan, en principio, en las mismas condiciones de ejercicio que los españoles, a menos que un tratado o una ley imponga condiciones diferentes<sup>57</sup>. Ahora bien, todas las diferencias de trato que resulten de las leyes habrán de estar justificadas, ser razonables y no ser discriminatorias, tanto cuando se trate de derechos reconocidos constitucionalmente a todos o de modo impersonal, como cuando se trate de los reconocidos a los españoles (arg. arts. 13.1 CE y 26 pr. PIDCyP). En cuanto a la posibilidad de establecer diferencias de trato por razón de la nacionalidad mediante tratados internacionales, habría que distinguir. Las que discriminen a los españoles están prohibidas por los artículos 14 CE y 26 pr. PIDCyP, por lo que habrían de superar el test de proporcionalidad.

<sup>56</sup> Podría entenderse que, tratándose de derechos fundamentales, las diferencias de trato desfavorables a los españoles han de superar el test más estricto de proporcionalidad –la alternativa menos gravosa–, pues estarían incluidas en la cláusula antidiscriminatoria del artículo 14 CE, que protege a los españoles frente a las discriminaciones basadas en la nacionalidad, como una condición personal, mientras que las desfavorables a los extranjeros habrían de superar el test de razonabilidad menos estricto –la alternativa no excesivamente gravosa–, ya que la nacionalidad no está entre los criterios de diferenciación sospechosos enunciados en el artículo 26 PIDCyP, que es, a tenor del artículo 13.1 CE, la norma en la que los extranjeros encontrarían el parámetro de constitucionalidad de esas diferencias de trato.

<sup>57</sup> Pensemos, por ejemplo, en el derecho al trabajo y a la libre elección de profesión y oficio, reconocido en el artículo 35.1 CE sólo a los españoles, en comparación con la libertad de empresa, reconocida en el artículo 38 CE de modo impersonal, esto es, ni a todos ni sólo a los españoles. Es lo lógico, cuando se trata de un país con escasez de trabajo –netamente exportador de mano de obra– y de iniciativas empresariales, es decir, necesitado de inversiones extranjeras directas, para emprender actividades económicas. Lo coherente con esa situación es, por un lado, otorgar a los nacionales preferencia en el acceso a los puestos de trabajo, a la vez que se abre el país a la importación de capitales y al establecimiento de empresas extranjeras. Por esto, no es de extrañar que los términos impersonales, en los que se reconoce la libertad de empresa en el artículo 38 CE, estén en perfecta sintonía con lo que se ha venido estableciendo en los artículos 27 CC y 15 CCOM. Lo que sucede es que, al menos, en relación al trabajo la situación ha cambiado radicalmente después de elaborarse la Constitución.

lidad, acaso, el más estricto, tratándose de derechos fundamentales. Las que discriminan a los extranjeros o a algunos extranjeros están prohibidas, en general, por el artículo 26 pr. PIDCyP, en tanto no fuera este precepto derogado, conforme a este mismo tratado o a las reglas de Derecho internacional (arg. art. 96.1 CE), advirtiendo que, aun así, tratándose de derechos constitucionalmente reconocidos a todos o no sólo a los españoles, cualquier restricción habría de superar, de entrada, el test de legitimidad, de modo que responda a la consecución de un fin constitucionalmente legítimo y ser adecuada o proporcionada para conseguirlo, ya que se trata de derechos, es decir, de ámbitos de libertad que la propia Constitución reconoce también a los extranjeros, aun antes de que así lo decida un tratado o una ley (arg. arts. 1.1, 9.3 y 10.1 CE).

Si, en el plano constitucional, los derechos y libertades reconocidos a los españoles pueden ser extendidos o no por tratado o ley a los extranjeros<sup>58</sup>, salvo los del artículo 23 CE (art. 13.1 y 2 CE), pueden también tales instrumentos normativos modular el contenido y las condiciones en las que los extranjeros –todos o algunos– podrán ejercitarlos, ya que el derecho a la igualdad sin discriminación no está constitucionalmente reconocido a los extranjeros (art. 14 CE). Ahora bien, ya hemos visto cómo tratados suscritos por España han introducido cláusulas de igualdad sin discri-

<sup>58</sup> Son fundamentales las SSTs de 25 de junio y 3 de julio de 1980 y 22 de mayo de 1981, sobre libertad de circulación de extranjeros, considerando que su derecho a circular libremente sólo depende de que se encuentren legalmente en España. Vide BORRAJO INIESTA, I., *op. cit.*, pp. 718-722, por todos.

En la STC 94/1993 (ponente, el magistrado De la Vega Benayas) se dijo por dos veces que el artículo 19 CE reconoce el derecho a la libertad de circulación a los extranjeros que se hallen legalmente en territorio español, lo cual podría interpretarse como una desautorización al más alto nivel de la interpretación literal. Una lectura más atenta de la sentencia no permite llegar tan lejos.

En ella se dice que la libertad de circulación, reconocida en el artículo 19 CE a los españoles, no es una exigencia de la dignidad de la persona, por lo que también se puede reconocer a los extranjeros, si así lo establecen las leyes o los tratados (art. 13.1 CE), como así ha sucedido en los artículos 12 y 13 PIDCyP para los que residan legalmente en el país. Por lo tanto, se puede expulsar a un extranjero si concurre una causa legalmente tipificada y si se observan las garantías procesales mínimas del artículo 13 PIDCyP.

Pues bien, se concedió el amparo porque la orden de expulsión fue dada prescindiendo de si el extranjero tenía o no derecho a residir en España. En el caso de autos habían caducado los permisos de residencia y de trabajo, pero había sido solicitada su renovación cuando se incoó el expediente de expulsión, y ya se había concedido el de trabajo cuando se dictó esa orden. Debíó, por lo tanto, analizarse si se tenía o no derecho a la renovación del permiso de residencia, que había sido solicitado. Estoy plenamente de acuerdo con este razonamiento, que proporciona la *ratio decidendi* al fallo.

Por lo tanto, la decisión fue la correcta, no por lo que resulta sólo del artículo 19 CE en sí mismo considerado, sino por lo que resulta del conjunto de los artículos 13.1 y 19 CE, 12 y 13 PIDCyP. Dicho con otras palabras: a la misma solución se habría llegado sin afirmar que el artículo 19 CE resulta ya un derecho a la libertad de circulación para extranjeros, por lo que ésta no es sino una consideración a mayor abundamiento, que no integra la *ratio decidendi* del fallo.

Otras opiniones sobre esta sentencia, por ejemplo: APARICIO WILHELMI, M., «El reconocimiento constitucional de los derechos de las personas extranjeras: breve aproximación a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *Derecho de la inmigración y derecho de la integración. Una visión múltiple: Unión Europea, Canadá, España, Quebec y Cataluña*, Girona, 2002, pp. 112-116; ASENSI SABATER, *op. cit.*, pp. 21 y 22, si bien afirma en la p. 23 que en la STC 95/2000 se otorgó amparo a un extranjero que no era residente legal, cuando, sin embargo, su situación no era ilegal; VIDAL FUEYO, M. C., *Constitución ...*, *cit.*, pp. 194, 195, 202 y 204, para quien los extranjeros que hayan entrado legalmente en España tienen, derivado de la propia Constitución (art. 19, interpretado conforme a los artículos 13 DUDH y 12.1 PIDCyP), el derecho a circular, residir y salir libremente del país, a diferencia del derecho a entrar, que es la ley la que puede extenderlo a los extranjeros, mientras que yo entiendo que no basta con interpretarlo, sino que ha de ser completado por lo establecido en esos otros preceptos.

minación al reconocer ciertos derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales e, incluso, cláusulas genéricas de igualdad ante la ley y no discriminación (arts. 2 DUDH y 26 PIDCyP), que exigen someter esas diferencias de trato entre españoles y extranjeros o entre extranjeros, si las hubiera, al test de razonabilidad, más o menos estricto, que proceda, según los casos, como resulta del artículo 13.1 CE.

Dicho de otro modo: del artículo 26 pr. PIDCyP ha resultado, por lo que se impone en los artículos 13.1 y 96 CE, que, con la excepción que implica lo establecido en el artículo 13.2 CE, los derechos constitucionalmente no reconocidos a los extranjeros, sino a los españoles, de los que aquéllos gozarían si y en la medida en que lo admitiesen los tratados o las leyes –¿eficacia meramente programática para los extranjeros, aunque se tratase de derechos reconocidos en el capítulo II del título primero?–, quedaron como los reconocidos constitucionalmente sin referencias a la nacionalidad de sus titulares. Así las cosas, cabrían diferencias de trato, a establecer por tratado o ley, pero siempre que no fuesen discriminatorias, esto es, siempre que superasen el correspondiente test de razonabilidad. En consecuencia, los extranjeros gozarían también de los derechos reconocidos constitucional o legalmente a los españoles, en principio, en las mismas condiciones que éstos, en tanto no se establecieran diferencias, que no podrían ser discriminatorias, por lo que, ahora, el silencio de la ley o de otros tratados no implicaría que los extranjeros no tuvieran esos derechos, sino que los tendrían en las mismas condiciones que los españoles.

Lo que sucede es que no se quiso consagrar esa igualdad en la Constitución, ni explícita ni implícitamente. Ahora bien, tampoco se quiso dejarla como una opción más, a decidir en el futuro por la mayoría parlamentaria de cada momento, puesto que este Pacto internacional de derechos civiles y políticos estaba en vigor en nuestro país antes de la propia Constitución<sup>59</sup>, por lo que, al conferir a los tratados el papel que para los derechos de los extranjeros –más allá de los derechos inherentes de la persona, por el respeto debido a su dignidad– resulta de los artículos 13.1 y 96 CE, no se puede decir que no fuera ésta la solución contemplada por el constituyente, cuya subsistencia favoreció claramente, aun sin constitucionalizarla, pero cuya modificación, sin embargo, no se quiso hacer pasar por el procedimiento de reforma de la Constitución, sino por el procedimiento de reforma de los tratados.

Pues bien, si hemos visto cómo, en el plano constitucional, hay derechos reconocidos sólo a los españoles, con eficacia directa y cuyo contenido esencial ha de ser respetado por la ley, a la que se reserva la regulación de su ejercicio, que se encuentran en el capítulo II del título primero (art. 53.1 CE), que pueden no ser reconocidos a los extranjeros o serlo con un contenido o condiciones de ejercicio diferentes, ¿qué hemos de decir a este respecto de aquellos otros derechos que, como los reconocidos en el capítulo III del mismo título, carecen de eficacia directa, dependiendo del desarrollo que de ellos haga el legislador la medida en que los mismos españoles podrán hacerlos valer, por tener eficacia sólo programática (art. 53.3 CE)? Pues parece que hemos de entender, con mayor motivo, que dependerá de los tratados y de las leyes que sean reconocidos a los extranjeros, así como su contenido y las condiciones para

<sup>59</sup> Es más, la cláusula de igualdad contenida en el artículo 26 PIDCyP políticamente resultaba, acaso, más vistosa como enunciación de la igualdad ante la ley y de la prohibición de discriminación de los mismos españoles, frente a su situación en el régimen anterior.

su ejercicio. Ahora bien, las cláusulas de igualdad sin discriminación, contenidas en tratados suscritos por España, referidas o no específicamente a los derechos reconocidos en cada tratado, obligarán a someter al test de razonabilidad, que proceda según los casos, las diferencias de trato que se establezcan entre españoles y extranjeros o entre extranjeros en el contenido o las condiciones de ejercicio de tales derechos (arg. arts. 13.1 CE y 26 pr. PIDCyP).

#### 1.4 LAS GARANTÍAS DE LOS ARTÍCULOS 53-55 CE

Considero que debe tratarse por separado cada una de las garantías, pues presentan notables diferencias entre sí, a la hora de precisar su alcance en relación a los derechos de los extranjeros<sup>60</sup>.

En cuanto a la reserva de ley, está fuera de toda duda que ésta rige igualmente para los derechos y libertades constitucionales, con independencia de que hayan sido constitucionalmente reconocidos a todos, a los españoles, o no a todos pero tampoco sólo a los españoles. Tanto si se trata de la reserva de ley ordinaria (art. 53.1 CE), como de la de ley orgánica (art. 81 CE), ha de ser respetada por la norma que, al amparo de la previsión contenida en el artículo 13.1 CE, extienda a los extranjeros el goce de un derecho reconocido constitucionalmente sólo a los españoles o regule las condiciones para el ejercicio por españoles y extranjeros de derechos y libertades reconocidos a todos o de modo impersonal, esto es, no a todos pero tampoco sólo a los españoles.

Por lo que concierne al respeto al contenido esencial de los derechos reconocidos en el capítulo II del título primero, partimos de que no se trata del núcleo irreductible del contenido constitucional, sino todo éste, pues, de lo contrario, se estaría rebajando el nivel de protección a una parte del contenido constitucional, en lugar de imponer al legislador el respeto al contenido constitucional íntegro de cada derecho o libertad. ¿Es ésta una garantía que opera también frente a las leyes y los tratados que regulen el ejercicio por los extranjeros de derechos reconocidos en el capítulo II del título primero de la Constitución?

En la STC 104/1984 se dijo que los derechos inherentes a la persona no admiten un tratamiento desigual en función de la nacionalidad. El recurso de amparo fallado entonces, sin embargo, no versaba sobre la lesión de uno de tales derechos. Además, habría que precisar qué parte del contenido de los derechos inherentes a la persona es una exigencia de su dignidad, pues está claro que en tal ámbito no caben diferencias

---

<sup>60</sup> Afirma CANO BUESO, J., *op. cit.*, p. 29, que a los extranjeros debe ser aplicable el régimen de garantías previsto constitucionalmente para los derechos, sin diferencias respecto a los españoles, por ser éste un elemento determinante de los derechos fundamentales.

VIDAL FUEYO, M. C., *Constitución ... cit.*, pp. 309-311, aunque considera que los derechos que la Constitución no reconozca los extranjeros, pueden serles extendidos en la medida, si alguna, en que lo decida una ley o un tratado, afirma que, una vez que les sean reconocidos, tienen todas las garantías constitucionales, por la fuerza expansiva del artículo 13.1 CE.

En mi opinión, es la cláusula de igualdad e igual protección, contenida en el artículo 26 pr. PIDCyP, lo que, por lo que dispone el artículo 13.1 CE, hace posible esa equiparación en garantías, y no el artículo 13.1 CE por sí solo. Además, con base en estos dos preceptos, no puede admitirse cualquier diferencia de trato por razón de la nacionalidad, ni siquiera cuando se trata de derechos constitucionalmente no reconocidos a los extranjeros.

de trato, mientras que en lo demás, si lo hubiere, hasta donde alcance el contenido esencial, es donde hay que plantearse si los extranjeros gozan de esta garantía.

En la STC 115/1985 (ponente, el magistrado Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer) se consideró que también los extranjeros tienen garantizado el respeto al contenido esencial de derechos, que no están constitucionalmente reconocidos a todos ni sólo a los españoles, que no son inherentes a la persona, como los de reunión y asociación. Conforme a este criterio, dentro del ámbito del contenido esencial, no pueden establecerse diferencias de trato entre españoles y extranjeros. En este ámbito las condiciones de ejercicio habrían de ser las mismas para todos.

Con base, pues, en estos dos fallos, podría decirse que los extranjeros sí tienen reconocida la garantía del respeto al contenido esencial, por parte de las leyes que regulen el ejercicio de derechos constitucionalmente reconocidos a todos o no a todos pero tampoco sólo a los españoles, bien porque son inherentes a la persona, bien porque no caben distinciones en el ámbito del contenido esencial de los que no lo son. Quedarían, en tal caso, los reconocidos constitucionalmente sólo a los españoles, como los únicos cuyo contenido esencial no habría de ser respetado por los tratados o las leyes que los reconocieran a extranjeros, puesto que, incluso, podrían no reconocérselos en modo alguno <sup>61</sup>.

Sin embargo, en el voto particular de la STC 115/1987, que firmaron tres magistrados (Rubio Llorente, Tomás y Valiente y García Mon), se sostuvo que la extensión de esta garantía a los extranjeros vaciaría de contenido la regla del artículo 13.1 CE, puesto que el artículo 14 CE permite no tratar a los extranjeros como a los españoles. Y bien cierto es, puesto que el margen de decisión quedaría reducido a los derechos reconocidos sólo a los españoles, en todo su ámbito, y a los reconocidos de modo impersonal –ni a todos ni sólo a los españoles–, sólo en lo que excediera de su contenido esencial.

En el artículo 53.1 CE, ciertamente, se dice que las leyes que regulen el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el capítulo II del título primero de la Constitución habrán de respetar «en todo caso» su contenido esencial. ¿Quiere esto decir que esta garantía rige cualquiera que sea el derecho del que se trate y tanto para los españoles como para los extranjeros? No me parece acertado responder afirmativamente, en lo relativo a los extranjeros, por cuanto esto presupondría que también éstos tuvieran constitucionalmente reconocidos todos los derechos y libertades reconocidos en tal capítulo, lo cual sí resulta claramente inaceptable, cuando en tal capítulo se reconocen derechos y libertades sólo a los españoles. Si así fuera, resultaría que el ámbito del artículo 13.1 CE quedaría restringido a los derechos reconocidos en el capítulo III del título primero, esto es, entre los principios rectores de política social y económica, en todo su contenido, y a los reconocidos en el capítulo II del mismo título sólo en lo que excediera de su contenido esencial. En tal caso, teniendo en cuenta lo establecido en los artículos 14 y 53.3 CE, carecería de toda virtualidad la regla

<sup>61</sup> Adviértase que en la STC 94/1993, al sostener que la libertad de circulación está garantizada por el artículo 19 CE a los extranjeros que se hallen legalmente en territorio español, obliga a plantear igualmente la cuestión de si también los extranjeros –¿todos?– tienen garantizado constitucionalmente el respeto al contenido esencial de los derechos reconocidos a los españoles.

En nota anterior ya advertí que no es el artículo 19 CE el que les reconoce ese derecho, sino lo que resulta de lo dispuesto en los artículos 13.1 y 19 CE, 12 y 13 PIDCyP.

contenida en el artículo 13.1 CE. No me parece de recibo afirmar que la garantía del respeto al contenido esencial, referida a los extranjeros, sólo opera si les llegan a ser reconocidos derechos que constitucionalmente lo están sólo a los españoles, ya que si se les pueden no reconocer, ¿cómo no se les van a poder reconocer con un contenido inferior al esencial?

Parece, pues, que si el artículo 13.1 CE ha de significar algo por sí mismo, a la luz de lo establecido en el artículo 14 CE, hemos de entender que la garantía del respeto al contenido esencial por las leyes que regulen el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el capítulo II del título primero de la Constitución no rige para los extranjeros. Esta consideración va acompañada de las siguientes puntualizaciones:

En primer lugar, esta afirmación ha de entenderse referida a cualesquiera derechos o libertades, es decir, también a los reconocidos constitucionalmente a todos y, en general, a los que sean inherentes a la persona, por venir su reconocimiento exigido por el respeto a su dignidad, aunque no estén mencionados en la Constitución. Ahora bien, en aquella parte de su contenido que sea exigencia inherente a la dignidad humana (art. 10.1 CE) está fuera de duda que no cabrán distinciones entre españoles y extranjeros ni entre estos últimos.

En segundo lugar, los derechos y libertades, como ámbitos o concreción de la libertad, no pueden ser objeto de restricciones que no se justifiquen por estar dirigidas a la consecución de un fin constitucionalmente legítimo y, además, por ser proporcionadas a la consecución de tal finalidad, pues está prohibida la arbitrariedad y no se puede comprimir irrazonablemente el libre desarrollo de la personalidad, como autonomía de la voluntad (arg. arts. 1.1, 9.3 y 10.1 CE). Esta regla vale para cualquier restricción de la libertad, tanto si se trata de la de los españoles, como de la de los extranjeros.

Sólo ya con base en estas dos consideraciones, obsérvese cómo la Constitución no ha dejado en los tratados y las leyes todo lo relativo al goce de derechos en ella reconocidos por parte de los extranjeros, al menos, cuando se trata de los reconocidos en el capítulo II de su título primero, que es para los que impone la garantía del respeto a su contenido esencial, si bien sólo para cuando sus titulares sean los españoles. Los reconocidos en el capítulo III del mismo título ni siquiera están constitucionalmente garantizados a los españoles, dependiendo de la legislación que los desarrolle (art. 53.3 CE).

En tercer lugar, si se trata de restricciones a derechos o libertades reconocidos en tratados internacionales firmados por España, los artículos 13.1 y 96 CE exigen que tales restricciones sean respetuosas con el contenido de tales derechos y libertades, garantizado en cada tratado, o, si se prefiere, sin rebasar las limitaciones allí admitidas en cada caso. Y esto vale tanto para las restricciones impuestas a los derechos reconocidos a los españoles, que cuentan con la garantía interna adicional del respeto al contenido esencial, como para las impuestas específicamente a los extranjeros.

En cuarto lugar, aunque el artículo 14 CE, por sí solo, nada dice sobre las restricciones de la libertad específicamente impuestas a los extranjeros o a algunos extranjeros, la igualdad ante la ley y la prohibición genérica de discriminar, proclamadas en el artículo 26 pr. PIDCyP, obligan, en virtud de lo establecido en los artículos 13.1 y 96 CE, a someter tales diferencias de trato al test de igualdad que proceda, según el caso, en mi opinión, al menos estricto de razonabilidad, según tengo explicado. Este control no es alternativo, sino adicional al de legitimidad de cualquier restricción de la libertad.

Finalmente, en quinto lugar, nada impide que la garantía del respeto al contenido esencial por las leyes que regulen el ejercicio de un derecho sea extendida a los extranjeros, bien por tratado, bien por ley —la misma que regule su ejercicio u otra general, claro está, respetuosa con los términos en los que se configura la reserva de ley orgánica (art. 81 CE)—, conforme a lo previsto en el artículo 13.1 CE, salvo para los derechos que no pueden ser reconocidos a los extranjeros (art. 13.2 en relación con el 23 CE). Esa extensión puede hacerse para todos esos derechos o sólo para algunos de ellos. Si es un tratado el que decide tal extensión, la ley que, al regular su ejercicio por los extranjeros, no respete su contenido esencial, será inconstitucional (arg. arts. 13.1 y 96 CE). Si es una ley la que lo ha establecido, podrá ser derogada por otra posterior, claro está, pero, entre tanto, obligará a entender reconocido a los extranjeros el contenido esencial del derecho o libertad en cuestión, quedando expeditas las vías de reparación por las violaciones que se causen; esa derogación no siempre dejará al extranjero sin ese derecho, como explico a continuación.

Las anteriores consideraciones podrían obligar a matizar la eficacia directa de los derechos y libertades reconocidos en el capítulo II del título primero de la Constitución, cuando se trate de precisar en qué medida corresponden a extranjeros o pueden ser ejercitados por extranjeros, tal y como aquí se propone interpretar la norma contenida en el artículo 13.1 CE, en relación con todo su contexto, especialmente, el artículo 14 CE y la garantía del respeto al contenido esencial de tales derechos, contenida en el artículo 53.1 CE. Entendemos por tal eficacia que puedan ser alegados ante la jurisdicción ordinaria y ante los poderes públicos, como fundamento de acciones y de excepciones, solicitudes y reclamaciones (arg. arts. 9.1 y 53.3 pr. y, *a contrario*, 53.3 *in fine* CE). Entiendo que ahora habría que realizar también algunas precisiones.

Si se trata de derechos inherentes a la persona, todos pueden hacer valer su contenido constitucional, también, en principio, los extranjeros, si bien los tratados o las leyes podrían regular su ejercicio de modo diferente para unos y otros, pero sólo en aquello que no venga exigido por el respeto a la dignidad de la persona, según se ha visto, si bien, entre tanto no lo regulen o no establezcan tales diferencias, el contenido constitucional de estos derechos vale igual para todos, a la hora de ejercitarlos. Por lo tanto, aun en ese ámbito, aunque la norma contenida en el artículo 13.1 CE opera posibilitando un trato diferente a los extranjeros, no es posible dejar de reconocer a alguien estos derechos, pues su reconocimiento a todos es una exigencia de la dignidad de la persona. Podemos afirmar, pues, que no se desmiente la eficacia directa de tales derechos para los extranjeros.

Si no son derechos inherentes a la persona, pero están reconocidos de modo impersonal, tanto españoles como extranjeros podrán ejercitarlos, si reúnen las condiciones requeridas para ello; en principio, si tienen plena capacidad de obrar o si se dan las condiciones o modos de adquisición y ejercicio legalmente requeridos. Teniendo en cuenta que ya en la propia Constitución (art. 12) se establece que la mayoría de edad se alcanza a los 18 años por los españoles, está fuera de toda duda que éstos podrán ejercitar desde entonces esos derechos y libertades, sin necesidad de que la ley lo prevea, si bien ésta podría establecer condiciones de capacidad menos o, con justificación suficiente, más exigentes. Esa justificación habrá de consistir en que esa mayor exigencia responda a la consecución de un fin constitucionalmente legítimo y

sea proporcionada a su consecución. Pues bien, cuando se trata de extranjeros, su capacidad de obrar será apreciada por lo que establezca su ley personal, que viene determinada por su nacionalidad (art. 9.1 CC), de modo que, en principio, tales derechos y libertades, no reconocidos constitucionalmente a todos ni sólo a los españoles, podrán ser ejercitados por los extranjeros en las mismas condiciones que los españoles, es decir, si tienen plena capacidad de obrar, a apreciar según su ley nacional, a menos que en otra ley o en un tratado se prevea otra cosa para el ejercicio de algún derecho y a salvo la excepción de orden público internacional español<sup>62</sup>. Por lo tanto, en este ámbito, la norma contenida en el artículo 13.1 CE opera posibilitando un trato diferente a los extranjeros, incluso, para dejar de reconocerles esos derechos a algu-

<sup>62</sup> La resolución-circular de la DGRN de 29 de julio de 2005 considera, acertadamente, que la regla contenida en el artículo 9.1 CC no atenta al principio constitucional de igualdad, por el trato diferente que pueda derivarse para los extranjeros y los españoles, «en función de la utilización del criterio de conexión “estatuto personal”».

Está fuera de duda que no es discriminatorio en sí mismo establecer que la capacidad para contraer matrimonio se rija por la ley personal de cada contrayente y que ésta sea la que venga determinada por su nacionalidad (arg. arts. 9.1 y 107.1 CC). Del mismo modo, no se cuestiona que el orden público internacional español impida admitir ciertas normas extranjeras sobre capacidad —en sentido estricto, como capacidad de obrar, es decir, como madurez psicofísica, y en sentido impropio, como impedimentos relativos a la libertad de elección de consorte— para contraer matrimonio, si chocan con principios constitucionales (art. 12.3 CC), debiendo aplicar en tal caso la norma material española, es decir, la misma que para los españoles.

Tratándose de matrimonios entre personas del mismo sexo, tengo claro lo siguiente:

1.º Nuestra Constitución no impone (garantiza) ni prohíbe tales matrimonios, sino que su admisión es una opción de política legislativa (arg. art. 32.1 en relación con los arts. 10.1 y, sobre todo, 14 CE, ATC 222/1994). Sobre esto remito al lector interesado a lo que expuse en «Uniones homosexuales y concepto constitucional de matrimonio», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 61, p. 11 y ss.

2.º En consecuencia, nuestro orden público internacional no impide reconocer eficacia a tales matrimonios, cuando hayan sido celebrados conforme a leyes extranjeras que los admitan, por cierto, antes y con independencia de que la ley española 13/2005 los admitiese —ya lo advertí en «Uniones homosexuales ...», *cit.*, p. 56—, tanto cuando ambos contrayentes fuesen extranjeros como cuando uno o ambos fuesen españoles. Siendo el matrimonio una institución esencialmente diferente a las uniones libres, carece de relevancia a estos efectos que en España hubiese leyes de parejas no casadas que no excluyesen uniones entre personas del mismo sexo. Sobre la improcedencia de la analogía entre matrimonio y uniones libres, por la existencia de una diferencia esencial, como es la exclusión de la libre ruptura en los matrimonios y su respeto en las demás uniones, remito al lector interesado a lo que extensamente y con detalle tengo expuesto, principalmente, en «¿Es la unión libre una situación análoga al matrimonio?», *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 32, pp. 199-355, así como en «Analogía entre el matrimonio y la unión libre en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y principio de libre ruptura de las uniones no matrimoniales [La unión libre en la jurisprudencia (II)]», *Aranzadi Civil*; 2002-I, pp. 2355-2418.

3.º Está pendiente de demostrar que la diversidad de sexo de los contrayentes no era o, donde subsista, no es un impedimento para contraer matrimonio, como pueda serlo el relativo al parentesco no dispensable (exogamia/endogamia) o el vínculo previo (monogamia/poligamia-poliandria), que afecte a la libertad de elección de consorte, si nos atenemos al concepto constitucional de matrimonio, puesto que no incorpora como uno de sus elementos tal diversidad, mientras que sí hay base para considerar constitucionalmente vedada la endogamia, dentro de ciertos grados de parentesco, por cuanto vulneraría el mandato constitucional de proteger la familia (art. 39.1 CE), como advertí en «Uniones homosexuales ...», *cit.*, p. 24. En consecuencia, no puede sostenerse que la endogamia sólo genere un impedimento para contraer matrimonio, mientras que la diversidad o la identidad de sexo de los contrayentes esté vinculada «directamente con la naturaleza del derecho a contraer matrimonio y, por extensión, de la institución matrimonial, y no necesariamente con la capacidad nupcial subjetivamente considerada», como, en cambio, se afirma en la citada resolución-circular.

4.º La ley 13/2005 no ha creado una nueva institución, sino que se ha limitado a ampliar la libertad de elección de cónyuge, poniendo fin a la restricción que impedía elegir como tal a otra persona del mismo sexo. No se ha creado una institución similar, ni distinta, ni paralela, como puedan serlo los partenerios registrados escandinavos, holandeses y alemanes, o las uniones civiles británicas o norteamericanas.

nos, puesto que tampoco todos los españoles los tienen garantizados, sino sólo los que reúnan la capacidad suficiente u otras condiciones o modos de adquisición y ejercicio legalmente requeridos. El artículo 13.1 CE obliga a entender que la Constitución no excluye que tales condiciones o modos sean diferentes, en función de la nacionalidad. Ahora bien, en tanto no se impongan tales diferencias por tratado o ley, hemos de entender que la capacidad requerida u otras condiciones o modos de adquisición o ejercicio son las mismas para todos. Podemos afirmar, pues, que tampoco se desmiente la eficacia directa de tales derechos para los extranjeros.

Advierto, por si hiciera falta, una vez más que cualquier restricción de la libertad ha de ir dirigida a la consecución de un fin constitucionalmente legítimo y, además, ser proporcionada a su consecución, lo cual vale tanto cuando la padecen españoles como extranjeros (arg. arts. 1.1, 9.3 y 10.1 CE). Y esto vale claramente para la libertad que resulta de la propia Constitución, cuando reconoce derechos a todos o no sólo a los españoles.

Si se trata de derechos reconocidos constitucionalmente sólo a los españoles, sí hemos de entender que depende de los tratados o las leyes que los extranjeros puedan ser titulares de los mismos y ejercerlos. Por lo tanto, ahora sí es el artículo 13.1 CE el que obliga a entender que tienen eficacia programática para los extranjeros. Esto implica, en primer lugar, que los extranjeros sólo podrán alegarlos ante la jurisdicción ordinaria si un tratado o una ley se los reconoce y sólo en esa misma medida, si bien su reconocimiento, respeto y protección informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, como resulta de lo dispuesto en el artículo 53.3 CE, al que nos remitiría el artículo 13.1 CE, así interpretado, cuando se trata del disfrute de estos derechos por extranjeros.

Si se trata de derechos cuya eficacia es programática para todos, incluso para los españoles, como son los reconocidos en el capítulo III del título primero de la Constitución (art. 53.3), no hace falta decir que, en principio, no sólo podrán establecerse condiciones de disfrute diferentes para unos y otros, sino también la exclusión de todos o de algunos extranjeros.

Ahora bien, advierto una vez más que los artículos 13.1 y 96 CE permiten entender que la prohibición genérica de discriminar, contenida en el artículo 26 pr. PIDCyP, obliga a someter cualquier diferencia de trato entre españoles y extranjeros o entre extranjeros en la titularidad o las condiciones de ejercicio de derechos reconocidos en la Constitución a un test de razonabilidad, no bastando con que la restricción de la libertad sea legítima<sup>63</sup>. Si esto es así, ¿acaso no implica esta exigencia que hemos de

5.º La Constitución no impide que el legislador, al admitir el matrimonio entre personas del mismo sexo, establezca que puede ser contraído por extranjeros, con independencia de que su ley nacional admita o no tales matrimonios. Ante el silencio del legislador, hemos de acudir a lo que resulta del artículo 9.1 CC, pues tal norma, según las premisas anteriores, comprendería también la cuestión de la diversidad o identidad de sexo de los contrayentes.

6.º Si el matrimonio entre personas del mismo sexo no está garantizado constitucionalmente, sino que es una opción del legislador, parece no fácil entender que el orden público internacional español rechaza leyes extranjeras que no lo admitan, si la española podría perfectamente no admitirlo, frente al criterio de la DGRN, manifestado en la citada resolución-circular.

<sup>63</sup> Me parece bastante dudoso que deba entenderse que el test a aplicar deba ser el más estricto cuando las diferencias de trato afecten a derechos inherentes a la persona, por cuanto tales diferencias no pueden afectar en modo alguno a aquella parte de su contenido que esté exigida por el respeto a la digni-

entender que los extranjeros, en principio, también gozan de los derechos reconocidos constitucionalmente sólo a los españoles, al igual que de cualquier otro que a éstos sea reconocido por la ley, en tanto un tratado o una ley no establezcan diferencias de trato entre españoles y extranjeros o entre éstos? En mi opinión, la respuesta afirmativa se impone, sin duda, con todas sus consecuencias, también con la consecuencia de que esas diferencias de trato habrán de superar el test de razonabilidad que resulte adecuado.

Y es así como, una eficacia que parecía que era programática en relación a los extranjeros para los derechos reconocidos constitucionalmente sólo a los españoles, por quedar la decisión de su reconocimiento a los extranjeros a lo que establecieran los tratados o las leyes, como obliga a entender la norma contenida en el artículo 13.1 CE, quedó, desde la entrada misma en vigor de la Constitución, convertida en eficacia directa, quedando a salvo la posibilidad de introducir diferencias de trato no discriminatorias, como exigencia derivada de la norma contenida en el artículo 26 pr. PIDCyP, porque, precisamente, el artículo 13.1 CE, así como el 96 CE, lo imponen, por cierto, dada su generalidad, también cuando se trata de derechos no reconocidos específicamente en dicho Pacto. Y digo desde la entrada en vigor de la Constitución, porque ya antes había entrado tal Pacto en vigor en España. Así, pues, tal carácter programático no han llegado a tener para los extranjeros otros derechos que los previstos en el capítulo III del título primero de la Constitución, cuya eficacia también es programática para los españoles, no los demás, ni siquiera los que son reconocidos sólo a los españoles <sup>64</sup>.

Aun así, so pena de hacer de la regla contenida en el artículo 13.1 CE un precepto irrelevante, hemos de considerar que la garantía del respeto al contenido esencial sigue estando reservada a las leyes o los tratados que regulen el ejercicio por los españoles de los derechos y libertades reconocidos en el capítulo II del título primero de la Constitución. Lo que ha sucedido es que una cláusula de igualdad sin discriminación, como es la contenida en el artículo 26 pr. PIDCyP, nos obliga a entender que, de entrada, los extranjeros han sido equiparados a los españoles, en tanto no se establezcan diferencias de trato por razón de la nacionalidad, que no podrán ser discriminatorias, pues no otro resultado parece conforme a lo establecido en los artículos 13.1 y 96 CE. Y, antes aun, tampoco puede restringirse la libertad de nadie, con independencia de su nacionalidad, si tal restricción no persigue un fin constitucionalmente legítimo y si es proporcionada a la consecución de ese objetivo, como exigencia de la propia Constitución (arg. arts. 1.1, 9.3 y 10.1).

---

dad de la persona. Dígase otro tanto para las diferencias que afecten a derechos no inherentes a la persona, aunque estén reconocidos constitucionalmente de modo impersonal, esto es, no sólo a los españoles. Y es que el artículo 14 CE, desde luego, por sí solo no lo impone, salvo que la diferencia de trato sea desfavorable a los españoles, como tampoco si lo ponemos en relación con el artículo 26 PIDCyP, al no incluir éste la nacionalidad entre los criterios de diferenciación sospechosos de trato discriminatorio.

<sup>64</sup> Cfr. MARÍN GÁMEZ, J. A., *op. cit.*, p. 55, para quien, a pesar de que los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros siguen siendo derechos constitucionales y, por lo tanto, están dotados de la protección constitucional, en cuanto a su contenido, «todos esos derechos están precisados de configuración legal o, dicho de otro modo, necesitados de desarrollo normativo específico». No estoy de acuerdo y, además, es contradictorio con su afirmación de que la igualdad del artículo 14 CE queda «atribuida sin paliativos a los extranjeros» (p. 55).

En lo que respecta a la garantía consistente en el procedimiento preferente y sumario ante la jurisdicción ordinaria y, en su caso, al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, está constitucionalmente reconocida a los ciudadanos –por lo tanto, no a todos ni de modo impersonal, aunque no tendría necesariamente que ser sólo a los españoles<sup>65</sup>–, cuando se trate de derechos y libertades reconocidos en la sección primera del capítulo II del título primero, más el derecho a la igualdad ante la ley sin discriminación (art. 14 CE) y, para el amparo, también el derecho a la objeción de conciencia (art. 53.2 CE). Por lo tanto, le es aplicable la regla del artículo 13.1 CE, de modo que un tratado o una ley podría extenderla a los extranjeros. Y considero que debe entenderse que así ha sucedido, al menos, en virtud de la cláusula general de igual protección, contenida en el artículo 26 pr. PIDCyP, aunque el artículo 41.2 LOTC sólo se refiera a los ciudadanos, como los protegidos por el recurso de amparo, pues esta ley no puede derogar dicho tratado (art. 96 CE)<sup>66</sup>. Ahora bien, el contenido de tales derechos, que pueda estar garantizado a los extranjeros, podría no ser el mismo que el garantizado a los españoles, en todo aquello que exceda de lo exigido por la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), si bien sólo si se superan las exigencias del test de legitimidad de las restricciones de la libertad, así como su conformidad con la prohibición de discriminar (arg. arts. 26 PIDCyP, 13.1 y 96 CE). Con estas condiciones, cuando se trata de derechos inherentes a la persona o reconocidos constitucionalmente no sólo a los españoles, ese contenido es, en principio, el constitucional, salvo que haya sido modificado –acaso, restringido– por los tratados o las leyes, mientras que, cuando se trata de derechos reconocidos sólo a los españoles, ese contenido es el que resulta de los tratados o las leyes, como obliga a entender el artículo 13.1 en relación con el 53.2 CE.

Lo mismo valdría para la garantía relativa al Defensor del Pueblo (art. 54 CE).

Finalmente, en cuanto a la suspensión de derechos y libertades (art. 55.1 CE), lo coherente con lo hasta aquí defendido es admitir que, en el ámbito en el que puede operar la regla contenida en el artículo 13.1 CE –en lo que no venga exigido por el respeto a la dignidad de la persona–, tal garantía pueda no comprender para los extranjeros los mismos derechos y libertades que para los españoles o no con el mismo contenido ni en la misma medida<sup>67</sup>. Ahora bien, también aquí habrá que partir, por exigirlo la norma contenida en el artículo 26 pr. PIDCyP, de la regla de equipara-

<sup>65</sup> Es o podría ser éste un punto de partida para reinterpretar el ordenamiento, al objeto de entresacar un estatuto del ciudadano, no coincidente con el del nacional, pero de mayor contenido que el del extranjero extracomunitario y no ciudadano. Ahora bien, ¿cuántas categorías es conveniente tipificar y con qué contenido? ¿Españoles, nacionales de otros Estados de la Unión Europea, otros ciudadanos –los residentes, por ejemplo– y los demás extranjeros?

Sin perjuicio de lo anterior, el sentido que se da en el texto al empleo de la expresión «ciudadanos» es el coherente con el que se da hace de los preceptos en los que se reconocen tales derechos, por contraste con las alternativas de reconocer esta garantía de modo impersonal o a todos (los titulares de los mismos, con independencia de que lo fueran directamente por la Constitución, o por un tratado o por una ley).

<sup>66</sup> Esto no implica la inconstitucionalidad de cualquier diferencia en la protección de derechos, sino dos cosas: que no hay que esperar a que una ley extienda a los extranjeros esta protección, pues ya lo hace un tratado (arg. arts. 13.1 y 96 CE), y que tal diferencia, si la hubiere, ha de responder a un fin constitucionalmente legítimo y ser proporcionada a su consecución.

<sup>67</sup> CANO BUESO, J., *op. cit.*, p. 30, coherente con su premisa general de equiparación de extranjeros y nacionales en el régimen de garantía de los derechos, considera que aquéllos no pueden ser sometidos a suspensiones de sus derechos no previstas para los españoles.

ción, salvo diferencias de trato, que puedan establecer los tratados o las leyes, no sólo cuando se trate de derechos constitucionalmente reconocidos sólo a los españoles, sino también para todos los demás. Y, claro está, tales diferencias habrán de superar el test de razonabilidad o de proporcionalidad, es decir, responder a un fin constitucionalmente legítimo y ser adecuadas a su consecución.

## II. Los derechos de los extranjeros en la Ley reguladora de los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social<sup>68</sup>

### 2.1 DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS E INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS

Ha de advertirse que esta ley no se aplica por igual a todos los extranjeros. Hemos de distinguir entre una regla general, por la que se establece su aplicación directa, en principio, a todos los que no tienen la nacionalidad española (art. 1.1 LE), y otra especial, que prevé su aplicación supletoria o cuando sea más favorable, para aquellos extranjeros a los que sea de aplicación el régimen comunitario (art. 1.2 LE)<sup>69</sup>. En consecuencia, si hay norma comunitaria aplicable, esta ley sólo se aplica a tales ciudadanos, si es más favorable.

El artículo 3.1 pr. LE coincide con lo previsto en el artículo 13.1 CE, por lo que es irrelevante, salvo que con él se pretenda advertir que no se opta por un principio o regla de equiparación salvo excepciones, sino por el tratamiento específico de cada derecho, a diferencia de lo que se establecía en su redacción originaria<sup>70</sup>. Lo que sucede es que, atendiendo al bloque de constitucionalidad, es decir, a lo que resulta, sobre todo, de la cláusula general de igualdad sin discriminación, contenida en el

<sup>68</sup> Una comparación entre las Leyes 4 y 8/2000, puede verse en CANO BUESO, J., *op. cit.*, p. 20.

<sup>69</sup> «Los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y aquellos a quienes les sea de aplicación el régimen comunitario se regirán por la legislación de la Unión Europea, siéndoles de aplicación la presente Ley en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables» (art. 2.1 LE).

Esa legislación o parte de ella ha sido desarrollada por el RD 178/2003, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, así como de nacionales de Suiza (Acuerdo de libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por un lado, y la Confederación Helvética, por otro, de 21 de mayo de 1999, en vigor desde junio de 2002), aplicable también a ciertos familiares de estos extranjeros y de españoles, con independencia de cuál sea su nacionalidad, según prevé el artículo 2 de este mismo RD: «El presente Real Decreto se aplica también, cualquiera que sea su nacionalidad, y en los términos previstos por éste, a los familiares de los españoles y de los nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, que a continuación se relacionan, y siempre que mantengan un vínculo de convivencia estable y permanente con éstos: a) A su cónyuge, siempre que no estén separados de derecho. b) A sus descendientes y a los de su cónyuge, siempre que no estén separados de derecho, menores de veintinueve años o mayores de dicha edad que vivan a sus expensas. c) A sus ascendientes y a los de su cónyuge, siempre que no estén separados de derecho, que vivan a sus expensas, con la excepción de los ascendientes de los estudiantes y de sus cónyuges».

<sup>70</sup> «Los extranjeros gozarán en España, en igualdad de condiciones que los españoles, de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución y en sus leyes de desarrollo, en los términos establecidos en esta Ley orgánica» (art. 3.1 LE). Aquí sí se formulaba una regla general de equiparación de los extranjeros a los españoles, salvo las excepciones o modulaciones que se previeran en la propia ley.

artículo 26 pr. PIDCyP, la ley puede establecer diferencias de trato por razón de la nacionalidad –otra cosa es que superen los tests de legitimidad de restricción de la libertad y de no discriminación–, pero no puede sentar como principio o regla general la no equiparación. Así las cosas, la llamada a los tratados, que se hace en el artículo 3.1 LE no puede sino implicar dicha regla general de equiparación, salvo diferencias no discriminatorias.

El artículo 3.1 *in fine* LE parece pretender dejar claro que tampoco por vía interpretativa se establece esa equiparación, ni siquiera como presunción para resolver dudas en la interpretación de las reglas de la propia ley. Es más, lo que permite es presumir que los extranjeros no tienen obstáculos reales específicos, que les impidan el ejercicio de los derechos que se les reconocen, sino que los vienen ejercitando en las mismas condiciones que los españoles, por lo que no procedería presumir su discriminación ni, acaso, implementar, salvo que se demuestre otra cosa, medidas de apoyo específico ni, mucho menos, discriminaciones positivas, posibles al amparo del artículo 9.2 CE<sup>71</sup>. Como pondré de manifiesto al final, esta perspectiva puede que sea la que explique parte del contenido de las medidas antidiscriminatorias, previstas en el artículo 23 LE. Pues bien, más allá de establecer esta presunción, que ha de ser vencida sólo para que normas de rango inferior favorezcan a los extranjeros, lo que está fuera de toda duda es que la ley no puede excluir medidas de discriminación positiva, amparadas en el artículo 9.2 CE, sino condicionar su legalidad a la existencia de una situación real de desventaja de los extranjeros favorecidos por tales medidas.

El artículo 3.2 LE reitera la previsión contenida en el artículo 10.2 CE para las normas de la propia ley o de otras leyes sobre derechos fundamentales de los extranjeros.

## 2.2 DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS

### 2.2.1 *Derecho a la intimidad familiar*

Junto a la vida en familia es reconocido el derecho a la intimidad familiar sólo a los extranjeros residentes (art. 16.1 LE). Esta restricción a los residentes es claramente inconstitucional. Al tratarse de un derecho inherente a la dignidad de la persona, reconocido constitucionalmente de modo impersonal (art. 18 CE), está fuera de toda duda que corresponde a toda persona, con independencia de que la familia en la que se inserte sea la formada en el país de origen –tras su reagrupación a España– o la que haya formado en España. Así, pues, todo extranjero goza de la protección que le dispensa el artículo 18 CE, la Ley Orgánica 5/1982, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, así como los artículos 197 y ss. CP frente a intromisiones ilegítimas. El contenido esencial de este derecho resulta, además de lo que prevé la propia Constitución, de los artículos 12 DUDH, 17 PIDCyP y 8 CEDH.

<sup>71</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, F., *op. cit.*, p. 67, por el contrario, sostiene que esta regla del artículo 3.1 LE confirma el principio de igualdad de ejercicio de los derechos por españoles y extranjeros que hayan obtenido autorización de estancia o de residencia en España.

### 2.2.2 Libertad de circulación

Reconocido en el artículo 5.1 LE junto a la libertad de elección de residencia sólo a los extranjeros que se hallen en España en situación regular –igual en la redacción originaria–, no plantea problema alguno, puesto que en el artículo 19.1 CE este derecho está reconocido sólo a los españoles. Sin embargo, en el artículo 13.1 DUDH este derecho es reconocido a «toda persona». Lo que sucede es que en el artículo 12.1 PIDCyP es reconocido a «toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado». Esta libertad de circulación sí está claramente relacionada con la regularidad de la situación de su titular, pero es de los pocos derechos que presentan o admiten tal vinculación, de entre aquellos cuyo ejercicio la ley se ocupa de regular.

Las medidas limitativas de estos derechos, contempladas en el artículo 5.2 LE, requieren más garantías que las de la redacción originaria, tanto en general, en cuanto a su duración, como en especial, cuando hayan sido impuestas por resolución del Ministro del Interior.

### 2.2.3 Derechos de reunión y manifestación

El derecho de reunión es reconocido a los extranjeros, como a los españoles, pero se condiciona su ejercicio a que hayan obtenido autorización de estancia o de residencia en España (art. 7.1 LE).

No tratándose de un derecho inherente a la persona, como en el artículo 21.1 CE es reconocido no a todos, pero tampoco sólo a los españoles, habría que analizar si esta condición, que no se exigía en la redacción originaria, está justificada por la consecución de un fin constitucionalmente legítimo y si es proporcionada a su consecución<sup>72</sup>. En el artículo 20.1 DUDH este derecho es reconocido a «toda persona», pero

<sup>72</sup> ARAGÓN REYES, M., *op. cit.*, p. 13, considera que no es inconstitucional no reconocer estos derechos a extranjeros que se encuentren en situación ilegal en España, ya que no se trata de derechos inmediatamente conectados con la dignidad de la persona.

BIGLINO CAMPOS, («Encuesta ...», *cit.*, pp. 42 y 43) considera que el ejercicio de este derecho no puede estar sometido a ningún tipo de autorización previa (arg. art. 21.1 CE y STC 115/1987), tampoco la que implica la de estancia o residencia, forzando a los extranjeros a reunirse de modo clandestino e impidiéndoles su integración.

También por la inconstitucionalidad de la restricción legal: CANO BUESO, J., *op. cit.*, pp. 24, 25 y 28; CARRILLO LÓPEZ, F., *op. cit.*, pp. 26, 27 y 39.

En cambio, FERNÁNDEZ SEGADO, M. *op. cit.*, pp. 83-85, no aprecia inconstitucionalidad en la solución legal, atendida una serie de elementos de juicio, tales como tratados internacionales, Derecho comunitario, la Ley de Extranjería de 1985, la lucha contra la inmigración ilegal, la seguridad pública, las normas sobre expulsión.

PÉREZ CALVO, *op. cit.*, pp. 45 y 47, tras advertir que el criterio seguido por la Ley 7/1985 fue el de exigir la estancia o residencia legal para estos y otros derechos, afirma que la posibilidad jurídica de que sean ejercitados por extranjeros que se hallen en situación ilegal en España supondría una desigualdad respecto a otros extranjeros en situación legal, así como en relación a los españoles, además de las consecuencias que de esto se derivarían para la identificación de extranjeros.

VIDAL FUEYO, M. C., «La nueva ley ...», *cit.*, pp. 202 y 203, se pregunta, por ejemplo, por qué un trabajador extranjero, al que se ha denegado la prórroga de estancia, y que está a la espera de que se resuelva su recurso contra esta denegación, no puede reunirse, tratándose de un derecho directamente relacionado con el libre desarrollo de la personalidad. Sí ve sentido que para promover o convocar reuniones el extranjero deba tener autorización de estancia o de residencia, puesto que el artículo 4 de la ley que regula el ejercicio de este derecho (9/1993) exige que las reuniones sean promovidas por quienes se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, lo cual ha de valer tanto para los españoles como para los extranjeros.

en el artículo 21 PIDCyP se autorizan restricciones, si están previstas en la ley y si «son necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás». En el artículo 11.2 CEDH también se admiten restricciones, si están previstas en la ley, que «constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos». Aquí se contienen parámetros, con los que valorar si exigir al extranjero que haya obtenido autorización de estancia o de residencia en España para ejercer el derecho de reunión está justificado y es proporcionado a la consecución de alguno de estos objetivos.

Recordemos que en la STC 115/1987 se exigió que en el ámbito del contenido esencial de este derecho no hubiera distinciones entre españoles y extranjeros. Por lo tanto, habría que valorar si de esto se desprende que no puede ser negado el ejercicio de este derecho a aquellos extranjeros que no hayan obtenido autorización de estancia o de residencia en España.

Podría argumentarse que, al exigir tal autorización, se está, precisamente, equiparando a los extranjeros con los españoles, puesto que éstos, por el hecho de serlo, tienen derecho a circular libremente y residir en España (art. 19.1 CE), mientras que aquéllos no tienen reconocido ese derecho constitucionalmente, sino por esta ley, si su situación en España es acorde a lo previsto en esta misma ley (arts. 13.2 y 19.1 CE y 5.1 LE). En definitiva, se habría optado por vincular el derecho de reunión y manifestación a la libertad de circulación y residencia en España, de modo que este derecho sólo podría ser ejercitado por quienes, con independencia de su nacionalidad, tengan derecho a estar, circular y residir en España. Otra cosa es que ésta sea la única opción constitucionalmente admisible, ni la más acorde con la relevancia política de estos derechos en una sociedad democrática.

Los promotores de reuniones en lugares de tránsito público habrán de comunicarlo previamente a la autoridad competente (art. 7.2 LE). Es una exigencia prevista ya en el mismo artículo 21.2 CE.

#### 2.2.4 *Derecho de asociación*

Es reconocido a los extranjeros en los mismos términos que el derecho de reunión, es decir, como a los españoles, siempre que el extranjero haya obtenido autorización de estancia o de residencia en España.

Los términos del reconocimiento constitucional de la libertad de asociación en general son los mismos que los del derecho de reunión, es decir, no a todos, pero tampoco sólo a los españoles (art. 22.1 CE), así como los de su reconocimiento por acuerdos internacionales (arts. 20.1 DUDH, 22 PIDCyP y 11 CEDH), siéndole de aplicación igualmente la doctrina contenida en la STC 115/1987.

En cambio, la libertad de asociación sindical es reconocida constitucionalmente a «todos» (art. 28.1). Igual sucede en los artículos 23.4 DUDH y 8.1.a) PIDESyP. Aun así, al requerirse una cierta capacidad de obrar, no pueden todas las personas ejercitar este derecho. Se trata, en realidad, de un derecho de reconocimiento impersonal, como los de reunión y de asociación en general, por lo que considero que valen para

éste las consideraciones relativas a aquéllos. Tan es así, que en el último precepto se admiten restricciones para este derecho, con tal que estén prescritas por la ley y «que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de derechos y libertades ajenos», similares a las previstas para aquellos otros derechos.

Me parece difícilmente aceptable que ahora esté igualmente justificado exigir como condición para el ejercicio del derecho de asociación que el extranjero haya obtenido autorización de estancia o de residencia en España. Sí lo tiene o puede tenerlo en el caso del derecho de reunión y manifestación, puesto que implica o puede presuponer libertad de movimientos en el territorio nacional, pero no así en relación al derecho de asociación<sup>73</sup>. En la redacción originaria no se exigía tal condición, aunque sí la de residente para promover asociaciones. Es más, tampoco me parece justificado que un extranjero no residente en España no tenga reconocido por el ordenamiento español el derecho a asociarse, incluida la facultad de promover y constituir asociaciones, sin matices, que permitieran apreciar la concurrencia de alguna de las causas de restricción previstas en los tratados.

A este respecto considero conveniente poner de manifiesto la diferencia existente con la posibilidad de constituir e integrar sociedades españolas, para lo cual basta con que no se les excluya (arg. arts. 27 y 28.1 CC, por todos). Y, entonces, me planteo, entre otras<sup>74</sup>, cuestiones tales como la siguiente: ¿estarán estos extranjeros no resi-

<sup>73</sup> ARAGÓN REYES, M., *op. cit.*, pp. 14 y 15, a pesar de que considera que este derecho está íntimamente conectado con el libre desarrollo de la personalidad, afirma que puede no ser reconocido a los extranjeros que se encuentren en situación ilegal; con mayor motivo el derecho a la afiliación sindical.

BIGLINO CAMPOS, *op. cit.*, pp. 42 y 43, considera que el ejercicio de este derecho no puede estar sometido a ningún tipo de autorización previa (arg. art. 22.3 CE y STC 115/1987), tampoco la que implica la de estancia o residencia, forzando a los extranjeros a asociarse de modo clandestino e impidiéndoles su integración.

También por la inconstitucionalidad de la restricción legal: CANO BUESO, J., *op. cit.*, pp. 24, 25 y 28; CARRILLO LÓPEZ, M., *op. cit.*, pp. 26, 27 y 39.

En cambio, FERNÁNDEZ SEGADO, F., *op. cit.*, pp. 83-88, no aprecia inconstitucionalidad en la solución legal, con base en los datos indicados en nota anterior, citando convenios de la OIT.

En el mismo sentido que el anterior, PÉREZ CALVO, *op. cit.*, p. 46, proporciona como argumento en contra de la inconstitucionalidad de la restricción que en el artículo 22.2 CE se establece que sean declaradas ilegales aquellas asociaciones que persigan fines o utilicen medios delictivos, argumento éste que me parece inaceptable, pues nada tiene que ver. En cambio, aunque no los comparta, sí son atendibles los que este mismo autor proporciona (*op. cit.*, pp. 45, 47 y 53), al advertir que el criterio seguido por la Ley 7/1985 fue el de exigir la estancia o residencia legal para estos y otros derechos y que la posibilidad jurídica de que sean ejercitados por extranjeros que se hallen en situación ilegal en España supondría una desigualdad respecto a otros extranjeros en situación legal, así como en relación a los españoles, además de las consecuencias que de esto se derivarían para la identificación de extranjeros.

VIDAL FUEYO, M. C., «La nueva ley ...», *cit.*, pp. 202 y 203, se pregunta con razón por qué un científico extranjero que no reside en España no puede formar parte de una asociación científica española, o por qué los padres extranjeros y sin permiso de residencia pueden escolarizar a sus hijos menores de edad y, sin embargo, no pueden formar parte de la asociación de padres de alumnos de ese mismo centro escolar.

VIDAL FUEYO, M. C., *Constitución ...*, *cit.*, p. 294, considera lógico exigir autorización de estancia o de residencia para que los extranjeros puedan ejercer o ser titulares del derecho a sindicarse, ya que se trata de un requisito exigido para poder ser sujeto de una relación laboral. En cambio, esta misma autora entiende («La nueva ley ...», *cit.*, p. 209) que sí pueden fundar sindicatos.

<sup>74</sup> A tenor de estas reglas, un extranjero que desee invertir capitales o promover actividades económicas en España no tendría necesidad de residir en nuestro país, mientras que los que promoviesen actividades de otro tipo sí tendrían que estar al alcance de la acción policial interna, pues esas otras actividades

dentes, pero miembros de tales entidades, protegidos como los demás socios en la relación societaria (interna), frente a la violación de su derecho fundamental, comprendido en el de asociación, reconocido en el artículo 22 CE, susceptible de protección también a través del recurso de amparo? ¿O sólo tendrán la protección predispuesta para el contenido económico de sus derechos como socios, por la vía de la propiedad privada (art. 33.3 CE) y la libertad de empresa (art. 38 CE), en la que no cabe ese recurso, como no sea por el trato discriminatorio, si ese extranjero no pudiera reaccionar contra los abusos de los que fuera objeto en su relación con otros socios? No tengo duda alguna al respecto, entre otras cosas, por lo que resulta de la interpretación del término «asociación», tal y como resulta de los artículos 28 y 35 CC, claramente comprensivo de las sociedades, tras el filtro, que no exclusión, que supone el artículo 22 CE, como claramente pone de manifiesto la ley de asociaciones<sup>75</sup>, sin que quepa trato discriminatorio hacia los extranjeros (art. 26 pr. PIDCYP). Por lo demás, ¿qué impacto tendría en las inversiones extranjeras no reconocer a los socios extranjeros no residentes la protección íntegra de los aspectos asociativos de la relación societaria?

Pues bien, la libertad de asociación, a la que se refiere el artículo 8 LE –en mi opinión, igual que la libertad de sindicación–, no es sólo la de promover o integrar asociaciones, sino que también comprende los aspectos asociativos de las sociedades. Si los extranjeros no residentes no pueden ser privados por ley de un derecho constitucional, cuando integran sociedades, ¿sí van a poder serlo en el ámbito más inmediato del mismo derecho constitucional de asociación? La respuesta negativa se impone, sin duda.

Por su parte, en el artículo 1 de la Ley 6/2002, Orgánica de Partidos Políticos, se limita a los españoles el derecho a crearlos. En la STC 48/2003 (ponente, el magistrado Jiménez de Parga y Cabrera) se entendió que no es inconstitucional reservar a los españoles el derecho a crear partidos políticos, puesto que se trata de «asociaciones cualificadas por la relevancia constitucional de sus funciones», concretamente, por ser «instrumento privilegiado de participación política, actividad ésta cuyo ejercicio se constituye en un derecho que, garantizado por el artículo 23 CE, tiene por titulares únicamente a los españoles (art. 13.2 CE)», si bien esta «restricción ha de ser interpretada en sus estrictos términos», esto es, «no puede afectar al derecho de los extranjeros a afiliarse a los partidos políticos ya constituidos, ni traducirse en ninguna limitación de los derechos derivados de la afiliación». Esta fundamentación podría superar el test de racionalidad de la diferencia de trato, pero no está claro que superase el de razonabilidad o proporcionalidad –conforme a la STC 115/1987, éste sería el aplicable, por cuanto establece una diferencia de trato entre nacionales y extranjeros en el ejercicio de un derecho, como es el de asociación, constitucionalmente reconocido no

---

son más peligrosas socialmente –¿también políticamente? ¿Es esto coherente con una sociedad democrática, basada en el respeto a los derechos humanos?

<sup>75</sup> «La presente Ley Orgánica, siguiendo nuestra tradición jurídica, limita su ámbito a las asociaciones sin fin de lucro, lo que permite dejar fuera del ámbito de aplicación de la misma a las sociedades civiles, mercantiles, industriales y laborales, a las cooperativas y mutualidades, y a las comunidades de bienes o de propietarios, cuyas finalidades y naturaleza no responden a la esencia comúnmente aceptada de las asociaciones, sin perjuicio de reconocer que el artículo 22 de la Constitución puede proyectar, tangencialmente, su ámbito protector cuando en este tipo de entidades se contemplen derechos que no tengan carácter patrimonial» (exposición de motivos de la ley).

sólo a los españoles, sino de modo impersonal, como los de reunión y manifestación, objeto de dicha sentencia—, dado que hay extranjeros que sí tienen el derecho de participación política, incluso el de sufragio activo y pasivo en elecciones (municipales), por lo que resulta excesivo negarles la facultad de crear partidos políticos. Y es que no me parece contradictorio, por un lado, permitir a alguien fundar un partido y, por otro, no reconocerle el derecho de sufragio, mientras que sí me lo parece admitir la afiliación y no la fundación de uno.

### 2.2.5 Participación pública

A los extranjeros residentes se les reconoce el derecho de sufragio en las elecciones municipales, a condición de reciprocidad para con los españoles en el correspondiente país de origen <sup>76</sup> (art. 6.1 LE). Plenamente conforme a los artículos 13.2 y 23.1 CE.

Se contiene un mandato a los Ayuntamientos para que incorporen a su padrón a los extranjeros residentes en ellos, de lo que resultarán para éstos todos los derechos que por tal concepto reconozca la legislación de bases de régimen local, incluido el derecho de audiencia en los asuntos que les afecten (art. 6.2 y 3 LE). Si «por tal concepto» se refiere a los derechos que correspondan a los españoles residentes empadronados, hemos de tener en cuenta que, lógicamente, habrá de tratarse de derechos que permitan un grado de participación en los asuntos municipales, nunca de superior entidad al derecho de sufragio activo y pasivo.

Se manda igualmente a los poderes públicos que faciliten a los extranjeros, con independencia de su situación en España, el ejercicio del derecho de sufragio en los procesos electorales democráticos <sup>77</sup> en su respectivo país de origen (art. 6. 4 LE).

### 2.2.6 Libertades económicas

Se considera discriminatorio impedir el ejercicio de actividades económicas a extranjeros con residencia legal en España <sup>78</sup>, lo cual parece un reconocimiento implícito a los extranjeros de la libertad de empresa, en principio, en las mismas condiciones que a los españoles. En el artículo 38 CE este derecho es reconocido de modo impersonal, por lo tanto, sin distinción entre españoles y extranjeros, aunque los tratados y las leyes pueden establecerlas, siempre que, según he explicado, no impliquen restricciones ilegítimas ni sean discriminatorias. Ahora bien, de esto no puede derivarse que no será discriminatorio, en ningún caso, impedir el desarrollo de actividades económicas a extranjeros que no se encuentren en España, no porque haya que analizar caso por caso cada una de las actividades económicas, sino, antes incluso, porque se estaría comprimiendo en exceso este ámbito de libertad, reconocido no sólo a los españoles, invirtiendo además la regla general constitucional de equiparación

<sup>76</sup> En la redacción originaria de esta ley no se exigía esta condición, violando así lo exigido en el artículo 13.2 CE.

<sup>77</sup> ¿Podría, entonces, impedirse a los extranjeros el sufragio en procesos electorales por no ser democráticos?

<sup>78</sup> «En cualquier caso, constituyen actos de discriminación:

d) Todos los que impidan, a través de acciones u omisiones, el ejercicio de una actividad económica emprendida legítimamente por un extranjero residente legalmente en España, sólo por su condición de tal o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad» [art. 23.2.d) LE].

con los españoles. ¿O es que, acaso, se exige a éstos que sean residentes para desarrollar cualquier actividad económica?

A diferencia de lo que se establecía en la redacción originaria, se reconoce sólo a los extranjeros residentes el derecho a crear y dirigir centros docentes, también con remisión a las disposiciones vigentes (art. 9.5 *in fine* LE). Haber impuesto la condición de residencia para que un extranjero pueda crear un centro docente implica una restricción del derecho reconocido en el artículo 27.6 CE a «las personas físicas y jurídicas» a la libertad de creación de centros docentes, que, siendo una manifestación de la libertad de empresa, reconocida de modo impersonal en el artículo 38 CE, debe estar justificada por la consecución de un fin constitucionalmente legítimo y ser proporcionada a su consecución. No veo razón suficiente para esta restricción, ni siquiera aunque se impusiera también a los españoles ¿Qué interés se persigue, al negar a no residentes que puedan crear centros de este tipo?<sup>79</sup> Esto en cuanto a la titularidad del centro, puede que otra cosa sea su dirección.

Se reconoce el derecho a realizar transferencias, sin límite, para los ingresos y ahorros obtenidos en España, con destino a cualquier otro país, claro está, conforme a los procedimientos previstos en la legislación española y conforme a los acuerdos internacionales aplicables (art. 15.2 LE). No es una exigencia constitucional la libertad de exportación de capitales, pero tampoco parece que esta libertad de transferencia de ingresos y ahorros implique necesariamente esa libertad de circulación de capitales, puesto que, aunque se refiere a cualesquiera ingresos y ahorros, han de haberse generado en España, de modo que no se trata de capitales ingresados, invertidos, desinvertidos y exportados, sino de la transferencia de ganancias obtenidas en España.

## 2.3 DERECHOS LABORALES Y SOCIALES

### 2.3.1 *Derecho al trabajo*<sup>80</sup>

El derecho al trabajo por cuenta propia o ajena está condicionado a que el extranjero obtenga la correspondiente autorización administrativa (arts. 10.1 y 36-43 LE, 48-70 y 75-99 RLE). Ésta es una regla general, que admite excepciones que resulten de un tratado o de otra ley (arg. arts. 13.1 y 35.1 CE, SSTC 107/1984 y 150/1994). No cabe hacer reproche de inconstitucionalidad alguno a esta exigencia legal, puesto que el derecho al trabajo sólo está reconocido constitucionalmente a los españoles<sup>81</sup>.

<sup>79</sup> Esta exclusión de los extranjeros no residentes se puede eludir, recurriendo a la creación de entidades dotadas de personalidad jurídica o, lo que es peor, mediante testaferros. No es sólo o no tanto una cuestión de integración social del extranjero, cuanto de transparencia.

<sup>80</sup> Estrechamente relacionado con este derecho está el reconocimiento de diplomas profesionales, certificados y otros títulos, que desde el 23 de enero de 2006 debería realizarse a los extranjeros residentes con permiso de residencia de larga duración, obtenido en cualquier Estado de la Unión, en igualdad de condiciones que las previstas para los españoles [art. 11.1.c) de la directiva 2003/109].

<sup>81</sup> BIGLINO CAMPOS, *op. cit.*, p. 51, considera legítimo exigir tal autorización (arg. arts. 40 CE y 39 LE y STC 107/1984), por la relación existente entre la situación nacional de empleo y la fijación de contingentes de trabajadores.

Dígame otro tanto de la equiparación de los extranjeros residentes a los ciudadanos comunitarios en el acceso como personal laboral al servicio de las Administraciones públicas (art. 10.2 LE). Recordemos que en el artículo 13.2 CE se reserva a los españoles el derecho de acceder a cargos y funciones públicos.

### 2.3.2 *Derecho de huelga*

Queda condicionado a que el extranjero esté autorizado a trabajar, condición que no se exigía en la redacción originaria, pues bastaba con el hecho de trabajar, sin tener que contar con esa autorización. Como en el artículo 28.2 CE este derecho es reconocido no a todos pero tampoco sólo a los españoles y no es inherente a la persona, habría que valorar si esa condición que se impone a los extranjeros está justificada por perseguir un fin constitucionalmente legítimo y ser proporcionada a su consecución. No se puede afirmar, sin más, que, por no tener derecho a trabajar, tampoco se tiene derecho a la huelga si, a pesar de todo, se trabaja. Si existe la obligación de trabajar, no se puede dejar de reconocer el derecho de huelga<sup>82</sup>.

La regla contenida en el artículo 36.3 *in fine* LE no sanciona con la nulidad el contrato de trabajo por carecer de la correspondiente autorización administrativa, sino que se limita a advertir que se salvan las responsabilidades a que hubiere lugar, así como los derechos y prestaciones que pudieran corresponder al trabajador.

---

PÉREZ CALVO, *op. cit.*, pp. 54 y 55, considera que exigir la autorización para trabajar tiene cabida en la jurisprudencia constitucional, puesto que no afecta al contenido esencial de este derecho, sino que es un requisito para poder ejercitarlo. Lo que sucede es que después califica este requisito como de capacidad, para poder firmar un contrato de trabajo y llegar a ser considerado trabajador por el ordenamiento jurídico español, citando como apoyo el artículo 36.1 LE.

La nacionalidad es uno de los estados civiles que no afectan ni modifican la capacidad de obrar de la persona, sino, como estamos comprobando, su autonomía de la voluntad, es decir, su libertad. Sólo la edad y las enfermedades o deficiencias físicas o psíquicas que impidan o disminuyan la aptitud de la persona para gobernarse por sí misma afectan a la capacidad de obrar, además de implicar —éstas también— una restricción de la libertad del sujeto.

VIDAL FUEYO, M. C., *Constitución ... cit.*, pp. 283, 285 y 287-292, distingue entre el acceso al trabajo y las condiciones de trabajo. En cuanto a lo primero, no considera discriminatorio exigir autorización para trabajar a los extranjeros o a ciertos extranjeros, puesto que del artículo 35 CE no nace para ellos el derecho a acceder a un puesto de trabajo. En cambio, entiende que no podría diferenciarse por razón de la nacionalidad en las condiciones de trabajo, debiendo superar tales diferencias un escrutinio estricto (arg. arts. 23 DUDH, 7 PIDESyC, la Carta social europea, el Convenio europeo sobre el estatuto del trabajador migrante y el Convenio núm. 111 OIT sobre discriminación en materia de empleo y ocupación, y los arts. 17 del Estatuto de los trabajadores y 23.2 LE).

<sup>82</sup> ARAGÓN REYES, M., *op. cit.*, p. 15, considera que no es inconstitucional esta restricción, puesto que el Tribunal Constitucional tiene reiteradamente declarado que no pueden exigirse derechos desde la ilegalidad.

Por la inconstitucionalidad de la restricción legal: CANO BUESO, J., *op. cit.*, pp. 24, 25 y 28; CARRILLO LÓPEZ, *op. cit.*, pp. 26, 27, 39, 51 y 52, para quien la autorización administrativa previa para ejercer la libertad sindical y el derecho de huelga es un control preventivo, extraño al sistema democrático de garantías de los derechos fundamentales.

En cambio, FERNÁNDEZ SEGADO, F., *op. cit.*, pp. 89 y 90, no aprecia inconstitucionalidad en la solución legal, atendidos tratados internacionales, convenio de la OIT, ...

PÉREZ CALVO, *op. cit.*, p. 55, considera constitucional exigir la autorización para trabajar como condición para poder ejercer el derecho de huelga, pues así se coloca al extranjero al mismo nivel que a los españoles, que tienen ese derecho en la medida en que son trabajadores, puesto que este autor califica dicho requisito como de capacidad, como indiqué y critiqué en nota anterior.

Estas previsiones no prejuzgan cuál sea la sanción que merezca el contrato, sino que se limitan a salvar ciertos efectos –los favorables al trabajador– y responsabilidades. Sí está claro que no se trata de un contrato inexistente. Puede ser válido, en cuyo caso, no sólo se mantienen los efectos favorables producidos para el trabajador, sino todos y, además, también para el futuro, en cuyo caso subsiste la obligación de trabajar, por lo que no puede negarse el derecho de huelga. Puede ser nulo, pero salvando los efectos favorables para el trabajador, producidos con anterioridad a su declaración de nulidad, de modo que no subsistiría la obligación de trabajar<sup>83</sup>. Puede ser válido, pero ineficaz en tanto no se obtenga la autorización administrativa, en cuyo caso, de momento, no existiría tal obligación, subsistiendo los efectos producidos anteriormente a favor del trabajador.

La sanción de nulidad no puede basarse en lo establecido en el artículo 6.3 CC, por cuanto considero que sólo es aplicable cuando se ha infringido un límite a la libertad contractual –el contenido de lo pactado es contrario a leyes imperativas, a la moral o al orden público–, no cuando se ha infringido una limitación de dicha libertad, como es la necesidad de contar con una autorización<sup>84</sup>. En principio, con base en esta interpretación del artículo 6.3 CC, a falta de otra norma específica, lo más adecuado es entender que el contrato de trabajo es válido, pero ineficaz en tanto no se obtenga la correspondiente autorización, sin que proceda considerar inválido el contrato por falta de capacidad –de ser éste el problema, sería anulable (arg. arts. 1300 y ss. CC)–, pues no podemos entender que los extranjeros tengan, por el hecho de serlo, afectada su aptitud para gobernarse por sí mismos.

Las SSTS (Sala de lo Social) de 09.06 y 29.09.2003<sup>85</sup> afirman la validez del contrato, con base en el artículo 36.3 LE. Me parece que es mejor en la inaplicabilidad del artículo 6.3 CC en lo que se basaría tal validez. No se dice en ellas que el contrato sea, con todo, ineficaz, en tanto no se obtenga la correspondiente autorización. Sin embargo, una interpretación conjunta de las reglas contenidas en los artículos 11.2 y 36.3 LE reforzaría esta interpretación, ya que así se explicaría que, entre tanto no llegue a nacer la obligación de trabajar, no tenga el trabajador derecho a la huelga. Es más, la presunción de constitucionalidad de las leyes o, si se prefiere, el principio de conservación de los actos jurídicos obligaría a realizar esta interpretación, ya que, de considerar que el contrato de trabajo es válido y eficaz, tendríamos que considerar inconstitucional la exclusión del derecho de huelga de estos trabajadores, contratados sin contar con la preceptiva autorización administrativa.

---

VIDAL FUEYO, M. C., *Constitución ...., cit.*, pp. 296 y 297, tampoco ve problema en exigir autorización para trabajar para que un extranjero pueda ejercer el derecho de huelga.

<sup>83</sup> La nulidad del matrimonio tampoco implica la desaparición retroactiva de todos los efectos ya producidos, puesto que los hijos, en todo caso, y el cónyuge o los cónyuges de buena fe tienen derecho a conservar los ya producidos (art. 79 CC, situación de matrimonio putativo).

<sup>84</sup> Sobre límites y limitaciones a la autonomía de la voluntad remito al lector interesado a lo expuesto en extenso por BALLARÍN HERNÁNDEZ, R., «Limitaciones a la autonomía de la voluntad», *libro en homenaje a J. B. Vallet de Goytisolo*, vol. II, p. 7 y ss., y por mí, más escuetamente, si bien desde una perspectiva general, pero aplicada a la sanción por falta de autorización en diversos supuestos, en el prólogo al libro *Las fundaciones: Patrimonio, funcionamiento y actividades*, de LINARES ANDRÉS, L., Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 13-22.

<sup>85</sup> Antonio Álvarez del Cuvillo me ha facilitado las referencias.

### 2.3.3 *Derecho a la educación* <sup>86</sup>

Se reconoce a todos los extranjeros menores de edad, con independencia, por lo tanto, de cuál sea su situación en España, el derecho y el deber de acceder a la educación obligatoria en las mismas condiciones que a los españoles, con acceso a las ayudas públicas y a la correspondiente titulación (art. 9.1 LE). Ninguna objeción cabe hacer desde el punto de vista constitucional, puesto que se reconoce sin distinción este derecho en lo que, sin duda, integra su contenido esencial (art. 27.1 y 4 CE). Dígase otro tanto, por lo que establecen los artículos 26.1 DUDH, 13 y 14 PIDESyC.

Se reconoce sólo a los extranjeros residentes el derecho a la educación no obligatoria en las mismas condiciones que a los españoles, salvo el acceso a las ayudas públicas para la educación infantil, nivel en el que sólo se manda a las Administraciones públicas que garanticen que se oferten plazas suficientes para quienes las soliciten, pero sin compromiso de gratuidad, es más, ni siquiera de igualdad en las condiciones de acceso respecto a los españoles (art. 9.2 y 3 LE) <sup>87</sup>. Aquí sólo podría plantearse un problema de discriminación <sup>88</sup>, no de violación del derecho a la educación, ya que ni siquiera los españoles tienen garantizado constitucionalmente el acceso a niveles de enseñanza no obligatoria con un sistema de ayudas públicas <sup>89</sup>. La posible discriminación sería, sobre todo, en cuanto al acceso a las ayudas públicas para la enseñanza infantil no obligatoria, por lo que se establece no sólo en el artículo 26 PIDCyP, sino por lo que impone el artículo 24.1 del mismo Pacto, acerca de no

<sup>86</sup> Estrechamente relacionado con este derecho, especialmente, en relación a las condiciones de acceso a niveles de educación medios y superiores, está el reconocimiento de certificados y otros títulos, que desde el 23 de enero de 2006 debería realizarse a los extranjeros residentes con permiso de residencia de larga duración, obtenido en cualquier Estado de la Unión, en igualdad de condiciones que las previstas para los españoles [art. 11.1.c) de la directiva 2003/109].

<sup>87</sup> En la redacción originaria (art. 9.2) todos los extranjeros tenían reconocido el acceso a la educación en los niveles de enseñanza no obligatoria en las mismas condiciones que los españoles.

<sup>88</sup> Es una discriminación admitida por la propia ley, por lo tanto, no salvable acudiendo a sus propias disposiciones antidiscriminatorias, contenidas en su artículo 23.1 y 2.b) y c), donde, por cierto, se contiene una mención expresa a la educación.

La discriminación de extranjeros residentes en España con permiso de residencia de larga duración, obtenido en cualquier Estado de la Unión, en cuanto a la educación, es desde el 23 de enero de 2006 contraria al artículo 11.1.b) de la directiva 2003/109, a menos que deba entenderse que las ayudas públicas a la educación infantil no obligatoria pertenecen al ámbito de la asistencia y protección social [arg. art. 11.3.b) y 4 de la misma directiva].

<sup>89</sup> ARAGÓN REYES, M., *op. cit.*, p. 15, considera que la exclusión de los extranjeros no residentes pero en situación de estancia legal puede ser inconstitucional, no respecto a los que se encuentren en situación ilegal.

FERNÁNDEZ SEGADO, F., *op. cit.*, pp. 74 y 75, en relación con la no equiparación de españoles y extranjeros en la educación infantil no obligatoria, advierte que el artículo 7.2 LOGSE (1990) tampoco extiende el derecho a la educación infantil a toda la población infantil española, sino que sólo obliga a las Administraciones públicas educativas a garantizar un número de plazas suficiente para asegurar la escolarización de la población que lo solicite, de modo que en el artículo 9.2 LE se contendría una previsión idéntica a la del artículo 7.2 LOGSE, para los extranjeros que lo soliciten, concluyendo que es ahora cuando se da una situación de igualdad entre españoles y extranjeros, no en la redacción anterior de la ley, cuando se reconocía a los extranjeros el derecho a acceder al nivel de educación infantil.

Yo considero que en la redacción anterior no se privilegiaba a los extranjeros, sino que tan sólo se les equiparaba a los españoles, con independencia de la situación en que éstos se encontrasen, según la legislación educativa vigente en cada momento. Con la actual redacción esa equiparación puede darse, pero de modo casual, por simple coincidencia, no por principio.

discriminar a los niños, aunque no mencione entre los motivos sospechosos la nacionalidad, sino el origen nacional<sup>90</sup>.

Se formula un mandato a los poderes públicos, para que promuevan una enseñanza para la integración social de los extranjeros residentes —¿y de los demás, como los menores de edad, contemplados en el mismo art. 9.1 LE?—, con reconocimiento y respeto a su identidad cultural (art. 9.4 LE). Esto no tiene por qué implicar concesión alguna a ciertas formas de entender el multiculturalismo, como fundamento de una excepción al mandato constitucional, contenido en el artículo 27.2, según el cual «[l]a educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales»; prescripción ésta plenamente conforme a lo declarado en los artículos 26.2 DUDH y 13.1 PIDESyC.

Se permite el acceso de los extranjeros residentes a actividades docentes e investigadoras, si bien sólo con una remisión a las disposiciones vigentes (art. 9.5 pr. LE).

### 2.3.4 *Protección social*

En cuanto a la asistencia sanitaria, se identifican cuatro supuestos. En primer lugar, los extranjeros empadronados en el municipio en el que residan habitualmente, que tienen derecho a dicha asistencia en las mismas condiciones que los españoles (art. 12.1 LE). En segundo lugar, todo extranjero que se encuentre en España tiene derecho a la asistencia sanitaria pública de urgencia, por accidente o enfermedad grave, hasta el alta médica (art. 12.2 LE). En tercer lugar, los extranjeros menores de edad que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria igual que los españoles (art. 12.3 LE). Finalmente, las extranjeras embarazadas que se encuentren en España tienen derecho a esta asistencia durante el embarazo, parto y postparto (art. 12.4 LE). En definitiva, sólo se restringe significativamente esta asistencia para los extranjeros no empadronados, mayores de edad, fuera de las urgencias y embarazos, lo cual satisface sin problemas las previsiones constitucionales sobre protección de las madres con independencia de su estado civil (art. 39.2 CE), de los niños (art. 39.4 CE) y el derecho a la salud (art. 43 CE), cuya eficacia es programática, incluso, para los españoles (art. 53.3 CE).

<sup>90</sup> «Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado».

Sin embargo, tal discriminación podría no vulnerar la Convención de Naciones Unidas sobre derechos del niño de 1989, en vigor para España desde el 5 de enero de 1991, a tenor de cuyo artículo 28.1 pueden no tener derecho a la educación infantil de nivel inferior a la primaria, puesto que la cláusula antidiscriminatoria, contenida en su artículo 2.1, va referida sólo a los derechos enunciados en la misma Convención, aunque sí permita incluir la nacionalidad entre los motivos sospechosos de discriminación, como una condición del niño, de sus padres o de sus representantes:

«1. Los Estados Parte respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o representantes legales.

2. Los Estados Parte tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares».

Hay que advertir que la asistencia sanitaria a la que se refiere el artículo 12 LE es aquella que puede exigir un extranjero por sí mismo. Además, está aquella a la que tenga derecho, por ejemplo, como familiar de otro (STC 95/2000), como una forma de protección de la familia.

Se reconoce a los extranjeros residentes en España el derecho a acceder al sistema público de ayudas en materia de vivienda, en las mismas condiciones que los españoles (art. 13 LE). En la redacción originaria también tenían acceso a estas ayudas los extranjeros empadronados. Ningún reproche cabe hacer desde la propia Constitución, ya que el derecho a una vivienda digna y adecuada es uno de los principios rectores de política económica y social, dotado, lógicamente, de eficacia meramente programática, incluso, para los españoles (arts. 47.1 y 53.3 CE).

Finalmente, en cuanto a las prestaciones del sistema de Seguridad Social y demás servicios sociales, los extranjeros residentes en España son equiparados a los españoles (art. 14.1 y 2 LE), si bien todos ellos tienen reconocido el derecho a las prestaciones sociales básicas (art. 14.3 LE). Con todo, se trata de una regla general, que no impide, por ejemplo, que un tratado o una ley prevean supuestos en los que no se requiera la residencia para acceder a prestaciones diferentes a las básicas (STC 130/1995). Ningún reproche cabe hacer desde la propia Constitución, que reconoce el derecho a la Seguridad Social sólo a los ciudadanos y en la medida en que lo prevea la legislación que lo desarrolle (arts. 41 y 53.3 CE)<sup>91</sup>.

Este cuadro de protección social de los extranjeros respeta igualmente los Tratados suscritos por España, tanto en lo que respecta al contenido de los derechos reconocidos en sí mismos, como en comparación con los reconocidos a los españoles, por lo que resulta de los artículos 22 y 25 DUDH y 10-12 PIDESyP. Con todo, las diferencias de trato que se establecen respecto a los españoles han de superar el test de razonabilidad menos estricto (arg. art. 26 pr. PIDCyP).

### 2.3.5 Reagrupación familiar<sup>92</sup>

El derecho a la reagrupación familiar, incorrectamente incluido en la rúbrica del derecho a la intimidad familiar<sup>93</sup>, puede ser ejercitado sólo por los extranjeros residentes en España, cuando su residencia sea legal y se haya prolongado al menos un año, si hay autorización para residir al menos otro año (arts. 16.2 y 18.2 LE y 42.1 RLE)<sup>94</sup>. Hace falta solicitar una autorización de residencia a favor de los familiares

<sup>91</sup> Ha de tenerse en cuenta que los extranjeros residentes que hayan obtenido en España o en otro Estado de la Unión un permiso de residencia de larga duración deben tener derecho desde el 23 de enero de 2006 a la igualdad de trato con los españoles en las prestaciones de la Seguridad Social [art. 11.1.d) de la Directiva 2003/109].

<sup>92</sup> COIG MARTÍNEZ, J. M., «El derecho a la reagrupación familiar de los inmigrantes», *Teoría y Realidad constitucional*, núm. 14, p. 262-264, compara la regulación de este derecho en las Leyes 4 y 8/2000.

<sup>93</sup> COIG MARTÍNEZ, J. M., *op. cit.*, p. 244 y 245, advierte que la reagrupación familiar no integra el derecho a la intimidad familiar, sino la protección de la familia, ya que no se trata de proteger la privacidad de las relaciones familiares, sino tales relaciones en sí mismas consideradas.

Es más, considera este mismo autor (p. 253), atendiendo al CEDH, que la reagrupación familiar no implica el derecho a entrar o permanecer en el territorio de un Estado, sino el derecho de los extranjeros residentes a reunirse con sus familiares, para disfrutar del derecho a la vida familiar.

<sup>94</sup> La Directiva 2003/86 no exige en su artículo 3.1 que el reagrupante haya residido un cierto tiempo, sino que tenga un permiso de residencia de, al menos, un año, pero también que tenga la perspectiva

que van a ser reagrupados, aportando prueba de que se dispone de alojamiento y medios de subsistencia suficientes para atender las necesidades de la familia una vez reagrupada (arts. 18.1 LE y 42.2 RLE)<sup>95</sup>; si el reagrupado es cónyuge, se requiere también declaración jurada del reagrupante de que con él no reside otro cónyuge en España [art. 42.2.f) RLE].

Los familiares reagrupables son los enumerados en el artículo 17.1 LE y 39 RLE<sup>96</sup>. Se trata, con matices, de los siguientes familiares: (un) cónyuge no separado del residente<sup>97</sup>, hijos menores o incapacitados del residente o de su cónyuge, menores o incapaces de los que el residente ostente su representación legal y ascendientes a cargo del residente o de su cónyuge.

La directiva 2003/86 ha fijado un plazo de nueve meses desde la presentación de la solicitud para notificar la resolución, salvo que concurran circunstancias excepcionales por razón de la complejidad de la solicitud (art. 5.4). Esta directiva permite que los Estados denieguen una solicitud de entrada y de residencia de miembros de la familia por razones de orden público, seguridad pública o salud pública (art. 6.1).

La autorización de residencia será expedida por el mismo tiempo que reste a la autorización de residencia del reagrupante (art. 18.3 LE); y si éste tiene autorización de residencia permanente, hasta la fecha de validez de la tarjeta de identidad de extranjero del reagrupante, si bien una autorización posterior de residencia del reagrupado será ya de carácter permanente (art. 42.7 RLE)<sup>98</sup>. El cónyuge del extranjero y

---

fundada de obtener un derecho a la residencia permanente. No exigir lo segundo es posible, pues caben disposiciones nacionales más favorables (art. 3.5). Exigir el año previo de residencia del reagrupante entra dentro del margen de dos años dejado por el artículo 8.1.

Sin embargo, está pendiente de adaptarse a la Directiva 2003/109, por cuanto no se debe exigir desde el 23 de enero de 2006 tiempo previo de residencia ni autorización para seguir residiendo durante un cierto tiempo a los extranjeros extracomunitarios residentes en España, que hayan obtenido en otro Estado de la Unión un permiso de residencia de larga duración, para que les acompañen o se reúnan con su cónyuge e hijos menores del reagrupante o de su cónyuge (art. 16.1).

<sup>95</sup> La Directiva 2003/86 permite exigir también seguro de enfermedad con cobertura para todos los miembros de la familia (art. 7.1).

<sup>96</sup> La exclusión del cónyuge del reagrupante separado de hecho o de Derecho no está expresamente prevista en la Directiva 2003/86 [art. 4.1.a)], pero sí responde al espíritu y finalidad de la misma, que es la de mantener la unidad familiar [art. 2.d)]. Debemos entender, pues, que la separación de hecho ha de haberse producido por causa diferente a la emigración del reagrupante y haberse prolongado durante un tiempo tal, que permita considerar rota la unidad familiar preexistente.

<sup>97</sup> Ese cónyuge podía ser del mismo sexo que el reagrupante, aun antes de la entrada en vigor de la Ley 13/2005, puesto que nuestro orden público internacional no rechazaba la identidad de sexo de los cónyuges, ya que el concepto constitucional de matrimonio no incorporaba como uno de sus elementos la diversidad de sexo de los contrayentes. Así lo sostuvo en «Uniones homosexuales ...», *cit.*, p. 56.

Otra cosa es que pueda serlo la otra parte de una unión no denominada matrimonio, en la que quede excluida la libre ruptura, si tal unión no genera los mismos efectos que el matrimonio en el país correspondiente (los partenariados escandinavos, por ejemplo). En cambio, si sólo cambia el nombre, pero el estatuto jurídico es el mismo (uniones civiles británicas, probablemente), nada impide respetar esa equiparación en efectos al matrimonio, también a estos efectos.

<sup>98</sup> La Directiva 2003/86 exige que la duración del permiso de residencia sea de un año como mínimo (art. 13.2), pero también establece que, en principio, no superará la duración del permiso de residencia del reagrupante (art. 13.3). ¿Puede entenderse que la duración será, como mínimo, de un año, salvo que sea menor la duración del permiso de residencia del reagrupante? ¿Ha de entenderse que el mínimo es un año, salvo que sea mayor la duración del permiso de residencia del reagrupante? Considero que hay una regla general: la duración del permiso de residencia del familiar del reagrupante será la misma que la del permiso de éste; si es superior al año, puede limitarse a un año la duración del permiso de residencia del familiar del reagrupante; si es inferior al año, no se impone que la duración del permiso de

sus familiares reagrupados con él conservarán su autorización de residencia, aunque se rompa el vínculo matrimonial que dio lugar a la reagrupación (art. 16.3 LE), si bien no por más tiempo que el inicialmente autorizado, haciéndose depender su renovación de la situación del miembro de la familia con el que convivan (art. 41.3 RLE).

Los familiares reagrupados podrán obtener autorización de residencia independiente de la del que los reagrupó, en los siguientes casos y condiciones (art. 19 LE):

- el cónyuge, si obtiene autorización para trabajar, o si se hubiera dictado orden de protección a su favor por violencia doméstica<sup>99</sup>, o (art. 41.1 RLE) si ya ha residido en España sin separarse durante cinco años<sup>100</sup>, o [art. 41.2.a) RLE] cuando se haya separado judicialmente o divorciado del que lo reagrupó, si la convivencia en España duró al menos dos años, o [art. 41.2.c) RLE] por muerte del reagrupante;
- los hijos, si han alcanzado la mayoría de edad y, o bien obtienen autorización para trabajar, o bien (art. 41.4 RLE) han residido en España durante cinco años<sup>101</sup>;
- los menores de los que el reagrupante tenga la representación legal, igual que los hijos (art. 41.4 RLE);
- y los ascendientes, si obtienen autorización para trabajar, acreditando solvencia económica.

El familiar residente por reagrupación podrá reagrupar a familiares propios, si, además de reunir las condiciones que fueron requeridas para solicitar su reagrupación, cuenta el que va a ser ahora reagrupado con autorización de residencia independiente y de trabajo, solicitando la correspondiente autorización de residencia para esos familiares y probando que disponen de alojamiento y medios de subsistencia suficientes (arts. 17.2 y 18.1 LE). Cuando se trata de ascendientes reagrupados, habrán de haber conseguido la residencia permanente y acreditado solvencia económica, como regla general, salvo que tengan hijo menor o incapacitado a su cargo, en cuyo caso se aplicará la regla general del artículo 17.2 LE (art. 17.3 LE).

Ningún reproche de inconstitucionalidad puede hacerse a estas previsiones, puesto que en el artículo 39.1 CE se manda proteger a la familia, pero su eficacia es programática, incluso, para los españoles (art. 53.3 CE). Tampoco se violan los artículos 16.3 DUDH y 23.1 PIDCyP. Al admitir la reagrupación de hijos menores se respeta la exigencia contenida en el artículo 10.1 de la Convención sobre derechos del niño<sup>102</sup>, si bien faltaría admitir la reagrupación del otro progenitor, con el que convi-

---

residencia del familiar del reagrupante sea de un año. Así interpretada la directiva, es respetada por el artículo 18.3 LE.

<sup>99</sup> Que la orden de protección haya sido dictada «a favor de la misma» (art. 19.1 LE) debe ser entendido como referido a la víctima, con independencia de su género, ya que no hay otro sustantivo femenino al que referirlo, ni base suficiente como para considerar que se pretendía establecer una protección específica de las mujeres víctimas de tal violencia. Un propósito tal no se puede presumir, al menos, no con sólo estos datos. En el artículo 41.2.b) RLE, por lo tanto, no se amplía la protección prevista en la ley.

<sup>100</sup> La previsión reglamentaria a favor del cónyuge no separado del reagrupante, que haya residido cinco años en España, no prevista por la ley –por lo tanto, de legalidad más que dudosa–, permite, sin embargo, cumplir una exigencia de la Directiva 2003/86 (art. 15.1).

<sup>101</sup> La previsión reglamentaria a favor de los hijos del reagrupante, que hayan residido cinco años en España y sean mayores de edad, no prevista por la ley –por lo tanto, de legalidad más que dudosa–, permite, sin embargo, cumplir una exigencia de la Directiva 2003/86 (art. 15.1).

<sup>102</sup> «De conformidad con la obligación que incumbe a los Estados Parte a tenor de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 9, toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte

viera el reagrupante sin estar casados<sup>103</sup> (arg. arts. 9.1 y 10.1 de la Convención y 39.4 CE). Que en los demás supuestos no se haya incluido al conviviente del reagrupante no merece reproche de inconstitucionalidad por trato discriminatorio respecto al cónyuge, ya que no son equiparables tales situaciones y no se admite la reagrupación de otros familiares que los mencionados<sup>104</sup>. Otra cosa es que tal diferencia de trato coarcte irrazonablemente el derecho a permanecer unido a otra persona sin contraer matrimonio, es decir, la libertad de elección entre el matrimonio y la unión libre, exigencia de la autonomía de la voluntad, como manifestación del libre desarrollo de la personalidad (STC 184/1990, arg. arts. 10.1 y 32.1, éste en negativo, CE), dada la enorme incidencia que este derecho de reagrupación tendrá en muchos casos en la continuación misma de esta relación familiar. De entenderse así, la consecuencia sería la obligada inclusión –si se prefiere, su no exclusión, puesto que la lista es cerrada– del conviviente en la lista de familiares con derecho a reagrupación familiar, con independencia de que la unión no matrimonial genere una relación jurídico-familiar en el país de procedencia.

La protección de la vida familiar que se dispensa en esta ley sí presenta, con todo, un importante déficit, en relación con alguna exigencia del Derecho comunitario, por cierto, plenamente acorde con el mandato contenido en el artículo 39.1 CE. Se trata de la falta de consideración hacia la existencia de lazos familiares como posible excepción a la sanción de expulsión, tal y como está redactado el artículo 57.5 LE –a diferencia de la previsión contenida en el artículo 57.6 LE–, puesto que en el artículo 17 de la directiva 2003/86 se exige que tales lazos sean tenidos en cuenta<sup>105</sup>. Trátándose de una relación vertical, esto es, de un particular con un poder público, debe entenderse que, terminado el plazo de transposición de la directiva, el extranjero tiene derecho a que, entre las circunstancias a considerar para decidir su expulsión, se haya tenido en cuenta la naturaleza y la solidez de sus vínculos familiares en España y con su país de origen<sup>106</sup>.

---

o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estados Partes de manera positiva, humanitaria y expeditiva».

<sup>103</sup> Esa convivencia puede haber tenido lugar en otro país o en España. En este último caso, antes que poder reagrupar, habría, por ejemplo, que tomar en consideración la existencia de estos lazos familiares al decidir sobre la expulsión, no tanto o no sólo por la relación de pareja, cuanto o sobre todo en aras de la protección del niño.

<sup>104</sup> En la redacción originaria se admitía la reagrupación de «cualquier otro familiar respecto del que se justifique la necesidad de autorizar su residencia en España por razones humanitarias» [art. 17.1.e) LE]. Por esta vía podía autorizarse la reagrupación del conviviente del residente, al menos, cuando hubieran hijos menores comunes, como vía para satisfacer la exigencia de permitir la reagrupación del niño y sus padres, con independencia de que éstos estuvieran casados, si convivían. Sobre esto ya me pronuncié en «¿Es la unión libre ...», *cit.*, pp. 312 y 313.

<sup>105</sup> «Al denegar una solicitud, al retirar el permiso de residencia o denegar su renovación, así como al dictar una decisión de devolver al reagrupante o un miembro de su familia, los Estados miembros tendrán debidamente en cuenta la naturaleza y la solidez de los vínculos familiares de la persona y la duración de su residencia en el Estado miembro, así como la existencia de lazos familiares, culturales o sociales con su país de origen».

<sup>106</sup> No sé hasta qué punto la solución propuesta en el texto difiere de la consistente en cubrir este déficit de protección legal de la vida familiar mediante una reinterpretación de la legislación conforme a tal exigencia comunitaria, entendiendo que la toma en consideración de la existencia de vínculos familiares no es tanto una (quinta) excepción a agregar a las tipificadas en el artículo 57.5 LE, cuanto un elemento previo (negativo) a integrar en los apartados 1 y 2 del mismo artículo 57 LE, es decir, a tomar en consideración.

Lo que tampoco se ha hecho –sólo lo constato– es optar por otros sistemas, más abiertos o flexibles, como, por ejemplo, remitirse al concepto de familia del país de procedencia o de residencia de los familiares a reagrupar, excluyendo, en su caso, relaciones que fueran inadmisibles por nuestro orden público internacional, entendiendo por tal, el que resulta de los principios constitucionales, en este caso, los relativos a las relaciones familiares.

Sí considero conveniente advertir, finalmente, que cuando se tome en consideración la existencia de relaciones familiares, como son las generadas por el matrimonio y el parentesco, para derivar algún derecho o alguna protección de la vida familiar (art. 8 CEDH), ha de tenerse en cuenta que en nuestro Derecho la unión no matrimonial es también ya una fuente de relaciones familiares. En tal caso, no será por analogía (*legis*) con el matrimonio ni con el parentesco, sino por la aplicación directa de normas que protegen la familia o de principios generales como en tales uniones se accederá a esa protección<sup>107</sup>.

### 2.3.6 *Fiscalidad*

Se establece una regla general de equiparación a los españoles, a salvo convenios de doble imposición, en cuanto a impuestos (art. 15.1 LE), que, por lo tanto, nada predetermina en relación a otros tributos, como las tasas, salvo que se haya adoptado una concepción amplia del término «impuesto», englobando cualquier tributo. Teniendo en cuenta el principio de legalidad en esta materia (art. 31.3 CE), hemos de entender que la eficacia práctica de esta regla sería advertir que, salvo que en la ley reguladora de cada impuesto se prevea otra cosa, no caben diferencias de trato por la nacionalidad del sujeto pasivo. En cambio, cuando se trate de otros tributos, esta ley no establece regla general alguna, por lo que la posibilidad de establecer tales diferencias de trato dependerá de lo que prevea a este respecto cada ley que regule el tributo del que se trate, siendo posible establecerlas si la ley no lo excluye.

Si una ley establece o permite diferencias de trato por la nacionalidad, no podrán ser discriminatorias, por lo que habrán de superar el test de razonabilidad, no tanto por exigirlo el artículo 14 CE, cuanto porque en el propio artículo 31.1 CE se impone a «todos» el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, mediante un sistema tributario inspirado, entre otros principios, en el de igualdad, que ahora sí hay base en este mismo precepto para entender que está referido a todos y no sólo a los españoles. A la misma solución se llega con base en la cláusula general de igualdad sin discriminación, contenida en el artículo 26 PIDCyP.

Ahora bien, ¿no debemos entender que ese principio de igualdad, que ha de inspirar el sistema tributario, conforme al artículo 31.1 CE, ya obliga a presumir que los extranjeros y los españoles serán tratados sin otras diferencias que las que se establezcan caso por caso? Si, como he dicho, «todos» son también los extranjeros, no hace falta que una ley recoja esa regla general de igualdad sin distinción por la nacionalidad, sin perjuicio de excepciones, siempre que no sean discriminatorias, con lo cual, la regla contenida en el artículo 15.1 LE sería superflua. Pero puede que no lo sea, si

<sup>107</sup> Remito al lector interesado a lo que expuse en «La unión libre: familia, no matrimonio», *La Ley*, 2004-3, pp. 1871-1874.

con ella se ha pretendido circunscribir esa regla general de igualdad fiscal de españoles y extranjeros a los impuestos, excluyendo otros tributos. Si así fuera, resultaría inconstitucional, pues la ley no puede rebajar el contenido del principio constitucional de igualdad del sistema tributario, tal y como ha quedado recogido en el artículo 31.1 CE. Es decir, no puede entenderse que, por ejemplo, en las tasas o en las contribuciones especiales la regla general no sea la igualdad sin distinción por la nacionalidad. La consecuencia, de no entenderlo así, sería que, ante el silencio de la ley reguladora de cada tributo, los extranjeros sólo estarían equiparados a los españoles en los impuestos, no en las demás figuras impositivas.

Para salvar esta objeción habría que interpretar que la igualdad exigida en el artículo 31.1 CE como uno de los principios informadores del sistema tributario no protege a los extranjeros, puesto que su contenido sería el mismo que el de la cláusula general de igualdad sin discriminación, formulada en el artículo 14 CE, que sólo protege a los españoles. Así interpretado el artículo 31.1 CE, resultaría que, si bien todos –españoles y extranjeros– deben contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, los extranjeros no quedan protegidos por la igualdad sin discriminación en el sistema tributario, a menos que una ley o un tratado les extienda ese derecho (arg. arts. 13.1, 14 y 31.1 CE). En tal caso, el artículo 15.1 LE no sería superfluo, puesto que en él se encontraría la ley que les extiende el derecho a la igualdad sin discriminación, pero sólo en los impuestos, no en los demás tributos. Aun así, esa igualdad sin discriminación les habría sido extendida antes, por el artículo 26 PIDCyP, por lo que la regla del artículo 15.1 LE ahora sería inconstitucional por restringir a los impuestos la igualdad sin discriminación que para los extranjeros resulta del citado precepto del Pacto internacional, pues debe valer para todas las figuras impositivas.

Yo voy más allá al entender que el principio de igualdad, que ha de informar el sistema tributario, tal y como se recoge en el artículo 31.1 CE, presenta un contenido especial, que prevalece sobre el contenido de la cláusula general de igualdad ante la ley sin discriminación, formulada en el artículo 14 CE. Es cierto que las disposiciones normativas han de interpretarse conforme a su contexto, pero no lo es menos que el contexto más próximo a la referencia que se hace en el artículo 31.1 CE a la igualdad es el sometimiento de «todos» al deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos. Es algo tan claro como que los protegidos por la igualdad en el sistema tributario son todos los que están sometidos al mismo. Harían falta más elementos para poder entender plausiblemente que todos –españoles y extranjeros– están sometidos al sistema tributario, pero sólo los españoles tienen garantizada la igualdad, en tanto que por ley o tratado no sea extendida esa protección a los extranjeros.

Mi planteamiento es, en resumen, que la igualdad que ha de informar el sistema tributario, según exige el artículo 31.1 CE, no sólo prohíbe las diferencias de trato discriminatorias, sino que, antes aun de tener que analizar si hay discriminación, impide no partir como regla general de la igualdad de trato sin diferencias por razón de la nacionalidad en todos los tributos y no sólo en los impuestos. En el artículo 15.1 LE no se viola la prohibición de discriminar por la nacionalidad, sino la exigencia de que la igualdad sin diferencias por razón de la nacionalidad sea la regla general, salvo excepciones singulares previstas por la ley reguladora de cada tributo, también en los tributos diferentes a los impuestos. En definitiva, entiendo que ha de

ser en la ley reguladora de cada tributo donde se contengan o se permitan tales diferencias, no en otra ley que las haya admitido con carácter general, como resultaría del artículo 15.1 LE, para los tributos diferentes a los impuestos. La regla general del sistema tributario no puede dejar de ser la igualdad sin distinción por la nacionalidad, siendo posible que la ley que regule cada tributo establezca tales diferencias, siempre que no sean discriminatorias.

¿Comprende esta regla de equiparación el disfrute de las ventajas fiscales, en cualquiera de sus modalidades? Si se trata de desgravaciones o cualquier tipo de beneficio fiscal, entiendo que sí. Pero esto no implica que los extranjeros tengan derecho a cualquier subvención por desarrollar una actividad empresarial, pues dependerá de las condiciones de ejercicio de la libertad de empresa, derecho reconocido de modo impersonal (art. 38 CE), por lo tanto, con equiparación a los españoles, en tanto no se establezca un trato diferente, que, sin embargo, deberá perseguir en la medida adecuada un fin constitucionalmente legítimo y no ser discriminatorio<sup>108</sup>.

#### 2.4 GARANTÍAS JURÍDICAS, EN ESPECIAL, EL BENEFICIO DE JUSTICIA GRATUITA

Se reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 20.1 LE), que lo está constitucionalmente a «todas las personas» (art. 24.1 CE), por lo que no podía dejar de ser reconocido a todos los extranjeros, puesto que es uno de los inherentes a la persona (SSTC 11/1983, 99/1985, 82/1996, 91, 95, 134, 162 y 163/2000, 227/2001, 32 y 95/2003, 148/2004). Este derecho comprende, básicamente, los de acceso a la jurisdicción, a defenderse, a proponer y practicar la prueba, a una resolución fundada en Derecho, a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes. Está reconocido en los artículos 10 DUDH, 14 PIDCyP y 6 CEDH.

Se reconocen las garantías en los procedimientos administrativos previstas en la legislación general (art. 20.2 LE).

Se reconoce legitimación para intervenir en procedimientos administrativos y en los procesos contenciosos relativos a extranjería a organizaciones creadas para la defensa de los derechos de extranjeros (art. 20.3 y 4 LE).

Se reconoce el derecho a recurrir actos y resoluciones administrativos, conforme a la legislación vigente<sup>109</sup>, así como el régimen de ejecución de actos administrativos dictados en materia de extranjería, sin otras especialidades que las previstas en la misma ley para los procedimientos de expulsión (art. 21 LE)<sup>110</sup>.

<sup>108</sup> Téngase en cuenta que los extranjeros residentes que hayan obtenido en España o en otro Estado de la Unión un permiso de residencia de larga duración deben tener derecho desde el 23 de enero de 2006 a la igualdad de trato con los españoles en los beneficios fiscales [arts. 11.1.e) y 21.1 de la Directiva 2003/109].

<sup>109</sup> VIDAL FUEYO, M. C., «La nueva ley ...», *cit.*, pp. 204 y 205, considera criticable, aunque no sea inconstitucional, que no sea necesario motivar la denegación de visado (art. 27.4 LE), por cuanto resta posibilidades de recurrir el acto administrativo, aunque esto no viole ningún derecho fundamental.

<sup>110</sup> CANO BUESO, J., *op. cit.*, p. 27, considera inconstitucional la norma contenida en el artículo 63.4 LE, puesta en relación con la del artículo 21.1 LE, en la medida en que la ejecución inmediata de un acto administrativo impide el acceso a la tutela judicial efectiva, ya que este derecho «se satisface facilitando que la ejecutividad pueda ser sometida a la decisión de un Tribunal y que éste resuelva sobre la suspensión del acto» (arg. STC 78/1996).

FERNÁNDEZ SEGADO, F., *op. cit.*, pp. 93 y 94, en cambio, no aprecia inconstitucionalidad, con base en la doctrina contenida en la STC 115/1987.

Se reconoce sólo a los extranjeros residentes el derecho a la justicia gratuita en las mismas condiciones que a los españoles en cualesquiera procesos (art. 22.2 LE). En cambio, sí se reconoce a todo extranjero que se encuentre en España, en las mismas condiciones que a los españoles, el derecho a la justicia gratuita en «los procedimientos administrativos o judiciales que puedan llevar a la denegación de su entrada, a su devolución o expulsión del territorio español y en todos los procedimientos en materia de asilo», teniendo en este caso derecho a intérprete, si no comprenden ni hablan la lengua oficial que se utilice (art. 22.1 LE).

En la STC 95/2003 (ponente, el magistrado Giménez Sánchez) se declaró inconstitucional el artículo 2.a) de la ley de asistencia jurídica gratuita, por considerar que de ese beneficio no se podía privar a cualquier persona que, encontrándose en España, reuniese las condiciones exigidas para los españoles, en todo tipo de procesos y con independencia de la legalidad o ilegalidad de su situación. Esta decisión se fundamentó en que el beneficio de justicia gratuita, aunque no está mencionado entre los derechos recogidos en el título primero de la Constitución, sino en su artículo 119, es instrumental respecto al derecho a la tutela judicial efectiva, inherente a la persona. Hubo, sin embargo, tres magistrados que formularon otros tantos votos particulares. Conde Martín de Hijas advirtió que el beneficio de justicia gratuita no se encuentra en el artículo 24 CE, sino en el artículo 119 CE, por lo tanto, como un mandato de configuración legal, y que los textos internacionales no contemplaban dicho beneficio, por lo que el legislador podía o no reconocerlo a los extranjeros, conforme al artículo 13.1 CE. García-Calvo y Montiel admitió que, si bien este beneficio no puede negarse a todo extranjero, tampoco ha de reconocerse a todo extranjero, esto es, con independencia de la legalidad de su residencia en España, de modo que, una vez que la ley de asistencia jurídica gratuita ya lo concedió para litigar en procesos contencioso-administrativos, no era obligado extenderlo a todos los extranjeros ni a todos los procesos. Por su parte, Rodríguez-Zapata Pérez formuló otro voto, pero concurrente, advirtiendo que la Constitución no impone la identidad entre españoles y extranjeros en relación con el beneficio de justicia gratuita, por lo que son posibles diferencias de trato razonables y proporcionadas entre unos y otros.

En mi opinión, siendo coherente con las premisas que he sentado, no estando el beneficio de justicia gratuita reconocido en el artículo 24 CE, como uno de los derechos reconocidos a todos, y no siendo inherente a la dignidad de la persona, sino que está formulado en términos genéricos, puesto que no está referido a todos ni sólo a los españoles, la Constitución no impide que se establezcan condiciones específicas para los extranjeros, siempre que no produzcan como resultado una denegación de acceso a la justicia, pues es instrumental respecto al derecho a la tutela judicial efectiva, y si persiguen un fin constitucionalmente legítimo y son proporcionadas a ese fin. Ahora bien, considero que la cláusula general de igual protección contenida en el artículo 26 PIDCyP obliga a someter al test de razonabilidad cualquier diferencia de trato por razón de la nacionalidad, también en el acceso al beneficio de justicia gratuita, aunque en dicho Pacto no se mencione como uno de los derechos en él reconocidos. Lo que sucede es que, si, como ordena esta sentencia, el requisito de residencia en España es interpretado como situación de hecho, con independencia de que sea legal o no, parece que ningún extranjero que se encuentre en España verá denegado su acceso a la justicia por insuficiencia de recursos económicos, por aplicación del artículo 22 LE.

Ahora bien, ¿y los extranjeros que no se encuentren en España? ¿No gozan éstos del beneficio de justicia gratuita, cuando hayan de litigar ante la Administración de justicia española, por cualquier causa? Si, siguiendo la lógica de la STC 95/2003, tal beneficio es instrumental respecto al derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la justicia, y si este derecho es uno de los inherentes a la persona, como exigencia del respeto a su dignidad, la conclusión no puede ser otra que no excluir a nadie, tampoco a los extranjeros, siendo indiferente el lugar en el que residan y cuál sea la cuestión litigiosa o el objeto del proceso, cuando litiguen ante la Justicia española <sup>111</sup>.

Además, en el propio artículo 119 CE se ordena que la justicia sea gratuita «[...] en todo caso, para quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar», de lo que no cabe deducir que a este beneficio sólo puedan acceder los españoles y aquellos extranjeros a quienes un tratado o una ley lo extiendan, como si se tratara de un beneficio constitucionalmente reconocido a los españoles. Ese «en todo caso» impide excluir a cualquier categoría de personas, de aquellas que acrediten insuficiencia de recursos para litigar, aunque no creo que prohíba cualquier distinción <sup>112</sup>. La llamada que en ese precepto se hace a la ley es para impedirle que excluya del beneficio a alguien que acredite dicha insuficiencia, así como para permitirle que puedan gozar de ese beneficio no sólo aquellos que acrediten insuficiencia de recursos. Entonces, la ley no podría negar a extranjeros dicho beneficio, si acreditan insuficiencia de recursos, pues se estaría violando el mandato contenido en el artículo 119 CE y, según la STC 95/2003, el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), así como la prohibición de discriminación contenida en el artículo 26 pr. PIDCyP. Ahora bien, si la ley reconociera sólo a los españoles el beneficio de justicia gratuita, en todo caso, mientras que a los extranjeros sólo se lo reconociera si probasen insuficiencia de recursos, no se estaría violando el artículo 119 CE, ni el derecho a la tutela judicial efectiva, sino, acaso, la prohibición de discriminar contenida en el artículo 26 pr. PIDCyP <sup>113</sup> y, por esto, el artículo 96 CE. Ahora bien, he de advertir inmediatamente que, tratándose de algo que no está constitucionalmente reconocido sólo a los españoles, si la ley que regula el beneficio de justicia gratuita no hace distinción por razón de la nacionalidad, todos los que acrediten recursos inferiores al umbral que establezca, tendrán derecho a gozar de él.

<sup>111</sup> Ciertamente lo ha advertido AMORES CONRADI, M. A., «Constitución española y proceso civil internacional. Un balance», en *Pacis artes, Obra homenaje al profesor J. D. González Campos*, t. II, pp. 1203-1207, poniendo de manifiesto la inconsecuencia de esta sentencia con sus propias premisas y, además, que el ámbito propio de aplicación de la Constitución española no es el territorio español, sino el ámbito de actuación del poder público español, «con completa independencia de que los sujetos del proceso sean o no españoles y estén o no en España, y con completa independencia también de que las situaciones a enjuiciar se hayan desarrollado o no total o parcialmente en España o en el extranjero», si ese poder es también la Administración de justicia española. Es difícil no estar de acuerdo con estas afirmaciones.

<sup>112</sup> La fijación de ese umbral, en la medida en que pueda o deba tener en cuenta el mínimo vital necesario, podría extraer consecuencias de las diferencias en el coste de la vida o de la configuración más o menos amplia de la unidad familiar según el país de residencia, en cuanto a la determinación de ese mínimo y, en tal caso, podría ser diferente ese umbral, en función de que se tratase de residentes y no residentes en España y, en relación a estos últimos, en función de cuál fuera su país de residencia.

<sup>113</sup> Téngase en cuenta que tal diferencia de trato no negaría, ni impediría ni obstaculizaría el derecho a la tutela judicial efectiva de los extranjeros con recursos suficientes para litigar, sino que «tan sólo» afectaría al coste económico de su acceso a la jurisdicción.

Pues bien, como, tanto el artículo 2.a) de la Ley 1/1996, de asistencia jurídica gratuita, como el artículo 22 LE niegan, antes y después de interpretarlas conforme a la STC 95/2003, el beneficio de justicia gratuita a extranjeros que no se encuentren en España, aunque carezcan de recursos suficientes para litigar, estamos ante una regla que viola los artículos 24.1 y 119 CE, 26 pr. PIDCyP y 96 CE, pero que no parece posible resolver sin modificar esas normas o sin su declaración de inconstitucionalidad.

La doctrina contenida en dicha sentencia, en fin, sólo es aprovechable para poner de manifiesto, por si hiciera falta, la conexión entre el beneficio de justicia gratuita y el derecho a la tutela judicial efectiva, al menos, en los casos de personas que acrediten insuficiencia de recursos para litigar. Sin embargo, resulta completamente desafortunada, por no decir irrazonable, al admitir como criterio de distinción que el extranjero se encuentre o no en España <sup>114</sup>. Esa doctrina sólo pone las cosas en su sitio para los extranjeros que, encontrándose en situación irregular en España, carezcan de recursos para litigar.

## 2.5 MEDIDAS ANTIDISCRIMINATORIAS

En el artículo 23.1 LE se contiene una cláusula general antidiscriminatoria, comprensiva de algunas discriminaciones directas e indirectas, que afecten a los derechos humanos y a las libertades fundamentales <sup>115</sup>, cuyo sentido no se comprende bien, teniendo en cuenta la protección que se les dispensa por lo que resulta del artículo 13.1 CE, puesto en relación con las cláusulas antidiscriminatorias contenidas en textos internacionales (arts. 2.1 y 7 DUDH, 2.1 y 26 PIDCyP, 2.2 y 3 PIDESyC y 14 CEDH). Algunas consideraciones merece, pues, esta cláusula general.

La primera consiste en que entre los criterios de distinción prohibidos no se encuentra el del sexo, ni el del nacimiento, por citar dos de los incluidos en la cláusula del artículo 14 CE, como tampoco el de la lengua, ni otros mencionados en el artículo 26 PIDCyP, como son las opiniones, el origen social, la posición económica o cualquier otra condición social. La ley puede no extender a los extranjeros la cláusula antidiscriminatoria, contenida en el artículo 14 CE, en todo o parte de su contenido, pero lo que no puede es recortarles la protección que ya tenían, con base en la cláusula antidiscriminatoria, contenida en el artículo 26 PIDCyP, o en las contenidas en otros tratados <sup>116</sup> (arts. 10.2, 13.1 y 96 CE). Lo que sucede es que esa protección la mantienen, puesto que esta ley no impide hacer valer tales tratados, como, por lo demás, resulta del artículo 3.1 LE.

<sup>114</sup> ¿Bastaría con que el extranjero acreditase que se encuentra en España el día que interpone la demanda o el día en que la contesta?

<sup>115</sup> «A los efectos de esta Ley, representa discriminación todo acto que, directa o indirectamente, conlleve una distinción, exclusión, restricción o preferencia contra un extranjero basada en la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico, las convicciones o prácticas religiosas, y que tenga como fin o efecto destruir o limitar el reconocimiento o el ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en el campo político, económico, social o cultural» (art. 23.1 LE).

<sup>116</sup> Por ejemplo, sobre el sexo como criterio de diferenciación, ha de tenerse presente, específicamente, la Convención de Naciones Unidas de 1979 sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, vigente en España desde el 4 de febrero de 1984.

Por lo tanto, criterios de distinción sospechosos de discriminación no son sólo los citados en el artículo 23.1 LE, sino todos los que lo han sido en los tratados suscritos por España. La consecuencia de emplear uno de estos criterios para establecer diferencias de trato en perjuicio de extranjeros es que tales diferencias habrán de superar el test de proporcionalidad más estricto. Es más, podría entenderse, para dar un sentido protector a la cláusula antidiscriminatoria contenida en esta ley, que no la haga irrelevante ni inconstitucional, que los criterios de distinción que menciona no pueden ser empleados, es decir, que generan distinciones prohibidas, sin necesidad de someterlas a test alguno.

La segunda consiste en que tampoco ahora se ha introducido la nacionalidad como criterio sospechoso de discriminación. No se prohíbe distinguir entre nacionales y extranjeros, ni entre éstos, por razón de su nacionalidad. Seguimos, pues, con la cláusula general de igualdad sin discriminación, contenida en el artículo 26 pr. PIDCyP, y las contenidas en los demás tratados, ninguno de los cuales menciona la nacionalidad como uno de tales criterios.

En consecuencia, las distinciones por razón de la nacionalidad seguirían, también en el plano infralegal, sujetas al test menos estricto de razonabilidad, a menos que perjudiquen a españoles, por cuanto a éstos sí les es aplicable la cláusula antidiscriminatoria, contenida en el artículo 14 CE, que sí comprende cualquier condición, de modo que el test a aplicar sería el más estricto, cuando afecten a derechos fundamentales. Respecto a los demás criterios diferenciadores, el test a aplicar es el mismo para cuando sean perjudicados españoles o extranjeros, por lo que resulta de los artículos 14 CE y 26 PIDCyP.

En el artículo 23.2 LE se contiene una lista de conductas que, en todo caso, son discriminatorias. Su sentido lógico sería reforzar la cláusula general antidiscriminatoria, especificando algunas conductas que, en todo caso, están prohibidas, sin necesidad de plantearse si quedan o no comprendidas en la cláusula general. Pues bien, no es exactamente esto lo que resulta de esta lista.

En primer lugar, se refiere a los actos llevados a cabo por funcionarios o personal encargado de servicios públicos, pero parece que sólo quedan prohibidos cuando se trate de aquellos que sean en sí mismos discriminatorios y estén prohibidos por la ley, con lo cual la propia ley desactivaría su cláusula general antidiscriminatoria, ya que no se trata de actos que se califican de discriminatorios por ir dirigidos contra un extranjero por su condición de tal, por su nacionalidad, raza, etnia o religión, sino que se trata de actos discriminatorios, que no serán ilícitos sin más, sino cuando, además, estén prohibidos por la ley y perjudiquen a un extranjero, pero sólo cuando se emplee alguno de estos criterios diferenciadores, con lo cual, se podrían salvar discriminaciones de extranjeros cuando no estén explícitamente prohibidas por la ley o cuando respondan a otros criterios de diferenciación<sup>117</sup>. Considero que, como mínimo, éstos

<sup>117</sup> «En cualquier caso, constituyen actos de discriminación:

a) Los efectuados por la autoridad o funcionario público o personal encargados de un servicio público, que en el ejercicio de sus funciones, por acción u omisión, realice cualquier acto discriminatorio prohibido por la ley contra un ciudadano extranjero sólo por su condición de tal o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad» [art. 23.2.a) LE].

pueden hacer valer la cláusula general antidiscriminatoria, así como las genéricas o específicas de los tratados firmados por España <sup>118</sup>.

En segundo lugar menciona los actos que impliquen denegación, imposición de condiciones más gravosas o resistencia a proporcionar bienes o servicios ofertados al público <sup>119</sup>. Pero resulta que, en tercer lugar, se refiere a la denegación, mayor gravedad, limitación o resistencia a facilitar acceso al trabajo, la vivienda, la educación <sup>120</sup>, la formación profesional, cualquier servicio social o socioasistencial y cualquier otro derecho reconocido en la propia ley, si bien sólo cuando sean llevadas a cabo en perjuicio de extranjeros que se encuentren regularmente en España y si esas conductas no están justificadas <sup>121</sup>, lo cual, o va dirigido a dejar sin efecto la cláusula general antidiscriminatoria o hace irrelevante el supuesto, dado que ya la cláusula general permite considerar discriminatorias esas conductas cuando afecten a derechos humanos o libertades fundamentales, a menos que se deba entender que las discriminaciones relativas a los derechos reconocidos en la propia ley no están comprendidas en la cláusula general del artículo 23.1 LE, con lo que no estoy de acuerdo, al menos, cuando se trate de tales derechos o libertades fundamentales.

En cuarto lugar, se considera discriminatorio impedir el ejercicio de actividades económicas a extranjeros con residencia legal en España <sup>122</sup>, lo cual me parece, como ya dije anteriormente, no sé si un reconocimiento a algunos extranjeros de la libertad de empresa, en principio, en las mismas condiciones que a los españoles, o una nega-

<sup>118</sup> Así las cosas, carecería de sentido plantearse si genera responsabilidad adoptar el criterio de pertenencia a una raza para que un agente de policía pida la documentación, ya que pedir la documentación no es un acto discriminatorio prohibido en general por la ley, por el que un extranjero tenga derecho a sentirse discriminado, ya que su objeto es, precisamente, comprobar si es o no extranjero y, si lo es, si tiene el permiso de residencia.

En cambio, en la STC 13/2001 se resolvió un amparo, en el que se discutía si adoptar ese criterio de selección era o no discriminatorio. Discusión que no tendría relevancia alguna ya, tal y como está redactado el artículo 23.2.a) LE. Sí la tendría si se suprimiera la frase «prohibido por la ley» o si se entendiera que con esa frase no se agrega una condición adicional a la de que el acto sea discriminatorio, como obliga a entender la cláusula general antidiscriminatoria del artículo 23.1 LE. Habría, por lo tanto, que recurrir a las cláusulas generales de igualdad sin discriminación, contenidas en los tratados suscritos por España.

Esta sentencia, con todo, no proporciona argumento en contra de la consideración aquí sostenida, en virtud de la cual el artículo 14 CE, en sí mismo considerado, sólo ampara a los españoles, ya que en el caso de autos la recurrente en amparo, a quien se pidió la documentación por el color de su piel, resultó ser española.

<sup>119</sup> «En cualquier caso, constituyen actos de discriminación:

b) Todos los que impongan condiciones más gravosas que a los españoles, o que impliquen resistencia a facilitar a un extranjero bienes o servicios ofrecidos al público, sólo por su condición de tal o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad» [art. 23.2.b) LE].

<sup>120</sup> Adviértase que la propia ley admite o no impide la discriminación de extranjeros residentes en el acceso a la educación infantil no obligatoria y al sistema de ayudas a este nivel de educación (art. 9.2 y 3).

<sup>121</sup> «En cualquier caso, constituyen actos de discriminación:

c) Todos los que impongan ilegítimamente condiciones más gravosas que a los españoles o restrinjan o limiten el acceso al trabajo, a la vivienda, a la educación, a la formación profesional y a los servicios sociales y socioasistenciales, así como a cualquier otro derecho reconocido en la presente Ley Orgánica, al extranjero que se encuentre en situación regular en España, sólo por su condición de tal o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad» [art. 23.2.c) LE].

<sup>122</sup> «En cualquier caso, constituyen actos de discriminación:

d) Todos los que impidan, a través de acciones u omisiones, el ejercicio de una actividad económica emprendida legítimamente por un extranjero residente legalmente en España, sólo por su condición de tal o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad» [art. 23.2.d) LE].

ción de esta libertad a los extranjeros no residentes –esto no está justificado como regla general– o residentes ilegales.

Finalmente, se proporciona un concepto de discriminación indirecta de trabajadores<sup>123</sup>. Se sigue sin incluir los criterios de sexo, nacimiento, etc., citados en el artículo 26 PIDCyP, como tampoco los del artículo 2.2 PIDEsC, cuyo artículo 6 recoge el derecho al trabajo. Pues bien, una vez más, he de afirmar que esta regla, contenida en el artículo 23.2.e) LE, no puede recortar la protección de los extranjeros, que resulta de los citados Pactos, por exigirlo lo establecido en los artículos 10.2, 13.1 y 96 CE.

Constátase, por lo expuesto, en primer lugar, que en las reglas específicas, contenidas en el artículo 23.2.a) y c) LE se limita la protección que resulta de la cláusula general contenida en el mismo artículo 23.1 LE, en lugar de reforzarla. En segundo lugar, recuérdese que esta cláusula general ya recortaba la protección que para los extranjeros resulta de la contenida en el artículo 26 PIDCyP y otras contenidas en otros tratados. Sin necesidad de declarar la inconstitucionalidad de tales recortes, las normas contenidas en los artículos 10.2, 13.1 y 96 CE permiten garantizar la protección que resulta de los tratados, puesto que impiden considerar que sólo es discriminatorio lo que esta ley dice que lo es: lo será todo aquello que lo sea según tales tratados. En tercer lugar, adviértase que en estas reglas específicas sí se ha introducido el criterio de la nacionalidad o el hecho de ser extranjero como una de las distinciones discriminatorias, en lo cual sí se va más allá de lo que se establece en la cláusula general del artículo 23.1 LE y de las contenidas en los tratados. Y, finalmente, observar que, en cambio, se ha seguido omitiendo la inclusión de criterios de distinción tan sospechosos de discriminación, como son el sexo, el nacimiento, las opiniones, la situación social, la lengua, etc., de los mencionados en el artículo 26 PIDCyP y demás cláusulas antidiscriminatorias contenidas en tratados suscritos por España, que no por esto dejan de ser alegables y aplicables (arg. arts. 10.2, 13.1 y 96 CE).

Por lo demás, cualesquiera infracciones, tanto las tipificadas singularmente como las encuadrables sólo en la cláusula genérica, son calificadas como muy graves, cuando se basen en motivos raciales, étnicos, nacionales o religiosos [art. 54.1.c) LE]. ¿Y cuando sea por otros motivos? No están tipificadas como infracciones. La sanción de las muy graves consiste en la imposición de una multa de entre 6.001 y 60.000 € [art. 55.1.c) LE]. En la medida en que la falta de sanción de las discriminaciones de extranjeros contrarias a los tratados suscritos por España, pero no tipificadas como infracción por esta ley, implique una menor protección de los extranjeros, se violaría el artículo 26 PIDCyP y, por esto mismo, serían inconstitucionales (arg. arts. 13.1 y 96 CE). Aunque no hubiera sanción administrativa, frente a tales conductas se tendría la protección que frente a la discriminación proporciona la legislación especial sobre consumidores<sup>124</sup> o trabajadores, o la general por la vía de la responsa-

<sup>123</sup> «Constituye discriminación indirecta todo tratamiento derivado de la adopción de criterios que perjudiquen a los trabajadores por su condición de extranjeros o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad» [art. 23.2.e) LE].

<sup>124</sup> Por ejemplo, el derecho del consumidor o usuario a optar entre las condiciones pactadas singularmente, las contenidas en las condiciones generales y las incluidas en la publicidad (art. 8 LGCU 26/1984). Pero también la sanción administrativa, por la infracción tipificada en el artículo 3.2.8 del RD 1945/1983, por la negativa infundada a satisfacer las demandas del consumidor o usuario y de expendedores o distribuidores, producidas de buena fe o conforme al uso establecido, cuando su satisfacción

bilidad civil, que, en modo alguno, pueden entenderse excluidas por los artículos 23, 54 y 55 LE, para aquellas conductas que no tipifica como discriminatorias, pero que lo son conforme a los tratados suscritos por España.

Por último, en el artículo 24 LE se amplía a los extranjeros la facultad de acudir al procedimiento previsto en el artículo 53.2 CE para la tutela judicial frente a discriminaciones que impliquen vulnerar derechos y libertades fundamentales. No comprende, por lo tanto, otras lesiones de esos mismos derechos, es decir, cuando no haya habido discriminación. Esta extensión parcial es posible a tenor del artículo 13.1 CE, ya que el artículo 53.2 CE sólo se refiere a los ciudadanos. Ahora bien, como ya advertí, pudiera ser que tal equiparación a los españoles viniera exigida por las cláusulas de igualdad contenidas en tratados, especialmente, la de igual protección del artículo 26 pr. PIDCyP.

### III. CONCLUSIONES

#### I

Si sólo tuviéramos en cuenta el texto constitucional, la distinción nacional/extranjero quedaría como sigue:

- En aquello que es inherente a la dignidad de la persona todos están equiparados y deben seguir equiparados, sin diferencia alguna (arg. art. 10.1 CE).

- En lo demás, cuando se trata de derechos constitucionalmente reconocidos a todos o no sólo a los españoles, los extranjeros están, en principio, equiparados a los españoles, siendo posible que tratados o leyes introduzcan diferencias de trato, que pueden afectar, incluso, a su contenido esencial (arg. arts. 13.1, 14 *a contrario* y 53.1 también *a contrario* CE). Si tales diferencias son favorables a extranjeros, en perjuicio de españoles, éstos sí pueden invocar la cláusula antidiscriminatoria del artículo 14 CE (condición personal), de modo que habrían de superar un test estricto de proporcionalidad, si bien son posibles medidas de discriminación positiva de extranjeros (arg. art. 9.2 CE). Si tales diferencias son desfavorables para los extranjeros, no pueden ser arbitrarias, ni contrarias a la dignidad de la persona y habrán de superar el test de legitimidad de restricción de la libertad (arg. arts. 1.1, 9.3 y 10.1 CE).

- Cuando se trata de derechos reconocidos constitucionalmente sólo a los españoles, los extranjeros, de entrada, no gozan de ellos, en tanto no lo establezca un tratado o una ley, pudiendo extenderse en condiciones no comparables con las de los españoles, incluso, cuando se trate de derechos reconocidos en el capítulo II del título primero de la Constitución (arg. arts. 13.1 y 14, éste *a contrario*, CE), con

---

esté dentro de las disponibilidades del vendedor o prestador habitual, así como cualquier forma de discriminación con respecto a las referidas demandas». Y, por supuesto, también se podrá hacer valer el derecho a contratar con el prestador del servicio, cuando así esté establecido (ya lo establecían los RRDD 1457/1986 y 58/1988, sobre reparación de vehículos automóviles y aparatos de uso doméstico). Me remito a lo que expuse en «Protección de los intereses económicos y sociales de los consumidores y usuarios. Comentario a los artículos 9 y 10 del Estatuto de consumidores y usuarios de la Comunidad Valenciana», coord. por CUÑAT EDO, V., Valencia, 1993, p. 76-81.

mayor motivo, cuando se trate de cualesquiera de los recogidos en el capítulo III (arg. arts. 13.1, 14 *a contrario* y 53.3 *a fortiori* CE).

– Excepción a la posible equiparación de extranjeros y españoles: derechos reconocidos sólo a los españoles, cuya extensión a los extranjeros está prohibida por la propia Constitución (arts. 13.2 y 23 CE).

## II

En cambio, teniendo en cuenta no sólo el texto constitucional, sino también las cláusulas de igualdad contenidas en tratados suscritos por España, como imponen los artículos 13.1, 10.2 y 96 CE, atendiendo especialmente a la cláusula general de igualdad sin discriminación, formulada en el artículo 26 pr. PIDCyP, la distinción nacional/extranjero queda como sigue:

– Regla general de equiparación de los extranjeros a los españoles, salvo diferencias de trato no discriminatorias, que puedan introducir tratados o leyes –hasta aquí, es lo previsto en el artículo 27 CC, generalizándolo a todos los derechos–, que habrán de superar un test de razonabilidad más –las favorables a los extranjeros– o menos –las favorables a españoles o sólo a algunos extranjeros– estricto, siempre que superen el de legitimidad de la restricción de la libertad, si ésta se ve afectada, aunque sin la garantía del respeto al contenido esencial (arg. arts. 1.1, 9.3, 10.1, 14 y 53.1, éste *a contrario*, CE).

– Excepción a la regla general de equiparación: derechos reconocidos sólo a los españoles, cuya extensión a los extranjeros está prohibida por la propia Constitución (arts. 13.2 y 23 CE).

– Excepción a la regla, también general, de posibles diferencias de trato por razón de la nacionalidad: en todo aquello que es inherente a la dignidad de la persona todos están equiparados y deben seguir equiparados, sin diferencia alguna (arg. art. 10.1 CE).

El «cambio» y el progreso producidos son apreciables: pasar del trato diferente, con posibilidad de equiparación por tratados o leyes, como regla general, a la equiparación como tal regla, salvo diferencias de trato que puedan introducirse por tratados o leyes.

En mi opinión, el bloque de constitucionalidad ha asumido y generalizado el criterio formulado en la legislación liberal<sup>125</sup>. También lo ha constitucionalizado, en el sentido de exigir que eventuales restricciones de la libertad superen el tests de legitimidad, así como que las diferencias de trato que puedan establecerse por razón de la nacionalidad superen el de no discriminación.

<sup>125</sup> RD de extranjería de 17 de noviembre de 1852, artículos 27 CC y 15 CCOM, por citar sólo las normas sustantivas.

Sin embargo, esa legislación no impidió, sino que convivió o, al menos, coexistió a lo largo de buena parte del siglo pasado con una normativa que instauró la arbitrariedad administrativo-policial en lo relativo a la entrada, permanencia y salida/expulsión de extranjeros, y que siguió informando la práctica «administrativa» aun después de entrar en vigor la Constitución y, por supuesto, el Pacto internacional de derechos civiles y políticos, por lo menos hasta la toma de postura claramente garantista en esta materia por parte del Tribunal Supremo, como puso de manifiesto BORRAJO INIESTA, I., *op. cit.*, p. 706, 707 y 718-722.

Adviértase, sin embargo, que tal cambio no se produjo tras la entrada en vigor de la Constitución, esto es, en virtud de una opción del legislador sino en ese mismo momento, ya que con anterioridad ya estaba en vigor la cláusula general de igualdad sin discriminación contenida en el artículo 26 pr. PIDCyP. No nos equivocamos si entendemos que se trató de una decisión del mismo constituyente, si bien descompuesta en distintos niveles normativos.

### III

La ley reguladora de los derechos y libertades de los extranjeros no contiene una regla general de equiparación de los extranjeros a los españoles. Sólo por esto no es inconstitucional, ya que no desmiente la regla general de igualdad e igual protección, que resulta de la Constitución más los tratados.

La distinción que en esta ley se impone en tantas ocasiones entre titularidad y ejercicio de los derechos por los extranjeros, haciendo de su situación legal en España una condición de ejercicio, conduce a la negación de derechos a extranjeros, en no pocas ocasiones, en contra de lo que resulta de las exigencias constitucionales, bien porque niega derechos inherentes a la persona, bien porque, al adoptar ese criterio de la legalidad de la situación en España, comprime ilegítimamente ámbitos de libertad constitucionalmente garantizados a todos o de modo impersonal, o genera diferencias de trato injustificadas respecto a los españoles, que no superan en ocasiones ni siquiera el test de mera racionalidad (ejemplo, intimidación familiar). Esto es lo que, como regla general, sucede cuando se ocupa de derechos y libertades no directamente concernidos por la protección social: intimidación familiar, asociación, especialmente. Esta ley parece ignorar a los extranjeros que no se encuentran en España, tanto en el ámbito de esos derechos como en el de la protección social: asociación, libertad de empresa, beneficio de justicia gratuita, por ejemplo.

Las medidas antidiscriminatorias previstas en esta ley –sobre todo, las específicas– aparecen formuladas en términos tales, que, en muchos casos, no sólo no incrementan la protección de los extranjeros frente a conductas discriminatorias especialmente perjudiciales para sus intereses vitales, sino que, además, parecen restringir no sólo la prohibición de discriminación que resulta de la Constitución más el Pacto internacional de derechos civiles y políticos, sino, incluso, la ya poco generosa cláusula general antidiscriminatoria contenida en la propia ley, cuando se trata de extranjeros que no se encuentran en España o que se encuentran en situación ilegal. Éstos parecen ser los destinatarios de unas reglas, en ocasiones, dirigidas a desprotegerles.

### ABSTRACT

The Spanish Constitution does not contain a general clause of equality between the foreigners and the Spaniards, although it prohibits the abuse (art. 9.3) and guarantees the respect to the dignity (art. 10.1), reason why the negative differences of treatment to the foreigners or some foreigners would only have to pass the rational basis scrutiny. As the equality before the law is recognized only the Spaniards (art. 14), it allows to understand that the treatment differences that are to them negative because of the nationality will have to pass one more or less strict scrutiny of reasonability.

The Constitution also recognizes certain rights all people or in impersonal way, this is, independently of the nationality, although some rights are only recognized the Spaniards. When the Constitution appeals in art. 13.1 to treaties and laws, so that they establish the terms in which the foreigners will enjoy the rights and freedoms constitutionally recognized, allows to differentiate two areas: the one of the rights recognized all or in impersonal way, which the foreigners will enjoy, with no need of law nor treaty, in principle, in the same conditions that the Spaniards, in as much a law or a treaty does not establish different conditions of exercise; and the one of the rights recognized the Spaniards, whom the foreigners but in the conditions anticipated by treaties and the laws will not enjoy. That second rule last also for guarantees such as the one of the respect to the essential content of the rights (art. 53.1), in spite of the doctrine contained in STC 115/1987. Yet, any restriction of one freedom constitutionally guaranteed –the rights recognized all or not only the Spaniards– it will only be possible if it is directed to obtain a legitimate aim and if it is adequated to his attainment.

As when taking effect the Constitution already were it the International Civil and Political Rights Pact (New York 1966), we have to understand that the foreigners remained protected by the general clause of equality without discrimination, contained in art. 26 of this Pact, so that the treatment differences would have to pass the reasonability scrutiny, although in this clause the difference of treatment based on the nationality is not considered specially suspicious, like something possibly different from the national origin.

The spanish law of rights and freedoms of the foreigners either does not contain a general rule of equality between the foreigners and the Spaniards. Is extremely insidious the generalization such law does of the legality or not of the situation of the foreigner in Spain, like differentiating criterion for the recognition of rights and freedoms constitutionally recognized sometimes not only the Spaniards. In addition, it ignores and, therefore, not having opted for the equality as the general rule, it denies the foreigners who are not in Spain rights and benefits constitutionally recognized not only the Spaniards. And, finally, it contains like measures against discrimination some directed to notice that the foreigners who are not in Spain in legal situation does not deserve any protection by such way. All this generates numerous unconstitutional rules.

## RÉSUMÉ

La Constitution espagnole ne contient pas une clause générale d'équiparation des étrangers aux Espagnols, bien qu'en effet elle interdise l'arbitraire (art. 9.3) et garantisse le respect à la dignité (art. 10.1), ce pourquoi les différences de traitement défavorables aux étrangers ou à quelques étrangers doivent seulement dépasser l'essai de rationalité. Comme l'égalité devant la loi est reconnue seulement aux Espagnols (art. 14), il permet de comprendre que les différences de traitement qui leur sont défavorables pour raisons de la nationalité en effet devront dépasser un essai de raisonabilité ou proportionnalité, plus ou moins strict.

La Constitution reconnaît des droits à tous et aussi de manière impersonnelle, c'est-à-dire, indépendamment de la nationalité, bien qu'elle reconnaisse quelques seulement aux Espagnols. En étant remis dans son art. 13.1 aux traités et aux lois, pour qu'ils établissent les termes dans lesquels les étrangers jouiront les droits et les libertés constitutionnellement reconnus, il permet de différencier deux domaines: celui des droits reconnus à tous ou de manière impersonnelle, dont jouiront les étrangers, sans avoir besoin de loi ni de traité, en principe, dans les mêmes conditions que les Espagnols, à moins qu'une loi ou un traité n'établissent pas de conditions d'exercice différentes; et celui des droits reconnus aux Espagnols, dont ne jouiront pas les étrangers mais dans les conditions prévues par les traités et les lois. Ceci dernier vaut aussi pour garanties comme celle du respect au contenu essentiel des droits (art. 53.1), malgré la doctrine contenue dans la STC 115/1987. Cependant, toute restriction des domaines de liberté constitutionnellement garantis –les droits reconnus à tous ou non seulement aux Espagnols– sera seulement possible si elle est dirigée à obtenir une fin légitime et si elle est adéquate à sa réalisation.

Comme en entrant en vigueur la Constitution l'était déjà l'Accord international de droits civils et politiques (New York 1966), nous devons soutenir que les étrangers sont restés encore protégés par la clause générale d'égalité sans discrimination, contenue dans l'art. 26 de cet Accord, de sorte que les différences de traitement qui leur étaient défavorables aient dû dépasser un essai de raisonabilité ou proportionnalité, même si dans cette clause on ne considère pas spécialement suspecte la différence de traitement pour motif de nationalité, comme quelque chose possiblement différente à l'origine nationale.

La loi espagnole sur droits et libertés des étrangers ne contient pas non plus une règle générale d'équiparation des étrangers aux Espagnols. Il s'avère suprêmement critiquable la généralisation que fait de la légalité ou non de la situation de l'étranger en Espagne, comme critère différenciateur pour la reconnaissance de droits et libertés constitutionnellement reconnus parfois non seulement aux Espagnols. En outre, elle ignore et, par conséquent, n'optant pas pour l'équiparation comme règle générale, nie aux étrangers qui ne sont pas trouvés légalement en Espagne des droits et des bénéfices reconnus constitutionnellement non seulement aux Espagnols. Et, finalement, elle présente comme mesures antidiscriminatoires quelques visantes à signaler que ne sont pas protégés les étrangers qui ne se trouvent pas en Espagne en situation légale. Tout ça produit des nombreuses règles inconstitutionnelles.



# EL DERECHO A LA JUSTICIA DE LAS VÍCTIMAS DE LOS CRÍMENES MÁS GRAVES DE TRASCENDENCIA PARA LA COMUNIDAD INTERNACIONAL <sup>1</sup>

DANIEL GARCÍA SAN JOSÉ

Profesor de Derecho Internacional Público  
en la Universidad de Sevilla

## SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.—II. LA PROGRESIVA TOMA EN CONSIDERACIÓN POR EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS DE GRAVES VIOLACIONES DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE NORMAS DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO.—III. LA ACCIÓN DE NACIONES UNIDAS A FAVOR DE LAS VÍCTIMAS: ESPECIAL REFERENCIA A LA COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS Y A LOS TRABAJOS DE LOS RELATORES ESPECIALES.—IV. LA CONSIDERACIÓN ANTE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS DE CRÍMENES CONTRA EL DERECHO INTERNACIONAL: 1. *El derecho a la justicia*: 1.a) *El derecho de acceso a un tribunal*. 1.b) *El derecho a la participación procesal*. 2. *El derecho a la reparación*.—V. CONCLUSIONES.

## I. INTRODUCCIÓN

El presente estudio, que engarza diversos sectores del Derecho internacional público, pretende examinar si se ha suplido —y de ser así, en qué medida— un vacío normativo en cuanto al reconocimiento y protección efectiva de los derechos de las víctimas de graves violaciones contra el Derecho internacional cometidas tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz <sup>2</sup>. En concreto, se ha querido responder a

<sup>1</sup> El autor quiere expresar su agradecimiento a los profesores Rodríguez Carrión, Vilariño Pinto, Marquina Barrio, Rodríguez Manzano y Munich i Gasa por sus valiosos comentarios a este trabajo.

<sup>2</sup> En los *Principios y Directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del Derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, anexo al Documento E/CN.4/2004/57, de 1 de octubre de 2004, se establece, en el principio 8.º que «A los efectos del presente documento, se entenderá por víctima a toda persona que haya sufrido daños individual o colectivamente, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como

cuatro cuestiones: ¿tienen estas víctimas reconocido el derecho a la justicia impartida por Tribunales Penales Internacionales? ¿Pueden ejercer este derecho directamente ante tales instancias? ¿Cuál es el papel que a nivel procesal pueden desarrollar ante un Tribunal Penal Internacional encargado de juzgar a los responsables individuales de estos crímenes contra el Derecho internacional? ¿Qué mecanismos internacionales de reparación están a disposición de las víctimas de tales crímenes?

Se ha limitado el ámbito de investigación sólo a las víctimas de los más graves crímenes contra el Derecho internacional, identificados al objeto del presente estudio, como los crímenes de la competencia de la Corte Penal Internacional (en adelante la «CPI»): tal como enuncia el artículo 5 del Estatuto de Roma<sup>3</sup>: crímenes de genocidio, de lesa humanidad, de guerra y de agresión. Esta opción personal, ha tenido una doble consecuencia. Por una parte, no se han incluido otros *delicta iuris gentium*, aparte de los enunciados en el referido artículo 5 del Estatuto de Roma, como la piratería internacional y ciertos actos ilícitos cometidos a bordo de aeronaves porque, aunque los tipos penales están bien definidos en convenios internacionales, la responsabilidad penal se hace efectiva ante tribunales internos sobre la base del principio *aut dedere aut persequi*. Por otra parte, la voluntaria delimitación del objeto de investigación a la posición de las víctimas de graves crímenes contra el Derecho internacional ante la jurisdicción internacional penal ha exigido centrar nuestro análisis en el Estatuto de Roma y en los diversos instrumentos internacionales que lo desarrollan y complementan: las Reglas de Procedimiento y Prueba (en adelante «las Reglas»), aprobadas por

consecuencia de acciones u omisiones que constituyan una violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o una violación grave del derecho internacional humanitario. Cuando corresponda, y en conformidad con el derecho interno, el término «víctima» también comprenderá a la familia inmediata o las personas a cargo de la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para prestar asistencia a víctimas en peligro o para impedir la victimización». Por su parte, el principio siguiente, 9.º, añade que: «Una persona será considerada víctima con independencia de si el autor de la violación ha sido identificado, aprehendido, juzgado o condenado y de la relación familiar que pueda existir entre el autor y la víctima». Los Principios y Directrices Básicos en su versión definitiva se encuentran recogidos en el Documento E/CN.4/2005/59, de 21 de diciembre de 2004, aprobado por la Comisión de Derechos Humanos el 22 de abril de 2005. Se trata de la misma definición de víctimas que figura en los apdos. 1.º y 2.º de la Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985 de la Asamblea General de Naciones Unidas, que contiene la *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder*. Ambas definiciones contrastan con la que aparece recogida, con un carácter menos restrictivo en las Reglas de Procedimiento y Prueba («las Reglas») en concreto, en la Regla 85 que incluye la definición de víctimas), concretando y desarrollando el Estatuto de Roma. A la luz de esta regulación, el término víctima es lo suficientemente amplio como para comprender cuatro situaciones diferentes: a) aquellos individuos que directamente sufren un daño; b) las personas dependientes o familiares de una víctima directa que sufren indirectamente a causa de la victimización de ésta; c) personas que sufren un perjuicio al intervenir para evitar un daño a las víctimas; d) víctimas colectivas como asociaciones o entidades. Vide BASSIOUNI, Ch., «International Recognition of Victims Rights», *Terrorism, Victims' and International Criminal Responsibility*, SOS Attentats ed., París, 2003, p. 108. Para un estudio sobre la evolución de la noción de víctima en el Derecho Internacional, en particular, en el ámbito de la protección internacional de los derechos humanos, vide CANÇADO TRINDADE, A. A., «Co-existence and Co-ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights (at Global and Regional Levels)», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, tomo 202, 1987, pp. 243 a 299.

<sup>3</sup> Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI), de 17 de julio de 1998, aprobado por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una CPI, celebrada en Roma, del 15 de junio al 17 de julio de 1998 (A/CONF.183/9, de 17 de julio de 1998). Mediante Ley Orgánica 6/2000 se autorizó su ratificación por parte de España (BOE de 5 de octubre). La Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre establece la necesaria cooperación de las autoridades españolas con la Corte Penal (BOE núm. 296 de 11 de diciembre).

la Asamblea de Estados Parte en septiembre de 2002<sup>4</sup>; el Reglamento de funcionamiento de la CPI, adoptado el 26 de mayo de 2004 en sesión plenaria por los jueces que la integran de conformidad con el artículo 52 del Estatuto de Roma<sup>5</sup>; y el Reglamento del Fondo Fiduciario, también de 2004, establecido a favor de las víctimas de los crímenes de la competencia de la CPI en virtud del artículo 79 del Estatuto de Roma<sup>6</sup>.

Se trata de un tema, en mi opinión, no suficientemente estudiado, y sin embargo, del máximo interés como ha puesto de manifiesto el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas con su Resolución 1593 de 31 de marzo de 2005. En la misma, actuando en virtud del capítulo VII de la Carta, decidió este órgano trasladar a conocimiento de la CPI los hechos acaecidos en Darfur desde el 1 de julio de 2002 por si fueran constitutivos de alguno de los crímenes de la competencia de la CPI<sup>7</sup>.

## II. LA PROGRESIVA TOMA EN CONSIDERACIÓN POR EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS DE GRAVES VIOLACIONES DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE NORMAS DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

El descubrimiento de las víctimas en Derecho internacional es reciente y obedece a criterios de reivindicación histórica y a razones de oportunidad política<sup>8</sup>. En cuanto a las primeras hay que señalar la III Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y otras formas de Discriminación (Durbam, agosto-septiembre de 2001<sup>9</sup>). En cuanto a las razones de oportunidad política, la lucha contra el terrorismo internacional ha motivado, por ejemplo que en la Resolución 1566 del Consejo de Seguridad, adoptada el 8 de octubre de 2004, se establezca un grupo de trabajo para los fines, entre otros, de considerar el establecimiento de un fondo inter-

<sup>4</sup> El texto definitivo de las Reglas ha sido aprobado por la Asamblea de Estados Parte en su sesión del 3 al 10 de septiembre de 2002 (ICC-ASP/1/3).

<sup>5</sup> ICC-BD/1-1-04.

<sup>6</sup> Resolución ICC-ASP/1/Res. 6 de la Asamblea de Estados Partes en el Estatuto de la CPI, aprobada en septiembre de 2002.

<sup>7</sup> Al respecto, el Fiscal, Sr. Luis Moreno-Ocampo decidió iniciar el pasado 6 de junio de 2005 una labor de investigación en relación con la eventual comisión de crímenes de lesa humanidad. Si, como todo parece indicar, estas actuaciones prosiguen las víctimas de los hechos denunciados tendrán la oportunidad de reclamar su derecho a la justicia en los términos que se prevén en los instrumentos antes indicados.

<sup>8</sup> Vide CARIO, R., «Terrorism and Victims Rights», *Terrorism, Victims and International Criminal Responsibility*, op. cit., p. 245.

<sup>9</sup> Sobre los resultados de la Cumbre de Durban puede verse: DECAUX, E., «Des crimes d'hier aux responsabilités d'aujourd'hui», *International Law FORUM du droit international*, núm. 5, 2003, pp. 72 a 76. Las distintas delegaciones presentes en Durban no pudieron alcanzar un acuerdo sobre las formas de reparación para las violaciones históricas. Aun cuando en la Declaración final y en el Programa de Acción surgidos de la Conferencia Mundial sólo se alude al deber moral de los Estados de reparar aquellas violaciones históricas, deben verse positivamente, como hace Iliria Bottigliero, pues, reafirmando el derecho de las víctimas de violaciones de derechos humanos por motivos de raza a buscar y obtener reparación justa y adecuada, se fortalece la noción de los derechos de las víctimas a la reparación bajo el Derecho internacional y se contribuye a su aceptación y aplicación universal. BOTTIGLIERO, I., *Redress for Victims of Crimes Under International Law*, Martinus Nijhoff, Boston-Leiden, 2004, p. 178.

nacional para indemnizar a las víctimas de tales actos<sup>10</sup>. En el ámbito europeo, el contexto de lucha contra el terrorismo ha motivado en el ámbito del Consejo de Europa el Proyecto de Convenio Europeo para la prevención del terrorismo adoptado por el Comité de Expertos sobre el Terrorismo (CODEXTER) en Estrasburgo el 21 de marzo de 2005<sup>11</sup>. Igualmente, las *Directrices sobre la protección de las víctimas de actos terroristas*, adoptadas por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 2 de marzo de 2005<sup>12</sup>.

Trascendiendo reivindicaciones históricas o criterios de oportunidad política, el acercamiento a las víctimas desde el Derecho internacional debe observarse, asimismo, a la luz del proceso de creciente institucionalización y humanización que el orden internacional contemporáneo experimenta desde hace años<sup>13</sup> reconociendo la legitimación activa y pasiva de la persona humana en el plano internacional. Así, en cuanto al fenómeno de la institucionalización, hay que aludir a la posibilidad para los individuos de presentar reclamaciones ante órganos de Organizaciones Internacionales en tanto que agentes internacionales<sup>14</sup> o al margen de esta vinculación funcional (régimen de mandatos y de administración fiduciaria, en la Sociedad de Naciones<sup>15</sup> y en la Organización de Naciones Unidas<sup>16</sup>, respectivamente). En lo que al fenómeno de humanización respecta, es evidente el progresivo reconocimiento de la legitimación activa y pasiva de la persona humana ante órganos internacionales, en el contexto del control de las obligaciones internacionales asumidas por los Estados Parte en un tratado concluido en el ámbito del Derecho internacional de los derechos humanos y en el del Derecho internacional humanitario.

Así, por ejemplo, la legitimación activa de particulares que se consideren víctimas de violaciones de obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, ante órganos internacionales de carácter jurisdiccional o cuasi jurisdiccional ha sido recogido en numerosos convenios internacionales. A título de ejemplo, véanse el artículo 34 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950; el artículo 44 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), de 1969; el

<sup>10</sup> Parágrafos 9 y 10 de la Resolución S/RES/1566(2004) de 8 de octubre.

<sup>11</sup> CODEXTER (2004) 27 final, en especial, en su artículo 13. Debe señalarse que la versión definitiva del proyecto del CODEXTER no ha recogido las recomendaciones realizadas por el Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa, Sr. Gil Robles, en el sentido de incluir una definición de las víctimas e, incluso una referencia a un derecho específico de las víctimas a la protección que va más allá de la mera ayuda financiera y la compensación. Vide Opinión del Comisario Europeo de Derechos Humanos sobre el Proyecto de Convenio para la prevención del terrorismo, CM/Inf (2005) 16, de 18 de febrero de 2005, en particular, los párrafos 44 a 47.

<sup>12</sup> [CM(2005)29, CM/Del/Dec (2004)909/4.3 y GR-H(2005)CB1].

<sup>13</sup> CARRILLO SALCEDO, J. A., *Soberanía del Estado y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo*, Tecnos, Madrid, 2001, pp. 13 y 14.

<sup>14</sup> En lo que se conoce como jurisdicción internacional administrativa, siendo sus máximos exponentes, a nivel universal, el Tribunal Administrativo de Naciones Unidas y el Tribunal Administrativo de la Organización Internacional del Trabajo. Sobre el primero puede verse: GARCÍA RODRÍGUEZ, I., «El individuo y la jurisdicción internacional: estudio práctico del Tribunal Administrativo de Naciones Unidas (TANU)» en *Iniciación a la práctica en Derecho Internacional y Derecho Comunitario Europeo*, Jiménez Piernas, C. (ed.), Marcial Pons-Univ. de Alcalá, Madrid, 2003, Barcelona, pp. 155 a 188.

<sup>15</sup> Vide FEINBERG, N., «La pétition en Droit International», *Recueil des Cours de L'Académie de Droit International de La Haye*, 1932, vol. 40, pp. 632 y 633.

<sup>16</sup> Vide SPERDUTI, G., «L'individu et le Droit International», *Recueil des Cours de L'Académie de Droit International de La Haye*, 1956, vol. 90, pp. 799 y 800.

artículo 1 del Protocolo Facultativo Anexo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966; el artículo 5 del Segundo Protocolo Facultativo anexo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a abolir la pena de muerte, de 1989; el artículo 14 de la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, de 1965; o el artículo 22 de la Convención contra la tortura u otros tratos crueles, inhumanos y degradantes, de 1984<sup>17</sup>.

En contraste con los avances alcanzados en el sector de los derechos humanos, el tratamiento a las víctimas de violaciones del Derecho internacional humanitario no ha sido similar, más preocupado en perseguir la responsabilidad penal individual de los autores de estas violaciones que en prever la legitimación activa de las víctimas de dichas violaciones ante los tribunales internacionales creados tras un conflicto armado. De este modo, en los antecedentes de la CPI, ninguno de los tribunales internacionales establecidos tras un conflicto internacional o interno<sup>18</sup> reconocía la legitimación activa a las víctimas respecto de los crímenes de su competencia. Una posible explicación de carácter histórico la ofrecía Von Der Heydte cuando examinaba los Tribunales Militares Internacionales de Nuremberg y Tokio como un desarrollo del proceso de proscripción de la guerra iniciado en 1928 con el Pacto Briand-Kellog. En virtud de dicho Pacto, se preveía una sanción para el Estado que decidiera recurrir a la guerra como instrumento de su política nacional: el ser declarado fuera de la ley. Dicha sanción fue completada más tarde en 1932 por la *doctrina Stimson*, promovida por el Secretario de Estado norteamericano a quien debe su nombre y según la cual, los Estados Unidos no reconocerían títulos o derechos pretendidos, adquiridos en violación del Pacto Briand-Kellog, del Pacto de la Sociedad de Naciones o de otros tratados. Como recuerda Von Der Heydte, se estimó necesario que ambas tentativas desesperadas por hacer valer el Derecho de Gentes contra el poder absoluto de los Estados totalitarios para los cuales todo derecho no era más que un instrumento de poder, fueran completadas con una tercera sanción.

Así, en virtud del Acta de Londres de 8 de agosto de 1945, con el castigo a los grandes criminales de guerra, la tercera sanción consistiría en una responsabilidad personal de los órganos estatales al lado de la responsabilidad general del Estado<sup>19</sup>. De este modo, la mayor accesibilidad de los individuos en su dimensión pasiva ante jurisdicciones internacionales se explicaría porque más que reconocer una subjetividad internacional del individuo, en los Tribunales Internacionales Penales (los referidos de Nuremberg y Tokio) se reconocía internacionalmente la legitimación pasiva del individuo en tanto en cuanto que éste estaría representando al Estado cuya sanción se pretendía<sup>20</sup>. Esta explicación no encuentra, sin embargo, apoyo en el fallido proyecto de Gustave Moynier de creación de una institución internacional encargada del juzgamiento y castigo de los responsables individuales de violaciones de la Convención de Ginebra de 22 de agosto de 1864, relativa a la mejora de la suerte de los sol-

<sup>17</sup> Pueden consultarse en ORAÁ ORAÁ, J., y GÓMEZ ISA, F., *Textos básicos de derechos humanos y de Derecho internacional humanitario*. Universidad de Deusto, Bilbao, 2000.

<sup>18</sup> El Tribunal Previsto en la Parte Séptima del Tratado de Paz de Versailles de 1919; los Tribunales Penales de Nuremberg y Tokio tras la Segunda Guerra Mundial; los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* para la Antigua Yugoslavia y Ruanda.

<sup>19</sup> VON DER HEYDTE, F. A., «L'individu et les Tribunaux Internationaux», *Recueil des Cours de L'Académie de Droit International de La Haye*, vol. 107, 1962, pp. 349 y 350.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 351.

dados heridos y enfermos en campaña<sup>21</sup>. En dicho proyecto de Tribunal Internacional Penal los individuos no representaban al Estado por lo que, como reconocía el propio Moynier, «éstos nunca serían directamente encausados»<sup>22</sup>. No se pretendía, así pues, añadir una sanción al Estado que hubiera permitido, con ocasión de un conflicto armado, la violación de la Convención de Ginebra de 1864 sino castigar a individuos concretos por la violación de ciertas normas internacionales del Derecho de la guerra consideradas de especial trascendencia. Una idea civilizadora y progresista para una sociedad internacional en la que los Estados eran considerados como los únicos sujetos del Derecho internacional<sup>23</sup> y por tanto, los únicos responsables y legitimados para exigir responsabilidad a otros Estados<sup>24</sup>.

Este silencio normativo ha sido tradicionalmente interpretado como negatorio de dicha legitimación. En virtud del principio *ex consensu advenit vinculum*, se ha considerado que no habiéndola previsto los Estados expresamente, su intención implícita no era otra que no reconocerla<sup>25</sup>. En este sentido, los intentos de individuos de obtener compensación basada en la responsabilidad internacional de un Estado enemigo —a pesar de haber sido enunciada por primera vez en el artículo 3 de la Convención de la Haya de 1907 sobre la Guerra Terrestre, y luego reiterada en las Cuatro Convenciones de Ginebra de 1949— han sido sistemáticamente rechazados desde el final de la Segunda Guerra Mundial<sup>26</sup>. Hay que recordar, sin embargo, que en Derecho interna-

<sup>21</sup> El proyecto tras ser presentado ante el Comité Internacional de la Cruz Roja en Ginebra el 3 de enero de 1872 apareció publicado en el que era el correo oficial de esta institución (el *Bulletin International des Sociétés de Secours aux Militaires Blessés*, núm. 11, abril de ese año, pp. 121 a 131). No se trataba de un auténtico tribunal internacional penal, permanente y preconstituido sino de un tribunal arbitral que habría de constituirse para cada conflicto. Sobre el tema vide PETIT GABRIEL, E. W., «La propuesta del Tribunal Penal Internacional de Gustave Moynier, un proyecto antiguo recientemente rescatado (1872-1998)», en *La criminalización de la barbarie: La Corte Penal Internacional*, pp. 29 a 87. Igualmente: MAY, K. Ch., «The First Proposal for a Permanent International Criminal Court», *International Review of the Red Cross*, núm. 322, marzo 1998, pp. 57 a 74.

<sup>22</sup> MOYNIER, G., «Note sur la création d'une institution judiciaire internationale propre à prévenir et à réprimer les infractions à la Convention de Genève», *Bulletin International des Sociétés de Secours aux Militaires Blessés*, núm. 11, 1872, p. 126 (Tomado del trabajo citado: «La propuesta del Tribunal Penal Internacional de Gustave Moynier, un proyecto antiguo recientemente rescatado (1872-1998)»).

<sup>23</sup> Como reconoció la Corte Permanente de Justicia Internacional en 1927 en el caso *el Lotus*: «El Derecho Internacional rige las relaciones entre Estados independientes. Las reglas de Derecho que vinculan a los estados proceden, pues, de la voluntad de éstos, voluntad manifestada en convenciones o en usos que se aceptan generalmente como consagradores de principios de Derecho y establecidos con el fin de regular la coexistencia de estas comunidades independientes y con el objeto de la prosecución de fines comunes». CPJI série A núm. 10, sentencia número 9, p. 18.

<sup>24</sup> Como señalaba VON DER HEYDTE en 1962 tras un análisis en perspectiva histórica de la posición del individuo ante tribunales internacionales: «Dans le cadre tracé par le droit de la guerre general ou conventionnel, un Etat peut engager la responsabilité pour des crimes de guerre des ressortissants d'un Etat belligérant, soit au cours d'une guerre, soit après sa fin... Le droit international ne constitue pas encore une norme qui s'adresse immédiatement à l'individu... Elle se réalise toujours dans l'ordre juridique de l'Etat, auquel reste le droit de punir. Une juridiction pénale internationale, dans le sens strict du mot, n'intervient point dans ce cas», en: «L'individu et les Tribunaux Internationaux», *op. cit.*, p. 352.

<sup>25</sup> Es el caso, entre otros, de VON DER HEYDTE, F. A., «L'individu et les Tribunaux Internationaux», *op. cit.*, pp. 352 y 353.

<sup>26</sup> Entre los ejemplos recientes, en relación con las «comfort women» durante la ocupación japonesa de diversos países asiáticos, véanse la sentencia de 27 de abril de 1998, Yamagushi District Court, juez Chikashika; sentencias del Tokio District Court de 26 de noviembre de 1998 (juez Shigeki) y de 30 de noviembre de 1998 (juez Taichi Kajimura). Analizadas en PROVOST, R., *International Human Rights and Humanitarian Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, pp. 46 y 47.

cional existen diversos supuestos históricos de reconocimiento de la capacidad procesal internacional del individuo en relación con actos contrarios al Derecho internacional humanitario cometidos durante un conflicto armado, si bien, son ejemplos escasos y no recientes. Así, por ejemplo, el Tribunal Internacional de Presas, que no llegó a funcionar<sup>27</sup> y los Tribunales Arbitrales Mixtos, creados en virtud de los Tratados de Paz de Versailles, de 1919, y de Lausanne, de 1923, ante los cuales podían reclamar directamente las personas particulares que tuvieran la nacionalidad de las potencias vencedoras en la contienda recién concluida contra las potencias derrotadas por cualquier tipo de daño o perjuicio sufrido durante la misma<sup>28</sup>.

A la luz de estos precedentes históricos, el no reconocer legitimación activa ante órganos internacionales para las víctimas de graves violaciones del Derecho internacional humanitario no debería verse como consecuencia de una prohibición en Derecho internacional<sup>29</sup> sino como expresión de una concepción doctrinal y política estatista, reductivista de la capacidad procesal internacional sólo a los Estados. Dicha concepción habría prevalecido durante años<sup>30</sup> sobre otra, minoritaria, personalista, favorable al individuo y que no habría contado con la fuerza necesaria para imponerse. Un ejemplo de esta concepción doctrinal, como recuerda el profesor Sperduti, sería la sostenida desde el *Instituto de Derecho Internacional* que por unanimidad, salvo una abstención, había reconocido que en determinados casos y en las condiciones a concretar, los individuos deberían poder acudir directamente ante una instancia de justicia internacional<sup>31</sup>. La tensión entre ambas concepciones puede verse en los

<sup>27</sup> El Tribunal Internacional de Presas, que no llegó a funcionar pues el XII.º Convenio de La Haya de 1907 en cuyos artículos 2, 3 y 4 se preveía su creación, careció del núm. de ratificaciones necesarias para su entrada en vigor. Ante dicho Tribunal Internacional los particulares podían presentar una reclamación individual contra un Estado siempre que se estuviera en supuesto de guerra cumpliendo dos condiciones: la primera era que la persona que realizaba la reclamación tuviera la nacionalidad de uno de los estados en guerra; la segunda condición era que el objeto de la reclamación fueran actos de otro estado igualmente en guerra. A esos requisitos se añadía una importante limitación consistente en la facultad conferida al Estado de que fuera nacional el particular reclamante de prohibir a éste iniciar el procedimiento o paralizarlo si ya estuviera iniciado. EUSTATHIADES, C. Th., «Les sujets du droit International et la responsabilité internationale. Nouvelles tendances», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1953, vol. 84, p. 146. Además, conforme al artículo 6.2 de dicho Convenio XII.º de La Haya, la competencia de este Tribunal Internacional se configuraba, con carácter general, subsidiaria a los tribunales nacionales siendo excepcional su competencia directa: para el supuesto de que los tribunales nacionales no hubieran dictado una sentencia firme en los dos años siguientes a contar desde el día de la captura. SEFERIADES, S., «Le problème de l'accès des particuliers a des juridictions internationales», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, vol. 51, 1935, p. 92.

<sup>28</sup> Estos Tribunales, los primeros en Europa a los que podían acudir directamente los particulares que se consideraran lesionados por un Estado. Tenían, sin embargo, algunos puntos débiles, por ejemplo, su carácter puramente ocasional en la medida en que sólo debían pronunciarse sobre daños ya sufridos; igualmente, el hecho de que los tratados que los instituyeron, siendo tratados de paz no pueden ser considerados como tratando a un mismo nivel de igualdad a todas las posibles víctimas de todos los países parte en los mismos; asimismo, en la medida en que su jurisprudencia adolecía de una unidad interpretativa en consonancia con un principio de seguridad jurídica. SEFERIADES, S., «Le problème de l'accès des particuliers a des juridictions internationales», *op. cit.*, pp. 35 y 36.

<sup>29</sup> Como recordaba EUSTATHIADES, C., «il n'existe pas de règle générale prohibitive d'une action directe de l'individu sur le plan international». En «Les sujets du droit International et la responsabilité internationale. Nouvelles tendances», *op. cit.*, p. 550.

<sup>30</sup> Véase, en este sentido: PARTSCH, K. J., «Individuals in International Law», *Encyclopaedia of Public International Law*, Rudolf Bernhardt dir., Elsevier, Amsterdam, 1995, vol. 2, pp. 958 y 959.

<sup>31</sup> *Annuaire de l'Institut de Droit International*, 1929, tomo II, pp. 267 y 271. SPERDUTI, G., «L'individu et le Droit International», *op. cit.*, p. 791.

trabajos de redacción del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional: la propuesta presentada por la delegación holandesa relativa al artículo 21 del Proyecto de Estatuto en virtud de la cual, los individuos tendrían legitimación activa ante dicho Tribunal internacional, fue rechazada pues la tesis contraria a tal reconocimiento prevalecía en el Comité de Juristas «El Comité de los Diez» presidido por el Barón Descamps<sup>32</sup>.

En consecuencia, una conclusión puede extraerse de los datos expuestos: si bien no existe una autorización expresa en el Derecho internacional humanitario para conferir legitimación activa a los individuos ante un Tribunal internacional con competencia para conocer de las violaciones graves de las normas del Derecho internacional humanitario<sup>33</sup>, tampoco existe una prohibición expresa en este sentido, de naturaleza convencional o consuetudinaria. En este sentido, en aquellos Tribunales Internacionales que restringen su competencia contenciosa a lo interestatal, la exclusión del individuo ha sido criticada como artificial<sup>34</sup>.

### III. LA ACCIÓN DE NACIONES UNIDAS A FAVOR DE LAS VÍCTIMAS: ESPECIAL REFERENCIA A LA COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS Y A LOS TRABAJOS DE LOS RELATORES ESPECIALES

El reconocimiento internacional del derecho a la justicia para las víctimas de graves violaciones del Derecho internacional de los derechos humanos y del Derecho internacional humanitario no puede entenderse al margen de la notable labor realizada a este respecto por Naciones Unidas, indirectamente, a través de la crea-

<sup>32</sup> Entre las razones invocadas para esta opción figuraban las siguientes: 1.ª Un Estado no toleraría jamás ser atacado ante una Corte Internacional por un particular. 2.ª Los particulares no obtendrían ventaja alguna en presentarse directamente ante una Corte Internacional porque la queja de un particular que no estuviera sostenida por su gobierno no tendría peso suficiente ante una Corte Internacional. 3.ª Resultaba imposible establecer conversaciones diplomáticas entre un gobierno y un particular. 4.ª El sistema de extender la competencia de la Corte «aumentaría el núm. de conflictos internacionales». 5.ª Los litigios internacionales se producían siempre entre Estados. Resultaba imposible poner a los Estados y a los particulares en un mismo plano de igualdad pues estos, a diferencia de aquellos, no eran sujetos de Derecho internacional. Y es exclusivamente en el ámbito de este Derecho que la Corte debía funcionar. 6.º El principio de la soberanía del Estado se oponía a que un Estado pudiera ser citado ante una Corte Internacional sin su consentimiento previo. SEFERIADES, S., «Le problème de l'accès des particuliers a des juridictions internationales», *op. cit.*, pp. 43, 46 y 47.

<sup>33</sup> Nótese el Comentario del Comité Internacional de la Cruz Roja a la Cuarta Convención de Ginebra cuando establece que en ella no se da a hombre y mujeres individuales el derecho a reclamar compensación. El Estado es responsable ante otro Estado Parte y no ante el individuo (...) Es inconcebible, al menos como el Derecho está en la actualidad, que los reclamantes debieran ser capaces de plantear una acción directa por daños contra el Estado a cuyo servicio actuaba la persona autora del acto considerado en violación del Derecho humanitario. Vide PICTET, J., *The Geneva Conventions of 12 August 1949—Commentary on the IV Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Times of War*, ICRC, Geneva, 1958, pp. 211 y 603. Como ha escrito Provost, el artículo 91 del Protocolo I fue adoptado en el mismo espíritu: garantizar un derecho de compensación a favor de las Partes en el conflicto y no de las víctimas individuales. PROVOST, R., *International Human Rights and Humanitarian Law*, *op. cit.*, p. 48.

<sup>34</sup> CANÇADO TRINDADE, A. A., *El acceso directo del individuo a los tribunales internacionales de derechos humanos*, *op. cit.*, pp. 32 y 33, y los autores que se citan.

ción de Tribunales Penales Internacionalizados o híbridos<sup>35</sup>. Igualmente, de un modo directo, sobre todo, en un esfuerzo normativo por reconocer internacionalmente la doble dimensión del derecho a la justicia para las víctimas: como derecho de acceso a la justicia y a participar en el proceso, por una parte, y como derecho a la reparación, por otra.

Los Tribunales híbridos han visto la luz desde los años 90 en el marco del esfuerzo de justicia penal internacional. Se trata de un conjunto muy heterogéneo de cuatro entidades: los mecanismos jurisdiccionales creados para Timor Oriental, Kosovo, Sierra Leona y Camboya. Se les denomina internacionalizados o híbridos porque tanto el aparato institucional como el derecho aplicable consiste en una mezcla de los internacional y de lo interno<sup>36</sup>. Naciones Unidas ha jugado un decisivo papel en su establecimiento. Así, suscribiendo un tratado con Sierra Leona y Camboya, tratándose del Tribunal Especial de Sierra Leona y de las Salas Especiales de Camboya<sup>37</sup>, respectivamente. Igualmente, los Paneles de jueces internacionales en los tribunales de Kosovo y los Paneles Penales del Tribunal de Distrito de Dili, encuentran su base jurídica en decisiones de las Administraciones Transitorias de Naciones Unidas en estos países, la MINUK y la MINUTO, respectivamente. La notable presencia de Naciones Unidas explica que en los diversos instrumentos que articulan el funcionamiento de estos tribunales híbridos haya un reconocimiento expreso del derecho a la justicia de las víctimas de los crímenes de su competencia<sup>38</sup>.

De un modo directo, los esfuerzos normativos desde Naciones Unidas en favor del reconocimiento internacional del derecho a la justicia para las víctimas de graves violaciones del Derecho internacional de los derechos humanos y del Derecho internacional humanitario han sido notables destacando: la *Declaración sobre los Princi-*

<sup>35</sup> ROMANO, C. P. R., y BOUTRUCHE, T., Les Tribunaux Penales Internationalisés: état d'une Justice hybride», *Revue Générale de Droit International Public*, 2003-1, p. 110. En la página del *Project on International Courts and Tribunals* [www.pict-pcti.org/courts/hybrid.html](http://www.pict-pcti.org/courts/hybrid.html) aparece una descripción y documentación referida a cada uno de estos Tribunales Penales Internacionalizados.

<sup>36</sup> DICKINSON, L., «The Promise of Hybrid Tribunals» *American Journal of International Law*, 2003, vol. 97, núm. 2, p. 295.

<sup>37</sup> (La base jurídica del Tribunal Especial para Sierra Leona es un acuerdo entre la ONU y este Estado de 16 de enero de 2002: Agreement between the United Nations and the Government of Sierra Leona on the Establishment of a Special Court for Sierra Leona, que ha sido ratificado por el Parlamento de Sierra Leona. (Disponible en [www.specialcourt.org](http://www.specialcourt.org)). Tratándose de Camboya, tras la adopción por el Parlamento Camboyano de una ley por la que se crean Salas especiales (disponible en [www.derechos.org/human-rights/seasia/doc/krlaw.html](http://www.derechos.org/human-rights/seasia/doc/krlaw.html)), siguió un acuerdo de 18 de marzo de 2003 entre las Naciones Unidas y el Real Gobierno de Camboya para el procesamiento por los crímenes cometidos durante el período de la Kampuchea Democrática, recogido en la Resolución A/RES57/228B, de la Asamblea General, de 13 de mayo de 2003. En la página de la Universidad de Yale [www.yale.edu/cgp/news.html](http://www.yale.edu/cgp/news.html) puede consultarse relevante información sobre el Tribunal de Camboya.

<sup>38</sup> Así, por ejemplo, en Estatuto del Tribunal Especial de Sierra Leona, establecido por acuerdo entre las Naciones Unidas y el Gobierno de Sierra Leona, de conformidad con la Resolución 1315 (2000) del Consejo de Seguridad, de 14 de agosto de 2000, diversas disposiciones se refieren expresamente a las víctimas a las que confieren derechos: artículos 15.2, 16.4 y 17.2. Estas disposiciones han sido, además, concretadas y desarrolladas en las Reglas de Procedimiento y Prueba del Tribunal Especial para Sierra Leona, adoptadas el 16 de enero de 2002, tal como han sido modificadas el 29 de mayo de 2004: regla 34, Sección de víctimas y testigos; regla 69, Protección de Víctimas y Testigos; y regla 75, Medidas para la protección de Víctimas y Testigos. Tratándose del Tribunal Penal Internacionalizado para Camboya, en el Acuerdo de marzo de 2003 entre las Naciones Unidas y el Real Gobierno de Camboya para el procesamiento por los crímenes cometidos durante el período de la Kampuchea Democrática, también hay disposiciones relativas a las víctimas en los artículos 23 y 24.

*prios fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y de Abuso de Poder*<sup>39</sup> y los *Principios y Directrices Básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del Derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, cuya versión definitiva de octubre de 2004<sup>40</sup> ha sido posible tras años de trabajo de los Relatores Especiales Theo van Boven y Cherif Bassiouni. El primero de ambos Relatores Especiales, Theo van Boven, preparó un informe en 1993<sup>41</sup>, que en sus posteriores versiones fue presentado bajo la forma de *Principios y Directrices Básicos*<sup>42</sup>. Por su parte, Cherif Bassiouni presentó su primer informe<sup>43</sup> a la Comisión de Derechos Humanos que tomó nota del mismo en la Resolución 1999/33, de 26 de abril de 1999, titulada *El derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales*. Tras recibir diversas observaciones de distintos gobiernos, el profesor Bassiouni presentó un primer proyecto de revisión de los principios y directrices el 1 de junio de 1999, al que siguió un segundo el 1 de noviembre de ese mismo año. El informe final que el profesor Bassiouni trasladó a la Comisión de Derechos Humanos incluía el *Proyecto de Principios y Directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*<sup>44</sup>. Como destacan los comentaristas de estos proyectos, entre los resultados presentados por ambos Relatores Especiales se aprecia una evolución: Theo van Boven sólo consideraba como un derecho conferido a las víctimas por el Derecho de Gentes el derecho a una reparación pero no así el derecho a un recurso. Por el contrario, Cherif Bassiouni considera que las víctimas de graves violaciones de los derechos humanos serían

<sup>39</sup> Resolución 40/34 de la Asamblea General de 1985 y completada por la Resolución 1989/57 del Consejo Económico y Social, de 24 de mayo de 1989, titulada «*Aplicación de la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder*» y por la Resolución 1999/22, de 24 de mayo de 1990, del mismo órgano sobre «*Víctimas de delitos y del abuso de poder*».

<sup>40</sup> Doc. E/CN.4/2004/57, Apéndice I, recogido en Doc. E/CN.4/2005/59 de 21 de diciembre de 2004, aprobado por la Comisión de Derechos Humanos el 22 de abril de 2005.

<sup>41</sup> Doc. E/CN.4/Sub.2/1993/8, de 2 de julio de 1993.

<sup>42</sup> Doc. E/CN.4/Sub.2/1996/17, de 24 de mayo de 1996 y Doc. E/CN.4/1997/104, de 16 de enero de 1997. Junto al trabajo del Relator Especial, la Comisión de Derechos Humanos solicitó una serie de estudios sobre cuestiones específicas, entre las que figuraba la relativa a la reparación de graves violaciones de derechos humanos. El responsable de tales estudios, Sr. Joinet, identificó tres grandes componentes de los derechos de las víctimas: el derecho a saber, el derecho a la justicia y el derecho a la reparación. En su opinión, del derecho de las víctimas a saber deriva el correlativo deber del Estado de establecer comisiones extrajudiciales de investigación sobre las graves violaciones de derechos humanos cometidas; el derecho a la justicia supone el derecho de acceso de las víctimas a un remedio justo y efectivo, incluyendo el deber del Estado de investigar las violaciones y perseguir a los responsables; finalmente, el derecho a la reparación, comprendería garantías de no repetición y abarca tanto medidas individuales como colectivas: la restitución, la compensación y la rehabilitación como medidas individuales y disculpas, el reconocimiento por parte del Estado de su responsabilidad, la restauración de la dignidad a las víctimas mediante ceremonias conmemorativas, monumentos emblemáticos y establecimiento de un día nacional en su recuerdo. *The Administration of Justice and the Human Rights of Detainees, Question of the Impunity of Perpetrators of Human Rights Violations (Civil and Political)*, informe final preparado por el Sr. Joinet. Citado en BOTTIGLIERO, I., *Redress for Victims of Crimes Under International Law*, op. cit., p. 183.

<sup>43</sup> Doc. E/CN.4/1999/65.

<sup>44</sup> En el Anexo al documento E/CN.4/2000/62, de la Comisión de Derechos Humanos, con fecha de 18 de enero de 2000.

igualmente titulares, en virtud del Derecho internacional general, de un derecho de acceso a la justicia<sup>45</sup>.

La versión definitiva de los *Principios y Directrices básicos sobre el Derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del Derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, se engarza directamente con el establecimiento de la CPI y en este sentido se explica la mención expresa al Estatuto de Roma de la CPI en su preámbulo<sup>46</sup>. Entre las razones que explicarían el retraso en la adopción de estos *Principios y Directrices básicos* hay que señalar, en mi opinión, dicha conexión con el Estatuto de Roma y, en especial, en lo que se refiere a la cuestión del derecho a la reparación a las víctimas. A diferencia de lo previsto en los *Principios y Directrices básicos* falta en el Estatuto de Roma el reconocimiento de un deber de resarcimiento o compensación pública a cargo del Estado o autoridad pública cuando el crimen de la competencia de la CPI no sea imputable al Estado si su autor no puede hacer frente a la restitución económica de su responsabilidad civil *ex delicto*<sup>47</sup>. Esta ausencia no sería sino reflejo de las diferentes posturas que aún prevalecen entre los Estados Parte en el Estatuto de Roma respecto del alcance, contenido y modalidades de ésta<sup>48</sup>.

A la luz de estos desarrollos en Derecho internacional, en especial, gracias a la labor de Naciones Unidas parece evidente que ha emergido un *principio de equidad para las víctimas de graves crímenes contra el Derecho internacional* que enraíza con las transformaciones experimentadas en numerosos ordenamientos internos estatales a favor del reconocimiento de los derechos de las víctimas de delitos comunes. El *principio de equidad para las víctimas de graves crímenes contra el Derecho internacional* incluye dos grupos de derechos: por un lado el derecho a la justicia (acceso a un tribunal y a tener reconocida una cierta participación procesal en el mismo). Por otro lado, el derecho a una reparación (responsabilidad civil *ex delicto* de autor de dicho crimen y compensación a cargo del Estado del cual sea nacional o bajo cuya autoridad actuó el autor de dicho crimen).

<sup>45</sup> D'ARGENT, P., «Des règlements collectifs aux règlements individuels (collectivisés)? La question des réparations en cas de violation massive des droits de l'homme», *International law FORUM du droit international*, núm. 5, 2003, pp. 14 y 15.

<sup>46</sup> «Observando que el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional requiere el establecimiento de "principios aplicables a la reparación, incluida la restitución, la indemnización y la rehabilitación", obliga a la Asamblea de los Estados Partes a establecer un fondo fiduciario en beneficio de las víctimas de crímenes que son de la competencia de la Corte, así como en beneficio de sus familias, y encomienda a la Corte que adopte las medidas adecuadas "para proteger la seguridad, el bienestar físico y psicológico, la dignidad y la vida privada de las víctimas" y que permita la participación de éstas en todas "las fases del juicio que considere conveniente"».

<sup>47</sup> Y ello pese al hecho, recordado en el preámbulo de los *Principios y Directrices básicos*, de que éstos «no entrañan nuevas obligaciones jurídicas internacionales o nacionales, sino que indican mecanismos, modalidades, procedimientos y métodos para el cumplimiento de las obligaciones jurídicas existentes conforme a las normas internacionales de derechos humanos y al derecho internacional humanitario, que son complementarios, aunque diferentes en su contenido».

<sup>48</sup> VAN BOVEN, Th., «Rendering Justice to Victims: A case for Reparations», *Realism and Moralism in International relations, Essays in Honor of Frans A. M. Alting von Geusau*, Kluwer Law International, The Hague, 1999, p. 209. Se ha defendido, en este sentido, la superación de estas diferencias y la necesidad de una concepción universal de la reparación a las víctimas. Al respecto: AH-NA'IM, A. A., «Towards a Universal Doctrine of Reparations for Violations of International Human Rights and Humanitarian Law», *International law FORUM du droit international*, núm. 5, 2003, pp. 27 a 35.

#### IV. LA CONSIDERACIÓN ANTE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS DE CRÍMENES CONTRA EL DERECHO INTERNACIONAL:

##### 4.1 El derecho a la justicia

Al margen de Naciones Unidas, los avances más importantes en el reconocimiento internacional para las víctimas de los graves crímenes contra el Derecho internacional, de los derechos de acceso a la justicia y a una reparación por su sufrimiento, se han producido en el Estatuto de Roma y en los diversos instrumentos internacionales que lo completan y desarrollan, pese a la criticable ausencia, en el artículo 13 del Estatuto de Roma, de la legitimación activa de las víctimas de los crímenes de la competencia de la CPI y a la precaria consideración procesal de éstas.

##### 4.1.a) EL DERECHO DE ACCESO A UN TRIBUNAL

Como ya se ha indicado, en los antecedentes de la CPI no se reconocía legitimación activa a las víctimas respecto de los crímenes de la competencia de los respectivos tribunales: el Tribunal previsto en la Parte Séptima del Tratado de Paz de Versailles de 1919, que preveía el castigo de los criminales de guerra alemanes tras la Primera Guerra Mundial, aunque no llegó a entrar en funcionamiento; los Tribunales de Nuremberg y de Tokio instituidos tras la II Guerra Mundial para enjuiciar a los vencidos responsables de graves crímenes de lesa humanidad, de genocidio, y de violación del Derecho internacional humanitario; los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* creados por resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas para el castigo de los responsables de determinados crímenes internacionales cometidos en la Antigua Yugoslavia<sup>49</sup> y Ruanda<sup>50</sup>, cuyos respectivos Estatutos fueron modificados por la Resolución del Consejo de Seguridad 1329 (2000), de 30 de noviembre. Estos datos no deben hacer olvidar, sin embargo, que al negociar en la Conferencia de Roma el Estatuto de la CPI los Estados podían haber reconocido a los individuos e, incluso, a las ONGs, un *ius standi* ante la Corte, puesto que, como es conocido, el único límite impuesto a los Estados al negociar un tratado internacional es que las disposiciones de éste no se opongan a una norma de *ius cogens*<sup>51</sup>. No existiendo una norma de Derecho internacional general que prohíba la legitimación activa internacional de los individuos respecto de este tipo de crímenes –sólo se guarda silencio sobre este punto– los Estados que participaron en la Conferencia de Roma podían haber optado por un avance significativo en la definitiva consolidación del proceso de humanización del Derecho internacional. Incluso, durante las

<sup>49</sup> Resolución 827 de 25 de mayo de 1993, modificada por la Resolución 1166 (1998), de 13 de mayo de 1998.

<sup>50</sup> Resolución 955 de 8 de noviembre de 1994, modificada por la Resolución 1165 (1998), de 30 de abril de 1998.

<sup>51</sup> Artículo 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969: «Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter».

negociaciones del Estatuto de Roma y de las Reglas, las delegaciones se mostraron convencidas de que aquellos que habían sufrido debían tener una voz en el proceso y un derecho a las reparaciones<sup>52</sup>. Sin embargo, las Delegaciones presentes en la Conferencia de Roma temieron dar este avance significativo a favor de las víctimas y al día de hoy, el artículo 13 del Estatuto de la Corte sólo contempla la legitimación de los Estados parte en el mismo, del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas y del Fiscal, para llevar a conocimiento de la Corte un caso relativo a alguno de los crímenes internacionales de su competencia, omitiendo dicha norma cualquier referencia a las víctimas de tales crímenes<sup>53</sup>. Esta ausencia resulta explicable por varias razones: dado el temor de algunos Estados a una Corte Penal saturada con miles de demandas individuales; en la medida en la que la CPI responde al modelo anglosajón del proceso contradictorio *adversarial process* y no *inquisitorial system*<sup>54</sup>. Influye, igualmente, el hecho de que el Estatuto de Roma se ubique esencialmente en el plano del Derecho internacional humanitario y, en este sentido, supone una continuidad de los precedentes Tribunales Penales Internacionales que tampoco reconocían esta legitimación a las víctimas de los delitos de su competencia. Finalmente, debe aludirse al hecho de que el *principio de la justicia* no alude en el Estatuto de Roma a la justicia reparatoria a las víctimas sino el respeto del orden público internacional<sup>55</sup>.

Las razones apuntadas pueden ayudar a explicar pero no a justificar esta criticable ausencia de la legitimación de las víctimas en el Estatuto de Roma. Criticable porque no estando prohibida la legitimación activa de los particulares ante tribunales internacionales, los Estados Parte en la Conferencia de Roma podían haberla consagrado dando un impulso definitivo al proceso de humanización del Derecho internacional contemporáneo. Además de olvidar los precedentes históricos (Tribunal Internacional de Presas y los Tribunales Arbitrales Mixtos) la ausencia de la legitimación activa de las víctimas parece criticable porque el artículo 5 del Estatuto de Roma ha previsto un ámbito de competencia material de la CPI que trasciende el Derecho internacional humanitario y se imbrica en el sector de los derechos humanos: genocidio y los crí-

<sup>52</sup> TIMM, B., «The Legal Position of Victims in the Rules of Procedure and Evidence», en Fischer, H., Kreb, C., y Lüder, S. R. (eds.), *International and national Prosecution of Crimes Under International Law*, Berliner Wissenschafts Verlag, Berlin, 2004, p. 289.

<sup>53</sup> Artículo 13: Ejercicio de la competencia. «La Corte podrá ejercer su competencia respecto de cualquiera de los crímenes a que se refiere el artículo 5 de conformidad con las disposiciones del presente Estatuto si: a) Un Estado Parte remite al Fiscal, de conformidad con el artículo 14, una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes; b) El Consejo de Seguridad, actuando con arreglo a lo dispuesto en el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, remite al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes; o c) El Fiscal ha iniciado una investigación respecto de un crimen de ese tipo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15.

<sup>54</sup> JORDA, C., «Victims' Access to the International Criminal Justice System», *op. cit.*, p. 259. De esta manera, en aquél las víctimas carecen de *ius standi* puesto que la justicia es administrada en forma de una controversia entre el Estado o el ejecutivo —representado en la figura del fiscal— y el acusado, con el juez actuando como un árbitro entre ambos. NEUBAUER, D. W., *America's Courts and the Criminal Justice System*, West/Wadsworth, 1999, Belmont, 6.ª edición, p. 32.

<sup>55</sup> Véase, en este sentido, el Preámbulo del Estatuto, en especial, los párrafos 4 y 11. En este mismo sentido, léase el artículo 53 del Estatuto en sus epígrafes 1.c y 2.c. En ambos epígrafes se contemplan, de un lado, la posibilidad de que el fiscal decida no proceder a una investigación cuando, aun teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas, considere que dicha investigación no sería en interés de la justicia; y de otro lado, iniciada la investigación, se prevé el supuesto de que el fiscal decida que no hay fundamento suficiente para el enjuiciamiento —de nuevo, aun considerando los intereses de las víctimas— si estimase que dicho enjuiciamiento no redundaría en interés de la justicia.

menes de lesa humanidad<sup>56</sup>. Resulta, a la luz de esta última consideración, paradójico y difícil de justificar –más que por criterios de voluntad política– que se haya consagrado mecanismos internacionales para conocer directamente de las alegaciones presentadas por las víctimas de violaciones de derechos humanos y no se permita cuando se trate de graves violaciones de esos mismos derechos humanos<sup>57</sup>.

#### 4.1.b) EL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN PROCESAL

Al margen de la legitimación activa ante un tribunal internacional, el derecho de las víctimas de graves crímenes contra el Derecho internacional al acceso a la justicia supone también tener reconocida una cierta capacidad procesal. El estatuto de Roma ofrece novedades con respecto a sus precedentes, en particular, los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y Ruanda. Así, las víctimas, en la fase de instrucción, pueden presentar observaciones a la Sala de Cuestiones Preliminares y a la Corte en las actuaciones relativas a la competencia y admisibilidad (arts. 15.3 y 19.3 del Estatuto de Roma). En la fase procedimental propiamente dicha, pueden igualmente presentar opiniones y observaciones cuando sus intereses personales se encuentren afectados y siempre que ello no vaya en perjuicio de los derechos del acusado o de un juicio justo e imparcial ni sea incompatible con éstos (art. 68.3 del Estatuto de Roma) y buscar los efectos civiles de una condena penal (art. 75 del Estatuto de Roma). En la fase de apelaciones no pueden apelar el fallo condenatorio o absolutorio ni la pena impuesta (art. 81 del Estatuto de Roma) pero sí la decisión que les concede o deniega una reparación (art. 82 del Estatuto de Roma).

Un examen minucioso del Estatuto y de las Reglas arroja un balance menos optimista de lo que *a priori* podría pensarse. Al margen de algunos logros, como son los relativos al tratamiento previsto para las víctimas de actos de agresión sexual y que estaría poniendo de manifiesto el deseo de dar una importancia destacada a las víctimas de violencia sexual dentro de la categoría genérica de las víctimas de los crímenes de la competencia de la CPI, el tratamiento procesal de las víctimas de los crímenes de la competencia de la CPI se caracterizaría por la nota de precariedad. Así, el alcance

<sup>56</sup> En este sentido, coincido con Joanna Abrisketa cuando afirma que: «De haber sido reconocido el derecho de las víctimas a recurrir a la CPI hubiera supuesto la culminación del proceso de reconocimiento de los individuos como sujetos activos para reclamar en el plano universal por las violaciones masivas de los derechos humanos. La negativa a reconocer legitimación a las víctimas supone una quiebra en la senda de los derechos humanos en un momento en el que el acceso directo a los Tribunales internacionales parecía que se iba consolidando». ABRISKETA, J., «La Corte Penal Internacional: sanciones para las más graves violaciones de los derechos humanos», en GÓMEZ ISA, F. (dir.), y PUREZA, J. M., *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del Siglo XXI*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2003, p. 655.

<sup>57</sup> Para Claude Jorda, antiguo presidente del Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para la antigua Yugoslavia, en este punto reside la principal debilidad del tratamiento a las víctimas en el sistema establecido en la CPI puesto que éstas pueden acabar siendo instrumentalizadas por el Fiscal. En sus propias palabras: «The Prosecutor may have interests that differ from the legitimate concerns of the victims. After all, he is party to the proceedings. Although he claims to be the guardian of International Law and order, in fact his goal is to win the trial. Consequently, he may be tempted to use the victim as a means to his end, which is precisely what happens. Victims are only subpoenaed when their testimony corroborates the Prosecutor's case. Victims only testify when it is 101 percent certain –99 percent is not enough– that they will say exactly what the Prosecutor wants them to say» (*sic*), JORDA, C., «Victims' Access to the International Criminal Justice», *op. cit.*, p. 260.

del artículo 68.3 del Estatuto de Roma es más limitada de lo esperado: a las personas físicas o jurídicas sólo les es permitido transmitir la *notitia criminis* a la Fiscalía, provocando así una cierta actividad por su parte a los efectos de obtener la información necesaria para decidir si procede o no el ejercicio de la acción de activación con respecto a la situación de crisis a la que se refiere la *notitia criminis*.

En este sentido, observa Olásolo que mientras los actos de remisión de los Estados Partes o el Consejo de Seguridad configuran el objeto del procedimiento de actuación al introducir la pretensión de activación, la denuncia simplemente provoca la práctica por la Fiscalía de las diligencias de activación necesarias para la obtención de la información requerida a los efectos de valorar si procede o no el ejercicio de la acción de activación sobre la situación de crisis en la que se han cometido los hechos denunciados. En consecuencia, en este segundo supuesto es la Fiscalía y no el denunciante quien ejercita la acción de activación con respecto a la situación de crisis de que se trate<sup>58</sup>. En este mismo orden de cosas, se prevé la participación de las víctimas en las distintas fases del proceso no como un derecho de éstas sino como una facultad discrecional de la Sala ante la cual se sustancien dichas actuaciones<sup>59</sup> y, además, con carácter revocable sin que la Sala tenga que justificar su decisión<sup>60</sup>. Acentúa esta sensación de precariedad el hecho de que se haya optado por una consideración estrictamente procesal de las víctimas. Así, la creación de una *Unidad de Apoyo a las Víctimas y Testigos*<sup>61</sup> si bien resalta positivamente la imbricación institucional de las víctimas y testigos en el funcionamiento ordinario de la CPI, negativamente muestra que las víctimas sólo importan en su dimensión procesal<sup>62</sup>. Esto es, en la medida en que esté prevista su participación en alguna fase del procedimiento o cuando se esti-

<sup>58</sup> OLÁSOLO, H., *Corte Penal Internacional: ¿dónde investigar? Especial referencia a la Fiscalía en el proceso de activación*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003, pp. 414 y 416.

<sup>59</sup> Epígrafes 1 y 2 de la Regla núm. 89. De hecho, sólo se ha previsto como derecho de las víctimas y correlativo deber de la Corte, la notificación a las víctimas en dos momentos procesales distintos. El primero, previsto en el epígrafe 3 de la Regla núm. 92, se refiere a esta obligación a fin de que las víctimas puedan pedir autorización a la Sala para participar en las actuaciones, de conformidad con la Regla núm. 89. Cumplido este deber, la Sala vuelve al plano de la discrecionalidad, como se establece en el epígrafe 4 de la Regla núm. 92. El segundo momento procesal en el que se establece este deber de notificación es el regulado en los apdos. 5 y 6 de la Regla núm. 92, con relación a las distintas actuaciones de la Corte, con inclusión de la fecha de las audiencias o su aplazamiento y la fecha en que se emitirá el fallo, así como en lo referente a las peticiones, escritos, solicitudes y otros documentos relacionados con dichas peticiones, escritos o solicitudes.

<sup>60</sup> Epígrafe 1 de la regla núm. 91.

<sup>61</sup> La *Dependencia de Víctimas y Testigos* se configura como un órgano subsidiario de la Secretaría de la CPI. A esta Dependencia están dedicadas las Reglas 16 a 19 y en ellas se describe sus funciones, obligaciones y composición, por este orden. Desde una segunda aproximación, se establece cuál ha de ser el tratamiento procesal de las víctimas a lo largo de las distintas fases del procedimiento ante la CPI y en las que se prevea su participación. Dicha participación aparece regulada, de modo expreso, en la Sección III «Víctimas y Testigos» del capítulo 4 de las Reglas: «Disposiciones relativas a diversas etapas del procedimiento».

<sup>62</sup> JORDA, C., «Victims' Access to the International Criminal Justice», *op. cit.*, p. 259. Además de esta referencia expresa, de un modo aleatorio, pueden encontrarse a lo largo del texto, un núm. de Reglas relativas a la participación procesal de las víctimas tales como las Reglas núm. 46, 47.1, 50, 59, 63.4, 69, 70, 71, 72, 74.7.c), 76.1 y 4, 77, 101.1, 107.3, 121.10, 131.2, 143, 144.1, 145.1.c), 145.2.a)ii y b)iii y iv, 159.3 y 218. Con carácter residual, en algunas Reglas se hace referencia indirecta a las víctimas al referirse a los deberes de confidencialidad en la publicación o divulgación de informaciones o documentos de la CPI (Reglas núm. 43, 81. 3 y 4, y 82.2), o con relación a una posible reducción de la pena eventualmente impuesta a una persona enjuiciada ante aquélla [Reglas núm. 223.d) y 224.1 y 4].

me que testimonios dados por testigos puede poner en peligro la vida o la integridad de éstas. El mismo tratamiento conjunto de víctimas y testigos es un dato más que apunta en esta dirección.

Las anteriores referencias en las Reglas a la Dependencia de las Víctimas y los Testigos han sido objeto de escasa concreción en el Reglamento de la CPI, en contraste con el extenso tratamiento que en este texto se hace a la participación procesal de las víctimas. Así, sólo los artículos 41 y 42 (este último de modo indirecto) del Reglamento se refieren a las víctimas desde esta perspectiva institucional<sup>63</sup>. Por el contrario, el Reglamento de la CPI se refiere *in extenso* a la participación procesal de las víctimas de los crímenes de su competencia, de un modo directo en el capítulo quinto «Participación de las víctimas y reparaciones» (arts. 86 a 88 del Reglamento). Asimismo, de modo indirecto, a lo largo de diversas disposiciones del Reglamento entre las que destaca el capítulo cuarto «Cuestiones sobre consejo y asistencia legal», cuya Sección tercera está dedicada a la representación legal de las víctimas (arts. 79 a 82 del Reglamento).

El haber previsto que las víctimas puedan presentar, si son autorizadas a ello, observaciones y opiniones en las distintas fases del proceso ante la CPI ha sido considerado por algún autor un avance excesivo y, por ello, un serio obstáculo al normal funcionamiento de la Administración de la justicia<sup>64</sup>. En mi opinión, sin embargo, este temor o riesgo parece excesivo a la luz de los límites materiales y temporales previstos en el propio Reglamento de funcionamiento de la CPI, para agilizar la eventual participación procesal de las víctimas. En efecto, la intervención durante el procedimiento de los «participantes», entre los que figuran las víctimas de los crímenes de la competencia de la CPI, está sujeta a estrictos límites temporales<sup>65</sup> y materia-

<sup>63</sup> El artículo 41 del Reglamento «Unidad de víctimas y testigos» establece que la Unidad de víctimas y testigos podrá, de conformidad con el artículo 68.4 del Estatuto, llamar la atención de una Sala sobre cualquier asunto cuando las medidas de protección o especiales previstas en las Reglas 87 y 88 de Procedimiento y Prueba requieran consideración. El artículo 42 del Reglamento «Aplicación y variación de medidas protectoras» señala que las medidas protectoras, una vez ordenadas en cualquier procedimiento respecto de una víctima o testigo, continuará teniendo plena fuerza y efecto en relación con cualquier otro procedimiento ante la CPI y así continuarán, una vez los procedimientos hayan concluido, sujetas a revisión por una Sala (apartado primero). Cuando el Fiscal cumpla el deber de revelación de datos en procedimientos posteriores, respetará las medidas protectoras como fueron ordenadas previamente por una Sala e informará a la defensa a la que dicha revelación esté haciendo, de la naturaleza de estas medidas protectoras (apartado segundo). Cualquier solicitud para variar una medida protectora será primero dirigida a la Sala que la ordenó. Si esa Sala ya no sigue ocupándose del proceso en el que la medida protectora fue ordenada, la solicitud puede hacerse a la Sala a la que se está solicitando una variación de la medida protectora. Esa Sala obtendrá toda la información relevante del proceso en el que la medida protectora fue primero ordenada (apartado tercero). Antes de hacer una determinación bajo el apartado anterior, la Sala buscará obtener, cuando sea posible, el consentimiento de la persona respecto de la que la solicitud de rescisión, variación o aumento de medidas de protección se ha hecho (apartado cuarto).

<sup>64</sup> JORDA, C., y DE HEMPTINNE, J., «The Status and Role of the Victim», capítulo 32 en Cassese, A., Gaeta, P. y Jones, J. (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, vol. II, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 1409 y ss.

<sup>65</sup> Así, en cuanto a los límites temporales, el artículo 34 en su epígrafe b) prevé unos límites temporales para los documentos dirigidos a la CPI, que van desde los 21 días para una respuesta a los documentos, prevista en el artículo 24.2 del Reglamento, a los 10 días para la réplica eventualmente autorizada por la Sala de conformidad al artículo 24.5 del Reglamento, a tales respuestas. En todo caso, dispone el artículo 35 del Reglamento que el plazo previsto puede ser ampliado o reducido por la Sala, a petición de parte, si existiera una justa causa y, cuando sea apropiado, tras haber dado la oportunidad de que los participantes en el proceso sean oídos. En todo caso, esta solicitud ha de hacerse dentro del plazo tempo-

les<sup>66</sup>, con una exclusión expresa del requisito de la lengua oficial para las actuaciones procesales prevista para determinadas víctimas en el artículo 39 del Reglamento<sup>67</sup>. Estos límites, previstos en aras de agilizar las distintas fases del procedimiento, lejos de verse como un obstáculo para la participación procesal de las víctimas parecen, más bien, una garantía de tal posibilidad en la medida en que pueden contrarrestar las objeciones a un alargamiento excesivo del proceso en detrimento de los derechos del acusado a un juicio justo y expedito. Resulta, por lo demás, acertado que tales límites sean aplicados sin distinción a todos los comparecientes en la etapa relevante del procedimiento, de modo que, *de facto* y al menos en este punto, la distancia entre las víctimas y las partes en el proceso parecería reducirse. Igual comentario favorable merece el margen de discrecionalidad dejado a la Sala para alterar, con flexibilidad, ambos límites temporal y material de los participantes en el proceso a la luz de las circunstancias especiales que se planteen en cada supuesto concreto.

## 4.2 El derecho a la reparación

Bajo una fuerte influencia del Derecho anglosajón, el movimiento que refuerza el derecho de las víctimas a la reparación como parte de su derecho a la justicia (la justicia reparadora)<sup>68</sup>, ha dejado sentir sus manifestaciones en el plano internacional a través del proceso de elaboración de un marco jurídico común para la reparación a las víctimas de graves violaciones de derechos humanos y de normas de Derecho internacional humanitario. Dicho marco jurídico común ha tomado como referencia –precisi-

ral establecido pues, transcurrido éste, cualquier prórroga sólo será concedida si el participante demuestra que su incapacidad de dirigir la solicitud de ampliación del plazo previsto se debió a causas ajenas a su control.

<sup>66</sup> Con relación a los límites materiales, el artículo 37 del Reglamento establece con carácter general el tope máximo de 20 páginas para los documentos dirigidos a la Secretaría, salvo que en el Estatuto de Roma, en las Reglas, el propio Reglamento o la Sala disponga otra cosa. Por su parte, el apdo. segundo del artículo 38 prevé un límite específico de 50 páginas, de nuevo, salvo que la Sala decida otra cosa, para una serie de documentos y las respuestas a los mismos si las hubiere: *a)* representaciones realizadas por las víctimas a la Sala de Cuestiones Preliminares bajo el artículo 15.3 del Estatuto y la Regla 50.3 del Reglamento; *b)* peticiones del fiscal para una decisión relativa a cuestiones de jurisdicción o admisibilidad bajo el artículo 19.3; *c)* peticiones del Fiscal a la Sala de Cuestiones Preliminares bajo el artículo 18.6 ó 19.8; *d)* un documento del Fiscal bajo el artículo 56.1.a) informando de que ha surgido una oportunidad única de investigar; *e)* una petición dirigida por cualquier participante a la Sala de Cuestiones Preliminares para tomar específicas medidas o para dictar órdenes o para buscar la cooperación estatal; *f)* una solicitud de compensación bajo el artículo 173 del Estatuto de Roma.

<sup>67</sup> En efecto, el artículo 39 del Reglamento titulado «Requisito de la lengua», prevé que todos los documentos y materiales escritos que sean dirigidos a la Secretaría estarán en inglés o en francés, a no ser que otra cosa se haya previsto en el Estatuto, en las Reglas, Reglamento, o sea autorizado por la Sala o la Presidencia (apartado primero). No obstante, lo anterior no se aplicará a las víctimas que no estén representadas y no tengan un conocimiento suficiente de una lengua de trabajo de la Corte o de cualquier otra lengua autorizada por la Sala o la Presidencia (apartado segundo). En tal caso, continúa el artículo 39.3, cuando una Sala autorice el uso por un participante de una lengua distinta al inglés o francés, los gastos de intérpretes y de traductores serán costeados por la Corte. En este sentido, el artículo 40.4 del Reglamento encomienda al Secretario la tarea de asegurarse de la traducción e interpretación de las víctimas que no cuenten con representadas y a las que se refiere el apdo. segundo del artículo 39 del Reglamento.

<sup>68</sup> Para numerosos autores la reparación del daño causado a las víctimas sería, incluso, una de las finalidades esenciales del Derecho Penal. Vide SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I. J., «Las víctimas: juicio oral y sentencia», en AA.VV., *Las víctimas en el proceso penal*, Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria Gasteiz, 2000, p. 103.

samente como consecuencia de esta inspiración anglosajona— el término «redress»<sup>69</sup> (equivalente a «reparación»). Dicho término englobaría tres conceptos diferenciados: *restitution*, *compensation* y *rehabilitation*. En opinión de algunos autores, la satisfacción y las garantías de no repetición del delito deben ser consideradas, igualmente, como parte del derecho a la rehabilitación de las víctimas<sup>70</sup>.

En este sentido, el principio 18 de los *Principios y Directrices Básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del Derecho internacional humanitario* señala que: «Conforme al derecho interno y al derecho internacional, y teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso, se debería dar a las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario, de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso, una reparación plena y efectiva, según se indica en los principios 20 a 24, en las formas siguientes: restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición».

En relación con la configuración del derecho a la reparación de las víctimas de graves crímenes contra el Derecho internacional, un análisis conjunto sobre el Estatuto de Roma, las Reglas así como sobre los Reglamentos de Funcionamiento de la CPI y del Fondo Fiduciario, debe venir precedido de un examen en perspectiva histórica de la práctica tradicional en materia de reparaciones, incluyendo compensaciones, a las víctimas con ocasión de conflictos armados para, seguidamente, poner de manifiesto las recientes críticas que a dicha práctica se han formulado desde el plano del Derecho internacional de los derechos humanos. Así, en el ámbito del Derecho internacional humanitario, la obligación internacional de pagar compensación fue establecida por primera vez en el artículo 3 de la Convención de La Haya de 1907 sobre la Guerra Terrestre y reestablecida con respecto a las graves violaciones de las Convenciones de Ginebra de 1949 (arts. 51, 52, 131 y 148, respectivamente de cada una de ellas). Asimismo, en el artículo 91 del Protocolo Adicional Primero de 1977 relativo a los conflictos internacionales. La práctica internacional ha sido bien distinta. A diferencia del proyecto del Tribunal Penal Internacional de 1872 de Gustav Moynier, para la prevención y castigo de las violaciones de la Convención de Ginebra de 1864 (cuyo artículo 7.1 preveía una compensación para las víctimas por reclamación de otro estado Parte)<sup>71</sup> no hay una práctica internacional en este sentido. Ni en Nuremberg ni en Tokio; tampoco en los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y Ruanda. Estos dos últimos textos sólo han previsto una forma de reparación directamente aplicable por sendos tribunales: la restitución de propiedades obtenidas ilegalmente<sup>72</sup>, habiendo sido delegadas el resto de cuestiones relati-

<sup>69</sup> BASSIOUNI, Ch., *Introduction au Droit Pénal International*, Bruylant, Bruselas, 2002, p. 278.

<sup>70</sup> DONAT-CATTIN, D., «Article 75. Reparations to victims», en Triffterer, O. (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court. Observers' Notes, Article by Article*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1999, p. 970.

<sup>71</sup> Sobre la cuestión: HALL, K. Ch., «The First Proposal for a Permanent International Criminal Court», *International Review of the Red Cross*, núm. 322, marzo 1998, pp. 57 a 74.

<sup>72</sup> Artículos 24.1 y 23.1 de los respectivos Estatutos, desarrollados por las Reglas de Procedimiento y Prueba de ambos Tribunales: la Regla núm. 98.3.b) de las Reglas de Procedimiento y Prueba del Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para la antigua Yugoslavia, IT/32/REV.17, como ha sido modificado el 17 de noviembre de 1999, y la Regla núm. 88.b) de las Reglas de Procedimiento y Prueba del

vas a compensación a las víctimas –de conformidad con la Regla de Procedimiento y Prueba núm. 106 común– a los tribunales nacionales u otros órganos competentes ya existentes o a establecer<sup>73</sup>. Esta Regla pudiera ser criticable considerando las posibles dificultades que las víctimas de los crímenes considerados por ambos Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* pueden tener al intentar acceder a los tribunales internos de sus propios países. Asimismo, dado que podría consagrar una discriminación entre las víctimas de un mismo crimen: algunas tendrían directamente una restitución concedida por el Tribunal Penal Internacional *ad hoc*. Otras víctimas, por el contrario, tendrían que intentar una compensación ante los tribunales internos<sup>74</sup>.

La práctica internacional referida debe verse como consecuencia de que en el momento histórico en el que esta obligación de compensación fue establecida por primera vez en 1907 y luego repetida en 1949, era considerada como una obligación entre Estados: de cada Estado contratante con respecto a cualquier otro Estado contratante concernido. Se considera, además, que dicha obligación resultaba cumplida siempre que, tras la firma de un tratado de paz el Estado responsable hubiera aceptado pagar a otro Estado reparaciones de guerra o compensación por los daños causados a los nacionales del enemigo, con independencia de si hubiera realizado ya algún pago<sup>75</sup>. Hoy día, esa concepción interestatal del derecho a la compensación de las víctimas por daños sufridos en un conflicto armado ha sido puesta en cuestión desde el plano del Derecho internacional de los derechos humanos al asumir que el derecho a un remedio efectivo también implica el derecho a la reparación, incluyendo la com-

---

Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para Ruanda de 29 de junio de 1995, como han quedado tras su modificación el 8 de junio de 1998. Como recuerda Ilaria Bottigliero, para que la Sala del respectivo Tribunal ordene la restitución, la obtención ilegal de la propiedad debe estar asociada con alguno de los crímenes de la competencia de ambos Tribunales y debe ser objeto de un específico tratamiento en la sentencia de la Sala. Una vez estas condiciones se han cumplido, la Regla de Procedimiento y Prueba núm. 105, común a ambos Tribunales, establece con detalle el procedimiento para la restitución de propiedades ilegalmente arrebatadas a las víctimas. BOTTIGLIERO, I., *Redress for Victims of Crimes Under International Law*, *op. cit.*, p. 198. Se trata, como recuerda esta autora, de una prerrogativa exclusiva de la Sala, actuando bien *motu proprio* o a instancias del Fiscal, celebrar una audiencia especial para la determinación de cuestiones de restitución. En este sentido, aunque las víctimas no pueden dirigir una reclamación civil directamente durante el procedimiento penal, se trata de un procedimiento innovador y que presenta como principal ventaja el que la propia Sala puede determinar el legítimo propietario de la posesión ilegalmente arrebatada sin que sea precisa la intervención de las autoridades nacionales competentes. *Ibidem*, p. 200.

<sup>73</sup> BOTTIGLIERO, I., *Redress for Victims of Crimes Under International Law*, *op. cit.*, p. 198.

<sup>74</sup> *Ibidem*, p. 202. Ha de reconocerse, con todo, que el riesgo de semejante discriminación parece haberse neutralizado porque no se ha emitido ninguna orden de restitución directamente por ninguno de los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc*, al igual que tampoco se ha delegado en los tribunales nacionales para que sean éstos quienes ordenen medidas de compensación. Debe mencionarse, sin embargo, el Anexo sexto a los acuerdos de paz para Bosnia-Herzegovina, concluidos en Dayton el 21 de noviembre de 1995, en el que se incluía un acuerdo específico en materia de derechos humanos en virtud del cual las partes contratantes se comprometían a establecer una Comisión de Derechos Humanos, incluyendo un defensor del pueblo y una Sala de Derechos Humanos, a imagen del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Dicha Sala ha venido desarrollando una extensa jurisprudencia, desde 1996, en relación con el derecho a la reparación de las víctimas de los crímenes contra el Derecho internacional cometidos durante el conflicto de Bosnia-Herzegovina, en particular, respecto de viviendas y propiedades arrebatadas ilegalmente durante dicho conflicto. Vide BOTTIGLIERO, I., *op. cit.*, p. 186.

<sup>75</sup> Como se observa en el párrafo 594 del Informe de 25 de enero de la Comisión Internacional de Investigación nombrada por el Secretario General, Kofi Annan, para evaluar la situación en Darfur, de conformidad con la Resolución del Consejo de Seguridad 1564, de 18 de septiembre de 2004.

pensación si el órgano judicial pertinente concluye que se ha cometido una violación de los derechos humanos<sup>76</sup>.

En este sentido, se observa en el párrafo 597 del Informe elaborado por la Comisión Internacional de Investigación en Darfur, presidida por el profesor Antonio Cassese, que: «El reconocimiento universal y la aceptación del derecho a un remedio efectivo no pueden sino pesar en la interpretación de las disposiciones internacionales sobre la responsabilidad del Estado por crímenes de guerra y otros crímenes contra el Derecho internacional. Estas disposiciones pueden ser construidas, en la actualidad, al efecto de que las obligaciones que contemplan sean asumidas por Estados no sólo hacia otros Estados Parte sino también vis-à-vis las víctimas, por ejemplo, los individuos que padecieron tales crímenes. En otras palabras, en la actualidad ha emergido en Derecho internacional un derecho de las víctimas de graves violaciones de los abusos de derechos humanos (en particular, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y genocidio) a la reparación (incluida la compensación) por los daños resultantes de tales abusos».

Se trataría de una transformación operada de un modo similar a lo acontecido respecto del requisito de la nacionalidad de la víctima –fundamento de la figura clásica de la protección diplomática– para que un Estado pueda exigir el respeto internacional de los derechos humanos respecto de los nacionales de otro Estado. Recientemente, este movimiento a favor del reconocimiento del derecho de las víctimas a la reparación se ha visto relanzado en conexión con la lucha de la Comunidad Internacional contra el terrorismo global. Así, por ejemplo, en la Cumbre Internacional sobre Democracia, Terrorismo y Seguridad, celebrada en Madrid entre los días 8 a 11 de marzo de este año, se presentaron diversas propuestas de acción compensatoria en relación con las víctimas del terrorismo. El Secretario General de Naciones Unidas, Kofi Annan recordó la Resolución 1566 de 8 de octubre de 2004 del Consejo de Seguridad en la que sugería la creación de un fondo internacional para indemnizar a las víctimas del terrorismo internacional y a sus familias (fondos voluntarios y requisitos). Esta propuesta no se reflejó en la Resolución final (la Agenda de Madrid)<sup>77</sup> en la que se recomendó, en cambio, examinar la posibilidad de crear Altos Comisionados para las víctimas en el ámbito nacional e internacional. Se trata de una propuesta interesante a valorar positivamente. Sin embargo no parece suficiente a la luz de las crecientes exigencias de la justicia internacional frente a las graves violaciones del Derecho internacional humanitario y del Derecho internacional de los derechos humanos<sup>78</sup>.

A la luz de esta breve exposición de la práctica internacional contemporánea en materia de reparación (incluida la compensación) a las víctimas de graves violaciones

<sup>76</sup> Párrafos 595 y 596 del Informe de 25 de enero de la Comisión Internacional de Investigación nombrada por el Secretario General, Kofi Annan, para evaluar la situación en Darfur.

<sup>77</sup> Los discursos y el texto del comunicado final de la cumbre «la Agenda de Madrid» puede consultarse en la página web [www.spanish.safe-democracy.org](http://www.spanish.safe-democracy.org).

<sup>78</sup> En este sentido, se recuerda en el párrafo 590 del Informe de la Comisión Internacional de Investigación para evaluar la situación en Darfur que: «Los Estados tienen la obligación de actuar no sólo contra los perpetradores sino también en representación de las víctimas. Aun cuando una Comisión de Compensación no constituye un mecanismo para asegurar que los responsables sean perseguidos judicialmente, su establecimiento sería vital para restaurar los derechos de las víctimas de graves violaciones cometidas en Darfur».

contra el Derecho internacional, así como de la nueva tendencia apuntada en un sentido contrario a dicha práctica, es posible realizar un examen crítico de la regulación actual del derecho a la reparación de las víctimas de los graves crímenes contra el Derecho internacional de la competencia de la CPI. Así, en primer lugar, merece ser resaltado positivamente el hecho de que la Regla núm. 85 ofrezca una definición de víctima que podría considerarse más extensiva que la contenida en la *Declaración de Naciones Unidas sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de los Delitos y del Abuso del Poder*, al prever en su apdo. segundo que: «por víctimas se podrá entender también las organizaciones o instituciones que hayan sufrido daños directos a alguno de sus bienes que esté dedicado a la religión, la instrucción, las artes, las ciencias o la beneficencia y a sus monumentos históricos, hospitales y otros lugares y objetos que tengan fines humanitarios».

Se trata, sin embargo, de una posibilidad cuya materialización queda, en principio, a la espera de ser concretada por la CPI en cada supuesto individual en que se plantee y, en todo caso, ha de advertirse que la condición de víctima de las personas jurídicas a las que se refiere el apdo. segundo de la Regla núm. 85, se configura como un supuesto más restringido de esta categoría que tratándose de personas físicas, en tanto que las organizaciones o instituciones a la que se refiere esta Regla han de invocar un daño directo en algunos de sus bienes físicos. Parecería que las personas jurídicas sólo tendrían derecho al resarcimiento de tales daños, mientras que las personas físicas, invocando su condición de víctimas, tendrían derecho a una reparación, término que en su triple acepción como restitución (*restitution*), indemnización (*compensation*) y rehabilitación (*rehabilitation*), no está reducido exclusivamente a los daños en las cosas, sino que comprende asimismo las lesiones de naturaleza material y moral. Otra diferencia a destacar entre las víctimas como personas jurídicas o físicas atañe al contenido de la reparación que, respecto de estas últimas, no sería sólo pecuniario pudiendo revestir un carácter específico, concretándose en una obligación de dar, hacer o no hacer<sup>79</sup>.

Debe igualmente destacarse como acierto las disposiciones previstas respecto de las víctimas de actos de violencia sexual en las que se ha asumido la rehabilitación como parte de la reparación a las víctimas. Asimismo, la consagración de la responsabilidad civil *ex delicto* y la creación del Fondo Fiduciario. Sin embargo, se ha descuidado la reparación en su dimensión de compensación. Siendo este punto criticable, en particular, ante la ausencia en el Estatuto de cualquier referencia a un derecho a la compensación, subsidiario a la reparación económica o indemnización por parte del autor de los actos enjuiciados (y sólo si es condenado). Esta ausencia resulta llamativa además por cuanto se ha tomado como referencia la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las víctimas de Delitos y de Abuso de Poder, que sí la contempla en su artículo 11 y que es desarrollado en los artículos 12 y 13 de la misma. Criticable es también la precaria participación procesal de las víctimas que se encuentra condicionada a la discrecionalidad de la CPI y al papel, eventualmente prominente, que el representante legal de éstas puede tener. En este sentido, el párrafo tercero del artículo 75 del Estatuto de Roma, en su versión oficial en español, difiere

<sup>79</sup> ROIG TORRES, M., *La reparación del daño causado por el delito. Aspectos civiles y penales*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 221 y 222.

en cuanto a su redacción de la versión inglesa<sup>80</sup>. El tenor de la versión española «tendrá en cuenta», más categórica que la versión inglesa «may invite and shall take account of» (puede invitar y tendrá en cuenta) aunque parecidas, son diferentes y con posibles consecuencias para los derechos de las víctimas. En todo caso, y al igual que sucedía con la divergencia antes comentada con relación al epígrafe primero del artículo 75 del Estatuto de Roma, parecería que la versión que debe tomarse en cuenta es la inglesa a la luz de las Reglas núm. 95, apdo. primero<sup>81</sup> y núm. 96, apdo. primero<sup>82</sup>. Ambas Reglas incluyen la cláusula «en la medida de lo posible» al referirse al deber de la Corte de informar a las víctimas, a las personas y Estados interesados en relación con los procedimientos de reparación a aquéllas, relativizando, así, el carácter categórico de la expresión «tendrán en cuenta» de la versión española del epígrafe tercero del artículo 75 del Estatuto de Roma.

Estas restricciones a la capacidad procesal de las víctimas pueden incidir en ellas negativamente a través de lo que se denomina «victimización secundaria»<sup>83</sup>. La participación procesal es un importante paso en la rehabilitación de las víctimas. Que se haga justicia y que éstas vean que se les ha hecho en realidad. Si este punto es importante en el plano interno, tanto más en los crímenes de la competencia de la CPI, asociados generalmente a conflictos intergrupales. En ellos, –la justicia y la percepción de que se ha hecho justicia– es un requisito para la paz entre grupos que han de seguir coexistiendo sobre un mismo territorio. Sin justicia la venganza se convierte en el caldo de cultivo para una espiral de violencia que culmina en un desastre de barbarie aún mayor que el anterior. En este sentido, en la redacción final del Estatuto de Roma no se habría insistido en un punto que para los autores resulta de vital importancia en orden a la reparación a las víctimas de graves delitos: la reconciliación entre víctima y agresor<sup>84</sup>.

En relación con la solución retenida en el Estatuto, crear un Fondo Fiduciario de carácter voluntario a favor de las víctimas, pudiera pensarse en otras posibles alternati-

<sup>80</sup> Así, mientras en el primer caso puede leerse: «3. La Corte, antes de tomar una decisión con arreglo a este artículo, tendrá en cuenta las observaciones formuladas por el condenado, las víctimas, otras personas o Estados que tengan un interés, o las que se formulen en su nombre». En el texto inglés se dice: «3. Before making an order under this article, the Court may invite and shall take account of representations from or on behalf of the convicted person, victims, other interested persons or interested States».

<sup>81</sup> Regla núm. 95.1: «La Corte, cuando decida proceder de oficio de conformidad con el párrafo 1 del artículo 75, pedirá al Secretario que lo notifique a la persona o las personas contra las cuales esté considerando la posibilidad de tomar una decisión, y, *en la medida de lo posible*, a las víctimas y a las personas y los Estados interesados. Los notificados podrán presentar al Secretario sus observaciones con arreglo al párrafo 3 del artículo 75». (La cursiva es añadida)

<sup>82</sup> Regla núm. 96.1: «Sin perjuicio de las demás disposiciones relativas a la notificación de las actuaciones, el Secretario, *en la medida de lo posible*, notificará a las víctimas o sus representantes legales y a la persona o las personas de que se trate. El Secretario, teniendo en cuenta la información que haya presentado el Fiscal, tomará también todas las medidas que sean necesarias para dar publicidad adecuada de las actuaciones de reparación ante la Corte, *en la medida de lo posible*, a otras víctimas y a las personas o los Estados interesados». (La cursiva es añadida)

<sup>83</sup> Por tal se entiende el conjunto de perjuicios causados a la víctima como consecuencia de sus relaciones con el sistema legal, por ejemplo, por la excesiva burocratización, el trato recibido por aquélla que se siente un mero objeto rutinario de la investigación, etc. ROIG TORRES, M., *La reparación del daño causado por el delito*, op. cit., p. 299. Igualmente, BERISTAIN, A., «Proceso Penal y Víctimas: Pasado, Presente y Futuro», en AA.VV., *Las víctimas en el proceso penal*, op. cit., p. 24.

<sup>84</sup> WRIGHT, M., *Justice for victims and offenders*, Open University Press, Buckingham, 1991, p. 100.

vas tales como optar por una Comisión Internacional de Compensación<sup>85</sup> o por la creación de un Tribunal Internacional de Responsabilidad Civil<sup>86</sup>. La propuesta de una Comisión Internacional de Compensación no ha sido asumida, pese a las recomendaciones en este sentido de la Comisión Internacional de Investigación de Darfur, por el Consejo de Seguridad en su Resolución 1593 de 31 de marzo de 2005, en la que decidió remitir la situación en Darfur desde el 1 de julio de 2002 al Fiscal de la CPI. Merece, pese a todo, destacarse de la misma que se estructura sobre la base de un derecho autónomo de las víctimas de los graves crímenes contra el Derecho internacional, con carácter complementario a la represión y castigo de los responsables individuales de tales actos<sup>87</sup>. Esto es, el derecho a la compensación sería complementario pero no accesorio o subsidiario al derecho de las víctimas a que los autores de los actos enjuiciados fueran eventualmente condenados, a diferencia de lo previsto en el Estatuto de Roma y en las Reglas que no contemplan la compensación a cargo del Estado sino sólo la reparación por parte del autor de los actos enjuiciados y únicamente en el supuesto de que fuera condenado por uno de los crímenes de la competencia de la CPI<sup>88</sup>.

En cuanto a los aspectos técnicos de esta Comisión Internacional de Compensación a favor de las víctimas de Darfur, se ha propuesto que tenga 15 miembros (diez designados por el Secretario General de Naciones Unidas y cinco por el Gobierno sudanés); estaría presidida por un miembro internacional y constituida en cinco Salas de tres miembros cada una, estando una de estas Salas específicamente destinada a tratar cuestiones relativas a la compensación a las víctimas de delitos de violación. La Comisión debería pronunciarse sobre las reclamaciones de compensación de todas las víctimas de los crímenes contra el Derecho internacional cometida en Darfur por las autoridades gubernamentales u otros órganos de facto actuando en su nombre o por los rebeldes, tanto si los perpetradores son o no identificados y juzgados. Los fondos para el pago de compensación deberían ser proporcionados por las autoridades sudanesas, a cuyo fin podrían ser solicitadas por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas para que depositaran la suma necesaria en una cuenta controlada. Los fondos

<sup>85</sup> Propuesta hecha por la Comisión Internacional de Investigación nombrada por el Secretario General, Kofi Annan, para evaluar la situación en Darfur, de conformidad con la Resolución del Consejo de Seguridad 1564, de 18 de septiembre de 2004.

<sup>86</sup> DIXON, R., «Rape as a Crime in International Humanitarian Law: Where to from Here?», *European Journal of International Law*, 2002, vol. 13, núm. 3, pp. 697 a 719, en especial, pp. 714 y siguientes. Otra propuesta es la de establecer una comisión de expertos independientes con especiales poderes para tratar todas aquellas cuestiones relacionadas con la compensación a las víctimas. Vide JORDA, C., y HEMP-TINNE, J., «The status and role of the victim», *op. cit.*, p. 1417. Esta Comisión, que no tendría competencias para conceder órdenes de reparación, estaría próxima a la propuesta de creación de altos comisionados para las víctimas sugerida en la Agenda de Madrid. Vide nota a pie núm. 75.

<sup>87</sup> Como resultante se afirma en el párrafo 590 del Informe, más tarde reiterado en los párrafos 649 y 650 del mismo Informe: «Los Estados tienen la obligación de actuar no sólo contra los perpetradores sino también en representación de las víctimas. Aun cuando una Comisión de Compensación no constituye un mecanismo para asegurar que los responsables sean perseguidos judicialmente, su establecimiento sería vital para restaurar los derechos de las víctimas de graves violaciones cometidas en Darfur».

<sup>88</sup> Respecto de las razones jurídicas que sustentarían el derecho autónomo de las víctimas a obtener compensación por su sufrimiento, la Comisión internacional de investigación observa en el párrafo 593 de su informe que: «Las graves violaciones del Derecho internacional humanitario y del Derecho internacional de los derechos humanos pueden conllevar no sólo la responsabilidad individual del perpetrador sino también la responsabilidad internacional del Estado (o de una entidad similar al Estado) en cuyo nombre el perpetrador actuó. Esta responsabilidad internacional implica que el Estado (o la entidad similar al Estado) debe pagar compensación a la víctima».

para la compensación de las víctimas de los crímenes cometidos por los rebeldes (tanto si sus perpetradores son o no identificados y juzgados) deberían ser aportados a través de un Fondo Fiduciario a ser establecido sobre la base de contribuciones internacionales voluntarias<sup>89</sup>.

La propuesta formulada por Rosalind Dixon en un artículo publicado en el *European Journal of International Law* en 2002, consiste en la instauración de un Tribunal Civil Internacional para la compensación y reparación a las víctimas de los crímenes de la competencia de la CPI, en particular, respecto de las víctimas de actos de violencia sexual cometidos con ocasión de tales crímenes. De *lege ferenda*, dicho Tribunal tendría competencia para conocer tanto de demandas individuales como colectivas y sus decisiones de reparación estarían divididas en dos partes: la sentencia de reconocimiento del derecho a la reparación y las propias concesiones de compensación. Se pretende con ello suplir el carácter excepcional con el que la CPI reconocería a las víctimas un eventual derecho a la reparación<sup>90</sup>.

Al margen del juicio valorativo que sobre estas propuestas se haga, creo que estarían poniendo de manifiesto la necesidad de completar el régimen de reparaciones previsto para las víctimas de los crímenes de la competencia de la CPI. En este sentido, el balance que se hace respecto de esta segunda dimensión del derecho a la justicia de las víctimas de graves crímenes contra el Derecho internacional —el derecho a la reparación—, tal como aparece regulado en el Estatuto de Roma y en los distintos instrumentos que lo completan y desarrollan es igual de insatisfactorio que el que antes se hacía respecto de la primera dimensión del derecho a la justicia —derecho a un recurso y a una capacidad procesal— a pesar de que reconozca que el mecanismo previsto en el Estatuto de Roma y desarrollado en las Reglas para facilitar una reparación a las víctimas de los crímenes de la competencia de la CPI tenga por mérito el que no requiera la ejecución de una eventual sentencia reparadora a través de un tribunal nacional u otro órgano competente, siendo suficiente a tal fin las medidas que la CPI puede adoptar de conformidad con el artículo 79 del Estatuto desarrollado, a su vez, por la Regla núm. 98<sup>91</sup>, a diferencia del previsto en los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y para Ruanda.

Junto a las críticas antes formuladas, merece un juicio positivo las disposiciones que se han previsto a fin de prestar una asistencia específica a determinadas víctimas como, por ejemplo, las víctimas de actos de violencia sexual cometidos en el marco de los crímenes de la competencia de la Corte, tales como los crímenes de lesa humanidad de violación y de esclavitud sexual, previstos en el artículo 7.1.g) del Estatuto de Roma<sup>92</sup>. En la práctica, sin embargo, debe recordarse que la CPI ha sido estableci-

<sup>89</sup> Parágrafo 603 del Informe.

<sup>90</sup> La propuesta de la profesora Dixon me parece menos afortunada que la de la Comisión de Investigación presidida por el profesor Cassese pues no resuelve el problema de la compensación subsidiaria a cargo del Estado para las víctimas a las que reconociera este derecho dicho Tribunal Civil Internacional, además de por el hecho de que su efectivo funcionamiento dependería de su aceptación por los Estados que reconocieran su jurisdicción y con ello, el riesgo de discriminación entre las víctimas de los mismos crímenes.

<sup>91</sup> KITTICHAISAREE, K., *International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2002, p. 323.

<sup>92</sup> Véanse, en este sentido, las Reglas núm. 63.4, 70 y 71. Otras disposiciones del Estatuto previstas en atención a la condición específica de estas víctimas serían los artículos 44.2 y 36.8, referidas a la nece-

da para operar sólo en circunstancias excepcionales y sobre una base de complementariedad. ¿Significa esto que sólo excepcionalmente las víctimas de tales crímenes podrán beneficiarse de los mecanismos y estándares en materia de reparación previstos? La respuesta es que, muy probablemente, así es<sup>93</sup>, con el riesgo de que se darán flagrantes desigualdades en el tratamiento de las víctimas dependiendo de su nacionalidad<sup>94</sup>. Además, la responsabilidad civil *ex delicto* de los crímenes más graves de trascendencia para la Comunidad Internacional es reconocida en el Estatuto de la CPI y en las Reglas de un modo coherente con la concepción anglosajona del «redress to or in respect to victims» (véase el artículo 75 del Estatuto de Roma) inspiradora del movimiento internacional en favor de las víctimas antes descrito. Sin embargo, aparece ésta configurada con unas características peculiares que matizan el alcance del derecho de las víctimas de tales crímenes a la reparación civil.

Así, por ejemplo, la indemnización como restitución económica sólo se contempla como exigible frente a los particulares condenados en relación con alguno de los crímenes de la competencia de la CPI al tiempo que se omite, por expreso deseo de los redactores del Estatuto y de las Reglas, de cualquier referencia a la responsabilidad solidaria o subsidiaria del Estado. Así sería, por ejemplo, de aquél en el que el condenado ha desempeñado altos cargos de índole política, administrativa o militar, cuando cometió los actos por los cuales es condenado. Con ello se estaría poniendo de manifiesto un retroceso respecto del fallido proyecto de Tribunal Internacional Penal de Gustav Moynier en 1872 que si contemplaba la responsabilidad subsidiaria del Estado del cual fuera nacional la persona declarada culpable de violación del Convenio de Ginebra de 1864 en caso de que ésta fuera insolvente. De esta manera, la no previsión de la compensación económica a cargo de un Estado o autoridad pública para supuestos de insolvencia del condenado merma el alcance real del derecho a la reparación civil de las víctimas de los crímenes más graves de trascendencia para la Comunidad Internacional y supone un serio obstáculo a la reconciliación y, por ende, a la restauración de la paz<sup>95</sup>. A esta ausencia hay que añadir el carácter precario de la participación procesal de las víctimas en el procedimiento de reparación, coincidente con la regulación conferida a éstas en el Estatuto de Roma y en las Reglas respecto de otras etapas del procedimiento ante la CPI, a pesar de que el procedimiento de reparación se configura como autónomo del principal.

## V. CONCLUSIONES

Al finalizar este estudio, varias son las ideas principales que pueden extraerse de lo presentado:

Primera. El Estatuto de Roma y los diversos instrumentos que lo complementan y desarrollan permiten afirmar que la Comunidad internacional de Estados en su con-

sidad de contar con expertas legales sobre la violencia contra las mujeres, y el artículo 42.9 relativo a los abogados especializados en cuestiones de violencia sexual y de género.

<sup>93</sup> BOTTIGLIERO, I., *Redress for Victims of Crimes Under International Law*, *op. cit.*, p. 242.

<sup>94</sup> CAIRO, R., «Terrorism and Victims' Rights», *op. cit.*, p. 257.

<sup>95</sup> JORDA, C., «Victims' Access to International Criminal Justice System», *op. cit.*, p. 260.

junto ha comenzado a tomar conciencia de un vacío normativo existente en el Derecho internacional contemporáneo en cuanto al reconocimiento y protección efectiva del derecho a la reparación (incluida la compensación) para las víctimas de graves violaciones del Derecho Internacional humanitario y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Segunda. A través de éstos y otros instrumentos internacionales se han dado respuestas tímidas en el Ordenamiento Jurídico internacional respecto de la insatisfactoria situación, por ejemplo, permitiendo a las víctimas instar una acción de reparación frente a una persona condenada por la CPI, siendo además, este procedimiento de carácter autónomo al principal ante la Corte. Igualmente, se ha establecido un Fondo Fiduciario para asegurar que las víctimas no quedan desamparadas en caso de insolvencia de los autores de los crímenes cuya responsabilidad civil *ex delicto* se reclama. Pero esas respuestas no parecen ser suficientes. Así, no se ha consagrado en el Estatuto de Roma ni en los demás instrumentos que lo complementan, la responsabilidad subsidiaria del Estado asumiendo la carga del derecho de las víctimas a la compensación por su sufrimiento. En este sentido, debe recordarse que los recursos del Fondo Fiduciario se nutren gracias a las aportaciones voluntarias de los Estados y de entidades privadas. Este hecho hace dudar de su eficacia a medio-largo plazo, como prueba en otro contexto similar, el Tribunal Especial para Sierra Leona.

Tercera. En resumen, a la luz de los hechos presentados y de la investigación reflejada en este trabajo, habrá quienes consideren que se ha suplido el vacío normativo a favor de las víctimas, debiendo acto seguido, matizar que se ha hecho en una medida muy precaria. Igualmente, a la luz de los mismos hechos, habrá quienes consideren que sigue sin suplirse ese vacío normativo de reconocimiento y protección efectiva del derecho a la justicia de las víctimas de graves crímenes contra el Derecho internacional. Ambas lecturas encuentran elementos de apoyo y responden a la clásica metáfora visual «del vaso de vino medio lleno o medio vacío». En todo caso, unos y otros coincidirán en el hecho de que para los juristas, y en especial, para los iusinternacionalistas, aún queda un largo camino por recorrer para mejorar la suerte de las víctimas de graves crímenes contra el Derecho Internacional que eventualmente puedan acudir ante el primer Tribunal Penal Internacional con carácter permanente en la Historia de la Humanidad.

#### ABSTRACT

The Rome Statute and the legal instruments which develop and implement it are showing the international community commitment to fulfil the gap existing in contemporary International Law as far as victims' of serious crimes rights are concerned. Particularly, regarding victims' right to reparation, compensation included.

No matter how rewarding achievements may represent these and other international legal instruments, the result is clearly insufficient. In this study a research is developed to support the previous statement. Having analyzed the traditional position of victims of serious crimes against International Law and the latest development in establishing the first permanent International Penal Court in History, a bitter-sweet feeling remains in the reader: a lot achieved, much to reach for.

**RÉSUMÉ**

Le Statut de Rome et les instruments legales qui le développent et implement montraient une communauté international qui s'engage à remplir la manque de consideration en Droit international contemporain pour les droits des victims des plus graves violations des droits de l'homme et des règles du Droit humanitaire. De façon particulier, ces nouveaux instruments montraient la reconnaissance d'un droit à la réparation, compensation comprise, pour ces victims.

Ils sont bienvenues ces instruments internationaux normatives pour les droit des victimes. Les résultats dans ensemble sont, malheureusement, insuffisants. Dans ce travail l'auteur a fait recherche sur la position traditionnelle des victimes de la grave violation contre le Droit international et a considéré le dernier développement avec la premier Cour Pénal International permanente dans l'Histoire de l'Humanité. À la conclusion de cette étude, les lecteurs arriveront a une sensation agri douce: beaucoup fait, encore plus à faire pour les victimes.



## EL EFECTO DE LOS CONFLICTOS ARMADOS EN LOS TRATADOS \*

Juan SANTOS VARA

Profesor Titular Interino de Derecho Internacional  
Público y Relaciones Internacionales  
Universidad de Salamanca

### SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.-II. LOS ENFOQUES TRADICIONALES SOBRE EL EFECTO DE LOS CONFLICTOS ARMADOS EN LOS TRATADOS.-III. LA INCERTIDUMBRE ACTUAL.-IV. ¿LOS EFECTOS DE LOS CONFLICTOS ARMADOS EN LOS TRATADOS OPERAN AUTOMÁTICAMENTE?.-V. LA PRÁCTICA RECIENTE DE LOS ESTADOS.-VI. EL PRIMER PROYECTO DE ARTÍCULOS DE BROWNLIE: 1. *El ámbito de aplicación*. 2. *El criterio de la intención*. 3. *Lista indicativa de tratados no afectados por el conflicto armado*. 4. *El modo de suspensión o de terminación de los tratados*. 5. *La relación con el derecho relativo al uso de la fuerza*.-VII. CONCLUSIONES.

### I. INTRODUCCIÓN

El efecto de los conflictos armados en los tratados es un ámbito del derecho de los tratados que se caracteriza por una gran incertidumbre no sólo en cuanto a la práctica actual de los Estados sino también en relación con el derecho vigente. Se trata de una cuestión clásica del Derecho internacional en la que se ha producido un paulatino oscurecimiento a lo largo del siglo xx <sup>1</sup>. En este sentido, la decisión de excluir el tema del ámbito de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (CV)

---

\* Este trabajo forma parte del proyecto de investigación: «La refundación de Europa: la reforma de 2004 y el Tratado Constitucional» (SA004C05), financiado por la Junta de Castilla y León.

<sup>1</sup> Una buena muestra de la dificultad del tema la tenemos en la afirmación realizada por Sir CECIL HURST en 1921: «there are few questions upon which people concerned with practical application of the rules of international law find the text-books less helpful than that of the effect of war upon treaties in force between belligerents. Both the practice of States, as exemplified in the provisions of treaties of peace, and the pronouncements of statesmen appear to conflict with the principles laid down by the text books» («The Effect of War on Treaties», *BYIL*, 1921-22, p. 37).

ha contribuido a dotar al tema de un cierto halo de misterio<sup>2</sup>. Además, los Estados se muestran muy reacios a manifestar los efectos de los conflictos armados en sus relaciones contractuales, y con frecuencia transcurre un largo período de tiempo hasta que el efecto de un determinado conflicto se plantea en la práctica<sup>3</sup>.

El hecho de que los conflictos armados desencadenados con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial no se ajusten generalmente al concepto clásico de guerra, junto con la consideración por parte de la mayoría de los autores de que los conflictos armados no implican generalmente la terminación o la suspensión de los tratados, podría llevarnos a primera vista a la conclusión de que estamos ante un problema perteneciente al pasado, precisamente a un momento histórico en el que el recurso a la guerra con la finalidad de resolver las controversias era legal. Sin embargo, si partimos de la evidencia sociológica de que el número e importancia de las relaciones convencionales ha aumentado sustancialmente en la sociedad internacional contemporánea, y de que los conflictos armados no han sido precisamente desterrados de la realidad social internacional, llegamos a una conclusión totalmente inversa. En consecuencia, la coexistencia de ambas realidades en la sociedad internacional nos pone de manifiesto que estamos también ante un problema de nuestros días. Además, el efecto de los conflictos armados en los tratados se manifiesta de vez en cuando en la práctica, si bien cada vez con menos frecuencia<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> Con arreglo al artículo 73 «las disposiciones de la presente Convención no prejuzgarán ninguna cuestión que con relación a un tratado pueda surgir como consecuencia (...) de la ruptura de las hostilidades entre Estados». Asimismo, en el artículo 75 se prevé que «las disposiciones de la presente Convención se entenderán sin perjuicio de cualquier obligación que pueda originarse con relación a un tratado para un Estado agresor como consecuencia de medidas adoptadas conforme a la Carta de las Naciones Unidas con respecto a la agresión de tal Estado». La Comisión de Derecho Internacional excluyó este tema del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados en 1963 por considerar que «el estudio de ese asunto entrañaría inevitablemente un examen de los efectos de las disposiciones de la Carta relativas a la amenaza o el uso de la fuerza sobre la legitimidad del recurso a las hostilidades de que se trata (...)» (*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 15.º período de sesiones, vol. II, p. 220, párrafo 14, 1963). Asimismo, se afirmó en el comentario del artículo 69 que después sería el 73 de la CV que «en el derecho internacional actual, se debe considerar que la ruptura de hostilidades entre Estados es una situación enteramente anormal y que las normas por las que se rigen sus consecuencias jurídicas no forman parte de las normas generales de derecho internacional aplicables a las relaciones normales entre Estados» (*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, vol. II, p. 220, 1966).

<sup>3</sup> En el marco del conflicto de las Malvinas, el Reino Unido manifestó que el Convenio de la Ensenada de Nootka de 1790, en relación con las antiguas colonias españolas, había quedado abrogado en 1795 como consecuencia de la guerra entre Gran Bretaña y España (*BYIL*, 1983, p. 370). Asimismo, un tribunal británico se pronunció en 1977 sobre los efectos que había tenido la Segunda Guerra Mundial en la Convención sobre la ejecución de los laudos arbitrales extranjeros de 1927 (*BYIL*, 1976-77, p. 333-335).

<sup>4</sup> Incluso los conflictos armados pueden afectar a las relaciones convencionales con terceros Estados. Un buen ejemplo lo tenemos en la suspensión y posterior denuncia en 1991 por parte de la Comunidad Europea del Acuerdo de cooperación con Yugoslavia de 1983, como consecuencia de la reanudación de los combates. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas acepta que la suspensión estaba plenamente justificada como consecuencia del cambio fundamental de circunstancias acaecido en aquel territorio tras la continuación de las hostilidades (Sentencia de 16 de junio de 1998, *Racke* C-162/96). Asimismo, el Gobierno de los Países Bajos suspendió en 1982 todos los tratados bilaterales con Surinam en virtud de la doctrina *rebus sic stantibus*, tras el desencadenamiento de un conflicto interno en el mismo (*NYIL*, 1984, p. 321). En principio, podría considerarse que no estamos ante verdaderos supuestos de efectos de los conflictos armados en los tratados. Sin embargo, si como comprobaremos más adelante, los efectos de los conflictos armados en los tratados tienden a reconducirse a las causas de terminación y suspensión previstas en el Convenio de Viena, carece de relevancia la distinción.

Por otro lado, los efectos de los conflictos armados en los tratados es periódicamente objeto de estudio por parte de instituciones internacionales. El Instituto de Derecho Internacional dedicó parte de las sesiones de trabajo celebradas en Dijon en 1981 y en Helsinki en 1985 a tratar de clarificar el estado de la cuestión, que culminó con la adopción de una resolución en 1985<sup>5</sup>. En este sentido, la decisión de la Comisión de Derecho Internacional (CDI), adoptada en su 56.º período de sesiones, de incluir los efectos de los conflictos armados en los tratados en su actual programa de trabajo ha contribuido a dotar al tema de una gran actualidad<sup>6</sup>.

Todo ello nos muestra que se trata de un tema que sigue precisando de un mayor esclarecimiento para mejorar la seguridad jurídica de las relaciones jurídicas entre Estados, y que sigue siendo válida la afirmación, realizada por el juez norteamericano Cardozo a principios del siglo xx, en el sentido de que estamos ante «one of the unsettled problems of the law»<sup>7</sup>. Por ello, la labor emprendida por la Comisión de Derecho Internacional es sumamente compleja, no tanto por la dificultad de la materia en sí, sino por la falta de información actualizada sobre práctica de las últimas décadas.

El objeto del presente trabajo es examinar las principales cuestiones que plantea el efecto de los conflictos armados en los tratados en el marco del Derecho internacional contemporáneo, teniendo en cuenta la labor que está desarrollando la Comisión de Derecho Internacional y los trabajos realizados por el Instituto de Derecho Internacional en el pasado. Se prestará también atención a la jurisprudencia de los tribunales internos y a la escasa práctica que ha generado este tema en los últimos tiempos.

## II. LOS ENFOQUES TRADICIONALES SOBRE EL EFECTO DE LOS CONFLICTOS ARMADOS EN LOS TRATADOS

En el pasado, se consideraba que la guerra suponía la terminación automática de todos los tratados vigentes entre los beligerantes, pues el desencadenamiento de las hostilidades implicaba una ruptura completa de las relaciones entre Estados y una negación radical de la regulación jurídica establecida previamente entre ellos<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> La resolución se puede consultar en <http://www.idi-iiil.org/idiE/resolutionsE/1985>. Vide a este respecto también *Annuaire de l'Institut de Droit Internationale*, 1981, vol. 59-I, pp. 201-284; 1981, vol. 59-II, pp. 175-245; 1985, vol. 61-I, pp. 1-27; 1985, vol. 61-II, pp. 199-255.

<sup>6</sup> Doc. A/59/10, párrafo 364. En el mismo período de sesiones se nombró a Ian Brownlie como Relator Especial. Previamente, en el 52.º período de sesiones, celebrado en el año 2000, se había decidido incluir el tema en su programa de trabajo a largo plazo (Doc. A/59/10, párrafo 729). La Asamblea General hizo suya la decisión de la CDI de incluir el tema en su programa mediante la resolución 59/41, de 2 de diciembre de 2004 y en los debates de la Sexta Comisión, la generalidad de los Estados consideró oportuna la inclusión del tema (Doc. A/C.6/59/SR.20, p. 6). Posteriormente, en el 57.º período de sesiones, la Comisión examinó el Primer informe presentado por el Relator Especial (Doc. A/CN.4/552, de 21 de abril de 2005) y el Memorando preparado por la Secretaría de la CDI: «El efecto de los conflictos armados en los tratados: examen de la práctica y de la doctrina», 57.º período de sesiones (Doc. A/CN.4/550, de 1 de febrero de 2005 y Doc. A/CN.4/550/Corr.1, de 3 de junio de 2005).

<sup>7</sup> *Techt v. Hughes*, 229 N.Y.222, 243, 128 N. E. 185 (1920) (<http://caselaw.lp.findlaw.com>).

<sup>8</sup> Vide, entre otros, LA PRADELLE, «The effect of War on Private Law Treaties», *International Law Quarterly*, 1948, núm. 2, pp. 555 y ss.; LENOIR, J. J., «The effect of war on bilateral treaties, with special reference to reciprocal inheritance treaty provisions», *The Georgetown Law Journal*, 1946, vol. 34,

En 1898, el Gobierno español manifestó que el estado de guerra existente entre España y los Estados Unidos implicaba la terminación de todos los tratados concluidos entre ambos países. Otro claro ejemplo de esta práctica se deriva del intercambio de notas oficiales entre Gran Bretaña y Venezuela, tras el bloqueo de los puertos de Venezuela por Gran Bretaña, Alemania e Italia en 1912, en las que se afirmó que dicho bloqueo había creado un estado de guerra entre ambos países y que, en consecuencia todos los tratados existentes entre las partes habían resultado abrogados<sup>9</sup>.

Frente a la tesis tradicional, la jurisprudencia norteamericana y, en menor medida, la británica comenzó a desarrollar a lo largo del siglo XIX una doctrina diferente, en virtud de la cual determinados tratados y, en particular, aquellos que garantizan derechos recíprocos en el ámbito del derecho privado, permanecen en vigor durante el desarrollo de la guerra<sup>10</sup>.

Estos precedentes llevaron a comienzos del siglo XX a la formación de una nueva doctrina según la cual la guerra solamente implica la terminación o suspensión de algunos tratados, mientras que la mayoría no resultan afectados. Esta opinión se manifestó fundamentalmente a través del proyecto de reglamento adoptado por el Instituto de Derecho Internacional en su reunión de Christiania en 1912, en el que se afirmó que la guerra no afecta a la existencia de tratados, convenciones y acuerdos, cualquiera que sea su título u objeto, entre los Estados beligerantes<sup>11</sup>. De igual modo, en la *Harvard Research on the Law of Treaties* de 1935 se declaró que si el tratado específicamente prevé que debe aplicarse en tiempos de guerra o si, por su naturaleza o propósito, las partes pretendieron su aplicación en tales circunstancias, el tratado no resulta suspendido o terminado como consecuencia del desencadenamiento del conflicto armado. En caso contrario, el tratado resulta únicamente suspendido durante la guerra, y, a menos que las partes prevean otra cosa, el tratado se aplicará de nuevo al término del conflicto<sup>12</sup>. Sin embargo, estos textos no reflejan la práctica de la época, pues los tratados de paz concluidos al término de la Primera Guerra Mundial consa-

núm. 2, pp. 129-177; McNAIR, A. D., «Les effects de la guerre sur les traités», *RCADI*, 1937, vol. I, pp. 527-585; REUTER, P., *Droit International Public*, Presses Universitaires de France, París, 1958, p. 80; TOBIN, H., *The termination of multipartite treaties*, Columbia University Press, New York, 1933.

McNAIR consideró que «the farther back we go, the more sweeping and indiscriminating are the assertions that all treaties are abrogated by the outbreak of war between the contracting parties». En opinión de McNAIR esto se debe probablemente a la antigua práctica de *diffusio*, en virtud de la cual, era habitual que cada beligerante proclamase solemnemente en el momento de desencadenarse la guerra que todos los tratados existentes entre ellos habían dejado de tener validez (*The law of Treaties*, Clarendon Press, Oxford, 1961, p. 698). En opinión de Rousseau, esta solución era lógica, pues la celebración de tratados multilaterales no era habitual y las relaciones internacionales versaban generalmente sobre cuestiones de carácter político y económico que resultan normalmente afectadas por el desencadenamiento de la guerra (*Droit International Public*, Librairie du Recueil Sirey, París, 1953, p. 57).

<sup>9</sup> MCINTYRE, S. H., *Legal Effect of World War II on Treaties of the United States*, Martinus Hijhoff, The Hague, 1958, p. 34. Tanto McNAIR como MCINTYRE incluyen abundantes referencias a la práctica histórica de dar por terminados automáticamente los tratados vigentes entre los beligerantes.

<sup>10</sup> Vide a este respecto: GIALDINO, A. C., *Gli effetti della guerra sui trattati*, Giuffrè Editore, Milano, 1959; MCINTYRE, S. H., *Legal Effect of World War II on Treaties...*, *op. cit.*; LORD McNAIR *The law of Treaties...*, *op. cit.*

<sup>11</sup> El texto del Reglamento de Christiania está disponible en [http://www.idi-iil.org/idiF/navig\\_res\\_chron.html](http://www.idi-iil.org/idiF/navig_res_chron.html). Vide también: «Effects of War Upon Treaties and International Conventions», *AJIL*, 1912, p. 149.

<sup>12</sup> Harvard Research In International Law: *Law of Treaties*, *AJIL*, vol. 29, núm. 4, 1935, pp. 1183-1204. En opinion de Chinkin, «the standard adopted has the advantage of considering the issue from a

graron claramente el efecto abrogatorio de los tratados anteriormente concluidos entre los beligerantes, ya que, en virtud del artículo 289 del Tratado de Versalles, los convenios bilaterales que no fueron objeto de notificación por parte de los países vendedores a Alemania resultaron abrogados. En realidad, como comprobaremos más adelante, solamente cuando se destierra la legalidad de la guerra para resolver las diferencias internacionales va a resultar necesario cambiar el contenido de la norma que conllevaba el efecto extintivo de los tratados tras el estallido de las hostilidades entre dos Estados.

Posteriormente, el Instituto de Derecho Internacional declaró en la Resolución de 1985 que los conflictos armados no implican *ipso facto* la terminación ni la suspensión de los tratados en vigor entre los beligerantes. Sin embargo, como se afirma en el Memorando preparado por la Secretaría de la CDI, ante la diversidad de la práctica de los Estados y de la opinión doctrinal, esta afirmación general constituye tal vez uno de los pocos principios comunes que se pueden extraer<sup>13</sup>.

A la hora de concretar este principio general se han desarrollado dos enfoques distintos. En primer lugar, el efecto de los conflictos armados en los tratados debe determinarse en función de la intención, bien expresa o implícita de las partes en los mismos, esto es los tratados continuarán en vigor al desencadenarse un conflicto armado, si los Estados tenían tal intención en el momento de su celebración<sup>14</sup>. Una segunda visión, se centra en la compatibilidad del tratado con la política nacional durante el desarrollo del conflicto. De este modo, solo aquellos acuerdos que por su propia naturaleza, la materia de la que tratan o los intereses que protegen son incompatibles con el estado de guerra llegan a su terminación al inicio de las hostilidades<sup>15</sup>. Esta segunda perspectiva trata de hacer frente a la dificultad de deducir la intención de las partes en aquellos supuestos en los que no existieran disposiciones expresas al respecto<sup>16</sup>. En la jurisprudencia estadounidense sobre el efecto de los conflictos armados en los tratados se encuentran abundantes referencias a esta doctrina<sup>17</sup>.

policy standpoint, although it gives excessive weight to national at the expense of global interests. It avoids the rigidities of artificial categorization and of reliance on mythical intentions of the parties» (CHINKIN, C. M., «Crisis and Performance of International Agreements: The Outbreak of War in Perspective», *The Yale Journal of World Public Order*, 1981, vol. 7, p. 183).

<sup>13</sup> Doc. A/CN.4/550, p. 14.

<sup>14</sup> Esta doctrina fue desarrollada por HURST en el trabajo publicado en la *BYIL* donde afirma que «(...) the element on which must depend an answer to the question whether or not a particular treaty is or is not abrogated by the outbreak of war between the parties, is to be found in the intention of the parties at the time when they concluded the treaty, rather than in the nature of the treaty which they concluded» («The Effect of War on Treaties», *loc. cit.*, p. 39), y ha sido defendida fundamentalmente por autores pertenecientes al mundo anglosajón, entre los que pueden citarse, los siguientes: LORD McNAIR, *The law of Treaties...*, *op. cit.*, pp. 57 y ss.; LENOIR, J. J., «The effect of war on bilateral treaties...», *loc. cit.*, pp. 129 y ss.; RANK, R., «Modern war and the validity of treaties», *Cornell Law Quarterly*, 1952-53 (Parte I), pp. 321-355.

<sup>15</sup> CONFORTI, B., *Diritto Internazionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 1987, p. 129; CONFORTI, B., y LABELLA, A., «Invalidity and Termination of Treaties: The Role of National Courts», *EJIL*, 1990, núm. 1, pp. 57-58.

<sup>16</sup> Doc. A/CN.4/550, p. 10. En un intento de conciliar ambas teorías, McNAIR afirma que «it is believed that in the vast majority of cases, if not in all, either of these tests would give the same result, for the nature of the treaty is clearly the best evidence of the intention of the parties» (*The law of Treaties ... op. cit.*, p. 698).

<sup>17</sup> Vide a este respecto, los siguientes asuntos: *Techt v. Hughes*, 229 N.Y. 222, 243, 128 N. E. 185 (1920); *Clark v. Allen*, 331 U.S. 503, 513 (1947) (<http://caselaw.lp.findlaw.com>).

### III. LA INCERTIDUMBRE ACTUAL

El problema fundamental que presenta el estudio de los efectos de los conflictos armados en los tratados es que se trata de una doctrina desarrollada en un momento histórico en el que el recurso a la guerra no era considerado ilegal. Sin embargo, los conflictos armados que se han sucedido después de la Segunda Guerra Mundial no han ido generalmente acompañados de la declaración formal de guerra, sino que los gobiernos los han calificado como acciones de policía, actos limitados de legítima defensa o intervención humanitaria, evitando reconocer la existencia de un estado de guerra<sup>18</sup>. Mientras que antes las circunstancias que comprometían la vigencia de los tratados se presentaban con claridad, una vez que las guerras ya no se declaran resulta mucho más complejo determinar aquellos supuestos de hecho que son susceptibles de afectar a la aplicación de los tratados<sup>19</sup>. Por esta razón, la resolución del Instituto de Derecho Internacional de 1985 se refiere al conflicto armado que se define como un estado de guerra o un conflicto que dé lugar a operaciones armadas que, por su naturaleza o alcance, puedan afectar a la vigencia de los tratados, independientemente de la concurrencia de una declaración formal de guerra. Por otro lado, al término de las guerras se concluían generalmente tratados de paz de los que se podía deducir el efecto de los conflictos armados en los tratados<sup>20</sup>.

Como consecuencia de esta transformación se ha producido un paulatino oscurecimiento del tema. No es fácil determinar si estamos ante una materia en la que el Derecho internacional general no proporciona respuestas claras o, más bien, si se desconoce la práctica seguida por los Estados en los últimos tiempos. No obstante, ambas cuestiones están claramente entrelazadas. En efecto, ante un número muy reducido de casos en los que se puede detectar la práctica actual, resulta muy difícil determinar la existencia de normas y principios de Derecho internacional reguladores de la materia, pues no resultan suficientemente relevantes para poder forjar normas de Derecho internacional general<sup>21</sup>. Junto con la práctica de los Estados, se ha atribuido también una gran importancia a la doctrina para conocer la situación legal actual. No

<sup>18</sup> DELBRUCK, J., «War, effect on treaties», en *Enciclopedia of Public International Law*, 2000, p. 1371. En esta situación, DELBRUCK se plantea si esos conflictos armados tienen los mismos efectos en los tratados que la guerra con arreglo al anterior entendimiento más limitado del conflicto tradicional.

<sup>19</sup> Vide a este respecto REMIRO BROTONS, A., *Derecho Internacional Público II. Derecho de los Tratados*, Tecnos, 1987, p. 518 y ss.

<sup>20</sup> En los estudios clásicos sobre esta cuestión se mencionan un gran número de ejemplos: GIALDINO, A. C., *Gli effetti della guerra...* op. cit.; MCINTYRE, S. H., *Legal Effect of World War II on Treaties...*, op. cit.

<sup>21</sup> PRESCOTT afirma que la única idea común que se puede extraer de la jurisprudencia interna es el rechazo de la teoría de la terminación automática («How war affects treaties between belligerents: a case study of the Gulf War», *Emory International Law Review*, 1993, p. 219). VERZILU señala que ni siquiera el examen de las cláusulas incluidas en los tratados de paz para determinar la suerte de los tratados existentes entre los beligerantes se puede deducir la existencia de principios generales, dada la diversidad y la frecuente ambigüedad de tales disposiciones (*International Law in historical perspective*, Sijthoff, Leiden, 1973, pp. 371 y ss.). Del mismo modo, se afirma en el Memorando preparado por la Secretaría que «dado que cada conflicto entraña circunstancias muy diferentes en cuanto a la magnitud del conflicto, la fortaleza de los tratados del caso y las relaciones de los Estados afectados, es difícil formular normas aplicables a todas las situaciones. Estas dificultades han dado lugar a una práctica de los Estados muy divergente, que los tribunales y departamentos políticos han tratado con justificable cautela» (Doc. A/CN.4/550, p. 5).

obstante, tras los cambios que ha traído consigo el Derecho internacional contemporáneo, en particular, el principio de prohibición del uso de la fuerza, cabe dudar de la utilidad de los estudios doctrinales realizados en la primera mitad del siglo xx para comprender la realidad actual<sup>22</sup>.

En efecto, no se ha formulado claramente ninguna norma en relación con el impacto de este cambio, de modo que la aproximación a la cuestión debe realizarse minimizando los efectos de la guerra en los tratados, sin desconocer que resulta incompatible con el estado de guerra el mantenimiento de determinados tratados relativos a materias de carácter político y social<sup>23</sup>. En consecuencia, no existen pruebas suficientes para afirmar que ha surgido una nueva norma consuetudinaria que determine los efectos de los conflictos armados en los tratados<sup>24</sup>. Por ello no es de extrañar que los miembros de la CDI manifestaran que «el efecto de un conflicto armado en los tratados dependía más de las disposiciones particulares y las circunstancias del caso que de cualesquiera normas generales que pudieran enunciarse, y que sería más efectivo determinar las consideraciones que los Estados deberían tener en cuenta que establecer normas o categorías definitivas a las que debieran atenerse siempre los Estados»<sup>25</sup>. No obstante, si ya antes de la adopción de la Carta de las Naciones Unidas se afirmaba que la guerra no implicaba la terminación automática de los tratados, esta consideración se impone de una forma más rotunda, una vez desterrada la legalidad de la guerra como medio para resolver los conflictos internacionales.

#### IV. ¿LOS EFECTOS DE LOS CONFLICTOS ARMADOS EN LOS TRATADOS OPERAN AUTOMÁTICAMENTE?

Antes de adentrarse en el estudio del régimen jurídico de los efectos de los conflictos en los tratados y del primer proyecto de artículos presentado por el Relator Especial es preciso determinar claramente si puede contemplarse esta circunstancia como una causa independiente de terminación y de suspensión de los tratados<sup>26</sup>. En el

<sup>22</sup> En este sentido, GRAHAM, A. afirma que «there can be no dispute that such a study is of great historical interest but it is doubtful if the principles enunciated therein can have much application to the contemporary international situation» («The effects of domestic hostilities on public and private international agreements: a tentative approach», *Western Ontario Law Review*, 1964, p. 128).

<sup>23</sup> DELBRUCK, J., «War, effect on treaties», *op. cit.*, p. 1369 y ss.

<sup>24</sup> Vide en este sentido CAPOTORTI, F., «L'extinction et la suspension des traités», *RCADI*, 1997, vol. III, pp. 556-557; DELBRUCK, J., «War, effect on treaties», *op. cit.*, p. 1369; GIALDINO, A. C., *Gli effetti della guerra...*, *op. cit.*, pp. 208 y ss.; PARRY, C., «Derecho de los Tratados», en SORENSEN, M. (Ed.): *Manual de Derecho Internacional Público*, Fondo de Cultura Económica, México, 1974, pp. 252-253. Por otro lado, se ha afirmado que quizás no sea tanto que la norma ha cambiado, sino más bien la naturaleza de los tratados a los que se aplica la norma. Cuando la mayoría de los tratados entre los beligerantes eran bilaterales era normal darlos por terminados al desencadenarse una guerra. Sin embargo, una vez que la mayoría de los tratados que se concluyen tienen un carácter multilateral, la norma anterior ha de ser cambiada (MALLANZUCK, P., *Akehurst's introduction to International Law*, Routledge, London, 1997, pp. 145-146).

<sup>25</sup> Doc. A/60/10, párrafo 121, p. 52.

<sup>26</sup> En el Memorando preparado por la Secretaría se plantea también esta cuestión y se llega a la conclusión que «si bien muchas otras doctrinas jurídicas son sustancialmente similares al efecto de los conflictos armados en los tratados, se puede argumentar con firmeza que este último se puede distinguir

pasado, los efectos de la guerra en los tratados parecían operar de forma automática, ya que el desencadenamiento de las hostilidades implicaba la terminación de los tratados. Hoy en día, la cuestión no se presta en principio a afirmaciones claramente convincentes. Existen tanto indicios para afirmar que los efectos de los tratados operan automáticamente como que se reconducen a las causas de terminación y suspensión previstas en la CV de 1969. En primer lugar, la materialización de los efectos de los conflictos en los tratados no parece someterse a los requisitos de orden procedimental previstos en los artículos 65 a 68 de la CV. Además, la propia CDI afirmó en 1966 que «en el derecho internacional actual, se debe considerar que la ruptura de hostilidades entre Estados es una situación enteramente anormal y que las normas por las que se rigen sus consecuencias jurídicas no forman parte de las normas generales de Derecho internacional aplicables a las relaciones normales entre Estados»<sup>27</sup>. Se trata de una circunstancia no contemplada en la Convención de 1969 como causa específica de terminación, pero el artículo 73 deja sin resolver su subsistencia como causa independiente en el Derecho internacional general<sup>28</sup>. Asimismo, la jurisprudencia interna de algunos Estados se orienta hacia el efecto extintivo de la Segunda Guerra Mundial en las relaciones convencionales<sup>29</sup>.

Sin embargo, tanto la resolución del Instituto de Derecho Internacional de 1985 como el primer proyecto de artículos de Brownlie tienden a reconducir los eventuales efectos de los conflictos armados en los tratados a las causas de terminación y suspensión previstas en la propia Convención de Viena, en particular al cambio fundamental de circunstancias (art. 62) y a la imposibilidad subsiguiente de cumplimiento (art. 61). En este sentido, Conforti sostiene que los efectos de la guerra en los tratados no son de carácter independiente, sino que constituyen una aplicación del principio *rebus sic stantibus*<sup>30</sup>. El problema que presenta esta tesis es que no es fácil el cumplimiento de los estrictos requisitos exigidos por la Convención de Viena de 1969 para poder alegar el cambio fundamental de circunstancias como causa de terminación o de suspensión.

sobre la base de que se produce automáticamente, mientras que las doctrinas como *rebus sic stantibus* y la imposibilidad se deben invocar específicamente» (Doc. A/CN.4/552, pp. 74-77 y 94).

<sup>27</sup> Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, vol. II, p. 220, 1966.

<sup>28</sup> Se ha afirmado que el artículo 73 del CV de 1969 «(...) does support the view that neither the States at Viena nor the International Law Commission considered Articles 61 and 62 sufficient to cover this problem, leaving the need for a contemporary reappraisal» (CHINKIN, C. M., «Crisis and Performance of International Agreements...», *loc. cit.*, p. 179).

<sup>29</sup> Vide REUTER, P., *Droit International Public*, Presses Universitaires de France, Paris, 1963, p. 81; ROUSSEAU, CH., *Droit International Public...*, *op. cit.*, pp. 57 y ss.

<sup>30</sup> CONFORTI, B., *Diritto Internazionale...*, *op. cit.*, p. 129; CONFORTI, B., y LABELLA, A., «Invalidity and Termination of Treaties...», *op. cit.* p. 58. En este mismo sentido, se manifiestan, entre otros, BROWNLIE en *Principles of public international law*, 6.ª ed., 2003, p. 592; MCINTYRE en *Legal Effect of World War II on Treaties...*, *op. cit.*, p. 25; y POCH DE CAVIEDES, A., «Clause *rebus sic stantibus* et clase de révisión», *RCADI*, 1966-II, pp. 142-144. RANK subraya que «the changes to which war might lead, (...), may, of course, justify reliance on the doctrine of changed conditions. But in such a case the result of war, not the outbreak of war, is the decisive factor, and this can be logically described as a type of changed conditions and not as a separate doctrine» [«Modern war and the validity of treaties» (Parte I), *loc. cit.*, p. 341]. Asimismo, el *American Law Institute* afirma que «since the traditional effect of war on treaties derived from the fact that continuing treaty relations generally were deemed inconsistent with the state of war, perhaps as a special application of the doctrine of *rebus sic stantibus*, it is arguable that major hostilities are «changed circumstances» providing a basis for suspending or terminating a treaty, regardless of whether there is a lawful state of war» (Restatement of the Law, Third, of Foreign Relations Law of the United States, Sección 336, Reporter's Note, p. 226).

Así, el cambio fundamental de circunstancias aparece reflejado en el artículo 62 del Convenio de Viena de 1969 en términos negativos y a condición de que las circunstancias existentes en el momento de la celebración hayan constituido la base esencial del consentimiento de las partes y que el cambio tenga por efecto transformar radicalmente el alcance de las obligaciones que quedan por ejecutar, de modo que solamente en situaciones excepcionales resultaría aplicable<sup>31</sup>. Ahora bien, esta formulación restrictiva no impedirá canalizar los efectos de los conflictos armados en los tratados hacia esta causa en la medida en que se considera asimismo que son limitados los supuestos en que los tratados resultarían afectados por el desencadenamiento de un conflicto armado y, en todo caso, no cabe duda que el conflicto armado puede constituir un cambio fundamental de circunstancias<sup>32</sup>. Además, la jurisprudencia de la mayoría de los países tiende a reconducir el efecto de los conflictos armados y, en particular, de la Segunda Guerra Mundial tanto a la imposibilidad subsiguiente de cumplimiento como a la doctrina *rebus sic stantibus*. Por otra parte, la mayoría de la doctrina considera que el estallido del conflicto no genera automáticamente efectos sobre los tratados, y que para se produzca la suspensión se necesita una manifestación explícita en este sentido<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> Tanto en el asunto de *competencia en materia de pesquerías* (Reino Unido/Islandia, Rec. 1973) como en el asunto relativo al proyecto *Gabcikovo-Nagymaros* (Hungría c. Eslovaquia, Rec. 1997), el Tribunal Internacional de Justicia ha considerado que el cambio de circunstancias previsto en el artículo 62 puede ser considerado como una codificación del Derecho internacional general en materia de extinción de las relaciones convencionales, pero en ninguno de los casos ha considerado que concurran los estrictos requisitos que justificarían su aceptación. Así, en la Sentencia de 1997, el Tribunal Internacional de Justicia afirma que «le fait que l'article 62 de la convention de Vienne sur le droit des traités soit libellé en termes négatifs et conditionnels indique d'ailleurs clairement que la stabilité des relations conventionnelles exige que le moyen tiré d'un changement fondamental de circonstances ne trouve à s'appliquer que dans des cas exceptionnels» (par. 104). En definitiva, a través de la formulación de esta cláusula en términos estrictos «se trata de desterrar el cambio de política puro y simple, el cambio de motivación, esto es, que no sean las circunstancias las que se alteren, sino los móviles» (ROLDÁN BARBERO, J., «La costumbre internacional, la cláusula *Rebus Sic Stantibus* y el Derecho Comunitario (A propósito de la sentencia *Racke* dictada por el TJCE el 16.6.98)», *REDI*, 1998, núm. 2, p. 19). Sobre la cláusula vide, entre otros, los siguientes trabajos: CAHIER, P., «Le changement fondamental de circonstances et la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des Traités», *Etudes en l'honneur de Roberto Ago*, vol. I: *Le droit international à l'heure de sa codification*, Milan, Giuffrè, p. 163 y ss.; GÓMEZ ROBLEDO, A., «La cláusula *rebus sic stantibus* (Estudio histórico-jurídico)», en Homenaje al Profesor MIAJA DE LA MUELA: *Estudios de Derecho Internacional*, Tecnos, Madrid, 1979, p. 99 y ss.; HARASZTI, G., «Treaties and fundamental change of circumstances», *RCADI*, 1975, vol. III, p. 7 y ss.; VAN BOGAERT, E., «Le sens de la clause *rebus sic stantibus* dans le droit des gens actuel», *RGDIP*, 1966, p. 49 y ss.

<sup>32</sup> En el asunto *Racke* el Tribunal de Justicia vino a ratificar el Reglamento del Consejo de Ministros en el que se afirmaba que la continuación de las hostilidades constituían una modificación radical de las circunstancias existentes en el momento en el que se celebró el Acuerdo de Cooperación entre la Comunidad Económica Europea y la República Federativa Socialista de Yugoslavia (Sentencia de 16 de junio de 1998, *Racke* C-162/96). El caso más conocido de la práctica internacional en la que se ha alegado la cláusula *rebus sic stantibus* en relación con un conflicto armado es la suspensión por el Presidente Roosevelt de las obligaciones que se derivaban para los Estados Unidos de la Convención internacional sobre líneas de carga de 1930. Tal aplicación de la cláusula fue objeto de muchas críticas por parte de la doctrina (vide BRIGGS, H. W., *The Attorney General Invokes Rebus Sic Stantibus*», *AJIL*, 89, 1942).

<sup>33</sup> Vide los artículos 2 y 5 de la Resolución del Instituto de Derecho Internacional de 1986 y el artículo 3 del Proyecto del primer Proyecto de artículos presentado por el Relator Especial (Doc. A/CN.4/552, de 21 de abril de 2005). Así, RANK considera que «war in itself possesses no inherent characteristic that requires an automatic and generally abrogative effect on treaties. Treaties remain in force

En mi opinión, la respuesta a esta cuestión viene determinada por la subsistencia o no de causas de terminación al margen de las previstas en la Convención de Viena 1969<sup>34</sup>. Así, podría pensarse que la respuesta a este dilema se encuentre en el hecho de que los efectos de los conflictos en los tratados se reconducen al Derecho internacional general, pero no a la propia Convención. Sin embargo, no cabe defender la subsistencia de causas distintas a las previstas en la Convención en la medida en que el Tribunal Internacional de Justicia entiende que las causas relativas a la extinción y a la suspensión, contenidas en la Convención son declarativas del Derecho internacional general<sup>35</sup>. De este modo, se resuelve la aparente contradicción entre la reconducción de los efectos de los conflictos armados en los tratados a las causas de terminación y suspensión previstas en la Convención de Viena y la exclusión de la cuestión del propio Convenio en virtud del artículo 73.

Por otro lado, si se parte de la hipótesis de que en la actualidad no existen normas consuetudinarias claras en relación con los efectos de los conflictos armados en los tratados, se llega a la conclusión de que sería extraño la subsistencia de una causa específica de terminación derivada de los efectos de los conflictos armados. Además, se trata de una cuestión teórica que no tiene repercusiones prácticas, pues tanto el cambio de circunstancias como la imposibilidad de cumplimiento pueden tener los mismos efectos<sup>36</sup>. En definitiva, el desencadenamiento del conflicto armado no conlleva generalmente la terminación automática de los tratados existentes entre los beligerantes, sino que puede dar lugar a situación en la que se puede alegar la terminación o la suspensión.

#### IV. LA PRÁCTICA RECIENTE DE LOS ESTADOS

En el pasado se podía determinar los efectos de los conflictos armados en los tratados a partir de las indicaciones contenidas en los tratados de paz en los que la parte o partes vencedoras determinaban generalmente de forma unilateral la suerte de

unless they are denounced or are terminated pursuant to an express or implied provision in the treaty itself. Those treaties that provide that a party may denounce it if war breaks out indicate that it is the parties themselves and not war as such, that terminates treaties [«Modern war and the validity of treaties» (Parte I), *loc. cit.*, p. 341].

<sup>34</sup> REMIRO BROTONS afirma que, a pesar de que la Convención aspira a que las causas de terminación prevista en la misma sean exhaustivas, la exclusión del ámbito de la Convención de materias, como la sucesión de estados, la ruptura de hostilidades y la terminación de la existencia de una organización internacional (art. 73 de la Convención del 69, 74.1 y 2 de la del 86), puede dar lugar a nuevas causas de terminación. Tampoco se puede olvidar, según este autor, la supervivencia de las normas consuetudinarias sobre el derecho de los tratados que ésta no ha codificado (*Derecho Internacional Público II. Derecho de los Tratados...*, *op. cit.* p. 479; *Derecho Internacional*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, p. 284 y ss.).

<sup>35</sup> Asunto relativo al proyecto *Gabccikovo-Nagymaros*, Recueil 1997, párs. 46 y 99). No obstante, esta conclusión no resulta aplicable a las reglas de procedimiento previstas en los artículos 65 y siguientes del Convenio de Viena (Vide apart. 109 de la sentencia relativo al proyecto *Gabccikovo-Nagymaros* y par. 59 de la sentencia *Racke*).

<sup>36</sup> En opinión del Profesor DIEZ DE VELASCO, la razón por la que no se han incluido los efectos extintivos de la guerra como causa de terminación en la Convención de Viena se debe a la existencia de otras causas que pueden tener los mismos efectos en los tratados (*Instituciones de Derecho Internacional Público*, 15.ª ed., Tecnos, Madrid, p. 209).

los tratados concluidos con anterioridad<sup>37</sup>. Así, en los tratados de paz concluidos al término de la Segunda Guerra Mundial se prevé que los aliados notificaran los tratados bilaterales que desean volver a aplicar o seguir aplicando, y aquellos que no sean objeto de notificación se consideraran abrogados<sup>38</sup>. De este modo, la suerte de los tratados concluidos con anterioridad depende de la decisión unilateral de las potencias vencedoras y no tanto de consideraciones jurídicas<sup>39</sup>.

Al margen de la celebración de un tratado de estas características entre los antiguos beligerantes, resulta muy difícil determinar la suerte de los tratados celebrados con anterioridad, salvo que los tribunales internos tengan que determinar el efecto de un conflicto en un determinado caso, o que la cuestión se plantee en las relaciones bilaterales posteriores. Cuando el asunto se plantea ante un tribunal interno, si bien las resoluciones judiciales constituyen una excelente referencia para conocer el estado de la cuestión, sus efectos se limitan a resolver un determinado caso y no tienen capacidad de predeterminar de forma general los efectos del conflicto armado entre las partes contratantes. Además, los pronunciamientos judiciales que se refieren a los efectos de la guerra en los tratados examinan las consecuencias de la Segunda Guerra Mundial o de otros conflictos alejados en el tiempo. Lamentablemente, no contamos con decisiones judiciales en torno a los efectos de los conflictos armados más recientes. En la mayoría de estos precedentes judiciales se tiende a identificar los eventuales efectos de la guerra en los tratados con la suspensión y, excepcionalmente, con la extinción, materializándose tales efectos en la imposibilidad subsiguiente de cumplimiento y en el cambio de circunstancias<sup>40</sup>.

<sup>37</sup> SCELLE afirma que «ce n'est pas le fait de la guerre qui aura abrogé les règles conventionnelles incompatibles avec cet ordre nouveau, ce seront les résultats de la guerre, enregistrés dans les traités de paix» («De l'influence de l'état de guerre sur le Droit conventionnel», *JDI*, 1950, vol 77).

<sup>38</sup> Se ha afirmado que «usando la fórmula «mantenere in vigore o far rivivere», lasciava impregiudicata la questione se, per il periodo tra la fine della guerra e l'epoca della notifica, gli accordi bilaterali dovessero ritenersi vigente o estinti» (CONFORTI, B., *Diritto Internazionale...*, op. cit., p. 129). No obstante, esta fórmula no hacía referencia a los tratados multilaterales. La respuesta a esta diferencia se encuentra en la opinión predominante en la Conferencia de París, según la cual la posición legal de los tratados multilaterales era lo suficientemente clara como para no ser preciso introducir precisiones específicas en los tratados de paz (BROMS, B., «The effects of armed conflicts on treaties», *Annuaire de l'Institut de Droit Internationale*, 1981, vol. 59-I, p. 233).

<sup>39</sup> Por ello, se ha afirmado que «(...) the terminating factor of bilateral treaties in the second World War has not been the war, but the will or intention of the victorious powers as expressed in the peace treaties. (...), bilateral treaties between the belligerents were terminated *ex tunc*, i.e., from the time of conclusion of the peace treaty, and not *ex tunc*, i.e., from the time of the outbreak of the war» [RANK, R., «Modern war and the validity of treaties», *Cornell Law Quarterly*, 1952-53, vol. 38 (Parte II), p. 538].

Sobre los efectos de la Segunda Guerra Mundial en los tratados se pueden consultar los siguientes trabajos: *Annuaire de l'Institut de Droit Internationale*, 1981, vol. 59-I, pp. 231 y ss.; GIALDINO, A. C., *Gli effetti della guerra...*, op. cit.; MCINTYRE, S. H., *Legal Effect of World War II on Treaties...*, op. cit.; RANK, R., «Modern war and the validity of treaties» (Parte II), op. cit. Para obtener una visión completa de los efectos de la Guerra Mundial en los tratados hay que tener en cuenta también la jurisprudencia de los tribunales internos de la se proporcionan abundantes referencias en el Memorando de la Secretaría de la CDI (Doc. A/CN.4/552, de 21 de abril de 2005, pp. 52 y ss.), concluyendo los autores del citado documento que «(...) un estudio detenido de los efectos de la Segunda Guerra Mundial en los tratados arroja el sorprendente resultado de que fueron pocos los tratados suspendidos y que tal vez ningún tratado, salvo contadas excepciones, quedó abrogado por el conflicto» (p. 55).

<sup>40</sup> En el Memorando de la Secretaría de la CDI se recoge una reciente sentencia del Tribunal Administrativo Superior de Grecia del año 2000, en la que se determina que el Tratado de Atenas de 1913, celebrado entre Grecia y Turquía, ya no estaba en vigor, debido, entre otros motivos, al cambio sustancial

Por otra parte, durante el desarrollo de un conflicto armado numerosos tratados no van a ser aplicados bien por resultar imposible su ejecución o bien por considerar su aplicación incompatible con la propia política nacional. Por ello, la cuestión fundamental para determinar realmente el efecto de los conflictos armados en los tratados será saber lo que ocurre con posterioridad al conflicto. Sin embargo, en la actualidad, los gobiernos se muestran muy reacios a expresar los efectos de un determinado conflicto armado en sus relaciones convencionales, y sólo lo hacen cuando les resulta necesario para conseguir alguno de sus objetivos en materia de política exterior. Además, este tipo de manifestaciones suele realizarse en circunstancias especialmente complejas y conflictivas en las que la opinión de los antiguos beligerantes puede ser totalmente contrapuesta, al estar en juego intereses fundamentales de tales estados, tal y como ocurrió entre India y Pakistán en 1971 en relación con la Convención de Chicago sobre Aviación Civil Internacional y el Convenio relativo al tránsito de los servicios aéreos internacionales de 1944, junto con el Acuerdo bilateral sobre servicios aéreos de 1948. Mientras que Pakistán afirmó que podía sobrevolar el territorio indio y aterrizar por motivos no comerciales, la India argumentó que el régimen convencional había quedado suspendido tras el desencadenamiento de las hostilidades en 1965, no habiéndose reanudado su aplicación<sup>41</sup>.

Asimismo, en el marco del conflicto de las Malvinas, el Reino Unido alegó que el Convenio de la Ensenada de Nootka de 1790 en relación con las antiguas colonias españolas, había quedado abrogado en 1795 como consecuencia de la guerra entre

---

de circunstancias que trajo consigo la Primera Guerra Mundial (Doc. A/CN.4/552, de 21 de abril de 2005, pp. 55-56). La Corte de Casación italiana mantuvo en 1971 en relación con un Convenio sobre arbitraje comercial concluido en 1923 entre Francia e Italia que los efectos de la guerra se limitan a la suspensión y que la extinción sólo tiene lugar cuando resulta imposible la aplicación del tratado. Asimismo, afirmó que la guerra no produce la extinción de los tratados, pero puede contribuir a una imposibilidad subsiguiente de cumplimiento y quizás a un cambio de circunstancias (*IYL*, 1975, pp. 232 y 233, donde se cita el asunto *Lanificio Branditex v. Società Azais e Vidal, Corte de Cassazione*, núm. 3147, 8 de noviembre de 1971). Asimismo, el Tribunal Supremo de Seychelles consideró en 1973 que el Tratado de extradición entre el Reino Unido e Italia había quedado suspendido durante la Segunda Guerra Mundial, pero «on its revival by the Peace Treaty in 1948 it became as before applicable to the Seychelles and is still applicable» (*R.v. Meroni*, Seychelles, Supreme Court, 16 de octubre de 1973, *International Law Reports*, 1993, pp. 386-393).

En cambio, los tribunales franceses se han mostrado favorables a la extinción de los tratados entre los países beligerantes. Así, la *Cour de Cassation* consideró en 1948 que la Convención franco-italiana sobre establecimiento había resultado abrogada por la mera declaración de guerra por parte de Italia (*Lovera v. Rinaldi*, 22 de junio de 1949, *AFDI*, 1955, p. 500). Esta línea jurisprudencial fue aplicada posteriormente en numerosos asuntos (sobre esta cuestión se proporciona información en el *AFDI*, 1956, pp. 727-728; 1958, pp. 775-776; 1959, pp. 795-797).

<sup>41</sup> Estos argumentos fueron expuestos por ambas partes ante el Tribunal Internacional de Justicia en las memorias presentadas en el *Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI (Indie c. Pakistan)*, de 18 de agosto de 1972. La suspensión de los derechos de sobrevuelo por parte de la India es analizada detenidamente por CHINKIN, quien opina lo siguiente: «to insist on rigid adherence to transport conventions without allowing for outbreaks of conflict would reduce the readinees of States to enter into such agreements, a result ultimately prejudicial to the global community» («Crisis and Performance of International Agreements...», *op. cit.*, p. 179). SCHINDLER consideró en el informe presentado ante el Instituto de Derecho Internacional en 1981 que el conflicto entre la India y Pakistán de 1965 no tuvo efectos en los tratados basándose, para llegar a esta conclusión, en un laudo arbitral de la Cámara de Comercio Internacional de 1967 en el que se declaró que «(...) none of the treaties concluded by India and Pakistan before September 1965 seems to have been considered, on either side, as cancelled; at least no contention and no evidence to that effect has been forthcoming from the Defendant» (*Annuaire de l'Institut de Droit Internationale*, 1981, vol. 59-I, p. 268).

Gran Bretaña y España<sup>42</sup>. En este contexto, la Comunidad Europea procedió a suspender la aplicación de los acuerdos vigentes con Argentina en materia de comercio textil y comercio de carne de ovino y cordero. No obstante, como se afirma en el Memorando de la Secretaría de la CDI, se podría considerar que no estamos ante los efectos del conflicto armado, sino que más bien se trata de sanciones impuestas a Argentina<sup>43</sup>.

En la guerra entre Irán e Irak, ambas partes consideraron que el conflicto provocó la terminación de los tratados por los que se establecía la frontera entre ambos países y, en particular, el Tratado de Bagdad de 1975, si bien la mayoría de la doctrina ha considerado tradicionalmente que los acuerdos relativos a las fronteras pertenecen a la categoría de tratados que sobreviven a la guerra<sup>44</sup>. Y por lo que se refiere al resto de los tratados celebrados entre Irán e Irak, resulta muy difícil determinar los efectos del conflicto a falta de manifestaciones explícitas sobre esta cuestión<sup>45</sup>.

En el caso de la guerra del Golfo de 1991, los Estados que participaron en la coalición liderada por Estados Unidos para expulsar a Irak de Kuwait mantenían relaciones convencionales con Irak en diversas materias. Aun cuando muchos de estos tratados hubieron de resultar necesariamente afectados por el conflicto armado, no es fácil determinar si los efectos tuvieron su origen en el conflicto mismo o en el conjunto de las sanciones impuestas a Irak por el Consejo de Seguridad<sup>46</sup>. Sin embargo, el artículo 103 de la Carta no implica la extinción de los convenios que resulten incompatibles con las obligaciones contraídas en virtud de la Carta, sino que prevalecerán en caso de conflicto<sup>47</sup>, por lo que la cuestión fundamental será determinar qué ha sucedido con posterioridad al conflicto. Se trata de un caso particular, ya que el Reino Unido y los Estados Unidos prolongaron las sanciones de forma unilateral, por lo que cabría presumir la prolongación de la suspensión de determinados acuerdos, como por ejemplo el Acuerdo entre el Reino Unido e Irak sobre servicios aéreos de 1951. En todo caso, la guerra del Golfo de 1991 nos muestra claramente que los conflictos armados van a provocar la extinción de los tratados en limitadas ocasiones. En este

<sup>42</sup> *BYIL*, 1983, p. 370.

<sup>43</sup> Doc. A/CN.4/552, de 21 de abril de 2005, p. 64.

<sup>44</sup> Vide KAIKOBAD, K. H., «The Shatt-Al-Arab River Boundary: a legal reappraisal», *BYIL*, 1985, pp. 49 y ss. Kaikobad afirma que aunque ambas partes violaron el acuerdo fronterizo, al término de la guerra, y a falta de un acuerdo en sentido contrario, la frontera establecida por el Tratado de Bagdad será considerada como la frontera internacional entre ambos países.

<sup>45</sup> En el Memorando se afirma que el Tratado relativo a la utilización de los cursos de agua fronterizos de 1975 parece que no ha sido aplicado con posterioridad al conflicto (Doc. A/CN.4/552, de 21 de abril de 2005, p. 63).

<sup>46</sup> Doc. A/CN.4/552, de 21 de abril de 2005, p. 67. A este respecto DELBRUCK afirma que «as such actions are intended to restore the legal order, they are considered as suspending treaty obligations only in cases where the use of force renders their execution impossible in fact» («War, effect on treaties», *op. cit.*, p. 1372).

<sup>47</sup> El artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas establece que «en caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta». En este sentido, en el artículo 8 de la Resolución del Instituto de Derecho Internacional de 1985 sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados se afirma que un Estado que cumpla una resolución del Consejo de Seguridad, adoptada con arreglo al Capítulo VII de la Carta, deberá dejar sin efecto o suspender la aplicación de cualquier tratado que resulte incompatible con tal resolución.

sentido, se ha afirmado que el Tratado de extradición entre el Reino Unido e Irak de 1932 no fue ni siquiera suspendido<sup>48</sup>. Y por lo que se refiere a las relaciones entre Kuwait e Irak, todo parece indicar que las partes no han considerado suspendido ni extinguido el acuerdo de 1963 sobre restablecimiento de las relaciones de amistad, el reconocimiento y asuntos conexos<sup>49</sup>.

Por lo que se refiere a los efectos de los conflictos armados en terceros Estados o de las consecuencias de los conflictos internos, en ambos casos los terceros pueden basarse en estas circunstancias para invocar cualquiera de las causas de terminación o de suspensión previstas en la Convención de Viena de 1969. Cuestión distinta es la legalidad o no de esta invocación. Así ocurrió cuando los Países Bajos suspendieron los tratados bilaterales con Surinam como consecuencia de hostilidades internas o la suspensión del Acuerdo de cooperación de la Comunidad Europea con Yugoslavia de 1983 con ocasión de reanudación de las hostilidades<sup>50</sup>.

## V. EL PRIMER PROYECTO DE ARTICULOS DE BROWNLIE

El Primer informe sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados, presentado por el Relator Especial, incluye un proyecto de artículos completo, con sus correspondientes comentarios, que tiene como objetivo fundamental servir de punto de partida de las discusiones en el seno de la propia Comisión y fomentar la aportación de información por parte de los Estados, especialmente en lo concerniente a la práctica, pero sin pronunciarse sobre la forma definitiva<sup>51</sup>. Por ello, si bien se hicieron varias sugerencias tendentes a remitir todos o algunos de los proyectos de artículo al Comité de Redacción y establecer un Grupo de Trabajo para examinar los artículos más controvertidos, el Relator Especial se opuso tajantemente<sup>52</sup>. Además, Brownlie manifestó que no era adecuado tratar de los mecanismos de solución de controversias hasta que no se hubieran proporcionado respuestas a las cuestiones de fondo<sup>53</sup>.

<sup>48</sup> Vide Austr, A., *Modern treaty law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, p. 243.

<sup>49</sup> Doc. A/CN.4/552, de 21 de abril de 2005, p. 65.

<sup>50</sup> Un caso reciente que afecta a la práctica española fue la decisión de suspender temporalmente el Acuerdo sobre suspensión de visados con la República Socialista Federativa de Yugoslavia de 1978 para nacionales de Bosnia-Herzegovina o de la antigua República Yugoslava de Macedonia (*ADI*, 1994, p. 487). En el Memorando se afirma que no está claro si esta medida se debió al conflicto armado o a la sucesión de Estados en los tratados (Doc. A/CN.4/552, de 21 de abril de 2005, p. 57). También se cita en el mencionado documento la suspensión por parte de los Estados Unidos de los programas de Peace Corps o Cuerpos de Paz con motivo de la Guerra civil en Guinea-Bissau en 1998, en Eritrea en 1998 y en Etiopía en 1999 en el marco del conflicto entre ambos países.

<sup>51</sup> Doc. A/60/10, parágrafo 127, p. 54.

<sup>52</sup> Doc. A/60/10, parágrafo 127, p. 54.

<sup>53</sup> En este ámbito, el proyecto de artículos podría simplemente remitirse al procedimiento previsto en los artículos 65 y ss. en relación con la nulidad, terminación el retiro o la suspensión de la aplicación de un tratado. Ante las dificultades que hubo de superar la inclusión del mecanismo de solución de diferencias en la Conferencia de codificación del derecho de los tratados, se extrae la conclusión de que el establecimiento de un sistema propio en el marco del proyecto de artículos no va a resultar precisamente fácil. Sobre el procedimiento en la Convención de Viena, se puede consultar, entre otros: REMIRO BROTONS, A., *Derecho Internacional Público II. Derecho de los Tratados...*, op. cit. pp. 448 y ss.; REUTER, P., *Introduction au droit des Traités*, París, 1985, p. 137 y ss.

Aunque se trata de una materia que se encuentra en íntima conexión con otros campos del Derecho internacional, y en particular con el derecho relativo al uso de la fuerza, y de que el artículo 73 de la Convención de Viena de 1969 la había excluido expresamente, se parte de la presunción de que el tema forma parte del derecho de los tratados y no del derecho relativo al uso de la fuerza<sup>54</sup>. Esta idea, que no ha generado oposición en el seno de la Comisión, como se expondrá más adelante, parece bastante acertada.

Como consecuencia de la incertidumbre que caracteriza actualmente este ámbito del derecho de los tratados, es preciso reconocer la complejidad que caracteriza la labor emprendida por la Comisión de Derecho Internacional en esta materia, pues, como hemos comprobado anteriormente, se desconoce en gran medida la práctica seguida por los Estados en los últimos tiempos. Por ello, los trabajos han de ir quizás más encaminados al desarrollo progresivo del Derecho internacional que a la codificación. Sin embargo, resulta esencial que los Estados revelen la práctica seguida en los últimos años y que, de este modo, pueda ser tenida en cuenta a la hora de elaborar el proyecto de artículos<sup>55</sup>. De no ser así, se corre el riesgo de elaborar un proyecto de artículo que poco o nada tenga que ver con la realidad y, en consecuencia, los Estados no van a actuar necesariamente guiados por el contenido del mismo en la resolución de las diferencias relativas a los efectos de los conflictos armados en los tratados. Veamos, a continuación, el modo en el que el Relator Especial trata de sortear las dificultades inherentes al tema.

## 1. El ámbito de aplicación

La primera cuestión a la que se enfrenta el proyecto de artículos es la determinación de su ámbito de aplicación. A grandes rasgos son tres los problemas que se plantean: la determinación del término conflicto armado y tratado, la inclusión o exclusión de los efectos de los conflictos armados internos y los tratados celebrados por organizaciones internacionales.

Por lo que se refiere a la definición del término «tratado» se limita a recoger la definición establecida en el artículo 2.1.a) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, y la única reacción que suscitó en el seno de la Comisión es que tal definición quizás no fuera necesaria en este proyecto de artículos, ya que ya se había incluido en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, la Convención de Viena sobre Sucesión de Estados en materia de Tratados de 1978 y la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales de 1986.

En cambio, la definición del término «conflicto armado», que se ajusta a la prevista en la resolución del Instituto de Derecho Internacional de 1985, plantea mayores dificultades. En efecto, cualquier intento de codificación en esta materia se encuentra

<sup>54</sup> En todo caso, Brownlie considera que es conveniente no tratar cuestiones relativas al derecho común de los tratados para evitar problemas de compatibilidad con el derecho de los tratados (Doc. A/60/10, párrafo 135, p. 56).

<sup>55</sup> La CDI ha solicitado a los Estados «cualquier información... acerca de su práctica en esta materia, especialmente la más reciente», señalando que «también agradecerá cualquier otra información que los gobiernos consideren pertinente» (Doc. A/60/10, p. 25, p. 9).

condicionado por la dificultad inicial de determinar el supuesto de hecho determinante de los eventuales efectos sobre un tratado. Ello se debe a la desaparición de la guerra en sentido clásico que se encontraba claramente regulada por el Derecho internacional<sup>56</sup>. En la Resolución del IDI de 1985 se entiende por conflicto armado «un estado de guerra o un conflicto que da lugar a operaciones armadas que, por su naturaleza o alcance, pueden afectar a la aplicación de los tratados entre los Estados partes en el conflicto armado o entre esos Estados y terceros Estados (...)». Aunque a primera vista podría parecer aceptable, se incluyen conceptos indeterminados que presentan la dificultad de determinar el umbral a partir del cual un conflicto es susceptible de afectar a la conservación y aplicación de los tratados<sup>57</sup>. Por ello, no es de extrañar que varios miembros de la CDI sugirieran que se adoptara una redacción más sencilla en la que simplemente se indicara que el presente proyecto de artículos se aplicará a los conflictos armados, con independencia de que exista declaración de guerra o que simplemente no se incluyera definición alguna<sup>58</sup>. En mi opinión, la opción más razonable es no adentrarse en la elaboración de una definición de conflicto armado y adoptar el mismo enfoque que en el ámbito del Derecho de los conflictos armados, de forma que el proyecto de artículos se aplicará a los eventuales efectos sobre los tratados de cualquier conflicto armado que surja entre dos o más Estados o dentro de un Estado entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes u otros grupos armados disidentes que controlan parte del territorio<sup>59</sup>.

Una de las cuestiones sobre la que los miembros de la Comisión mostraron una mayor divergencia en sus opiniones se refirió a la inclusión de los conflictos armados sin carácter internacional. A este respecto, el Relator Especial, si bien en su informe se mostró favorable a incluir el efecto de los conflictos armados internos en los tratados, al considerar que los conflictos armados internos pueden afectar a la aplicación de los tratados tanto, o más, que los conflictos armados internacionales, expresó finalmente su preferencia por excluirllos del proyecto de artículos con la finalidad de restringir las situaciones en las que un conflicto armado podía afectar a las relaciones convencionales<sup>60</sup>. A pesar de que la determinación de las circunstancias en las que un tratado puede resultar afectado por un conflicto armado interno presenta una mayor complejidad que en el caso de los conflictos armados internacionales, la Comisión de Derecho Internacional no podrá eludir esta cuestión si pretende elaborar un estudio completo del tema. En efecto, en las últimas décadas se ha producido un aumento significativo del número de conflictos armados internos y el estudio de la práctica nos muestra que este tipo de conflictos puede afectar también a la aplicación de los trata-

<sup>56</sup> Tanto el Reglamento adoptado por el Instituto de Derecho Internacional en Christiania en 1912 como el artículo 35 de la *Harvard Research on the Law of Treaties* de 1935 se refieren precisamente a los efectos de la guerra en los tratados.

<sup>57</sup> REMIRO BROTONS, A., *Derecho Internacional Público II. Derecho de los Tratados...*, op. cit. p. 519.

<sup>58</sup> Doc. A/60/10, párrafos 134, 137, 140 y 141, pp. 56-59.

<sup>59</sup> También se planteó en el seno de la CDI el empleo de otras definiciones, como la adoptada por la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia en el caso *Tadic* en la que se dice que «an armed conflict exists whenever there is a resort to armed force between States or protracted armed violence between governmental authorities and organized armed groups or between such groups within a State» (IT-94-1, *Prosecutor v. Dusko Tadic a/k/a «DULE»*, Cámara de Apelaciones, 2 de octubre de 1995, párr. 70).

<sup>60</sup> Doc. A/CN.4/552, p. 9, y Doc. A/60/10, párrafos 135 y 141, pp. 57-59.

dos<sup>61</sup>. Por lo tanto, se trata de un aspecto del tema sobre el que los miembros de la Comisión deberán profundizar en los próximos períodos de sesiones, teniendo en cuenta que si en el Derecho internacional humanitario se tiende a poner de manifiesto cada vez con más intensidad la artificialidad de la distinción entre ambos tipos de conflictos, no resultara lógico mantener a ultranza tal diferenciación al tratar los efectos de los conflictos armados en los tratados<sup>62</sup>. No habría que temer que la inclusión de los eventuales efectos de los conflictos armados internos en los tratados implique una ampliación de las situaciones en las que un conflicto armado pudiera interrumpir las relaciones convencionales, en la medida en que se parte del principio general de la continuidad de los tratados tras el desencadenamiento del conflicto armado.

También se planteó en el debate la inclusión del bloqueo y de la ocupación militar no acompañada de violencia armada o de operaciones armadas. En este punto, mientras que algunos miembros de la Comisión expresaron su apoyo, otros manifestaron dudas, en particular, ante la posibilidad de que incluyeran conflictos más amplios como el conflicto árabe-israelí, o situaciones ajenas al conflicto armado, como las acciones violentas de los cárteles de la droga, bandas criminales y terroristas<sup>63</sup>. En este ámbito, no se debe obviar los eventuales efectos que puedan tener la ocupación sobre los tratados, por lo que, como he afirmado anteriormente, la mejor opción sería determinar el ámbito de aplicación del proyecto de artículos siguiendo la perspectiva adoptada en el marco de las Convenios de Ginebra de 1949 y de los Protocolos de 1977. Además, tomando como base lo previsto en el artículo 1.2 del Protocolo II, el proyecto de artículos no se aplicaría a las situaciones de tensiones internas y de disturbios internos que no son conflictos armados<sup>64</sup>.

Por último, el ámbito de aplicación del proyecto de artículos, se limita en principio a los efectos de los conflictos armados en los tratados entre Estados. No parece que tenga mucho sentido excluir los convenios celebrados por las organizaciones internacionales, ya que pueden resultar afectados del mismo modo que los concluidos exclusivamente por los Estados. En este sentido, algunos miembros de la Comisión se mostraron favorables a incluir también los tratados celebrados por organizaciones internacionales, citándose como ejemplos los tratados de integración regional y los tratados relativos a los privilegios e inmunidades de los funcionarios y del personal de

<sup>61</sup> En el Memorando preparado por la Secretaría se expresa una opinión favorable a la inclusión de los conflictos armados internos (Doc. A/CN.4/552, pp. 87-88). GRAHAM considera que los efectos de una guerra civil en los tratados son similares a los de una guerra mundial. En su opinión, se podría invocar también la cláusula *rebus sic stantibus*, y pone como ejemplo la siguiente situación: dos países celebran un tratado para la venta de energía hidroeléctrica, pero como resultado del conflicto bélico las plantas generadoras caen en manos de los insurgentes («The effects of domestic hostilities on public and private international...», *loc. cit.*, p. 137).

<sup>62</sup> Vide a este respecto GUTIÉRREZ ESPADA, C., «El Derecho Internacional humanitario y los conflictos armados internos (Aprovechando el Asunto TADIC)», *Revista Española de Derecho Militar*, 1998, núm. 68, pp. 13-36; MANGAS MARTÍN, A., *Conflictos armados internos y Derecho Internacional Humanitario*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1990, pp. 55 y ss.; MERON, T., «The humanization of humanitarian law», *AJIL*, 2000, pp. 239-278; MOUSOURAKIS, G., «Applying humanitarian law to non-international armed conflicts», *ADI*, 1998, vol. XIV, pp. 293-320.

<sup>63</sup> Doc. A/60/10, párrafo 138, p. 58

<sup>64</sup> Esta distinción se mantiene también en los párrafos d), e) y f) del artículo 8.2 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional donde se afirma que el Estatuto se aplica a las situaciones de conflictos armados que no son de carácter internacional, pero no a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia u otros análogos.

las organizaciones internacionales, especialmente en relación con las operaciones de mantenimiento de la paz.

## 2. El criterio de la intención

El proyecto de artículos parte del principio general de continuidad de los tratados, al establecer en el artículo 3 que «el estallido de un conflicto armado no produce *ipso facto* la terminación de los tratados ni la suspensión de su aplicación». Se trata de un artículo que se limita a reproducir el artículo 2 de la resolución del Instituto de Derecho Internacional de 1985. El Relator Especial consideró que este proyecto de artículo no resultaba estrictamente necesario en la medida en que no tiene un carácter sustantivo, sino meramente declarativo en aras de poner de manifiesto que la posición anterior, según la cual el mero estallido de un conflicto armado interrumpe automáticamente las relaciones convencionales, ha sido sustituida por una opinión de signo contrapuesto<sup>65</sup>. En realidad, la situación creada tras el desencadenamiento de hostilidades en relación con el mantenimiento de vínculos convencionales presenta una cierta semejanza con la ruptura de relaciones diplomáticas, prevista en el artículo 62 de la Convención de Viena, pues los tratados continuarán aplicándose, salvo que su aplicación no sea posible durante el período de hostilidades<sup>66</sup>.

A continuación, Brownlie propone en el proyecto de artículo 4 que la posibilidad de terminación o de suspensión de los tratados en caso de conflicto armado se determinará con arreglo a la intención de las partes en el momento de su celebración. Para determinar que las partes tenían la intención de excluir la continuidad de los tratados habrá que tener en cuenta la naturaleza y el alcance del conflicto armado y las reglas generales de interpretación previstas en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. El Relator afirma, citando a McNair, que, si bien el principio de la intención no se deduce claramente de la práctica de los Estados, la mayoría de la práctica puede ser considerada compatible con este criterio<sup>67</sup>. Además, en su opinión, este planteamiento permite mantener una relación adecuada con el derecho de los tratados, evitar la imposición de soluciones uniformes para todas las situaciones y promover la seguridad jurídica lo que supone respetar el principio *pacta sunt servanda*<sup>68</sup>.

Aun cuando los miembros de la CDI formularon un gran número de observaciones en torno al principio de la intención, la mayoría de las opiniones no proponían suprimirlo, sino poner de manifiesto la complejidad que presenta la determinación de un criterio subjetivo y su falta de precisión. Al mismo tiempo, se consideró que, si

<sup>65</sup> Doc. A/CN.4/552, p. 11 y Doc. A/60/10, párrafo 142, p. 60. Si bien algunos miembros de la CDI consideraron que los artículos no debían excluir la posibilidad de una suspensión o una terminación automáticas, manifestaron que el artículo 3 era el punto de partida de todo el proyecto. No obstante, el principio de continuidad de los tratados no goza de una aceptación unánime por parte de la doctrina, ya que algunos autores siguen defendiendo la extinción de los tratados bilaterales como criterio general. Vide a este respecto ALLAND, D., *Droit international public*, París, 2000, pp. 221-222; DAILLIER, P., y PELLET, A. en QUOC DINH, N., *Droit international public*, París, 1999, p. 309; MARESCA, A., *Il Diritto dei Trattati. La Convenzione codificatrice di Viena del 23 maggio 1969*, Milano, 1971, pp. 716, 557 y ss.

<sup>66</sup> AUST, A., *Modern treaty...*, *op. cit.*, p. 244.

<sup>67</sup> *The law of Treaties...*, *op. cit.*, p. 698.

<sup>68</sup> Doc. A/CN.4/552, p. 15.

bien la intención de las partes era el criterio más importante, se consideró que se debía evitar mantener un criterio exclusivo<sup>69</sup>. También se expresaron dudas en cuanto a la remisión a los artículos 31 y 32 para determinar la intención de las partes. A este respecto, el Relator Especial manifestó que todas estas cuestiones serían objeto de un tratamiento más detenido en su segundo informe, pero manteniendo en todo caso el concepto de la intención, ya que «para bien o para mal, era la base de los acuerdos internacionales»<sup>70</sup>.

El criterio de la intención fue propuesto por primera vez por Sir Cecil Hurst hace casi un siglo y ha sido tradicionalmente defendido por autores provenientes del mundo anglosajón<sup>71</sup>. Por lo tanto, la propuesta del Relator Especial supone la continuación de tal posición doctrinal aún cuando tal criterio no ha tenido reflejo en las resoluciones judiciales internas ni en las relaciones entre Estados en los más de ochenta años transcurridos desde que fue propuesto.

A pesar de que la intención de las partes tiene una gran relevancia en el derecho de los tratados, en realidad, al margen de los supuestos en que las partes hayan previsto en el propio tratado la eventualidad del desencadenamiento de un conflicto armado, hipótesis poco frecuente en la actualidad<sup>72</sup>, el criterio de la intención no contribuye realmente a resolver el problema<sup>73</sup>. En este sentido, Scelle afirmó que es imposible probar tácitamente que los negociadores de un tratado no han tenido la intención de continuar la aplicación de un tratado en tiempos de guerra o después de la misma<sup>74</sup>. Además, de la remisión a las reglas generales de interpretación previstas en los artículos 31 y 32 del Convenio de Viena difícilmente se podrá determinar, en ausencia de previsiones expresas al respecto, cuál fue la intención de las partes en relación con el

<sup>69</sup> Doc. A/60/10, párrafo 155, pp. 64-65. El Relator Especial expresó también su disponibilidad a profundizar sobre otras cuestiones que se plantearon en el debate: la oportunidad de fusionar los proyectos de los artículos 3 y 4 dada su evidente conexión, la posibilidad de distinguir los efectos de la terminación o la suspensión de la aplicación, la cuestión de si la posición de los terceros Estados era diferente de la existente entre las partes contratantes considerando, en todo caso, que la distinción entre ambos grupos sólo era importante en el marco del criterio de la intención (Doc. A/60/10, párrafos 148 y 156, pp. 61 y 65).

<sup>70</sup> Doc. A/60/10, párrafos 143-147, pp. 60

<sup>71</sup> Sir CECIL HURST afirmó que «the true test as to whether or not a treaty survives an outbreak of war between the parties is to be found in the intention of the parties at the time when the treaty was concluded» y «that just as the duration of contracts between private persons depends on the intention of the parties, so also the duration of treaties between States must depend on the intention of the parties, and that the treaties will survive the outbreak of war or will then disappear, according as the parties intended when they made the treaty that they should so survive or disappear» («The Effect of War on Treaties» *loc. cit.*, pp. 39 y 40). En este sentido se han manifestado otros autores, entre los que se pueden mencionar, los siguientes: LORD MCNAIR: *The law of Treaties...*, *op. cit.*, pp. 57 y ss.; LENOIR, J. J., «The effect of war on bilateral treaties...», *op. cit.*, pp. 129 y ss.; RANK, R., «Modern war and the validity of treaties», *Cornell Law Quarterly*, 1952-53 (Parte I), pp. 321-355.

<sup>72</sup> Una disposición de este tipo se incluyó en el artículo 89 del Convenio de Aviación Civil Internacional de 1944 que prevé que «en caso de guerra, las disposiciones del presente Convenio no afectarán la libertad de acción de los Estados contratantes afectados, ya sean beligerantes o neutrales».

<sup>73</sup> BROMS, B. afirmó que «where the bilateral treaty itself does not include any provision as to its execution during the time of war the situation depends on the contents and purpose of the treaty. This seems to be a better criterion than the intention of the parties, which has widely been defended in theory as being of decisive importance» (*Annuaire de l'Institut de Droit Internationale*, 1981, vol. 59-I, p. 242).

<sup>74</sup> «De l'influence de l'état de guerre sur le Droit conventionnel», *JDI*, 1950, vol. 77. También se muestra muy crítico con la teoría de la voluntad GIALDINO, A. C., *Gli effetti della guerra...*, *op. cit.*, pp. 17 y ss.

estallido de un conflicto, ya que el interprete ha de dar primacía al texto del tratado en el marco de su contexto, teniendo en cuenta su objeto y fin, para determinar la voluntad de las partes<sup>75</sup>. En mi opinión, el dotar de prioridad a la intención puede conducir a desarrollar el tema de forma incompatible con la Convención de Viena de 1969, pues el criterio subjetivo de interpretación aparece subordinado a los criterios objetivo y teleológico en el artículo 32<sup>76</sup>. Al final los criterios realmente relevantes para determinar la compatibilidad o incompatibilidad del mantenimiento de determinadas relaciones convencionales con el desarrollo de las hostilidades van a ser la naturaleza y alcance del conflicto armado, junto con el tipo de tratados, y por supuesto, la voluntad de las partes con posterioridad al conflicto<sup>77</sup>.

Por otra parte, en el proyecto del artículo 5 se afirma que los tratados que prevean expresamente su aplicación a situaciones de conflicto armado permanecerán en vigor y que el estallido de un conflicto no afecta a la competencia de las partes para celebrar tratados. Esta disposición, que obtuvo un apoyo general en el seno de la Comisión, se refiere a dos cuestiones completamente distintas y no aporta realmente nada. No existe ningún impedimento para que los beligerantes concluyan tratados durante el conflicto, pues todo Estado tiene capacidad para celebrar tratados<sup>78</sup>. Asimismo, es una obviedad afirmar que aquellos tratados en los que se prevea expresamente su aplicación a situaciones de conflicto armado permanecerán en vigor<sup>79</sup>. Además, no está claro si el Relator pretende referirse también a los convenios de Derecho internacional humanitario, que están precisamente destinados a ser aplicados en caso de conflicto armado y que no podrán ser objeto de denuncia mientras dure el conflicto.

<sup>75</sup> Así, tanto el Tribunal Internacional de Justicia como la doctrina internacionalista más relevante entienden que la labor interpretativa debe estar basada primordialmente en el texto del tratado mismo. En relación con la jurisprudencia del Tribunal Internacional de Justicia, se pueden consultar, entre otros, los siguientes asuntos: *Asunto de las plataformas petrolíferas* [Irán/Estados Unidos, Rec. 1996 (II), par. 23]; *Asunto de la Isla de Kaikili/Sedudu* (Botswana/Namibia, Rec. 1999, par. 18); *Asunto LaGrand* (Alemania/Estados Unidos, Rec. 2001, par. 99). Entre la doctrina, vide a este respecto DÍEZ DE VELASCO, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público...*, op. cit., pp. 195 y ss.; PÉREZ VERA, E., «Los problemas de interpretación en el Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados», *Anuario de Estudios Jurídicos*, vol. II, 1973, pp. 77 ss.; REMIRO BROTONS, A., *Derecho Internacional Público II. Derecho de los Tratados...*, op. cit., pp. 448 y ss.; REUTER, P., *Introduction au droit des Traités...*, op. cit., pp. 137 y ss.

<sup>76</sup> Con arreglo al artículo 32 de la CV, el interprete podrá recurrir a los medios complementarios de interpretación con la finalidad de confirmar el sentido de la interpretación resultante de la aplicación del artículo 31 o determinar el sentido cuando la interpretación dada según el artículo 31 deje ambiguo u oscuro el sentido o conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

<sup>77</sup> PRESCOTT afirma que «the nature and purpose of the treaty and its compatibility with war presents a clear and simple standard» y que el criterio de la intención presenta la dificultad de su determinación, pero puede ser utilizado para determinar la naturaleza y propósito del tratado y la compatibilidad con el estado de guerra («How war affects treaties between belligerents: a case study of the Gulf War», op. cit., p. 224).

<sup>78</sup> Así se ha reflejado en el artículo 6 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

<sup>79</sup> Se propuso que se incluyera una referencia al principio enunciado en la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de las armas nucleares de 1996, según la cual la aplicación de las disposiciones vigentes, en particular las relativas a los derechos humanos y a la protección del medio ambiente, se determinará por la *lex specialis*, esto es, el derecho aplicable a los conflictos armados. No obstante, el Relator Especial que esta cuestión habría que examinarla en el futuro (Doc. A/60/10, párrafos 126 y 159-161, pp. 54 y 65-66).

### 3. Lista indicativa de tratados no afectados por el conflicto armado

Siguiendo la senda trazada por diversos autores que se han esforzado en elaborar clasificaciones de tratados en función de su grado de afectación por el estallido de un conflicto armado, el Relator Especial desarrolla en el proyecto del artículo 7 el principio de continuidad de los tratados en relación con aquellos tratados que por su objeto y fin continuarán necesariamente aplicándose tras el estallido del conflicto<sup>80</sup>.

Sin embargo, algunos miembros de la Comisión expresaron su desacuerdo sobre los criterios del objeto y fin del tratado al considerar que era difícil establecer un criterio de carácter general y que era mejor centrarse en el tipo de conflicto. A nadie se le escapa que la operación calificadora puede resultar muy controvertida en el caso de que surjan diferencias entre las partes. El contenido de esta presunción se asemeja al del artículo 19.c) del Convenio de Viena, en el que se prevé que un Estado puede formular una reserva no prevista por el tratado en la medida en que no sea incompatible con el objeto y fin del tratado. Al igual que ocurre en el artículo 19.c), el juicio sobre la compatibilidad con el objeto y fin puede conducir a resultados insatisfactorios, pues va a depender de la apreciación individual de cada una de las partes contratantes<sup>81</sup>. Por esta razón, los trabajos futuros deberían centrarse en la naturaleza del tratado, tal y como propusieron algunos miembros de la Comisión en el 57.º período de sesiones.

En el proyecto de artículo 7 se incluye asimismo una lista indicativa de tratados cuya aplicación no va a resultar afectada por el estallido de un conflicto armado, en la que figuran los siguientes tratados: los que se aplican expresamente en caso de conflicto armado, los que crean o regulan derechos permanentes o un régimen permanente, los tratados de amistad, comercio, navegación y los relativos a derechos privados, los que tratan de la protección de los derechos humanos o del medio ambiente, los que se refieren a los cursos de agua internacionales e instalaciones y construcciones permanentes, los normativos de carácter multilateral, los relativos a la solución de controversias entre Estados por medios pacíficos, los derivados de convenciones multilaterales relativas al arbitraje comercial y los que versan sobre las relaciones diplomáticas.

En el seno de la Comisión, se manifestaron numerosas dudas sobre la oportunidad de incluir una lista de estas características<sup>82</sup>. Así, se manifestó que los tratados no

<sup>80</sup> Se puede consultar, entre otros, los siguientes trabajos: BROMS, B., *Annuaire de l'Institut de Droit Internationale*, op. cit., p. 242 y ss.; MARESCA, A., *Il Diritto dei Trattati...*, op. cit., pp. 557 y ss.; MCINTYRE, S. H., *Legal Effect of World War II on Treaties...*, op. cit.; LORD MCNAIR *The law of Treaties...*, op. cit.; ROUSSEAU, C., *Droit International Public*, tomo I, 1970, pp. 222 y ss.; TOBIN, H., *The termination of multipartite treaties...*, op. cit.

<sup>81</sup> Para un examen del criterio del objeto y fin en materia de reservas vide DÍEZ DE VELASCO, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público...*, op. cit., p. 162; REMIRO BROTONS, A., *Derecho Internacional...*, op. cit. p. 263 y ss.; REUTER, P., *Introduction au droit des Traités...*, op. cit., p. 74. No deja de ser extraño que el Relator especial proponga esta cláusula cuando él mismo ha reflejado claramente los problemas que plantea su aplicación en materia de reservas (BROWNLIE, I., *Principles of Public International Law*, Clarendon Press, Oxford, 2003, p. 586).

<sup>82</sup> En el memorando de la Secretaría se distingue entre aquellos tratados que muestran una probabilidad muy elevada de aplicabilidad –los de derecho humanitario, los que cuentan con disposiciones expresas sobre su aplicabilidad en tiempos de guerra, los que crean o regulan un régimen o situación permanente, los que reflejan normas de *ius cogens*, los de derechos humanos, los que regulan deudas intergubernamen-

responden a categorías nítidas, que, aún dentro de una misma categoría, unas disposiciones podían suspenderse y otras no, en función de su naturaleza, y que incluso dentro de un mismo tipo de disposiciones la respuesta podía variar de un tratado a otro, pues la redacción de un tratado y la intención de las partes podía ser distinta<sup>83</sup>. A todo lo dicho se podría añadir que se trata de una lista excesivamente amplia, —no existe unanimidad sobre la no afectación de determinados tratados, como por ejemplo, los de medio ambiente—, incurre en repeticiones —el apartado *a*) tiene un contenido idéntico al proyecto de artículo 5— y refleja ciertas obviedades, al incluir los tratados relativos a relaciones diplomáticas y consulares.

Ahora bien, ante la dificultad de proporcionar respuestas claramente convincentes al efecto de los conflictos armados en los tratados, la mayor aportación que podría realizar la CDI sería la elaboración de una lista de tratados que, por su propia naturaleza, no va a resultar afectada su aplicación tras el desencadenamiento de las hostilidades, que responda a la evolución actual del Derecho internacional. Sin embargo, se formularon diversas observaciones en relación con la mayoría de las categorías de tratados incluidas en la lista, lo que nos muestra la existencia de profundas diferencias entre los miembros de la CDI sobre esta cuestión, y que su elaboración va a resultar una tarea muy difícil<sup>84</sup>. Al margen de los tratados que crean regulan o establecen un régimen permanente, los relativos a los derechos humanos y los tratados de amistad, comercio y navegación y acuerdos análogos relativos a derechos privados va a resultar muy complicado establecer una presunción de no afectación de otros tipos de tratados<sup>85</sup>.

#### 4. El modo de suspensión o terminación de los tratados

En cuanto al modo de suspensión o de terminación de un tratado, el proyecto de artículo 8 remite a las formas previstas en los artículos 42 a 45 de la Convención de Viena de 1969, y en el proyecto de artículo 13 se afirma que el proyecto de artículos se entiende sin perjuicio de la terminación o suspensión de los tratados como consecuencia del acuerdo de las partes, de una violación grave, de la imposibilidad subsiguiente de cumplimiento o del cambio de circunstancias. Aparte de tratarse de un listado incompleto de causas, no se entiende la necesidad de incluir esta cláusula, salvo que el Relator especial quiera dejar a salvo la posibilidad de la subsistencia de la

tales, los relativos a relaciones diplomáticas—, los tratados que muestran una probabilidad relativa elevada de aplicabilidad —los que tratan sobre reciprocidad en las herencias, los normativos multilaterales—, los tratados que muestran una probabilidad variada o incipiente de aplicabilidad —los acuerdos internacionales sobre transporte, los que tienden a proteger el medio ambiente, los de extradición, los de cruce de fronteras, los de amistad, comercio y navegación, los de propiedad intelectual, los de transferencias penales— y los tratados que muestran una probabilidad escasa de aplicabilidad— los que disponen expresan su inaplicabilidad y los que resultan incompatibles (Doc. A/CN.4/550, de 1 de febrero de 2005 y Doc. A/CN.4/550/Corr.1, de 3 de junio de 2005).

<sup>83</sup> Doc. A/60/10, párrafos 170-173, pp. 71.72.

<sup>84</sup> En este sentido, se manifiesta también RUBIO FERNÁNDEZ, E. M., «Crónica de codificación internacional: la labor de la Comisión de Derecho Internacional» (57.ª sesión), *REEI*, núm. 11, p. 35.

<sup>85</sup> En la resolución del Instituto de Derecho Internacional se incluyó solamente esta presunción en relación con los tratados sobre la protección de la persona humana y los constitutivos de una organización internacional.

guerra o del conflicto armado como causa independiente de terminación de los tratados, posibilidad que él excluye expresamente en su primer informe<sup>86</sup>. Es lógico prever la forma en la que han de materializarse los eventuales efectos de los conflictos armados sobre la aplicación de los tratados, pero ha de hacerse de forma rigurosa y sin incurrir en ambigüedades.

Como consecuencia de la tendencia a minimizar los efectos de los conflictos armados en los tratados, la generalidad de la doctrina entiende que, en el caso de que se produzcan, tienden a identificarse más con la suspensión que con la terminación, siendo necesaria la notificación por parte de quien la alega<sup>87</sup>. Ahora bien, en relación con la suerte de los tratados durante el desarrollo de los conflictos armados, el proyecto de Brownlie es poco realista en la medida en que no refleja adecuadamente que la aplicación de los tratados vigentes entre los beligerantes va a resultar muy a menudo imposible o incompatible mientras duren los enfrentamientos armados. Estas circunstancias deberían ser tenidas en cuenta en el proyecto de artículos distinguiendo claramente entre la suspensión y la terminación.

El problema fundamental que se plantea en este ámbito es la determinación de la forma en que los tratados que han resultado suspendidos como consecuencia de un conflicto armado volverán a surtir plenos efectos, esto es se trata de saber si la reanudación de la aplicación se produce automáticamente. El proyecto de artículo 9 prevé que se determinará con arreglo a la intención de las partes en el momento de su celebración, lo que constituye un desarrollo del principio general establecido en el artículo 4 y, por lo tanto, no contribuye realmente a resolver la cuestión. A este respecto, se viene considerando tradicionalmente que la reanudación de la aplicación de los tratados no se produce automáticamente, sino que depende de las previsiones incluidas en los tratados de paz<sup>88</sup>. En cambio, en el artículo 11 de la Resolución del IDI de 1985 se prevé que al término de un conflicto armado se reanudará lo antes posible la aplicación de un tratado que hubiera sido suspendido, dejando a salvo la posibilidad de que las partes convengan otra cosa<sup>89</sup>. Aun cuando la solución que se imponga en la práctica dependerá de las circunstancias del caso y de la naturaleza de los tratados, la

<sup>86</sup> Doc. A/CN.4/552, p. 40.

<sup>87</sup> DELBRUCK estima que «the rather rigid application of the rule that war terminates treaties has gradually been substituted by the flexible procedure of suspending the execution of treaty obligations. Cases of termination of treaties by war have increasingly become the exception to the rule that treaties survive the commencement of war» («War, effect on treaties», *loc. cit.*, p. 1372). Vide a este respecto REMIRO BROTONS, A., *Derecho Internacional...*, *op. cit.*, p. 290 y *Derecho Internacional Público II. Derecho de los Tratados...*, *op. cit.*, pp. 518 y ss. En cambio, otros autores se orientan hacia la extinción de los tratados ante la situación de incertidumbre creada en torno al resultado final de un conflicto. Así, CAPO-TORTI considera que «pour accueillir l'idée d'une simple suspension des relations conventionnelles bilatérales, il faudrait penser que ces relations puissent être rétablies automatiquement, telles qu'elles étaient, aussitôt après la fin de la guerre» («L'extinction et la suspension des traités», *op. cit.*, p. 557).

<sup>88</sup> CAPO-TORTI, F., «L'extinction et la suspension des traités», *op. cit.*, p. 557; STARKE, J. G., *An Introduction to International Law*, Butterworth, London, 1963, p. 493. En la *Restatement of the Law Second*, elaborado por el American Law Institute se mantiene que la alternativa entre la extinción y la suspensión es cuestión académica, «(...) since the former belligerents decide at the end of hostilities which of the international agreements to which they are parties will be revived and which terminated» (p. 483).

<sup>89</sup> En este sentido, DELBRUCK considera que los tratados suspendidos deben volver a aplicarse lo más pronto que sea posible, sin que sea necesario esperar a la terminación formal del conflicto armado, pero advierte que «this forms a guiding principle for the States concerned rather than a fast and hard rule of international law» («War, effect on treaties», *op. cit.*, p. 1371).

afirmación de que los tratados se reanudarán lo más pronto posible es plenamente coherente con la adopción del principio de continuidad de los tratados y con la regulación de la suspensión en la Convención de Viena de 1969, ya que la inaplicación del tratado ha de mantenerse únicamente mientras perduren las causas que llevaron a su suspensión<sup>90</sup>.

## 5. La relación con el derecho relativo al uso de la fuerza

Por lo que se refiere a la legalidad del comportamiento de las partes, el Relator Especial adoptó un enfoque completamente distinto al seguido por el Instituto de Derecho Internacional, que distinguía entre los Estados que actuaban en ejercicio de la legítima defensa individual o colectiva, o en cumplimiento de una resolución del Consejo de Seguridad adoptada en el marco del Capítulo VII de la Carta, y los Estados que cometían una agresión<sup>91</sup>. Se trataba así de evitar adentrarse en cuestiones relativas a la legalidad del empleo o de la amenaza del empleo y la aplicación de las disposiciones de la Carta. Sin embargo, los miembros de la Comisión manifestaron diversas críticas en relación con este proyecto de artículo, al considerar que era preciso evitar que el Estado responsable de una guerra ilícita sacara provecho de la misma. Brownlie aceptó las observaciones de los miembros de la Comisión y manifestó su voluntad de presentar una nueva redacción del proyecto de artículo. Esta cuestión presenta una enorme complejidad, pues si se acepta esta diferenciación supone adentrarse indirectamente en cuestiones relativas al uso de la fuerza. En mi opinión, si se pretende tener plenamente en cuenta estas conexiones la labor de la CDI, puede conducir a resultados insatisfactorios, tal y como le ocurrió a la Resolución del Instituto de Derecho Internacional de 1985, ya que no existe un órgano independiente para determinar la licitud del comportamiento de las partes<sup>92</sup>. En realidad, no presenta ninguna dificultad tener en cuenta los eventuales efectos de los conflictos armados en los tratados, con independencia de la legitimidad del uso de la fuerza armada, adoptando de este modo una perspectiva similar a la del Derecho humanitario<sup>93</sup>.

Por último, los proyectos de artículos 11 a 14 prevén cláusulas en las que se especifica que el presente proyecto de artículos se entiende sin perjuicio de los efectos de las decisiones del Consejo de Seguridad adoptadas en el marco del Capítulo VII de la Carta, de la condición de terceros Estados como neutrales, de la terminación o suspensión por causas distintas del conflicto armado y del restablecimiento mediante

<sup>90</sup> En el artículo 72.2 de la Convención de 1969 se requiere que «durante el período de suspensión las partes deberán abstenerse de todo acto encaminado a obstaculizar la reanudación de la aplicación».

<sup>91</sup> En la Resolución del IDI se reconoce el derecho de suspensión al Estado que ejerce la legítima defensa individual o colectiva, «sous réserve des conséquences pouvant résulter du fait que cet Etat serait ultérieurement désigné comme agresseur par le Conseil de Sécurité» (art. 7), y el Estado que comete una agresión no tiene derecho a suspender la aplicación de un tratado si tal medida le procura una ventaja (art. 9).

<sup>92</sup> A este respecto REMIRO BROTONS afirma que «toda la resolución adolece de un desdoblamiento de personalidad que la empuja simultáneamente a constreñir el supuesto de conflicto armado como causa de suspensión de los tratados y a servirse ampliamente de él como instrumento de combate frente al agresor» (*Derecho Internacional Público II. Derecho de los Tratados...*, op. cit., p. 519 y ss).

<sup>93</sup> Vide en este sentido, CAPOTORTI, F., «L'extinction et la suspension des traités», loc. cit., p. 555.

acuerdo de las partes de la vigencia de los tratados que han resultado terminados o suspendidos como consecuencia del conflicto armado.

## CONCLUSIONES

El estudio realizado nos pone de manifiesto que la decisión de excluir los efectos de los conflictos armados de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 no fue precisamente acertada en la medida en que no puede afirmarse que el desencadenamiento de una guerra o de un conflicto armado constituya una causa independiente de terminación o de suspensión de los tratados. En consecuencia, el proyecto de artículos de la CDI implicará probablemente una vuelta al marco normativo de la Convención de Viena de 1969, pero no a la Convención misma, ya que fue expresamente excluido el tema en virtud del artículo 73. En todo caso, no existe obstáculo alguno para reconducir los eventuales efectos de los conflictos armados a las disposiciones de la Convención de 1969 que son expresión del Derecho internacional general.

Ante la incertidumbre que caracteriza este ámbito del derecho de los tratados, cabría en principio dudar de la utilidad de la labor emprendida por la Comisión de Derecho Internacional. Sin embargo, la inclusión del tema en los trabajos de la CDI tiene el mérito de propiciar el debate y de poner de manifiesto las principales tendencias en la materia. Si bien es cierto que el Derecho internacional general no regula actualmente los efectos de los conflictos armados en los tratados, del examen de la práctica de los estados y de la opinión de la doctrina se deduce el principio general de continuidad de los tratados tras el desencadenamiento de un conflicto armado, siempre que ello sea posible. Sin embargo, las dificultades son evidentes a la hora de concretar este principio general. Las respuestas a esta cuestión oscilan entre la idea de que los eventuales efectos de los conflictos armados en los tratados se han de determinar en función de la intención expresa o implícita de las partes en el momento de su celebración y la compatibilidad de la aplicación del tratado con el propio conflicto. Por todo ello, la labor de la CDI debería orientarse hacia la elaboración de unas directrices, y no de un tratado, que sirvieran de guía a los jueces para resolver los casos en los que se enfrenten con esta cuestión y de orientación a los Estados para solucionar las discrepancias que surjan con posterioridad al conflicto en relación con el efecto del mismo en un determinado tratado.

El primer proyecto de artículos presentado por el Relator especial se limita a recoger la visión de un sector de la doctrina anglosajona sobre la cuestión, y en algunos aspectos se basa enteramente en la Resolución del Instituto de Derecho Internacional de 1985. Sin embargo, en la medida en que se desconoce la práctica de los Estados en la materia, situación que reconoce asimismo el propio Relator Especial, no está claro que el proyecto de artículos responda a la realidad actual. Solamente se podrá considerar que la labor emprendida por la CDI en esta materia habrá culminado con éxito si los Estados se sintieran motivados a revelar la práctica seguida en los últimos años, y fuera tenida en cuenta en la elaboración del propio proyecto. Ahora bien, todo parece indicar que los Estados solamente manifiestan su práctica en rela-

ción con los efectos de un conflicto armado en los tratados cuando ello les resulta necesario para conseguir alguno de sus objetivos en materia de política exterior, y en ocasiones transcurre un largo período de tiempo. En el caso de que los Estados no revelaran la práctica más reciente, se corre el riesgo de elaborar un proyecto de artículos que poco o nada tenga que ver con la realidad, y que a la postre no resulte de mucha utilidad.

El éxito de la tarea de codificación y desarrollo progresivo del Derecho internacional en este ámbito dependerá también de la adopción de criterios objetivos para valorar la probabilidad de terminación o suspensión y, sobre todo, dejar al margen del proyecto de artículos todas las cuestiones que plantea los efectos de las disposiciones de la Carta relativas a la amenaza o el uso de la fuerza sobre la legitimidad del recurso a las hostilidades. En realidad, el proyecto de artículos necesita mucha mayor reflexión, ya que la única disposición que es considerada como sustancial, el criterio de la intención, presenta numerosas debilidades. Al final, la determinación de la compatibilidad o incompatibilidad del mantenimiento de determinadas relaciones convencionales con el desencadenamiento del conflicto armado dependerá de las circunstancias del caso, entre las que se deberán tener en cuenta la naturaleza y alcance del conflicto armado, junto con el tipo de tratados, y por supuesto, la voluntad de las partes con posterioridad al conflicto.

#### ABSTRACT

The aim of this paper is to examine the main issues posed by the effect of armed conflicts on treaties within the framework of contemporary International Law, taking into account the work being carried out by the International Law Commission (ILC) and that carried out by the International Law Institute in the past. Also dealt with are the jurisprudence of domestic courts and the scarce practice that this topic has generated in recent years.

The effect of armed conflicts on treaties is a sphere of treaty law characterized by great uncertainty, not only as concerns the actual practice of States, but also in relation to prevailing law. However, from an examination of the practice of States and the opinion of the doctrine, the general principle of continuity of treaties after the outbreak of hostilities can be deduced, as long as this is possible. Nevertheless, there is evident difficulty in trying to pin down this general principle. For this reason, although in principle one could have doubts as to the usefulness of the work undertaken by the ILC, the inclusion of this topic in their current agenda will at least create a favourable atmosphere for debate and clarify the principal trends in the subject.

This study shows how the decision to exclude the effects of armed conflicts on treaties from the Vienna Convention of 1969 was not particularly on target to the extent that it cannot be affirmed that the outbreak of a war or armed conflict is an independent cause of termination or suspension of treaties. As a result, the project of articles of the ILC will probably involve a return to the regulatory framework of the 1969 Vienna Convention, but not to the Convention itself, since the topic was expressly excluded by virtue of article 73. In any case, there is no obstacle to taking the eventual effects of armed conflicts back to the provisions of the 1969 Convention, which are the expression of general International Law.

#### RESUMÉ

L'objet de ce travail est de déterminer les principales questions soulevées par l'effet des conflits armés sur les traités dans le cadre du Droit international contemporain, tenant compte du travail développé par la Commission de Droit International (CDI) et les travaux réalisés dans le passé par l'Institut de Droit

International. Une spéciale attention est prêtée à la jurisprudence des tribunaux internes et à la rare pratique née récemment à ce propos.

L'effet des conflits armés sur les traités est un domaine du droit des traités caractérisé par une grande incertitude non seulement à propos de la pratique actuelle des États mais aussi par rapport au droit en vigueur. L'analyse de la pratique des États et de l'opinion de la doctrine permet cependant de déduire le principe général de continuité des traités après le déclenchement d'un conflit armé. Les difficultés sont pourtant évidentes à l'heure de concrétiser ce principe général. C'est ainsi que –bien qu'on puisse douter en principe de l'utilité de la tâche entreprise par la CDI- l'inclusion de ce sujet dans son programme actuel de travail a le mérite de favoriser le débat et de mettre en évidence les principales tendances à ce sujet.

L'étude démontre que la décision d'exclure les effets des conflits armés de la Convention de Vienne sur le Droit des Traités de 1969 n'a pas été très heureuse du moment qu'on ne peut pas affirmer que le déclenchement d'une guerre ou d'un conflit armé constitue une cause indépendante de terminaison ou de suspension des traités. En conséquence, le projet des articles de la CDI impliquera, probablement, un retour au cadre normatif de la Convention de Vienne de 1969 mais non pas à la Convention elle-même, étant donné que le sujet a été exclu formellement en vertu de l'article 73. En tout cas, il n'existe aucun obstacle pour reconduire les effets hypothétiques des conflits armés aux dispositions de la Convention de 1969 qui sont l'expression du Droit international général.



# CUMPLIMIENTO DEL DERECHO INTERNACIONAL EN EL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS DE LA OMC

IRENE BLÁZQUEZ NAVARRO

Profesora Asociada de Derecho Internacional Público  
Universidad Autónoma de Madrid

## SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.—II. NORMATIVIDAD DEL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS DE LA OMC: 1. *¿Un sistema normativa o políticamente orientado?: la legitimidad de las decisiones del OSD.* 2. *Las razones prudenciales para observar el Derecho OMC: la eficacia de las decisiones del OSD.*—III. OBLIGATORIEDAD DE LAS DECISIONES DEL OSD DE LA OMC: 1. *Exclusión de la compensación y la suspensión como formas alternativas de cumplimiento.* 2. *Preferencia y no exigencia de cumplimiento.* 3. *Una decantación sistémica por la obligatoriedad.* 4. *Sobre el contenido de las obligaciones secundarias OMC.*—IV. UN SISTEMA ESPECIAL DE DERECHO INTERNACIONAL.—V. EL CUMPLIMIENTO DE LAS DECISIONES DEL OSD POR LA CE.—VI. A MODO DE CONCLUSIÓN.

## I. INTRODUCCIÓN

Aun cuando se pueda asumir que el grado de cumplimiento voluntario y espontáneo del Derecho internacional es elevado y satisfactorio en términos globales<sup>1</sup> —afirmación a la que subyace el interrogante sobre las razones por las que los Esta-

<sup>1</sup> Es usual la referencia a la formulación de HENKIN, L., *How Nations Behave*, 2.<sup>a</sup> ed., Columbia University Press, Nueva York, 1979, en p. 47, para ilustrar la elevada observancia espontánea del Derecho internacional. Sobre su cumplimiento y ejecución véase, por ejemplo, CHAYES, A., y CHAYES, A., «On Compliance», *IO*, vol. 47, 1993, núm. 2, pp. 175-205; DAMROSCH, L. F., «Enforcing International Law Through Non-forcible Measures», *Recueil des Cours*, 1997, tomo 269, pp. 9-250, en pp. 19 y ss.; FISHER, R., *Improving Compliance with International Law*, University of Virginia Press, Charlottesville, 1981; KEOHANE, R., «Compliance with International Commitments: Politics within a Framework of Law», *ASIL Procedures*, 1992, pp. 176 y ss.; TOMUSCHAT, CH., «Obligations arising for States without or against their will», *Recueil des Cours*, 1993-IV, tomo 241, pp. 195-374, en pp. 353 y ss.; *id.*, «Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century», *supra* nota 1, pp. 358 y ss.

dos observan el Derecho internacional<sup>2</sup>, las formas y procedimientos a través de los que se produce esta adecuación a la normativa internacional son de índole muy diversa, no se contemplan en el régimen general de Derecho internacional y dependen, en suma, del contenido específico de cada obligación jurídica internacional. Este trabajo tiene como finalidad el análisis del cumplimiento de las decisiones del Órgano de Solución de Diferencias (OSD) de la Organización Mundial del Comercio (OMC).

Resulta preciso posicionarse preliminarmente sobre la normatividad<sup>3</sup> del Sistema de Solución de Diferencias (SSD) de la OMC<sup>4</sup> y su eficacia<sup>5</sup>, cuestiones que serán tratadas en el punto II de este estudio. Cuando se afirma la existencia de normas jurídicas<sup>6</sup>, dicha existencia se hace depender de la eficacia del sistema al que

<sup>2</sup> Acerca de las razones por las que los Estados cumplen el Derecho internacional en ausencia de coerción –ligadas aquéllas a la percepción de la norma como legítima por sus destinatarios–, cf., FRANCK, T. «Legitimacy in the International System», *AJIL*, 1982, pp. 705-759. Vide el modelo de CHAYES, A., y CHAYES, A., *The New Sovereignty. Compliance with International Regulatory Agreements*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1995, en pp. 222-228, y su «managerial approach», es decir, su visión cooperativa como motor persuasivo del cumplimiento de los Estados. Esta óptica es la que se entiende propia de los regímenes internacionales en materia de protección del Medio Ambiente. En este sentido, BROWN WEISS, E., «Strengthening National Compliance with Trade Law: Insights from Environment» en BRONCKERS, M. y QUICK, R. (eds.), *New Directions in International Economic Law: Essays in Honour of John H. Jackson*, Kluwer Law International, La Haya-Londres-Boston, 2000, pp. 456-471 y cf., BOTHE, M., «The Evaluation of Enforcement Mechanisms in International Environmental Law» en WOLFRUM, R. (ed.), *Enforcing Environmental Standards*, Springer, Berlín, 1996, pp. 13-38. También la construcción de KOH, H. H., «Review Essay: Why Do Nations Obey International Law?», *YJL*, 1997, núm. 106, pp. 2599-2659, responde a ese consensualismo cooperativo de los destinatarios de las normas, que apunta a la obediencia por adhesión a la norma jurídica (internalización de su contenido). Vide, además, REUS-SMIT, CH., «Politics and International Legal Obligation», *EJIR*, vol. 9, 2003, núm. 4, pp. 591-625 y VAN DEN BROEK, N., «Power Paradoxes in Enforcement and Implementation of World Trade Organization Dispute Settlements Reports. Interdisciplinary Approaches and New Proposals», *JWT*, vol. 37, 2003, núm. 1, pp. 127-162.

<sup>3</sup> Utilizo el término como sinónimo de juridicidad.

<sup>4</sup> Se ha formulado el problema de la normatividad por medio de la pregunta sobre cómo se sostiene por sí solo un deber jurídico irreductible ni a pura facticidad ni a pura moralidad. Sobre el concepto del Derecho internacional como un orden fundamentalmente normativo con relativa autonomía y discreta apertura a las otras dos dimensiones del fenómeno jurídico, la valorativa y la política –por su configuración en cuanto orden de poder– cf., ESPÓSITO MASSICCI, C., «Soberanía, derecho y política en la sociedad internacional: ensayo sobre la autonomía relativa del Derecho internacional», *RJUIPR*, vol. 34, 1999, núm. 1, pp. 1-78; FRANCK, T., *Fairness in International Law and Institutions*, Clarendon Press, Oxford, 1995; HENKIN, L., «International Law: Politics, Values and Functions», *Recueil des Cours*, 1989-IV, tomo 216; McDONALD, R. ST. J. y JOHNSTON, D. M. (eds.), *The Structure and Process of International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haya, 1983; PÉREZ-PRAT DURBÁN, L., *La provincia del Derecho internacional*, Dykinson, Madrid, 2004, en especial, pp. 49 y ss.; SCHACHTER, O., «International Law in Theory and Practice», *Recueil des Cours*, 1982-V, tomo 178, curso revisado y publicado con el mismo título por Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht-Boston-Londres, 1991, especialmente pp. 1-15; *id.* «Towards a Theory of International Obligation», en SCHWEBEL, S. M. (ed.), *The Effectiveness of International Decisions*, Oceana Publications, Leiden, 1971, pp. 9-31.

<sup>5</sup> Vide, BAYÓN, J. C., «Justicia y Eficiencia» en DÍAZ, E. y COLOMER, J. L., *Estado, justicia y derechos*, Alianza, Madrid, 2002; HIERRO, L., *La eficacia de las normas jurídicas*, Ariel Derecho, Barcelona, 2003; NAVARRO, P. E., *La eficacia del Derecho. Una investigación sobre la existencia y el funcionamiento de los sistemas jurídicos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990; PÉREZ LLEDÓ, J. A., «Sobre la función promocional del Derecho: un análisis conceptual», *Doxa*, 2000, núm. 23, pp. 665-687; POLINSKY, A. M. y SHAPELL, S., «The Economic Theory of Public Enforcement of Law», *JEL*, 2000, núm. 38, pp. 45-76; KOH, H. H., *supra* nota 2, pp. 2599-2659.

<sup>6</sup> A las que se podrían asimilar las decisiones del OSD por recrear una interpretación de los propios acuerdos OMC.

pertenecen<sup>7</sup>, dependiente de los elementos de legitimación o legitimidad que incorpora, así como de las razones prudenciales que motivan el cumplimiento del Derecho y, en supuestos de desviación de la normativa vigente, su ejecución. No tendría sentido reflexionar sobre si existen motivos para ajustarse a las normas secundarias OMC y sus postulados sin antes aclarar la procedencia de tildar como «sistema normativo» a su SSD.

Desde la premisa que hace del SSD un sistema normativo legítimo y eficaz, me detendré en el punto III del trabajo en la determinación de si conforme al Entendimiento para la solución de las diferencias comerciales de la OMC (Entendimiento o ESD)<sup>8</sup> las decisiones del OSD son jurídicamente vinculantes y, siendo esto así, cuál es su contenido obligacional y las formas previstas para asegurar su observancia. A falta de regulación, las partes involucradas en la diferencia comercial dispondrán de un amplio margen de discrecionalidad tanto para cumplir con la normativa comercial multilateral, como para concretar los efectos internos de las resoluciones del OSD en sus ordenamientos.

Antes de avanzar en la práctica desarrollada para dar cumplimiento a las decisiones del OSD –que ejemplifico con la experiencia de la Comunidad Europea– procede contextualizar el SSD de la OMC en el Derecho internacional<sup>9</sup>, intento que se ensaya en el punto IV del trabajo. La cuestión es pertinente desde la perspectiva de la *ejecución* de las obligaciones internacionales que nos ocupan, en el sentido de identificar si fallido su *cumplimiento voluntario* y agotadas las vías previstas en el Entendimiento para forzar su cumplimiento, aun «extemporáneo», es plausible un retorno al Derecho internacional general o si la propia especialización del sistema lo excluye.

Por último, abriré en el punto V del trabajo un lugar para cualificar la observancia de las obligaciones secundarias OMC por parte de la Comunidad Europea<sup>10</sup>. Constatada la tendencia de la Comunidad a ajustarse voluntariamente a los dictados del OSD –aun expirado el «plazo prudencial»<sup>11</sup>–, la cuestión reside en identificar los efectos internos de sus decisiones cuando existe un incumplimiento comunitario del Derecho OMC. Parece que el Tribunal de Justicia sólo llegaría a admitir estas decisiones como parámetro interpretativo del ordenamiento comunitario. Una aplicación tan limitada suscita reservas.

<sup>7</sup> Vide, PARLIN, CH., «WTO Dispute Settlement: Are Sufficient Resources Being Devoted to Enable the System to Function Effectively?», *IL*, vol. 32, 1998, núm. 3, pp. 863-870 y los comentarios de BERNAL, R. L., STEGERD, P., y STOLER, A. L., en el mismo número de esa revista, en pp. 869-870.

<sup>8</sup> El anexo 2 del Acuerdo OMC comprende el *Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias*.

<sup>9</sup> Vide, PAUWELYN, J., *Conflicts of Norms in Public International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003 y SADAT-AKHAVI, S. A., *Methods of Resolving Conflicts between Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2003.

<sup>10</sup> Vide, KUIJPER, P., «WTO Law in the European Court of Justice», *CMLR*, vol. 42, 2005, pp. 1313-1355, en pp. 1313-1342 y SNYDER, F., «The Gatekeepers: The European Courts and WTO Law», *CMLR*, vol. 40, 2003, núm. 2, pp. 313-367.

<sup>11</sup> Vide, artículo 21.3 ESD.

## II. NORMATIVIDAD DEL SISTEMA PARA LA SOLUCIÓN DE LAS DIFERENCIAS COMERCIALES

### 1. ¿Un sistema normativa o políticamente orientado?: la legitimidad de las decisiones del OSD

El debate sobre la legitimidad de este mecanismo para la resolución de las diferencias comerciales<sup>12</sup> revive la esgrima doctrinal sostenida por quienes han estimado que el Entendimiento articula un sistema de adjudicación, normativamente orientado, de corte netamente jurídico y, en el otro frente, por quienes han presumido en la nueva normativa la consagración y continuación de un sistema impulsado por los principios de la negociación, que predominantemente se encuentra políticamente orientado y cuya inspiración es de naturaleza consensual<sup>13</sup>.

La legitimidad democrática de las decisiones tiene mucho que ver con el establecimiento de un proceso judicial garantista para las partes implicadas —un sistema de adjudicación de obligatorio cumplimiento— y la observancia de procedimientos y disciplinas institucionales, de modo que exista una deliberación anterior a la adopción de la decisión, se dé la oportunidad de confrontar las distintas posturas sobre la diferencia y se articulen algunos medios que permitan la participación de los sujetos potencialmente afectados por la decisión<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> Sobre la legitimidad del sistema OMC, muy ligada a sus tintes constitucionales, se pueden consultar, entre otros, los trabajos de CASS, D., «The “Constitutionalization” of International Trade Law: Judicial Norm-Generation as the Engine of Constitutional Development in International Trade», *EJIL*, vol. 12, 2001, núm. 1, pp. 39-75; HOWSE, R., «Adjudicative Legitimacy and Treaty Interpretation in International Trade Law: The Early Years of WTO Jurisprudence» en WEILER, J. H. H. (ed.), *The EU, the WTO and the NAFTA. Towards a Common Law of International Trade*, Oxford University Press, Londres, 2000, pp. 35-69; *id.*, «From Politics to Technocracy and Back Again: The Fate of the Multilateral trading Regime», *AJIL*, vol. 96, 2002: Symposium: The Boundaries of the WTO, pp. 94-117; HUDEC, R., *Essays on the Nature of International Trade Law*, Cameron May, Londres, 1999, en especial capítulo 2: Concepts of Fairness in International Trade Law; MCGINNIS, J. O. Y MOVSESIAN, M. L., «The World Trade Constitution», *HLR*, 2000, núm. 114, pp. 511-531; PETERSMANN, E.-U., «The WTO Constitution and the Millennium Round» en BRONCKERS, M. Y QUICK, R. (eds.), *New Directions in International Economic Law. Essays in Honour of John H. Jackson*, Kluwer Law International, La Haya-Londres-Boston, 2000, pp. 110-133; *id.*, «Constitutionalism and WTO Law: From a state-centered approach towards a human rights approach in international economic law» en KENNEDY, D. L. M. Y SOUTHWICK, J. D. (eds.), *The Political Economy of International Trade Law. Essays in Honour of Robert E. Hudec*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, pp. 32-66; STEIN, E., «International Integration and Democracy: No Love at First Sight», *AJIL*, vol. 95, 2001, pp. 489-534; STEGER, D.-P., «The World Trade Organization: A New Constitution for the Trading System» en BRONCKERS, M. Y QUICK, R. (eds.), *New Directions ...*, pp. 135-153; WEILER, J. H. H., «The Rule of Lawyers and the Ethos of Diplomats Reflections on the Internal and External Legitimacy of WTO Dispute Settlement», *JWT*, vol. 35, 2001, núm. 2, pp. 191-207.

<sup>13</sup> Vide, HILF, M., «Power, Rules and Principles—Which Orientation for WTO/GATT Law?», *JIEL*, vol. 4, 2001, núm. 1, pp. 111-130 y WAINCYMER, J. M., «GATT Dispute Settlement: An Agenda for Evaluation and Reform», en SWACKER, F. S., REDDEN, K. R. Y WENGER, L. B. (eds.), *World Trade Without Barriers: The WTO and Dispute Resolution*, Lexis Law Pub., Nueva York, 1996, pp. 515-548, sobre el avance de un modelo orientado desde la dimensión del poder hacia un sistema normativo; IWASAWA, Y., «WTO Dispute Settlement as Judicial Supervision», *JIEL*, vol. 5, 2002, núm. 2, pp. 287-305, en cuanto a la concepción del ESD como un mecanismo de supervisión judicial y no sólo de resolución de las diferencias, puesto que se articula un medio de control del cumplimiento de las obligaciones OMC, un sistema *sui generis* de solución de diferencias con elementos propios de la adjudicación judicial y de la conciliación.

<sup>14</sup> Vide, HOWSE, R., «Adjudicative Legitimacy and Treaty Interpretation in International Trade Law: The Early Years of WTO Jurisprudence», *supra* nota 12, p. 50. Sería pertinente plantearse si en la

Existen en el sistema de la OMC diferencias notables con el régimen contemplado en el GATT 1947<sup>15</sup>, pero es de interés subrayar ahora aquellas que se refieren a la forma de decir y aplicar el Derecho por el OSD, en cuanto elementos que hablarían de un sistema perfeccionado próximo a los modelos de jurisdicción internacional<sup>16</sup>.

Es importante, en primer lugar, la creciente relevancia del precedente prestada en los informes de los grupos especiales y, sobre todo, del Órgano de Apelación, que asegura la coherencia en la interpretación de los acuerdos OMC<sup>17</sup>. No es que exista una regla formal de *stare decisis*, aun cuando el Órgano de Apelación ha insistido en la necesidad de tomar debidamente en consideración los informes previamente adoptados en el sentido de definir unas expectativas legítimas sobre el resultado de la diferencia comercial; operaría una suerte de vinculación del grupo especial a la «juris-

actualidad la legitimidad del mecanismo regulado en el ESD debe incorporar otros elementos más acordes con la democracia representativa transnacional que se pretende escenificar en el Derecho internacional económico. Se ha reprobado el cierre del sistema a los particulares como una quiebra del principio democrático que pretendidamente inspira los rudimentos del sistema. Vide, SHELL, G. R., «Trade Legalism and International Relations Theory: An Analysis of the World Trade Organization», *DLJ*, vol. 44, 1995, núm. 5, pp. 829-927 y *cf.*, NICHOLS, P. M., «Participation of Non-Governmental Parties in the World Trade Organization: Extension of Standing in WTO Disputes to Nongovernment Parties», *UPJIEL*, vol. 17, 1996, pp. 295-329, en especial pp. 318-319. También sobre el acceso de los particulares al SSD, véase en *L&PIB*, vol. 31, 2000, núm. 3—Symposium: The First Five Years of the WTO, las contribuciones de RAGOSTA, pp. 739 y ss.; SHIRZAD, pp. 769 y ss.; WALLACH, pp. 773 y ss.; WILSON, pp. 779 y ss.

<sup>15</sup> Son cambios paradigmáticos respecto del régimen anterior la regla del «consenso negativo» —que impide el veto sistémico de las decisiones del OSD—; la obligación a cargo de los grupos especiales de «hacer una evaluación objetiva del asunto que se le haya sometido, que incluya una evaluación objetiva de los hechos (...)» (art. 11 ESD); el establecimiento de un Órgano de Apelación (OA) ante el que se puede cuestionar la conformidad con los acuerdos OMC de los informes adoptados por los grupos especiales (art. 17.6 ESD). Hay varios ejemplos significativos sobre la revisión que ha llevado a cabo el OA: la forma en que ha entendido la obligación del grupo especial de hacer una evaluación objetiva del asunto; su decisión relativa al acceso en la fase de apelación —e, incluso ante el grupo especial— de los abogados externos al procedimiento para la solución de las diferencias, al punto de poder presentar las alegaciones en nombre de la parte que representa; la interpretación que ha realizado del artículo 13 ESD sobre el derecho del grupo especial a «recabar información y asesoramiento técnico de cualquier persona o entidad que estime conveniente» en el sentido de que no es inconsistente la autorización explícita del precepto con el permiso implícito para considerar la información que no haya sido solicitada y que se le someta a su consideración en la forma de alegaciones *amicus curiae*. Para una comprensión global del nuevo SSD véase, MONTAÑA I MORA, M., *La Organización Mundial del Comercio y el reforzamiento del sistema GATT*, McGraw-Hill, Madrid, 1997; ORTINO, F. Y PETERSMANN, E.-U., *The WTO Dispute Settlement*, Kluwer, La Haya, 2003; PALMETER, D. Y MAVROIDIS, P., *Dispute Settlement in the World Trade Organization. Practice and Procedure*, Kluwer Law International, Londres, 1999; PETERSMANN, E.-U., *The GATT/WTO Dispute Settlement System. International Law, International Organizations and Dispute Settlement*, Kluwer Law International, Londres, 1997; PICONE, P. Y LIGUSTRO, A., *Diritto dell'Organizzazione Mondiale del Comercio*, CEDAM, Padova, 2002, capítulos XII y XIV.

<sup>16</sup> Sobre la aproximación del sistema a un modelo de jurisdicción internacional vide, SCHNEIDER, A. K., «Getting Along: The Evolution of Dispute Resolution Regimes in International Trade Organizations», *MJIL*, vol. 20, 1999, núm. 4, pp. 697-717; SHELL, G. R., «Trade Legalism and International Relations Theory: An Analysis of the World Trade Organization», *DLJ*, vol. 44, 1995, núm. 5, pp. 829-927; STONE SWEET, A., «Judicialization and the Construction of Governance», *CPS*, vol. 32, 1999, núm. 2, pp. 147-184; REICH, N., «From Diplomacy to Law: The Juridicization of International Trade Relations», *NJILB*, 1996, núm. 17, pp. 775-795.

<sup>17</sup> Vide, BHALA, R., «The Myth About *Stare Decisis* and International Trade Law (Part One of a Trilogy)», *AJILR*, 1999, núm. 14, pp. 845-956; *id.*, «The Precedent Setters: *De Facto Stare Decisis* in WTO Adjudication (Part Two of a Trilogy)», *JTL&P*, 1999, núm. 9, pp. 1-151; *id.*, «The Power of the Past: Towards *De Jure Stare Decisis* in WTO Adjudication (Part Three of a Trilogy)», *GWILR*, 2001, núm. 33, pp. 873-978; CHUA, A., «The Precedential Effect of WTO Panel and Appellate Body Reports», *LJIL*, vol. 11, 1998, núm. 1, pp. 45-61; NICHOLS, P. M., «GATT Doctrine», *VJIL*, vol. 36, 1996, pp. 379-466.

prudencia» sentada previamente, al menos que justificara suficientemente una separación de esta doctrina jurisprudencial («*overruling*»)<sup>18</sup>.

En segundo lugar, el Órgano de Apelación, artífice de la interpretación evolutiva del Entendimiento<sup>19</sup>, ha paliado en gran medida la debilidad que se podía detectar en el análisis jurídico realizado por los grupos especiales, al enfatizar su obligación de atenerse al texto de los acuerdos OMC, al tiempo que ha recordado cómo la interpretación que realicen debe guiarse por los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados<sup>20</sup>.

En cuanto a la exigencia de atenerse al tenor de la norma, es preciso preguntarse por el aspecto «creador del Derecho» incluido intersticialmente en los informes del OSD<sup>21</sup>. La existencia de márgenes para la creación judicial del Derecho en el SSD depende de que se pueda asumir que resulta conceptualmente necesario y, por tanto, empíricamente inevitable, que el juez o el órgano de adjudicación correspondiente en el ejercicio de su actividad judicial o de adjudicación cree Derecho (la inevitable creatividad de toda decisión judicial). Esto sólo ocurre en los casos difíciles, en los que la pregunta por el estatuto normativo de una acción o por la calificación jurídica de una situación no encuentra en principio respuesta explícita en el Derecho identificado mediante los criterios que suministra el sistema de fuentes. Si la respuesta no está en ninguno de los arsenales de pautas del derecho preestablecido, entonces el juez se ve forzado, por la obligación de fallar, a «crear» Derecho *ex novo*<sup>22</sup>.

Es al menos cuestionable la magnitud del poder decisorio atribuido a los grupos especiales y al Órgano de Apelación. Estimo que no se puede considerar el SSD como un mecanismo cuya finalidad sea la «aplicación neutral» del Derecho, sino como un mecanismo en sí de carácter legislativo y de gobierno<sup>23</sup>, aspecto que puede incidir en

<sup>18</sup> Vide el informe del OA conforme al artículo 21.5 ESD de 22 de octubre de 2001 en el asunto *Estados Unidos – Prohibición de importar ciertos camarones y sus productos* (WT/DS58/AB/RW), párrafo 109 y en la doctrina BEHBOODI, R., «Legal Reasoning and the International Law of Trade-The First Steps of the Appellate Body of the WTO», *JWT*, vol. 32, 1998, núm. 4, pp. 55-75; PALMETER, D. y MAVROIDIS, P., *Dispute Settlement in the World Trade Organization. Practice and Procedure*, *supra* nota 15, pp. 40-42.

<sup>19</sup> DUPUY, P.-M., «L'unité de l'ordre juridique international», *Recueil des Cours*, 2002, tomo 297, pp. 9-490, en p. 458. Cf., BEHBOODI, R., *supra* nota 18, pp. 55-75.

<sup>20</sup> Cf., KUIJPER, P., «The Court and the Tribunal of the EC and the Vienna Convention on the Law of Treaties 1969», *LIEI*, vol. 25, 1998, núm. 1, pp. 4-24.

<sup>21</sup> Vide, LAPORTA, F., «La creación judicial del Derecho y el concepto de Derecho implícito», *RJUAM*, 2002, núm. 6, pp. 133-151.

<sup>22</sup> Significa esta noción que aunque se carezca en un caso difícil de una solución jurídica explícita, se puede acudir a una serie de normas y prácticas que conforman el material jurídico subyacente e inferir desde su seno una regla que no estaba prevista en él. Así, existen reglas implicadas formalmente en otras reglas explícitas, reglas implicadas conceptualmente en otras reglas y reglas que son producto de enunciados interpretativos. Por lo demás, en la aplicación judicial del Derecho OMC la cuestión del *non-liquet* es relativamente sencilla y casi implantable debido a que la jurisdicción de los grupos especiales y del OA se limita a decidir sobre la existencia de una violación de los «acuerdos abarcados». Si no existe una norma de estos acuerdos aplicable al caso, tampoco existe una diferencia y, en consecuencia, ni siquiera jurisdicción para declarar el *non-liquet*. El único supuesto excepcional es el del conflicto de normas aplicables al caso, supuesto que retrata PAUWELYN, J., *Conflicts of Norms in Public International Law*, *supra* nota 9, pp. 419-422.

<sup>23</sup> Vide, TRACHTMAN, J. P., «The Domain of WTO Dispute Resolution», *HILJ*, vol. 40, 1999, núm. 2, pp. 333-377, en p. 336 y *cf.*, informes del OA de 25 de abril de 1997 y de 24 de febrero de 2000, respectivamente, en los asuntos *Estados Unidos–Medida que afecta a las importaciones de camisas y blusas de tejidos de lana procedentes de la India* (WT/DS33/AB/R), párrafo 19 y *Estados Unidos–*

la consideración sobre los efectos en los ordenamientos internos de las decisiones del OSD.

Por lo que se refiere a la consideración del Derecho internacional como parámetro interpretativo, el artículo 3 del Entendimiento<sup>24</sup> prevé que el SSD sirve no sólo para preservar los derechos y obligaciones de los miembros en el marco de los «acuerdos abarcados»<sup>25</sup>, sino también para aclarar las disposiciones vigentes de dichos acuerdos de conformidad con las normas usuales de interpretación del Derecho internacional público, lo que verifica la sujeción en la interpretación del Derecho OMC a las reglas de la Convención de Viena.

La referencia al Derecho internacional público legitima el procedimiento de solución de diferencias de la OMC en la medida en que estas normas internacionales son observadas con carácter general, pero además porque se introducen otras variables como, por ejemplo, el hecho de que, a la hora de interpretar un tratado, «por mor» del artículo 31.3.c) de la Convención de Viena, el contexto comprenderá «toda norma pertinente de Derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes». Esto obliga a considerar otras normas jurídicas ajenas al Derecho OMC en su interpretación, reglas jurídicas que tal vez pueden llegar a priorizar unos valores distintos a la liberalización del comercio<sup>26</sup>.

Aun cuando la legalización del SSD no se ha hecho acompañar con un fortalecimiento equiparable de las vías de ejecución del Derecho OMC y en él aparecen elementos propios de un enfoque político de las diferencias comerciales –como, por ejemplo, las complicaciones que suscita la ejecución de las decisiones adoptadas por el OSD (aunque esto es común a la generalidad de las sentencias internacionales y, en breve, vuelvo sobre este particular)–, el sistema está presidido por la idea de adjudicación bilateral y se ha desligado, en parte, de la técnica de la negociación y del recurso unilateral a las «represalias». El razonamiento y la argumentación jurídica, así como

---

*Trato fiscal aplicado a las «empresas de ventas en el extranjero»* (WT/DS108/AB/R), nota a pie de p. 127, donde el OA distingue entre las interpretaciones realizadas por la Conferencia Ministerial (Consejo General) conforme al artículo IX del Acuerdo OMC y las del OSD en el contexto de un litigio concreto.

<sup>24</sup> Conforme a este precepto: «(...) Los Miembros reconocen que ese sistema [procedimiento de solución de diferencias] sirve para preservar los derechos y obligaciones de los Miembros en el marco de los acuerdos abarcados y para aclarar las disposiciones vigentes de dichos acuerdos de conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público. Las recomendaciones y resoluciones del Órgano de Solución de Diferencias no pueden entrañar el aumento o la reducción de los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados».

<sup>25</sup> Sobre la interpretación que merece el artículo 3.2 ESD se ha fundamentado el enfrentamiento del Consejo de la Unión y la Comisión Europea acerca de si la decisión de apertura del procedimiento previsto en el ESD es un acto que deba adoptarse *ex* artículo 133 TCE. La posición de la Comisión entiende que la decisión de acudir al SSD no se puede considerar como la celebración de un acuerdo ni como la aprobación de un acto autónomo, en el sentido del artículo 133 TCE, pues se enmarca en un procedimiento dirigido a clarificar los derechos y obligaciones de los miembros de la OMC (y *no a crear nuevos derechos*). Vide, JANSEN, B., «El papel de la Unión Europea en la solución de las diferencias comerciales en la OMC», en Remiro Brotons, A. y Espósito Massicci, C. (eds.), *La OMC y el Regionalismo Europeo*, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 143-158 y *cf.* TRACHTMAN, J. P., «The Domain of WTO Dispute Resolution», *supra* nota 23.

<sup>26</sup> Vide, GRILLER, S., «Judicial Enforceability of WTO Law in the European Union, Annotation to Case C-149/96, *Portugal v. Council*», *JIEL*, vol. 3, 2000, núm. 3, pp. 441-472; PAUWELYN, J., «Enforcement and Countermeasures in the WTO: Rules are Rules—Toward a More Collective Approach», *AJIL*, vol. 94, 2000, núm. 2, pp. 335-347.

la adopción de decisiones «judicializadas», son características sobresalientes de este sistema<sup>27</sup>.

En este sentido, se puede sostener la legitimidad del sistema debido primordialmente a la presencia de valores propios de un ordenamiento presidido por el principio del Estado de Derecho o imperio de la ley<sup>28</sup> y la articulación de un mecanismo eficaz, de naturaleza cuasi-jurisdiccional para el arreglo de las diferencias comerciales entre los miembros de la nueva Organización<sup>29</sup>.

## 2. Las razones prudenciales para observar el Derecho OMC: la eficacia de las decisiones del OSD

La eficacia es un valor que se puede anudar a variables diversas. Me he ocupado hasta el momento de la modalidad de la obediencia al sistema normativo por la legitimidad de los valores que incorpora<sup>30</sup>. Por otra parte, se ha buscado una conexión directa entre la eficacia del sistema normativo y su aptitud para desarrollar una función promocional de la observancia del Derecho. Y parpadea tras este discurso la idea de la coerción en el Derecho, esto es, de la obediencia del Derecho por temor a la sanción, que se ha considerado como el motivo más típico de cumplimiento prudencial del Derecho en general<sup>31</sup> y del Derecho internacional en particular<sup>32</sup>.

Se plantea cuáles son las razones prudenciales o de utilidad que pueden explicar por qué se cumplen las normas OMC y esto en la idea de que no existe una obligación general de obediencia al Derecho *prima facie*, sino que existen diversas razones para cumplir un determinado acto individual exigido por el Derecho<sup>33</sup> —en la obe-

<sup>27</sup> Incide REMIRO BROTONS, A., «Pelagattos y Aristogattos de la Comunidad Europea ante el reino de la OMC», *GJCE*, 1996, D-26, pp. 7-82, p. 24, en este aspecto: «Al final, lo *pragmático* ha sido, en orden a la solución de diferencias, lo *jurídico*».

<sup>28</sup> Cf., WEILER, J. H. H., «The Rule of Lawyers and the Ethos of Diplomats Reflections on the Internal and External Legitimacy of WTO Dispute Settlement», *supra* nota 12.

<sup>29</sup> Cf., HOWSE, R., «Adjudicative Legitimacy and Treaty Interpretation in International Trade Law: The Early Years of WTO Jurisprudence», *supra* nota 12, p. 37; *id.*, «From Politics to Technocracy and Back Again: The Fate of the Multilateral trading Regime», *supra* nota 12, p. 107.

<sup>30</sup> Para HIERRO, L., *supra* nota 5, p. 121, la legitimación no es en sí misma una condición necesaria, ni suficiente del cumplimiento.

<sup>31</sup> Sobre la obediencia de las normas por temor a la sanción como motivo más típico de cumplimiento prudencial y lo incompleto de su análisis desde un esquema coste/beneficio véase, FRIEDMAN, *The Legal System. A Social Science Perspective*, para considerar otras variables como el carácter de la amenaza o promesa, del destinatario y de la conducta.

<sup>32</sup> Vide, CARMODY, C., «Remedies and Conformity under the WTO Agreement», *JIEL*, vol. 5, 2002, núm. 2, pp. 307-329. Su premisa de análisis se encarna en el adagio latino *ubi ius, ibi remedium*, es decir, la necesaria correspondencia entre las normas y las sanciones.

<sup>33</sup> Es la tesis de BAYÓN, J. C., *La normatividad del Derecho: deber jurídico y razones para la acción*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 691-710. Así, se distinguiría entre: (i) las razones dependientes del contenido de la norma (estas normas jurídicas justas encontrarían su fundamento en la moral y el Derecho resultaría redundante, superfluo); (ii) las razones independientes del contenido de la norma —al margen del contenido de la norma su fundamento procede de que el Derecho lo exige, algo que tendría que ver con la obediencia por respeto al orden jurídico—; (iii) además pueden existir supuestos en los que la razón para cumplir no provenga del Derecho. En los dos últimos casos se plantea si son útiles las teorías del juego limpio; conforme a ellas las razones para cumplir las normas tienen que ver con las renunciaciones voluntarias para el logro cooperativo de las finalidades insitas en la mera existencia de la sociedad internacional.

diencia por un Estado de la norma puede subyacer un problema moral, jurídico o político<sup>34</sup>.

El grado de cumplimiento de las normas, primarias y secundarias, de este sistema normativo quedaría directamente asociado a la previsión de instrumentos jurídicos aptos para desarrollar dos tipos de funciones<sup>35</sup>: una función promocional de la observancia espontánea de las normas que operaría *ex ante*, al implicar una amenaza creíble y probable que desincentivaría la desobediencia de la norma (o promovería una solución positiva de la diferencia), y una función reparadora de ejecución que se desarrollaría *ex post*, a través de medios de corrección de la infracción de la norma tendentes a restituir el equilibrio pactado entre las concesiones mutuas<sup>36</sup>. Parece indiscutible que «Medios eficaces de solución de diferencias son una baza decisiva para la *credibilidad* de obligaciones numerosas, objetivamente complejas y traducidas en conceptos jurídicamente indeterminados insuflados, además, de consideraciones económicas»<sup>37</sup>.

<sup>34</sup> Vide, por ejemplo, VAN DEN BROEK, N., «Power Paradoxes in Enforcement and Implementation of World Trade Organization Dispute Settlements Reports...», *supra* nota 2.

<sup>35</sup> El tema ha interesado a la doctrina. Vide, entre la abundante bibliografía, ANDERSON, K., «Peculiarities of Retaliation in WTO Dispute Settlement», *WTR*, vol. 1, 2002, pp. 123-134; BISHOP, A. S., «The Second Legal Revolution in International Trade Law: Ecuador Goes Ape in Banana Trade War with European Union», *ILP*, vol. 12, 2002, pp. 1-35; BRILMEYER, B. L., «Bananas, Beef, and Compliance in the World Trade Organization: The Inability of the WTO Dispute Settlement Process to Achieve Compliance from Superpower Nations», *MJGT*, 2001, núm. 10, pp. 133-168; CARMODY, C., «Remedies and Conformity under the WTO Agreement», *supra* nota 32; CHARNOVITZ, S., «Rethinking WTO Trade Sanctions», *AJIL*, vol. 95, 2001, núm. 4, pp. 792-832; *id.*, «The WTO's Problematic 'Last Resort' Against Noncompliance», *Aussenwirtschaft*, vol. IV, 2002, núm. 57, pp. 409-439; *id.*, «Should the teeth be pulled? An analysis of WTO sanctions» en Kennedy, D. L. M. y Southwick, J. D. (eds.); *The Political Economy of International Trade Law. Essays in Honour of Robert E. Hudec*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, pp. 602-635; GRAY, C., «Types of Remedies in ICJ Cases: Lessons for the WTO?», en WEISS, F. (ed.), *Improving WTO Dispute Settlement Procedures*, Cameron May, Londres, 2000, pp. 401-415; HOEKMAN, B. M. y MAVROIDIS, P. C., «WTO Dispute Settlement, Transparency and Surveillance», *ThWE*, vol. 23, 2000, núm. 4, pp. 527-542; HORLICK, G. N., «Problems with the compliance structure of the WTO dispute resolution process», en KENNEDY, D. L. M. y SOUTHWICK, J. D., *The Political Economy ...*, *supra*, pp. 636-645; MAVROIDIS, P. C., «Remedies in the WTO Legal System: Between a Rock and a Hard Place», *EJIL*, vol. 11, 2001, núm. 4, pp. 763-814; MCGIVERN, B. P., «Seeking Compliance with WTO Rulings: Theory, Practice and Alternatives», *ThIL*, vol. 36, 2002, núm. 1, pp. 141-157; PALMETER, D. y ALEXANDROV, S. A., «Inducing compliance" in WTO dispute settlement», en KENNEDY, D. y SOUTHWICK, J. D., *The Political Economy ...*, *supra*, pp. 646-666; PAUWELYN, J., «Enforcement and Countermeasures in the WTO: Rules are Rules –Toward a More Collective Approach», *supra* nota 26, pp. 335-347; STEINBERG, R. H., «In the Shadow of Law or Power? Consensus-Based Bargaining and Outcomes in the GATT/WTO», *IO*, vol. 56, 2002, núm. 2, pp. 339-374; SYKES, A. O., «The Remedy for Breach of Obligation under the WTO Dispute Settlement Understanding: Damages or Specific Performance?», en BRONCKERS, M. y QUICK, R., *New Directions in International Economic Law. Essays in Honour of John H. Jackson*, Kluwer Law International, La Haya-Londres-Boston, pp. 346-357; VAN DEN BROEK, N., «Power Paradoxes in Enforcement and Implementation of World Trade Organization Dispute Settlements Reports...», *supra* nota 2.

<sup>36</sup> Vide, en especial, CARMODY, C., «Remedies and Conformity under the WTO Agreement», *supra* nota 32; CHARNOVITZ, S., «Rethinking WTO Trade Sanctions», *supra* nota 35; *id.*, «The WTO's Problematic 'Last Resort' Against Noncompliance», *supra* nota 35; *id.*, «Should the teeth be pulled? An analysis of WTO sanctions», *supra* nota 35. Es muy exhaustivo el estudio de MAVROIDIS, P. C., «Remedies in the WTO Legal System: Between a Rock and a Hard Place», *supra* nota 35; e igualmente el trabajo de HOEKMAN, B. M. y MAVROIDIS, P., «WTO Dispute Settlement, Transparency and Surveillance», *supra* nota 35.

<sup>37</sup> Vide, REMIRO BROTONS, A., «Pelagattos y Aristogattos de la Comunidad Europea ante el reino de la OMC», *supra* nota 27, p. 25. Igualmente, JACKSON, J. H., «The Legal Meaning of a GATT Dispute

El instrumento previsto en el Entendimiento que mejor responde al régimen de las contramedidas en el Derecho internacional general sería la suspensión de concesiones u otras obligaciones, medidas llamadas de «represalia» que se conciben como la *ultima ratio* del sistema desde de la perspectiva de la ejecución de las decisiones del OSD. Existe un cierto consenso sobre las desventajas de las «represalias» contempladas en el SSD<sup>38</sup>. En todo caso, su fuerza persuasiva *ex ante* y correctiva *ex post* dependerán en gran medida del contenido de la «sanción» y de la probabilidad de su imposición, en el sentido de que su coste sea efectivamente superior al beneficio de incumplir la norma.

No es evidente que estas medidas puedan cumplimentar eficientemente estos fines ni preventivamente ni en los supuestos de desviación de la legalidad vigente, porque la necesidad de asegurar la equivalencia entre el nivel de la suspensión y de la «anulación o menoscabo»<sup>39</sup>, por una parte, y el modelo descentralizado de ejecución de las obligaciones primarias y secundarias de la OMC, carente de un mecanismo para represaliar colectiva o multilateralmente, por otra parte, apuntan a un coste inferior al beneficio de mantener el incumplimiento de la norma. Su finalidad parece más bien de perfil reparador<sup>40</sup>.

Settlement Report: Some Reflection», en Blokker, N. y Muller, S. (eds.), *Towards More Effective Supervision by International Organisations. Essays in honour of H. Schermers*, vol. I, Kluwer, Dordrecht, pp. 149-164, en p. 153.

<sup>38</sup> Vide, BRILMEYER, B. L., «Bananas, Beef, and Compliance in the World Trade Organization: The Inability of the WTO Dispute Settlement Process to Achieve Compliance from Super-power Nations», *supra* nota 35, crítica con la experiencia «sancionatoria» en el seno de la OMC; CHARNOVITZ, S., «Rethinking WTO Trade Sanctions», *supra* nota 35, p. 823; MAVROIDIS, P. C., «Remedies in the WTO Legal System: Between a Rock and a Hard Place», *supra* nota 35, sobre la ineficacia de las «represalias», que no aseguran la «igualdad de armas» sino que subrayan las asimetrías en la arena comercial de los distintos miembros de la OMC y, en esta misma línea, PALME-TER, D., «The WTO as a legal system», *FILJ*, 2000, pp. 444-480, en pp. 472 y 473, sobre la desigualdad entre los distintos sujetos de Derecho internacional que limita la capacidad del SSD para operar como un sistema coercitivo organizado; PAUWELYN, J., «Enforcement and Countermeasures in the WTO: Rules are Rules –Toward a More Collective Approach», *supra* nota 26, p. 338: «The «legalization» of disputes under the WTO stops, in effect, roughly where noncompliance stars»; ROSAS, A., «Implementation and Enforcement of WTO Dispute Settlement Findings: An EU Perspective», *JIEL*, vol. 4, 2001, núm. 1, pp. 129-144, en p. 143, en cuanto a su efecto restrictivo del comercio.

<sup>39</sup> Vide, PAUWELYN, J., «Enforcement and Countermeasures in the WTO: Rules are Rules-Toward a More Collective Approach», *supra* nota 26 y MAVROIDIS, P. C., «Remedies in the WTO Legal System: Between a Rock and a Hard Place», *supra* nota 35.

<sup>40</sup> Para ROSAS, A., «Implementation and Enforcement of WTO Dispute Settlement Findings: An EU Perspective», *supra* nota 38, p. 142: «The provision –art. 22.4 ESD– seems to be based on the idea of restoring the balance of concessions rupture by the measure found to be inconsistent with a covered agreement and there is thus no room for punitive sanctions. Nor is it a question of counter-measures (reprisals) under general international law». Secundo la lectura que realiza Rosas. Sin embargo, en ocasiones se ha asemejado la utilidad de la «suspensión de concesiones u otras obligaciones» a la que desempeñan las sanciones, aun sin designarlas de esta manera. Vide el asunto *Brasil-Aeronaves* (grupo especial ex art. 22 ESD) y el asunto *Comunidades Europeas –Régimen comunitario para la importación, venta y distribución de plátanos* (WT/DS/165– grupo especial de «represalias»), donde directamente se recurre al término. Cf. el sistema de Derecho internacional general donde las represalias han de ser proporcionales a la violación originaria de la norma de Derecho internacional tanto en su gravedad, como en sus efectos, pero esta proporcionalidad no es idéntica a la equivalencia que reclama el Entendimiento. Sobre el particular, por ejemplo, CRAWFORD, J., *Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad Internacional del Estado*, Dykinson, Madrid, 2003.

Es una evidencia la mejora cualitativa del Entendimiento<sup>41</sup>, pendiente de una reforma que se dilata en el tiempo<sup>42</sup>; sin embargo, el SSD sale fortalecido en la comparación con el Derecho internacional general<sup>43</sup> si se atiende a elementos como, por ejemplo, el propio hecho de que encara y se preocupa de regular los medios concretos para promover el cumplimiento de las obligaciones secundarias y, en su caso, forzar su ejecución, medidas que se autorizan y controlan multilateralmente<sup>44</sup>.

### III. OBLIGATORIEDAD DE LAS DECISIONES DEL OSD DE LA OMC

Afirmar el carácter jurídicamente obligatorio de las decisiones del OSD –aspecto sobre el que ya se polemizó cuando el referente normativo era el GATT 1947<sup>45</sup>– se

<sup>41</sup> Como medidas alternativas para promover de forma efectiva el cumplimiento se han propuesto (i) el reconocimiento de efecto directo a las normas OMC; (ii) la imposición de multas pecuniarias a los gobiernos infractores, un sistema de compensación obligatoria e indemnización de los daños causados, sanciones colectivas o, incluso, «daños punitivos»; (iii) sanciones que afecten a los derechos de membresía; (iv) el recurso a la dialéctica del asentimiento de las normas, la transparencia en la información. Vide, BRONCKERS, M., «More Power to the WTO?», *JIEL*, vol. 4, 2001, núm. 1, pp. 41-65, en p. 62; informe de marzo de 2000 [International Financial Institution Advisory Committee <http://www.house.gov/jec/imf/meltzer.htm>]; PAUWELYN, J., «Enforcement and Countermeasures in the WTO: Rules are Rules – Toward a More Collective Approach», *supra* nota 26, en p. 336; MAVROIDIS, P. C., «Remedies in the WTO Legal System: Between a Rock and a Hard Place», *supra* nota 35, ROSAS, A., «Implementation and Enforcement of WTO Dispute Settlement Findings: An EU Perspective», *supra* nota 38, p. 144; VAN DEN BROEK, N., «Power Paradoxes in Enforcement and Implementation of World Trade Organization Dispute Settlements Reports...», *supra* nota 2, en especial pp. 154-161.

<sup>42</sup> Vide, Díez-Hochleitner, J., «La Unión Europea ante la reforma del Sistema de Solución de Diferencias de la OMC», en de Faramiñán Gilbert, J. M. (coord.), *Globalización y Comercio internacional*, Actas de las XX Jornadas de la AEPDIRI, BOE, Madrid, 2005, pp. 61-88 y MERCURIO, B., «Improving Dispute Settlement in the World Trade Organization: The Dispute Settlement Understanding Review – Making it Work?», *JWT*, vol. 38, 2004, núm. 5, pp. 795-854.

<sup>43</sup> Vide, CARMODY, C., «Remedies and Conformity under the WTO Agreement», *supra* nota 32, p. 307: «(...) WTO dispute settlement's obligatory character and the duty to conform (...) appear to do what for so long has been elusive in international law: they enforce». Cf., VAN DEN BROEK, N., «Power Paradoxes in Enforcement and Implementation of World Trade Organization Dispute Settlements Reports...», *supra* nota 2, p. 140. Recuerda que aunque el mecanismo de la OMC es considerado como el sistema de solución de diferencias internacionales más efectivo, debido en gran medida al fortalecimiento de las vías para forzar el cumplimiento del Derecho OMC, es igualmente cierto que es un sistema intergubernamental que carece de la competencia para imponer coactivamente el cumplimiento de las resoluciones del OSD y, así, éste depende en gran medida de la voluntad de las partes.

<sup>44</sup> Vide, SPIERER, C., «Dispute Settlement Understanding: Developing a Firm Foundation for Implementation of the WTO», *STLR*, vol. 62, 1998, pp. 63-107, p. 103. Cf., el cuasi-inexistente sistema de ejecución de las sentencias de la Corte Internacional de Justicia, que ocasiona el mantenimiento de la infracción del Derecho internacional y propicia el recurso a medidas unilaterales de represalia que no quedan sometidas a ningún mecanismo de control y supervisión ulterior y al respecto, por ejemplo, el comentario de OELLERS, K. al artículo 94 de la Carta de Naciones Unidas en Zimmermann, A., Oellers-Frahm, K. y Tomuschat, Ch. (eds.), *The Statute of the International Court of Justice. A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2006.

<sup>45</sup> Se ha entendido que conforme al GATT 1947, una vez adoptado el informe, su valor jurídico podía traducirse en una recomendación, en una obligación de comportamiento con fuerza prospectiva, en la imposición de una obligación conforme a Derecho que vinculaba jurídicamente a las partes en la diferencia, en una interpretación auténtica y originalista de las disposiciones del GATT o, por último, en un elemento de prueba de la práctica desarrollada conforme al acuerdo, según lo que dispone el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Quizá la posibilidad de que los informes tradujeran una obligación jurídica internacional de carácter vinculante sólo para las partes en la diferencia daba una

puede entender como una presunción *iuris tantum* que encuentra respaldo en el propio Entendimiento<sup>46</sup>. Si se presenta en estos términos el debate es porque tampoco existe en el sistema actual ninguna disposición que expresamente encare esta cuestión<sup>47</sup>.

La cuestión que se suscita, enlazada con el preámbulo histórico anterior, es si a raíz del establecimiento de la OMC el fortalecimiento de las obligaciones jurídicas sobre las que descansaba el GATT 1947 es predicable igualmente de las decisiones adoptadas por el OSD<sup>48</sup>. En la doctrina se encuentran representantes significativos tanto de la posición que defiende el valor jurídicamente vinculante de estas decisiones y, en este sentido, ven en ellas el endose de la obligación internacional de actuar conforme a lo estipulado en el informe, como de la postura que contesta su naturaleza de obligaciones internacionales<sup>49</sup>.

respuesta que bebía de los fundamentos del Derecho internacional, al tiempo que resultaba fiel a la intención de las partes. Éste es el planteamiento de JACKSON, J. H., «The Legal Meaning of a GATT Dispute Settlement Report: Some Reflection», *supra* nota 37, en un estudio donde ya se planteaba el autor tímidamente la cuestión relativa a la eficacia directa de las decisiones adoptadas por los grupos especiales.

<sup>46</sup> Sobre un buen número de disposiciones del ESD se puede apoyar el valor jurídicamente vinculante de las decisiones del OSD. Vide, por ejemplo, artículo 1 ESD (adjudicación obligatoria), artículo 16.4 ESD (adopción automática del informe del grupo especial salvo que una parte en la diferencia decida apelar o que el OSD decida por consenso no adoptar el informe), artículo 17.14 ESD (adopción automática de los informes del OA) y artículo 23 ESD (recurso obligatorio al ESD para la resolución de las diferencias comerciales OMC). Me voy a referir siempre –en el marco del GATT 1947 y del GATT 1994– al caso de las denuncias con infracción. En las hipótesis de las denuncias sin infracción no existiría la obligación jurídica de seguir las conclusiones del grupo especial, pero sí se generaría la obligación de negociar entre las partes en la diferencia una compensación.

<sup>47</sup> El artículo XXIII GATT 1947 no decía expresamente que existía la obligación internacional de observar los resultados del procedimiento para la solución de las diferencias. Es más, el artículo en cuestión ni siquiera regulaba este procedimiento, sino que se limitaba a prever la remisión del asunto a las «PARTES CONTRATANTES», si bien es cierto que se desarrolló un procedimiento bastante elaborado. Vide, MONTAÑA I MORA, M., *La Organización Mundial del Comercio y el reforzamiento del sistema GATT*, *supra* nota 15. Sobre la cuestión en el SSD de la OMC véase, JACKSON, J. H., *The World Trading System. Law and Policy of International Economic Relations*, 2.ª ed., The MIT Press, Mass., p. 126; *id.*, *The World Trade Organization. Constitution and Jurisprudence*, The Royal Institute of International Affairs, Londres, 1998, pp. 81 y ss.

<sup>48</sup> Cf., la postura del OA sobre el valor de las decisiones de los grupos especiales en el asunto *Japón-Impuestos sobre las bebidas alcohólicas*, párrafo 14, donde se señala que el valor de los informes de los grupos especiales no es distinto en el nuevo marco normativo de la OMC: «They are often considered by subsequent panels. They create legitimate expectations among WTO Members, and, therefore, should be taken into account where they are relevant to any dispute. However, they are not binding, except with respect to resolving the particular dispute between the parties to that dispute» y el informe del grupo especial de 24 de agosto de 1998, párrafo 7.30, en el asunto *India-Protección mediante patente de los productos farmacéuticos y los productos químicos para la agricultura* (WT/DS79/R).

<sup>49</sup> Se puede considerar la corriente mayoritaria la primera, representada por JACKSON, J. H., «The WTO Dispute Settlement Understanding-Misunderstanding on the Nature of Legal Obligation», *AJIL*, vol. 91, 1997, pp. 60-64 y «International Law Status of WTO Dispute Settlement Reports: Obligation to Comply or Option to 'Buy Out'», *AJIL*, vol. 98, 2004, núm. 1, pp. 109-125. En la línea de Jackson se sitúan también BRONCKERS, M., «More Power to the WTO?», *supra* nota 41, pp. 60-63; COTTIER, T., «Dispute Settlement in the World Trade Organization: Characteristics and Structural Implications for the European Union», *CMLR*, vol. 35, 1998, pp. 325-378, en pp. 369-375; EECKHOUT, P., «The Domestic Legal Status of the WTO: Interconnecting Legal Systems», *CMLR*, vol. 34, 1997, núm. 1, pp. 11-58, en pp. 51-54; GRANÉ, P., «Remedies under WTO Law», *JIEL*, vol. 4, 2001, núm. 4, pp. 755-772; GRILLER, S., «Judicial Enforceability of WTO Law in the European Union, Annotation to Case C-149/96, *Portugal v. Council*», *supra* nota 26, pp. 441-472; HILF, M., «Power, Rules and Principles–Which Orientation for WTO/GATT Law?», *supra* nota 13, pp. 114-115; LAVRANOS, N., «The Communitarization of WTO Dispute Settlement Reports: An Exception to the Rule of Law», *CMLR*, vol. 42, 2005, núm. 10, pp. 313-338;

Las dos tesis doctrinales en liza se centran en el análisis de las disposiciones del Entendimiento que ofrecen a la parte reclamada recurrir a medios de cumplimiento provisional<sup>50</sup>, que exacerban los problemas para actuar por vía ejecutiva<sup>51</sup>, dificultad común, por otra parte, al conjunto de las sentencias internacionales. Sólo si se pudiera afirmar que la compensación o la suspensión de concesiones son vías alternativas al cumplimiento definitivo del informe adoptado por el OSD no sería defendible su poder de obligar conforme a Derecho<sup>52</sup>.

### 1. Exclusión de la compensación y la suspensión como formas alternativas de cumplimiento

Según la primera corriente doctrinal, una interpretación sistemática del Entendimiento –artículos 3.4, 3.5, 3.7, 11, 19.1, 21.1, 21.6, 22.1, 22.2 y 22.8 Entendimiento–<sup>53</sup>, avalaría la incondicionalidad del valor jurídicamente vinculante de las decisiones del OSD. O dicho de otra forma, la compensación y la eventual suspensión de concesiones se conciben sólo como medidas de carácter temporal, que no son alternativas plausibles al cumplimiento final de estas decisiones<sup>54</sup>.

PAUWELYN, J., «Enforcement and Countermeasures in the WTO: Rules are Rules—Toward a More Collective Approach», *supra* nota 26, p. 336; PEERS, S., «Banana Split: WTO Law and Preferential Agreements in the EC Legal Order», *EFAR*, vol. 4, 1999, núm. 2, pp. 195-214; VAN DEN BROEK, N., «Legal Persuasion, Political Realism, and Legitimacy: The European Court's Recent Treatment of the Effect of WTO Agreements in the EC Legal Order», *JIEL*, vol. 4, 2001, núm. 2, pp. 411-440; *id.*, «Power Paradoxes in Enforcement and Implementation of World Trade Organization Dispute Settlements Reports. Interdisciplinary Approaches and New Proposals», *supra* nota 2; ZONNEKEYN, G. A., «The Legal Status of WTO Panels in the EC Legal Order. Some Reflections on the Opinion of Advocate General Mischo in the Atlanta Case», *JIEL*, vol. 2, 1999, núm. 4, pp. 713-722 y «The Status of Adopted Panel and Appellate Body Reports in the European Court of Justice and the European Court of First Instance: the Banana Experience», *JWT*, vol. 34, 2000, núm. 2, pp. 93-108.

La segunda corriente minoritaria tiene como valedor más sobresaliente a SYKES, A. O., «The Remedy for Breach of Obligation under the WTO Dispute Settlement Understanding: Damages or Specific Performance?», *supra* nota 35. Junto a Sykes, BELLO, J., «The WTO Dispute Settlement Understanding: Less is More», *AJIL*, vol. 90, 1996, pp. 416-418, si bien más tarde matiza su postura en «Book Review: J. H. Jackson, *The Jurisprudence of GATT & the WTO*», *AJIL*, vol. 95, 2001, pp. 984 y ss.; REIF, T. M. Y FLORESTAL, M., «Revenge of the Push-Me, Pull-You: The Implementation Process Under the WTO Dispute Settlement Understanding», *ThIL*, vol. 32, 1998, núm. 3, pp. 755-788.

<sup>50</sup> Vide, artículos 21 y 22 ESD.

<sup>51</sup> Y es que incluso si se entiende que las decisiones del OSD obligan en el orden internacional, hay que convenir con REMIRO BROTONS, A., «Pelagattos y Aristogattos de la Comunidad Europea ante el reino de la OMC», *supra* nota 27, en que el enfoque político de la diferencia reaparece en la fase de ejecución.

<sup>52</sup> Cf., PAUWELYN, J., «Enforcement and Countermeasures in the WTO: Rules are Rules—Toward a More Collective Approach», *supra* nota 26, p. 336.

<sup>53</sup> De los autores que defienden esta tesis, ponen especial énfasis en este estudio integrado del ESD JACKSON, J. H., *supra* nota 47; ECKHOUDT, P., «The Domestic Legal Status of the WTO: Interconnecting Legal Systems», *supra* nota 49, en pp. 54 y ss.; GRILLER, S., «Judicial Enforceability of WTO Law in the European Union, Annotation to Case C-149/96, *Portugal v. Council*», *supra* nota 26, pp. 451 y ss. Una formulación meridiana de esta primera tesis en PAUWELYN, J., «Enforcement and Countermeasures in the WTO: Rules are Rules—Toward a More Collective Approach», *supra* nota 26, pp. 341 y ss.

<sup>54</sup> Vide, GRANÉ, P., «Remedies under WTO Law», *supra* nota 49, en pp. 762 y 763, sobre la incompatibilidad con el ESD del recurso a estas alternativas como medio para la impunidad. Son medidas a las que únicamente se puede recurrir si no resulta posible cumplir de forma inmediata (o dentro del plazo prudencial previsto) y, además, sólo en el caso de que la parte demandante así lo solicite al miembro cuya normativa se declaró contraria a los acuerdos OMC. Vide, artículo 22.2 ESD: «Si el Miembro afectado no

En este sentido, la existencia de un plazo prudencial permite posponer el cumplimiento de la obligación (obligación suspensiva), pero es un instrumento precisamente para facilitar y garantizar el cumplimiento adecuado de los informes y en modo alguno su evicción<sup>55</sup>. Por otra parte, la finalidad de las medidas temporales sería promover el cumplimiento del informe y, en modo alguno, ofrecer una vía de escape o de salida que consolide la inobservancia del Derecho OMC<sup>56</sup>. De hecho se ha entendido que el recurso a estas medidas presupone que la parte reclamada acepta implícitamente la fuerza jurídicamente vinculante de la decisión del OSD en cuanto reconoce que su sistema normativo contradice los acuerdos OMC<sup>57</sup>.

Y es que, en todo caso<sup>58</sup>, el propio Entendimiento<sup>59</sup> entroniza la supresión de las medidas incompatibles como mejor opción. La compensación es, pues, subsidiaria y únicamente válida como medida provisional hasta la supresión definitiva de las medidas incompatibles con el Derecho OMC. Finalmente y como medida de último recurso se ofrece al miembro reclamante la posibilidad de suspender de manera discriminatoria la aplicación de concesiones o el cumplimiento de otras obligaciones en el marco de los «acuerdos abarcados», siempre que medie la autorización del OSD. Se ha entendido que de la regulación conjunta en un mismo párrafo de la compensación y la adopción de medidas de «represalias» (en su caso «cruzadas») se debe deducir que la negociación de una compensación es una alternativa a las represalias, pero no al cumplimiento del informe<sup>60</sup>.

pone en conformidad con un acuerdo abarcado la medida declarada incompatible (...), ese Miembro, *si así se le pide*, (...)» (la cursiva es mía).

<sup>55</sup> Alude GRILLER, S., «Judicial Enforceability of WTO Law in the European Union, Annotation to Case C-149/96, *Portugal v. Council*», *supra* nota 26, a la *ratio* de esta disposición del ESD consistente en garantizar el tiempo suficiente para asegurar que el informe se cumpla correctamente, pero no en atemperar la fuerza obligatoria de las decisiones del OSD. Cf., MONNIER, P., «The Time to Comply with an Adverse WTO Ruling – Promptness with Reason», *JWT*, vol. 35, 2001, pp. 825-845, sobre las dificultades prácticas que suscita el artículo 21.3 ESD y véase, sobre el particular, el asunto *Comunidades Europeas – Medidas relativas a la carne y los productos cárnicos*. Arbitraje conforme al artículo 21.3.c) ESD de 29 de mayo de 1998 [(WT/DS26/15) y (WT/DS48/13)], párrafo 26.

<sup>56</sup> Sobre su finalidad «inductora del cumplimiento» véase el asunto *Comunidades Europeas – Régimen comunitario para la importación, venta y distribución de plátanos*, recurso por las Comunidades Europeas al arbitraje del artículo 22.6 ESD, decisión de 9 de abril de 1999 (WT/DS27/ARB), párrafo 6.3. Igualmente en el asunto WT/DS46/ARB, 28 agosto de 2000, párrafo 3.44, se insiste en esta finalidad promocional de las medidas temporales. Vide, PAUWELYN, J., «Enforcement and Countermeasures in the WTO: Rules are Rules – Toward a More Collective Approach», *supra* nota 26, p. 338; VAN DEN BROEK, N., «Legal Persuasion, Political Realism, and Legitimacy ...», *supra* nota 49, p. 433.

<sup>57</sup> Vide, ZONNEKEYN, G. A., «The Legal Status of WTO Panels in the EC Legal Order. Some Reflections on the Opinion of Advocate General Mischo in the Atlanta Case» y «The latests on indirect effect of WTO law in the EC legal order the Nakajima case law misjudged?», ambos citados *supra* nota 49. Se ha entendido que en su aplicación práctica se podrían concibir como medidas punitivas o sancionadoras. GRANÉ, P., «Remedies under WTO Law», *supra* nota 49, se expresa así (p. 763): «(...) they are nowadays perceived in practice as sanctions or punitive measures for failure to comply with the adopted recommendations of the DSB. At best, they are considered means to induce compliance» (la cursiva es mía). Cf. TANCREDI, A., «EC Practice in the WTO: How Wide is the 'Scope for Manoeuvre'», *EJIL*, vol. 15, 2004, pp. 933-961, en p. 956; ROSAS, A., «Implementation and Enforcement of WTO Dispute Settlement Findings: An EU Perspective», *supra* nota 38, p. 142.

<sup>58</sup> También se ha considerado que el hecho de que el artículo 26.1.b) Entendimiento no prevea en los casos de violaciones sin infracción la obligación de eliminar la medida, invita a defender que, en sentido contrario, éste es el caso en las violaciones con infracción.

<sup>59</sup> Vide, artículo 3.7 ESD.

<sup>60</sup> GRILLER, S., «Judicial Enforceability of WTO Law in the European Union, Annotation to Case C-149/96, *Portugal v. Council*», *supra* nota 26, pp. 452-453, lo interpreta así.

La temporalidad de estos recursos y, por tanto, la exclusión de su consideración como una forma plausible de resolver de modo definitivo la infracción del Derecho OMC<sup>61</sup>, que perdería claramente frente a la preferencia del Entendimiento por volver al *status quo ante*, lleva a rechazar el argumento de que sea una posibilidad abierta para el miembro afectado elegir libremente entre cumplir o no hacerlo<sup>62</sup>.

## 2. Preferencia y no exigencia de cumplimiento

La segunda corriente doctrinal<sup>63</sup> considera que, aunque no se puede negar que el Entendimiento muestra una cierta preferencia por la cesación del incumplimiento de la normativa OMC, es decir, por la «puesta en conformidad» con los acuerdos OMC de las medidas declaradas incompatibles, también deja abierta la opción de la compensación como una vía jurídicamente alternativa.

Serían básicamente cuatro las disposiciones del Entendimiento que permitirían una lectura claramente inversa a la que se ha expuesto anteriormente: los artículos 3.7, 19.1, 21.1 y 22.1<sup>64</sup>.

Resultaría contestable, en primer lugar, que el artículo 3.7 del Entendimiento, al disponer que el primer objetivo del Entendimiento será «en general» conseguir la supresión de las medidas incompatibles, esté realizando una afirmación evaluativa que prefiera el cumplimiento necesario del informe; parecería más bien que ésa es una de las alternativas en el contexto de un sistema de «perform or pay»<sup>65</sup>.

Tampoco sería evidente que cuando el artículo 19.1 del Entendimiento prevé que el OSD *recomendará* la puesta en conformidad con el Derecho OMC de las medidas incompatibles, sea con la finalidad de sugerir que las recomendaciones son vinculantes y preferibles a la compensación o la suspensión.

<sup>61</sup> Vide, a favor de esta tesis, en especial, CHARNOVITZ, S., «The WTO's Problematic «Last Resort» Against Noncompliance», *supra* nota 36, p. 418; *id.*, «Should the teeth be pulled? An analysis of WTO sanctions», *supra* nota 35, p. 614.

<sup>62</sup> Vide, EECKHOUT, P., «The Domestic Legal Status of the WTO: Interconnecting Legal Systems», *supra* nota 49, en pp. 54-55. Es más, se ha observado que opera una presunción *de iure* conforme a la cual los miembros de la OMC siempre podrán estar en la situación de adoptar medidas correctivas reparadoras y que el hecho de que lleguen a ofrecer una compensación no invalida, ni invierte, esta presunción. Vide, GRANÉ, P., «Remedies under WTO Law», *supra* nota 49, en p. 762.

<sup>63</sup> Señalaba antes que es en el trabajo de SYKES, A. O., *supra* nota 35, donde se puede encontrar la línea de pensamiento más sólida y elaborada y a partir de ella voy a ir encajando los argumentos de este contra-tesis.

<sup>64</sup> También se ha fundamentado esta tesis en los artículos 22.8 y 26.1.b) ESD. A mi modo de ver, la primera disposición es un complemento evidente del artículo 22.1 ESD, en el que también se hace alusión al carácter temporal de la compensación y de las «represalias». Por otra parte, entiendo que el artículo 26.1.b) sobre las reclamaciones sin infracción –que no implican la obligación de revocar la medida que ocasionó consecuencias jurídicas lesivas– favorece un razonamiento en sentido inverso que lleva a la conclusión de que en los casos de reclamaciones con infracción sí existe, por el contrario, la obligación jurídica de anular el comportamiento ilícito, esto es, de eliminar la medida declarada incompatible con la normativa OMC.

<sup>65</sup> SYKES, A. O., *supra* nota 35, en p. 348, cita el trabajo de HOLMES, O. W., «The Path of the Law», *CLP*, 1920, pp. 167 y ss., en p. 175, donde se hace alusión al contenido de un contrato privado en términos de una promesa de cumplimiento de lo acordado o, en su defecto, de lo que constituiría una reparación por equivalencia, esto es, una indemnización de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento contractual.

Ni siquiera el artículo 21.1 del Entendimiento, sobre el carácter esencial del pronto cumplimiento de las decisiones del OSD, sería concluyente para, por sí solo, descartar la posibilidad de que las consecuencias jurídicas del ilícito comercial puedan ser eliminadas a través de una indemnización.

Además, el hecho de que según el artículo 22.1 de Entendimiento la compensación y la suspensión de concesiones u otras obligaciones son medidas *temporales* y la insistencia en este mismo artículo en que ni una ni otra vía son preferibles a la aplicación plena de la decisión del OSD, simplemente constatarían que las medidas compensatorias y las represalias llegarían a su término una vez reparado el incumplimiento<sup>66</sup>. Por lo que se refiere a su carácter «no preferente», subrayaría este precepto la tendencia del Entendimiento a promover la cesación del ilícito como primera y mejor opción, pero en modo alguno cuestionaría la legalidad de recurrir a la indemnización de los daños y perjuicios como medio para restablecer el equilibrio contractual entre las partes enfrentadas en la diferencia comercial<sup>67</sup>.

### 3. Una decantación sistémica por la obligatoriedad

Me parece que los artículos 3.7, 21.1 y 22.1 del Entendimiento ofrecen elementos suficientes para defender la fuerza obligatoria de las decisiones del OSD. Existiría, además, otro argumento importante que apoyaría esta lectura, que reside en la interpretación teleológica y contextual que admite el Entendimiento desde el presupuesto sentado en su artículo 23, relativo al fortalecimiento del SSD<sup>68</sup>. Este precepto, clave de bóveda de todo el sistema, no puede apuntar sino a la eficacia jurídica vinculante de las decisiones adoptadas en una lógica multilateral. De lo contrario el fortalecimiento del sistema sería una falacia. El elemento que de forma más contundente es exponente de la judicialización del sistema es su obligatoriedad que connive y culmina un modelo perfeccionado, aun cuando perfectible, de resolver las diferencias comerciales desde una lógica respetuosa del Derecho.

Por otra parte, las obligaciones OMC encuentran su fundamento en un tratado internacional y, en este sentido, resulta aplicable el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Se recoge en este precepto el principio de *pacta sunt servanda*<sup>69</sup>. Que estas normas sean observadas y ejecutadas, circunstancia que se refiere a la eficacia del sistema, es un problema concatenado a este principio básico, pero distinto a él. El hecho de que si la cesación del ilícito no se produce de forma automática la parte lesionada puede recurrir a la «suspensión de las concesiones u otras obligaciones» no altera el carácter jurídicamente vinculante de las obliga-

<sup>66</sup> Vide, PALMETER, D. y ALEXANDROV, S. A., «“Inducing compliance” in WTO dispute settlement», *supra* nota 35.

<sup>67</sup> Además, sostiene esta tesis, si la anulación del comportamiento ilícito (o bien la «puesta en conformidad» de la medida declarada incompatible) fuera realmente el objetivo del SSD, el régimen de «represalias» previsto en el artículo 22.4 ESD no contemplaría el límite de su equivalencia con los daños repercutidos, que las hace ineficaces en la persuasión para corregir el incumplimiento.

<sup>68</sup> Vide, SCHEDE, CH., «The Strengthening of the Multilateral System. Article 23 of the WTO Dispute Settlement Understanding: Dismantling Unilateral Retaliation under Section 301 of the 1974 Trade Act?», *WCL&ER*, vol. 20, 1996, núm. 1, pp. 109-138, en pp. 117-122.

<sup>69</sup> Vide, LAVRANOS, N., «The Communitarization of WTO Dispute Settlement Reports: An Exception to the Rule of Law», *supra* nota 49, en pp. 333-336.

ciones primarias OMC, como tampoco cuestiona la fuerza vinculante de las obligaciones secundarias. Aunque la lógica de las obligaciones secundarias es distinta a la que rige para las obligaciones primarias, las decisiones definitivas del OSD son decisiones *judicializadas* que obligan a las partes en la diferencia.

Es innegable que persisten elementos políticos en la fase de ejecución de las decisiones del OSD. Pero estimo que estos elementos precarizan y dilatan el tiempo que ha de transcurrir para que las decisiones obliguen conforme a Derecho, pero en modo alguno diluyen la obligatoriedad de las decisiones.

#### 4. Sobre el contenido de las obligaciones secundarias OMC

El SSD se enfrenta en la actualidad a una tensión creciente entre la protección del equilibrio de intereses y concesiones pactadas bilateralmente entre las partes y la ejecución y perfeccionamiento de las reglas multilaterales. Las obligaciones internacionales recogidas en los acuerdos OMC son en esencia de naturaleza bilateral debido a la propia concepción del sistema como un foro para la negociación de ventajas comerciales mutuas<sup>70</sup>. Quienes se han pronunciado sobre la naturaleza de estas obligaciones<sup>71</sup>, parecen coincidir en asignarles un carácter bilateral (sinalagmático o recíproco), frente a las obligaciones multilaterales (integrales, colectivas o *erga omnes partes*)<sup>72</sup>. Se trataría de obligaciones que se proyectan en las relaciones bilaterales

<sup>70</sup> Han sido calificadas como obligaciones «dinámicas» por CARMODY, C., «Remedies and Conformity under the WTO Agreement», *supra* nota 32, pp. 328-329 e igualmente por KEARNS, J. y CHARNOVITZ, S., «Adjudicating Compliance in the WTO: A Review of DSU Article 21.5», *JIEL*, vol. 5, 2002, núm. 2, pp. 331-352, en alusión a la implicación de las partes en la progresiva definición de su contenido.

<sup>71</sup> Vide, CHARNOVITZ, S., «Rethinking WTO Trade Sanctions», *supra* nota 35; *id.* «The WTO's Problematic «Last Resort» Against Noncompliance», *supra* nota 36; HUDEC, R., «Broadening the Scope of Remedies in WTO Dispute Settlement», en Weiss, F. (ed.), *Improving WTO Dispute Settlement Procedures*, Cameron May, Londres, 2000, pp. 369-400; McNELIS, N., «What Obligations Are Created by World Trade Organization Dispute Settlement Reports?», *JWT*, vol. 37, 2003, núm. 3, pp. 647-672; PAUWELYN, J., «Enforcement and Countermeasures in the WTO: Rules are Rules—Toward a More Collective Approach», *supra* nota 26, p. 339; *id.*, *Conflicts of Norms in Public International Law, Conflicts of Norms in Public International Law*, *supra* nota 9, pp. 52-88; *id.*, «A Typology of Multilateral Treaty Obligations: Are WTO Obligations Collective or Bilateral in Nature?», *EJIL*, vol. 14, 2003, pp. 907-951; TANCREDI, A., «EC Practice in the WTO: How Wide is the 'Scope for Manoeuvre'», *supra* nota 57, en pp. 959 y ss.

<sup>72</sup> La distinción entre obligaciones recíprocas e integrales (interdependientes) se debe a FITZMAURICE (Relator Especial. CDI – Derecho de los Tratados. Segundo Informe. NU doc. A/CN.4/107, *YBILC*, 1957, vol. 2, p. 16). No encontró esta clasificación reflejo en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, si bien el tercer informe de Crawford presentado a la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad internacional del Estado [Tercer Informe. NU doc. A/CN.4/507 (2000)] sí distingue entre obligaciones bilaterales y multilaterales con consecuencias claras en la legitimación para invocar la responsabilidad internacional del Estado infractor. Dentro de las obligaciones multilaterales separa las obligaciones *erga omnes* [párrafo 106 (a)] de las *erga omnes partes* (párrafo 92). Las primeras son «owed to the international community as a whole» según el artículo 48.1.b) de los Artículos sobre responsabilidad internacional del Estado por hechos ilícitos, adoptado por la CDI en su 53 sesión, 2001. Las segundas son «owed to a group of States (...) and established for the protection of a collective interest of the group» conforme al artículo 48.1.a) de los Artículos de la CDI de 2001. Son obligaciones que no incumben a todos los Estados, sino únicamente a aquéllos que son parte de un régimen particular. Cf. la resolución del IDI adoptada en su sesión de Cracovia de 2005: «Les obligations et les droits *erga omnes* en droit international»; sobre la dimensión multilateral de algunas obligaciones, véase los trabajos en *EJIL*, vol. 13, 2002, núm. 5, de DUPUY, P.-M., «A General Stocktaking of the Connections between the Multilateral Dimension of Obligations and Codification of the Law of Responsibility», pp. 1053-1081 y

entre dos Estados, sin ser un inconveniente para esto que –como resulta ser el caso de los acuerdos OMC– aparezcan insertadas en acuerdos multilaterales o puedan tener repercusiones sobre los intereses de los operadores económicos privados.

En la misma línea, las vías ejecutivas previstas en el Entendimiento para hacer cumplir las obligaciones dimanantes del Derecho OMC responden claramente a una estrategia bilateral, donde el protagonismo es de las partes enfrentadas en la diferencia comercial, pues se persigue la recuperación del equilibrio de concesiones comerciales mutuamente beneficioso y reparar la «anulación o menoscabo» de los intereses de la parte agraviada por el incumplimiento de la normativa comercial. Un incumplimiento de las reglas OMC relativas a la liberalización comercial puede tener repercusiones sobre más de uno de los miembros de la OMC, pero esto no es lo mismo que asumir que dicho incumplimiento afecta a los derechos del resto de los miembros. Es cierto, sin embargo, que esta interacción de intereses reclama la inclusión de nuevos procedimientos colectivos de ejecución de las obligaciones primarias y secundarias del Derecho OMC, próximos a la noción de obligaciones *erga omnes ex parte*, pero en la actualidad son inexistentes<sup>73</sup>.

Las medidas del Entendimiento responden en mayor medida a una métrica promotora, inductora o motivadora del cumplimiento separada de la vertiente reparadora de los daños infringidos a la parte lesionada por el incumplimiento<sup>74</sup>. El primer objetivo del mecanismo de solución de diferencias de la OMC es la *supresión* de las *medidas* declaradas por el OSD *incompatibles* con las disposiciones de cualquiera de los acuerdos abarcados<sup>75</sup>. El artículo 19.1 del Entendimiento prevé que el contenido del

---

SPINEDI, M., «From One Codification to Another: Bilateralism and Multilateralism in the Genesis of the Codification of the Law of Treaties and the Law of State Responsibility», pp. 1099-1125. Sobre la clasificación de los tratados de acuerdo con las categorías de Fitzmaurice véase, DUPUY, P.-M., «L'unité de l'ordre juridique international», *Recueil des Cours*, 2002, tomo 297, pp. 9-490, en pp. 135 y ss.

<sup>73</sup> Es interesante la apreciación de TANCREDI, A., «EC Practice in the WTO: How Wide is the "Scope for Manoeuvre"», *supra* nota 57, en pp. 933, 960 y 961, asociada a la naturaleza bilateral y dispositiva de las obligaciones OMC: «(...) then it is possible to contract out of these obligations without affecting the individual or collective rights of the other WTO parties»; «(...), WTO rules, which are legally binding, but capable of being derogated by agreement, and therefore a source of rights and obligations that are disposable in nature».

<sup>74</sup> Vide, BRONCKERS, M., «More Power to the WTO?», *supra* nota 41, p. 59; EECKHOUT, P., «The Domestic Legal Status of the WTO: Interconnecting Legal Systems», *supra* nota 49, en pp. 54-55. En el régimen de responsabilidad propio del Derecho internacional general la obligación de reparar los daños ocasionados con el incumplimiento de las obligaciones de Derecho internacional no es una alternativa al cumplimiento de las obligaciones internacionales. Tiene la cesación carácter prospectivo, mientras que la reparación es de naturaleza retrospectiva. Operan de modo concurrente, pero sirven intereses diferentes. Son regímenes separados el que se fija en la corrección del incumplimiento (cesación y reparación) y el que atiende a la finalidad promotora del cumplimiento a través de medidas sancionadoras. El régimen de las contramedidas en Derecho internacional se fija en el Estado infractor y en los medios precisos para que éste adecúe su comportamiento con la normativa internacional. Vide, artículos 49-54 de los Artículos sobre responsabilidad internacional del Estado de la CDI y, sobre el particular, CRAWFORD, J., *Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad Internacional del Estado*, *supra* nota 40; DUPUY, P.-M., «Quarante ans de codification du droit de la responsabilité internationale des États. Un bilan», *RGDIP*, vol. 17, 2003, núm. 2, pp. 305 y ss.; GUTIÉRREZ ESPADA, C., *La responsabilidad internacional. Las consecuencias del hecho ilícito*, Diego Marín, Murcia, 2005; ZOLLER, E., *Peacetime Unilateral Remedies: An Analysis of Countermeasures*, Transnational Publishers, Nueva York, 1984.

<sup>75</sup> Vide, artículo 3.7 ESD. Sobre el debate acerca de la naturaleza de las medidas ejecutivas previstas en el ESD y la interpretación del término «supresión» en el artículo 3.7, véase el informe del grupo especial *ex artículo 21.5 ESD* en el asunto *Australia-Subsidios para productores y exportadores de cuero*

informe del OSD consiste en *recomendar* que se *ponga en conformidad* con los «acuerdos abarcados» la medida declarada incompatible. Se puede entender que de esta forma el remedio de la cesación se confirma explícitamente en el sistema OMC.

Son procedentes dos consideraciones, la primera acerca de la inicial contradicción que subyace en esta dual manera de formular el objetivo prioritario que persigue el Entendimiento –la restitución a la situación previa al incumplimiento<sup>76</sup>– y la segunda sobre las posibles medidas que garanticen la conformidad con las decisiones del OSD.

Consiste la antítesis indicada en que la *puesta en conformidad* de la medida declarada incompatible parece englobar actuaciones distintas a la de su anulación o derogación, únicos recursos estos dos abarcados en la noción de *supresión*. Se prevé la posibilidad de una revisión o reforma de la medida que pueda restablecer al reclamante en una situación de conformidad. Por otra parte, aparecen escarchados o velados los significados que pueden admitir los términos de *recomendación y conformidad*. El primero incorpora un ingrediente coercitivo menor que otros usos como requerimiento, obligación, pero comporta algo más que una simple observación. El segundo implicaría la prohibición del mantenimiento o restitución de la medida declarada incompatible por el OSD, pero no impediría la adopción de medidas de efecto equivalente, siempre que estas últimas fueran puestas en práctica de modo consistente con los acuerdos OMC. La explicación a este formalismo ambiguo se ha buscado precisamente en el hecho de que el sistema normativo de la OMC se interesa por la estimulación del cumplimiento y se despreocupa de la reparación de los daños infringidos<sup>77</sup>, no contempla esta posibilidad de justicia retrospectiva correctiva, sino que opera *ex nunc*. La noción de Derecho internacional de restitución por equivalencia no tendría aplicación y los elementos básicos de la *restitutio in integrum* no se retienen de forma completa bajo el Derecho OMC<sup>78</sup>. En este sentido, se ajustarían las

para automóviles (WT/DS126/RW, adoptado el 11 de febrero de 2000), donde el grupo especial otorgó efectos retroactivos a su recomendación a través de la interpretación que ensayó sobre el artículo 4.7 del Acuerdo sobre subvenciones.

<sup>76</sup> Según PAUWELYN, J., «Enforcement and Countermeasures in the WTO: Rules are Rules—Toward a More Collective Approach», *supra* nota 26, p. 337: «(...) the first and last objective of compliance in the WTO (...) can be seen as the equivalent of the international law obligation of cessation of wrongful conduct» y en p. 340 –por lo que se refiere al debate principal que nos ocupa «cumplimiento-reparación»: «(...) rebalancing the scales is, within the WTO, stated to be only a temporary solution (the ultimate goal being compliance)».

<sup>77</sup> Vide, CARMODY, C., «Remedies and Conformity under the WTO Agreement», *supra* nota 32, p. 316.

<sup>78</sup> Vide, GRANÉ, P., «Remedies under WTO Law», *supra* nota 49, quien insiste (p. 760) en que el ESD no persigue la eliminación de las consecuencias del acto ilegal, que es uno de los componentes retrospectivos de la restitución; REMIRO BROTONS, A., «Pelagattos y Aristogattos de la Comunidad Europea ante el reino de la OMC», *supra* nota 27, señala que «(L)a *restitutio in integrum* –aunque es preferida sobre cualquier otra solución– no puede imponerse coactivamente, ni caben las sanciones colectivas para servirla, como sería el deseo lógico de los menos desarrollados y más débiles»; ROSAS, A., «Implementation and Enforcement of WTO Dispute Settlement Findings: An EU Perspective», *supra* nota 38, p. 140: «(T)he WTO is considered to be about market opportunities rather than liability and damages in the tort law sense, or reparation in the public international law sense» y entiende que los artículos 31 y 35-40 de los Artículos de la CDI sobre la responsabilidad internacional del Estado no resultan aplicables al Derecho OMC debido a su naturaleza residual, tal y como evidencia el artículo 56, que excluye su aplicación cuando las condiciones sobre la existencia de un hecho ilícito internacional y sus consecuencias vienen determinados por reglas especiales de Derecho internacional; para VAN DEN BROEK, N., «Power Para-

represalias<sup>79</sup>, más bien, al régimen de las contramedidas previsto en el Derecho internacional general como medidas legítimas de autotutela encaminadas a restablecer el equilibrio quebrado por el incumplimiento<sup>80</sup>.

Esta inconsistencia presente en la regulación del Entendimiento no cuestiona que sea el restablecimiento de una situación conforme al Derecho OMC su objetivo esencial, que no supone la depuración del ordenamiento internacional de todas las consecuencias del acto ilegal.

En cuanto a la segunda precisión anunciada sobre las medidas concretas que pueden asegurar la conformidad con los acuerdos OMC, la ausencia de regulación en el Entendimiento las permite polisémicas<sup>81</sup>, pues albergan varias alternativas de adecuación a la normativa OMC, fin último del sistema. La obligación incorporada en las decisiones del OSD sería de resultado. Sería plausible el acuerdo de una solución

---

doxes in Enforcement and Implementation of World Trade Organization Dispute Settlements Reports», *supra* nota 2, p. 139, esta *restitutio in integrum* incompleta junto a otros factores confirman la preferencia del SSD de la OMC por el cumplimiento específico de los informes y esto avala su fuerza vinculante en el orden internacional.

<sup>79</sup> Vide, CHARNOVITZ, S., «The WTO's Problematic "Last Resort" Against Noncompliance», *supra* nota 36, p. 421. Con carácter general se ha rechazado la connotación punitiva de estas medidas y si se mira al Derecho internacional general, la lectura que se ha hecho de las sanciones las ha desposeído de esta pretensión punitiva y las ha potenciado como instrumentos para favorecer el cumplimiento de la normativa internacional.

<sup>80</sup> El artículo 50 de los Artículos sobre responsabilidad internacional del Estado de la CDI establece que la adopción de contramedidas se limita a la suspensión de la ejecución de obligaciones internacionales contra el Estado infractor como mecanismo para incentivar el cumplimiento, por lo que el ESD se ajustaría igualmente a este fin y también al medio. El artículo 52 introduce el elemento de la proporcionalidad entre la medida y el daño. Vide, CHARNOVITZ, S., «The WTO's Problematic "Last Resort" Against Noncompliance», *supra* nota 35, p. 418; *id.*, «Should the teeth be pulled? An analysis of WTO sanctions», *supra* nota 35, p. 614.

<sup>81</sup> Vide, *Estados Unidos–Artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de 1974*, WT/DS152/R, informe del grupo especial de 22 de diciembre de 1999, párrafo 7.24:

«(...) Al evaluar la conformidad de la legislación nacional con las obligaciones dimanantes de las normas de la OMC, de conformidad con el párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC, hay que tener en cuenta la gran diversidad de los ordenamientos jurídicos de los Miembros. *La conformidad se puede lograr de diferentes maneras en los distintos ordenamientos jurídicos*. Lo que cuenta es el *resultado final*, no la forma en que se consiga ese resultado. Sólo comprendiendo y respetando las especificidades del ordenamiento jurídico de cada Miembro se puede hacer una evaluación correcta de la conformidad» (el énfasis es mío).

En particular sobre el artículo 19.1 ESD véase, *Guatemala – Investigación Anti-Dumping sobre el Cemento Portland procedente de México*, WT/DS60/R, informe del grupo especial de 19 de junio de 1998, párrafo 8.3:

Así pues, un grupo especial, cuando en una controversia que llegue a la conclusión de que un Miembro ha infringido las disposiciones del Acuerdo Antidumping, está obligado, por la redacción del párrafo 1 del artículo 19, a recomendar que ese Miembro ponga sus actos o su medida, según el caso, en conformidad con las disposiciones del Acuerdo Antidumping. Además, el grupo especial podría, **a lo sumo**, sugerir la forma en que a su juicio el Miembro podría adecuadamente aplicar esa recomendación. No obstante, las modalidades de aplicación de la recomendación de un grupo especial o del Órgano de Apelación han de ser determinadas ante todo por el Miembro afectado. Así lo confirma la redacción del párrafo 3 del artículo 21 del ESD, que dispone lo siguiente (...). A nuestro juicio, con esa redacción se establece claramente una distinción entre la **recomendación** de un grupo especial y el **medio** de aplicar esa recomendación. La primera se rige por el párrafo 1 del artículo 19 y se limita a una forma particular. La segunda puede ser sugerida por un grupo especial, pero la elección de los medios incumbe, en primer lugar, al Miembro afectado. Desde luego, es posible que el Miembro ganador de la diferencia no quede satisfecho de la aplicación que de la recomendación haga el otro Miembro. El ESD reconoce esta posibilidad y dispone que se recurra a los procedimientos de solución de diferencias para resolver tales desacuerdos.

consistente con los acuerdos<sup>82</sup>, la retirada de la medida contraria a los mismos y sólo con carácter temporal –precisamente para forzar el cumplimiento–, en primer lugar, la compensación a la parte lesionada y, en segundo lugar, la suspensión de concesiones u otras obligaciones frente al Estado infractor. La forma *principal* de dar cumplimiento al informe del OSD conforme al Entendimiento es un remedio *prospectivo*. Además, el artículo 19.1 del Entendimiento estipula que el OSD puede indicar la forma en que la parte reclamada podría aplicar sus decisiones<sup>83</sup>, sugerencia meramente recomendatoria e inusual en la práctica de la OMC, cuyo desuso ha propiciado el recurso por las partes en la diferencia a acuerdos entre bastidores no previstos en el ESD sobre los medios necesarios para dar cumplimiento a las decisiones del OSD<sup>84</sup>.

#### IV. UN SISTEMA ESPECIAL DE DERECHO INTERNACIONAL

Es polémica la calificación del sistema normativo de la OMC como autónomo, autocontenido, cerrado o especial en el Derecho internacional y las dificultades se asocian desde un primer momento a la propia definición de un régimen así concebido<sup>85</sup>. Su entendimiento como un sistema separable o desligado del Derecho internacional general es inaceptable porque resulta contrario al propio principio de *pacta sunt servanda*. De hecho, para que tenga algún sentido el artículo 3.2 del Entendimiento, en el que se impone a los grupos especiales y al Órgano de Apelación la obligación de interpretar las disposiciones de los «acuerdos abarcados» de conformidad con las normas usuales del Derecho internacional público, estas disposiciones (interpretables) deben ser normas de Derecho internacional. En este sentido, se pretende evitar la creación de circuitos cerrados en los que evadir las obligaciones asumidas por los Estados en otros foros nacionales o internacionales. En esta concepción, el Derecho OMC no es un sistema cerrado en sí mismo, sino un subsistema de Derecho internacional que se interrelaciona con el sistema general de Derecho internacional y otros subsistemas de Derecho internacional<sup>86</sup>.

<sup>82</sup> Vide, artículo 3.5 ESD sobre la compatibilidad de las soluciones acordadas con los acuerdos OMC.

<sup>83</sup> Y en este supuesto comparto la opinión de HOEKMAN, B. M. y MAVROIDIS, P. C., «Policy Externalities and High-Tech Rivalry: Competition and Multilateral Cooperation Beyond the WTO», *LJIL*, vol. 9, 1996, pp. 273-318: se debe presumir que la actuación de la parte reclamada conforme a la sugerencia del OSD supone el cumplimiento de la decisión del OSD.

<sup>84</sup> Vide, TANCREDI, A., «EC Practice in the WTO: How Wide is the “Scope for Manoeuvre”?», *supra* nota 57, en pp. 951-953.

<sup>85</sup> Sobre este concepto véase, BARNHOORN, L. A. N. M. y WELLENS, K. C., *Diversity in Secondary Rules and the Unity of International Law*, Nijhoff Publishers, La Haya, 1995; MARSCHIK, A., «Too Much Order? The Impact of Special Secondary Norms on the Unity and Efficacy of the International System», *EJIL*, vol. 9, 1998, núm. 1, pp. 210-239; SIMMA, B., «Self Contained Regimes», *NYIL*, 1985, núm. 16, pp. 111-136; *id.*, «From bilateralism and Community Interest in International Law», *Recueil des Cours*, 1994, pp. 219-384, tomo 250, en p. 253; SORESENSEN, M., «Autonomous Legal Orders: Some Considerations Relating to a Systems Analysis of International Organisations in the World Legal Order», *ICLQ*, 1983, núm. 32, pp. 559-576; WELLENS, K. C., «Diversity in Secondary Rules and the Unity of International Law: Some Reflections on Current Trends», *NYIL*, 1994, pp. 3-37; ZAPATERO MIGUEL, P., «Sistemas jurídicos especiales», *REDI*, vol. LVII, 2005, núm. 1, pp. 187-207.

<sup>86</sup> Esta cuestión en el ámbito del Derecho OMC ha sido tratada por DUPUY, P.-M., «L'unité de l'ordre juridique international», *supra* nota 19, en pp. 450 y ss.; FERNÁNDEZ PONS, X., «Self-help and the WTO» en Mengozzi, P. (ed.), *International Trade Law on the 50<sup>th</sup> Anniversary of the Multilateral Trade*

Cuestión distinta es que la confluencia de regímenes suscite problemas de acomodación normativa en el proceso de diversificación y fragmentación del Derecho internacional<sup>87</sup>, sobre todo «(c)uando las normas generales no la han afrontado (...) e términos de jerarquía y las particulares suelen moverse a menudo en el marco de procedimientos autónomos (...)»<sup>88</sup>. Pero resulta evidente que del Derecho OMC no se puede hacer una lectura que lo aísle del Derecho internacional general, que, además, resulta relevante y aplicable en el contexto de la OMC<sup>89</sup>.

Pueden presentarse problemas de confluencia de normas o de conflicto de normas. En el supuesto de confluencia normativa, el retorno al Derecho internacional general se presenta bajo dos técnicas diferentes. La primera es de naturaleza interpretativa y procede cuando al ser las normas del subsistema ambiguas se ha de hacer de ellas una lectura conforme al artículo 31.3.c) de la Convención de Viena sobre el

*System*, Giuffrè, Milán, 1999, pp. 55-112, en un estudio muy ilustrativo sobre los puentes que se tienden desde el subsistema de la OMC al régimen del Derecho internacional general; KUIJPER, P., «The Law of GATT as a Special Field of International Law. Ignorance, further refinement or self-contained system of international Law?», *NYIL*, vol. XXV, 1994, pp. 227-257; LINDROOS, A. y MEHLING, M., «Dispelling the Chimera of “Self-Contained Regimes”», *International Law and the WTO*, *EJIL*, vol. 16, 2005, núm. 5, pp. 857-877; MARCEAU, G., «A Call for Coherence In International Law Praises for the Prohibition Against “Clinical Isolation” in WTO Dispute Settlement», *JWT*, vol. 33, 1999, núm. 5, pp. 87-152; MAVROIDIS, P. C., «Remedies in the WTO Legal System: Between a Rock and a Hard Place», *supra* nota 35; McRAE, D. M., «The WTO in International Law: Tradition Continued or New Frontier», *JIEL*, vol. 3, 2000, núm. 1, pp. 27-41; PAUWELYN, J., «The Role of Public International Law in the WTO: How Far Can We Go?», *AJIL*, vol. 95, 2001, núm. 3, pp. 535-578; TARULLO, D. K., «The Relationship of WTO Obligations to Other International Arrangements» en Bronckers, M. y Quick, R. (eds.), *New Directions in International Economic Law: Essays in Honour of John H. Jackson*, *supra* nota 2, pp. 155-173, sobre los problemas constitucionales que suscita la incorporación en el sistema OMC de obligaciones procedentes de otros acuerdos internacionales. Vide también, entre otros, el primer informe del OA de 29 de abril de 1996 en el asunto *Estados Unidos–Pautas para la gasolina reformulada y convencional* (WT/DS2/AB/R), donde en el párrafo 17 señaló que el Derecho OMC no se podía interpretar sin tener en cuenta el Derecho internacional público. El OA ha avanzado significativamente en la definición del Derecho OMC como un régimen relativamente autónomo [asunto *Estados Unidos–Prohibición de importar ciertos camarones y sus productos* (WT/DS58/AB/R)].

<sup>87</sup> Sobre la fragmentación del Derecho internacional en coda de ruptura de su unidad y autoridad o, simplemente, como muestra de una especialización frente a las demandas de regulación de una sociedad internacional globalizada *cf.*, por ejemplo, CASANOVAS Y LA ROSA, O., «Unidad y pluralismo en Derecho Internacional Público», *CEBDI*, vol. II, pp. 35-267; DUPUY, P.-M., «L’unité de l’ordre juridique international», *supra* nota 19; RIQUELME CORTADO, R., *Derecho internacional. Entre un orden global y fragmentado*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2005, pp. 301-320; VALTICOS, N., «Pluralité des ordres internationaux et unité du droit international» en Makarczyk, J. (ed.), *Theory of International Law at the threshold of the 21<sup>st</sup> Century: Essays in honour of K. Skubiszewski*, La Haya, 1996, pp. 301-322. El tema figura en la agenda de la CDI desde 2002 bajo el título «Fragmentación del Derecho Internacional: dificultades resultantes de la diversificación y expansión del Derecho internacional»; véase el Informe preliminar del Grupo de Estudio presidido por KOSKENNIEMI y presentado a la CDI en 2004 [Estudio sobre la función y el alcance de la norma de la *lex specialis* y la cuestión de los regímenes autónomos, Doc. NU A/59/10 de 2004]. La cuestión se ha seguido discutiendo en la sesión de 2005, véase Doc. NU A/60/10 de 2005.

<sup>88</sup> Vide, REMIRO BROTONS, A., «Límites del libre comercio: aspectos sociales» en Esteve García, F., (coord.) *La Unión Europea y el comercio internacional: límites al libre comercio*, Universitá de Girona, Girona, 2001, pp. 39-60.

<sup>89</sup> Vide, BARTELS, L., «Applicable Law in WTO Dispute Settlement Proceedings», *JWT*, vol. 35, 2001, núm. 3, pp. 499-519; PALMETER, D. y MAVROIDIS, P., «The WTO Legal System: Sources of Law», *AJIL*, vol. 92, 1998, pp. 398-413; PAUWELYN, J., *Conflicts of Norms in Public International Law*, *supra* nota 9; TRACHTMAN, J. P., «The Domain of WTO Dispute Resolution», *supra* nota 23, p. 342, entiende que los artículos 3.2 y 7 ESD «(...) cannot be taken as making the WTO dispute settlement system a court of general international law jurisdiction».

Derecho de los Tratados<sup>90</sup>. La segunda técnica es de corte aplicativo y es relevante cuando la falta de regulación por el subsistema exige una aplicación integrada de sus normas con las del régimen general<sup>91</sup>.

Inquisiciones distintas suscita la exclusión por las reglas del subsistema del régimen del Derecho internacional general. Existiría en estos supuestos un conflicto de normas y la regla del subsistema operaría como ley especial. Este desplazamiento sólo es admisible si se ha articulado de modo concreto, bien porque la derogación del régimen general sea explícita, bien porque se regule la materia de manera diferente a como se contempla en el Derecho internacional general. Pero también puede producirse de manera implícita si así se deduce del contexto, objeto y finalidad del propio tratado.

La especialización del SSD es de interés en este trabajo sólo para perfilar si, a partir de la concepción de un régimen provisto de un mecanismo propio, exhaustivo y completo de normas para sanar el incumplimiento de sus normas y forzar su ejecución –fallido el cumplimiento espontáneo–, resultaría viable en última instancia –agotadas estas vías sistémicas– acudir a las reglas sobre responsabilidad concebidas en el Derecho internacional general para dar ejecución a las obligaciones OMC<sup>92</sup>.

El artículo 22 del Entendimiento contempla la posibilidad de ofrecer una compensación<sup>93</sup>. No consiste en la reparación monetaria de los daños ocasionados, sino que implica la renegociación de nuevas concesiones arancelarias que avalan, en cierta medida, el mantenimiento del incumplimiento, y precisa, en todo caso, el acuerdo de las partes. Tiene, como se expuso, carácter temporal, voluntario y debe respetar los «acuerdos abarcados». No equivale esta compensación a la indemnización que se contempla en el Derecho internacional, que es una consecuencia inmediata de la responsabilidad internacional, anudada a ella, que no precisa ni la renegociación del

<sup>90</sup> Y esto dentro de los límites intrínsecos a la interpretación, que se encuentran en el respeto de la voluntad contractual de las partes y en la interpretación *contra legem*. Se ha recurrido, por ejemplo, al principio de buena fe en cuanto principio general del Derecho internacional [informe del OA en el asunto *Estados Unidos–Camarones*, pár. 158 (en el que hizo alusión al art. 31.3.c) en la nota a pie de página 157]; informe del OA en el asunto *Estados Unidos–Empresas de venta en el extranjero*, pár. 166], al principio de equidad [informe del OA en el asunto *Comunidades Europeas–LAN*, pár. 70; informe del OA en el asunto *Comunidades Europeas–Medidas relativas a la carne y los productos cárnicos*, pár. 133] o al principio de proporcionalidad de las contramedidas (informe de los árbitros conforme al artículo 22.6 en el asunto, *Comunidades Europeas–Régimen comunitario para la importación, venta y distribución de plátanos*, pár. 6.16).

<sup>91</sup> En cuanto el subsistema es parte integrante del régimen general que se presume de aplicación en ausencia de su exclusión. Vide el informe del OA en el asunto *Comunidad Europea–Régimen comunitario para la importación, venta y distribución de plátanos* (WT/DS27). El OA ensayó este retorno aplicativo al Derecho internacional general para afirmar que no existe ninguna regla de Derecho internacional general que prescriba la necesidad de que la parte reclamante tenga un interés jurídico en el asunto (pár. 133), así como para estimar que nada impide que los miembros de la OMC decidan la composición de su delegación en los procedimientos ante el OA (pár. 10) o para considerar aplicable el principio general de Derecho internacional sobre la irretroactividad de los tratados (pár. 235).

<sup>92</sup> Vide, PIERROS, P. X. y MACIEJEWSKI, M., «Specific Performance or Compensation and Countermeasures – Are These Alternative Means of Compliance Under the WTO Dispute Settlement System?», *ITLR*, 2001, núm. 6, pp. 167-187.

<sup>93</sup> Como se ha indicado, de los artículos 3.7 y 22.1 ESD se desprende que la compensación sólo resulta aplicable cuando de forma inmediata y en el plazo prudencial no se puede poner en práctica la eliminación de la medida declarada contraria al Derecho OMC.

acuerdo, ni la conformidad de las partes. Sin embargo, se podría admitir que el Derecho OMC no ha excluido el recurso a la reparación<sup>94</sup>.

Por otra parte, el artículo 22 del Entendimiento también regula la suspensión de concesiones u otras obligaciones. Aunque es dudoso, como ya se ha explicado<sup>95</sup>, que esta previsión responda completamente a las contramedidas del Derecho internacional, el carácter temporal de la suspensión y la ineludible obligación de «puesta en conformidad» haría difícil estimar en ella algo distinto a las contramedidas que pretenden promover el cumplimiento del Derecho. La característica singular de la suspensión sujeta al criterio de la equivalencia<sup>96</sup> hace de este remedio una ley especial de las contramedidas del Derecho internacional, lo que excluiría, al menos en cierta medida, el régimen general<sup>97</sup>. Su fundamento no se encuentra en la normativa sobre la responsabilidad internacional del Estado, sino en el artículo 60 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que permite la suspensión de la aplicación del tratado en el supuesto de que se produzcan daños materiales<sup>98</sup>.

La respuesta al interrogante sobre la aplicabilidad de las contramedidas del régimen general parece que ha de ser negativa. No es de recibo el salto unilateral fuera del sistema, al margen de lo acordado entre las partes, por motivos de eficiencia<sup>99</sup>. Por lo demás, no es descartable el retorno interpretativo en el sentido, por ejemplo, de leer el requisito de la equivalencia a la luz de la proporcionalidad aplicable a las contramedidas internacionales.

## V. EL CUMPLIMIENTO DE LAS DECISIONES DEL OSD POR LA CE

Las decisiones firmes del OSD imponen, según la tesis que se ha defendido, una obligación de resultado a la Comunidad Europea, que es responsable de la completa ejecución de los compromisos que ha contraído y le corresponde determinar las medi-

<sup>94</sup> La reparación adicional se podría contemplar en el sistema de varias formas. Por ejemplo: (i) después de recomendar la «puesta en conformidad» de la medida *ex* artículo 19.1 ESD (algo que implica la mera cesación en el ilícito), a través de la adopción de otra recomendación en la que se previera expresamente; (ii) con la inclusión en la misma recomendación de «puesta en conformidad» de la obligación de conceder además una reparación en la línea de lo previsto en el artículo 19.2 ESD que permite sugerir la forma de subsanar la incompatibilidad.

<sup>95</sup> Vide el epígrafe 4 del punto anterior.

<sup>96</sup> Este elemento apoya la lectura de que las «contramedidas» previstas en el Derecho OMC son simplemente «(a) *tit for tat* (one breach made good by another) and not an effective tool to induce compliance (as countermeasures are supposed to be under general international law)». Vide, PAUWELYN, J., *Conflicts of Norms in Public International Law*, *supra* nota 9, p. 219.

<sup>97</sup> Vide, FERNÁNDEZ PONS, X., «Self-help and the WTO», *supra* nota 86, en p. 63.

<sup>98</sup> Además, el hecho de que se deba observar para su aprobación el procedimiento previsto en el artículo 23 ESD y que su adopción sólo se puede bloquear por medio del «consenso negativo», parece que subrayan el carácter singular de este mecanismo de ejecución de las obligaciones OMC.

<sup>99</sup> Ahora bien, como quiera que la exclusión del régimen general sólo se ha realizado en relación con las contramedidas adoptadas en respuesta del incumplimiento del Derecho OMC, cabe preguntarse si el retorno a las contramedidas internacionales sería plausible para contestar la vulneración de normas de otros subsistemas de Derecho internacional (por ejemplo, normas medioambientales), siempre que fueran dirigidas a miembros de esos subsistemas. Esta posibilidad debe, sin embargo, rechazarse porque existe una obligación de recurrir a las reglas y procedimientos del Entendimiento para obtener la aprobación multilateral de las contramedidas.

das adecuadas en su ordenamiento jurídico para alcanzar el fin del pleno cumplimiento<sup>100</sup>. Ahora bien, si persiste en la inobservancia de sus obligaciones, y por ser una Comunidad de Derecho, deberían existir garantías judiciales internas del cumplimiento de estas decisiones.

La práctica de la Comunidad en el SSD se traduce en un cumplimiento voluntario generalizado de las decisiones del OSD, aun fuera del «plazo prudencial»<sup>101</sup>, pero el protagonismo que se ha arrogado en algunas diferencias comerciales<sup>102</sup>, cuestionadoras de la propia credibilidad del sistema, ha debilitado este balance iniciáticamente positivo sobre el grado de adhesión a sus compromisos internacionales, a lo que se suma una, a mi juicio, deficiente incorporación jurisprudencial de estas obligaciones secundarias en el ordenamiento jurídico comunitario<sup>103</sup>.

Sobre la doctrina sentada en el asunto *Portugal c. Consejo*<sup>104</sup>, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, imbuida por el carácter flexible del Entendimiento, no ha reconocido expresamente la eficacia directa de estas decisiones<sup>105</sup>, ni tampoco su justiciabilidad

<sup>100</sup> Vide, STJCE de 26.10.1982, as. *Kupferberg* (104/81), Rec. p. 3641, cdo. 18.

<sup>101</sup> Vide, TANCREDI, A., «EC Practice in the WTO: How Wide is the “Scope for Manoeuvre”?, *supra* nota 57, y PRINCEN, S., «EC Compliance with WTO Law: The Interplay of Law and Politics», *EJIL*, vol. 15, 2004, pp. 555-574. Sobre las soluciones mutuamente convenidas alcanzadas en la fase de consultas, BARONCCINI, E., «The WTO Dispute Settlement Understanding as a promoter of transparent, rule-oriented, mutually agreed solutions—A study on the value of DSU consultations and their positive conclusions» en Mengozzi, P. (ed.), *International Trade Law on the 50<sup>th</sup> Anniversary of the Multilateral Trade System*, Giuffrè, Milán, 1999, pp. 153-302 y acerca de la participación en el SSD de la Comunidad y los Estados miembros, Ní CHATÁIN, C., «The European Community and the Member States in the Dispute Settlement Understanding of the WTO: United or Divided?», *ELJ*, vol. 5, 1999, núm. 4, pp. 461-478.

<sup>102</sup> *Comunidades Europeas—Régimen comunitario para la importación, venta y distribución de plátanos* (WT/DS27) y *Comunidades Europeas—Medidas relativas a la carne y los productos cárnicos* (WT/DS26) y (WT/DS48). Sobre la primera diferencia véase, por ejemplo, EVERLING, U., «Will Europe Slip on Bananas? The Bananas Judgment of the Court of Justice and National Courts», *CMLR*, vol. 33, 1996, pp. 401-437; TRACHTMAN, J. P., «Bananas, Direct Effect and Compliance», *EJIL*, vol. 10, 1999, núm. 4, pp. 655-6768; READ, R., «The “Banana Split”: the EU-US Banana Trade Dispute and the Effects of EU Market Liberalisation», en Perdikis, N. y Read, R. (eds.), *The WTO and the Regulation of International Trade*, Edward Elgar, Cheltenham-Northampton, 2005, pp. 109-134. En cuanto al asunto *Hormonas*, KERR, W. A. y HOBBS, J. E., «Consumers, cows and Carousels: Why the Dispute Over Beef Hormones is Far More Important than its Commercial Value», en PERDIKIS, N. y READ, R., *ibid.*, pp. 191-214. En ambos casos, BRILMEYER, B. L., «Bananas, Beef, and Compliance in the World Trade Organization: The Inability of the WTO Dispute Settlement Process to Achieve Compliance from Superpower Nations», *supra* nota 35. En otros casos se ha declarado igualmente el incumplimiento comunitario de los acuerdos OMC: *Comunidades Europeas—Medidas que afectan a la importación de determinados productos avícolas* (WT/DS69); *Comunidades Europeas—Derechos antidumping sobre las importaciones de ropa de cama de algodón originarias de la India* (WT/DS141); *Comunidades Europeas—Derechos antidumping sobre los accesorios de tubería de fundición maleable procedentes del Brasil* (WT/DS219); *Comunidades Europeas—Denominación comercial de sardinas* (WT/DS231); *Comunidades Europeas—Condiciones para la concesión de preferencias arancelarias a los países en desarrollo* (WT/DS246).

<sup>103</sup> Analizaré estas cuestiones en los supuestos «comunitarios», en los que sólo la Comunidad es responsable del cumplimiento de las decisiones del OSD por afectar a ámbitos de su competencia exclusiva (GATT 1994). Los supuestos «mixtos» (AGCS y ADPIC) suscitan otro tipo de problemas. Estudio ambas situaciones en mi libro *Integración europea y diferencias comerciales en la OMC*, Marcial Pons, Madrid, 2006 (en prensa).

<sup>104</sup> STJCE de 23.11.1999, as. *Portugal c. Consejo* (C-149/96), Rec. p. I-8395, cdo. 40. El argumento jurídico presente en la conclusión del Tribunal de Justicia es el respeto del equilibrio constitucional de poderes y la *ratio* política reside en el mantenimiento y protección de la posición negociadora de la Comunidad a escala internacional basados en el principio de reciprocidad.

<sup>105</sup> Vide, STPI de 12.7.2001, as. *Comafrika* (T-230/97), Rec. p. II-1975; STPI de 28.9.1999, as. *Chemnitz* (T-254/97), Rec. p. II-2743; STJCE de 14.10.1999, as. *Atlanta* (104/97), Rec. p. I-6983.

y aptitud para controlar la actuación de las instituciones comunitarias<sup>106</sup> y ha rechazado que su infracción pueda comprometer la responsabilidad extracontractual de la Comunidad<sup>107</sup>. La jurisprudencia ha limitado el ámbito de aplicación de estas decisiones a situaciones de excepción, esto es, se sujeta su invocabilidad a los supuestos en los que pueda operar el principio de implementación (excepción *Nakajima*<sup>108</sup>) o el principio de referencia (excepción *Fediol*<sup>109</sup>). Por otra parte, no parece descartable que puedan llegar a tenerse en cuenta como parámetro interpretativo del Derecho comunitario<sup>110</sup>.

El análisis de esta política judicial sobre la recepción y posterior aplicación en la Comunidad de las obligaciones OMC, la justificación o la crítica de esta decantación jurisprudencial hacia una aproximación dualista en la materia<sup>111</sup>, precisan un desarrollo que supera la pretensión de este trabajo. Sólo realizaré una reflexión sobre la eficacia directa de las decisiones del OSD, asociada a la potencialidad de la interpretación conforme como técnica jurídica garante del cumplimiento comunitario de las decisiones del OSD, interpretación que puede, sin embargo, evidenciarse limitada frente a los particulares<sup>112</sup>.

<sup>106</sup> Vide, SSTPI de 20.3.2001, as. *Cordis* (T-18/99), Rec. p. II-913; as. *Bocchi* (T-30/99), Rec. p. II-943 y as. *T. Port* (T-52/99), Rec. p. II-981; SSTPI de 12.7.2001, as. *T. Port* (T-2/99), Rec. p. II-2093 y as. *Banatrading* (T-3/99), Rec. p. II-2113; Auto del TJCE de 2.5.2001, as. *OGT* (C-307/99), Rec. p. I-3159; SSTPI de 11.1.2002, as. *Biret International/Consejo* (T-174/00), Rec. p. II-17 y as. *Établissements Biret/Consejo* (T-210/00), Rec. p. II-47; SSTJCE de 30.9.2003, as. *Biret International SA* (C-93/02), Rec. p. I-10497 y as. *Établissements Biret et Cie SA* (C-94/02), Rec. p. I-10565.

<sup>107</sup> STPI de 11.12.1996, as. *Atlanta* (T-521/93), Rec. p. II-1707 y STJCE de 14.10.1999, as. *Atlanta*, *supra* nota 105; SSTPI de 20.3.2001, as. *Cordis*, *Bocchi* y *T. Port*, *supra* nota 106; SSTPI de 12.7.2001, as. *T. Port* y *Banatrading*, *supra* nota 106; SSTPI de 11.1.2002 y SSTJCE de 30.9.2003, as. *Biret International SA* y as. *Établissements Biret et Cie SA*, *supra* nota 106; STPI de 3.2.2005, as. *Chiquita c. Comisión* (T-19/01); STJCE de 1.3.2005, as. *Van Parys* (C-377/02); SSTPI de 14.12.2005, as. *FIAMM* (T-69/00); as. *Laboratoire du Bain* (T-151/00); as. *Groupe Frémaux et Palais Royal* (T-301/00); as. *Cartondruck* (T-320/00); as. *Beamglow* (T-383/00) y as. *Giorgio Fedom* (T-135/01), pendientes de publicación.

<sup>108</sup> Vide, STJCE de 7.5.1991, as. *Nakajima* (C-69/89), Rec. I-2069.

<sup>109</sup> Vide, STJCE de 22.6.1989, as. *Fediol* (70/87), Rec. p. 1781.

<sup>110</sup> Este efecto indirecto sí ha sido reconocido a los propios acuerdos OMC. Vide, STPI de 15.12.1999, as. *Petrotub* (T-33/98 y T-34/98), Rec. p. II-3837; STPI de 29.6.1999, as. *Medici Grimm* (T-7/99), Rec. p. II-2671; STPI de 29.11.2000, as. *Eurocoton* (T-213/97), Rec. p. II-1609; STPI de 27.1.2000, as. *BEUC* (T-256/97), Rec. p. II-169; STPI, as. *Acme* (T-48/96), Rec. p. II-3089; STPI, as. *Eurocoton* (T-213/97), Rec. p. II-1609; STJCE de 10.9.1996, as. *Comisión c. Alemania* (Acuerdo internacional sobre los productos lácteos), (C-61/94), Rec. p. I-3989; STJCE de 30.5.2002, as. *Expo Casa Manta* (C-296/00), Rec. p. I-4657; STJCE, as. *Italia c. Consejo* (C-352/96), Rec. p. I-6937.

<sup>111</sup> Vide, ECKHOUT, P., *External Relations of the European Union. Legal and Constitutional Foundations*, Oxford, 2004, pp. 302 y ss.; KUIJPER, P., *supra* nota 10, pp. 1317-1323, aborda las razones prudenciales que justifican la reconsideración actual de la jurisprudencia *Kupferberg* (104/81). Sobre el valor del Derecho internacional en el ordenamiento jurídico comunitario véase, Díez-HOCHLEITNER, J., *La posición del Derecho internacional en el ordenamiento comunitario*, McGraw-Hill, Madrid, 1998. Una crítica al «proteccionismo judicial» de la jurisprudencia comunitaria se encuentra en la obra de PETERSMANN, E.-U., «European and International Constitutional Law: Time for Promoting “Cosmopolitan Democracy” in the WTO» en De Búrca, G. y Scott, J. (eds.), *The EU and the WTO. Legal and Constitutional Issues*, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, 2001, pp. 81-110. En su opinión (p. 83), el rechazo de la plena eficacia de las decisiones jurídicamente vinculantes del Órgano de Solución de Diferencias que declaran la ilegalidad de las restricciones comunitarias a las libertades individuales, «(i)s clearly inconsistent with the Court’s mandate to ensure that in the interpretation and application of this Treaty the law is observed (Article 220 EC)». Igualmente, PETERSMANN, E.-U., «Constitutionalism and WTO Law: From a state-centered approach towards a human rights approach in international economic law», *supra* nota 12, en pp. 60-61 y nota 59.

<sup>112</sup> He analizado la cuestionable negativa de la jurisprudencia comunitaria a indemnizar a los particulares como consecuencia del incumplimiento de las decisiones del OSD en dos trabajos: «Sobre la res-

La eficacia directa de las decisiones del OSD <sup>113</sup> sólo se podría predicar de aquellas decisiones definitivas o firmes <sup>114</sup>. Si se atiende a la fuerza jurídicamente vinculante *inter partes* de las decisiones del OSD, decaería uno de los impedimentos «fuerzas» que se han identificado para el reconocimiento de la eficacia directa, a saber, que su aceptación unilateral situaría a los operadores económicos comunitarios en una situación de desventaja frente a los operadores de los terceros Estados <sup>115</sup>. Por otra parte y a la luz de las conclusiones que se alcanzaron sobre la naturaleza del SSD, es plausible ver en sus decisiones actos de creación de derechos (para los particulares) o, al menos, de redefinición de una norma que en sí misma carecía de esta virtualidad; esos derechos deberían ser justiciables.

Si la Comunidad opta por la vía de poner en conformidad su legislación a la luz de las recomendaciones del OSD, una vez transcurrido el plazo prudencial las medidas de implementación comunitarias se deberían interpretar a la luz de la normativa OMC y del informe del OSD, pero no procedería su invocación directa <sup>116</sup>. Por el contrario, en los casos de ausencia de cumplimiento (porque la Comunidad ignora el

---

ponsabilidad extracontractual de la Comunidad Europea por el incumplimiento de las decisiones del Órgano de Solución de Diferencias de la OMC», *REDE*, 2005, núm. 15, pp. 345-374 y «Represalias comerciales y responsabilidad extracontractual objetiva de la Comunidad Europea en el contexto de la OMC. Comentario a las sentencias del TPI de 14.12.2005, as. FIAMM (T-69/00); as. Laboratoire du Bain (T-151/00); as. Groupe Frémaux et Palais Royal (T-301/00); as. Cartondruck (T-320/00); as. Beamglow (T-383/00) y as. Giorgio Fedom (T-135/01)», *RGDE-Iustel*, 2006, núm. 10.

<sup>113</sup> Tanto entre los autores que justifican la jurisprudencia actual del Tribunal que rechaza la eficacia directa de los acuerdos OMC, como entre los que reclaman un giro jurisprudencial en la materia, hay quienes entienden que se debe reconocer eficacia directa a las disposiciones de los acuerdos OMC al menos en los casos en que el OSD haya adoptado una resolución en la que se declarara la incompatibilidad de una medida comunitaria con la normativa OMC. Cf., respectivamente, EECKHOUT, P., «The Domestic Legal Status of the WTO: Interconnecting Legal Systems», *supra* nota 49, en pp. 51-55; *id.*, «Judicial Enforcement of WTO Law in the European Union. Some Further Reflections», *JIEL*, vol. 5, 2002, pp. 91-110 y COTTIER, T., «Dispute Settlement in the World Trade Organization: Characteristics and Structural Implications for the European Union», *supra* nota 49, en pp. 369-375, en un planteamiento más matizado que atiende al grado de cumplimiento del informe del OSD y al estadio de la diferencias comercial conforme al Entendimiento.

<sup>114</sup> Consecuentemente, sólo podría predicarse en uno de los siguientes momentos: i) adoptado un informe por un grupo especial, no apelado, transcurrido el plazo prudencial, no adoptadas medidas de ejecución, no iniciadas o fracasadas las negociaciones para acordar una compensación mutuamente satisfactoria, no iniciado un procedimiento por el que se impugna la inexistencia de medidas adoptadas para ejecutar la decisión del OSD o la falta de adecuación de estas medidas a la citada decisión; ii) en el momento i), pero iniciado el citado procedimiento de adecuación y concluido éste con una constatación de la inexistencia de medidas comunitarias de implementación o de su incompatibilidad con el Derecho OMC. Vide, PEERS, S., «Banana Split: WTO Law and Preferential Agreements in the EC Legal Order», *supra* nota 49; *id.*, «Fundamental Right or Political Whim? WTO Law and the European Court of Justice» en De Búrca, G. y Scott, J. (eds.), *The EU and the WTO. Legal and Constitutional Issues*, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, pp. 111-130.

<sup>115</sup> Claro que quizá puede quebrar el principio de no discriminación y es presumible que si la contraparte es uno de los socios comerciales más relevantes de la Comunidad el desequilibrio sería igualmente perturbador y significativo.

<sup>116</sup> Para VAN DEN BROEK, N., «Legal Persuasion, Political Realism, and Legitimacy...», *supra* nota 49, el efecto indirecto interpretativo se muestra como una solución de fácil acogida, al menos en los ordenamientos jurídicos estadounidenses y comunitario, así como con gran proyección fáctica; en la misma línea, KUIJPER, P., *supra* nota 10, pp. 1313-1342, quien entiende que, a diferencia de la eficacia directa, la interpretación conforme no subvierte el reparto interno del poder público, pues es una prerrogativa de los órganos judiciales interpretar el Derecho interno a la luz de los compromisos internacionales, de modo que no se conculque la responsabilidad internacional del Estado (vg. Comunidad Europea).

informe en todo punto y no adopta ningún tipo de medida de cara a su implementación) o de incorrecta ejecución de la decisión del OSD, sí resultaría plausible su efecto directo. Se debería entonces entrar a valorar la precisión e incondicionalidad del derecho endosado en el informe del OSD. En este escenario también las decisiones del OSD pueden servir como criterio interpretativo no sólo de la legislación comunitaria inadecuada para la implementación correcta, sino incluso en ausencia de ésta. Otra cosa es que el resultado que permite alcanzar esta aplicación interpretativa sea suficientemente tuitivo de los derechos del particular.

Habría que considerar a estos efectos si se puede estimar que existe una decisión firme del OSD en los casos en que la parte agraviada solicita la adopción de medidas de «represalia», de forma que ulteriormente comience el procedimiento del artículo 22.6 del Entendimiento para determinar el nivel de la «anulación o menoscabo». La misma duda se suscita en el supuesto en que las partes convengan una compensación mutuamente aceptable. Quizá el objetivo primario del Entendimiento, que prioriza la eliminación de las medidas declaradas incompatibles, puede avalar que también en estos supuestos el particular no se puede ver desprotegido cuando a su favor cuenta con el reconocimiento explícito de que la normativa comercial le reconoce un derecho preciso e incondicional.

## VI. A MODO DE CONCLUSIÓN

El Derecho internacional prescribe el cumplimiento de las obligaciones cuyo contenido resulta jurídicamente vinculante y es normalmente dispositivo en relación con las medidas necesarias para atenerse a estos compromisos, así como en lo que respecta a su ejecución en los ordenamientos internos, cuestión esta última estrechamente vinculada a la observancia de las obligaciones internacionales, pero distinta a ella<sup>117</sup>.

El Entendimiento no difiere de esta tendencia general —«obligación de resultado-discreción en los medios»— y, como el régimen general de Derecho internacional, contempla mecanismos de utilidad preventivos que motivan el cumplimiento voluntario de las decisiones del OSD, que se tornan en medidas de ejecución para forzar la corrección de su infracción. Además, como es el caso de algunos tratados internacionales, se estipulan mecanismos centralizados de supervisión o monitorización del cumplimiento, que funcionan, igualmente, *ex ante* al eventual incumplimiento<sup>118</sup> y *ex*

<sup>117</sup> TOMUSCHAT, CH., «Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century», *supra* nota 1, p. 360, apunta que conforme a una norma general de Derecho internacional, y en ausencia de una previsión especial, cada Estado dispone de plena discrecionalidad en la elección de los medios de cumplimiento de la normativa internacional. *Cf.*, CASSESE, A., *International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 162 y ss., sobre la inexistencia de un principio general de Derecho internacional que establezca la obligación de los Estados de adecuar su ordenamiento a las obligaciones internacionales.

<sup>118</sup> En el anexo 3 del acuerdo OMC se recoge el *Mecanismo de examen de las Políticas comerciales*, cuya finalidad [punto A.i)] «es coadyuvar a una mayor adhesión de todos los Miembros a las normas y disciplinas de los Acuerdos Comerciales (...) y a los compromisos contraídos en su marco, y, por ende, a un mejor funcionamiento del sistema multilateral de comercio, mediante la consecución de una mayor transparencia en las políticas y prácticas comerciales de los Miembros y una mejor comprensión de las mismas. En consecuencia, el mecanismo de examen permite hacer regularmente una apreciación y evalua-

*post* verificada la vulneración de las decisiones del OSD <sup>119</sup>. Sin embargo, permanece silente respecto de las medidas pertinentes de ejecución de estas decisiones e igualmente sobre su forma de incorporación en los ordenamientos internos.

La membresía de la Comunidad en la OMC ha comportado el establecimiento de una tutela externa del cumplimiento del Derecho OMC en la Comunidad y los Estados miembros <sup>120</sup>, pero se debe admitir que la existencia de un mecanismo de control externo es independiente del valor de las decisiones de sus órganos de adjudicación en el ordenamiento jurídico comunitario, que, *prima facie*, no se debe concatenar al reconocimiento de su eficacia directa. El escenario es sustancialmente distinto cuando la observancia de estas decisiones es manifiesta y en esa contingencia el Tribunal de Justicia podría estar llamado a ejercer una justicia correctiva.

#### ABSTRACT

International obligations must be complied with according to international law. However, the necessary measures of enforcement of those obligations are not usually determined by general international law itself, nor are the ways in which these compromises should be incorporated into national legal orders –an issue closely related to, but different from, the compliance with international obligations-. The present article studies these general issues on compliance applied to the WTO Dispute Settlement System. In particular, the article analyses both the measures to create incentives for the compliance with the decisions of the Dispute Settlement Body and the specific measures of execution of those decisions and their incorporation into domestic legal orders, using the example of the practice developed by the European Community. In order to achieve these goals, the author presents her views on the normative character, efficacy and autonomy of the WTO Dispute Settlement System and also on the binding character of the decisions of Dispute Settlement Body.

#### RÉSUMÉ

Le Droit international demande l'observance des obligations internationales et normalement reste dispositif en ce qui concerne les mesures relatives à son application et à son incorporation dans l'ordre

ción colectiva de toda la gama de políticas y prácticas comerciales de los distintos Miembros y de su repercusión en el funcionamiento del sistema multilateral de comercio. No tiene, sin embargo, por finalidad servir de base ni para hacer cumplir obligaciones específicas contraídas en el marco de los Acuerdos, ni para los procedimientos de solución de diferencias, ni tampoco para imponer a los Miembros nuevos compromisos en materia de políticas».

<sup>119</sup> Vide, artículo 21.3 ESD sobre la notificación al OSD por la parte reclamada de su propósito en cuanto a la aplicación de los informes. Esta previsión puede ser de poca utilidad a falta de una regulación en el ESD sobre cómo de detallado debe ser el informe de cumplimiento, así como sobre la definición de las medidas concretas de ejecución. Vide para ilustrar estas deficiencias, *Comunidades Europeas – Régimen comunitario para la importación, venta y distribución de plátanos*. Informe de cumplimiento presentado por las Comunidades Europeas de 13 de julio de 1998 (WT/DS27/17) y *Comunidades Europeas – Medidas relativas a la carne y los productos cárnicos* (Hormonas). Informes de cumplimiento presentados por las Comunidades Europeas de 14 de enero de 1999 [(WT/DS26/17) y (WT/DS48/15)]; de 5 de febrero de 1999 [(WT/DS26/17/Add.1) y (WT/DS48/15/Add.1)]; de 9 de marzo de 1999 [(WT/DS26/17/Add.1) y (WT/DS48/15/Add.1)] y de 16 de abril de 1999 [(WT/DS26/17/Add.3) y (WT/DS48/15/Add.3)].

<sup>120</sup> La cuestión apunta a la interrelación entre regímenes internacionales y sus órganos jurisdiccionales. Vide, Editorial, *CMLR*, vol. 42, 2005, núm. 3, pp. 581-585 y, recientemente, Delas, O., Côté, R., Crépeau, F. y Leuprecht, P. (dirs.), *Les juridictions internationales: complémentarité ou concurrence?*, Bruylant, Bruselas, 2005 y SHANY, Y., *The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals*, Oxford University Press, Oxford, 2003, en especial pp. 53 y ss.

juridique des États. Cette dernière question est étroitement liée, mais ne se confond pas, avec la question du respect du Droit international. Ce travail analyse si le Système de Règlement des Différends de l'OMC suit cette tendance générale. L'étude considère d'une part les mécanismes qui servent comme incitatifs pour mettre en oeuvre les recommandations contenues dans les rapports de l'Organe de Règlement des Différends, et d'autre part les mesures spécifiques prévues pour les exécuter, ainsi que pour les incorporer dans les ordres juridiques internes. Pour trancher la question de l'observance de ces décisions, on doit s'interroger au préalable sur la normativité, l'efficacité et l'autonomie du Système de Règlement des Différends et aussi sur le caractère véritablement juridique des décisions de l'Organe de Règlement des Différends. L'expérience de la Communauté Européenne est utilisée pour exemplifier la pratique développée pour exécuter les décisions de l'Organe de Règlement des Différends.

# LA «PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA» DE LOS «DERECHOS HUMANOS» DE LOS NACIONALES EN EL EXTRANJERO: ¿SITUACIONES JURÍDICAS SUBJETIVAS EN Tensión?

HELENA TORROJA MATEU <sup>1</sup>

Profesora de Derecho Internacional Público  
Universidad de Barcelona

## SUMARIO

I. PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA Y DERECHOS HUMANOS: ESTADO DE LA CUESTIÓN: 1. *En la Comisión de Derecho Internacional.* 2. *En la jurisprudencia internacional reciente. Efectos externos.* 3. *En las reacciones doctrinales recientes y anteriores.*—II. PROBLEMAS DEL DISCURSO JURÍDICO: 1. *Historia y mitos de la construcción jurídica tradicional de la protección diplomática.* 2. *Internacionalización de los derechos humanos: nociones esenciales.* 3. *Problemas del discurso jurídico y propuesta de aproximación.*—III. EL FUNDAMENTO DE LA RECLAMACIÓN: EL HECHO ILÍCITO: 1. *La norma jurídica internacional violada. Estándar mínimo de trato y derechos humanos fundamentales.* 2. *Derechos subjetivos lesionados: A. El derecho subjetivo lesionado del particular subyacente. B. El derecho subjetivo lesionado del Estado: los daños indirectos y la fuerza de una ficción.*—IV. LA RECLAMACIÓN O DERECHO SUBJETIVO DE PROTECCIÓN: SU TITULARIDAD ESTATAL: 1. *Titularidad propia del Estado.* 2. *La doctrina de la representación del particular por el Estado.* 3. *Las obligaciones erga omnes: planteamiento del problema.*—CONCLUSIÓN: CONFLUENCIA Y COMPLEMENTARIEDAD ENTRE LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA Y EL RÉGIMEN INTERNACIONAL GENERAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.

A raíz de los recientes trabajos de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) en materia de Protección Diplomática, así como de alguna jurisprudencia internacional (en especial, casos *LaGrand* y *Avena* ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ), se ha generado un debate doctrinal sobre las relaciones entre la clásica institución, formulada doctrinalmente desde mediados del siglo XVIII y la internacionalización de los derechos humanos iniciada en 1945. No es en realidad un problema nuevo. Se planteó desde los años cincuenta a raíz de los primeros intentos de codificación de la Respon-

---

<sup>1</sup> Este estudio se enmarca en el proyecto sobre «La incidencia de la mundialización en los procedimientos de creación y aplicación del Derecho Internacional Público» (BJU2003-04240). Por razón de espacio, se hace notar que las citas de documentos de la CDI se abrevian señalando sólo la signatura del documento, salvo la primera vez que se citan en la que se indicará el tipo de documento [Informe del Relator especial, Informe a la Asamblea General (AG)...] y el año de publicación.

sabilidad internacional por daños causados en la persona o bienes del extranjero. Hoy el debate está planteado en términos algo complejos y confusos, entrelazándose argumentos paralelos, solapados o imprecisos en la argumentación doctrinal. De entre todos estos problemas, surge la siguiente pregunta: ¿Qué repercusiones jurídicas tiene afirmar que la protección diplomática la puede ejercer un Estado para exigir el respeto de los *derechos humanos* de sus nacionales? Para alguna doctrina (estadounidense especialmente) que la protección diplomática pueda utilizarse cuando los daños al nacional son consecuencia de la violación de un derecho humano es una obviedad. Sin embargo, influidos por la práctica de la CIJ reciente, algunos autores se *sorprenden* de que ello pueda ser así. Otros se muestran *reacios* a tal posibilidad. Otros proponen de *lege ferenda* relecturas de la institución. Y por último, algunos pretenden hacerla pasar de mecanismo de aplicación del derecho internacional a un *nuevo* instrumento del sistema –si existe– de protección internacional de los derechos humanos, como parece propone el Relator Especial (RE) John Dugard.

La autora no comparte esta última posición. Pero tampoco se considera reacia a que la protección diplomática pueda servir de cauce para proteger los derechos humanos de los nacionales (u otros como refugiados y apátridas), lo que no es lo mismo. Y no se sorprende de ello porque una mirada al pasado demuestra que ya estaba intrínsecamente reconocido en el Derecho internacional tradicional aunque no se utilizase la expresión *derechos humanos* en el plano internacional al referirse a ella. Por último, no se acaba de convencer de la viabilidad de algunas de las propuestas de *lege ferenda* porque no respetan la lógica jurídica esencial del derecho consuetudinario en la materia.

Dado el espacio limitado con el que se cuenta, este trabajo limita su objeto a una tarea previa al estudio sobre la relación entre la protección diplomática y los derechos humanos: deslindar los problemas del discurso jurídico que las compara a fin de poner de manifiesto que no hay ningún obstáculo del razonamiento jurídico para considerar que la protección diplomática puede servir de canal para proteger los «derechos humanos» de los nacionales en el extranjero; así como demostrar que el régimen general de los derechos humanos no quiebra o rompe la ficción jurídica que sustenta la protección diplomática. En esta argumentación surgirán problemas concretos que sólo se dejan planteados. Éstos y las razones por las cuales considero que se ha tener cautela al afirmar que la protección diplomática sea un *mecanismo de protección internacional de los derechos humanos*, serán expuestas en otro lugar<sup>2</sup>.

## I. PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA Y DERECHOS HUMANOS: ESTADO DE LA CUESTIÓN

El problema se plantea en los trabajos de codificación pasados y actuales en el marco de la CDI. La jurisprudencia internacional reciente ha avivado el debate, dando

---

<sup>2</sup> La autora remite a un siguiente estudio pendiente de publicación sobre *La naturaleza y finalidad del derecho subjetivo de protección diplomática*, donde se abordarán otros problemas esenciales como: las relaciones entre la protección diplomática y mecanismos particulares de protección de los derechos humanos, los límites a la naturaleza discrecional del derecho subjetivo de protección diplomática, la posición de los terceros estados a consecuencia de la naturaleza de obligaciones *erga omnes* y la finalidad última de la institución.

lugar a múltiples preocupaciones doctrinales. Veamos el estado de la cuestión en estos tres ámbitos.

## 1. En la Comisión de Derecho Internacional

Cuando se reabre el estudio de la codificación y desarrollo progresivo de la protección diplomática en 1996, se plantea si «habida cuenta del desarrollo de los derechos de la persona, a la que se reconoce cada vez más la calidad de sujeto de derecho internacional, la Comisión tendría que reconsiderar el derecho clásico en la materia»<sup>3</sup>. Los dos Relatores Especiales que han participado en su estudio han dado una importancia al mismo desde dos perspectivas de análisis: la del enfrentamiento o conflicto y la de su complementariedad o sinergia<sup>4</sup>.

La perspectiva del enfrentamiento es la postura del primer RE Mohamed Benouna, cuya tarea, ceñida a un Informe preliminar —dejó la CDI al ser nombrado juez del Tribunal Internacional Penal para la Ex Yugoslavia— estuvo enfocada a tratar de quebrar o romper la ficción jurídica que sustenta a la institución, que considera anacrónica. Para él, «lo que está en juego en el actual debate jurídico sobre la protección diplomática» es si «al interponer una reclamación internacional, el Estado ¿hace valer su propio derecho o el de su nacional perjudicado?»; en este último caso el Estado no sería más que su representante<sup>5</sup>. Esta postura ha gustado a algunos por ser más progresista y recomendable frente a la calificada de más *conservadora* del Relator Especial John Dugard<sup>6</sup>.

Para éste la protección diplomática y los principios que rigen la protección de los derechos humanos se «*complementan* y, en última instancia, *tienden a un objetivo común: la protección de los derechos humanos*»<sup>7</sup>. Su intención es sugerir «la forma en que el derecho a la protección diplomática puede utilizarse como medio de promover la protección de los derechos humanos de conformidad con los valores del ordenamiento jurídico contemporáneo»<sup>8</sup>. Pues la institución «sigue siendo un arma importante en el arsenal de la protección de los derechos humanos». Esta posición le había llevado a afirmar que «[m]ientras el Estado siga siendo el protagonista principal de las relaciones internacionales, el hecho de que los Estados hagan suyas las reclamaciones de transgresión de los derechos de sus nacionales sigue siendo el recurso *más eficaz para la promoción de los derechos humanos*. En vez de intentar debilitar este recurso despreciándolo como una ficción obsoleta que ya ha dejado de ser útil, hay que hacer todo lo posible por fortalecer las normas que integran el derecho a la

<sup>3</sup> Informe preliminar, A/CN.4/484, 1998, párr. 2, p. 2.

<sup>4</sup> Afirma CONDORELLI, L., «L'évolution du champ d'application de la protection diplomatique», Flauss, J. F. (dir.), *La protection diplomatique: mutations contemporaines et pratiques*, Bruylant, Bruselas, 2003, p. 20; FLAUSS, J. F., «Vers un aggiornamento des conditions d'exercice de la protection diplomatique», en Flauss, J. F., (dir.), *op. cit.*, pp. 32-33.

<sup>5</sup> A/CN.4/484, p. 9.

<sup>6</sup> PINTO, M., «De la protection diplomatique à la protection des droits de l'homme», *RGDIP*, 106, 2002, pp. 537-538.

<sup>7</sup> Informe de la CDI a la AG, A/59/10, pp. 95-95, énfasis añadido.

<sup>8</sup> *Ibidem*, párr. 9, p. 4.

protección diplomática»<sup>9</sup>. Pero esto le lleva a afirmar que «la legislación internacional relativa a los derechos humanos no está integrada únicamente por las convenciones sobre derechos humanos. Hay todo un cuerpo de convenciones y costumbres, incluida la protección diplomática, que en conjunto integran el derecho internacional en materia de derechos humanos»<sup>10</sup>. Quizás esto es ya ir demasiado lejos. En general, esta postura es criticada por Allain Pellet calificándola de un claro reflejo de la visión de «*human rightism*»/ «*droits de l'hommisme*» de John Dugard<sup>11</sup>. Desde esta perspectiva, tal postura más que conservadora parece *aventurada* y ha motivando posturas distintas entre la doctrina<sup>12</sup>.

Tal planteamiento merece una atención pormenorizada pues podría estar mezclando o confundiendo algunos planos del debate. De hecho así lo han puesto de manifiesto algunos Estados ante la Asamblea General en sus comentarios al *proyecto* de 19 artículos sobre la *Protección Diplomática* aprobado en primera lectura en 2004<sup>13</sup>. Se ha indicado el «solapamiento» entre los derechos humanos y protección diplomática y que «era importante no anticipar conclusiones sobre esos temas»<sup>14</sup>. El problema, en su plano general de momento tampoco ha sido objeto de demasiada atención entre los Estados que han presentado comentarios por escrito al proyecto en 2006<sup>15</sup>. Sí han habido críticas y comentarios centrados en el único artículo que trata el tema, el artículo 17 (y se discute si también el art. 18), y que se ciñe a la cuestión concreta de la relación entre los *mecanismos particulares convencionales* de protección de los derechos humanos y el régimen general de la protección diplomática. Hay que señalar que el Proyecto final es menos progresista en materia de derechos humanos que lo que el Relator Especial había pretendido, al no ser aceptadas algunas de sus propuestas de *lege ferenda* por el resto de miembros de la CDI (como las limitaciones al carácter discrecional cuando se violaban normas de *ius cogens*). Por otra parte, sí deja su influencia en la extensión de la protección diplomática a refugiados y apátridas, o en los cambios de nacionalidad o la protección de la tripulación del buque por el Estado del pabellón incluso a favor de no nacionales.

<sup>9</sup> Primer informe, A/CN.4/506, 2000, párr. 31-32, pp. 10-11, énfasis añadido.

<sup>10</sup> A/CN.4/506, párr. 31, p. 10, énfasis añadido.

<sup>11</sup> PELLET, A., «“Human Rightism” and International Law», en Conforti, B. et al, *The Italian Yearbook of International Law*, 2000, X, en especial pp. 10 y ss. Para Pellet «human rightism» es un término con una connotación peyorativa que él define como aquella «posture which consists in wanting at all costs to confer “autonomy” (which, in my opinion, it does not possess) to a “discipline” (which, in my opinion, does not exist as such): the protection of human rights» (ibídem, p. 3).

<sup>12</sup> Entre otros, no la comparte por ejemplo FERIA TINTA, M., «Due Process and the Right to Life in the Context of the Vienna Convention on Consular Relations: Arguing the *LaGrand* Case», *EJIL*, vol. 12, núm. 2, punto 5 «Diplomatic Protection», consultable en: <http://www.ejil.org/journal/Vol12/No2/sr2-04.html#P411100011>. Ver también GAJA, G., «Droits des États et droits des individus dans le cadre de la protection diplomatique», Flauss, J. F., (Dir), *op. cit.*, pp. 66-67; CONDORRELLI, L., *op. cit.*, p. 20; FLAUSS, J. F., *op. cit.*, pp. 32-33.

<sup>13</sup> Informe de la CDI a la AG, A/59/10, 2004, párr. 59, pp. 20-26. Comentario a algunos de sus artículos entre la doctrina española en: CRESPO NAVARRO, E., «El Proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la protección diplomática: la protección de las personas físicas», *REDI*, vol. LVII (2005), 1, pp. 221-238.

<sup>14</sup> Informe de la CDI, Resumen de los debates de la Sexta Comisión de la AG, A/CN.4/549/Add.1, 2005, p. 2.

<sup>15</sup> CDI, Comentarios y observaciones recibidos de los Gobiernos, A/CN.4/561, y Add.1 y Add.2, 2006.

Dejando a un lado los problemas concretos, en síntesis, el tema global de fondo es si de *mecanismo de aplicación forzosa del derecho internacional* se estaría pasando mediante un desarrollo progresivo a un *mecanismo de protección de los derechos humanos*. Ésta sería la evolución propugnada por esta visión de la protección diplomática. El mismo Jhon Dugard ha señalado en su último informe esta tensión al constatar que «[m]uchas de las publicaciones posteriores a 2000, que se refieren a la naturaleza de la protección diplomática, analizan la cuestión relativa a saber si la protección diplomática es un procedimiento para la protección de los derechos humanos de las personas o un mecanismo para la protección del interés del Estado que ejerce la protección diplomática»<sup>16</sup>. El tema está centrado en el marco de las normas secundarias, que son a las que se ciñe el mismo proyecto de artículos.

No fue esta la línea del Relator Especial F. V. García-Amador en los primeros intentos de codificación de la protección diplomática (llevados a cabo de 1956 a 1961 y que se tradujo en seis informes), que trató tanto las normas primarias como las secundarias que están en juego en la institución. Ha de tenerse presente que a la doctrina no se le pasó por alto las implicaciones que podía tener la internacionalización de los derechos humanos en la institución. Indicaba el profesor Jessup ya en 1946 que «[t]he embodiment in international law of the principle of the duty to respect the rights of man suggests new complications. The topic formerly known in international law as “the responsibility of states for injuries to *aliens*” might be transformed into “the responsibility of states for injuries to *individuals*”»<sup>17</sup>. En la misma línea de argumentación, reconociendo que «[a]vec cette nouvelle notion juridique, [la reconnaissance internationale des droits fondamentaux de l’homme], la distinction entre nationaux et étrangers perd toute raison d’être ...», F. V. García Amador consideraba que algunos de los elementos de la protección diplomática quedaban «dépassés par le droit international contemporain»<sup>18</sup>.

Esta perspectiva le llevó a tratar de introducir en los trabajos de codificación una posición del individuo que no sería aceptada por todos los miembros de la Comisión. Principalmente fue la *entrada* en las *normas primarias* configurando una categoría de «derechos humanos esenciales» (junto a las de «derechos adquiridos», «derechos contractuales»...) como normas cuya violación podía dar lugar a la responsabilidad internacional del Estado. Ello fue visto como el obstáculo que impedía avanzar en el tema de la codificación entonces titulado «Responsabilidad del Estado por daños causados en su territorio a la persona o bienes de los extranjeros», dentro del Tema más amplio de «Responsabilidad de los Estados». Roberto Ago, el siguiente Relator Especial sobre el tema, adoptaría una postura drástica excluyendo estos aspectos de su estudio, para dirigirse a desarrollar una teoría de la responsabilidad internacional, que no por ello deja de ser deudora de las normas y principios de la protección diplomática<sup>19</sup>.

<sup>16</sup> Séptimo informe, A/CN.4/567, 2006, pár. 3, pp. 3-4.

<sup>17</sup> JESSUP, Ph. C., «Responsibility of States for Injuries to individuals», *Columbia Law Review*, vol. XLVI, 1946, núm. 26, p. 907.

<sup>18</sup> Informe preliminar, A/CN.4/96, 1956, pár. 135, p. 200.

<sup>19</sup> Así lo reconoce el Relator Roberto Ago (Primer informe, A/CN.4/217 y add. 1, 1970, pár. 5, p. 132).

## 2. En la jurisprudencia internacional reciente. Efectos externos

El debate actual en la CDI tiene también sus fuentes en la práctica estatal<sup>20</sup> e internacional. En la jurisprudencia internacional destacan los casos recientes planteados ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en relación a nacionales detenidos, juzgados y sentenciados a pena de muerte en Estados Unidos sin haber visto garantizado su derecho a la información y goce de la asistencia consular [art. 36, 1.b) de la Convención de Viena de 1963]. En su nombre propio y en el *de su derecho a ejercer la protección diplomática*, Paraguay en el asunto *Breard*, Alemania el caso *LaGrand* y México en el caso *Avena* llevan esta situación ante la Corte, recayendo sentencia en los dos últimos casos. En éstos la Corte evita pronunciarse sobre la naturaleza o calificación de *derecho humano*<sup>21</sup>, del derecho a la información de la asistencia consular; elude la argumentación y prefiere hablar de *derecho individual*. Los problemas principales que plantean estos casos recaen en ámbitos más allá del de la protección diplomática<sup>22</sup> (como la aplicación de la Convención de Viena sobre relaciones consulares de 1963 y la naturaleza del conjunto de derechos que encierra su art. 36, o la naturaleza y efectividad de las medidas provisionales de la Corte). No es este el lugar de estudiar estos casos ni toda doctrina que los ha analizado. Pero bien es cierto que, posiblemente como efecto externo de este silencio de la Corte, alguna doctrina se ha dedicado a estudiar esta jurisprudencia, al menos en algún punto de su análisis, desde el ángulo de la protección de los *derechos humanos* de los extranjeros.

Hay planteados hoy otros casos interesantes ante la CIJ que abordan el problema de un modo u otro. Destaca por hacerlo de forma directa el caso de Ahmadou Sadio Diallo, originario de Guinea. La República de Guinea ha demandado a la República Democrática del Congo por los daños causados a la persona y bienes del Sr. Sadio

<sup>20</sup> Por ejemplo, ante tribunales nacionales, vide FLAUSS, J. F., «Le contentieux des décisions de refus d'exercice de la protection diplomatique. A propos de l'arrêt du Tribunal Fédéral Suisse du 2 juillet 2004, Groupement X C./Conseil Fédéral (1.<sup>er</sup> Cour Civile)», *RGDIP*, 2005-2, pp. 407-417. Los artículos sobre la práctica española, francesa y alemana en Flauss, J. F., (dir), *op. cit.*

<sup>21</sup> Pese a la postura de Alemania y México, la opinión consultiva de la Corte interamericana de derechos humanos («El derecho a la información sobre la asistencia consular en el contexto de las garantías del derecho a un juicio justo», OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, su inclusión en la Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven (AG, Res.40/144, de 13 de diciembre de 1985, art. 10), así como en la postura de la Comisión de Derechos Humanos [AZNAR, M., «El asunto *LaGrand* (Alemania c. Estados Unidos de América) ante el Tribunal Internacional de Justicia», *REDI*, vol. LIV, 2002, 2, pp. 742-745].

<sup>22</sup> Sobre la que casi no se pronuncia la Corte en el caso *LaGrand* (Cf. DEEN-RACSMÁNY, Z., «Diplomatic Protection and the *LaGrand* Case», 15 *LJIL*, 2002, pp. 87-103; DOMINICÉ, Ch. «Responsabilité internationale et protection diplomatique selon l'arrêt *LaGrand*», en VV.AA., *El Derecho Internacional en los albores del siglo XXI-Homenaje al profesor Manuel Castro-Rial Canosa*, Madrid, Trotta, 2002, pássim). Y poco y no demasiado claro en el asunto *Avena* que es tratado para rechazar una de las causas de inadmisibilidad planteadas por EEUU (no haber agotado los recursos internos), declarando innecesario que se agotasen por derivarse de la violación del artículo 36 de la Convención de Viena de 1963 también un perjuicio directo al Estado; interpretación de la reclamación mixta que no gustó a todos los jueces [entre otros, vide, REQUENA CASANOVA, M., «La protección efectiva de los derechos consulares en el plano judicial: a propósito de la sentencia *Avena* (México c. Estados Unidos de América)», *REDI*, vol. LVI (2004), 2, en especial pp. 782-783; KÜNZLI, A., «Case Concerning Mexican Nationals», *LJIL*, 18, 2005, pp. 49-64; ORAKHELASHVILI, A., «Judicial Competence and Judicial Remedies in the *Avena* Case», *LJIL*, 18, 2005, pp. 31-48].

Diallo, en ejercicio de la protección diplomática, ya que el Congo, entre otros, ha violado «le principe de traitement des étrangers selon le *standard minimum* de civilisation», así como múltiples convenciones internacionales relativas a la condición del extranjero; se trata, afirma Guinea, de «diferentes violations des droits de l'homme» que afectan a la Declaración universal de derechos humanos de 10 de diciembre de 1948, al Pacto de derechos civiles y políticos de 1966 así como a la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789 [sic], y pidiendo que se analicen tales violaciones «comme des atteintes a normes du *jus cogens*»<sup>23</sup>. Esta vez a los jueces se les ha planteado en términos muy claros el ejercicio de la protección diplomática por violación de *derechos humanos*. Ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos destaca el caso relativo a la justiciabilidad del ejercicio o no del derecho de protección diplomática y por ende, cuál es la posición del individuo (¿tiene un *derecho humano* a que el Estado de su nacionalidad ejerza la protección diplomática en beneficio suyo?)<sup>24</sup>.

### 3. En las reacciones doctrinales recientes y anteriores

Por los motivos anteriores el tema está cobrando relevancia entre la doctrina reciente. Actuales trabajos de codificación privada lo reflejan en su argumentación, como el Informe sobre Protección Diplomática presentado en el marco de la Asociación de Derecho Internacional. Ésta consideraba como uno de los puntos esenciales a estudiar: «the relation between these ruelas and the general law of human rights»<sup>25</sup>. Paralelamente, tienen lugar las reacciones doctrinales a los casos LaGrand y Avena. De entre éstas, Mónica Pinto destaca por decidir enfocar su estudio desde un prisma de cambio: «*De la protection diplomatique à la protection des droits de l'homme*»<sup>26</sup>. Más allá de los autores ceñidos al estudio de estas sentencias<sup>27</sup>, con carácter más general se plantean la relación entre los derechos humanos y la protección diplomática otros autores. Jean-François Flauss ofrece un estudio amplio sobre «Protection diplomatique et protection internationale des droits de l'homme», poniendo desde un

<sup>23</sup> CIJ, Requête introductive d'instance, 29 décembre 1998, Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République Démocratique du Congo), pp. 28, 30, 32.

<sup>24</sup> Sentencia, Asunto AL-Adsani c. Royaume-Uni (*Requête núm. 35763/97*), 21 de noviembre de 2001. Al Adsani ciudadano británico y kwaití, demandó a RU ante el TEDH quejándose de haber sido torturado y argumentando que había una obligación especial de su gobierno de intervenir en el caso (WARBRICK, C., «Diplomatic representations and diplomatic protection-Current Developments Public International Law», *ICLQ*, vol. 51, 2002, p. 725. DE VITTOR, F., «Inmunità degli statuti dalla giurisdizione e tutela dei diritti umani fondamentali», *RDI*, 2002-3, pp. 594-601.

<sup>25</sup> Puntos identificados y propuestos por James Crawford (ILA, Informe, *Toronto Conference (2006)*, *Diplomatic Protection of Persons an property*, Chair Prof. Francisco Orrego Vicuña, párr. 1, p. 1).

<sup>26</sup> *Doc. cit.*

<sup>27</sup> Entre otros autores, parece calificar de novedad esta posibilidad: PINTO, M., *op. cit.*, pp. 513-547; Se plantea por qué la CIJ no reconoció que se hubiesen violado derechos humanos y los avances de la jurisprudencia a pesar de ello: MILANO, E., «Diplomatic protection and human rights before the International Court of Justice: re-fashioning tradition», *Netherlands Yearbook of International Law*, 35, (2004), pp. 85-142. Plantea el problema de la distinción entre «derechos individuales» y «derechos humanos»: VIERUCCI, L., «La tutela di diritti individuali in base alla Convenzione di Vienna sulle relazioni consolari: in margine al caso *LaGrand*», *RDI*, vol. LXXXIV, 2001, 3, en especial pp. 701-707.

principio de manifiesto que aunque «cette fonction ne lui soit pas unanimement reconnue, la protection diplomatique constitue un instrument au service de la sauvegarde des droits de l'homme internationalement protégés»<sup>28</sup>. Destacan en el mismo sentido los autores que consideran que la institución se ha de adaptar o perder gran parte de su razón de ser como señala F. Javier Quel López<sup>29</sup>, para lo que es necesario ponerla al día<sup>30</sup> y darle un «*regard actuel*»<sup>31</sup>, siempre poniéndola en relación con los derechos humanos<sup>32</sup>. Para Giorgio Gaja aparecen dudas sobre si se puede hablar de protección diplomática cuando se trata de derechos humanos de los nacionales, negando que tenga lógica denominar «protección diplomática» a tales supuestos<sup>33</sup>. Pero la norma general es que se acepte esta posibilidad, sin negarla<sup>34</sup> aun poniendo de manifiesto los problemas y la necesidad de actualizarla. Ello ha llevado a algunos a querer romper con la ficción jurídica, como el RE Mohamed Bennouna, haciendo propuestas de *lege ferenda*. Así teniendo en cuenta la influencia del carácter de *ius cogens* y la naturaleza *erga omnes* de las disposiciones de derechos humanos, plantean si el individuo tendría un derecho a la protección diplomática preguntándose: «Is the right to Diplomatic protection a Human Right?»<sup>35</sup>. En el mismo sentido, si el individuo es titular directo de derechos por el Derecho internacional, entonces el Estado sería mas bien un agente del particular, ya que aquél no sería el titular del derecho<sup>36</sup>. Es la naturaleza de obligaciones *erga omnes* y el carácter de *ius cogens* lo que está detrás de estas argumentaciones, afectando ello también al carácter discrecional de la protección diplomática.

En el fondo hay una tensión doctrinal, motivada por las nociones del discurso jurídico de los derechos humanos y las incoherencias que surgen al ponerlo en relación con el régimen tradicional de la protección diplomática. Un rasgo de la doctrina contemporánea es que busca abordar el problema desde las normas secundarias. Doctrina anterior lo hecho desde las normas primarias de forma exhaustiva, a raíz de los

<sup>28</sup> *Revue Suisse de droit international et de droit européen/RSDIE*, 1/2003, pp. 1-36, y p. 2.

<sup>29</sup> QUEL LÓPEZ, F. J., «Nueva aproximación a una institución clásica: la necesaria adaptación de la protección diplomática a los actores y factores presentes en la actual sociedad internacional», *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2002, UPV, 2004, pp. 339-383, en especial p. 343.

<sup>30</sup> FLAUSS, J. F., «Vers un aggiornamento des conditions d'exercice...», *op. cit.*, pp. 20-69.

<sup>31</sup> DOMINICÉ, C., «Regard actuel sur la protection diplomatique», *Liber Amicorum Claude Raymond*, 2004, pp. 73-81.

<sup>32</sup> DUGARD, J., «Diplomatic protection and human rights; the draft articles of the International Law Commission», *Australian Yearbook of International Law*, 24, 2005, pp. 75-91.

<sup>33</sup> GAJA, G., «Is a State specially affected when its nationals human rights are infringed», Vorah et al (coord), *Mans Inhumanity to Man: Essays on International Law in Honor of Antonio Cassese*, 2003, en especial, pp. 380-382; y GAJA, G., «Droits des États...», *op. cit.*, pp. 63-69.

<sup>34</sup> Cf. CONDORELLI, L., *op. cit.*, *passim*.

<sup>35</sup> KOOIJMANS, P. H., en *Studi di Diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Es.Scienti, Napoli, 2004, pp. 1975-1984. Lo que guarda relación con la posibilidad que tiene el individuo de exigir el ejercicio de la protección, al menos en el plano del Ordenamiento jurídico interno FLAUS, J. F., «Les contentieux des...», *op. cit.*, pp. 407-419. O, desde otra perspectiva se ha planteado el problema en el marco de la Unión Europea: JIMÉNEZ PIERNAS, C., «La protección diplomática y consular del ciudadano de la Unión Europea», *RIE*, 1, 1993, pp. 9-53.

<sup>36</sup> BENNOUNA, M., «La protection diplomatique, un droit de l'État?», *Boutros Boutros-Ghali Amicorum Discipulorumque Liber. Paix, développement, démocratie*, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 245-250.

trabajos del RE F.V. García Amador<sup>37</sup>. De hecho, que la protección diplomática puede ser utilizada cuando en la base están violaciones de derechos humanos parece una obviedad para autores estadounidenses. Porque los *daños a extranjeros* se pueden basar en violaciones de derechos humanos, como afirma el *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States*<sup>38</sup> y es la perspectiva de algunos manuales de Derecho Internacional en Estados Unidos<sup>39</sup>. Ante ello, algo lleva a intuir que no hay tanta contradicción entre el régimen tradicional de la protección diplomática y el derecho internacional de los derechos humanos como se presenta en el *discurso jurídico doctrinal*. Para lo que es necesario ahondar algo más en éste.

## II. PROBLEMAS DEL DISCURSO JURÍDICO

Es necesario pues, acudir a la historia y buscar los rasgos esenciales de la protección diplomática que pudieran estar en tensión con nociones elementales de la internacionalización de los derechos humanos. De esta forma se podrán identificar problemas comunes del discurso jurídico que los compara.

### 1. Historia y mitos de la construcción jurídica tradicional de la protección diplomática

El derecho del Estado a la protección de sus nacionales en el extranjero, mediante la acción diplomática o judicial tiene arraigados orígenes históricos. Con la aparición del Estado moderno, la práctica medieval de las *cartas de represalias* (*letters of reprisals*) cayó en desuso, pasando los Estados a proteger directamente a aquellos ciudadanos que habían sufrido un perjuicio en su persona o sus bienes en un Estado extranjero<sup>40</sup>. El dere-

<sup>37</sup> FREEMAN, A. H. «Human Rights and the Rights of Aliens», 45, *A Soc'y Int'l L. Proc.*, 1951, pp. 120-129, y WRIGHT, Q., ibídem, pp. 130-131; WEISS, P., «Diplomatic protection of nationals and International protection of human rights», *Human Rights Journal/Revue des droits de l'homme*, 4, 1971, p. 645 y ss.; MCDUGAL, Lasswell and Chen, «The protection of Aliens from Discrimination and World Public Order: Responsibility of States Conjoined with Human Rights», 70 *AJIL*, 1976, pp. 432-469; LILICH, R. B., «Duties of States Regarding the Civil Rights of Aliens», *RCADI*, 1978-III, pp. 329-443 y *The human rights of aliens in contemporary international law*, Manchester University Press, Manchester, 1984, pássim; CHANDRA, S., *Civil and Political Rights of the Aliens*, Deep & Deep Pub., New Delhi, 1982, pp. 169-170. Hoy parecería no ser abandonada por algún autor: TIBURCIO, C., *The human rights of aliens under international and comparative law*, 2001. Sin olvidar todos los desarrollos doctrinales que estudian hoy los derechos de los extranjeros.

<sup>38</sup> *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States*, The American Law Institute, 1987, parte VII, en especial puntos 711-713, sin negar que la violación de normas no relativas a derechos humanos fundamenten el daño al extranjero.

<sup>39</sup> Por ejemplo, DAMROSCH, L. F. et al., *International Law Cases and Materials*, 4th ed., West Group, St. Paul, 2001, pp. 742-775.

<sup>40</sup> Muy comunes en Inglaterra a finales del siglo XIII, consistían en la emisión por el príncipe o el soberano de una autorización (la carta o patente) al comerciante desplazado a otro feudo o localidad para emprender medidas coercitivas de autodefensa a fin de obtener reparación de daños, siempre que antes hubiese intentado obtenerla por todos los medios legales locales disponibles. Más en LILICH, R. B., *The human rights...*, op. cit., p. 9.

cho del Estado se fundamentó en la ficción jurídica que formulara en 1758, Emmerich de Vattel en su obra *El derecho de gentes o principios de la ley natural aplicados a la conducta y a los negocios de las naciones y de los soberanos*: quien maltrata a un ciudadano, indirectamente ofende al Estado, el cual debe proteger a tal ciudadano. Pese a que él habló de *deber*, los Estados en la práctica lo dejaron en *derecho*. La institución nace pues, por oposición a la idea de *intervención*, buscando hacerse un lugar en el Ordenamiento jurídico a través de su configuración como excepción al principio de no intervención; esto es, construyéndose como un *derecho del Estado*, cuyos límites se habrán de ir acotando<sup>41</sup>. Desde finales del siglo XVIII, a raíz del modelo de la primera comisión de reclamación mixta establecida por el Tratado de amistad, comercio y navegación entre Estados Unidos y Gran Bretaña, de 19 de noviembre de 1794 (Tratado de Jay), se generalizará esta forma como medio para arreglar las diferencias entre Estados, incluidas las relativas a reclamaciones de particulares. Así, la celebración de *tratados de amistad, comercio y navegación* y el establecimiento de *comisiones de arbitraje* será una práctica profusamente seguida durante todo el siglo XIX<sup>42</sup>, contribuyendo a la formación de las reglas jurídicas que forman la institución. El contexto histórico de la revolución industrial y el correlativo incremento del comercio habían potenciado las inversiones en los países de reciente independencia de la primera descolonización, siendo causa directa de esta práctica.

Aunque los Estados no ejercían este derecho siempre, ya que era discrecional, destacó el hecho de que cuando lo hicieron en no pocas ocasiones fue de forma abusiva y desproporcionada, incluso mediante el uso de la fuerza armada (*diplomacia de las cañoneras*). Por la naturaleza de las cosas, se trataba de un derecho alegado por Estados fuertes frente a Estados más débiles económica y políticamente, en su mayoría del continente latinoamericano<sup>43</sup>. Esto conllevó a que a finales del siglo XIX, principios del XX hubiese un movimiento por parte de estos Estados dirigido a *limitar* el alcance y contenido de este *derecho* que ellos percibían como una *intervención*. Figura destacada fue la del jurista argentino Carlos Calvo quien trató doctrinalmente —ya en una publicación de 1868— de desmontar las bases de la institución misma por diversas vías, alegando siempre un derecho de no intervención en los asuntos internos del Estado. Especialmente destaca su defensa del principio de la *igualdad de trato nacional* a todos los individuos bajo la jurisdicción del Estado, frente a la aplicación de *estándar mínimo* de trato al extranjero (también denominado como una *norma internacional de justicia* por influencia estadounidense) defendido por los países más poderosos como criterio para determinar cuándo habían daños al extranjero en su persona o sus bienes; esta tensión enfrenta-

<sup>41</sup> Claramente este enfoque en PETIT DE GABRIEL, E., *Las exigencias de humanidad en el Derecho Internacional tradicional (1789-1939)*, Tecnos, Madrid, 2003, en especial, pp 84-86.

<sup>42</sup> Vide STUYT, A. M., *Survey of International Arbitrations 1794-1970*, Sitjhoff, Leiden, 1972, *pássim*.

<sup>43</sup> Casos mayormente citados por la doctrina consultada son: el ocasionado por la destrucción de los bienes del ciudadano británico David Pacífico en 1847, que llevó al bloqueo de varios puertos griegos por la flota inglesa, acción defendida vehementemente por Lord Palmerston ante la Cámara de los Comunes en 1850 (DÍEZ DE VELASCO, M., «Reflexiones sobre la “protección diplomática”», AA.VV., *Pensamiento jurídico y sociedad internacional-Libro-homenaje al profesor D. Antonio Truyol y Serra*, vol I, CED, Madrid, 1986, p. 380); o el envío de dos buques alemanes a Puerto Príncipe, Haití, en 1897, a fin de bombardear la ciudad si el Gobierno no sancionaba a dos funcionarios que habían arrestado ilegalmente a un ciudadano alemán (SEFERIADES, S., «Le problème de l'accès des particuliers à des Juridictions Internationales», *RCADI*, T. I., 1935, p. 26); o el caso aún más conocido, del bloqueo a la costa venezolana en 1902-1903 por Reino Unido, Alemania e Italia, para exigir el cobro de deudas debidas a sus nacionales.

rá a países europeo-occidentales y a países latinoamericanos durante largo tiempo<sup>44</sup>. Una forma de concretar tal igualdad era el sometimiento del particular extranjero únicamente a los tribunales internos, renunciando a la protección diplomática de su Estado a través de diversas formas (en un tratado, en las Constituciones internas o en una *cláusula* en el contrato celebrado entre el particular y el Estado)<sup>45</sup>. Pero esta *doctrina Calvo* recibió la oposición de los Estados más fuertes, alegándose que la protección diplomática era un derecho del Estado y no del individuo<sup>46</sup>. Otro tipo de limitación que sí prosperó fue la lograda con la adopción de la Segunda Convención relativa a la limitación del empleo de la fuerza para el cobro de deudas contractuales, el 18 de octubre de 1907, durante la Conferencia de Paz de La Haya. La fuerza armada dejaba de ser una forma de ejercer el derecho de protección de nacionales en el extranjero para el cobro de deudas contractuales. La publicación de la obra de Brochard en 1916 titulada *The Diplomatic protection of citizens abroad or the law of international claims*, dejaba claramente de manifiesto que la materia era considerada como un ámbito separado e importante del derecho internacional a principios del siglo xx<sup>47</sup>.

Tras la Primera Guerra Mundial, tuvo lugar otro auge del establecimiento de comisiones mixtas de reclamaciones<sup>48</sup>. El arbitraje seguirá siendo posteriormente a esos años una forma para canalizar el ejercicio del derecho de protección diplomática. En ese contexto, la Sociedad de Naciones, teniendo presentes importantes trabajos de codificación privados, en la Conferencia de codificación de la Haya de 1930, intentó sin éxito codificar sus normas. El establecimiento de la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) en 1923, permitió que el ejercicio del derecho llegará hasta tal instancia judicial y en su sentencia de 30 de agosto de 1924, relativa al asunto de las concesiones *Marovmmatis*, la CPJI afirmó que «Al asumir la causa de uno de sus súbditos y poner en marcha en su favor una acción diplomática o una acción judicial internacional, en realidad este Estado hace valer su propio derecho, el derecho que tiene de hacer respetar el derecho internacional respecto de la persona de sus nacionales»<sup>49</sup>, *dictum* al que recurre la doctrina para definir la institución de forma generalizada. Tras la Segunda Guerra Mundial aún se establecieron algunas comisiones de reclamación para solucionar problemas derivados de la contienda, pero pronto esta forma de canalizar la protección de los nacionales cayó en desuso<sup>50</sup>. Los Estados

<sup>44</sup> Claramente expuesta la tensión en CHANDRA, S., *op. cit.*, en especial pp. 169-170.

<sup>45</sup> SHEA, D. R., *The Calvo Clause-A Problem of Inter-American and International Law and Diplomacy*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1955, en especial, pp. 9-32.

<sup>46</sup> Tal enfrentamiento perduró y fue una de las causas del fracaso de la codificación en 1930 en la Sociedad de Naciones.

<sup>47</sup> Así lo afirma Dunn, señalando también la obra de Decencière-Ferrandière, *La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages subis par des étrangers*, París, 1925, o la de Eagleton, *The Responsibility of States in International Law*, NY, 1928 (DUNN, F. S., *The Protection of Nationals-A Study in the Application of International Law*, Baltimore, The Johns Hopkins Press, 1932, pp. 60-61).

<sup>48</sup> Algunas a fin de solucionar problemas resultantes de la guerra, otras fundamentadas en otras causas, como por ejemplo la revolución mexicana y su política de expropiación que llevo al establecimiento de la Comisión General de Reclamaciones entre Méjico-Estados Unidos por tratado bilateral de 1923.

<sup>49</sup> CPJI, serie A, núm. 2, Asunto de las concesiones *Marovmmatis*, sentencia de 30 de agosto de 1924. Traducción tomada de A/CN.4/484, pág. 15.

<sup>50</sup> Señala LILICH varias razones: reacciones contrarias de los países soviéticos, africano-asiáticos, y la complejidad de las reclamaciones masivas, que llevaron a potenciar el recuso a *lump-sum agreements-national claims commissions* (LILICH, R. B., «Duties of States...», *op. cit.*, pp. 358-359).

seguirán ejerciendo este derecho por los distintos medios de arreglo pacífico, llegando algunos casos ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ). Otros, probablemente en su mayoría, permanecen en los archivos de las asesorías jurídicas de los Ministerios de asuntos exteriores, siendo allí donde se encuentra una parte esencial de la materia.

En síntesis, en su sentido estricto tradicional el ejercicio de la protección diplomática implicaba una *reclamación* formal, un acto jurídico dirigido al Estado que ha causado los daños y por lo tanto mediante ésta se está atribuyendo una conducta ilícita de acción u omisión al otro Estado, que éste tenderá a negar. Y como el ejercicio de este derecho debía conciliarse con la soberanía del Estado territorial, se consolidó que éste tenía derecho a que el individuo agotara las vías internas bajo su jurisdicción, como elemento esencial para que su responsabilidad internacional se pudiese invocar. Se discutió si este agotamiento era necesario para poder hablar de responsabilidad internacional o si ésta nacía ya con la violación de la norma siendo éste únicamente un requisito procesal. No quedó siempre claro este punto. Otro medio para limitar el número de reclamaciones fue exigir un vínculo de nacionalidad entre el Estado reclamante y el extranjero lesionado. Nacionalidad que conoció ya en la doctrina tradicional algunas excepciones. Un último intento para limitar el derecho del Estado fue el de la doctrina de las manos limpias que tendría que tener el particular, no pudiendo exigirse al Estado territorial que aceptase una reclamación por el trato que había dado a un particular que no había tenido una conducta correcta. Siempre fue controvertida su admisión. Es importante tener presente que estos presupuestos o requisitos para poder *invocar la responsabilidad internacional* (noción más amplia que la de admisibilidad de reclamaciones ante instancias jurisdiccionales) son límites que nacen de la tensión entre el Estado reclamado y el reclamante.

En 1945 son estos elementos los que toma el Relator Especial F. V. Garcia Amador cuando inicia sus trabajos de codificación, refiriéndose a la construcción jurídica *tradicional* de la protección diplomática, a la que trata de aportar nuevos aspectos para su *desarrollo progresivo*. Hoy se da el mismo fenómeno en la CDI, el estudio de cuyos rasgos no es objeto aquí de análisis. Pero interesa identificar algunos *mitos* o *lugares comunes* entre los Estados y por ende, la doctrina relativos a la percepción y/o calificación de la institución.

*Primero:* Se afirma que se trata de una institución donde los *factores políticos* y *económicos* jugaron una función *decisiva* en su formulación. Con nítido realismo, afirma Manuel Díez de Velasco esta influencia política, señalando además que los «países más poderosos, conscientes de lo que representaban para sus intereses las inversiones y las actividades de sus súbditos en el extranjero, afirmaron su propósito de defenderlas»<sup>51</sup>. La observación de este dato ha llevado a una percepción peyorativamente crítica por parte de la doctrina tanto clásica como contemporánea<sup>52</sup>. Retencias que llevaron incluso a plantear su consideración como Derecho internacional

<sup>51</sup> DÍEZ DE VELASCO, M., «Reflexiones sobre la...», *op. cit.*, pp. 380-383. Y afirma también que estas relaciones de fuerza seguirán presentes en la redacción de los compromisos de arbitraje, otra forma de pensar «serait naïf» (DÍEZ DE VELASCO, M., «La protection diplomatique des sociétés et des actionnaires», *RCADI*, 1974, I, pp. 94-96 especialmente).

<sup>52</sup> Entre otros, SEFERIADES, S., *op. cit.*, pp. 25-30; DUNN, F. S., *op. cit.*, pássim; VISSCHER, Ch. de. *Teorías y realidades en Derecho Internacional Público*, Barcelona, Bosch, 1962, p. 299; JESSUP, Ph. C., *op. cit.*, pp. 905-906 (quien habla del *dollar diplomacy*).

general y a constantes ataques por los países más débiles<sup>53</sup>. Bien, frente a ello, otra perspectiva es la de autores que piden moderación y más objetividad como forma de favorecer la institución y sus posibilidades<sup>54</sup>. Parecería ésta en el fondo la posición del RE John Dugard, tratando de reforzar la institución y superar su visión imperialista o del *dollar diplomacy*.

*Segundo:* Se critica que la institución se basa en una *ficción jurídica* anacrónica, abstracta (no basada en normas jurídicas concretas sino en ideas), que habría configurado un estándar de trato al extranjero bien definido, de contenido esencialmente económico. De esta manera la protección diplomática servía esencialmente para reclamaciones basadas en daños económicos, esto es únicamente al derecho a la propiedad. Veremos más tarde que no era necesariamente así.

*Tercero:* Se observa a la institución de la protección diplomática únicamente en la lógica de las relaciones interestatales, donde el individuo no tienen ningún lugar, siendo un mero objeto para el derecho internacional tradicional. Este es otro mito que convendrá precisar. Baste señalar ahora que la construcción tradicional estaba claramente formada por un conjunto de normas relativas al trato debido al extranjero (normas primarias), cuya violación fundamentaba el derecho de protección diplomática o reclamación internacional (normas secundarias)<sup>55</sup>.

## 2. Internacionalización de los derechos humanos: nociones esenciales

La doctrina especializada suele calificar a la protección diplomática como un antecedente de la internacionalización de los derechos humanos en 1945<sup>56</sup>. La influencia es clara. En el marco de las normas secundarias, el principio consuetudinario del agotamiento de los recursos internos se incorporará en los procedimientos de protección de los derechos humanos<sup>57</sup>. En el marco de las normas primarias, también hay influencias (como en la identificación del contenido de la denegación de justicia o de otros derechos que constituirían en estándar mínimo de trato al extranjero). Pero es evidente que hay una lógica nueva y distinta que incorpora la internacionalización que va a conllevar una serie de innovaciones en el Ordenamiento Jurídico internacio-

<sup>53</sup> ROY, G., «Is the Law of Responsibility of Status for Injuries to Aliens a Part of Universal International Law», 55 *AJIL* 863, 1961; y ante los ataques de los países en vías de desarrollo en el marco del Nuevo Orden Económico Internacional, LILICH, R. B., «The Diplomatic protection of Nationals Abroad: An Elementary Principle of International Law Under Attack, 69», *AJIL*, núm. 2, 1975, pp. 359 y ss.

<sup>54</sup> Pues los abusos fueron más la excepción que la regla afirma: MCDUGAL, Lasswell and Chen, *op. cit.*, pássim, LILICH, R. B., «Duties of States...», p. 348 y *The human rights...*, pássim.

<sup>55</sup> Es lo que en la literatura anglosajona se estudiaba como la *protección de los nacionales en el extranjero*, o desde la perspectiva opuesta como la *responsabilidad internacional del Estado por daños en la persona o bienes del extranjero* (JESSUP, Ph., *op. cit.*, p. 906).

<sup>56</sup> Entre otros, STEINER, H. & ALSTON, Oh., *International Human Rights in context*, Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 73.

<sup>57</sup> AMERASINGHE, C. F., *Local Remedies in International Law*, Cambridge, Grotius Publications LTD., 1990, pp. 1, 3; cf. con 2.<sup>a</sup> ed. de 2004. Sobre la interrelación específicamente: FLAUSS, J. F., «Contentieux européen des droits de l'homme et protection diplomatique» en Condorelli, L. (coord.), *Libertés, Justice, Tolérance, Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, vol. 1, Bruylant, Bruxelles, 2004, pp. 813-838.

nal como ha puesto de manifiesto destacada doctrina a la que me remito<sup>58</sup>. Rasgos que interesan destacar del discurso de los derechos humanos son los siguientes.

La noción de *derechos humanos y libertades fundamentales del ser humano* sin distinción por motivos de raza, sexo, idioma, religión u otros, encierra detrás la idea de borrar la distinción *nacional/extranjero* como criterio para reconocer derechos al particular desde el Derecho internacional. A partir de ahora el Estado tendrá obligaciones internacionales de respeto de los derechos humanos de todas las *personas bajo su jurisdicción*, fuesen nacionales, extranjeros, apátridas...

Estas obligaciones para el Estado se irán concretando en diversos instrumentos jurídicos internacionales (desde la Carta de las Naciones Unidas, pasando por múltiples tratados internacionales, hasta resoluciones de la Asamblea General u otros). Hoy un sector doctrinal importante considera que puede hablarse de un sector normativo relativo al Derecho internacional de los derechos humanos, si bien hay doctrina que se opone a ello<sup>59</sup>. Sin entrar en este debate, conviene precisar que las obligaciones en materia de derechos humanos se encuentran en diferentes fuentes del derecho, llevando a poder distinguir entre un régimen internacional convencional y un régimen internacional general. El primero estaría formado por tratados internacionales tanto universales como regionales que pueden contener tanto normas primarias como secundarias. Sería un *sistema jurídico internacional particular*, que por contar con sus propios mecanismos de aplicación del derecho daría también lugar a regímenes auto contenidos o auto suficientes (*self-contained regimes*, *régime auto-suffisant*)<sup>60</sup>. Mecanismos que, entre otros, permiten tanto la exigencia de responsabilidad mediante reclamaciones interestatales como reclamaciones del particular.

Junto a éste, coexiste un régimen internacional general de los derechos humanos, sobre el que no hay un claro consenso doctrinal. Ni sobre sus fuentes, que según la doctrina serían la costumbre internacional, los principios generales del derecho o ambos<sup>61</sup>. Ni sobre su contenido, pues es una tarea controvertida la identificación de aquel *núcleo duro* de derechos humanos fundamentales que formarían este derecho internacional general<sup>62</sup>. Pese a la falta de consenso, sí es un dato que los Estados han

<sup>58</sup> Vide CARRILLO SALCEDO, J. A., *Soberanía de los Estados y derechos humanos en Derecho internacional contemporáneo*, Madrid, Tecnos, 2001, pássim; CASANOVAS y LA ROSA, O., «Unidad y pluralismo en Derecho internacional Público», *CEBDI*, vol. II, 1998, pp. 177-191, autores en los que nos basamos ahora.

<sup>59</sup> Vide PELLET, A., «“Human Rightism” and ...», *op. cit.*, pássim.

<sup>60</sup> MARIÑO MÉNDEZ, F., «Situaciones jurídicas subjetiva constitucionales en Derecho internacional», *CEBDI*, vol. III, 1999, p. 330. Apoyándose en el propuesta de SIMMA, B., «Self-contained regimes», *NYIL*, 1985, pp. 111 y ss. En el mismo sentido: FLAUSS, J. F., «*Protection Diplomatique et ...*», *op. cit.*, pp. 10-11.

<sup>61</sup> Uno puede buscar su fuente jurídica en la costumbre internacional [DAMROSCH, L. F. *et al.*, *International Law Cases and Materials*, 4th ed., West Group, St. Paul, 2001, p. 602. Y así el *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States*, The American Law Institute, 1987, párrs. 701-702]. O, dados los límites de esta posición, tratar de identificar un principio general del derecho en la materia, o atribuir a este núcleo duro la función de servir de interpretación autoritaria de obligaciones asumidas en la Carta de las Naciones Unidas (arts. 1.3, 55, 56), como proponían Bruno Simma y Philip Alston (SIMMA, B., & ALSTON, Ph., «The Sources of Human Rights Law: Custom, *jus cogens*, and General Principles», *AYBIL*, 12, 1988-1989, pp. 82-108).

<sup>62</sup> Que serían normas que tendrían un carácter de *jus cogens*, sobre lo que se volverá más abajo. Su delimitación es una controversia clásica, que generó disputas entre la doctrina en los años ochenta. *Ad ex.*, vide WEIL, P., «Towards relative normativity in International Law», *AJIL*, 77, 1983, pp. 413 y ss.; y MERON, Th., «On a hierarchy of International human rights», *AJIL*, 80, 1986, pp. 1-23.

decidido añadir a la lista de principios estructurales del derecho internacional mencionada en el Documento Final de la Cumbre Mundial de 2005, el «respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales» y «el respeto de la igualdad de derechos de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión»<sup>63</sup>, en la línea ya adoptada en la Declaración del Milenio.

Sin ahondar más en ello hay otras dos nociones esenciales en este discurso jurídico, que afectan a la naturaleza de las obligaciones en materia de derechos humanos y al carácter o rango de las normas que las configuran y en su relación a otras.

Por el objeto protegido ya son diferentes a otras obligaciones internacionales, en la medida en que el Estado asume obligaciones con respecto a las personas bajo su jurisdicción (relación vertical), lo que las diferencia de otras obligaciones que generarían obligaciones únicamente con respecto a otros Estados (relación horizontal). Este dato junto al interés jurídico protegido que es un interés general (la dignidad humana) explica que se considere que estas obligaciones tienen una naturaleza *erga omnes*, por oposición a *erga singulos*; ello significa que las asume el Estado frente al resto de Estados, bien de un tratado (*erga omnes contractantes*) o bien de la comunidad internacional en el caso del Derecho internacional general (*erga omnes*). De esta manera, quedan sobrepasadas las obligaciones recíprocas, que son las que fundamentan relaciones de Estado a Estado, y en este sentido, puede entenderse la afirmación de que los derechos humanos desplazan la lógica interestatal. A la noción se refirió expresamente la jurisprudencia internacional de la CIJ en un famoso *dictum* del asunto de la *Barcelona Traction*, de 5 de febrero de 1970 precisamente en el marco de una acción de protección diplomática. Hay consenso en reconocerle su lugar en el Ordenamiento Jurídico internacional, que va más allá del derecho de los derechos humanos. Pero no hay acuerdo sobre la identificación de qué obligaciones tienen tal carácter en el marco del Derecho internacional general ni, sobre todo, las consecuencias que en el plano de las normas secundarias se derivan de la violación de una obligación de tal naturaleza<sup>64</sup>.

También por proteger intereses generales de la comunidad internacional en su conjunto, algunas de estas obligaciones tienen un rango de normas imperativas, perentorias o normas de *ius cogens*, que no admiten acuerdo en contrario sino por otra norma considerada como tal por la comunidad internacional en su conjunto (delimitación no del todo precisa contenida en los arts. 53 y 64 del Convenio de Viena de 1969). Pero en este punto vuelven a darse posiciones encontradas, pues tampoco hay consenso en la identificación de los derechos humanos que tendrían tal carácter. Serían en el fondo los *derechos humanos fundamentales* del Derecho internacional general *en cuya* identificación no entramos ahora<sup>65</sup>. En el discurso jurídico en general y en especial en el de los dere-

<sup>63</sup> AG, Res. 60/1, «Documento Final de la Cumbre Mundial 2005», 24 de octubre de 2005, pág. 5.

<sup>64</sup> Existe una extensa bibliografía sobre el tema. Véase RAGAZZI, M., «The concept of international obligations *erga omnes*», Clarendon Press, Oxford, 1997, y la recensión realizada por CARRILLO SALCEDO, J. A., 92 AJIL, 1998, p. 791, y referencias bibliográficas allí citadas. Recientemente el debate sobre las consecuencias de la violación de estas normas se ha generado por su inclusión en los artículos 42 y 48 del Proyecto de artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos ilícitos de la CDI, de 2001 (AG, Res. 56/83, de 12 de diciembre de 2001). Entre otros, ver las contribuciones del Symposium: Assessing the work of the International Law Commission on State Responsibility, en *EJIL*, vol. 13, núm. 5, 2002.

<sup>65</sup> Suele dirigirse la doctrina para su delimitación a la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, al artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949, a los derechos inderogables según el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, el Convenio Europeo de Derechos Humanos o la Convención inte-

chos humanos, las nociones de *ius cogens*, *erga omnes*, derecho internacional general se confunden en ocasiones; parece consensuado que las normas perentorias (*ius cogens*) generan obligaciones *erga omnes*, pero no necesariamente viceversa<sup>66</sup>.

### 3. Problemas del discurso jurídico y propuesta de aproximación

Cuando los autores recientes tratan de conciliar el derecho internacional de los derechos humanos con las normas de la protección diplomática, surgen una multiplicidad de problemas. Su lectura pone de manifiesto que en gran número de ocasiones la falta de distinción entre normas primarias y secundarias y entre los derechos subjetivos implicados en cada ámbito, es la causa de argumentos paralelos, solapados, imprecisos o erróneos. Como forma de deslindar los problemas implicados se propone recurrir a la teoría general de las *situaciones jurídicas subjetivas*<sup>67</sup>.

Hay que partir de dos errores bastante generalizados. Uno consiste en introducir en la argumentación que tiene por fin exigir una revisión de la institución de la protección diplomática, elementos propios del sistema jurídico particular de los derechos humanos, especialmente sus normas secundarias. Otro consiste en confundir o mezclar en la misma argumentación los planos de las normas primarias y secundarias.

El primer error viene por olvidar que las normas secundarias del *derecho particular de los derechos humanos* vienen a configurar algo así como una *lex specialis* frente al régimen internacional general de responsabilidad internacional<sup>68</sup>. Precisamente, la ficción jurídica que se busca quebrar o romper doctrinalmente, *ya está rota en este régimen particular*. Es en éste donde los Estados permiten acceso al individuo dándole un derecho subjetivo de protección, y permiten que presente una reclamación un Estado distinto de la nacionalidad. Uno no puede ponerse a argumentar sobre la lógica o no de la ficción en comparación con este régimen, porque precisamente los Estados admiten el paso a una nueva lógica que va a regir sus relaciones. El problema de la relación entre estos mecanismos particulares y el régimen general de la protección diplomática (concretamente si son ciertamente *lex specialis* que deroga al régimen general, si son únicamente prioritarios ante un régimen que sigue vigente de

---

americana de Derechos Humanos, o a destacada jurisprudencia internacional de la CIJ. Cómo mínimo serían: el derecho a la vida, el derecho a la libertad y seguridad en su dimensión de prohibición de detenciones arbitrarias y de la esclavitud, el derecho a la integridad física y mental, en su dimensión de prohibición de tortura y otros tratos humillantes o degradantes, el derecho a un juicio justo, pudiéndose añadir el principio de no discriminación.

<sup>66</sup> BYERS, M., «Conceptualising the Relationship between *Jus Cogens* and *Erga Omnes* Rules», *NYIL*, 66, 1997, pp. 211-139.

<sup>67</sup> Se ha tomado como base conceptual el estudio de MARINO MÉNDEZ, F., «Situaciones jurídicas subjetivas...», *op. cit.*, Es determinante distinguir entre las normas primarias (que «regulan las relaciones sustantivas o materiales entre sus destinatarios») y las secundarias (que «regulan las relaciones nacidas entre los indicados destinatarios tras la violación de las normas primarias por alguno o algunos de ellos») (ibídem). Es en el ámbito de las primeras donde encaja la noción de derechos subjetivos lesionados (son derechos sustantivos o materiales lesionados); siendo en el ámbito de las normas secundarias, donde se atribuye al titular de tal derecho lesionado un derecho subjetivo de protección (una reclamación).

<sup>68</sup> Hoy en el artículo 55 del proyecto sobre Responsabilidad del Estados por hechos ilícitos de la CDI, de 2001, *doc. cit.*

forma subsidiaria, u otras posibilidades) lo ha planteado el artículo 17 del proyecto de 2004 de la CDI sobre Protección Diplomática, no con demasiada claridad, y no será objeto de estudio aquí.

Deslindado este problema, aspecto distinto es partir de la perspectiva del *derecho internacional general* que regula el respeto y protección de los derechos humanos. Esta perspectiva es la que proponía James Crawford como uno de los problemas a estudiar por el grupo de trabajo sobre protección diplomática de la Asociación de Derecho Internacional, como ya apuntamos. Es la perspectiva que se toma en este estudio pese a sus dificultades al no estar este régimen internacional general en materia de derechos humanos claramente delimitado entre la doctrina. En este punto, puede tenerse también presente el conjunto de tratados internacionales que protegen derechos humanos con respecto a los cuales no se establece ningún mecanismo de protección particular o que, a pesar de hacerlo, por ser opcionales, hay un número de Estados que no los han adoptado. Las distintas relaciones jurídicas pueden ser múltiples, por lo que para simplificar tómesese el derecho internacional general como perspectiva de análisis, sin matizar más.

Desde este ángulo, la doctrina se ha preguntado en qué medida este régimen general incide en las condiciones para invocar la responsabilidad internacional por la vía de la protección diplomática (en la nacionalidad de la reclamación, en el agotamiento de los recursos internos, en la cuestionada doctrina de las manos limpias). Es un problema con entidad en sí mismo y la doctrina que lo estudia señala una influencia clara en alguno de estos puntos<sup>69</sup>. Este estudio no sigue esta línea, sin perjuicio de algunas referencias indirectamente.

Otro problema distinto consiste en preguntarse en qué medida el régimen general de protección de los derechos humanos se relaciona con los elementos esenciales de la lógica jurídica de la protección diplomática. ¿Hay una relación de enfrentamiento, que lleva a una incompatibilidad entre ambos y que sea un sin sentido mantener la ficción jurídica? ¿Hay una relación de complementariedad o sinergia entre ambos, hasta el punto de convertir la protección diplomática en un mecanismo de protección de los derechos humanos? Son los dos puntos extremos del debate, tal como lo plantearon los dos RE Mohamed Bennouna y John Dugard entre los cuales se sitúa una amplia gama doctrinal. En estos planteamientos puede situarse el otro error común que consiste en no distinguir entre las normas primarias y secundarias en los elementos de la argumentación. De tal manera que se afirma que la lógica interestatal de la protección diplomática (Estado-Estado) se enfrenta a la lógica de los derechos humanos (Estado-individuo)<sup>70</sup>. Pero, ¿es que las normas de derechos humanos por ser *erga omnes* no dan lugar a relaciones interestatales? Claro que dan lugar a este tipo de

<sup>69</sup> Esta perspectiva de análisis parece ser la seguida en parte por QUEL LÓPEZ, F. J., *op. cit.*, *pássim*. También la analiza FLAUSS, J. F., «Protection Diplomatique et...», *op. cit.*, pp. 16-22; o MILANO, E., *op. cit.*, pp. 97-101.

<sup>70</sup> Por tomar un ejemplo de una argumentación que se repite: ... «premier jugement chevauchant les deux domaines celui du droit international applicable aux rapports interétatiques et celui du droit international des droits de l'homme» (PINTO, M., *op. cit.*, p. 547). Otra argumentación que desde esta misma lógica, niega la existencia de derechos del individuo frente al Estado atribuidos por el derecho internacional es la que afirma que en el Derecho tradicional «non si dubitava che non esistessero diritti dello straniero, bensì soltanto "rights of his State to insist that its nationals should be treated in accordance with certain principles"» (VIERUCCI, L., «La tutela di...», *op. cit.*, p. 701). O misma lógica de argumentación en MILANO, E., *op. cit.*, p. 103.

relaciones. También se ha afirmado que se contrapone la lógica de la distinción *nacional/extranjero* con la lógica del *ser humano*, respectivamente. Pero, ¿es que en el marco de las normas en materia de derechos humanos no puede resurgir esta distinción entre ciudadano y extranjero en función del carácter particular del individuo cuyo derecho está lesionado? Claro que sí<sup>71</sup>.

Esta autora considera que, en abstracto, estas comparaciones no conducen a ningún lugar. La comparación no tiene sentido si no se precisa de *qué tipo de normas* se está hablando, si primarias o secundarias. De manera que, las *normas primarias* relativas a los derechos humanos pueden ponerse en comparación con las normas primarias relativas al trato de los extranjeros en el derecho internacional tradicional de la protección diplomática. Y después, las normas secundarias, las relativas al ejercicio del *derecho de protección* del Estado de los nacionales en el extranjero (*protección diplomática* en sentido estricto) son comparables con las normas secundarias homólogas en el marco del derecho internacional general de los derechos humanos. Ello permite considerar que detrás de esta interrelación (protección diplomática/régimen general de los derechos humanos), sobre lo que se está cuestionando la doctrina es sobre la posibilidad o la lógica de ejercer la *protección diplomática ante la violación de los derechos humanos de los nacionales en el extranjero*. De ahí el título de este estudio, que así expresado no parece que encierre ningún problema en sí mismo.

Con estas bases, a continuación se tratará de poner de manifiesto que no han ningún obstáculo del razonamiento jurídico para considerar que la «protección diplomática» puede servir de canal para proteger los «derechos humanos» de los nacionales en el extranjero. Demostrando paralelamente que el régimen general de los derechos humanos no quiebra o rompe la ficción jurídica de la protección diplomática. Para ello, se estudia primero, el fundamento de la reclamación, esto es el derecho subjetivo lesionado. Y en segundo lugar, se delimitará el derecho subjetivo de protección, esto es el derecho a reclamar internacionalmente o derecho a ejercer la protección diplomática. Por falta de espacio, alguno de los problemas que surgen al hilo de esta argumentación se dejarán solo planteados, remitiendo su estudio a otro lugar.

### III. EL FUNDAMENTO DE LA RECLAMACIÓN: EL HECHO ILÍCITO

El fundamento de la protección diplomática se encuentra en la comisión de un hecho ilícito que produce *daños indirectos* al Estado (por oposición a los *daños directos*) por estar causados en la persona o bienes de sus nacionales (o refugiados o apátridas). Interesa ahora centrarse en el elemento objetivo de este hecho ilícito, desglosándolo en dos planos: la norma jurídica internacional que contiene obligaciones con respecto al *trato al extranjero* y la titularidad del *derecho subjetivo lesionado* por dicha norma<sup>72</sup>. El problema de

<sup>71</sup> Por ejemplo, en el ámbito interno y en otro contexto, un ejemplo evidente es la distinta argumentación del Tribunal Supremo de EEUU en los casos Rasul, Hamdi y Padilla, muy claramente expuesto en FLETCHER, G. P., «Citizenship and Personhood in the Jurisprudence of war-Hamdi, Padilla and the Detainees in Guantánamo Bay», 2 *J. Int'l Crim. Jus.* 2004, pássim.

<sup>72</sup> Distinción que sigue Díez de Velasco, basándose en Anzilotti (DÍEZ DE VELASCO, M., «Reflexiones sobre la...», *op. cit.*, p. 386).

fondo es identificar las repercusiones del régimen internacional general de los derechos humanos en cada uno de estos planos. ¿Sigue sosteniéndose la ficción jurídica o es imposible mantenerla como señalaba Mohamed Bennouna y otra doctrina?

# 1. La norma jurídica internacional violada. Estándar mínimo de trato y derechos humanos fundamentales

¿Puede la violación de una norma jurídica relativa a derechos humanos fundamentar el ejercicio de la protección diplomática? Esta duda o sorpresa parecería surgir entre alguna doctrina a raíz de los casos *Breard*, *LaGrand* y *Avena*, posiblemente por la reticencia de la CIJ a calificar como *derecho humano*, y dejándolo en un *derecho individual*, al derecho de información y disfrute de la asistencia consular<sup>73</sup>. Una mirada a la práctica y alguna doctrina anterior, llevan a contestar con otra pregunta: ¿Y por qué no? ¿Cuál es ciertamente el problema de reconocer que la violación de normas relativas a obligaciones en materia de derechos humanos pueda fundamentar la reclamación por el Estado de la nacionalidad? No veo ningún motivo para sorprenderse de tal posibilidad<sup>74</sup>. La jurisprudencia *LaGrand* y *Avena* puede ser un punto de apoyo más a esta afirmación y concretamente cuando la protección se canaliza por una acción judicial ante la CIJ<sup>75</sup>. Pero esta posibilidad era algo ya antes reconocido al menos doctrinalmente.

Uno de los mitos del derecho internacional tradicional dijimos que era considerar que la institución se basa en una *ficción jurídica* anacrónica, abstracta (no basada en normas jurídicas concretas sino en ideas), que habría configurado un estándar de trato al extranjero bien definido, de contenido esencialmente económico, y que por tanto servía esencialmente para reclamaciones basadas en daños económicos. Pero si se observa de cerca esta ficción se puede afirmar lo siguiente. En primer lugar, la ficción no se basaba en ideas abstractas únicamente sino que en la práctica interestatal habían relaciones convencionales entre los Estados que regulaban el trato al extranjero (tratados de amistad, comercio y navegación, práctica que sigue aún celebrándose hoy). Incluso este trato llegó a estar regulado directamente por el derecho internacional general. La identificación del contenido y alcance de estas obligaciones de trato al extranjero fue una cuestión controvertida y nunca claramente definida, debido al enfrentamiento entre el Estado reclamante y reclamado, dando lugar a la ya mencio-

<sup>73</sup> Como ya apuntamos. La causa se ha visto en la falta de consenso sobre tal naturaleza de estos derechos (PINTO, M., *op. cit.*, p. 547). Califica a las decisiones de la CIJ en este punto de un caso de ver la botella medio llena/medio vacía, y ve sus argumentos extensibles a la violación de tratados de derechos humanos: MILANO, E., *op. cit.*, pp. 123 *in fine*.

<sup>74</sup> Además de alguna doctrina citada, GIORGIO GAJA es quizás exponente de esta postura al preguntarse sobre las «implications de l'existence de droits individuels dans le cadre de la protection diplomatique», lo que parece el reflejo de una falta de distinción entre derechos subjetivos lesionados y derecho de protección (GAJA, G., «Droits des Etats...», *op. cit.*, p. 68).

<sup>75</sup> Condorelli señala que «le droit d'un Etat de s'inquiéter des violations des droits de l'homme infligées à ses citoyens par un autre Etat est incontestable» y se apoya en esta jurisprudencia para afirmar esta posibilidad (CONDORELLI, L., *op. cit.*, pp. 22-23).

nada tensión entre el estándar mínimo de trato (o norma internacional de justicia) y el principio de igualdad de trato nacional. En esta línea si bien uno de los derechos subjetivos lesionados solía ser el de propiedad, éste no fue el único de los derechos cuyo respeto se imponía al Estado. Basta analizar los casos para ver como bien se trató además de otros derechos: daños físicos y mentales, daños a la vida, denegación de justicia...<sup>76</sup>. Pero el mito de la *finalidad únicamente económica* de la institución ha pervivido hasta hoy siendo uno de los argumentos de EEUU para negar la competencia de la CIJ en el asunto *LaGrand*<sup>77</sup>.

Conviene insistir en ello porque la lectura de los *daños a la persona y bienes del extranjero* en clave de *violaciones de derechos humanos* de los extranjeros no es una novedad. La doctrina estadounidense no veía problema en ello. Antes bien, consideraba que los gobiernos tendrían en cuenta el concepto de derechos humanos contenido en la Declaración Universal de Derechos Humanos en los procedimientos usuales para otorgar protección diplomática a sus nacionales en el extranjero<sup>78</sup>. Esta línea de pensamiento era acorde con las propuestas codificadoras en la CDI por F. V. García Amador a mediados de los años cincuenta. Éste había distinguido la categoría de «*derechos humanos esenciales*» junto a otras posibles normas primarias. El problema de fondo es en qué medida la internacionalización de los derechos humanos superaba la tensión estándar mínimo/trato nacional. Esta era la idea que perseguía García Amador, para quien ambas doctrinas conflúan en los derechos humanos pues «la distinción, que en el primer caso se admitía y en el segundo se negaba, entre dos categorías de sujetos de derechos y entre dos clases de protección», desaparecía al reconocerse «derechos humanos y libertades fundamentales sin hacer distinción de ningún género entre nacionales y extranjeros»<sup>79</sup>. Su propuesta inicial consistía en combinar ambas doctrinas, estableciendo que el trato de los nacionales no debería ser nunca menor que los «derechos humanos esenciales», tal como se reconocían en los tratados internacionales; lo que completaba con una lista no exhaustiva de éstos<sup>80</sup>. La propuesta no gustó a todos los miembros de la CDI, por seguir dando primacía a la doctrina del estándar mínimo, por lo que fue sintetizada en un artículo en el proyecto revisado de convención final con menores derechos<sup>81</sup>. El proyecto no se llegó a adoptar y el

<sup>76</sup> Clara muestra de estos tipos de daños en WHITEMAN, *Dammages in International Law*, vol. 1 y 2., 1937, USA, Government Printing Office, Washington, 1937, pássim.

<sup>77</sup> Como señala y también trata de desmontar el mito al comentar esta Sentencia: DEEN-RACSMÁNY, Z., «Diplomatic Protection and the *LaGrand* Case», 15 *LJIL*, 2002, pp. 95-95.

<sup>78</sup> FREEMAN, A. H., *op. cit.*, pp. 120-129; y la respuesta de WRIGHT, Q., *ibidem*, pp. 130-131.

<sup>79</sup> Segundo Informe, A/CN.4/106, 1957, p. 123.

<sup>80</sup> Incluía el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad personal; derecho a la inviolabilidad de la vida privada de las personas, su domicilio y su correspondencia, y al respeto a su honra o a su reputación; libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; derecho de propiedad; derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica; derecho a acudir a los tribunales de justicia o a órganos competentes del Estado (...); derecho a ser oído en audiencia pública y con las debidas garantías en los órganos competentes del Estado, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal o en la determinación de los derechos y obligaciones de carácter civil; en materia penal, derecho a la presunción de inocencia, derecho a ser informado en el idioma que comprenda de la acusación, derecho a defenderse personalmente o a ser asistido, principio de la irretroactividad de la ley penal, derecho a que se juzgue sin demora o a que se le ponga en libertad (art. 5 y 6), A/CN.4/106, p. 122.

<sup>81</sup> Sexto Informe, A/CN.4/134 y Add.1, 1961, art. 1. Más detalle en LILICH, R. B., «Duties of States...», *op. cit.*, pp. 373-377.

siguiente relator Roberto Ago abandonó esta perspectiva de análisis. Lo que no se logró entonces en la CDI, parece se logró años más tarde, con la elaboración en la entonces Subcomisión para la prevención de la discriminación y protección de las minorías de una *Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven*, finalmente aprobada por la Asamblea General el 13 de diciembre de 1985<sup>82</sup>.

Hoy la doctrina considera que el contenido del estándar de trato mínimo se encuentra hoy delimitado por el derecho internacional de los derechos humanos<sup>83</sup>. Aunque no parece tan claro que de esta manera quede del todo superado el clásico enfrentamiento; hoy éste cobraría otras formas, especialmente cuando se piensa en el debate sobre la universalidad o no de los derechos humanos, detrás del que se encuentran distintas tradiciones y formas de entender el contenido de los derechos humanos. En este punto, el discurso sobre las normas de derecho internacional general y de *ius cogens* en materia de derechos humanos cobra todo su sentido. El problema sigue siendo hoy delimitar cuál sería el contenido o núcleo de este conjunto de derechos humanos esenciales, de todo ser humano, incluido el extranjero. Este es un debate abierto doctrinalmente al que nos referimos y que no se va a cerrar aquí. Baste señalarse que los trabajos realizados por la doctrina en este punto ilustrarán este aspecto.

Luego, entre el régimen internacional general de los derechos humanos y el régimen de la protección diplomática hay una clara confluencia en este ámbito de las normas primarias. No hay enfrentamiento sino interrelación y complementariedad mutua. Lo que tampoco ha de llevar a considerar que puede reconducirse el fundamento de la reclamación por la vía de la protección diplomática únicamente a violaciones de normas de derechos humanos. No parece que sea forzosamente así<sup>84</sup>.

Con todo el Derecho tradicional tiene su fuerza y pese a las novedades introducidas por la internacionalización de los derechos humanos, Alemania prefirió no olvidar la mención del *estándar mínimo* en sus alegaciones ante la Corte Internacional de Justicia; como no lo ha hecho en el caso Sadio Diallo, Guinea en su demanda contra la RDC, aunque luego recurra a mencionar la Declaración Universal de Derechos Humanos y otros tratados; ni, más recientemente, tampoco lo olvida Uganda en su segunda contra demanda a la República Democrática del Congo también ante la CIJ<sup>85</sup>.

## 2. Derechos subjetivos lesionados

¿Pueden coexistir dos derechos subjetivos lesionados, del Estado y del particular, derivados de una misma violación? La existencia de derechos subjetivos lesionados

<sup>82</sup> Ibidem, pp. 379-389.

<sup>83</sup> Entre otros, LILLICH, R. B., *The human rights...*, op. cit., pássim; McDUGAL et al, op. cit., en especial, pp. 467-469; CONDORELLI, L., op. cit., pp. 20-21, QUEL LÓPEZ, F. J., op. cit., p. 344; JIMÉNEZ PIERNAS, C. B., «El particular ante el derecho de la responsabilidad internacional: los problemas previos del “Standard” mínimo y la protección diplomática», Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz, Bilbao, 1988, en especial, pp. 74-85.

<sup>84</sup> Como señala CONDORELLI, L., op. cit., p. 19.

<sup>85</sup> CIJ, Asunto de las actividades armadas en el territorio del Congo (Republica Democrática del Congo contra Uganda), Sentencia, 19 de diciembre de 2005, pár. 329.

del particular, sus derechos humanos *directamente* atribuidos por el Derecho Internacional, causa problemas a la doctrina, en una visión de que el derecho tradicional no atribuía derechos al particular, lo que no era necesariamente así. Además, tratándose de derechos humanos, sólo el individuo sería titular, se dice, y así se plantea si en estos casos deja el Estado de estar lesionado.

#### A) EL DERECHO SUBJETIVO LESIONADO DEL PARTICULAR SUBYACENTE

La construcción tradicional de la protección diplomática nunca negó la existencia de un derecho subjetivo lesionado del particular (un *derecho individual*), pese a la sorpresa generada por algunos tras los casos LaGrand y Avena. Paralelamente, se argumenta que la existencia de derechos humanos, e incluso de derechos individuales *directamente* atribuidos por el ordenamiento internacional, viene a transformar el paradigma de Mavrommatis<sup>86</sup>. Es este otro mito de la protección diplomática que se ha de desmontar. Uno puede afirmar que en el Derecho internacional clásico y en concreto en el marco de la protección diplomática, el individuo desaparecía, era un mero objeto, *sin derecho alguno* reconocido por el Derecho internacional. Bien, esta afirmación es cierta pero se ha de matizar porque es propia únicamente del marco de las normas secundarias de la responsabilidad internacional canalizada a través de la protección diplomática<sup>87</sup>. Porque en el marco de las normas primarias, el Derecho internacional clásico atribuía derechos subjetivos sustantivos o materiales al particular, incluso *directamente*<sup>88</sup>. No cabe duda<sup>89</sup>. Negarlo deja vacío de contenido al estándar mínimo y a la regla del agotamiento de los recursos internos. Cuestión distinta es que desde una perspectiva dualista del Ordenamiento Jurídico Internacional se

<sup>86</sup> Por todos, este argumento lo expresa así PIETER H. KOOIJMANS: «the Mavrommatis paradigm is basically transformed. If the individual is holder of the material right, it can no longer be maintained that in exercising diplomatic protection the national State is merely asserting its own right, since it is the right under international law of its national that is trying to uphold» (KOOIJMANS, P., *op. cit.*, p. 1977). La confusión entre derecho subjetivo lesionado y derecho subjetivo de protección es evidente.

<sup>87</sup> Y con excepciones pues en el Derecho tradicional sí hubieron casos de derecho subjetivo de protección (acceso a tribunales internacionales) del particular. Entre otros, vide SEFERIADES, S., *op. cit.*, pássim.

<sup>88</sup> CASANOVAS y LA ROSA, Oriol, señala tal posibilidad, basándose en el clásico DESENCIERRE-FERRANDIÈRE, *La responsabilité des États à raison des dommages subis par des étrangers*, París, Rousseau, 1926, (CASANOVAS y LA ROSA, O., «Unidad y pluralismo en Derecho internacional Público, *CEBDI*, vol. II, 1998, p. 179).

<sup>89</sup> Baste un ejemplo de una disposición del Tratado entre USA y Japón de 5 de abril de 191: «The citizens or subjects of each of the High Contracting Parties shall have liberty to enter, travel and reside in the territories of the other to carry on trade, wholesale and retail, to own or lease and occupy houses, manufactories, warehouses and shops, to employ agents of their choice, to lease land for residential and commercial purposes, and generally to do anything incident too necessary for trade upon the same terms as native citizens or subjects, submitting themselves to the laws and regulations there established (...)», (en «Chapter 12 Law of the United States», en BLAKESLEY, C. L., FIRMAGE, E. B., SCOTT, R. F., WILLIAMS, S.: *The International Legal System: Cases and Materials*, fifth edition, Foundation Press, New York, 2001, p. 958. La jurisprudencia estadounidense de finales del siglo XIX y principios del siglo XX se enfrentó profusamente al problema de la aplicación directa de derechos individuales atribuidos por tratados internacionales. De ahí surge la distinción entre normas self-executing y non self-executing que fue una creación jurisprudencial para evitar el sistema de recepción automática de los tratados en el ordenamiento interno (art. VI de la Constitución de EE.UU.) (vide PAUST, J. J., *International Law as Law of the United States*, 2<sup>nd</sup> ed., Carolina Academic Press, Durham, 2003, pp. 67 y ss.).

afirmase que el Derecho internacional no reconocía derechos subjetivos al individuo, sino que éstos provenían del Ordenamiento interno. Desde una perspectiva monista este argumento se rompe fácilmente<sup>90</sup>.

Bien es cierto que en términos del ejercicio de la protección diplomática (normas secundarias), estos derechos del particular eran *borrados* hasta del discurso jurídico. Y en la práctica, la jurisprudencia señalaba que la reclamación privada, la del individuo, desaparecía<sup>91</sup>. Pero en realidad era tal existencia de derechos subjetivos lesionados del particular un presupuesto necesario, en *principio*, para configurar la existencia de un derecho subjetivo lesionado del *Estado*. Esto es, sin estos derechos subjetivos del particular en la base, salvo excepciones<sup>92</sup>, no hay derecho subjetivo de protección del Estado. Determinar su existencia fue precisamente el problema en el asunto de la *Barcelona Traction*, en relación al derecho de Bélgica a ejercer la protección diplomática de sus nacionales, accionistas de la empresa. Sus argumentos dan lugar a problemas de mayor tecnicidad relativos a la distinción entre *derecho* e *interés* y cuál de ellos es suficiente como base del prejuicio que configura un derecho subjetivo lesionado del Estado y por tanto, fundamentalmente el ejercicio de la protección diplomática<sup>93</sup>. Sin entrar en este debate, es suficiente ahora retener la evidencia de la existencia de los *derechos subjetivos del individuo* que subyacen en la institución. Las posiciones de los jueces fueron muy ricas en este tema. Un problema planteado fue si estos derechos subjetivos del particular existían frente al orden interno o frente al internacional. Mientras el Juez Ago prefirió ceñirse al plano interno, el Juez Jessup, al que se sumaron la mayoría, afirmó que es en la norma internacional donde se fundamentan estos derechos subjetivos del particular, aún habiendo silencio en el orden interno<sup>94</sup>.

A priori, no hay problema teórico de la coexistencia del derecho subjetivo lesionado del particular y del derecho subjetivo lesionado del Estado. La clave es entender que el derecho subjetivo lesionado no conlleva siempre automáticamente un derecho subjetivo de protección. En el actual régimen internacional general de los derechos humanos, lo que no tiene el particular es el *derecho subjetivo de protección*. Esta es la diferencia. Todo intento de atribuir al particular un derecho subjetivo de protección fundamentado en este derecho subjetivo lesionado, es en el fondo salir del marco de la protección diplomática en su construcción *tradicional*<sup>95</sup>. Es precisamente una quie-

<sup>90</sup> PAUST, J. J., *ibídem*.

<sup>91</sup> Así en el asunto *Mavommatis*: «Según este punto de vista, no procede preguntarse si el litigio tiene su origen en un interés privado, cosa que por lo demás ocurre en un gran número de controversias entre estados. El Estado, desde el momento en que asume la causa de uno de sus nacionales ante una jurisdicción internacional, es el único demandante ante esa jurisdicción» (CPJI, serie A, núm. 2, sentencia de 30 de agosto de 1924, *doc. cit.*).

<sup>92</sup> Es este un punto que merece precisión, pues plantea el problema de la responsabilidad estatal que surgiría por la adopción de una ley que atenta contra los derechos humanos, sin necesidad de tener que demostrarse una lesión directa en el derecho subjetivo del particular; o de la delimitación y ampliación de la noción de *victima* a *victima potencial*, como ha desarrollado la jurisprudencia del TEDH.

<sup>93</sup> Cf. BOLLECKER-STERN, B., *Le prejudice dans la théorie de la responsabilité internationale*, Paris, Pedone, 1973, pp. 113-122.

<sup>94</sup> Cf. BOLLECKER-STERN, *op. cit.*, pp. 117-120.

<sup>95</sup> Por eso tampoco convenció a los miembros de la CDI el artículo 19 del proyecto de García Amador en el que dedicado a la «Presentación de la reclamación internacional», incluía en primer lugar la posibilidad de que fuera el extranjero, cuando tuviese tal derecho subjetivo de protección atribuido (Tercer informe, A/CN.4/111, 1958, pp. 66 y ss.).

bra de la ficción que hace entrar en el régimen particular de los derechos humanos o en otros regímenes particulares. En este punto entraría el debate sobre cuál es la relación entre el derecho subjetivo del particular y el derecho subjetivo de protección del Estado. En éste se encuentra el clásico problema del carácter procesal o sustantivo de la regla del agotamiento de los recursos internos, y que es determinante para fijar el momento en el que nace la responsabilidad internacional como relación jurídica nueva. El actual proyecto de la CDI sobre Protección Diplomática resuelve decantándose por su carácter procesal, sin poder detenernos más en ello ahora<sup>96</sup>.

Un último aspecto es el relativo a si el hecho de que este derecho subjetivo lesionado sea un *derecho humano*, y no solo un mero *derecho individual*, modifica lo dicho hasta aquí. La naturaleza *erga omnes* y el carácter de *ius cogens* de los derechos humanos han llevado a gran parte de la doctrina a plantear la posición de los «terceros estados», y los límites a la discrecionalidad del derecho subjetivo de protección del Estado. Pero en cuanto a su incidencia en la configuración del derecho subjetivo lesionado del Estado no parece que tenga que haber demasiada trascendencia, lo que pasamos a ver.

#### B) EL DERECHO SUBJETIVO LESIONADO DEL ESTADO: LOS DAÑOS INDIRECTOS Y LA FUERZA DE UNA FICCIÓN

En el ámbito de derechos humanos ¿puede hablarse de derechos lesionados de la titularidad del Estado (*directa* o *indirectamente*)? La pregunta parece retórica si se acude a los sistemas jurídicos particulares y se observa como el mecanismo de las demandas interestatales, que incluye al Estado de la nacionalidad, se basa precisamente en este presupuesto. Sin embargo, situados en el marco de la protección diplomática, la duda surge entre la doctrina, llevando a algunos a dar una respuesta negativa, tratando de romper la ficción jurídica. En mi opinión poco importa que sea en términos de derechos humanos o de otros derechos subjetivos individuales, la construcción tradicional de los daños indirectos al Estado sigue vigente hoy. Los *derechos humanos* no tienen porqué conllevar una desaparición de la titularidad estatal del derecho subjetivo lesionado por lo siguiente.

La construcción tradicional de la protección diplomática se basa en la ficción jurídica *vatteliana* que consiste en convertir el *daño causado a los bienes o la persona extranjera* como en un *daño causado al Estado de la nacionalidad*. Esta ficción es la esencia o la piedra angular de la protección diplomática: si el Estado no tiene un *derecho subjetivo lesionado*, difícilmente podría tener un *derecho subjetivo de protección*<sup>97</sup>. En este sentido la postura tradicional es claramente una *ficción necesaria*: «Le droit que l'Etat fait valoir lorsqu'il affirme la responsabilité d'un Etat étranger à raison des dommages soufferts par ses nationaux n'a donc pas son fondement dans les dommages éprouvés par les individus, mais dans la violation du droit de l'Etat sur

<sup>96</sup> Sobre este problema, vide Segundo Informe, A/CN.4/514, 2001, en especial, pp. 16 y ss. Y comentario al artículo 14 del Proyecto adoptado en 2004 (A/59/10, *doc. cit.*, pp. 77 y ss.).

<sup>97</sup> «Al hecho ilícito (...) va unido (...) el nacimiento de una nueva relación jurídica entre el Estado (...) que viene obligado a la reparación y el Estado (...) que puede exigir la reparación» (ANZILOTTI, D., *Curso de Derecho Internacional*, T. 1, 1.ª ed., Madrid, 1935, traducción edición italiana de 1927, p. 408).

*ceux-ci*»<sup>98</sup>. Es decir, en el caso de daños a nacionales no hay «violation d'un droit de l'individu, mais bien violation du droit de l'Etat à ce que l'individu sois traité conformément au droit international»<sup>99</sup>. La ficción se manifiesta porque cuando se examina la existencia y la cuantificación del perjuicio se hace en base al daño del particular y no del Estado; o porque se exige además un vínculo continuo de la nacionalidad, por ejemplo. Muchas son las críticas que se han formulado al respecto<sup>100</sup>. Algunos, sin embargo, han puesto de manifiesto el realismo material de la ficción y sus razones de ser<sup>101</sup>. Pero este no es el debate aquí planteado. Lo que interesa es ver en qué medida el Derecho internacional general de los derechos humanos la rompe o incide en la misma.

Para ello recuérdese que la ficción jurídica se construye con una finalidad: legitimar y dar un fundamento jurídico al derecho subjetivo de protección del Estado. Esto explica que el derecho subjetivo lesionado del particular quede *borrado* de la argumentación legal, como se ve. Pero no niega su existencia, como se señaló. Sino que sobre su existencia se crea un nuevo derecho subjetivo lesionado para el Estado: el derecho de que *se respete el derecho internacional en la persona de sus nacionales*, de una interpretación del famoso *dictum* de la CPJI en el asunto Mavommatis<sup>102</sup>. En este *dictum* se habla, como se verá, del derecho subjetivo de protección (derecho de *hacer respetar*). Ha de entenderse pues que el Estado tiene un *derecho al respeto del derecho internacional de los nacionales* (derecho subjetivo lesionado).

Partamos de la visión más progresista que llevaría a hacer desaparecer este derecho subjetivo lesionado del Estado. F. Javier Quel sostiene una postura crítica contra una ficción jurídica que, en su opinión, no se sustenta en un Ordenamiento jurídico internacional que reconoce derechos humanos al individuo<sup>103</sup>. Sin embargo hacer desaparecer la ficción, como propuesta de *lege ferenda*, no parece muy realista. Si el Estado no tiene derecho subjetivo lesionado no puede tener derecho subjetivo de protección. En este punto surgen las posturas de la *representación* del Estado del particular, sobre lo que se incidirá más adelante. El problema viene en el fondo por que la

<sup>98</sup> ANZILOTTI, D., *Cours de Droit International Public*, 1927, p. 518, citado por Bollecker-Stern, B., *op. cit.*, p. 97.

<sup>99</sup> ANZILOTTI, D., «La responsabilité internationale des Etats, à raison des dommages soufferts par les étrangers», *RGDIP*, 1906, p. 10, énfasis añadido, citado por BOLLECKER-STERN, B., *op. cit.*, p. 97.

<sup>100</sup> Vide Informe Preliminar, A/Cn.4/484, p. 5. y doctrina citada.

<sup>101</sup> Por ejemplo, Brigitte Stern afirmaba que detrás de esta asimiliación había una tendencia a considerar al Estado en tanto que «nation organisée formée de l'ensemble de ses citoyens» más que una «personne morale de droit public distincte de ses membres», de tal forma que «un dommage causé à un membre du Tout sois un préjudice causé au Tout», en una visión vatteliana. A su vez, la ficción coincidía con la realidad en términos del patrimonio económico que para el Estado suponen las grandes empresas inversoras en el extranjero (BOLLECKER-STERN, B., *op. cit.*, pp. 100-115).

<sup>102</sup> CPJI, serie A, núm. 2, sentencia de 30 de agosto de 1924, *doc. cit.*

<sup>103</sup> Desde esta perspectiva, el derecho de protección diplomática no haría referencia a «un derecho propio lesionado, sino a la capacidad procedimental de defender un derecho del particular para lo que el Estado estaría habilitado merced al vínculo de nacionalidad. (...)». La afirmación es cierta, porque la protección diplomática es un derecho subjetivo de protección, pero ¿por qué hacer desaparecer el derecho subjetivo lesionado? Más tarde el mismo autor tiene que recurrir de un modo u otro a la ficción al afirmar que «... el derecho del Estado de activar la protección diplomática como cauce procesal añadido y subsidiario de defensa de un derecho ajeno. En este contexto, el ejercicio del derecho del Estado a iniciar la protección en nombre de sus nacionales no deja de ser una ficción útil ...» (QUEL LÓPEZ, F. J., *op. cit.*, pp. 347-348).

lógica del derecho internacional de los *derechos humanos* lleva a considerar rápidamente que en este ámbito *solo* son titulares los particulares y no los Estados <sup>104</sup>. Siendo derechos de naturaleza *erga omnes* se está ante un interés común, cuya protección podría llegar a poner en duda que pueda hablarse aquí de protección diplomática. Se volverá sobre este argumento al estudiar el *derecho subjetivo de protección*. Pero indíquese que hay doctrina que no ve problema alguno que impida afirmar que se ejerce un derecho de protección diplomática en estos casos, pero han de recurrir a una argumentación externa, apoyada en la jurisprudencia LaGrand de la CIJ <sup>105</sup>, en la línea de una mayoría de autores.

Puede acudirse al propio derecho internacional general de los derechos humanos para responder. ¿Es que no hay derecho subjetivo lesionado del Estado cuando se violan los derechos humanos de los nacionales en el extranjero? Para empezar, esta lesión *indirecta* al Estado es un principio reconocido por el derecho internacional tradicional. Este legado de la protección diplomática, que es parte del régimen general de la responsabilidad internacional cuando hay daños a los nacionales en el extranjero (incluidos los basados en violaciones de sus derechos humanos) no tendría por qué desaparecer por la existencia de normas primarias de derechos humanos. Como criterio de interpretación analógica, en el plano convencional, la existencia de obligaciones *erga omnes*, que van más allá de la reciprocidad, no niega la lesión indirecta del Estado de la nacionalidad, al que, además, se le atribuye en ocasiones un derecho subjetivo de protección (sistema de reclamaciones interestatales). Hay que recordar como señala Juan Antonio Carrillo Salcedo que en estos tratados de derechos humanos la *dimensión contractualista* «se atenúa –aunque no desaparece–» <sup>106</sup>. Ello es extensible al plano del derecho internacional general. Con estas bases, a mayor abundamiento pueden servir los casos LaGrand y Avena en los que los Estados se sienten lesionados por los daños indirectos que alegan se basan en violación de derechos individuales que ellos consideran derecho humano, y lo fundamentan en el régimen de la protección diplomática. El caso de Sadio Diallo y más recientemente de República del Congo contra Uganda (contra demanda de Uganda), también lo ponen de manifiesto.

Por último, la naturaleza *erga omnes* y el rango de *ius cogens*, en su caso, ¿en qué medida afecta al derecho subjetivo lesionado del Estado? Ciertamente es que en el Derecho internacional tradicional la norma jurídica violada solía estar contenida en tratados

<sup>104</sup> Ejemplos de esta argumentación: «les titulaires des droits de l'homme sont les particuliers: il ne s'agit pas, autrement dit, des droits "propres" des Etats» (CONDORDELLI, L., *op. cit.*, p. 21). O también, «Sustantivamente parece fuera de toda duda que los derechos atribuidos por la norma internacional constituyen derechos subjetivos individuales, y no derechos del Estado del que son nacionales» (QUEL LÓPEZ, F. J., *op. cit.*, p. 344). Y continúa «Así, en la relación jurídica entre un Estado y los no nacionales es incuestionable que será el ciudadano extranjero el destinatario directo del estándar de trato debido derivado de la cantidad y calidad de los derechos del particular destinatario de las normas de atribución» (ídem).

<sup>105</sup> Así CONDORDELLI que sin llegar a afirmar claramente que el Estado tenga derechos subjetivos lesionados en estos casos, afirma que «un tel droit [de protección] de l'Etat n'est absolument pas incompatible avec un éventuel véritable droit au traitement en question que des normes internationales peuvent conférer directement aux particuliers». Esta afirmación denota que parte de que podría haber incompatibilidad y para apoyar su argumento se apoya en el asunto LaGrand, de tal manera que «on ne voit pas pourquoi, conceptuellement, ce qui est vrai pour le droit à la protection consulaire ne serait pas vrai pour les droits de l'homme» (CONDORDELLI, L., *op. cit.*, pp. 21-22, y nota 20).

<sup>106</sup> CARRILLO SALCEDO, J. A., *op. cit.*, p. 112.

bilaterales, en su mayoría, (de libre amistad, comercio y navegación, u otros) y/o en el Derecho internacional general. En materia de derechos humanos ahora se estará generalmente ante tratados multilaterales, pero no exclusivamente; y, lo que interesa ahora, en base también al Derecho internacional general. Un problema nuevo que puede surgir, más allá de los apuntados anteriormente (relativos a la posición de los terceros Estados y a los límites a la discrecionalidad) es en qué medida cuando las *violaciones son graves y sistemáticas*, se pasa de daños indirectos a daños directos al Estado<sup>107</sup>. Tal podría ser el caso de las demandas de Croacia y Bosnia-Herzegovina contra la República Federativa de Ex Yugoslavia por violación de la Convención sobre la prevención y castigo del crimen de genocidio<sup>108</sup>. Propio de la protección diplomática es la base particularizada del derecho subjetivo lesionado, aspecto que aquí parece ser sobrepasado, junto al carácter de «violación grave» de una norma de *ius cogens*.

#### IV. LA RECLAMACIÓN O DERECHO SUBJETIVO DE PROTECCIÓN: SU TITULARIDAD ESTATAL

*El derecho subjetivo lesionado del Estado* que se acaba de delimitar es el que fundamenta la reclamación internacional, cuando se dan las condiciones para su invocabilidad. Situados en el plano de las normas secundarias, se trata ahora de delimitar este derecho subjetivo de protección y ver en qué medida el régimen internacional general de los Derechos humanos lo modifica o afecta. Surge en aquí un punto clave en todo este debate: ¿cuáles son las *normas secundarias* del Derecho internacional general de los derechos humanos? Esto es, ¿qué normas regulan los *derechos de protección (la reclamación)* ante violaciones individualizadas de los derechos humanos, normas recuérdese de naturaleza *erga omnes* y rango de *ius cogens*? La primera inclinación es acudir al régimen general de la responsabilidad internacional del Estado. Precisamente el Proyecto sobre Responsabilidad del Estado de 2001, en fase final de su codificación, ha tenido en cuenta la existencia de obligaciones *erga omnes* y de

<sup>107</sup> Lo plantea el RE Dugard (A/CN.4/506, pár. 19). No se trata de la cuestión concreta de si en los daños indirectos se han de agotar siempre los recursos internos del Estado. Por ejemplo, en el marco del TEDH, excepciones a este agotamiento surgen cuando la demanda es interestatal y la violación consiste en una evidencia *prima facie* de una práctica administrativa en violación de la Convención. Estas cuestiones merecen más precisión (vide entre otros, SHERMERS, H. G., «Exhaustion of Domestic Remedies», Ando, N. *et al* (edit.), *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda*, The Hague, Kluwer Law International, vol. 2, 2002, p. 957; WITTICH, S., «Direct injury and the incidence of the local remedies rule», *Austrian Review of International and European Law*, 2000, pp. 177-180).

<sup>108</sup> Tanto Croacia como Bosnia y Herzegovina han demandado a Serbia y Montenegro por su violación de la Convención sobre la prevención y castigo del crimen de genocidio, y piden reparaciones «in its own right and as *parens patriae* for its citizens» (vide Aplicación de la Convención sobre la prevención y castigo del crimen de genocidio, Croacia v. Yugoslavia, Application instituting proceedings, filed in the Registry of the Court on 2 July 1999. pár. 36; ([http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/icry/icry\\_orders/icry\\_iapplication\\_19990702.PDF](http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/icry/icry_orders/icry_iapplication_19990702.PDF)). Y *final submissions* de Bosnia y Herzegovina, *final submissions*, en, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), 9 May 2006, parr. 6.b). J. F. Flauss parece referirse a éstas como un ejemplo de protección diplomática (FLAUSS, J. F., «Protection diplomatique et...», *op. cit.*, pp. 3-4, nota 6).

normas *imperativas*, entre las que se encuentran las del ámbito de los derechos humanos. Régimen que *bebe* directamente del régimen de la protección diplomática, como se desprende de su articulado. En el fondo es de esto de lo que se está hablando, pues el régimen general de responsabilidad internacional del Estado cuando hay violaciones *particularizadas* de *derechos humanos*, contiene la institución de la protección diplomática, entre otros. En ese caso, no es que se esté comparando dos ámbitos distintos, sino que se ha llegado al mismo punto por caminos distintos. Por tanto, vuelve a haber una relación más que de complementariedad, de confluencia entre la protección diplomática y el régimen internacional general de protección de los derechos humanos.

Parece haber consenso sobre el carácter de *derecho subjetivo de protección* al que se refiere la doctrina como derecho procesal, derecho de protección... Es éste el que define la CPJI en su *dictum* del asunto Mavommatis, ya citado en varias ocasiones: «Al asumir la causa de uno de sus súbditos y poner en marcha en su favor una acción diplomática o una acción judicial internacional, en realidad este Estado *hace valer su propio derecho*, el derecho que tiene de *hacer respetar el derecho internacional* respecto de la persona de sus nacionales»<sup>109</sup>. Es de este *hacer valer* de lo que se trata ahora centrándonos en dos aspectos brevemente por razón de espacio: su carácter privativo o propio del Estado y la doctrina de la teoría de la representación del particular; se deja planteado el problema de la naturaleza de obligaciones *erga omnes* de los derechos humanos y su incidencia en la protección diplomática.

## 1. Titularidad propia del Estado

Es un rasgo esencial de la institución en su construcción *tradicional*. Es así porque los Estados así lo decidieron pues históricamente hubo un derecho subjetivo de protección del particular, al que la doctrina se refiere como un antecedente. Fue la práctica gestada durante la Edad Media, conocida como las *cartas o patentes de represalias* (*letters of reprisal*), que ya se definieron. Con la aparición y fortalecimiento del Estado moderno, y la subsiguiente concentración de poder en el soberano, la práctica de conceder tales cartas al particular cayó en desuso<sup>110</sup>. En coherencia con la lógica *westphaliana* de la sociedad y Derecho internacionales y con esta concentración del poder en el Estado-Soberano, difícilmente podía pensarse en una legitimación procesal activa del individuo.

En este punto es donde surge el problema del presupuesto de la nacionalidad del Estado como requisito para poder invocar la responsabilidad internacional (su efectividad, problemas de doble nacionalidad, etc.). Nacionalidad que adquiere excepciones

<sup>109</sup> Y continúa: «Según este punto de vista, no procede preguntarse si el litigio tiene su origen en un interés privado, cosa que por lo demás ocurre en un gran número de controversias entre estados. El Estado, desde el momento en que asume la causa de uno de sus nacionales ante una jurisdicción internacional, es el único demandante ante esa jurisdicción» (CPJI, serie A, núm. 2, sentencia de 30 de agosto de 1924, *doc. cit.*).

<sup>110</sup> VISSCHER, Ch., «Le deni de justice en droit international», *RCADI*, T. 52, vol. 52, 1935, p. 373; y en *Teorías y Realidades*, *op. cit.*, p. 298; FREEMAN, *op. cit.*, p. 120.

(refugiados y apátridas) y otros matices en el proyecto de 2004 de la CDI. Pero estas cuestiones no son objeto de estudio aquí. Interesa insistir en el dato de que el Estado ejerce o hace valer un «*su propio derecho*». Ya se ha visto que este *derecho subjetivo de protección propio* del Estado está vinculado al derecho subjetivo lesionado del particular, lo que es «sa caractéristique» se ha dicho<sup>111</sup>. De esta relación, la doctrina concluye que la protección diplomática es un derecho procesal, residual, supletorio del derecho subjetivo del particular. Tal es la posición de Christian Dominicé que afirma que «l'individu a la priorité, et celle de l'Etat reste en retrait, suspendue, si l'on peut dire, tant que l'individu dispose de possibilités de recours. Des recours internes tout d'abord, lorsque la règle de l'épuisement des ceux-ci est applicable, puis des procédures internationales, le cas échéant»<sup>112</sup>. Pero esta posición es la de quien está comparando el régimen internacional general con el régimen internacional particular; así como las normas primarias y las secundarias, perspectiva que tiene sus límites.

Otro problema que plantea la doctrina es el de la posición de los intereses del particular. La jurisprudencia internacional ha utilizado la expresión del endoso para explicar el «*propio derecho*» del Estado. Éste mediante este derecho «*hace suya la causa*» o «*asume la causa*» de uno de sus nacionales. Es aquí donde se plantea si en el ejercicio de este derecho propio, «el Estado debía tener en cuenta los derechos e intereses de sus nacionales respecto de los cuales ejercía la protección diplomática»<sup>113</sup>. La construcción *tradicional* no lo exigía, pero tampoco lo impedía. En todo caso se consideraba una cuestión que regulaba cada Estado con sus nacionales. Se trata de determinar en qué medida desde el derecho internacional general de los derechos humanos se podría incidir y limitar esta posición. Una forma son las propuestas de *lege ferenda* que defienden la doctrina de la *representación del particular por el Estado*.

## 2. La doctrina de la representación del particular por el Estado

En este punto vuelve a resurgir el argumento de los derechos humanos, que siendo *directamente* atribuidos al individuo y siendo de su *titularidad*, su protección por la vía de la protección diplomática debería llevar a una revisión de la misma. Esta revisión consistiría en afirmar que el Estado ya no actuaría ejerciendo su «propio derecho», sino que lo haría en *nombre* del particular lesionado. Así, el RE Mohamed Bennouna, afirma que el «Estado ya no puede pretender que el individuo quede encerrado en el ámbito exclusivo de su competencia nacional porque el orden internacional le confiere *directamente* derechos e impone a todos los Estados la obligación de respetarlos»<sup>114</sup>. Lógicamente la doctrina que niega que el Estado tenga un derecho

<sup>111</sup> DOMINICÉ, Ch., «Responsabilité internationale et...», *op. cit.*, p. 240.

<sup>112</sup> DOMINICÉ, Ch., «Responsabilité internationale et...», *op. cit.*, p. 241; y también en DOMINICÉ, Ch., «La prétention de la personne privée dans le système de la responsabilité internationale des Etats», en *Studi di Diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, 2004, pp. 729-745, en especial pp. 742-744; DOMINICÉ, Ch., «Regard actuel sur la protection diplomatique», *Liber Amicorum Claude Raymond*, 2004, pp. 73-81. Esta posición es seguida por QUEL, F. J., *op. cit.*, p. 347.

<sup>113</sup> RE Dugard en su Primer Informe (A/CN.4/506, pp. 3-4).

<sup>114</sup> A/CN.4/484, p. 9, pár. 35, *énfasis añadido*. Sobre lo que insiste en BENNOUNA, M., «La protection diplomatique...», *op. cit.*, pp. 245-250.

subjetivo lesionado *propio*, o que de prioridad al derecho subjetivo lesionado del particular, tenderá a sostener esta posición <sup>115</sup>.

Las implicaciones prácticas de esta postura pueden verse en las *consecuencias jurídicas* de la protección diplomática, esto es en la reparación. Si el Estado es un mero representante, el particular tiene derecho directo a la indemnización. Pero el tema de las *consecuencias jurídicas* lo decide excluir de su estudio el RE John Dugard, pese a quejas de algunos miembros de la Comisión <sup>116</sup>, por considerar que ya lo trataba el proyecto de la Responsabilidad del Estado por hechos ilícitos de 2001 <sup>117</sup>. Este punto ha sido en parte rectificado, ante las críticas de algún Estado y doctrina, y se debate en estos momentos si debería incluirse algo sobre las consecuencias de la reclamación que ha tenido éxito en lo que al derecho del particular a la indemnización respecta. Se ha propuesto el considerar aprobar una disposición de desarrollo progresivo que tienda a restringir el derecho absoluto del Estado sobre las indemnizaciones. Precisamente, reconociendo que no es el estado actual del derecho consuetudinario, la idea se apoya en la «política del interés general, la equidad y el respeto de los derechos humanos» <sup>118</sup>.

En la práctica, nada impide a un Estado derogar este régimen general y considerarse mero representante del particular. Tendencias en este sentido existen <sup>119</sup>. Pero será ya un régimen particular y no el régimen internacional general de la protección diplomática.

### 3. Las obligaciones *erga omnes*: planteamiento del problema

La incidencia de la naturaleza de obligaciones *erga omnes* de los derechos humanos y el carácter de *ius cogens* que predica de los derechos humanos fundamentales, ¿en qué medida incide en el derecho de la protección diplomática? Díez de Velasco señalaba ya en 1986 que la existencia de «obligaciones *erga omnes*» era una de las causas de erosión más graves a la concepción clásica de la protección diplomática <sup>120</sup>.

<sup>115</sup> Parecería que así lo señala Christian Dominicé al afirmar que «si l'on n'admettait pas que l'Etat national fait valoir son droit propre il faudrait alors considérer qu'il ne serait que le représentant, le mandataire de son ressortissant», pero se está refiriendo al derecho subjetivo de protección, no al sustantivo o material (DOMINICÉ, Ch., «La prétention de...», *op. cit.*, pp. 743). Parece que también seguiría esta postura Javier Quel López (*op. cit.*, pp. 347-348); así como Orrego-Vicuña en el Informe sobre Protección diplomática de la ILA (ILA, *Sixty Ninth Conference*, 2000, p. 633).

<sup>116</sup> Cf. A/59/10, p. 27.

<sup>117</sup> Como señala el Relator Especial Dugard cuando presenta el proyecto de artículos (A/59/10, p. 27). Se trata de las disposiciones relativas a las consecuencias del hecho internacionalmente ilícito o al contenido de la responsabilidad internacional (arts. 28, 30, 31 y 34-37 del proyecto de 2001; y especialmente véase el comentario al artículo 36, relativo a la indemnización que dedica gran parte a los principios aplicables a reclamaciones relativas a protección diplomática (*idem*)).

<sup>118</sup> Séptimo informe, A/CN.4/567, 2006, pp. 40 y ss., especial, p. 46, *Énfasis añadido*.

<sup>119</sup> Como señala Christian Dominicé y continua que «Il y aurait de graves objections à l'égard d'un tel système, quand bien même, dans certains cas spécifiques, l'Etat se borne à présenter la réclamation de son ressortissant» (como en el Tribunal Iran-EEUU para el caso de pequeñas reclamaciones, o en la Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas, nota 43) (DOMINICÉ, Ch., «La prétention de...», *op. cit.*, pp. 743).

<sup>120</sup> Díez de VELASCO, M., «Reflexiones sobre ...», *op. cit.*, p. 390; y también en su estudio sobre las empresas, p. 104-105, como elemento de revisión de la concepción tradicional y clásica.

La CIJ en el asunto de la Barcelona Traction afirma que «...una distinción esencial debe establecerse entre las obligaciones de los Estados hacia la comunidad internacional en su conjunto y aquellas otras que surgen en relación con otro Estado en el ámbito de la protección diplomática. Por su misma naturaleza, las primeras conciernen a todos los Estados. En función de la importancia de los derechos en causa, todos los estados pueden considerarse como poseedores de un interés jurídico a que sus derechos sean protegidos; las obligaciones de que aquí se trata son obligaciones *erga omnes*»<sup>121</sup>. Sin detenernos ahora más en su análisis, dejándolo para otro lugar, señálese una crítica general a este *dictum* que es fácilmente observable desde la delimitación propuesta en este estudio. La CIJ está mezclando claramente en su argumentación las normas primarias (relativas a las obligaciones de los Estados hacia la comunidad internacional en su conjunto) y las normas secundarias (obligaciones que surgen en el ejercicio de la protección diplomática). Es otra de las imprecisiones de esta jurisprudencia. Se destaca aquí porque no tiene por qué haber contradicción entre la protección diplomática y las obligaciones *erga omnes*<sup>122</sup>, como parecería a simple vista de tal *dictum*.

Este tipo de obligaciones *objetivas* (cuya protección o garantía es colectiva), que generan relaciones comunitarias plantean dos tipos de problemas, que sólo se enuncian ahora. Primero, en el ámbito del Estado de la nacionalidad, en la medida en que se afirma que éste no actúa por un interés subjetivo basado únicamente en el vínculo de la nacionalidad, sino en defensa de un *interés colectivo*. A ello nos referimos ya *supra* al analizar la titularidad estatal del derecho subjetivo lesionado, indicando la postura de algunos autores a negar que en estos casos se pueda hablar de protección diplomática en sentido estricto. Tal es la posición particular de Giorgio Gaja que niega que convenga denominar «protección diplomática» a la acción de protección que realizaría el Estado de la nacionalidad cuando en la base se encuentra la violación de derechos humanos. La razón de ser es que en este caso estamos ante un «interés común», que llevaría a afirmar que el Estado no es el único titular del derecho lesionado, y por tanto, no está «*spécialement atteint*»<sup>123</sup>.

El segundo ámbito es el relativo a la posición de los *terceros Estados*, si cabe esta expresión aquí. El tema se desplaza al análisis de los artículos implicados del Proyecto sobre Responsabilidad del Estado por hechos ilícitos de 2001 de la CDI. No es evidente que se atribuya un *derecho subjetivo de protección* que pueda llevar a exigir responsabilidad internacional en sentido estricto a los terceros Estados lesionados en el Derecho Internacional general. Este debate merece un estudio detenido, que se realiza en otro lugar. Pero se adelanta que si se abandona el vínculo de la nacionalidad, difícilmente se estará ante el régimen general de la protección diplomática, sino ante otra institución.

<sup>121</sup> *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, segunda fase, sentencia, CIJ, Recueil, 1970, pár. 33.

<sup>122</sup> Como también señala MILANO, E., *op. cit.*, p. 137.

<sup>123</sup> Afectado especialmente en el sentido 42 del Proyecto de artículos de la Responsabilidad del Estado de 2001. GAJA, FLAUSS, pp. 66-67. Ídem en GAJA, «Is a State...», *op. cit.*, El debate se planteó en el marco de la CDI. A Luigi Condorelli la posición de Gaja no le parece una objeción pertinente (CONDORRELLI, *op. cit.*, p. 21).

## **CONCLUSIÓN: CONFLUENCIA Y COMPLEMENTARIEDAD ENTRE LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA Y EL RÉGIMEN INTERNACIONAL GENERAL DE LOS DERECHOS HUMANOS**

Este estudio demuestra que la relación entre la tradicional institución de la protección diplomática y el régimen internacional general de los derechos humanos es de confluencia y complementariedad. No hay óbice alguno para considerar que la protección diplomática puede servir para proteger a los nacionales de violaciones de derechos humanos en un Estado extranjero. Gran parte de los enfrentamientos y dudas que surgen en el debate doctrinal tiene su origen en la falta de distinción entre normas primarias y secundarias, y entre los derechos subjetivos lesionados y el derecho subjetivo de protección que es la protección diplomática. Una comparación coherente y concreta (no abstracta) entre protección diplomática/derechos humanos debería recurrir a comparar los planos normativos respectivos (normas primarias y normas secundarias). Como método de aproximarse al problema, este estudio propone recuperar la línea de García Amador y observar la institución de la protección diplomática de los nacionales en el extranjero en todo su conjunto: normas primarias y normas secundarias. De esta forma se pone de manifiesto que en el Derecho tradicional la institución abarcaba ambos tipos de normas, y conllevaba tanto una lógica interestatal, como una lógica de relaciones Estado-individuo. Ya entonces habían rasgos que hoy se predicen como grandes novedades de la internacionalización de los derechos humanos. En este sentido, es determinante acudir a las normas primarias relativas al trato al extranjero (hoy derechos humanos de los extranjeros) porque gran parte del problema está en la ficción jurídica y ésta se encuentra construida en tal ámbito. De esta manera se observa como la protección diplomática lleva en su interior ya la huella de los derechos humanos. En este sentido el régimen de los derechos humanos completa y refuerza estas obligaciones. Precisiones se habrán de hacer, pues aunque se pueda afirmar que los derechos humanos fundamentales vienen a reemplazar al estándar mínimo internacional, éste sigue teniendo su fuerza en la práctica estatal y además contiene elementos más allá del derecho de los derechos humanos. En cuanto a las normas secundarias, la protección diplomática, como uno de los medios del régimen internacional general de la responsabilidad internacional, se encuentra o confluye con las normas secundarias del régimen internacional general de los derechos humanos. La relación en este punto vuelve a ser de confluencia y complementariedad. Cuestión distinta es considerar que hoy este mecanismo es una institución propia y específica del Derecho internacional de los derechos humanos. Esta propuesta del RE John Dugard quizás vaya demasiado lejos y ello merece un estudio detenido en otro lugar. De momento, queda demostrado que las situaciones jurídicas subjetivas que están detrás de la protección diplomática y de la internacionalización de los derechos humanos más que en tensión se encuentran en una relación de confluencia y complementariedad.

### **ABSTRACT**

«DIPLOMATIC PROTECTION» OF THE «HUMAN RIGHTS» OF NATIONALS ABROAD: LEGAL SUBJECTIVE SITUATIONS IN TENSION?

Following the recent work of the ILC on diplomatic protection, as well as the CIJ case law on the issue (*LaGrand* case, *Avena* case), a debate has emerged (mainly among European scholars) on the rela-

tionship between human rights and diplomatic protection. This paper focuses on one problem, namely the legal consequences of assuming that diplomatic protection can be used to protect against human rights violations of nationals. From an analysis of the legal subjective situations in tension – State's rights, individual rights – the author argues that there is no legal reason in terms of logic to prevent this possibility, considering the difficulty to break down the legal fiction behind the institution. Also, it would be difficult for States to accept some of the *lege ferenda* doctrines put forward by commentators. In any case, to accept that diplomatic protection can be used to protect human rights does not mean that we are facing a new human rights protection mechanism, which is what seems to suggest John Dugard, Special Rapporteur of the ILC.

### RÉSUMÉ

#### LA «PROTECTION DIPLOMATIQUE» DES «DROITS DE L'HOMME» DES NATIONAUX À L'ÉTRANGER: SITUATIONS JURIDIQUES SUBJECTIVES EN TENSION ?

Suivant les récents travaux de la CDI en matière de protection diplomatique, ainsi que la jurisprudence de la CJI (affaire *LaGrand*, affaire *Avena*), la doctrine (notamment européenne) s'est interrogée sur la relation entre la protection diplomatique et les droits de l'homme. Cette étude aborde un des problèmes soulevés, à savoir les conséquences juridiques découlant du fait d'admettre que la protection diplomatique puisse être un moyen pour protéger les droits humains des nationaux. Selon une analyse des situations juridiques des sujets impliqués –droits de l'Etat, droits de l'individu– nous prétendons qu'il n'y a aucun obstacle de logique juridique pour nier cette possibilité, considérant les difficultés de casser la fiction juridique qui est à la base de l'institution. En plus, il serait difficile pour les Etats d'accepter certaines des propositions doctrinales de *lege ferenda*. En tout cas, accepter que la protection diplomatique puisse être utilisée quand les droits de l'homme des nationaux sont violés ne veut pas dire qu'il existe un nouvel élément dans le système international de protection des droits de l'homme, ce que semble suggérer John Dugard, Rapporteur spécial de la CDI.



## II. NOTAS

### A) Derecho internacional público y relaciones internacionales

#### LA PROHIBICIÓN DEL USO DE LA FUERZA EN LA SENTENCIA DE LA CIJ DE 19 DE DICIEMBRE DE 2005 (ASUNTO SOBRE LAS ACTIVIDADES ARMADAS EN EL TERRITORIO DEL CONGO (REPÚBLICA DEMOCRÁTICA DEL CONGO C. UGANDA))

CESÁREO GUTIÉRREZ ESPADA

Catedrático de Derecho Internacional Público  
y Relaciones Internacionales en la Universidad de Murcia  
y

MARÍA JOSÉ CERVELL HORTAL

Profesora de Derecho Internacional Público  
y Relaciones Internacionales en la Universidad de Murcia

#### SUMARIO

I. HECHOS BÁSICOS A LOS EFECTOS DE LA PRESENTE NOTA.—II. SOBRE LA NORMA QUE PROHÍBE EL USO DE LA FUERZA EN LAS RELACIONES INTERNACIONALES: 1. *Mantenimiento de una concepción rigurosa sobre la legítima defensa, alejada de las tendencias «flexibilizadoras» más contemporáneas (incluye el tema de la legítima defensa preventiva).* 2. *Confirmación de que el ataque armado puede provenir del ejército regular de un Estado o de grupos irregulares enviados o controlados por él y, en ambos casos, dar lugar al derecho de legítima defensa.* 3. *Confirmación de que hay usos ilícitos de la fuerza que no generan el derecho de legítima defensa.* 4. *Confirmación de que la obligación de impedir que desde el propio territorio se cometan actos armados contra un Estado está indisolublemente unida a los medios de que se disponga y las circunstancias del caso.*—III. Y, EN FIN, PARA QUE SIRVA DE PUNTO DE CONEXIÓN CON LA (PROYECTADA) NOTA SIGUIENTE, ES LA PRIMERA VEZ QUE LA CORTE CONSAGRA UNA TERMINOLOGÍA PRÓXIMA A LOS ARTÍCULOS 40 Y 41 DEL PROYECTO DE LA CDI SOBRE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO (2001).

### I. HECHOS BÁSICOS A LOS EFECTOS DE LA PRESENTE NOTA

1. La sentencia de 19 de diciembre de 2005, en el *asunto de las actividades armadas en el territorio del Congo*, que ha enfrentado a la República Democrática del

Congo (RDC) con Uganda pone fin a un largo contencioso entre ambos Estados enmarcado a su vez en una compleja situación surgida en la región africana de los Grandes Lagos y que implicó a varios Estados de la zona, muy en particular a la RDC, Uganda y Ruanda.

Allí se desarrolló casi durante diez años un período de desorden y enfrentamientos entre Estados y grupos armados así como entre estos mismos. La lucha armada que grupos rebeldes iniciaron en el Zaire (hoy RDC) contra el Presidente del país, mariscal Mobutu Ssesse Seko, en particular la denominada Alianza de Fuerzas Democráticas para la Liberación del Congo (AFDL) liderada por Laurent-Desiré Kabila «y apoyada por Uganda y Ruanda»<sup>1</sup> está en el epicentro de este terrible conflicto<sup>2</sup>.

La Cumbre de Jefes de Estado africanos de Victoria Falls (7 y 8 de agosto de 1998) abrió un proceso que se cerró con el Acuerdo de Lusaka de 10 de julio de 1999, firmado por las máximas autoridades de la RDC y Uganda así como de Angola, Namibia, Ruanda y Zimbabwe. En él se acuerda el cese de las hostilidades entre todas las fuerzas combatientes, su desmovilización y el despliegue de inspectores de la Organización de Unidad Africana (OUA) y de la Misión de Observadores de Naciones Unidas para el Congo (MONUC), así como, sucesivamente, la retirada del territorio de la República de todas las fuerzas extranjeras. Las condiciones fijadas al respecto para esta por dicho tratado fueron modificadas después bilateralmente por la RDC y Uganda en el Acuerdo de Luanda relativo a la retirada de tropas ugandesas del territorio congoleño así como a la cooperación entre los dos países y a la normalización de sus relaciones<sup>3</sup>. El 8 de abril y el 6 de diciembre de 2000 Uganda firma sendos acuerdos de desmovilización de sus tropas (respectivamente, Planes de Kampala y de Harare), pero según la RDC éstas no abandonan su territorio hasta junio de 2003, aunque dejando una red que permite el aprovisionamiento continuado de armamento por parte de Uganda a grupos étnicos de la región de Ituri que luchan contra el Gobierno de la República<sup>4</sup>.

2. La sentencia de la CIJ, como decía, pone fin al asunto iniciado por la presentación, el 23 de junio de 1999, de una demanda por la RDC contra Uganda, Estado al que acusa de «actos de *agresión armada* (...) en violación flagrante de la Carta de Naciones Unidas y de la Carta de la OUA»<sup>5</sup>.

El 19 de junio de 2000 la RDC presentó a la Corte una solicitud de adopción de medidas cautelares (art. 41 del Estatuto), ordenando el Tribunal en efecto a ambas partes, por auto de 1 de julio, ciertas medidas de esta naturaleza.

La contra-memoria ugandesa incluía tres demandas reconconvencionales. La Corte, por auto de 29 de noviembre de 2001, estimó las dos primeras, pero no la tercera. La RDC, que ya se pronunció sobre estas demandas en su réplica, fue autorizada, por auto de 29 de enero de 2003 de la Corte, a presentar una pieza adicional centrada exclusivamente sobre las demandas reconconvencionales ugandesas.

<sup>1</sup> Sentencia de 19 de diciembre de 2005, *asunto de las actividades armadas en el territorio del Congo (República Democrática del Congo c. Uganda)*, pár. 29 ([www.icj-cij.org](http://www.icj-cij.org)).

<sup>2</sup> Vide *ad ex.* MAMPUYA, A. «Responsabilité et réparations dans le conflit des Grands-Lacs au Congo-Zaïre», *Revue Générale de Droit International Public*, 2004, núm. 3, pp. 678-707.

<sup>3</sup> Sentencia de 19 de diciembre de 2005, cit., párs. 102-103.

<sup>4</sup> Sentencia cit., párs. 33-34.

<sup>5</sup> Sentencia de 19 de diciembre de 2005 cit. (nota 1), pár. 1.

3. La sentencia de 19 de diciembre de 2005 adoptada por la CIJ plantea, *en el marco de la demanda de la RDC contra Uganda*, diversas cuestiones de interés que por ámbitos temáticos y siguiendo el orden con que las enuncia en cursiva el mismo Tribunal en la presentación de su decisión son: consentimiento de la RDC a la presencia de tropas ugandesas en su territorio, cuestiones conectadas con el uso de la fuerza armada, ocupación bélica, normas internacionales sobre los derechos humanos y las relativas al Derecho internacional humanitario, explotación ilegal de recursos naturales, consecuencias jurídicas de la violación por Uganda de sus obligaciones internacionales, y naturaleza jurídica obligatoria de los autos del TIJ. *Y en el contexto de las demandas reconventionales planteadas por Uganda*: La legítima defensa de nuevo, el estatuto jurídico de las misiones diplomática y su personal, y la figura de la protección diplomática<sup>6</sup>.

A la vista de tales cuestiones, no parece exagerada la afirmación que el propio Presidente de la Corte, el Sr. Shi Jiuyong, realizó, en la Declaración pública que decidió hacer tras haberse el Tribunal declarado incompetente (2006) para conocer de la demanda que la RDC decidió presentar contra Rwanda (2002)<sup>7</sup>, otro de los países implicados en el conflicto, de que en su sentencia de 19 de diciembre de 2005 «la Corte formula conclusiones importantes»<sup>8</sup>.

De entre todas ellas, vamos a ocuparnos en la presente Nota sólo de las que permitan ser agrupadas en el ámbito temático relativo a la prohibición en el Derecho internacional contemporáneo del uso de la fuerza armada; dejando para una Nota posterior el comentario de las cuestiones relacionadas con la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

Pero antes de proceder a establecer, en relación con tema central objeto de estas líneas, qué sostiene la Corte de interés y de si su posición se ajusta al Derecho vigente o supone alguna modulación del mismo merecedora de comentario, parece razonable sintetizar los hechos del caso, teniendo desde luego siempre en cuenta que vamos a centrarnos en los básicos o esenciales que, además, tengan una relación directa con la cuestión a la que *ratione materiae* hemos decidido limitarnos.

4. Cuando el AFDL, liderado por L.-D. Kabila, derroca al mariscal Mobutu y toma el poder en el Zaire (mayo 1997) mantiene relaciones muy estrechas con los Gobiernos vecinos de Ruanda y Uganda, aliados militares en su lucha que contaban además con altos mandos encuadrados en las fuerzas armadas congoleñas (sobre todo de nacionalidad ruandesa; no es por tanto extraño que uno y otro pasaran a ejercer en el régimen de la que pasa a llamarse República Democrática del Congo una considerable influencia. Desde mediados de 1997 hasta aproximadamente junio de 1998, la RDC invitó o al menos no se opuso a la presencia en su territorio de tropas ugandesas, ubicadas mayoritariamente en su zona oriental fronteriza entre los dos países. Estas tropas, que la RDC reconoce estaban allí «con el consentimiento del Gobierno legítimo del país», tenían como misión emprender acciones militares contra bandas y grupos armados antiugandeses que operaban en la precitada zona fronteriza<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> Sentencia de 19 de diciembre de 2005, cit. (nota 1), párs. 1-7.

<sup>7</sup> Cit., *infra* nota 21.

<sup>8</sup> Déclaration à la presse du président Shi Jiuyong, La Haya, le 3 février 2006 ([www.icj-cij.org/cijwww/cpresscom/SPEECHES/cspeech\\_pr](http://www.icj-cij.org/cijwww/cpresscom/SPEECHES/cspeech_pr)).

<sup>9</sup> Sentencia de 19 de diciembre de 2005, cit. (nota 1), pár. 46.

El 27 de abril de 1998, la RDC y Uganda firman un Protocolo relativo a la seguridad a lo largo de la frontera común. Ambas partes se comprometen a cooperar por medio de sus fuerzas armadas para acabar con los grupos rebeldes que operaban en uno y otro lado de la frontera. La Corte considera que la firma de este Protocolo, así como la ausencia de objeciones anteriores a la presencia en territorio congoleño de tropas ugandesas, implicó la aceptación de la RDC al mantenimiento en el país de dichas tropas con el fin de alcanzar los objetivos del Protocolo en cuestión<sup>10</sup>; en todo caso, este no es la base jurídica que fundamente la presencia de tropas de Uganda sino su continuación, dado que el consentimiento a la misma es anterior, afirma la Corte, y (parece querer decir) se trata de un consentimiento unilateralmente prestado, esto es, no pactado en un tratado, por lo que (afirma el Tribunal quizás algo *tajantemente*) «esta autorización o consentimiento preexistente podía en consecuencia ser retirado en todo momento por el Gobierno de la RDC sin seguir formalidad particular alguna»<sup>11</sup>.

Una vez en el poder el Presidente Kabila, por diversas razones, intentó reducir la influencia que sobre su Gobierno ejercían Uganda y Ruanda. Desde la primavera de 1998 las relaciones con sus aliados se degradaron. El 28 de julio de 1998, mediante una declaración oficial, el Presidente comunica «que pone fin, este lunes 27 de julio de 1998, a la presencia militar ruandesa que nos ha ayudado durante el período de liberación del país (...)»; y tras manifestar su agradecimiento al ejército y al pueblo de Ruanda finalizó su declaración con la frase siguiente: «Esto marca el fin de la presencia de todas las fuerzas militares extranjeras en el Congo»<sup>12</sup>. Y aunque las Partes divergen sobre la interpretación de dicha declaración, manteniendo Uganda que no se refiere a sus tropas y la RDC que sí dada la frase final de la misma<sup>13</sup>, la Corte considera que al acusar la RDC tanto a Ruanda como a Uganda en la Cumbre de Jefes de Estado de Victoria Falls anteriormente mencionada, los días 7 y 8 de agosto de 1998, de haber invadido su territorio ese país dejó claro que cualquier consentimiento que anteriormente había dado a la presencia de tropas ugandesas fue, como muy tarde el 8 de agosto fecha de la clausura de la Cumbre, retirado<sup>14</sup>. Únicamente cabe exceptuar de esta afirmación general la aceptación por la RDC de tropas ugandesas, más allá de esa fecha, a los efectos y con los límites sentados en el Protocolo sobre seguridad al que nos hemos referido líneas arriba, esto es, para combatir a los grupos rebeldes a lo largo de la línea fronteriza oriental de ambos países o ayudar a las tropas congoleñas a hacerlo<sup>15</sup>.

<sup>10</sup> Sentencia de 19 de diciembre de 2005 cit. (nota 1), pág. 46.

<sup>11</sup> Sentencia cit., pág. 47, *in fine*. Hemos empleado el adverbio que en el texto figura en cursiva porque nos preguntamos si esta afirmación, que pone en manos de un Estado que se comprometió a algo con otro el poder absoluto e incondicionado al parecer de retirar dicho consentimiento, no entra en cierta contradicción con la posición que el mismo Tribunal mantuvo a propósito de las modificaciones que los Estados pueden hacer en su declaración de aceptación de la cláusula opcional o facultativa del artículo 36.2 del Estatuto de la Corte, reclamando que dichas modificaciones (naturalmente legítimas) se hicieran con base en el principio de buena fe, lo que exigía un cierto plazo de preaviso [sentencia de 1984, asunto Nicaragua (competencia), *CJIJ Recueil 1984*, pp. 419-420; vide GUTIÉRREZ ESPADA, C.: *Derecho Internacional Público*, Trotta, Madrid, 1995, pp. 597-599 (pág. 23)].

<sup>12</sup> Sentencia de 19 de diciembre de 2005, cit., pág. 49.

<sup>13</sup> Sentencia cit., pág. 50.

<sup>14</sup> Sentencia cit., pág. 53.

<sup>15</sup> Sentencia cit., pág. 52.

La RDC acusa a Uganda de invadir su territorio el 4 de agosto de 1998, tomando parte en la ocupación del aeropuerto de Kitona (a 1.800 kilómetros de su frontera con Uganda), así como de ataques militares que se inician desde el Este del país y desde primeros de agosto, prolongándose de hecho a lo largo de los meses siguientes hasta la firma del Acuerdo de Lusaka el 10 de julio de 1999, por el que como hemos apuntado ya se pacta el cese de las hostilidades, la desmovilización y, sucesivamente, la retirada de todas las tropas extranjeras. Uganda, por su parte, considera que su presencia armada estaba jurídicamente justificada por el consentimiento de la RDC hasta el 11 de septiembre de 1998 (fecha en la que el Alto mando ugandés inicia la operación *Safe Heaven* a la que aludiremos más tarde (*infra* párr. 10, B), entre esta fecha y el 10 de julio de 1999 (Acuerdo de Lusaka) sus actos armados *en* y *contra* el Estado congoleño lo eran en legítima defensa ante los ataques del mismo, y a partir de dicho Acuerdo la presencia ugandesa en la RDC se halla de nuevo bajo la cubierta protectora del consentimiento dado por la República en dicho Acuerdo a su presencia militar <sup>16</sup>.

La Corte considera probados los hechos siguientes:

– Uno: La RDC dio su consentimiento a la presencia de tropas ugandesas en el país al menos hasta el 8 de agosto de 1998, fecha de clausura de la Cumbre de Victoria Falls. A partir de ese momento las tropas de Uganda se encontraban ilegalmente en territorio congoleño, con la única excepción de una presencia limitada y condicionada a ciertos objetivos concretos en la zona fronteriza entre ambos países al Este de la RDC <sup>17</sup>.

– Dos: No hay elementos de prueba que permitan afirmar que Uganda participó el 4 de agosto de 1998, fecha de la que la RDC parte [...], en la toma del aeropuerto de Kitona <sup>18</sup>.

– Tres: La Corte considera probado la comisión por Uganda de ataques armados *en* y *contra* la RDC desde primeros días de agosto de 1998 y que se prolongan los meses de septiembre y sucesivos, prácticamente hasta la firma el 10 de julio de 1999 del Acuerdo de Lusaka. Como en esas fechas, según lo apuntado, faltaba ya el consentimiento congoleño los ataques armados ugandeses sólo podrían encontrar justificación jurídica, en su caso, en la figura de la legítima defensa <sup>19</sup>.

– Cuatro: El Acuerdo de Lusaka (1999) y los Planes de Kampala (2000) y Harare (2000), el primero de los cuales había sido invocado por Uganda como implicando el consentimiento, por segunda vez, del Congo a su presencia militar en el país, no aporta dato alguno que permita aceptar dicha interpretación <sup>20</sup>. En consecuencia, salvo que pudiera demostrarse que Uganda actuó con base en el derecho de legítima defensa sus actos armados *en* y *contra* la RDC a partir del 10 de julio de 1999 y hasta su retirada real y total de dicho país no encontrarían justificación jurídica posible.

<sup>16</sup> Sentencia de 19 de diciembre de 2005 cit. (nota 1), párs. 31-34, 39 y 92.

<sup>17</sup> Sentencia cit., párs. 52, 53 y 105.

<sup>18</sup> Sentencia cit., párr. 71 (como conclusión de los párs. 55-70).

<sup>19</sup> Sentencia de 19 de diciembre de 2005 cit. (nota 1), párs. 72-91.

<sup>20</sup> «La Corte concluye de todo lo expuesto que los diversos tratados sobre la organización y el mantenimiento de un cese el fuego, la retirada de las fuerzas extranjeras y la estabilización de las relaciones entre la RDC y Uganda no implican (salvo en la limitada excepción relativa la región fronteriza de los montes Ruwenzori contenida en el Acuerdo de Lusaka) un consentimiento de la RDC a la presencia de las tropas ugandesas sobre su territorio desde el mes de julio de 1999, que hubiera validado jurídicamente dicha presencia» (sentencia cit., párr. 105).

5. Nos parece conveniente apuntar, además, para acabar con la exposición de los hechos que «como consecuencia de los actos de agresión armada perpetrados por Ruanda en el territorio de la RDC»<sup>21</sup>, cuestión que la Corte ha debatido con motivo de la demanda de este país contra Uganda en la sentencia de 19 de diciembre de 2005 objeto de la presente Nota, la RDC acusó (2002) a Ruanda de «violaciones masivas, graves y flagrantes de los derechos humanos y del Derecho internacional humanitario cometidas con desprecio de la Carta internacional de derechos humanos, otros instrumentos jurídicos pertinentes e importantes resoluciones del Consejo de Seguridad».

La Corte se ha declarado incompetente porque, como su Presidente hizo público mediante una declaración formal, «después de un atento examen de conjunto de las bases competenciales invocadas por la RDC al efecto, llegó a la conclusión de que no podía retener ninguna»; de modo que «en ningún momento la Corte ha examinado cuestión alguna sobre el fondo de la disputa ni la ha debatido»<sup>22</sup>.

Hay en esta nueva decisión aspectos muy interesantes que nos gustaría comentar pero que a fin de no enredar el hilo de la presente dejaremos para una Nota posterior<sup>23</sup>.

## II. SOBRE LA NORMA QUE PROHIBE EL USO DE LA FUERZA EN LAS RELACIONES INTERNACIONALES

1. *Mantenimiento de una concepción rigurosa sobre la legítima defensa, alejada de las tendencias «flexibilizadoras» más contemporáneas (incluye el tema de la legítima defensa preventiva).*

6. Sabido es que en los últimos años se ha manifestado con claridad una tendencia que propone flexibilizar el concepto actual del derecho de legítima defensa individual o colectiva. Manifestaciones rotundas de la misma en la práctica internacional contempo-

<sup>21</sup> Sentencia de 3 de febrero de 2006, *actividades armadas sobre territorio del Congo [nueva demanda (2002)] (RDC c. Ruanda) (competencia de la Corte y admisibilidad de la demanda)*, pár. 1.

<sup>22</sup> Declaración a la prensa del Presidente Shi Jiuyong... cit. (*supra* nota 8).

<sup>23</sup> Así los que se resuelven en los párs. 120-126 y 64 de la sentencia de 3 de febrero de 2006 cit. No queremos, sin embargo, dejar de mencionar aquí los cuatro aspectos más relevantes que deberán comentarse en su momento: 1) Es esta la primera vez que, a nuestro conocimiento, la Corte Internacional de Justicia aplica el artículo 4 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969) que regula la aplicación en el tiempo de la misma Convención. 2) Asimismo es la primera vez que la Corte conoce de la invocación directa por un Estado contra otro del artículo 66.a) de la misma, que regula la intervención del Tribunal en casos de alegación de la contrariedad de un tratado con normas de *ius cogens*, no pudiendo lamentablemente pronunciarse sobre la cuestión sobre esa base jurídica concreta por falta de competencia. 3) Es la primera vez también que la Corte afirma del citado artículo 66 que no forma parte aún (2006 repárese) del Derecho internacional consuetudinario, conclusión a la que probablemente ya había llegado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en 1998 (vide su sentencia de 16 de junio de 1998, A. Racke GmbH & Co. Contra Hauptzollamt Mainz, as. C-162/96, Recopilación de jurisprudencia 1998 p. I-03655, en el pár. 59 de la misma, que alude en concreto al artículo 65 del Convenio de Viena). 4) Y, en fin, en esta sentencia la Corte reitera su doctrina en el asunto de Timor Oriental (2005) según la cual ni siquiera la naturaleza imperativa o *erga omnes* de una norma aplicable puede burlar el principio de que la jurisdicción internacional, en particular la de la propia Corte, es voluntaria o facultativa [vide *ad ex*. GUTIÉRREZ ESPADA, C.: *La responsabilidad internacional [consecuencias del hecho ilícito]*, Diego Marín Librero-Editor, Murcia, 2005, párs. 79-81, pp. 155-159].

ránea son, en mi opinión, con un carácter global la llamada doctrina Bush o de «guerra preventiva» y, con más concreción, la invocación de la legítima defensa como pretendida base jurídica justificadora de la «Guerra de Afganistán» (2001-2002) no solo por los Estados Unidos sino también por el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte. Cabría añadir, también, que la Administración de los Estados Unidos, en la versión revisada que en el 2006 ha presentado de su Estrategia de Seguridad Nacional (2002), ha ratificado sus tesis sobre el uso preventivo de la fuerza armada <sup>24</sup>

Los exponentes documentales paradigmáticos de tendencia tal pueden encontrarse en el Informe (2004) del Grupo de Alto Nivel designado por el Secretario General de Naciones Unidas para la formulación de propuestas de reforma de la Carta en general y de su Sistema de seguridad colectiva en particular, así como en el Informe (2005) que el propio Secretario General sometió a la Cumbre Mundial de Jefes de Estado y de Gobierno (Naciones Unidas, Nueva York, septiembre de 2005) <sup>25</sup>.

En este último, el Secretario General de Naciones Unidas afirma:

«Las amenazas inminentes están plenamente previstas en el artículo 51, que salvaguarda el derecho inherente de los Estados soberanos a defenderse de un ataque armado (...)»

añadiendo, con respeto lo decimos pero lo decimos, sin recato:

«(...) Los juristas han reconocido hace tiempo que esto abarca tanto un ataque inminente como un ataque ya ocurrido» <sup>26</sup>.

7. El autor de más edad de esta Nota ya puso de manifiesto en otro lugar que esta concepción expansiva de la legítima defensa no parece conforme con la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia (CIJ/TIJ) en diversos asuntos contemporáneos (1986, 2003, 2004), de la que parece emanar una concepción rigurosa y más bien restrictiva, lo que estaría en perfecta coherencia con su naturaleza de excepción y con la gravedad que su aplicación comporta <sup>27</sup>.

<sup>24</sup> Sobre la Estrategia de Seguridad Nacional (*The National Security Strategy of the United States of America. September 2002*, pp. 1-34; he utilizado la traducción extraoficial al español proporcionada por el Servicio de Noticias en este idioma del Gobierno Federal: *Estrategia de Seguridad Nacional de Estados Unidos de América*, pár. cuarto de su apartado III, y que pueden consultarse en <http://usinfo.gov/espanol/terror/02093001.htm>). A estos efectos vide GUTIÉRREZ ESPADA, C., «El “uso de la fuerza” en los Informes del Grupo de Alto Nivel (2004), del Secretario General (2005) y, a la postre, en el Documento Final de la Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno (Naciones Unidas, Nueva York, septiembre de 2005)», *Anuario de Derecho Internacional*, XXI (2005), pp. 13-49, en pp. 16-19 (pár. 5) [puede también consultarse electrónicamente en UNISCI (Unidad de Investigación sobre Seguridad y Cooperación Internacional), número especial, vol. 10, enero 2006, [www.ucm.es/info/unisci](http://www.ucm.es/info/unisci)]. Para la Estrategia revisada, *The National Security Strategy of the United States of America. March 2006*, pp. 1-54 (<http://www.whitehouse.gov>); sobre la misma vide la nota de R. Bermejo García en la Sección de Información y Documentación de este mismo número.

<sup>25</sup> Para el detalle de esta tendencia vide *ad ex.* GUTIÉRREZ ESPADA, C., *El «uso de la fuerza» en los Informes ...*, cit., pp. 13-49

<sup>26</sup> «Un concepto más amplio de la libertad. Desarrollo, seguridad y derechos humanos para todos» (A/59/2005), 21 de marzo de 2005, pár. 124 (en el pár. 125 siguiente, el Informe declara, por el contrario, no conforme con el Derecho internacional el uso preventivo de la fuerza armada por los Estados ante «amenazas latentes»).

<sup>27</sup> GUTIÉRREZ ESPADA, C., *El hecho ilícito internacional*, Dykinson, Madrid, 2005, pár. 92 (pp. 117-125).

De la jurisprudencia de la Corte e interpretando sus decisiones atendiendo al sentido natural y la lógica de sus términos, se desprende un concepto de legítima defensa condicionado en la regularidad de su ejercicio a requisitos bien estrictos que, en esencia parecen ser los siguientes:

- Existencia de un ataque armado que revista las notas mínimas de intensidad, alcance y violencia; ataque que puede ser obra tanto del ejército de un Estado como de los grupos o bandas armadas irregulares que un Estado envíe para cometer actos armados de una gravedad equivalente o participe sustancialmente en los mismos. La Definición de la agresión, contenida en la res. 3314 (XXIX), de 14 de diciembre de 1974, ofrece una guía bien útil al efecto [art. 3, sobre todo letras *a*), *b*), *d*) y *g*)].
- Respuesta armada del Estado víctima que debe notificarse de inmediato al Consejo de Seguridad de Naciones Unidas.
- Respuesta armada del Estado víctima que debe, también, estar justificada, naturalmente en atención a las circunstancias concretas de cada caso, por las notas de necesidad, inmediatez y proporcionalidad.
- Y, en fin, afirmó la Corte en el marco de una alegación de legítima defensa colectiva, el Estado víctima del ataque armado debe haberse declarado objeto de una agresión de dicha naturaleza y haber solicitado la ayuda militar de quien le socorre invocando la legítima defensa.

Hay con todo una cuestión, importante en el marco de las tendencias contemporáneas en esta materia, que la Corte no ha zanjado, pudiendo, me parece, haberlo hecho sin violencia en el contexto de algunos de sus casos más recientes. En el asunto sobre las *actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua* (fondo, 1986), la Corte expresamente admite que no se pronuncia sobre la *legítima defensa preventiva*; en el caso de las *plataformas petrolíferas* (2003) tampoco alude a esta figura cuando los hechos daban pie, posiblemente, a hacerlo. Y, sin embargo, subyacente a las expresiones, al tenor, al sentido corriente y lógico de los términos empleados, así como a la rigurosa posición que la Corte asume en cuanto a la verificación de todos los requisitos, tanto procesales como de fondo, que al ejercicio regular de la legítima defensa son exigibles por el Derecho, late un mensaje que lleva a pensar a un intérprete objetivo que la Corte no parece proclive precisamente a admitir un uso preventivo de la fuerza armada<sup>28</sup>.

8. En la sentencia de 19 de diciembre de 2005 la Corte mantiene una concepción tan restrictiva como en su jurisprudencia anterior del derecho de legítima defensa: A) De una parte porque se muestra tan rigurosa como siempre en la comprobación, a fin de reconocer ese derecho, de todos los requisitos que en este se dan; y B) de otra porque, en nuestra opinión, la Corte, con renglones torcidos, ha escrito más derecho que nunca acerca de la legítima defensa preventiva. Veamos ambos supuestos por separado.

9. (A) La Corte Internacional de Justicia mantiene una concepción restrictiva de la legítima defensa cuando aun sin manifestarse *expressis verbis* sobre los requisitos exigibles para un ejercicio regular de la misma (en particular los de necesidad y proporcionalidad) sí lo hace indirectamente y, en todo caso, deja perfectamente clara la

<sup>28</sup> Vide GUTIÉRREZ ESPADA, C., *El hecho ilícito* cit. (nota 27), pár. 92 (pp. 123-124).

importancia que la comprobación de su existencia tiene para un válido ejercicio de esta excepción a la prohibición del uso de la fuerza armada <sup>29</sup>.

Con más claridad a nuestro juicio, la Corte ha recordado, como uno de los requisitos «naturales» que el artículo 51 de la Carta implica respetar, que quien pretende defenderse legítimamente «debe haber puesto en conocimiento del Consejo de Seguridad» los hechos que justificaban su respuesta armada <sup>30</sup>.

De varios de los pasajes de la sentencia queda claro que para la Corte la legítima defensa solo es posible como respuesta a un hecho ilícito muy concreto, la violación de la norma que prohíbe el uso de la fuerza armada y, más en concreto aún, un «uso mayor» de esta, la comisión de un «ataque armado»; el quebrantamiento de la prohibición, como veremos enseguida, mediante un «uso menor» de la fuerza supone desde luego la comisión de un hecho ilícito internacional pero no genera en la víctima en derecho de legítima defensa (*infra* párrafo 12).

Y, en fin, con una afirmación genérica pero sumamente reveladora de la concepción «restrictiva» que el derecho de legítima defensa tiene para ella, la Corte, tras reproducir el artículo 2.4 de la Carta, «piedra angular», califica, de la misma, afirma:

«El artículo 51 de la Carta no puede justificar el uso de la fuerza en legítima defensa sino en el marco de los límites que en él se definen estrictamente. No autoriza, más allá del marco así establecido, el uso de la fuerza por un Estado para proteger intereses que se consideran relevantes para su seguridad. Otros medios tiene a su disposición el Estado afectado, entre ellos, en particular, el recurso al Consejo de Seguridad» <sup>31</sup>.

¡Compárese con la afirmación que sobre la legítima defensa efectúa el Secretario General en su Informe a la Cumbre Mundial de septiembre de 2005! <sup>32</sup>.

10. Ciertamente es que una concepción estricta del derecho de legítima defensa ofrece un nivel de seguridad *jurídica* reconfortante en los azarosos tiempos que vivimos, en los que disparar a la legalidad vigente, en lo que a esta cuestión se refiere, parece haberse convertido para algunos en el deporte de moda. Pero también lo es, probablemente, que no hay más ciego que el no quiere ver que la realidad cambia y que no es bueno que los conceptos jurídicos se petrifiquen y vivan su propia vida desconectados del mundo real.

Y no pienses, malicioso lector, que los autores de esta Nota empiezan a rendirse a los cantos de sirena de la legítima defensa preventiva, no, quede bien claro que no estamos pensando en eso, que quede claro, sino más bien en sugerir la conveniencia de reflexionar seriamente y sin prisas sobre los términos en que dos de los jueces en

<sup>29</sup> «Asimismo, no habiéndose reunido las condiciones previas al ejercicio del derecho de legítima defensa en las circunstancias del caso, la Corte no tiene por qué preguntarse si tal derecho de legítima defensa ha sido o no ejercido en circunstancias caracterizadas por la necesidad y si lo ha sido de una manera proporcionada. Sin embargo, la Corte no puede dejar de destacar que la captura de aeropuertos y ciudades situadas a varios centenares de kilómetros de la frontera ugandesa no parece precisamente proporcionada a los diversos ataques transfronterizos de los que Uganda se prevale para justificar el ejercicio de su derecho de legítima defensa, ni necesaria para su ejercicio» [sentencia de 19 de diciembre de 2005 cit. (nota 1), pág. 147].

<sup>30</sup> Sentencia cit., pág. 145.

<sup>31</sup> Sentencia de 19 de diciembre de 2005 cit. (nota 1), pág. 148.

<sup>32</sup> *Supra* pág. 6.

este asunto se han expresado. Dos jueces que provienen el uno de la Academia y el Derecho, permítasenos que lo digamos así, y el otro de la Diplomacia y la Política; buena coyunda, ¿no?, para hablar de normatividad jurídica internacional.

Bruno Simma y Pieter H. Kooijmans han criticado el que la Corte haya rechazado responder a la cuestión de si y bajo qué circunstancias el Derecho internacional contemporáneo permite el derecho de legítima defensa contra ataques a gran escala de fuerzas irregulares<sup>33</sup>. Y es que, según afirmaciones del juez Kooijmans, a las que se unió el juez Simma<sup>34</sup>, la Corte parece aceptar que Uganda sólo hubiera podido ejercer la legítima defensa contra la RDC (recordemos, tropas revolucionarias antiugandesas que operaban desde territorio congoleño) si se hubiera producido un ataque de éstas imputable directa o indirectamente *a un Estado*, solución por otro lado en armonía con su jurisprudencia más reciente [asunto sobre las *consecuencias jurídicas de la edificación de un muro en territorio (palestino) ocupado* (2004)]<sup>35</sup>. Para el juez holandés, el hecho de que para poder ejercitar el derecho de legítima defensa el ataque armado previo deba emanar de un Estado se trata de un requisito que, al no figurar expresamente en el artículo 51 de la Carta, debe considerarse meramente el fruto de una interpretación, una interpretación, sí, mantenida a lo largo de más de cincuenta años<sup>36</sup>; de modo que si las actividades de bandas armadas pudieran equipararse a un ataque armado, el Estado víctima podría amparar en el artículo 51 de la Carta su respuesta armada aunque dichos grupos no hubieran sido «enviados» o «sustancialmente controlados» por Estado alguno en concreto<sup>37</sup>.

Esta interpretación más amplia de la legítima defensa, en el sentido de incluir no solo ataques armados provenientes de Estados, sería susceptible de ser aplicada tanto en casos como el que nos ocupa (grupos armados actuando sin trabas en un Estado cuyo Gobierno no es capaz de ejercer control eficaz al respecto...) <sup>38</sup> sino también y más en general en casos de terrorismo. Y habiéndola mencionado, a la Bicha nos referimos, el lector entenderá que los autores se propongan alcanzar el fin de este sendero con pies de plomo. Y debe entenderse, porque si aceptamos esto, ¿por qué un Estado no va a poder usar la fuerza armada, penetrando de ser preciso en territorio de otro para acabar con las bases o santuarios de grupos terroristas que en él se mueven sin

<sup>33</sup> Sentencia de 19 de diciembre de 2005 cit. (nota 1), pág. 147.

<sup>34</sup> Vide el párr. 27 de la opinión individual del juez Kooijmans y los párrs. 8 y 12 de la de Simma. El juez Bruno Simma afirma, incluso, que desde el asunto de Nicaragua (1986), los pronunciamientos de la Corte sobre la prohibición del uso de la fuerza en general y de la legítima defensa en particular han sido problemáticos [*«less for the things they say than for the questions they leave open»* (párr. 9 de su opinión individual)].

<sup>35</sup> En este caso y en contexto de la pretensión israelí de que hoy se reconoce «claramente el derecho de los Estados al recurso a la fuerza en legítima defensa contra los atentados terroristas», la Corte precisa que esta figura solo puede invocarse en los casos de ataques armados *entre Estados*, no en los casos de violencia interna, es decir, en el territorio de un Estado (o en territorio ocupado por este) (dictamen consultivo de 9 de julio de 2004, párrs. 138-139). Lo cual no quiere decir, por supuesto, que un Estado no pueda defenderse incluso con la legítima defensa cuando *otro* «le envía» terroristas o «los dirige y controla»; solo será preciso, como antes apuntaba, que los actos cometidos equivalgan por su gravedad a un genuino ataque armado.

<sup>36</sup> Opinión individual del juez Kooijmans, párr. 28.

<sup>37</sup> Opinión del juez Kooijmans (párr. 29) y Opinión del juez Simma (párr. 12).

<sup>38</sup> Hecho, por lo demás, y el propio juez Kooijmans lo advierte (párr. 30 de su Opinión), que parece habitual en no pocas zonas del Mundo, en África por ejemplo.

que el Estado territorial pueda impedirlo?<sup>39</sup>. Cuidado, cuidado, cuidado (...); no vaya a ser peor el remedio que la enfermedad. ¡Pensémoslo en todo caso!; ¡trátese el tema seriamente a nivel internacional!; y seamos todos razonables. Amén.

Con todo, y volviendo al caso que nos ocupa, los jueces Kooijmans y Simma declararon, finalmente, estar de acuerdo con la negativa de la Corte a que Uganda hubiera actuado en legítima defensa, pero porque no se dieron otros requisitos, pues algunas de las acciones ugandesas (como la toma del aeropuerto de Kinsangani y de territorio congoleño alejado de las fronteras con Uganda) resultaron desproporcionadas e innecesarias, no pudiendo admitirse como un ejercicio regular de la figura de la defensa legítima<sup>40</sup>.

11. (B) Por lo que atañe a la noción de la *legítima defensa preventiva*, la Corte que, si es verdad, recuerda que tampoco en este caso se ha invocado expresamente dicho concepto por lo que de él no se trata<sup>41</sup>, adopta sin embargo una decisión en un contexto tal y, lo que es más, con una argumentación y términos tales que la interpretación que quienes esto escriben han creído posible dar de su jurisprudencia anterior en el sentido de que la Corte no parece inclinada a admitir la legalidad de esa figura, resulta, pensamos, notablemente reforzada con la que se sienta en el presente asunto. Pero permítenos, lector amigo, que nos expliquemos sentencia en mano.

Una de las fases del conflicto en la que se desencadenaron los ataques más feroces de las fuerzas armadas ugandesas en la RDC se abre el 11 de septiembre de 1998 con la operación que en términos militares Uganda llamó «Cielo Seguro» (*Safe Heaven*). El documento clave del Alto Mando ugandés sobre la misma decide llevar a cabo diversas acciones militares «a fin de preservar los intereses legítimos de Uganda en materia de seguridad»<sup>42</sup>. La Corte afirma que los objetivos de esa operación tal y como se enuncian en el documento de Uganda «no atañen a la legítima defensa en el sentido que a esta se da por el Derecho internacional» y, añade, más en concreto, con lo que y acerca de su pensamiento íntimo podríamos decir nosotros, como de Moby Dick gritara el vigía al capitán Achab desde lo alto de la cofia, «allí..., por allí resopla» (...):

«La Corte constata que las operaciones ugandesas no podrían justificarse, suponiendo que ello fuera posible, en tanto que acciones de legítima defensa (...). La operación “Safe Heaven” se basaba claramente en la reivindicación por Uganda de un derecho a “preservar sus intereses legítimos (...) en materia de seguridad” (...)»<sup>43</sup>.

<sup>39</sup> El autor de más edad de la presente Nota ya pensó en su día (1987) que una salida a la intolerable situación del Estado que se ve permanentemente acosado por actos de terroristas o de grupos armados que en el caos de un Estado vecino se mueven sin que la comunidad internacional reaccione y sin que los conceptos técnico-jurídicos de la época (¡la legítima defensa pardiez!), podría estar en una regulada aplicación de otras figuras, como la del estado de necesidad (...). ¿Nos vale ahora la ya la *Vecchia Donna*? A mí me recuerda todo esto un poco el telar de Penélope la esposa fiel y no menos astuta del sagaz Odiseo, rey de Itaca.

<sup>40</sup> Opiniones del Sr. Kooijmans (párr. 34 y 35) y del Sr. Simma (párr. 14).

<sup>41</sup> «En este asunto (la Corte se refiere a su sentencia sobre el fondo de 1984 en el caso Nicaragua), la Corte decidió “que no se pronunciaba pues sobre este tema” (la posible invocación de la legítima defensa ante una ataque armado inminente pero no producido aún). Ocurre igual en el presente caso.»

<sup>42</sup> Sentencia de 19 de diciembre de 2005 cit. (nota 1), párr. 109 (que reproduce el documento en cuestión).

<sup>43</sup> Sentencia cit., párrs. 119, 112-113.

Tras haber apuntado que no se pronuncia sobre la cuestión de la legítima defensa preventiva, la Corte señala que el documento del Alto Mando ugandés citado:

«No hace mención alguna de agresiones armadas de las que Uganda hubiera sido víctima por parte de la RDC (...). La posición del Alto Mando es más bien que [la operación militar por él desencadenada] es necesaria para “preservar los intereses legítimos de Uganda en materia de seguridad”. Las exigencias de seguridad mencionadas son esencialmente de naturaleza preventiva (...)»<sup>44</sup>.

Afirmar esto (es decir, no nos vale el documento porque genera acciones militares con base en consideraciones de naturaleza preventiva) en un contexto en que la Corte niega a Uganda su pretendido derecho de legítima defensa<sup>45</sup>, en un contexto en que la Corte ha dicho que ese documento no responde a la legítima defensa según se entiende en Derecho internacional<sup>46</sup>, y en un contexto, en fin, en que la Corte afirma, como hemos visto, que «el artículo 51 de la Carta (...) no autoriza (...) el uso de la fuerza por un Estado para proteger intereses considerados relevantes para su seguridad (...) [y que en tal caso hay otros medios] como el recurso al Consejo de Seguridad»<sup>47</sup>, no hace sino empujar a todo intérprete objetivo, como pretenden ser los firmantes de esta Nota, a una sola conclusión: la CIJ no acepta el concepto de legítima defensa preventiva.

¿Nos equivocamos mucho acaso si consideramos, dada la fecha de la sentencia, 19 de diciembre de 2005, esto es nueve meses después de la del Informe del Secretario General de Naciones Unidas, que en ella no se sostiene precisamente lo mismo que este al respecto, y que lo que en ella se dice tiene por tanto su importancia?

2. *Confirmación de que el ataque armado puede provenir del ejército regular de un Estado o de grupos irregulares enviados o controlados por él y, en ambos casos, dar lugar por tanto al derecho de legítima defensa.*

12. Aunque la Corte no se pronuncia expresa y directamente en su sentencia en este asunto sobre si es posible y en qué condiciones invocar el derecho de legítima defensa contra un Estado implicado en los actos armados de grupos o bandas irregulares que actúen en el territorio de otro, sí parece entender *a contrario sensu* [confirmando por tanto la plena aplicación del art. 3, letra g), de la Definición de la Agresión que ya ha tenido en cuenta en su jurisprudencia]<sup>48</sup> que el Estado afectado que demuestre el envío de esos grupos por otro Estado o la participación sustancial de este en los actos armados de los mismos tiene frente a él, de acuerdo con el ordenamiento internacional contemporáneo, un derecho de respuesta armada con base en la figura de la legítima defensa<sup>49</sup>; al menos en tanto en cuanto los ataques de dichos

<sup>44</sup> Sentencia cit., párr. 143.

<sup>45</sup> Sentencia cit., párrs. 145-147.

<sup>46</sup> Vide *supra* nota 31.

<sup>47</sup> Sentencia de 19 de diciembre de 2005 cit. (nota 1), párr. 148.

<sup>48</sup> Resolución 3314 (XXIX), de 14 de diciembre de 1974 (vide sentencia de 27 de junio de 1986 en el asunto Nicaragua, párr. 195, *CIJ Recueil* 1986, pp. 103-104).

<sup>49</sup> «En consecuencia, (la Corte) no tiene que pronunciarse sobre los argumentos de las Partes relativos a la cuestión de saber si y en qué condiciones el Derecho internacional contemporáneo prevé un derecho de legítima defensa para responder a ataques de envergadura llevados a cabo por fuerzas irregula-

grupos sean «de envergadura» (en palabras de la Corte) o, como la Definición de la Agresión precisa, «de tal gravedad que sean equiparables a los actos antes enumerados».

Puede ser interesante mencionar que, en el caso concreto, los actos cometidos por los grupos rebeldes que, según entendemos, la Corte hubiera considerado (*contrario sensu*) generadores del derecho de legítima defensa consistieron en una serie de ataques repetidos a lo largo de un período dado de tiempo en lugares diversos y que comportaron el secuestro y la muerte de alrededor de un centenar de personas, civiles la mayoría si no todas, y la destrucción de poblados e instalaciones civiles tales como escuelas o centros religiosos...<sup>50</sup>.

### 3. *Confirmación de que hay usos ilícitos de la fuerza que no generan el derecho de legítima defensa.*

13. Según el Derecho vigente, la legítima defensa presupone la existencia de un ataque armado en forma y solo cuando éste se da cabe invocarla regularmente, negándose esa posibilidad incluso aunque el Estado contra el que pretende ejercerse haya violado la prohibición del uso de la fuerza armada llevando a cabo alguno de los «usos menores» de la misma.

La CIJ se ha referido a esta cuestión tanto el asunto relativo a las *actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua* (1986) como en el que se refiere a las *plataformas petrolíferas* (2003)<sup>51</sup>. Y lo ha concretado además, considerando que no constituyen usos de la fuerza susceptibles de ser calificados como un ataque armado que justifique una respuesta en legítima defensa: la ayuda a fuerzas rebeldes de un Estado por medio del suministro de armas o apoyo logístico<sup>52</sup>; un ataque puntual con el lanzamiento de un misil contra un buque mercante, disparos repetidos hacia un helicóptero militar, o el sembrado de una mina con la que impacta un navío de guerra de otro Estado<sup>53</sup>.

res» [sentencia de 19 de diciembre de 2005 cit. (nota 1), pág. 147]. Pero en un pasaje anterior se afirma: «Conviene, además, destacar que mientras Uganda pretende haber actuado en legítima defensa, nunca ha mantenido haber sido objeto de agresión algunas por parte de las fuerzas armadas de la RDC. La “agresión armada” a la que se ha hecho referencia era más bien obra de las Forces Démocratiques Alliées (FDA) (grupos rebeldes, en suma, antiugandeses que atacaban objetivos en Uganda y volvían al Congo). La Corte ha sostenido antes (...) que no había prueba satisfactoria alguna de la implicación directa o indirecta de la RDC en estos ataques. Estos no eran obra de fuerzas armadas o fuerzas irregulares enviadas por la RDC o que actuaran en su nombre en el sentido del artículo 3.g) de la res. 3314 (XXIX) de la Asamblea General, adoptada el 14 de diciembre de 1974. La Corte cree, vistos los elementos de prueba de que dispone, que esos ataques repetidos y deplorables, incluso si pueden considerarse como presentando un carácter acumulativo, no son atribuibles a la RDC» (pág. 146; la cursiva es nuestra).

<sup>50</sup> «Ataque contra la escuela técnica de Kichwamba, en el curso del cual treinta y dos alumnos fueron muertos y ciento seis secuestrados; un ataque cerca de Kichwamba, en el curso del cual cinco personas fueron muertas; un ataque contra la población de Benyangule el 26 de junio, en el que murieron o resultaron heridas once personas; el secuestro de diecinueve seminaristas en Kimburara el 5 de julio; un ataque contra la ciudad de Kasesse el 1 de agosto en cuyo curso tres personas murieron. Un sexto ataque ha sido mencionado en la audiencia: habría tenido lugar en Kijarumba y habría ocasionado treinta y seis víctimas» [sentencia de 19 de diciembre de 2005 cit. (nota 1), pág. 132].

<sup>51</sup> Sentencias de 27 de junio de 1986, párs. 191 y 195 y de 6 de noviembre de 2003, pág. 51.

<sup>52</sup> Sentencia de 27 de junio de 1986, pág. 195.

<sup>53</sup> Sentencia de 6 de noviembre de 2003, pág. 64 *in fine* y pág. 72. La Corte entiende, para ser rigurosos del todo, que tales hechos no generan *per se*, automática y necesariamente el derecho de legítima defensa.

14. La Corte ha confirmado esta tesis y su jurisprudencia anterior en su sentencia de 19 de diciembre de 2005 a propósito de las *actividades armadas en el territorio del Congo*.

De una parte considera que Uganda, que se defendía de la acusación de la RDC de haber llevado a cabo una agresión armada en su territorio alegando que sus actividades militares lo eran en legítima defensa, no puede invocar ni esta ni ninguna otra causa que permita excluir la ilicitud de su comportamiento. Uganda al conquistar militarmente varios aeropuertos y poblaciones del Congo en el este del país, penetrando en él profundamente (hasta aproximadamente 600 kilómetros desde su frontera) comete según la Corte, «violaciones graves» de la norma que prohíbe el uso de la fuerza <sup>54</sup>.

Desde la otra cara del espejo, la Corte, al rechazar la primera demanda reconvenicional de Uganda le dice a esta que no, que sus acciones en y contra el Congo no pueden serlo en legítima defensa, es precisamente la RDC la que puede usar la fuerza como respuesta al precipitado ataque armado ugandés:

«Se deduce de ello que ninguna acción militar por la RDC contra Uganda (...) podrá considerarse ilícita, en tanto en cuanto se justifica a título de legítima defensa en virtud del artículo 51 de la Carta» <sup>55</sup>.

Legítima defensa que hubiese sido también posible por parte de Uganda de haberse de mostrado que la RDC envió o controlaba sustancialmente bandas armadas para cometer en Uganda ataques armados en sentido propio. Estos se produjeron por parte de las *Forces Democratiques Alliées* (FADS) a lo largo de junio de 1998, pero la Corte no pudo implicar a la RDC en los actos de dichos grupos <sup>56</sup>.

15. Junto al reconocimiento, que acabamos de ver, de que una agresión armada, un uso «mayor» o «grave» de la fuerza, genera el derecho de legítima defensa, la Corte ha reconocido también en este caso que hay violaciones de tan sagrado principio, los «usos menores» de la fuerza, que siendo ilícitas desde luego no permiten al Estado lesionado reaccionar con una respuesta armada defensiva.

Así el Tribunal tras afirmar que no ha podido probarse que sean imputables a Uganda los actos armados cometidos en el Congo por el Movimiento de Liberación del Congo (MLC), sí se ha probado que entrenaba y sostenía al Ejército de Liberación del Congo (l'Armée de Libération du Congo) (ALC), ala militar del MLC. Estos apoyos, constituyen la «violación de ciertas obligaciones del Derecho internacional», como la que consagra el deber de todo Estado de no implicarse en actos de terror o en conflictos internos de otros; en suma, afirma la Corte citando su sentencia de 1986 (asunto Nicaragua), que la norma que prohíbe el uso de la fuerza se puede incumplir (como ocurre en el caso) recurriendo a los medios indirectos a los que se refiere la Declaración de Principios aneja a la res. 2625 (XXV), de 24 de octubre de 1970, disposiciones que, afirma, «revisten un carácter declarativo del Derecho internacional consuetudinario» <sup>57</sup>.

<sup>54</sup> Vide *infra* párs. 19-20 (apartado III).

<sup>55</sup> Sentencia de 19 de diciembre de 2005 cit, (nota 1) pár. 304.

<sup>56</sup> Sentencia de 19 de diciembre de 2005 cit, (nota 1), pár., 146.

<sup>57</sup> Sentencia cit., párs. 161-164 (que citan, como decía, a su vez los párs. 206 y 209 de su sentencia de 1986 en el asunto Nicaragua, *CJIJ Recueil 1986*, pp. 108-110). La Corte cita en concreto el pár. séptimo del principio de prohibición del uso de la fuerza («Todo Estado tiene el deber de abstenerse de organizar,

Y, más en concreto, la Corte sostiene expresamente que aun demostrándose como cierto que, a petición de otro, un Estado entrena y transporta por vía aérea grupos armados para que combatan junto al ejército del solicitante contra fuerzas armadas de un tercer Estado que han penetrado en el territorio del solicitante e incluso para que desde éste realicen incursiones contra él, no permite al Estado contra el que dichos grupos actúan invocar válidamente el derecho de legítima defensa contra el Estado que, repito, a petición de otro se limitó a entrenarlos y transportarlos <sup>58</sup>.

4. *Confirmación de que las obligaciones de impedir que desde el propio territorio se cometan actos armados contra un Estado vecino dependen de los medios y circunstancias del caso.*

16. En la primera de sus demandas reconventionales, Uganda acusa a la RDC (Zaire, entre 1971 y 1997) de haber tolerado y aún ayudado a los grupos armados que llevaban a cabo, desde bases situadas en territorio zaireño, actos armados contra y en Uganda, implicación que tras el acceso al poder del Presidente Kabila continuó acentuándose incluso con un apoyo más activo por parte del gobierno congoleño a esos grupos antiugandeses entre mayo de 1996 y agosto de 1999 <sup>59</sup>.

Más en concreto, la RDC habría violado la norma que prohíbe el uso o amenaza de la fuerza en las relaciones internacionales así como el que prohíbe la intervención en dos sentidos: *De una parte*, al apoyar y sostener a estos grupos antiugandeses en sus actos armados habría violado la prohibición del uso de la fuerza armada así como el principio que prohíbe la intervención; y, *de otra*, al haber incumplido su deber de vigilancia para impedir que (otros) grupos irregulares atacasen a un Estado vecino desde su territorio. Uganda evoca en particular que «en el *asunto del estrecho de Corfú*, la CIJ había señalado que “la obligación para todo Estado de no permitir que su territorio se utilice para fines contrarios a los derechos de otros Estados” es un “principio general bien conocido” (*CIJ Rec. 1949*, pp. 22-23)» <sup>60</sup>.

17. La CIJ que, por lo demás, no considera probado que la RDC entrenara, armara, equiparara, financiara y aprovisionara a los insurgentes aintiugandeses <sup>61</sup>, esto es, no considera probado el apoyo activo de la RDC a dichos actos, hace dos afirmaciones sobre el mencionado deber de diligencia que nos parecen de interés, precisamente al hacerlo, y que vienen a confirmar lo que en términos generales todos entendemos como el Derecho vigente en este punto.

---

instigar, ayudar o participar en actos de guerra civil o en actos de terrorismo en otro Estado, o de consentir actividades organizadas dentro de su territorio encaminadas a la comisión de dichos actos, cuando los actos a que se hace referencia en el presente párr. impliquen el recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza»), así como el párr. segundo del principio que prohíbe la intervención («Todos los Estados deberán también abstenerse de organizar, apoyar, fomentar, financiar, instigar o tolerar actividades armadas, subversivas o terroristas en caminadas a cambiar por la violencia el régimen de otro Estado, y de intervenir en los luchas interiores de otro Estado») (sentencia de 19 de diciembre de 2005 cit., párr. 162).

<sup>58</sup> «La Corte precisa además que las afirmaciones según las cuales Sudán entrenaba y transportaba soldados de las FAC a petición del Gobierno congoleño no darían a Uganda derecho a emplear la fuerza a título de legítima defensa, incluso si los hechos alegados estuviesen probados» (sentencia cit., párr. 127).

<sup>59</sup> Sentencia cit., párrs. 276, 278.

<sup>60</sup> Sentencia de 19 de diciembre de 2005 cit. (nota 1), párr. 277.

<sup>61</sup> *Ibidem*, párrs. 299, 303, 304 y 121-147.

– De un lado, confirma en efecto el deber de vigilancia que todo Estado tiene y que le obliga a no «tolerar en su territorio actividades organizadas con miras a la perpetración de tales actos (de guerra civil o de terrorismo)» y a no «tolerar actividades armadas subversivas o terroristas destinadas a acabar por la violencia con el régimen de otro Estado así como de intervenir en las luchas intestinas de otros (...)», disposiciones éstas a las que se atribuye, como ya hemos apuntado, naturaleza consuetudinaria»<sup>62</sup>.

– De otro, la Corte deja claro que este deber de vigilancia no comporta una obligación (absoluta) de resultado, sino que depende de las circunstancias del caso y muy en particular de las condiciones y medios con los que el Estado territorial debe hacer frente a ese deber. La Corte entiende que ni el antiguo Zaire, luego RDC, ni tampoco Uganda «estaban en posición de poner fin a las actividades» de las bandas armadas que pululaban a uno y otro lado de la frontera. El Tribunal no puede concluir con las pruebas de que dispone que:

«la ausencia de acción del Zaire respecto de los grupos rebeldes de la región fronteriza pueda calificarse de una “tolerancia” con estas actividades o de una “aquiescencia” a las mismas.»

Por el contrario,

«teniendo en cuenta las dificultades de acceso al territorio y su alejamiento (...) ni la RDC ni Uganda podían acabar con todas las acciones rebeldes pese a los esfuerzos desplegados (...)»

Y es que, según la propia Uganda afirma y la Corte recoge, la libertad de movimientos de los rebeldes en la región fronteriza entre la RDC y Uganda era posible

«gracias a su terreno montañoso, su alejamiento de Kinshaha (más de 1.500 kilómetros) y a la ausencia casi total de representantes del Gobierno central o de las autoridades regionales durante los treinta y dos años de presidencia de Mobutu»<sup>63</sup>.

La CIJ se enmarca, con esta decisión, en una línea jurisprudencial bien afianzada y según la cual la obligación de debida diligencia que todo Estado tiene debe apreciarse siempre valorando «todas las circunstancias que lo (el supuesto o caso en cuestión) rodean». Los medios de los que un Estado pueda disponer, lo que vendrá determinado por su grado de desarrollo económico y de poder político y/o por otros factores que afecten directamente a su estructura orgánica (guerra civil, emergencia pública, crisis de violencia interna, dificultades orográficas...), son los parámetros decisivos que pueden desembocar en la atenuación o incluso la exclusión de su responsabilidad<sup>64</sup>. De otro modo, la obligación de debida diligencia podría convertirse prácticamente en una obligación de *garantía* o, como mantuvo el tribunal arbitral encargado de resolver

<sup>62</sup> Ibídem, párs. 300 y 162 (vide *supra* nota 57).

<sup>63</sup> Sentencia de 19 de diciembre de 2005 cit. (nota 1), párs. 301, 303.

<sup>64</sup> Con referencias concretas a práctica y jurisprudencia, LOZANO CONTRERAS, J. F., *La noción de debida diligencia en la codificación y jurisprudencia internacionales*, tesis doctoral (aún inédita), Universidad de Alicante, 2005, pp. 243-246.

la disputa entre Méjico y una empresa extranjera (asunto Técnicas Medioambientales TECMOD S.A. c. Estados Unidos Mejicanos):

«(...) la garantía de protección y seguridad no es absoluta ni impone al Estado que la emite responsabilidad objetiva»<sup>65</sup>.

18. La primera demanda reconventional de Uganda fue, pues, rechazada en su integridad<sup>66</sup>.

**III. Y, EN FIN, PARA QUE SIRVA DE PUNTO DE CONEXIÓN CON LA (PROYECTADA) NOTA SIGUIENTE, ES LA PRIMERA VEZ QUE LA CORTE CONSAGRA UNA TERMINOLOGÍA PRÓXIMA A LOS ARTÍCULOS 40 Y 41 DEL PROYECTO DE LA CDI SOBRE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO (2001)**

19. Sabido es que los arts. 40 y 41 del Proyecto de la CDI sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos consagran, en un contexto de desarrollo progresivo probablemente<sup>67</sup> del Derecho internacional, un régimen específico de responsabilidad para los casos de «violación grave por un Estado de una obligación que emane de una norma imperativa de derecho internacional general», determinándose a su vez que «la violación de tal obligación es grave si implica el incumplimiento flagrante o sistemático de la obligación por el Estado responsable»<sup>68</sup>.

También es sabido que aunque en su texto la CDI no ha ejemplificado supuestos de *ius cogens*, sí lo ha hecho en los comentarios. La prohibición de la agresión es, sin duda, una de las normas imperativas del Derecho internacional contemporáneo<sup>69</sup>. La misma Corte recordaremos que en este asunto que comentamos ha calificado al artículo 2.4 de la Carta de Naciones Unidas, que prohíbe en conjunto y con carácter general el uso de la fuerza armada, de «piedra angular» de la misma<sup>70</sup>.

Pues bien, es la primera vez, a nuestro conocimiento, que la CIJ (y posiblemente la jurisprudencia internacional en su conjunto) califica un hecho ilícito concreto como

<sup>65</sup> Sentencia de 29 de mayo de 2003, pár. 177 (<http://www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm>).

<sup>66</sup> Sentencia de 19 de diciembre de 2005 cit., pár. 345, punto 9 (por 14 votos c. 3).

<sup>67</sup> De todos modos, la propia Comisión parece distinguir entre dos supuestos: Para ella, las obligaciones (el «deber») que todos los Estados del mundo tienen, ante la violación grave de obligaciones derivadas de normas imperativas de Derecho internacional general, de *no reconocer* la situación creada por la misma y *no ayudar* a su autor a consolidarla están asentadas ya en la práctica y la jurisprudencia internacionales; por el contrario, la obligación de cooperar para poner fin a la violación grave de normas imperativas es desarrollo progresivo [vide GUTIÉRREZ ESPADA, C., *La responsabilidad...* cit. (nota 23), pár. 61 (pp. 114-115)]. Obsérvese, en tal caso, que parece sobreentendido el que la distinción entre hechos ilícitos «normales» y violaciones graves de normas imperativas forma parte ya del Derecho internacional.

<sup>68</sup> Artículo 40.1-2 del Proyecto, *Informe CDI. Quincuagésimo séptimo período de sesiones (23 de abril a 1 de julio y 2 de julio a 10 de agosto de 2001). Asamblea General. Documentos oficiales. 56.º período de sesiones. Suplemento núm. 10 (56/10)*, Nueva York, Naciones Unidas, 2001, pp. 10-405.

<sup>69</sup> Vide GUTIÉRREZ ESPADA, C., *La responsabilidad...* cit., párs. 32, 41, 44 (pp. 77, 86 y ss. y 92 y ss.).

<sup>70</sup> Vide *supra* pár. 9, letra A.

de «violación grave» de la norma que prohíbe el uso de la fuerza; en este asunto lo hace en dos pasajes muy claramente:

«Emanan de los elementos de prueba que las UPDF (*Uganda People's Defences Forces*) han atravesado vastas zonas de la RDC violando así la soberanía territorial del país. Han llevado a cabo operaciones militares en gran número de localidades, especialmente en (...). Se trata de violaciones graves del parágrafo 4 del artículo 2 de la Carta.»

Y un poco más adelante:

«La intervención ilícita de Uganda ha sido de una amplitud y duración tales que la Corte la considera como una violación grave de la prohibición del uso de la fuerza enunciada en (...)»<sup>71</sup>.

Los jueces Simma y Elaraby añaden algo que no nos resistimos, compartiendo su extrañeza, a citar: ¿Por qué la Corte no ha pronunciado la palabra mágica?: ¡Agresión! <sup>72</sup>. Para el juez Simma, si la invasión por Uganda de parte del Congo (una parte, afirma, equivalente al territorio de Alemania) fue calificada por la Corte como violación grave (párr. 165 de la sentencia), ¿por qué no llama «al pan pan y al vino vino» <sup>73</sup> y nos habla de agresión? Si, continúa el juez:

«hubo alguna vez una actividad militar ante la Corte merecedora de ser calificada de acto de agresión esta es sin duda la invasión ugandesa de la República Democrática del Congo. Comparadas en su alcance e impacto con ella, las acciones militares que la Corte debió analizar en casos anteriores, como los del Canal de Corfú, Nicaragua o las Plataformas petrolíferas, rozaron lo insignificante» <sup>74</sup>.

El Consejo de Seguridad, en sus resoluciones sobre el conflicto del Congo nunca habló ciertamente de agresión, pero sus razones para ello, afirma el juez, eran puramente políticas; es la Corte Internacional de Justicia, precisamente, en cuanto órgano principal de Naciones Unidas la que debe hacerlo <sup>75</sup>. ¡Bien dicho!

20. De esto se deduce que Uganda ha cometido la violación grave de una obligación emanada de una norma imperativa del Derecho internacional general (art. 40.1 del Proyecto de la CDI) lo que genera la aplicación de un régimen específico de responsabilidad.

¿Se ha reflejado este hecho en las consecuencias jurídicas que para los mismos el Derecho establece? Agotado el espacio en éste, escribiremos sobre ello, Dios median- te, en un trabajo posterior.

<sup>71</sup> Sentencia de 19 de diciembre de 2005 cit. (nota 1), párs. 153, 165.

<sup>72</sup> Opinión individual del juez Elaraby (párs. 7, 9 y 14) y del juez Simma (pár.2).

<sup>73</sup> Traducimos la expresión del magistrado (pár. 2 de su Opinión) en inglés: *Why not call a spade a spade?*

<sup>74</sup> Opinión del juez Simma, pár. 2.

<sup>75</sup> *Ibidem*, pár. 3.

# LA HISTORIA JAMÁS CONTADA DE LOS ACTOS UNILATERALES DE LOS ESTADOS: DE LOS ENSAYOS NUCLEARES AL ASUNTO DE LA REPÚBLICA DEMOCRÁTICA DEL CONGO CONTRA RUANDA

MARÍA ISABEL TORRES CAZORLA

Profesora Titular de Derecho Internacional Público  
y Relaciones Internacionales  
Universidad de Málaga

## SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.—II. QUÉ ERAN Y QUÉ SON LOS ACTOS UNILATERALES DESDE LA PERSPECTIVA DE LA CIJ: 1. *Una expresión maldita*. 2. *Claridad meridiana de una vez*.—III. CONCLUSIONES.

## I. INTRODUCCIÓN

El año 2006 pasará a la historia del Derecho Internacional como el año de la subida a los cielos y el descenso a los infiernos de los actos unilaterales de los Estados, al menos en lo que a la posible codificación de este tema respecta. Esta afirmación, planteada a modo de hipótesis en el momento en que redacto estas líneas (mayo del año 2006), aunque en apariencia apocalíptica, no hace más que reflejar la tendencia dibujada desde 1996 hasta el año en curso respecto al tratamiento de este tema <sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> El tema de los actos unilaterales de los Estados fue sugerido por la CDI en 1996 (véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 10* (A/51/10), p. 250, párr. 249), encontrando acogida dicha idea por parte de la Asamblea General en su Resolución 51/160, de 30 de enero de 1997. El optimismo de este momento inicial, en que se consideró a «los actos unilaterales de los Estados» como uno de los «temas idóneos para su codificación y desarrollo progresivo» por la propia Comisión se ha visto trastocado por la diversidad de aspectos controvertidos que presenta, lo que ha dificultado sobremanera el avance de los trabajos. En este sentido, a modo ilustrativo pueden verse los trabajos de BONDÍA GARCÍA, D., *Régimen jurídico de los actos unilaterales de los Estados*, J. M. Bosch, Barcelona, 2004, especialmente pp. 33-35; D'ASPREMONT LYNDEN, J., «Les travaux de la Commission du droit international relatifs aux actes unilatéraux des États», *RGDIP*, núm. 109, 2005-1, especialmente pp. 164-166; RODRÍGUEZ CEDEÑO, V. y TORRES CAZORLA, M. I., en «Contribución al estudio de los actos unilaterales de los Estados: ¿Una labor de codificación posible?», capítulo del *Liber*

Y ello encuentra su reflejo tanto en la propia Comisión de Derecho Internacional (en adelante CDI) como en la Sexta Comisión de la Asamblea General de Naciones Unidas.

En este sentido, el reciente pronunciamiento de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) de febrero de 2006 en el asunto de la República Democrática del Congo contra Ruanda<sup>2</sup>, a pesar de declarar su incompetencia para conocer del fondo del asunto, ofrece elementos destacables relacionados muy directamente con los actos unilaterales de los Estados. Y éste es, también, y si se me permite la expresión, el ascenso a los cielos del tema de los actos unilaterales<sup>3</sup>.

En segundo lugar, durante el período de sesiones del año 2006, corresponde a la CDI analizar el «Noveno Informe sobre los actos unilaterales de los Estados»<sup>4</sup>. Este informe coincide con el final del mandato del que hasta la fecha ha sido Relator Especial sobre el tema (el sr. Víctor Rodríguez Cedeño), cuya encomiable labor quisiera subrayar desde estas páginas<sup>5</sup>. Todos los indicios apuntan a que será el último informe (final y recapitulativo) sobre los actos unilaterales de los Estados. Éste es el que he tenido la osadía de calificar como «descenso a los infiernos», aunque en realidad, se trata de la crónica de una muerte que se venía anunciando desde hace años y que, a

---

*Amicorum en homenaje al Profesor Dr. Didier Operti Badán*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2005, pp. 757-800, así como TORRES CAZORLA, M. I., «Las dificultades que la Comisión de Derecho Internacional encuentra para codificar un tema controvertido: los actos unilaterales de los Estados», *Revista de Derecho. Universidad de Montevideo*, núm. 8, 2005, pp. 71-84.

<sup>2</sup> *Affaire des activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête: 2002)* (République Démocratique du Congo c. Rwanda), de 3 de febrero de 2006, relativa a la competencia de la Corte y a la admisibilidad de la demanda, cuyo texto puede consultarse en <http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/icrw/icrwframe.htm>.

<sup>3</sup> Dicho ascenso a los cielos se plasmaría en el tratamiento de este tema por parte de la CIJ, aunque como veremos es un ascenso calificado en cierta medida como un brindis al sol, desde un punto de vista pragmático.

<sup>4</sup> En el momento en que redacto estas líneas aún no ha sido publicado y traducido íntegramente el documento completo que habrá de ser tratado en la Comisión durante el presente período de sesiones. Al haber colaborado directamente con el Relator Especial en su elaboración, puedo adelantar que la idea inicial giraba en torno a dos cuestiones: el planteamiento de una serie de principios relativos a los actos unilaterales (denominados inicialmente principios-guía y que finalmente han sido traducidos como «principios rectores») y una segunda parte en la que, además de explicar dichos principios, se diese un tratamiento más amplio a una cuestión que quedó apuntada en debates previos, pero sobre la que no se había profundizado. Me refiero a la validez y duración de los actos unilaterales. A principios de mayo ha visto la luz el documento A/CN.4/569, en el que se contienen los Principios rectores (un total de once), cuya discusión está prevista para la segunda parte del período de sesiones desarrollado el año 2006. La labor de traducción de los necesarios documentos adicionales que complementan el anterior se prevé que se complete antes del comienzo de la segunda parte de las reuniones, desarrolladas como es habitual durante el mes de julio y parte del mes de agosto.

<sup>5</sup> La tarea desarrollada por el Relator Especial sobre el tema de los actos unilaterales se plasma en nueve informes, cuyas referencias serían: Primer Informe (Doc. A/CN.4/486, de marzo de 1998); Segundo Informe (Doc. A/CN.4/500, de abril de 1999); Tercer Informe (Doc. A/CN.4/505, de febrero de 2000); Cuarto Informe (Doc. A/CN.4/519, de mayo de 2001); Quinto Informe (Doc. A/CN.4/525, de abril de 2002 y Doc. A/CN.4/525/Add.2, de mayo de 2002); Sexto Informe (Doc. A/CN.4/534, de mayo de 2003); Séptimo Informe (Doc. A/CN.4/542, de abril de 2004); Octavo Informe (Doc. A/CN.4/557, presentado en 2005) y el Noveno Informe presentado en el período de sesiones de 2006 (de momento Doc. A/CN.4/569). Por mi parte, llevo varios años trabajando intensamente en el tema de los actos unilaterales (concretamente desde el año 2000), y he colaborado como asistente de Víctor Rodríguez Cedeño en la elaboración de los tres últimos informes; igualmente hemos impartido conjuntamente diversas conferencias en el Seminario de Derecho Internacional que se celebra cada año en la sede de Naciones Unidas de Ginebra.

juicio de algunas delegaciones en la Sexta Comisión<sup>6</sup>, e inclusive algunos miembros de la CDI<sup>7</sup>, ha sido pospuesta en un intento de ofrecer al tema moribundo una dulce agonía.

Creo que es significativo, y a mi modo de ver las coincidencias en este punto no existen, que precisamente el año en que se prevé el final del tratamiento del tema en la CDI, la Corte se ocupe de la figura de los actos unilaterales. Nuestro objetivo mediante esta nota no es otro que comparar, en la medida en que ello sea posible, las rompedoras afirmaciones que la Corte realizó en 1974 en los *ensayos nucleares*, con los posicionamientos sostenidos por este mismo órgano treinta y dos años después. Y todo ello en relación directa con los actos unilaterales.

## II. QUÉ ERAN Y QUÉ SON LOS ACTOS UNILATERALES DESDE LA PERSPECTIVA DE LA CIJ

A pesar de que los pronunciamientos, tanto doctrinales<sup>8</sup> como jurisprudenciales<sup>9</sup>, referidos de forma directa o indirecta a la figura de los actos unilaterales, datan de fechas muy anteriores, utilizaremos como punto de partida, al objeto de poder realizar una comparación más justificada, los pronunciamientos de la CIJ que marcaron un antes y un después en el tratamiento de la cuestión: los *asuntos de los ensayos nucleares*<sup>10</sup>. Las demandas de Nueva Zelanda y Australia contra la República France-

<sup>6</sup> Especialmente contrarios a la posible codificación de este tema se han mostrado en la Sexta Comisión las delegaciones británica y estadounidense, que desde hace años abogan por su supresión de la agenda de la CDI. A este respecto, Doc. A/C.6/60/SR.14, p. 3 (opinión del representante británico) y Doc. A/C.6/60/SR.16, p. 2 (opinión del representante estadounidense).

<sup>7</sup> En diversas ocasiones se ha señalado que «los actos unilaterales eran tan diversos y de naturaleza tan variada y compleja que sería imposible codificarlos en forma de proyectos de artículo», en opinión de M. Koskeniemi e igualmente I. Brownlie, como se contempla en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo séptimo período de sesiones, Supl. núm. 10*, (A/60/10), p. 149, párr. 310.

<sup>8</sup> A modo de ejemplo, véase GARNER, J. W., «The International Binding Force of Unilateral Oral Declarations», 27 *AJIL*, núm. 23, 1933, pp. 493-494, quien se preguntaba, en relación con la conocida «Declaración Ihlen», si una declaración verbal de la que se pudiese desprender una promesa, realizada por un Ministro de Exteriores respecto de su homólogo de otro Estado podría revestir fuerza obligatoria para el Estado cuyo Ministro la formuló.

<sup>9</sup> En correlación directa con lo anterior, la propia Corte Permanente de Justicia Internacional respondería afirmativamente al interrogante de GARNER, en el asunto *del Estatuto Jurídico de Groenlandia Oriental* (PCIJ, Series A/B (1933), núm. 53, p. 71), al señalar lo siguiente: «The Court considers it beyond all dispute that a reply of this nature given by the Minister for Foreign Affairs on behalf of his Government in response to a request by the diplomatic representative of a foreign Power, in regard to a question falling within his province, is binding upon the country to which the Minister belongs».

<sup>10</sup> El tratamiento doctrinal que estos asuntos recibieron ha sido amplísimo; sin ánimo de exhaustividad, pueden consultarse, entre otros muchos autores, BOLLECKER-STERN, B., «L'affaire des essais nucléaires français devant la Cour Internationale de Justice», *AFDI*, núm. 20, 1974, pp. 299-333; COT, J. P., «Affaires des essais nucléaires (Australie c. France et Nouvelle Zélande c. France). Demandes en indication des mesures conservatoires: Ordonnances du 22 juin, 1973», *AFDI*, núm. 19, 1973, pp. 252-271; DE LACHARRIERE, G., «Cour Internationale de Justice: Commentaires sur la position juridique de la France à l'égard de la licéité de ses expériences nucléaires», *AFDI*, núm. 19, 1973, pp. 235-251; DUPUY, P. M., «L'affaire des essais nucléaires français et le contentieux de la responsabilité internationale publique», 20 *GYBIL*, núm. 20, 1977, pp. 375-405; FRANCK, Th. M., «World Made Law: The Decision of the ICJ in the Nuclear Test Cases», *AJIL*, núm. 59, 1975, pp. 612-622; JUSTE RUÍZ, J., «Nota a las sentencias del Tribu-

sa<sup>11</sup> dieron pie a que una figura cuyos contornos han sido difusos (y aún en cierta medida continúan siéndolo), juegue un papel relevante respecto a la asunción de obligaciones e inclusive la reafirmación de ciertos derechos en el ámbito del Derecho Internacional contemporáneo.

Llegados a este punto, es muy probable que el lector se pregunte acerca de la relación que los *ensayos nucleares* guardan con el asunto de las *actividades armadas en el territorio del Congo*<sup>12</sup>. En apariencia, esa relación es inexistente, y probablemente pasaría absolutamente desapercibida, de no ser por un punto en común, al que uno se aproxima si analiza con ánimo curioso la decisión de febrero de 2006: los actos unilaterales de los Estados, mencionados en relación con diversas manifestaciones de representantes ruandeses, que la CIJ estudia de forma particularizada en este asunto.

A renglón seguido examinaremos algunos aspectos que han sido abordados por la CIJ en las dos decisiones anteriormente mencionadas, y trataremos de ofrecer nuestro punto de vista acerca de dichos posicionamientos jurisprudenciales, contraponiéndolos a su vez con los trabajos desarrollados por la CDI en la materia hasta el presente momento.

## 1. Una expresión maldita

Expresión desafortunada para algunos, inexistente para otros, de lo que no cabe duda es que las dificultades para alcanzar una definición operativa, útil y, lo que es peor, consensuada, han causado terribles dolores de cabeza a los miembros de la CDI desde que el tema de los actos unilaterales se introdujo en su agenda. La inclusión o no de los comportamientos estatales<sup>13</sup>, opinión ésta que ofrece dudas más que razonables, ha hecho zozobrar la aparente calma con la que la cuestión se ha planteado en más de un período de sesiones. Y ello a pesar de que, ¡oh, vana ilusión!, en los prime-

---

nal Internacional de Justicia de 20 de diciembre de 1974 en los asuntos de las pruebas nucleares (Australia c. Francia; Nueva Zelanda c. Francia)», 29 *REDI*, núm. 29, 1976, pp. 447-461; del mismo autor «Mootness in International Adjudication: The Nuclear Tests Cases», *GYBIL*, núm. 20, 1977, pp. 358-374; MACDONALD, R. St. J. y HOUGH, B., «The Nuclear Tests Case Revisited», *GYBIL*, núm. 20, 1977, pp. 337-357; SUR, S., «Les affaires des essais nucléaires (Australie c. France Nouvelle-Zélande c. France C.I.J.-Arrêts du 20 décembre 1974)», *RGDIP*, núm. 79, 1975, pp. 972-1027; THIERRY, H., «Les arrêts du 20 décembre 1974 et les relations de la France avec la Cour Internationale de Justice», *AFDI*, núm. 20, 1974, pp. 286-298.

<sup>11</sup> *Nuclear Tests Case (Australia v. France)*, sentencia de 20 de diciembre de 1974, (*ICJ Reports 1974*, pp. 253-272); *Nuclear Test Case (New Zealand v. France)*, sentencia de la misma fecha que la anterior (*ICJ Reports 1974*, pp. 457-478). Igualmente, un tratamiento de los aspectos más sustanciales de estos pronunciamientos jurisprudenciales, sin perjuicio de las cuestiones específicas que comentaremos, véase en el Octavo Informe sobre los actos unilaterales de los Estados (Doc. A/CN.4/557, pp. 15-18).

<sup>12</sup> *Affaire des activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête: 2002) (République Démocratique du Congo c. Rwanda)*, de 6 de febrero de 2006, en la que la CIJ entra a valorar su competencia para conocer o no del caso.

<sup>13</sup> La discusión acerca de la inclusión o no de los comportamientos estatales en la labor que la CDI habría de desarrollar, así como todos los problemas conexos han sido objeto de análisis por parte de RODRÍGUEZ CEDEÑO, V. y TORRES CAZORLA, M. I., en «Contribución al estudio de los actos unilaterales de los Estados: ¿Una labor de codificación posible?», *loc. cit.*, en especial pp. 776-785 dedicadas a esta cuestión.

ros informes presentados por el Relator Especial ya se incluían intentos de definición incipientes<sup>14</sup>.

Hagamos un poco de historia y tratemos de verificar qué dijo la Corte en 1974, cómo denominó «esa oscura realidad» que son los actos unilaterales (al referirse concretamente en dicha ocasión a las declaraciones francesas relativas a la no realización de ensayos nucleares en la atmósfera en la región del Pacífico Sur). La primera ocasión en que se alude a las «declaraciones francesas» es en el párrafo 20, donde la Corte emplea la expresión «authoritative statements»<sup>15</sup> en el texto que da fe, o «déclarations autorisées» en la traducción francesa. Dichas expresiones («statement», «déclaration») se utilizan en reiteradas ocasiones<sup>16</sup>; también se alude al término «conduct»<sup>17</sup> («comportement») respecto a Francia.

En el pronunciamiento de la Corte comentado resultan decisivos los párrafos 42 y siguientes en el caso referido a Australia y 45 y siguientes en el de Nueva Zelanda, que tal vez hayan sido los más reproducidos por los internacionalistas que se han acercado al tema que nos ocupa: la irrupción en la escena de los «actos unilaterales»<sup>18</sup> («unilateral acts», «actes unilatéraux») e inclusive las «declaraciones unilaterales»<sup>19</sup> («unilateral declaration», «déclaration unilatérale»). Diferentes términos que compliquen una única realidad, independientemente de cómo la denominemos, lo que se ha puesto de relieve de forma incesante en la CDI<sup>20</sup>.

En el segundo momento temporal que nos interesa, esto es, en la decisión emitida por la Corte en febrero de 2006 acerca de su competencia para conocer de la demanda interpuesta por la República Democrática del Congo contra Ruanda, este órgano jurisdiccional alude en su pronunciamiento a diversas declaraciones que vienen per-

<sup>14</sup> Ya en el Segundo Informe sobre los actos unilaterales de los Estados, presentado en 1999 (Doc. A/CN.4/500), el Relator Especial proponía un intento de definición en un proyecto de art. 2 que, bajo la denominación «acto jurídico unilateral del Estado», decía así: «A los efectos del presente proyecto de artículos, se entiende por acto jurídico (declaración) unilateral la manifestación autónoma inequívoca de voluntad formulada públicamente por uno o varios Estados, en relación con otro u otros Estados, con la comunidad internacional en general o una organización internacional, con la intención de adquirir obligaciones jurídicas en el plano internacional» (véase documento citado, p. 9, párr. 38).

<sup>15</sup> Véase *ICJ Reports*, 1974, p. 259, párr. 20, y p. 462, en el párrafo que lleva idéntico número, y donde se dice: «Recently a number of *authoritative statements* have been made on behalf of the French Government concerning its intentions as to future nuclear testing in the South Pacific Ocean. The significance of these *statements*, and their effect for the purposes of the present proceedings, will be examined in detail later in the present Judgment» (la cursiva es nuestra).

<sup>16</sup> Simplemente, valgan como muestras las referencias que se ofrecen en *ibidem*, pp. 261-262, párrs. 27-29; pp. 264-265, párrs. 32-34; pp. 266-267, párrs. 36-43; pp. 465-466, párrs. 27-30; pp. 468-469, párrs. 33-36; pp. 470-472, párrs. 38-46.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 263, párr. 31, en el asunto de Australia c. Francia, no así en el de Nueva Zelanda.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 267, párr. 43, y p. 472, párr. 46 con el siguiente tenor: «It is well recognized that declarations made by way of unilateral acts, concerning legal or factual situations, may have the effect of creating legal obligations», cuestión que matiza en el párr. siguiente de ambos pronunciamientos, al señalar que «of course, not all unilateral acts imply obligation».

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 268, párr. 46, y p. 473, párr. 49, al afirmar que «...interested States may take cognizance of unilateral declarations and place confidence in them, and are entitled to require that the obligation thus created be respected».

<sup>20</sup> Esta es la razón por la que en el Noveno Informe sobre los actos unilaterales de los Estados se ha tratado de ofrecer una definición en la que se hace hincapié (como lo hizo la Corte) en el término declaración, ofreciendo un principio rector núm. 1 en el que se dice así: «Se entiende por acto unilateral del Estado una declaración formulada por un Estado con la intención de producir determinados efectos jurídicos en virtud del derecho internacional» (véase Doc. A/CN.4/569, p. 1).

fectamente al caso, emitidas por diferentes autoridades ruandesas, y trata de verificar si se trata o no de declaraciones vinculantes para Ruanda que pudiesen abrir una puerta al ejercicio de la jurisdicción por dicha vía.

Pero no adelantemos acontecimientos, y centremos nuestra atención en las menciones que la Corte realiza acerca de dichas manifestaciones, además de referirnos a la terminología que emplea para ello. Se trata de dos actos diferentes: la adopción de una norma interna (un decreto-ley) por el que Ruanda retira las reservas que dicho país ha llevado a cabo al adherirse, aprobar y ratificar diversos tratados internacionales<sup>21</sup>. En este caso no nos hallaríamos ante una declaración, como las anteriormente comentadas en los *asuntos de los ensayos nucleares*, sino, y utilizando la terminología a la que la Corte se refiere, ante un «décret-loi», «décret», en suma, una «décision prise dans l'ordre juridique interne d'un Etat»<sup>22</sup>.

No cabe duda alguna de que la Corte se pregunta acerca de la virtualidad que este acto interno podría llegar a cobrar en el ámbito internacional. Se trata de un acto unilateral que vincula al Estado que lo ha formulado, aunque, como veremos, al tratarse de un acto ligado directamente a la retirada de las reservas a los tratados de derechos humanos que Ruanda realizó en el pasado, la CIJ hace primar el que se trate de un acto unilateral sometido al régimen convencional sobre la condición de acto unilateral misma. Y de ahí se ha derivado la exigencia de un requisito formal: la notificación por escrito de la retirada de dichas reservas<sup>23</sup>; o lo que es lo mismo, que el decreto-ley, a pesar de ser válido y surtir efectos en la esfera interna, no puede hacerlo en el ámbito internacional hasta que no se cumpla la exigencia formal que, salvo que el tratado disponga o se haya convenido otra cosa, exige la notificación de la retirada de las reservas a los demás Estados Parte en dicho tratado multilateral<sup>24</sup>.

<sup>21</sup> Dicho instrumento se titula exactamente «Décret-loi 014/01 du 15 février 1995 levant toutes les réserves émises par la République rwandaise à l'adhésion, à l'approbation et à la ratification des instruments internationaux», adoptado el 15 de febrero de 1995 por el Presidente de la República ruandesa.

<sup>22</sup> Véase par. 41 de la decisión de la CIJ, p. 21, que puede consultarse en <http://www.icj-cij.org/cij/www/cdoocket/ccrw/ccrwframe.htm>.

<sup>23</sup> Como bibliografía referente a la retirada de las reservas, sin ánimo de exhaustividad, y con indicación de las páginas concretas dedicadas a esta cuestión, véanse entre otros BOWETT, D. W., «Reservations to Non-restricted Multilateral Treaties», *BYBIL*, núm. 48, 1976-77, pp. 87-88; GARCÍA RICO, E. M., *Las Reservas a los Tratados Normativos*, Trabajo de investigación presentado como segundo ejercicio de oposición para una plaza de Profesor Titular, Málaga, 1999, p. 64 (cortesía de su autora); HORN, F., *Reservations and Interpretative Declarations to Multilateral Treaties*, T.M.C. Asser Instituut, Amsterdam, 1988, pp. 223-228; IMBERT, P. H., *Les réserves aux traités multilatéraux: Evolution du droit et de la pratique depuis l'avis consultatif donné par la Cour internationale de Justice le 28 mai 1951*, Pedone, París, 1979, pp. 283-293; MIGLIORINO, L., «La revoca di riserve e di obiezioni a riserve», *RDI*, núm. 75, 1992, pp. 317-328; RUDA, J. M., «Reservations to Treaties», *Rec. des Cours*, núm. 146, 1975, pp. 200-202.

<sup>24</sup> Así lo señala, y así lo ha aplicado la CIJ, el artículo 22.3 del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969 (*BOE* de 13 de junio de 1980) conforme al cual «Salvo que el tratado disponga o se haya convenido otra cosa: a) El retiro de una reserva sólo surtirá efecto respecto de otro Estado contratante cuando ese Estado haya recibido la notificación». En lo que concierne a la forma escrita que ha de revestir dicha notificación, el art. 23.4 es contundente: «El retiro de una reserva o de una objeción a una reserva habrá de formularse por escrito». Los trabajos que se han desarrollado en la CDI, de la mano del Relator Especial sobre el tema «las reservas a los tratados», A. Pellet, han incidido también en estas condiciones que la retirada de las reservas ha de reunir, como se pone de relieve en el Doc. A/CN.4/L.630, de 6 de junio de 2003, relativo a los Títulos y textos de los proyectos de directriz aprobados por el Comité de Redacción. Pese a todo, en el Séptimo Informe sobre las reservas a los tratados (Doc. A/CN.4/526/Add.2, de 30 de abril de 2002, p. 14, párs. 101 y 103) Pellet se plantea la siguiente disyuntiva:

De esta manera, respecto de las reservas a los tratados –con la salvedad de que el tratado disponga o se haya convenido otra cosa, aspecto éste último que la CIJ no llega siquiera a considerar– como actos unilaterales vinculados al régimen convencional, no parece resultarles aplicable la afirmación que la Corte realizó en los *ensayos nucleares*, respecto a la forma que los actos unilaterales, en general, habrían de revestir<sup>25</sup>. En el asunto dilucidado en 2006, la CIJ ha dado prioridad al requisito formal, por lo demás exigible en el caso de los reservas conforme al régimen de Viena, frente a la asunción por parte de un Estado de una obligación que éste libremente ha asumido, mediante la adopción de una norma interna que así lo corrobora<sup>26</sup>, y la declaración realizada una década después por su Ministra de Justicia ante la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas<sup>27</sup>.

De lo anterior podrían destacarse dos cuestiones: ¿corrobora la declaración realizada en 2005 la formulada una década antes y plasmada en un decreto-ley interno?; es más, ¿cabría deducir que Ruanda actúa de buena fe cuando realiza diversas manifestaciones que resultan contradichas por su comportamiento ulterior? No olvidemos que los actos unilaterales se sustentan en la buena fe, aunque suene idílico realizar esta afirmación. Por ello, creo que no está de más volver a recordar aquel relevante pasaje en el que la Corte realizaba la afirmación clave de los *ensayos nucleares*:

«One of the basic principles governing the creation and performance of legal obligations, whatever their source, is the principle of good faith. Trust and confi-

---

va, que creo resulta aplicable al comportamiento de Ruanda: «Además, puesto que las leyes internas son «simples hechos» desde el punto de vista del derecho internacional, ya se considere el Estado en cuestión monista o dualista, la reserva que no ha sido retirada, que tiene carácter internacional, seguirá, en principio, produciendo todos sus efectos y su autor podrá hacerla valer respecto de otras partes, *si bien una actitud de este tipo podría ser dudosa desde el punto de vista del principio de la buena fe, cuyo alcance es, no obstante, siempre incierto*» (la cursiva es nuestra). Con objeto de superar esa posible contradicción entre el derecho interno y las reservas que deberían haberse retirado y no lo han sido, el Relator ofrece la posibilidad de que el Estado lleve a cabo lo que denomina «reexamen periódico de la utilidad de las reservas» (véase documento citado, *ibidem*, p. 103).

<sup>25</sup> Tal y como manifestó en *ibidem*, p. 267, p. 45: «With regard to the question of form, it should be observed that this is not a domain in which international law imposes any special or strict requirements. Whether a statement is made orally or in writing makes no essential difference, for such statements made in particular circumstances may create commitments in international law, which does not require that they should be couched in written form. Thus the question of form is not decisive».

<sup>26</sup> A mi modo de ver, los términos en los que se manifiesta el Decreto Ley 014/01 de 15 de febrero de 1995 son muy claros. El mismo dice así en su artículo primero (reproducimos el texto que aparece en la decisión de la Corte de forma literal): «Toutes les réserves émises par la République rwandaise pour l'adhésion, l'approbation et la ratification des instruments internationaux, sont levées»; su artículo segundo prevé que «[t]outes les dispositions antérieures contraires au présent décret-loi sont abrogées». Finalmente, su artículo tercero precisa que la entrada en vigor de este decreto-ley se producirá el día de su publicación en el *Journal Officiel de la République Rwandaise*. Conforme a la información que obra en poder de la Corte, a pesar de que no se ha precisado la fecha concreta, dicho decreto fue publicado oficialmente y el mismo entró en vigor (véase p. 21 de la decisión comentada, p. 40).

<sup>27</sup> A pesar de que sobre este punto volveremos en el apartado siguiente, podemos reproducir aquí el contenido de dicha declaración, formulada durante la 61.ª sesión de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, por Mme. Mukabagwiza, que dice así: «Le Rwanda a été parmi les premiers pays à avoir ratifié plus d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme. Rien qu'en 2004, notre gouvernement en a ratifié une dizaine dont ceux relatifs aux droits de la femme, à la prévention et lutte contre la corruption, à l'interdiction d'armes de destructions massives, ainsi qu'à l'environnement. Les quelques instruments non encore ratifiés, ainsi que les réserves formulées dans le passé non encore levées le seront prochainement» (véase p. 22, p. 45 de la misma decisión).

dence are inherent in international co-operation, in particular in an age when this co-operation in many fields is becoming increasingly essential. Just as the very rule of *pacta sunt servanda* in the law of treaties is based in good faith, so also is the binding character of an international obligation assumed by unilateral declaration. Thus interested States may take cognizance of unilateral declarations and place confidence in them, and are entitled to require that the obligation thus created be respected»<sup>28</sup>.

Un examen de las actuaciones llevadas a cabo por Ruanda en lo que concierne a las manifestaciones antes comentadas, ligadas todas ellas a la retirada de las reservas de los convenios internacionales y especialmente de los relativos a la protección de derechos humanos (concretamente de la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio, cuyo art. IX podría constituir una base para que la CIJ hubiese podido ejercer su jurisdicción en el presente caso) denota que la existencia de buena fe es, cuanto menos, cuestionable<sup>29</sup>. O al menos podría deducirse que la voluntad de obligarse por parte de Ruanda es enormemente tímida; esto se demuestra en las actuaciones armadas llevadas a cabo contra su vecino, lo que hace que los convenios internacionales ratificados –con o sin reservas– devengan letra muerta, al igual que lo ha hecho un decreto-ley para cuyo cumplimiento en la esfera internacional más de una década después de su adopción no se ha dado un solo paso.

A diferencia de la conclusión a la que la Corte llegó respecto de las declaraciones francesas en 1974, cabría la posibilidad de considerar que las actuaciones de Ruanda respecto a la posible retirada de sus reservas han sido realizadas *in vacuo*<sup>30</sup>, o al menos ésta es la valoración final que las mismas han recibido por parte del alto órgano jurisdiccional internacional.

## 2. Claridad meridiana de una vez

Hay un aspecto que cabe resaltar del pronunciamiento realizado por la CIJ en 2006, que da un paso adelante y clarifica lo ya expuesto por el máximo órgano jurisdiccional internacional en ocasiones anteriores. Me refiero a la polémica cuestión relativa a las personas que son competentes para emitir actos unilaterales de los que se desprendan consecuencias jurídicas. En su decisión de 1974, la Corte tomó en consideración las declaraciones emitidas por el Ministro de Defensa francés, formando un todo junto con el resto de declaraciones del Presidente de la República Francesa, así como las del Ministro de Asuntos Exteriores. Pero si bien la Corte dejaba sentado de forma absolutamente clara que las manifestaciones realizadas por el Jefe del Estado y por ende, del Ministro de Asuntos Exteriores constituían actos del Estado Francés susceptibles de vincular al mismo, no se desprendía la misma conclusión tajante de las manifestaciones de otros cargos públicos, como podría serlo el Ministro de Defen-

<sup>28</sup> Véase *ICJ Reports* (1974), p. 268, párr. 46.

<sup>29</sup> A este respecto, véase la Opinión Disidente en el presente caso del juez Koroma, p. 5, párs. 17-18 especialmente.

<sup>30</sup> Me he permitido utilizar aquí la misma terminología a la que acudió la CIJ en los *ensayos nucleares*, aunque llegando a la solución contraria que en el presente caso; véase *ICJ Reports* (1974), p. 269, párr. 50.

sa, que en este caso se tuvo en cuenta como declaración que permitía corroborar las anteriores, esto es, a mayor abundamiento<sup>31</sup>.

Desde el momento en que la CDI comenzó sus trabajos, la cuestión relativa a las personas que gozaban de competencia para emitir actos unilaterales conformó un punto central de los debates; la postura más tradicional, apegada a lo establecido en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (art. 7.2, apartado a), ha partido siempre de una formulación restrictiva. Conforme a dicha posición, en principio serían las figuras de las que se presume que gozan de plenos poderes para negociar un tratado internacional (Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Ministro de Exteriores) quienes tendrían dicha capacidad respecto a la formulación de actos unilaterales. Pero dicha visión es en exceso limitada, como se puede comprobar en la propia práctica internacional, donde figuras de rango ministerial que no se ocupan de la cartera de exteriores pueden vincular a su Estado, por ejemplo y sin ir más lejos, en el Consejo de la Unión Europea. En ese sentido, corroboramos plenamente lo señalado por el Relator Especial, cuando afirmaba que «otros funcionarios de alto nivel del Estado pueden formular actos unilaterales y comprometer jurídicamente al Estado en ámbitos o áreas específicas, en las que los Estados interesados así lo consideran»<sup>32</sup>.

No parece por ello descabellada la afirmación que a fines del siglo xx realizó el Relator Especial, y que corrobora la Corte unos años después. En esa línea, en el asunto de la República del Congo contra Ruanda se analiza la declaración realizada el 17 de marzo de 2005 por la ministra de Justicia ruandesa ante la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas<sup>33</sup>. En virtud de la misma, la ministra declaraba públicamente que los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos no ratificados aún por Ruanda lo serían próximamente, así como que las reservas formuladas en el pasado por su país también serían retiradas en un futuro próximo<sup>34</sup>. A este respecto, lo interesante para el tema que nos ocupa son las posiciones de ambas partes respecto a dicha declaración de una ministra de justicia y, finalmente, la claridad meridiana con la que se expresa la Corte, aclarando si realmente se ha de considerar o no competente a esa persona para realizar una declaración que vincule a su país. Ruanda sostiene —como era lógico— una posición restrictiva, conforme a la cual dicha declaración no emana de un Ministro de Exteriores ni de un Jefe de Gobierno, figuras éstas que sí se encuentran, a juicio de este país «*automatiquement investis du pouvoir d'engager l'Etat concerné pour les questions de relations internationales*»<sup>35</sup>.

<sup>31</sup> Véase *ICJ Reports* (1974), p. 269, párr. 49, en el que se dice así: «Of the statements by the French Government now before the Court, the most essential are clearly those made by the President of the Republic. There can be no doubt, in view of his functions, that his public communications or statements, oral or written, as Head of State, are in international relations acts of the French State. His statements, and those of members of the French Government acting under his authority, up to the last statement made by the Minister of Defence (of 11 October 1974), constitute a whole».

<sup>32</sup> Ya en su Segundo Informe se puso de relieve lo antedicho, véase Doc. A/CN.4/500/Add. 1, párr. 84.

<sup>33</sup> Téngase en cuenta que este mismo año, la Comisión de Derechos Humanos ha sido sustituida por el denominado Consejo de Derechos Humanos, información a la que se puede acceder en el siguiente vínculo Web: <http://www.cinu.org.mx/prensa/especiales/2006/consejo%20derechos%20humanos/index.htm>.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 22, párr. 45, anteriormente citado.

<sup>35</sup> Véase *ibidem*, p. 22, párr. 46.

Este aspecto es radicalmente distinto a lo que va a suceder con el caso de una ministra de Justicia que, a juicio de Ruanda «...ne peut lier l'Etat et l'obliger à lever une réserve particulière»<sup>36</sup>.

La Corte comienza exponiendo la que ha sido doctrina constante y reiterada a lo largo de su historia<sup>37</sup>, incluso de su predecesora (la CPJI), inclusive plasmada en la Convención de Viena, pero realiza posteriormente un razonamiento contrario a la postura ruandesa anteriormente expuesta. Adopta una postura sumamente realista, apegada a la práctica de las relaciones internacionales modernas, que permite superar esa visión en extremo restrictiva respecto a quiénes son los representantes estatales que pueden vincular al Estado mediante la formulación de actos unilaterales<sup>38</sup>.

En línea directa con dicho razonamiento, a juicio de la Corte, en principio no debe excluirse que un ministro de justicia, como es el caso, pueda en ciertas circunstancias formular declaraciones en nombre del Estado al que representa. Por ello, el varapalo para Ruanda proviene de la afirmación que la CIJ hace a renglón seguido:

«La Cour ne saurait donc accueillir l'argument du Rwanda selon lequel Mme Mukabagwiza ne pouvait pas, par sa déclaration, engager l'Etat rwandais au plan international, du seul fait de la nature des fonctions qu'elle exerçait»<sup>39</sup>.

Pero no se trata de echar las campanas al vuelo pensando que la CIJ iba a dar por buena la declaración de la ministra de justicia y, por tanto, considerar la misma como un acto unilateral vinculante para Ruanda. La Corte se detiene a analizar otros aspectos que ha de reunir un acto unilateral para ser considerado como tal: las circunstancias en que se ha realizado, así como la necesidad de que dicha declaración tenga un objeto claro y preciso, si se pretende que de ella se deriven obligaciones jurídicas<sup>40</sup>. Y aquí se desvaneció la ilusión de que fuese considerada la actuación de la ministra de justicia un acto unilateral *stricto sensu*: se trató de un espejismo.

<sup>36</sup> Véase ibidem, p. 22, pár. 46.

<sup>37</sup> Véase ibidem, p. 23, pár. 46, al señalar la Corte que, conforme a una jurisprudencia constante (y cita un conjunto de casos que van desde el *asunto de Groenlandia Oriental*, pasando por los *ensayos nucleares*, hasta el más reciente de *R.D.C. contra Bélgica*), «c'est une règle de droit international bien établie que le chef de l'Etat, le chef de gouvernement et le ministre des affaires étrangères sont réputés représenter l'Etat du seul fait de l'exercice de leurs fonctions, y compris pour l'accomplissement au nom dudit Etat d'actes unilatéraux ayant valeur d'engagement international».

<sup>38</sup> Y dice así: «La Cour relève cependant qu'il est de plus en plus fréquent, dans les relations internationales modernes, que d'autres personnes représentant un Etat dans des domaines déterminés soient autorisées par cet Etat à engager celui-ci, par leurs déclarations, dans les matières relevant de leur compétence. Il peut en être ainsi, par exemple, des titulaires de portefeuilles ministériels techniques exerçant, dans les relations extérieures, des pouvoirs dans leur domaine de compétence, voire même de certains fonctionnaires» (ibidem, p. 23, pár. 47).

<sup>39</sup> Véase ibidem, p. 23, pár. 48.

<sup>40</sup> Véase ibidem, pp. 23-24, párs. 49-53. La ausencia de claridad y precisión la fundamenta la Corte en la falta de referencias concretas a los tratados ratificados por Ruanda y las pertinentes reservas a los mismos, al tratarse de un discurso indeterminado (véanse los párs. 50-52). En relación con el contexto y las circunstancias de dicha declaración, la Corte constata que «c'est dans la cadre d'un exposé de politique générale en matière de promotion et de protection des droits de l'homme que la ministre de la justice de Rwanda a fait sa déclaration devant la Commission des droits de l'homme des Nations Unies» (véase pár. 53).

El Noveno Informe sobre los actos unilaterales sí recoge la idea expuesta por la Corte, creo que con total acierto, conforme a la cual no se debe adoptar un criterio en exceso restrictivo respecto a la consideración de las personalidades susceptibles de vincular al Estado. La práctica internacional pone de relieve que ajustarse a las limitaciones de Viena resulta poco pragmático, si bien, como ya señaló Víctor Rodríguez Cedeño, «es aceptable, e incluso conveniente que determinadas categorías de personas, particularmente los técnicos, no puedan obligar internacionalmente al Estado»<sup>41</sup>. Por ello, la propuesta de principio que se ha presentado a la CDI en el período de sesiones de 2006, trata de aunar las dos visiones existentes respecto a la competencia para formular actos unilaterales en nombre del Estado<sup>42</sup>. En este sentido, la aclaración que la Corte lleva a cabo ha supuesto un avance que confirma la postura sostenida desde hace años por el Relator Especial ante la CDI<sup>43</sup>.

A pesar de todo, el avance y la aclaración que la Corte realiza respecto de algunos aspectos configuradores de los actos unilaterales, deja un sabor agridulce en el lector de dicha decisión: por quince votos contra dos (los del juez Koroma y el juez *ad hoc* Mavungu) declara su incompetencia para conocer del fondo del asunto que le ha sido sometido por la R.D.C., motivado por las atrocidades cometidas por su vecino Ruanda durante años. Una vez más, la jurisdicción voluntaria ha triunfado sobre la justicia.

Dicho sabor agridulce se traduce incluso en el comunicado dado a la prensa por el Presidente de la Corte, el sr. Shi Jiuyong, el 3 de febrero de 2006, que parece decantarse por la consideración de Ruanda como responsable, a pesar de que no se haya podido entrar a conocer del fondo del asunto. Ello se materializa en el párrafo final de este comunicado, con el siguiente tenor:

«However, let me point out, as the Court did in today's Judgment, that there is a fundamental distinction between the question of the acceptance by States of the Court's jurisdiction and the conformity of their acts with international law. Whether or not States have accepted the jurisdiction of the Court, they are required to fulfill their obligations under the United Nations Charter and the other rules of interna-

<sup>41</sup> Esta opinión del Relator puede verse en A/CN.4/SR.2593, p. 11. Véase igualmente el asunto de la *delimitación de la frontera marítima en la región del Golfo de Maine* (Canadá c. EEUU) (*CIJ Recueil 1984*, pp. 307-308, pár. 139), donde se consideró que una comunicación de un funcionario técnico no constituía una declaración oficial del Gobierno de los Estados Unidos relativa a las fronteras marítimas internacionales de dicho país. La sentencia decía así: «Mais cette situation, propre à l'administration interne des Etats-Unis, ne permet pas au Canada de s'appuyer sur le contenu d'une lettre d'un fonctionnaire du Bureau of Land Management du département de l'intérieur, relative à un aspect technique, comme s'il s'agissait d'une déclaration officielle du Gouvernement des Etats-Unis sur les limites maritimes internationales de ce pays».

<sup>42</sup> Véase Doc. A/CN.4/569, concretamente el Principio 3, que se recoge en la página 2 de este Informe, con el siguiente contenido:

«Principio 3. Competencia para formular actos unilaterales en nombre del Estado.

1. En virtud de sus funciones, se considerará que el Jefe del Estado, el Jefe del Gobierno y el Ministro de Relaciones Exteriores representan a su Estado y tienen capacidad para formular actos unilaterales en su nombre.

2. Además de las personas mencionadas en el apartado anterior, se podrá considerar que otras personas pueden formular actos unilaterales en nombre del Estado, si ello se deduce de la práctica seguida al efecto por el Estado que lo formula y de las circunstancias en que dicho acto se formuló.»

<sup>43</sup> Como lo hizo ya en el Segundo Informe sobre los actos unilaterales de los Estados (véase DOC. A/CN.4/500/Add.1, párs. 84 y 92).

tional law, including international humanitarian and human rights law. They remain responsible for acts attributable to them which are contrary to international law»<sup>44</sup>.

El Presidente de la Corte deja atisbar la necesidad de que los Estados se conduzcan conforme al Derecho Internacional en sus mutuas relaciones. Brindemos por ello.

### III. CONCLUSIONES

Como se habrá podido apreciar, la presente Nota no constituye un análisis en profundidad del asunto que ha enfrentado a la RDC y a Ruanda, sino que trata de esbozar aquellos aspectos fundamentales que guardan relación directa con los actos unilaterales. Se trata de una decisión que causa un cierto desasosiego, por dejar a un lado principios fundamentales como el de la buena fe, absolutamente cuestionado si se tienen en cuenta las manifestaciones que lleva a cabo Ruanda. La Corte da una de cal y otra de arena, decantándose por un formalismo preciosista apegado a la Convención de Viena respecto a la retirada de las reservas. Ello deja sin efectos en el plano internacional un acto unilateral plasmado en un decreto-ley ruandés de hace una década.

Lo anterior es la cal, y ahí va la arena, acudiendo a una fórmula inusitadamente flexible para determinar la competencia respecto a la formulación de los actos unilaterales; de este modo, llega a considerar que una declaración emanada de una ministra de justicia no carece, por el solo hecho de emanar de esta figura, de efectos vinculantes en el plano internacional. Carece de dichos efectos, pero por otros motivos, como son la falta de claridad y precisión. A mi modo de ver, la ausencia de claridad —a juicio de la Corte— podría quedar convalidada por el foro en que dicha declaración se realizó. ¿De qué sirven los foros internacionales de protección de derechos humanos si los representantes estatales sólo emiten en ellos declaraciones de índole política, carentes de efectos jurídicos? Mantener esta afirmación supone un flaco favor a la Comisión de Derechos Humanos, que revierte negativamente en su sucesor, el Consejo de Derechos Humanos, e inclusive en el conjunto de órganos supervisores de los convenios sobre esta materia. Es más, si Naciones Unidas está en bancarrota, tal vez los costes que irroga traducir discursos vacíos podrían permitir la reactivación de la CDI, sumida desde hace años en una situación presupuestaria lamentable, factor éste que repercute de manera absolutamente negativa en el desarrollo de sus trabajos.

No quisiera llevar al ánimo del lector una visión absolutamente tremendista, tanto del tratamiento que la Corte hace de este caso, como de la labor codificadora de la CDI. Probablemente este año 2006, que se prevé último año de inclusión en la agenda del tema, dará lugar a un rico y profuso debate acerca de las propuestas de principios rectores (un total de once) que se contemplan en el Noveno Informe. Y ello junto a la discusión en el plenario de la validez y duración de los actos unilaterales. De este

<sup>44</sup> Véase «Statement to the press by President Shi Jiuyong, The Hague, 3 February 2006», párrafo final, al que se puede acceder en <http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/icrw/icrwframe.htm>.

modo, se cerrará una etapa en el tratamiento de un tema que, durante casi una década, ha sido objeto de estudio pormenorizado por los miembros de la Comisión: y descendió a los infiernos<sup>45</sup>. Valga todo ello como homenaje al profesor Rodríguez Carrión, mi maestro, por ayudarme a creer en las causas perdidas, y al Relator Especial, Víctor Rodríguez Cedeño, por permitirme materializar mis esfuerzos en esa creencia.

---

<sup>45</sup> La mejor forma para relatar ese descenso podría plasmarse en estos versos de Dante, en un pequeño párrafo del Canto IV de la *Divina Comedia*, que me permito la licencia de reproducir:

*«Oscuro y hondo era, y nebuloso,  
tanto que, aunque miraba a lo profundo  
nada distinguir pude en aquel foso.  
Hora es ya de bajar al ciego mundo»,  
el poeta empezó, descolorido:  
«el primero he de ser, y tú el segundo».*



# PROTECCIÓN DE INVERSIONES CON CONCEPTOS INDETERMINADOS: EL TRATO JUSTO Y EQUITATIVO EN LOS APPRIS CELEBRADOS POR ESPAÑA<sup>1</sup>

Antonio PASTOR PALOMAR

Profesor Titular de Derecho Internacional Público  
Universidad Rey Juan Carlos

## SUMARIO

I. EL TRATO JUSTO Y EQUITATIVO A LA INVERSIÓN EXTRANJERA COMO TÉCNICA CARACTERÍSTICA DE REGULACIÓN CONVENCIONAL: 1. *Obligación conceptualmente indeterminada*. 2. *De aplicación concreta*.—II. EL NÚCLEO FIJO O DE CERTEZA DE LA OBLIGACIÓN DEL TRATO JUSTO Y EQUITATIVO: 1. *La voluntad de los Estados partes en el APPRI*: 1.1 Modelos de cláusulas dentro del contexto, objeto y fin de cada APPRI. 1.2 Otras cláusulas concurrentes.—2. *La medida del estándar mínimo exigible conforme al derecho internacional general*.—III. CUMPLIMIENTO DEL TRATO JUSTO Y EQUITATIVO POR EL ESTADO CONCEDENTE: 1. *Margen de apreciación, buena fe y confianza legítima*. 2. *Situaciones excepcionales o de emergencia: obligación de diligencia*.—IV. EL CONTROL JUDICIAL Y ARBITRAL: EL AMPLIO «HALO» O ZONA DE INCERTIDUMBRE DEL TRATO JUSTO Y EQUITATIVO: 1. *Obligación de no discriminación: trato nacional*. 2. *Obligación de transparencia*. 3. *Obligación de respeto a los compromisos contractuales asumidos con el inversor*. 4. *Juicio equitativo y propiedad en el procedimiento*.—V. REFLEXIONES FINALES.

## I. EL TRATO JUSTO Y EQUITATIVO A LA INVERSIÓN EXTRANJERA COMO TÉCNICA CARACTERÍSTICA DE REGULACIÓN CONVENCIONAL

El presente trabajo está orientado hacia la práctica presente y futura de España, y se estructura en cuatro partes. Primero, estudiaremos la técnica que permite la compleja aplicación e interpretación de un concepto indeterminado como el trato justo y equitativo. Segundo, nos fijaremos en las cláusulas relevantes de los acuerdos bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones (APPRIS, en adelante), que

---

<sup>1</sup> Este artículo se ha elaborado en el contexto de una actividad de investigación sobre el derecho internacional de inversiones financiada por la Cátedra Santander de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad Rey Juan Carlos.

constituyen la base natural para llevar a cabo la interpretación. Tercero, analizaremos la eficacia y las condiciones de cumplimiento de la obligación convencional. En cuarto y último lugar, compararemos el régimen establecido en la red de APPRIS celebrados por España con los elementos del contenido del trato justo y equitativo que va concretando la jurisprudencia internacional.

## 1. Obligación conceptualmente indeterminada

Se entiende por la cláusula del trato justo y equitativo inserta en un APPRI, la disposición convencional en virtud de la cual el Estado huésped de la inversión –concedente– se obliga con el otro Estado parte a otorgar a los inversores –beneficiarios– un tratamiento justo y equitativo a sus inversiones directas. Correlativamente, la obligación confiere derechos para los inversores y los Estados partes en el tratado internacional, en virtud del principio del *pacta sunt servanda*, que incluye la buena fe en el cumplimiento. Todo ello configura un marco jurídico de gran utilidad para el desarrollo económico de los Estados y la internacionalización de las empresas.

Este tipo de cláusula encarna una técnica característica de regulación convencional en el conjunto del derecho internacional de inversiones, pues su contenido se sirve de un concepto jurídico indeterminado –un trato justo y equitativo– referido a una realidad de límites imprecisos que ha sido creada para su aplicación a supuestos concretos. En los APPRIS aparecen otros conceptos de este tipo: utilidad pública, interés social, trato no menos favorable, plena protección, medidas injustificadas, arbitrarias o discriminatorias, indemnización adecuada, resolución de la controversia por la vía diplomática hasta donde sea posible, entre otros ejemplos.

Se trata de una obligación autónoma que, sin embargo, puede servir de fundamento, amplificador y límite a otras obligaciones convencionales e incluso contractuales, a modo de principio general. Esto es importante, como veremos más tarde, porque puede suceder que en el contexto de una controversia no se le plantee directamente a un tribunal internacional una reclamación basada en la cláusula del trato justo y equitativo, pero el tribunal entienda que el asunto se relaciona con uno de sus corolarios: la arbitrariedad o las medidas discriminatorias, por ejemplo<sup>2</sup>. En la doctrina también se califica esta obligación como estándar<sup>3</sup> y se debate sobre si refleja el estándar mínimo internacional u ofrece otro estándar de protección autónomo y adicional al del Derecho internacional general<sup>4</sup>.

En cualquier caso, nos encontramos ante una técnica con implicaciones prácticas muy concretas y que se identifica en que, dentro del concepto indeterminado, habrá siempre un núcleo fijo –elemento rector y de certidumbre– rodeado por un cerco difu-

<sup>2</sup> Esta situación se produjo en el asunto *Elettronica Sicula S.P.A. (ELSI)*, Estados Unidos c. Italia, sometido a la Corte Internacional de Justicia. Véase, ICJ Reports 1989, p. 15.

<sup>3</sup> En el sentido del *Dictionnaire de la terminologie du Droit international*, Sirey, 1959, p. 581; esto es el «comportamiento medio», tipo o modelo que sirve como «fórmula de apreciación» de la «corrección del comportamiento de un Estado en la materia considerada».

<sup>4</sup> *Ad. Ex.*, DOLZER, R., y STEVENS, M., *Bilateral Investments Treaties*, Dordrecht, 1995, p. 60; SCHREUER, CH. «Fair and equitable treatment in arbitral practice», *The Journal of World Investment and Trade*, v. 6, junio 2005, núm. 3, pp. 357 y ss.; VASCIANNIE, S., «The fair and equitable treatment standard in international investment law and practice», *BYIL*, v. 70, 1999, pp. 104 y ss.

so y de incertidumbre, que hemos denominado «halo». Tengamos en cuenta que con la garantía de un trato a la inversión extranjera se confiere a las personas físicas y jurídicas un conjunto de derechos personales, procedimentales y económicos<sup>5</sup>.

## 2. De aplicación concreta

La misma técnica de regulación convencional ofrece otros rasgos constantes. La indeterminación de un enunciado como el del trato justo y equitativo no se extiende a sus aplicaciones, pues en toda rama del Derecho la aplicación de un concepto jurídico indeterminado sólo permite una solución excluyente, que se apreciará por juicios disyuntivos. El trato dado a una inversión extranjera no puede ser al mismo tiempo justo/injusto o equitativo/no equitativo. Consecuentemente, en la categoría indeterminada podrán incluirse múltiples comportamientos de hecho del Estado huésped de la inversión o concedente, pero en un supuesto concreto sólo cabrá un juicio disyuntivo *–tertium non datur–* sobre el tratamiento a la inversión.

Los intérpretes del APPRI dispondrán de un margen de apreciación, dentro de los límites del Derecho, y sólo podrán ofrecer una solución excluyente o justa. Si interviniera el control de un juez o árbitro internacional se utilizaría lo que Soerensen denominó equidad interpretativa<sup>6</sup>, especialmente conveniente para la aplicación al caso concreto de la obligación del trato justo y equitativo. Esto no es la decisión *ex aequo et bono*<sup>7</sup>. Efectivamente, en el laudo de 9 de enero de 2003 relativo al *asunto ADF Group, Inc. c. Estados Unidos de America* el tribunal interpretó que, de acuerdo con la jurisprudencia creada por el *asunto Mondev International Ltd. c. Estados Unidos*<sup>8</sup>,

«no existe por parte del tribunal NAFTA un margen ilimitado de apreciación de lo que es justo o equitativo en el caso concreto, (...) pues el tribunal está vinculado por la práctica estatal, la jurisprudencia arbitral y judicial o por otras fuentes del derecho internacional»<sup>9</sup>.

Además, el trato requerido por la obligación convencional se determinará en un contexto específico de aplicación y no por analogía o referencia al trato acordado en situaciones de inversión idénticas o semejantes. Por ello, nuestra cláusula se define como absoluta frente a las cláusulas de trato nacional y de la nación más favorecida, caracterizadas por la relatividad o correspondencia<sup>10</sup>. El significado de la obligación objetiva no puede determinarse de manera abstracta sino atendiendo a los hechos y

<sup>5</sup> Ministerio de Asuntos Exteriores de Suiza en 1979, al comentar el estándar del trato justo y equitativo en el *Annuaire Suisse de Droit International*, 1980, p. 178.

<sup>6</sup> SOERENSEN, M., *Les sources du droit international*, Copenhague, 1946, p. 197.

<sup>7</sup> Véase, sobre esta distinción, SCHREUER, CH., «Decisions *ex aequo et bono* under the ICSID Convention», *ICSID Review, FILJ*, núm. 37, 1996.

<sup>8</sup> CIADI, Caso núm. ARB (AF)/99/2, párr. 119. Laudo de 11 de octubre de 2002 (disponible en [www.worldbank.org/icsid/](http://www.worldbank.org/icsid/); o en <http://ita.law.uvic.ca/>).

<sup>9</sup> CIADI, Caso núm. ARB (AF)/00/1, párr. 184.

<sup>10</sup> Cfr. OCDE, *La norme du traitement juste et équitable dans le droit international des investissements*, Direction des Affaires Financières et des entreprises, Documents de travail sur l'investissement international, 2004/3, p. 2.

normas del caso particular, de acuerdo con lo afirmado en los *asuntos Mondev* –ya citado–<sup>11</sup> y *Waste Management Inc. c. México*<sup>12</sup>. Asimismo, los tribunales internacionales ejercen una suerte de control legal negativo, consistente en decidir cuándo se ha violado el estándar, o se han rebasado los límites, o el trato ha sido injusto y no equitativo. La jurisprudencia nos ofrecerá principios generales de interpretación además de situaciones fácticas típicas<sup>13</sup>. Unos y otras van pasando a formar parte del núcleo de la cláusula evolutiva y, consecuentemente, se va reduciendo la zona de incertidumbre o halo del concepto indeterminado.

La UNCTAD afirma, a propósito de la caracterización de situaciones fácticas y normativas, que

«en la mayoría de sistemas legales es posible identificar ciertos comportamientos aparentemente contrarios a la justicia y la equidad que nos ejemplifiquen el tipo de acción estatal que puede contravenir el trato justo y equitativo, utilizando su significado directo. Si un Estado actúa fraudulentamente o con mala fe, o caprichosamente, y voluntariamente discrimina a un inversor, o le priva de derechos adquiridos con el consiguiente enriquecimiento injusto del Estado, entonces, existe *prima facie* el argumento de que el trato justo y equitativo ha sido violado»<sup>14</sup>.

Nos centramos en los APPRIS porque son los que han creado el concepto en el plano convencional<sup>15</sup>, porque no existe en la actualidad un tratado multilateral específico sobre protección de inversiones y, finalmente, porque la limitación de la extensión del presente trabajo no nos permite incidir en el estudio de otros tratados multilaterales relevantes<sup>16</sup>.

<sup>11</sup> *Mondev, supra*, nota 8, pág. 118.

<sup>12</sup> CIADI, Caso núm. ARB (AF)/00/3, pág. 99.

<sup>13</sup> SCHREUER, CH., en «Fair and equitable treatment in arbitral practice», *The Journal of World Investment and Trade (T.J.W.I.T)*, v. 6, junio 2005, núm. 3, pp. 357 y 373, distingue los pronunciamientos de los tribunales sobre el significado general del trato justo y equitativo, de las aplicaciones más concretas en casos típicos.

<sup>14</sup> Cfr. UNCTAD, *Fair and equitable treatment*, Series on issues in international investment agreements, 1999, pp. 12 y ss. La traducción es nuestra. También, UNCTAD, *Recent developments in international investments agreements*, Research Note, 30 de agosto de 2005 (UNCTAD/WEB/ITE/IIT/2005/1).

<sup>15</sup> Sobre las relaciones entre los tratados de inversiones, véase, OCDE, *Relations entre les accords internationaux sur l'investissement international*, núm. 2004/1, en ([www.oecd.org/](http://www.oecd.org/)). Entre los estudios doctrinales sobre los APPRIS destacamos la obra de DOLZER, R. y STEVENS, M., *op. cit.* Nota 4; SACERDOTI, G., «Bilateral treaties and multilateral instruments on investment protection», *R. des C.* v. 269, 1997. Sobre la práctica española, véase, GARCÍA RODRÍGUEZ, I., *La protección de las inversiones exteriores. Los APPRIS celebrados por España*, Tirant, 2005; Díez HOCHLEITNER, J., «Análisis del Acuerdo España México», en Real Instituto Elcano, Mesa Redonda, *La seguridad jurídica y las inversiones extranjeras en América Latina. El caso Mexicano*, 21 y 22 de octubre; Díez HOCHLEITNER, J. e IZQUIERDO, C., «Las inversiones a través de sociedades locales en los APPRIS celebrados por España con países de Iberoamérica», en ([www.reei.org/](http://www.reei.org/)); o IRURETAGOiena AGIRREZABALAGA, I., «Promoción y protección de las inversiones españolas en el extranjero: los APPRI», *AEDIPr*, t. II, 2002, pp. 151-182.

<sup>16</sup> El artículo 10 del Tratado sobre la Carta de la Energía, del que es parte España, establece unas características sobre el trato justo y equitativo: la estabilidad, la equidad y la transparencia. El Acuerdo de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA) no sólo ha inspirado el APPRI España-México sino que también contiene el artículo 1105 (1), a partir del cual la jurisprudencia internacional ha elaborado un cuerpo de doctrina sobre la relación entre el trato justo y equitativo y el estándar mínimo internacional. En el ámbito del Derecho comunitario europeo, el Tratado de la Comunidad Europea opera como *lex specialis* y establece altos estándares de protección a la inversión extranjera e intracomunitaria, con las normas relativas a la libre circulación de capitales o el derecho de establecimiento.

A continuación, analizaremos de manera sistemática el grupo de cláusulas sobre el trato justo y equitativo en los sesenta y ocho APPRIS celebrados por España: firmados con nuevos países<sup>17</sup> o renegociados<sup>18</sup>.

## II. EL NÚCLEO FIJO O DE CERTEZA DE LA OBLIGACIÓN DEL TRATO JUSTO Y EQUITATIVO

El nuestro es un problema de interpretación de tratados internacionales, por lo que han de seguirse las reglas de los artículos 31 y 32 de las Convenciones de Viena sobre Derecho de los tratados de 1969 y de 1986. La voluntad de las partes hace constar el contenido normativo y el núcleo fijo o de certeza de la obligación del trato justo y equitativo.

### 1. La voluntad de los estados partes en el APPRI

#### 1.1 MODELOS DE CLÁUSULAS DENTRO DEL CONTEXTO, OBJETO Y FIN DE CADA APPRI

El régimen jurídico del trato justo y equitativo previsto en la red de APPRIS celebrados por España contiene unos elementos rectores comunes que se desprenden del texto, el contexto, el objeto y el fin del tratado. En los textos también se observa una variedad de modelos de cláusulas relevantes, cuya incidencia en el estándar de protección conviene analizar.

El primer elemento rector común es la identidad del objeto y fin de la red de APPRIS, a saber: dotar de seguridad jurídica a las inversiones extranjeras con unos estándares de protección, derivados de la combinación de varias cláusulas y sometidos a mecanismos arbitrales que garantizan su eficacia. El segundo, es que todos los APPRIS celebrados por España mencionan explícitamente el binomio «trato justo y equitativo», y permiten una interpretación lógico-sistemática del conjunto de sus cláusulas. Ahora bien, el acuerdo de los Estados sobre el texto no es siempre el mismo. Existen varios modelos, que nos alumbran una clasificación basada en la distinción de tres grados de regulación: completo, medio y simple.

<sup>17</sup> El 31 de marzo de 2005 se firmó el APPRI con Colombia, ya autorizado por las Cortes para que el Gobierno preste el consentimiento en obligarse (*BOCG, Sección Cortes Generales, Serie A*, núm. 154, de 17 de junio de 2005). El 20 de junio de 2005 se firmó el APPRI con Macedonia, que está en trámite de Cortes, y cuyo texto se encuentra en (*BOCG, Serie C*, núm. 109-3, de 14 de octubre de 2005). El 8 de septiembre de 2005 se firmó el APPRI con Kuwait, que también está en trámite de Cortes y su texto se encuentra en (*BOCG, Sección Cortes Generales, Serie A*, núm. 232, de 17 de febrero de 2006). Los Estados sucesores de la URSS han asumido el cumplimiento de las obligaciones internacionales derivadas del APPRI con la URSS de 26 de octubre de 1990; a excepción de Kazajistán, Ucrania y Uzbekistán, con los que España ha celebrado nuevos APPRIS, ya en vigor. En este sentido, Chequia y Eslovaquia cumplen las obligaciones del APPRI celebrado entre España y Checoslovaquia el 12 de diciembre de 1990.

<sup>18</sup> El importante APPRI con China, de 14 de noviembre de 2005, publicado en el (*BOCG, Sección Cortes Generales, Serie A*, núm. 243, de 17 de marzo de 2006) y ya autorizado por las Cortes para la prestación del consentimiento en obligarse del Gobierno español (*BOCG, Serie C*, núm. 163-3, de 17 de mayo de 2006).

En la regulación simple, los APPRIS mencionan concisamente el trato justo y equitativo, junto al trato nacional y al trato de la nación más favorecida, componiendo la disposición dedicada al tratamiento. Cabe interpretar contextualmente que el régimen se completa con la disposición sobre protección, según la cual las medidas injustificadas o discriminatorias no podrán obstaculizar la gestión, el mantenimiento, la utilización, el disfrute, la extensión, la venta, o la liquidación de las inversiones. Además, se establece que el Estado «se esforzará en conceder» o, más rotundamente, «concederá» las autorizaciones necesarias y permitirá la ejecución de contratos laborales, de licencia, fabricación, asistencia técnica, comercial, financiera y administrativa. En este grupo se integran los APPRIS de España con los siguientes países (36,7%), repartidos por todas las zonas geográficas: en África (Túnez, Egipto, Argelia); en Europa (la antigua Checoslovaquia, Lituania, Letonia, Estonia, la antigua URSS, Bulgaria); en Asia (Pakistán, Turquía, Kazajstán, Corea del Sur, Filipinas, Indonesia); en Iberoamérica y Caribe (Chile, Argentina, Uruguay, Paraguay, Nicaragua, Perú, Honduras, Cuba, República Dominicana y Ecuador)<sup>19</sup>. Dentro del mismo grupo destacamos que, en el APPRI España-Cuba se distinguen las inversiones extranjeras a través de sociedades locales, y que en los APPRIS de España con Indonesia y Filipinas no se incluye la cláusula del trato nacional. Más tarde estudiaremos el alcance de esta falta.

La regulación media comprendería la simple, y la suma de un estándar de protección complementario. Por ejemplo, los APPRIS (5,8%) que vinculen expresamente el trato justo y equitativo con el Derecho internacional (APPRI España-El Salvador)<sup>20</sup>, que expliciten el *pacta sunt servanda* en el sentido que «los contratantes respetarán todas las obligaciones contraídas con los inversores de la otra parte» (APPRI España-Rumanía)<sup>21</sup>, o que garanticen el trato «en todo momento», o concedan «plena protec-

<sup>19</sup> APPRI España-Túnez de 28 de mayo de 1991 (BOE, núm. 172, de 20 de julio de 1994); APPRI España-Egipto, de 3 de noviembre de 1992 (BOE núm. 155, de 30 de junio de 1994); APPRI España-Argelia, de 23 de diciembre de 1994 (BOE núm. 59, de 8 de marzo de 1996); APPRI España-Checoslovaquia, de 7 de febrero de 1992 (BOE núm. 33, de 7 de febrero de 1992); APPRI España-Lituania, de 6 de julio de 1994 (BOE núm. 22, de 25 de enero de 1996); APPRI España-Letonia, de 26 de octubre de 1995 (BOE núm. 134, de 5 de junio de 1997); APPRI España-Estonia, de 11 de noviembre de 1997 (BOE núm. 168, de 15 de julio de 1998); APPRI España-URSS, de 26 de octubre de 1990 (BOE núm. 301, de 17 de diciembre de 1991); APPRI España-Bulgaria, de 5 de septiembre de 1995 (BOE núm. 143, de 16 de junio de 1998); APPRI España-Pakistán, de 15 de septiembre de 1994 (BOE núm. 142, de 12 de junio de 1996); APPRI España-Turquía, de 15 de febrero de 1995 (BOE núm. 71, de 24 de marzo de 1998); APPRI España-Kazajstán, de 23 de marzo de 1994 (BOE núm. 104, de 30 de abril de 1996); APPRI España-Corea del Sur, de 17 de enero de 1994 (BOE núm. 297, de 13 de diciembre de 1994); APPRI España-Filipinas, de 19 de octubre de 1993 (BOE núm. 275, de 17 de noviembre de 1994); APPRI España-Indonesia, de 30 de mayo de 1995 (BOE núm. 31, de 5 de febrero de 1997); APPRI España-Chile, de 2 de octubre de 1991 (BOE núm. de 19 de marzo de 1994); APPRI España-Argentina, de 3 de octubre de 1991 (BOE núm. de 18 de noviembre de 1992); APPRI España-Uruguay, de 7 de abril de 1992 (BOE núm. de 27 de mayo de 1994); APPRI España-Paraguay, de 11 de octubre de 1993 (BOE núm. 8, de 9 de enero de 1997); APPRI España-Nicaragua, de 16 de marzo de 1994 (BOE núm. 98, de 25 de abril de 1995); APPRI España-Perú, de 17 de noviembre de 1994 (BOE núm. 59, de 8 de marzo de 1996); APPRI España-Honduras, de 18 de marzo de 1994 (BOE núm. 175, de 20 de julio de 1996); APPRI España-Cuba, de 27 de mayo de 1994, (BOE núm. 276, de 18 de noviembre de 1995); APPRI España-Rep. Dominicana, de 16 de marzo de 1995 (BOE núm. 282, de 22 de noviembre de 1996); APPRI España-Ecuador, de 26 de junio de 1996 (BOE núm. 86, de 10 de abril de 1998).

<sup>20</sup> APPRI España-El Salvador, de 14 de febrero de 1995 (BOE núm. 114, de 10 de mayo de 1996).

<sup>21</sup> APPRI España-Rumanía, de 25 de enero de 1995 (BOE núm. 280, de 23 de noviembre de 1995).

ción y seguridad» (APPRI España-Polonia<sup>22</sup> y el APPRI España-Colombia, en tramitación en Cortes)<sup>23</sup>.

Más de la mitad de los APPRIS celebrados por España (57%) se clasificarían en el tercer grupo, con una regulación del trato justo y equitativo completa o muy completa, pues los estándares de protección ya estudiados se acumularían en distintas combinaciones<sup>24</sup>.

En los siguientes puntos analizaremos el alcance de esta triple regulación en los APPRIS. La jurisprudencia arbitral servirá de medio auxiliar de interpretación.

## 1.2 OTRAS CLÁUSULAS CONCURRENTES

La combinación de cláusulas plantea la cuestión sobre si el trato justo y equitativo establece la regla general y el resto de cláusulas constituyen sus elementos normativos de interpretación<sup>25</sup>. La respuesta positiva no impide que la obligación del trato justo y equitativo, la del trato nacional y la de la nación más favorecida sigan considerándose autónomas, aunque la primera sirva de fundamento, amplificador o límite de las otras. La autonomía de cada obligación no puede obviarse, a menos que asumiéramos que el trato justo y equitativo conlleva automáticamente el trato nacional o el de la nación más favorecida, incluso cuando el APPRI guarde silencio sobre las últimas. Por consiguiente, la presencia expresa en el texto del tratado internacional de las tres obligaciones es deseable –garantiza un estándar de protección más concreto y elevado<sup>26</sup>– pero no imprescindible.

Los APPRIS de España con Indonesia y Filipinas no incluyen el trato nacional, aunque sí el trato justo y equitativo y el de la nación más favorecida. El trato nacional protegería al inversor extranjero de una discriminación a favor del inversor del Estado huésped; pero dicho trato nacional podría no satisfacer el estándar del trato justo y equitativo. Este puede ser el caso del Protocolo al APPRI España-China, de 14 de noviembre de 2005, en tramitación en Cortes. Comentaremos el Protocolo cuando veamos la interpretación jurisprudencial de la no discriminación como uno de los elementos del trato justo y equitativo.

La insuficiencia del trato nacional respecto al justo y equitativo explica que algunos países exportadores de capital opten por equivaler el trato justo y equitativo con el estándar mínimo internacional. Siguiendo con los APPRIS de España con Indonesia y con Filipinas, que prescinden del trato nacional, la situación del inversor español en ambos países, o *viceversa*, sería problemática cuando el Estado huésped beneficiara al inversor nacional por encima del estándar del trato justo y equitativo, pues la ausencia de la cláusula del trato nacional le impediría recibir el nivel superior de protección.

<sup>22</sup> APPRI España-Polonia, de 30 de julio de 1992 (BOE núm. 133, de 4 de junio de 1993).

<sup>23</sup> Nota 17.

<sup>24</sup> A modo de ejemplo, señalaremos algunos con países iberoamericanos: APPRI España-México, de 23 de junio de 1995 (BOE núm. 32, de 6 de febrero de 1997); APPRI España-Venezuela, de 2 de noviembre de 1995 (BOE núm. 245, de 13 de octubre de 1997); APPRI España-Bolivia, de 29 de octubre de 2001 (BOE núm. 247, de 15 de octubre de 2002).

<sup>25</sup> UNCTAD, «Fair and equitable treatment», *International Investment Agreements: Key issues*, v. I, 2004, p. 222.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 215.

Si el texto del APPRI recoge todas las cláusulas (regulación completa), la diferente formulación de sus combinaciones no tiene por qué repercutir automáticamente en el estándar general de protección. Lo que sí parece claro es que el trato justo y equitativo, sería la obligación primordial o dominante (*overriding obligation*)<sup>27</sup>; incluso cuando una reclamación arbitral no se fundamente directamente en ella. Esta interpretación quedaría ratificada cuando los APPRIS contengan la cláusula de la plena protección y seguridad.

Aunque no es el caso de la red de APPRIS celebrados por España, si un APPRI no dispusiera ni de la cláusula del trato justo y equitativo ni de la del estándar mínimo de trato en el derecho internacional<sup>28</sup>, el intérprete que necesite resolver un problema relacionado con el trato justo y equitativo podría recurrir al derecho consuetudinario vigente entre las partes. A este respecto, sería muy significativo para probar la (in) existencia de la norma sobre el trato justo y equitativo en el derecho consuetudinario, la ausencia de la obligación en el APPRI. No obstante, al ser el trato justo y equitativo un principio estructural de la protección de las inversiones, y ante la inexistencia o insuficiencia del Derecho en vigor, creemos que un árbitro se serviría de la equidad *praeter legem* para aplicar el contenido de dicho trato como principio general del Derecho<sup>29</sup>.

Además, sin necesidad de llegar a ese punto, cuando el APPRI que no disponga el trato justo y equitativo, sí regule el trato de nación más favorecida y uno de los Estados partes hubiera celebrado otro APPRI que sí contemplase dicho trato, se extenderían los efectos del trato justo y equitativo previsto en el segundo tratado a los beneficiarios del primer tratado, gracias a la cláusula de la nación más favorecida.

## 2. La medida del estándar mínimo exigible conforme al Derecho internacional general

Si partimos de que el estándar mínimo internacional no es equivalente pero comporta un trato justo y equitativo, pues es un elemento básico y fundamental en la protección a la inversión extranjera, toda obligación convencional sobre el trato justo y equitativo poseería un umbral mínimo de carácter consuetudinario. La interacción costumbre-tratado produce que se pueda identificar el estándar mínimo del Derecho internacional general en una cláusula de un APPRI. Este elemento consuetudinario constituiría además un núcleo fijo de la obligación convencional, a pesar de que el

<sup>27</sup> Esta concepción expansiva del trato justo y equitativo aparece en la sección tercera de las *World Bank Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment*, disponible en <http://ita.law.uvic.ca/documents/WorldBank.pdf> También, es la concepción de MANN, F. A., «British treaties for the formation and protection of investment», *B.Y.I.L.*, V. 24, 1981, pp. 244 y ss.

<sup>28</sup> No figura la cláusula del trato justo y equitativo en algunos APPRIS celebrados pro Pakistán, Arabia Saudí y Singapur, de acuerdo con la información de la UNCTAD, en *Bilateral Investments Treaties in the Mid 1990s*, 1998, p. 54.

<sup>29</sup> También reconoce que se trata de un principio general del derecho internacional, JUIILLARD, P., en «L'évolution des sources du droit des investissements» *R. des C.* v. 250, 1994, p. 83.

En un estudio realizado por la OCDE en 1984, todos los Estados miembros entendían que el trato justo y equitativo reenviaba a los principios generales del derecho internacional. Cfr. OCDE, *Accords intergouvernementaux relatifs aux investissements dans les pays en development*, 1984.

relativismo propio de la formación y aplicación de las normas consuetudinarias internacionales no iluminaría con claridad la determinación del contenido común o mínimo.

En efecto, la identificación del contenido correspondería al intérprete en cada caso, aunque podría decirse de acuerdo con el laudo de 13 de noviembre de 2000, en el *asunto S.D. Myers c. Canadá*<sup>30</sup>, que el estándar mínimo se compone de la plena protección y seguridad. Podría añadirse la obligación de actuar de buena fe, en el sentido de no desvirtuar las expectativas del inversor, como afirmó el laudo de 29 de mayo de 2003, en el *asunto Tecmed S.A. c. Estados Unidos*<sup>31</sup>. Y la prohibición de la arbitrariedad, en cuanto que se opone al Estado de Derecho o imperio de la ley, según la interpretación de la Corte Internacional de Justicia en el Fallo de 20 de julio de 1989 sobre el *asunto Elettronica Sicula S.p.A. (Estados Unidos c. Italia)*<sup>32</sup>.

En la red de APPRIS españoles se manifiesta la complementariedad y diferenciación de las obligaciones convencionales con las normas consuetudinarias, en las cláusulas que afirman que «en ningún caso» se concederá a las inversiones un «tratamiento menos favorable que el exigido por el Derecho internacional»<sup>33</sup>, o las que establecen que las inversiones «recibirán en todo momento un tratamiento justo y equitativo de conformidad con el Derecho internacional»<sup>34</sup>, o las que combinan los dos modelos anteriores<sup>35</sup>.

Como vimos anteriormente, existe un debate doctrinal y jurisprudencial sobre si el alcance de la obligación convencional del trato justo y equitativo es superior a la protección ofrecida por el estándar derivado de la norma consuetudinaria. Esta es otra cuestión que habrá de determinarse atendiendo a la interpretación de cada APPRI en el caso concreto. Ahora bien, la interpretación de la red de APPRIS celebrados por España no se presta bien a este debate; no sólo por el juego de la cláusula de la nación más favorecida con las del trato justo y equitativo y el trato nacional, sino también porque los APPRIS celebrados por España, salvo el renegociado con China, suelen reflejar claramente en su texto, un estándar de protección más allá de lo que pudiera valorarse como mínimo.

Por último, de acuerdo con el artículo 12 del Proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado, habrá violación de la obligación internacional cuando el hecho del Estado no esté en conformidad con lo que de él exige la obligación, sea cual fuere su origen o naturaleza. Así que, si un árbitro al interpretar el marco jurídico creado por el APPRI, se sirve del elemento correspondiente al derecho consuetudinario internacional para decidir sobre la violación del estándar, el hecho disconforme del Estado constituiría probablemente una violación de la obligación del trato justo y

<sup>30</sup> UNCITRAL (arbitraje NAFTA), S.D. Myers Inc. c. Canada, Laudo Parcial, pár. 262, disponible en <http://ita.law.uvic.ca/>

<sup>31</sup> CIADI, ARB (AF)/00/2, pár. 154.

<sup>32</sup> ICJ Reports 1989, pár. 128.

<sup>33</sup> APPRIS de España con países europeos (República Federal de Yugoslavia, Bosnia y Herzegovina, Albania, Eslovenia); con países africanos (Nigeria, Namibia, Guinea Ecuatorial); con países asiáticos (Líbano, Kuwait; tramitándose en Cortes; Siria, Jordania); o con iberoamericanos y del Caribe (Costa Rica, Panamá, Bolivia, Jamaica, Guatemala, Trinidad Tobago).

<sup>34</sup> APPRIS de España con Croacia; con países africanos (Sudáfrica, República Gabonesa); iberoamericanos (El Salvador, México).

<sup>35</sup> APPRI de España con Marruecos.

equitativo. Sin embargo, no toda violación de la obligación convencional del trato justo y equitativo será necesariamente otra violación del estándar mínimo previsto en el derecho consuetudinario, pues el alcance de la obligación convencional puede ser superior y hacer referencia a situaciones distintas a las típicas de la norma consuetudinaria.

### III. CUMPLIMIENTO DEL TRATO JUSTO Y EQUITATIVO POR EL ESTADO CONCEDENTE

#### 1. Margen de apreciación, buena fe y confianza legítima

El estándar de protección viene dado por los comportamientos de hecho del Estado concedente del trato justo y equitativo, sobre la base del APPRI aplicable y también de la legislación o de las prácticas administrativas y judiciales del Estado huésped de la inversión. El régimen puede calificarse de particularista y presidido por tres principios interpretativos e interrelacionados, que a su vez son componentes del trato justo y equitativo: el margen de apreciación del Estado huésped, la buena fe y la confianza legítima del inversor.

En tanto que concedente, la aplicación primera por el Estado de la obligación relativa al trato justo y equitativo debe presumirse que se realizará voluntaria o espontáneamente, y de conformidad con el Derecho aplicable: el Derecho internacional y el Derecho interno del Estado de inversión<sup>36</sup>. Sin embargo, como se reconoce en el laudo de 25 de junio de 2001, en el *asunto Genin c. Estonia*, no siempre será posible encontrar en el Derecho interno una solución a la medida de la obligación internacional del trato justo y equitativo, ni siquiera para satisfacer el estándar mínimo<sup>37</sup>.

El inversor operará en un marco jurídico cimentado en el cumplimiento de buena fe, por los Estados partes, de una serie de obligaciones convencionales o contractuales. El inversor presumirá que están protegidas sus expectativas legítimas, que existe transparencia, y que de este modo se beneficia del trato justo y equitativo. Así se desprende del laudo de 29 de mayo de 2003, en el *asunto Tecmed c. México*<sup>38</sup>. Existirá una presunción a favor del Estado concedente lo que permitirá al inversor estructurar jurídicamente su inversión. La jurisprudencia ha aclarado, en el asunto *Mondev*, que no toda violación de la obligación del trato justo y equitativo requiere mala fe, pero la acción estatal *mala fides* supone la violación del trato justo y equitativo<sup>39</sup>.

<sup>36</sup> Por ejemplo, creemos que a esto obedece la rectificación de una de las medidas de emergencia adoptadas por el Gobierno argentino en 2003, que discriminaba al extranjero frente al nacional (Decreto 53/2003, de 9 de enero), derogada al día siguiente con el Decreto 70/2003.

<sup>37</sup> CIADI, Caso núm. ARB/99/2, pár. 367.

<sup>38</sup> CIADI, Caso núm. ARB (AF)/00/2, pár. 154.

<sup>39</sup> *Mondev, supra*, nota 8, pár. 116. Esta interpretación se ha reiterado en el asunto *Loewen Group Inc. and R. L. Loewen v. Estados Unidos de América*, Laudo de 26 de junio de 2003 (CIADI, Caso núm. ARB(AF)/98/3 NAFTA, pár. 132); y en el asunto *Occidental Exploration and Production Co. v. Ecuador*, Laudo de 1 de julio de 2004 (London Court of International Arbitration, Caso núm. UN 3467, pár. 186).

Sucede que, la mera formulación de una obligación formal de trato justo y equitativo en un APPRI no es una garantía suficiente de cumplimiento. Conviene que la interpretación sea objetiva –frente a las subjetivas del concedente o del beneficiario– y que el juicio sobre la adecuación del trato a las normas internacionales aplicables provenga de un mecanismo internacional de solución de controversias entre el inversor extranjero y el Estado huésped de la inversión. El arbitraje internacional en el que el inversor posea el *ius standi* ante el tribunal arbitral es la clave de la eficacia jurídica de los APPRIS<sup>40</sup>. De esta manera, no se hace depender la protección del inversor de la voluntad del Estado de su nacionalidad de ejercer el derecho estatal a la protección diplomática de sus nacionales. El juez o árbitro nunca será el concedente ni sustituirá el primer trato otorgado al inversor, sino que decidirá sobre la adecuación del trato al Derecho aplicable.

## 2. Situaciones excepcionales o de emergencia: obligación de diligencia

¿Podría condicionar el cumplimiento de la obligación que el Estado sufra períodos de emergencia o excepcionales? Esto nos lleva a la relación de nuestra cláusula con la de la plena protección y seguridad, así como a estudiar uno de los elementos del contenido del trato justo y equitativo, determinado por la jurisprudencia internacional: la obligación de vigilancia y la diligencia debida.

Aunque la mayoría de APPRIS no lo regulen expresamente en su texto, de acuerdo con el objeto y fin de los mismos ha de entenderse, que la obligación del trato justo y equitativo operaría también en situaciones excepcionales o de emergencia, a saber: conflicto armado, revolución, insurrección, disturbio, graves crisis económicas e institucionales, estado de emergencia nacional, entre otras. Dichas situaciones sí se contemplan en las disposiciones de la mayoría de los APPRIS y son, precisamente, en las que más riesgo existe de un trato injusto y no equitativo.

El APPRI de España con Marruecos establece, en la cláusula de compensación por pérdidas (art. 6), que si tales situaciones se producen en el territorio o zona marítima de la otra Parte Contratante, las inversiones gozarán de «un tratamiento no discriminatorio». Además, se dispone el trato nacional y el de la nación más favorecida, por lo que cabe inferir que el inciso relativo a la discriminación refleja uno de los elementos fundamentales del trato justo y equitativo.

En el mismo sentido, cuando el texto del APPRI establece, en lugar distinto al de la cláusula de compensación por pérdidas, la plena protección y seguridad de la inversión, entendemos que la plenitud se proyectaría sobre todos los estándares de protección, e incluiría el trato justo y equitativo. La plena protección y seguridad no se aplica sólo a situaciones de violencia. Su efectividad puede consistir en la comprobación del cumplimiento, en circunstancias normales, del derecho a la tutela judicial efectiva ante una controversia de inversiones, como ha sido reconocido en el laudo de 3 de septiembre de 2001 en el *asunto R. S. Lauder c. República Checa*<sup>41</sup>.

<sup>40</sup> Cfr., Díez HOCHLEITNER, J., «Protección diplomática v. arbitraje de inversiones», en *El derecho internacional: normas, hechos y valores. Liber Amicorum José Antonio Pastor Ridruejo*, UCM, p. 473.

<sup>41</sup> Asunto R. S. Lauder c. República Checa, UNCITRAL, párr. 314, disponible en <http://ita.law.uvic.ca/documents/LauderAward.pdf>.

Los APPRIS regulan las situaciones excepcionales o de emergencia en las cláusulas de compensación por pérdidas<sup>42</sup>. No todas se redactan de igual manera. En unas se establece que se otorgará al inversor extranjero el trato nacional y el de la nación más favorecida, a título de restitución o indemnización, salvo si la destrucción, requisición u ocupación de las inversiones es imputable al Estado huésped de la inversión. Otro modelo de cláusula de compensación por pérdidas sólo ofrece el trato de la nación más favorecida<sup>43</sup>. Y un tercer modelo prescinde del hecho de que las pérdidas sean consecuencia de la actuación de los órganos del Estado huésped.

Los APPRIS celebrados por España con Turquía, Chile y Argentina, guardan silencio sobre la compensación en estas situaciones excepcionales. Sin embargo, creemos que puede interpretarse que regirían cumulativamente el trato justo y equitativo, el trato nacional y el de la nación más favorecida, en tanto que están previstos con generalidad o no se ha descartado expresamente su aplicación en tales situaciones. Esta solución serviría para indemnizar a los inversores que sufran pérdidas atribuidas a órganos del Estado huésped, cuando el APPRI aplicable no lo disponga explícitamente.

Otro elemento a tener en cuenta es que la definición de estas situaciones, cuyos extremos pueden ser determinantes en la aplicación del trato justo y equitativo, corresponde al Derecho internacional general. Se prevé en el APPRI España-Corea del Sur, cuando en el artículo 4 habla de: «pérdidas debidas a guerra, otros conflictos armados, un estado de emergencia nacional, u otras circunstancias así consideradas por el Derecho internacional».

Algunos APPRIS celebrados por España<sup>44</sup> completan el contenido básico de la cláusula de compensación de pérdidas (trato nacional y/o el de la nación más favorecida a título de indemnización) con una disposición relativa a las pérdidas sufridas a consecuencia de la requisición o destrucción no necesaria de las inversiones por las fuerzas o autoridades del Estado huésped. En estos casos, se concederá a los inversores una compensación monetaria, adecuada y efectiva. Dichos comportamientos (requisición, ocupación, destrucción por fuerzas armadas de un Estado) y el principio de necesidad, nos reenvían al derecho internacional humanitario<sup>45</sup>.

La efectividad de todas estas disposiciones de los APPRIS se verifica en la jurisprudencia arbitral que se ha ocupado del tema de la obligación de vigilancia, (*asuntos AAPL c. Sri Lanka*<sup>46</sup>; *AMT c. R.D. Congo*; y *Wena Hotels LTD c. Egipto*), según la

<sup>42</sup> También existen las coberturas de los seguros de riesgo político, como las de la Compañía Española de Seguros de Crédito a la Exportación (CESCE), o la de la Agencia Multilateral de Garantía de Inversiones (MIGA).

<sup>43</sup> APPRIS de España con países asiáticos (Filipinas, Malasia), o con países iberoamericanos (Uruguay, República Dominicana, o Ecuador).

<sup>44</sup> *Adex.*, los APPRIS con Costa Rica, Panamá, Jamaica, Trinidad Tobago, Macedonia y Kuwait (ambos en tramitación parlamentaria).

<sup>45</sup> En esta línea, se pronunció el Comité Internacional de la Cruz Roja, en los comentarios al «Proyecto de Instrumento de la OCDE sobre la sensibilización del riesgo destinado a las empresas multinacionales que operan en zonas de gobernabilidad frágil», 23 de noviembre de 2005, disponible en [www.oecd.org](http://www.oecd.org).

<sup>46</sup> Por orden de cita, CIADI, Caso núm. ARB/87/3; CIADI Caso núm. ARB/93/1; CIADI Caso núm. ARB/98/4.

cual el Estado huésped debe adoptar todas las medidas preventivas, sin justificar el incumplimiento en el Derecho interno.

#### IV. EL CONTROL JUDICIAL Y ARBITRAL: EL AMPLIO «HALO»' O ZONA DE INCERTIDUMBRE DEL TRATO JUSTO Y EQUITATIVO

Los límites inciertos del trato justo y equitativo repercuten en la labor del juez o árbitro, pues les conmina a la prudencia en el control negativo del cumplimiento de la obligación. En relación con el artículo 1105 del NAFTA, el laudo de 13 de noviembre de 2000 sobre el *asunto S.D. Myers c. Canada*, expresó ese condicionamiento de la siguiente manera:

«El Tribunal considera que una violación del artículo 1105 solamente ocurre cuando se demuestra que un inversor ha sido tratado de manera tan injusta y arbitraria que el trato alcanza un nivel inaceptable desde la perspectiva internacional. Tal determinación deber realizarse a la luz de la alta deferencia que el derecho internacional concede al derecho de las autoridades internas a regular sus asuntos en su territorio»<sup>47</sup>.

No obstante, los tribunales arbitrales han destacado los siguientes elementos individuales o combinados de la obligación del trato justo y equitativo<sup>48</sup>, que relacionaremos en la medida de lo posible con el régimen derivado de la red de APPRIS celebrados por España.

##### 1. Obligación de no discriminación: trato nacional

En el *asunto S.D. Myers* el tribunal arbitral afirmó claramente que la violación del trato nacional demostraba el del trato justo y equitativo<sup>49</sup>.

El Protocolo al APPRI España-China, de 14 de noviembre de 2005, en tramitación en Cortes, establece el trato nacional sinalagmático, pero se excluye para la República Popular China la obligación de no adoptar medidas no conformes o injustificadas y discriminatorias en la gestión, mantenimiento, uso, disfrute y enajenación de las inversiones del inversor español, cuando estas medidas ya existieran, dejándolas continuar o incluso permitiendo su modificación a no ser que esto último incremente la falta de conformidad de la medida. A modo de compensación, el Protocolo también dispone que China «dará todos los pasos necesarios para eliminar de forma progresiva las medidas no conformes». Estas previsiones afectan a uno de los elementos compositivos del trato justo y equitativo: la no discriminación, rebajando el umbral a partir del cual se verifique su incumplimiento. El trato justo y equitativo de

<sup>47</sup> *Cit.*, pág. 263 (la traducción es nuestra).

<sup>48</sup> Sobre el tema, SCHREUER, CH., «Fair and equitable treatment in arbitral practice», *op. cit.*, nota 13. También, CHOUDHURY, B., «Evolution or Devolution? Defining fair and equitable treatment in international investment Law», *TJWIT*, v. 6, abril 2005, núm. 2, pp. 297-316.

<sup>49</sup> *S. D. Myers, supra*, nota 31, pág. 266.

naturaleza convencional, materializado en un Protocolo, podría estar por debajo del estándar mínimo internacional.

## 2. Obligación de transparencia

En la jurisprudencia internacional la transparencia, la buena fe y el respeto de las expectativas legítimas del inversor están íntimamente relacionados (*asuntos Metalclad Corp. c. México*<sup>50</sup>; *Maffezini c. España*<sup>51</sup>; o *MTD c. Chile*<sup>52</sup>, entre otros). El marco jurídico de la inversión ha de ser perceptible y la actuación de la administración del Estado huésped no puede caer en la ambigüedad o contradicción. Esto no significa la estabilización del marco jurídico sino más bien que no exista inconsistencia (discriminación, arbitrariedad, hostilidad) en la actuación de la administración del Estado.

Los acuerdos interestatales que culminen la fase de negociación amistosa constituyen un elemento valioso de la interpretación de un APPRI y, lógicamente, forman parte del marco jurídico de la inversión. El problema está en conocer su existencia. En España, este tipo de acuerdos interpretativos no sigue las normas aplicables a la publicación de los tratados internacionales, como ha podido comprobarse mediante la Sentencia de la Sala 3<sup>a</sup> del Tribunal Supremo (STS), de 27 de enero de 2004<sup>53</sup>, relacionada con un caso pendiente ante el CIADI, planteado por el español *Victor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. Chile*<sup>54</sup> y cuyo objeto es la reclamación por la confiscación de dos empresas de publicidad.

La STS se refiere al Acta de 1 de octubre de 1998 que interpretaría «el sentido y alcance de algunas disposiciones» del vigente APPRI España-Chile, de 2 de octubre de 1991. El Acta que materializó el acuerdo de interpretación, y que fue recurrida ante la jurisdicción contencioso administrativa española, sería «remitida al recurrente mediante Comunicación del Director General del Gabinete del Ministerio de Asuntos Exteriores de 12 de abril de 1999, que también se recurre». El recurrente solicitó a la Audiencia Nacional tres cosas: la anulación del Acta y de la Comunicación por ser contrarias a Derecho, la ineficacia del Acta en la controversia ante el CIADI; y el reconocimiento de una indemnización por daños y perjuicios. La Audiencia Nacional desestimó el recurso con el argumento de que el Acta y la Comunicación no eran actos administrativos sobre los que tuviese competencia la jurisdicción española, pues su contenido no se sometía al Derecho administrativo sino al artículo 9 (1) del APPRI España-Chile, según el cual «cualquier controversia entre las partes referente a la interpretación o aplicación del presente Convenio será resuelta, hasta donde sea posible, por los Gobiernos de las dos partes»<sup>55</sup>.

El Tribunal Supremo asume los argumentos anteriores, que se completan de la siguiente manera: se han recurrido actos no susceptibles de impugnación y la Comunicación de Exteriores

<sup>50</sup> Laudo de 30 de agosto de 2000, CIADI Caso núm. ARB(AF)/97/1 NAFTA, pár. 212.

<sup>51</sup> Laudo de 13 de noviembre de 2000, CIADI Caso núm. ARB/97/7, pár. 83.

<sup>52</sup> Laudo de 25 de mayo de 2004, CIADI Caso núm. ARB/01/7, pár. 163.

<sup>53</sup> Recurso de Casación, Núm. de Recurso 2586/2000 (disponible en [www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es)).

<sup>54</sup> CIADI, Caso núm. ARB/98/2, pendiente.

<sup>55</sup> BOE, de 19 de marzo de 1994.

«no deja de ser una simple carta por medio de la que se contesta al recurrente a una previa petición de información [...] no es acto administrativo, no ha sido dictado en el seno de ninguna clase de procedimiento, ni toma ningún acuerdo, ni tienen ningún contenido sustantivo ni accesorio [...] dicha carta nada decide, nada ordena y nace y muere en si misma al no haberse dictado en relación a procedimiento alguno»<sup>56</sup>.

No pretendemos extendernos en los problemas que esto plantea, desde la perspectiva del Derecho de los tratados internacionales aplicable a España (caracterización del acuerdo, tramitación interna y respeto de los requisitos constitucionales, entre otras cosas), pero sí resulta conveniente señalar un argumento esgrimido en el fundamento tercero de la Sentencia del Supremo; a saber, que el Acta se subsume en el artículo 31 (3, a) de la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados, según el cual todo acuerdo ulterior entre las partes sobre la aplicación de sus disposiciones constituye un elemento de interpretación del tratado. Por muy *sui generis* que sea el Acta, el tribunal español la ha calificado como un acuerdo interpretativo del APPRI.

Así que, aunque al Supremo sólo le interese aquel argumento para rechazar que el Acta sea un acto administrativo y desestimar el recurso, creemos que la falta de publicación de un acuerdo internacional que se entienda de carácter normativo, pudiera originar la responsabilidad patrimonial de la Administración, exigible en vía contencioso administrativa, cuando perjudique derechos de los particulares (artículo 106.2 de la Constitución española). Por lo demás, el conocimiento del contenido del Acta en cuestión nos permitiría valorar si con ella queda afectada la obligación del trato justo y equitativo, y otros estándares de protección a la inversión previstos en el APPRI España-Chile.

Si el problema de publicación se produjese en relación con el APPRI España-Kuwait de 8 de septiembre de 2005, que está tramitándose en Cortes, entraría en juego el párrafo tercero del artículo 3 dedicado a la «protección de inversiones», según el cual

«Cada Parte publicará con prontitud o pondrá a disposición del público de otra manera, sus leyes, reglamentos, procedimientos, directivas, directrices, resoluciones administrativas y decisiones judiciales de aplicación pública, así como los acuerdos internacionales.»

La obligación de transparencia se contiene en las cláusulas sobre protección y trato a la inversión. Bajo una interpretación sistémica, se entenderían incluidos los acuerdos internacionales interpretativos del APPRI adoptados con ocasión de la negociación diplomática, prevista como primer modo de solución de una controversia en el artículo 10 del APPRI. No podría descartarse, por tanto, una reclamación por violación de esta disposición relativa a la transparencia, que en buena lógica sería también un corolario del trato justo y equitativo; condicionada dicha reclamación por la indeterminación del concepto «publicar con prontitud o poner a disposición del público de otra manera».

<sup>56</sup> Primer fundamento de Derecho de la Sentencia del TS de 27 de enero de 2004.

### 3. Obligación de respeto a los compromisos contractuales asumidos con el inversor

El comportamiento del Estado concedente puede traer causa de un contrato internacionalizado. Existe un debate sobre la posibilidad de extender los efectos de la cláusula del trato justo y equitativo contenida en un APPRI, a las obligaciones surgidas de un contrato entre el inversor y el Estado de inversión. En consecuencia, la violación de un contrato supondría la violación del APPRI pertinente, incluso cuando este tratado no incluya una *umbrella clause* o cláusula paraguas, que iguale las obligaciones contractuales con las convencionales. La jurisprudencia no es uniforme en este punto.

A favor de la equivalencia de la cláusula convencional del trato justo y equitativo con una cláusula paraguas, que elevaría las violaciones contractuales a violaciones convencionales, tenemos: el laudo de 29 de enero de 2004 sobre el *asunto SGS c. Filipinas* (el rechazo injustificado de un pago previsto en un contrato plantea cuestiones discutibles, bajo el artículo IV sobre el trato justo y equitativo y el artículo X (2) relativo a la cláusula paraguas, del APPRI entre Suiza y Filipinas)<sup>57</sup>; así como el laudo de 29 de diciembre de 2004 en el *asunto CSOB c. República Eslovaca* (la falta de pago de una suma de dinero prevista en un contrato no se conforma con la obligación del artículo 2 (2) del APPRI entre las Repúblicas Checa y Eslovaca, que establece el trato justo y equitativo o la plena protección y seguridad de la inversión)<sup>58</sup>.

Al contrario, en el *asunto Waste Management c. México*, el tribunal consideró en el laudo de 30 de abril de 2004, que la falta de pago de las deudas de un Ayuntamiento por una crisis financiera no suponía la violación del artículo 1105 (1) del NAFTA, siempre que no significase aquello un rechazo directo e injustificado de la transacción y cuando se ofreciese una solución al acreedor<sup>59</sup>. En el *asunto Impregilo c. Pakistán* el tribunal decidió con el laudo de 22 de abril de 2005, que la violación del artículo 2 (2) del APPRI entre Italia y Pakistán, dedicado al trato justo y equitativo, implicaría a una materia que se situaría fuera del ámbito de la aplicación de un contrato y tendría que ver con el ejercicio por el Estado del poder público<sup>60</sup>.

Como conclusión, nos apoyamos en la opinión autorizada del Profesor Schreuer, para quien parece probable que prevalecerá el criterio restrictivo de estos últimos laudos; esto es, que el trato justo y equitativo y la cláusula paraguas no son intercambiables<sup>61</sup>.

### 4. Juicio equitativo y propiedad en el procedimiento

Se trata de un elemento básico del Estado de Derecho que impide, entre otras cosas la denegación de justicia o la violación del derecho a ser oído, como se puso de manifiesto en el *asunto Metalclad*<sup>62</sup>.

<sup>57</sup> CIADI, Caso núm. ARB/02/06, párs. 128 y 162.

<sup>58</sup> CIADI, Caso núm. ARB/97/4, párs. 153 y 161.

<sup>59</sup> *Waste Management, supra*, nota 12, pár. 115.

<sup>60</sup> CIADI, Caso núm. ARB/03/3, párs. 266-270.

<sup>61</sup> Cfr. SCHREUER, Ch., «Fair and equitable treatment», British Institute of International and Comparative Law, *Investment Treaty Forum*, 9 septiembre 2005, disponible en ([www.bicl.org](http://www.bicl.org)).

<sup>62</sup> *Metalclad, supra*, nota 49, pár. 91.

## V. REFLEXIONES FINALES

Todos los APPRIS celebrados por España establecen un estándar elevado de protección a la inversión extranjera, a través de la obligación dominante del trato justo y equitativo. Más de la mitad de esos tratados internacionales (57%) contienen la regulación más completa del conjunto de obligaciones y componentes del trato justo y equitativo. Lamentablemente, entre los BRIC (Brasil, Rusia, India y China), que son las potencias económicas más relevantes a estos efectos, España sólo ha celebrado con la India un APPRI con la regulación del trato justo y equitativo más completa<sup>63</sup>. Y el APPRI renegociado con China, cuarta economía del mundo, podría considerarse como el que expresamente rebaja en mayor grado el umbral de protección de las inversiones españolas ya existentes en dicho país.

Tanto la regulación convencional cuanto la jurisprudencia internacional demuestran que, a pesar de la indeterminación y del carácter evolutivo del concepto, el trato justo y equitativo puede servir bien a la defensa individual de los intereses de los inversores ante una instancia internacional de control.

---

<sup>63</sup> APPRI España-India, de 30 de septiembre de 1997 (BOE núm. 29, de 3 de febrero de 1999).



# ESPAÑA Y LA JURISDICCIÓN DEL TRIBUNAL INTERNACIONAL DEL DERECHO DEL MAR. LA DECLARACIÓN DE 19 DE JULIO DE 2002<sup>1</sup>

Miguel GARCÍA GARCÍA-REVILLO

Profesor Colaborador LOU  
Derecho Internacional Público  
Universidad de Córdoba

## SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.—II. RESTRICCIONES A LA JURISDICCIÓN *RATIONE PERSONAE* DEL TRIBUNAL INTERNACIONAL DEL DERECHO DEL MAR RESPECTO A ESPAÑA POR SU CONDICIÓN DE ESTADO MIEMBRO DE LA COMUNIDAD EUROPEA.—III. JURISDICCIÓN DEL TIDM RESPECTO A ESPAÑA DE CONFORMIDAD CON LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL DERECHO DEL MAR: 1. *Jurisdicción Voluntaria*. 2. *Jurisdicción Obligatoria*.—IV. JURISDICCIÓN DEL TIDM RESPECTO A ESPAÑA DE CONFORMIDAD CON OTROS TRATADOS EN LOS QUE EL ESTADO ESPAÑOL ES PARTE.—V. CONCLUSIONES.

## I. INTRODUCCIÓN

Constituye el objeto de este trabajo el estudio de la jurisdicción del Tribunal Internacional del Derecho del Mar (TIDM<sup>2</sup>) respecto a España, especialmente tras la declaración de sumisión a su competencia efectuada por nuestro país el 19 de julio de 2002<sup>3</sup>. Por el hecho de ser parte en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982 (CNUDM<sup>4</sup>), el TIDM tiene respecto al Estado español, sin necesidad de una declaración expresa, jurisdicción

---

<sup>1</sup> El presente trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación «Los intereses de España y de la Unión Europea y los desarrollos recientes y pendientes en el Derecho Internacional del Mar», del Ministerio de Educación y Ciencia, dirigido por el profesor Rafael Casado Raigón.

<sup>2</sup> También nos referiremos a esta institución como Tribunal de Hamburgo o, simplemente, Tribunal.

<sup>3</sup> BOE de 17 de julio de 2003.

<sup>4</sup> También nos referiremos a este tratado como Convención de Montego Bay, Convención de 1982 o, simplemente, Convención.

tanto voluntaria como obligatoria, si bien en este caso únicamente respecto a un número muy reducido de disputas. Este limitado alcance de la jurisdicción obligatoria fue ampliado por nuestro país mediante dicha declaración, realizada de conformidad con el artículo 287 CNUDM, por la que se vino a sustituir la efectuada por España en el momento de la ratificación, el 15 de enero de 1997<sup>5</sup>. Por otro lado, el Estado español es parte en otros tratados sobre la materia en los que también figura el TIDM como medio de arreglo e, incluso, en algún supuesto, como foro de la jurisdicción obligatoria. En todo caso, ha de tenerse presente con carácter previo que, como miembro de la Comunidad Europea (CE), España ha transferido a esta organización internacional de integración competencias sobre materias reguladas tanto por la CNUDM como por dichos tratados internacionales, lo cual podría afectar considerablemente a su capacidad para litigar internacionalmente por controversias relativas a su interpretación y aplicación y a la competencia *ratione personae* del TIDM, y de otros foros, para juzgar a nuestro país por ese tipo de disputas.

## II. RESTRICCIONES A LA JURISDICCIÓN *RATIONE PERSONAE* DEL TRIBUNAL INTERNACIONAL DEL DERECHO DEL MAR RESPECTO A ESPAÑA POR SU CONDICIÓN DE ESTADO MIEMBRO DE LA COMUNIDAD EUROPEA

Como Estado miembro de la Unión Europea (UE), España ha transferido competencias a la Comunidad Europea en materias objeto de regulación por la CNUDM<sup>6</sup>. En tales materias, es la CE quien ejercerá los derechos y cumplirá las obligaciones que, de conformidad con dicho tratado, corresponderían a los Estados miembros, los cuales, afirma taxativamente la Convención, «no ejercerán las competencias que le hayan transferido»<sup>7</sup>. Dentro del ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones correspondientes a las materias objeto de transferencia, habrá que entender comprendido, obviamente, el de su defensa en los procedimientos de solución de controversias que pudieran suscitarse cuando la disputa verse precisamente sobre ellas. A falta de una disposición que expresamente lo afirme, así lo asume implícitamente la CNUDM al regular varios aspectos del acceso de tales organizaciones de integración a los procedimientos de solución de controversias previstos en ese tratado, que habrá que entender, lógicamente, referido a las disputas que versen sobre materias transferidas<sup>8</sup>. Es a la CE, por tanto, y no a sus Estados miembros, a quien corresponde la legitimación para litigar sobre tales controversias. Lo contrario, es decir, que pudieran los Estados miembros litigar sobre materias transferidas, supondría un aumento de representación prohibido por la CNUDM<sup>9</sup>. Por este motivo, en nuestra opinión es claro que tanto el TIDM como cualquier otro tribunal inter-

<sup>5</sup> BOE de 14 de febrero de 1997.

<sup>6</sup> Declaración española realizada al tiempo de la ratificación, apartado 1 (BOE, cit.).

<sup>7</sup> Artículo 4.3 del Anexo IX CNUDM.

<sup>8</sup> Ver artículo 7 del Anexo IX CNUDM.

<sup>9</sup> Artículo 4.4 del Anexo IX CNUDM.

nacional permanente o arbitral carecen de competencia *ratione personae* para juzgar a un Estado comunitario por una controversia relativa a la CNUDM que verse sobre materias transferidas por éste a la CE, ya asuma el Estado comunitario la posición activa o pasiva en el proceso<sup>10</sup>. De este modo, como punto de partida, el alcance de la jurisdicción del TIDM respecto a España, como a cualquier otro Estado comunitario, es menor que respecto a otros Estados parte en la CNUDM no miembros de la CE. Resulta, además, conveniente a este respecto, hacer las dos siguientes consideraciones:

En primer lugar, la determinación de dicha jurisdicción *ratione personae* puede resultar problemática. Como es bien conocido, la complejidad y dinamismo del sistema comunitario de competencias va a provocar que, en no pocas ocasiones, resulte difícil determinar si la competencia sobre una materia regulada por la CNUDM corresponde a la CE o a sus Estados miembros<sup>11</sup>. En este sentido, los esfuerzos contenidos en la Convención para resolver tal problema, tratando de evitar en todo caso perjuicios para terceros (no miembros de la organización regional pero sí partes en la CNUDM), mediante una serie de reglas en su Anexo IX<sup>12</sup>, puede que no logren su objetivo: la determinación *a priori* con carácter taxativo de la titularidad de la competencia mediante una declaración, encaja mal con la complejidad y el carácter evolutivo y flexible del sistema competencial comunitario, cuyas características hacen muy difícil, por no decir imposible, efectuar un reparto tan preciso como el que, porque no queda otro remedio, exige la CNUDM<sup>13</sup>.

En segundo lugar, la —a nuestro juicio— clara tendencia de la Comisión europea y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) a considerar el ámbito de aplicación del Derecho comunitario, las competencias de la CE y la exclusividad de la jurisdicción del propio Tribunal de Luxemburgo, en relación con

<sup>10</sup> La CE podría hacerse representar por el Estado interesado, pero esto no afectaría a su legitimación. El Estado no sería parte procesal. Lo sería la organización internacional.

<sup>11</sup> Sobre las características y dificultades del sistema comunitario de competencias ver, entre otros: Liñán Noguera, D. (Dir.) y López Jurado, C. (Coord.), *La reforma de la delimitación competencial en la futura Unión Europea*, Editorial Universidad de Granada, Granada, 2003. (Dentro de este trabajo, en particular: CONSTANTINESCO, V., «Breves apuntes sobre el reparto de las competencias como clave de la futura Constitución Europea», pp. 13-25; Díez HOCHLEITNER, J., «El sistema competencial comunitario ante la CIG'04: los trabajos de la Convención», pp. 27-81; ROLDÁN BARBERO, F. J., «La delimitación de competencias en las relaciones exteriores de la Unión Europea», pp. 115-131); MARTÍN Y PÉREZ DE NANCCLARES, J., «La delimitación de competencias entre la Unión Europea y los Estados miembros: sobre el difícil equilibrio entre la flexibilidad, la eficacia y la transparencia», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 12, 2002, pp. 343-391.

<sup>12</sup> Ver, en particular, los artículos 5, 6.2 y 7 del Anexo IX CNUDM.

<sup>13</sup> Ciertamente, en nada ayuda a mitigar los problemas apuntados que ni la declaración de la CE [DO de 23 de julio de 1998 (L-179/130)], en la que únicamente se hace referencia a los 15 Estados que eran miembros de la CE al tiempo de la confirmación formal, el 1 de abril de 1998, ni la de algunos de sus Estados miembros (ver, por ejemplo, las declaraciones de Eslovenia, Lituania y Hungría, todavía sin actualizar, y la de Letonia «31 de agosto de 2005», ya posterior a la entrada en vigor del Tratado de Adhesión; Malta, en cambio, ya advertía de su futura incorporación a la UE en su declaración de 20 de mayo de 2003 y Estonia cumple con el deber de información mencionado en su declaración de 26 de agosto de 2005) se hayan actualizado desde que se efectuaron, ni siquiera para tener en cuenta la incorporación de diez nuevos miembros, como consecuencia de la llamada «gran ampliación» (Tratado de Adhesión de 16 de abril de 2003, en vigor desde el 1 de mayo de 2004). Sin embargo, esta deficiencia coyuntural no impide ver que los problemas son estructurales y más profundos.

los tratados mixtos como la CNUDM, en términos muy amplios, va a hacer muy difícil a los Estados comunitarios litigar entre sí o contra otros Estados parte en la Convención de 1982, por materias reguladas en ese tratado, al margen de las instituciones comunitarias –incluso aunque entiendan que la materia objeto de controversia es a todas luces de su competencia– sin exponerse a una sentencia de condena por infracción del Derecho comunitario en el TJCE. En este sentido, la experiencia irlandesa en el asunto *MOX Plant*, especialmente tras su condena mediante sentencia del Tribunal de Luxemburgo de 30 de mayo de 2006, que no cierra el caso <sup>14</sup>, además de mostrar lo extremadamente difícil que va a resultar a dos Estados comunitarios litigar entre sí por materias reguladas en la CNUDM ante otro tribunal que no sea el TJCE, constituye, a nuestro modo de ver, un serio aviso para dichos Estados sobre lo arriesgado que va a resultar, también en lo sucesivo, litigar contra otro Estado parte en la CNUDM, sea comunitario o no, ante cualquier foro, sin haber verificado antes con las instituciones comunitarias la competencia de dicho Estado para entablar un procedimiento de solución de controversias por tal asunto; especialmente si tenemos en cuenta, por una parte, que la Comisión europea mantiene categóricamente que «un Estado miembro no puede entablar unilateralmente un procedimiento de solución de controversias en virtud de un acuerdo mixto sin haber informado ni consultado previamente a las instituciones comunitarias competentes» <sup>15</sup>, y, por otra, que siempre cabría a las partes someter de mutuo acuerdo la totalidad de la disputa al TJCE, en solución que el abogado general Poiares Maduro considera aconsejable <sup>16</sup> y que entendemos conforme con las disposiciones de la sección 1 de la parte XV de la CNUDM.

<sup>14</sup> Sobre la base de la oposición por Irlanda a que el Reino Unido procediera a la construcción y puesta en funcionamiento de una planta de combustible nuclear MOx en la localidad de Sellafield, en la región inglesa de Cumbria, por sus posibles efectos perniciosos para el medio ambiente del Mar de Irlanda, la controversia *MOX Plant* ha pasado, hasta la fecha, en sus diferentes facetas, por cuatro tribunales internacionales diferentes con resultados dispares: Ante el TIDM, que se estimó competente *prima facie* para resolver sobre las medidas cautelares solicitadas (auto de 3 de diciembre de 2001, en [www.itlos.org](http://www.itlos.org), a junio de 2006); ante un Tribunal OSPAR, esto es, un tribunal arbitral constituido de conformidad con el artículo 32 del Convenio sobre la protección del medio marino del Nordeste Atlántico, de 22 de septiembre de 1992, que se estimó competente para resolver sobre el fondo de la controversia, relativa al artículo 9 de este tratado (laudo de 2 de julio de 2003, en [www.pca-cpa.org](http://www.pca-cpa.org), a junio de 2006); ante un tribunal arbitral del Anexo VII de la CNUDM, que acordó (auto de 24 de junio de 2003, prorrogado por otro de 14 de noviembre de ese año, en [www.pca-cpa.org](http://www.pca-cpa.org), a junio de 2006) estimarse competente *prima facie* para resolver sobre las medidas cautelares acordadas por el TIDM, que confirmó con modificaciones, y sobre la petición de nuevas medidas presentada por Irlanda, pero decidió suspender el procedimiento principal hasta que se dilucide, en sede comunitaria, por una parte, si las materias objeto de la disputa son competencia de los Estados que comparecen o de la Comunidad Europea (caso, este último, en el que los Estados comparecientes carecerían de legitimación activa y pasiva, respectivamente, para litigar por este asunto) y, por otra parte, si, de conformidad con el artículo 282 CNUDM, la competencia para conocer del fondo del asunto podría corresponder, para todo o parte de la controversia, al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas; y finalmente, ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que mediante sentencia de 30 de mayo de 2006, estimando tres de las cuatro pretensiones deducidas por la Comisión Europea, ha condenado a Irlanda por infracción del Derecho comunitario al llevar la disputa al TIDM y al tribunal arbitral VII antes mencionados. [Asunto C-459/03. Tanto la sentencia como las conclusiones del Abogado General (Poiares Maduro) pueden obtenerse en la página web del TJCE, <http://curia.eu.int>, a 6 de junio de 2006].

<sup>15</sup> STJCE, cit., pár. 161.

<sup>16</sup> Escrito de conclusiones, apdo. 14, nota 9.

### III. JURISDICCIÓN DEL TIDM RESPECTO A ESPAÑA DE CONFORMIDAD CON LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL DERECHO DEL MAR

#### 1. Jurisdicción voluntaria

Estando de acuerdo con su contrario, España puede someter al TIDM cualquier disputa sobre la interpretación o aplicación de la Convención de 1982 relativa a materias no transferidas a la CE (arts. 288.1 CNUDM y 21 del Estatuto del Tribunal); por ejemplo, en su caso, la delimitación del mar territorial con un Estado con costas adyacentes o situadas frente a frente, sea o no miembro de la UE.

También puede someterle, dentro de su ámbito competencial, e igualmente si ambas partes en la controversia están de acuerdo en ello, disputas que rebasen los límites de la CNUDM. Sin embargo, en este caso, el alcance de la jurisdicción es más dudoso. El Estatuto del TIDM (ET) y el cuerpo de la CNUDM coinciden en otorgar o reconocer al Tribunal competencia más allá de los límites de la Convención, más allá de las controversias sobre su interpretación o aplicación. En cambio, difieren uno y otro en cuanto al alcance concreto de dicha extensión: mientras el artículo 288.2 CNUDM habla únicamente de un acuerdo «concerniente a los fines de la Convención», el artículo 21 ET abre la jurisdicción voluntaria del TIDM a «cualquier otro acuerdo» sin más especificaciones. Dados los límites de espacio, no podemos realizar aquí un examen de la cuestión en toda su amplitud<sup>17</sup>. No obstante, tratando de anticiparnos a una posible respuesta del Tribunal de Hamburgo ante diferentes hipótesis, entendemos muy poco probable que dicho tribunal internacional llegue a declararse competente para conocer de una controversia sobre una materia completamente ajena al Derecho del Mar incluso cuando se le hubiese sometido por las partes de mutuo acuerdo<sup>18</sup>. Lo que sucede es que resultará igualmente muy improbable, por no decir absolutamente excepcional, que se plantee ante el TIDM un caso semejante, como no sea entre Estados que, desconfiando o rechazando abiertamente la Corte Internacional de Justicia, prefieran por alguna razón que ahora nos cuesta imaginar resolver la disputa en dicho foro, en lugar de hacerlo mediante un procedimiento arbitral o a través

<sup>17</sup> Vide, a este respecto, el estudio que realizamos sobre la extensión máxima de la jurisdicción voluntaria del TIDM en nuestra monografía sobre este tribunal internacional: GARCÍA GARCÍA-REVILLO, M., *El Tribunal Internacional del Derecho del Mar. Origen, organización y competencia*, Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación y Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 2005, pp. 273-288.

<sup>18</sup> La mayoría de la doctrina, incluyendo los jueces del TIDM que se han pronunciado sobre esta cuestión en trabajos académicos, rechaza claramente que el TIDM pueda conocer de este tipo de disputas. Ver, en este sentido, entre otros: EIRIKSSON, G., *The International Tribunal for the Law of the Sea*, Kluwer, The Hague, London, Boston, 2000, p. 113; MENSAH, T., «The International Tribunal for the Law of the Sea: Its Role for the Settlement of the Law of the Sea Disputes», *African Yearbook of International Law*, vol. 5, 1997, p. 239; NELSON, D. M., «The International Tribunal for the Law of the Sea: Some Issues», *Indian Journal of International Law*, vol. 37, núm. 3, 1997, pp. 391 y 392; TREVES, T., «The Law of the Sea Tribunal: Its Status and Scope of Jurisdiction after November 16», 1994, *Zaö RV*, 55 (2), 1995, p. 439; VUKAS, B., «The International Tribunal for the Law of the Sea, Some Features of the New International Judicial Institution», *Indian Journal of International Law*, vol. 37, núm. 3, 1997, p. 383; YANKOV, A., «The International Tribunal for the Law of the Sea: Its Place within the Dispute Settlement System of the UN Law of the Sea Convention», *Indian Journal of International Law*, vol. 37, núm. 3, 1997, p. 363.

de vías no judiciales. No es el caso de España, obviamente, que tiene en la CIJ su referente judicial en materia de Derecho Internacional Público.

Si muy improbable resulta que el TIDM se declare competente para conocer de una controversia completamente ajena al Derecho del Mar, menos lo sería, en cambio, a nuestro juicio, que llegase a declararse competente para conocer de una disputa sobre derecho consuetudinario del mar que las partes le sometiesen de mutuo acuerdo. Por ejemplo, volviendo al caso de nuestro país, una hipotética controversia que enfrentase a España con los Estados Unidos sobre el reconocimiento y contenido del derecho de paso en tránsito por estrechos destinados a la navegación internacional, no en su regulación por la CNUDM, de la que EEUU no es parte<sup>19</sup>, sino en cuanto posible norma de Derecho internacional consuetudinario<sup>20</sup>. En este tipo de casos, entendemos que el Tribunal de Hamburgo no tendría problemas en apoyar su jurisdicción sobre su Estatuto, artículos 20 y 21, y sobre el objeto y fin de la Convención.

Más dudoso sería, a nuestro parecer, el caso de las controversias mixtas, por su complejidad y heterogeneidad. Diversos factores, como la importancia de lo marítimo frente a lo no marítimo, la mayor o menor separabilidad de los elementos de Derecho del mar de los ajenos a esta rama del Derecho Internacional Público, etc., influirían seguramente en el TIDM al examinar su competencia. Acudiendo de nuevo al caso de España, y utilizando ejemplos con base real aunque, por ahora, resulte más bien utópico pensar que pudieran terminar sometidos de mutuo acuerdo al Tribunal de Hamburgo, entendemos que el TIDM no afrontaría de la misma manera una controversia en la que lo no marítimo pesase mucho más que lo marítimo, de carácter meramente accesorio en la disputa, que otra en la que lo marítimo constituyese el interés prioritario de las partes, aunque dependa del elemento no marítimo de la disputa, como ocurriría en el caso de que España y Marruecos decidiesen someter una disputa sobre la titularidad de las islas Chafarinas y el espacio marítimo que las rodea al citado tribunal internacional.

## 2. Jurisdicción obligatoria

Si la jurisdicción voluntaria del TIDM es en general muy amplia, mucho más reducida resulta su jurisdicción obligatoria. Por lo pronto, el alcance del sistema de arreglo obligatorio de controversias de la CNUDM, limitado obviamente a las disputas sobre la interpretación o aplicación de ese tratado, se encuentra sometido a numerosas restricciones. Por otra parte, dentro de dicho sistema de arreglo obligatorio, una institución de la entidad del TIDM no desempeña más que un papel secundario, correspondiendo el principal al arbitraje regulado en el anexo VII. No obstante, se han reservado algunos tipos concretos de controversias a la jurisdicción obligatoria

<sup>19</sup> Sobre el acceso al TIDM de Estados no parte en la CNUDM, ver GARCÍA, op. cit., pp. 547 y ss.

<sup>20</sup> Respecto al derecho de paso en tránsito como posible norma de Derecho internacional consuetudinario, ver, entre otros: TREVES, T., «Codification du droit internationale et pratique des Etats dans le droit de la mer», *RCADI*, vol. 223, 1990, p. 133; MAHMOUDI, S., «Customary International Law and Transit Passage», *Ocean Development and International Law*, vol. 20, 1990, pp. 157-174; y CASADO RAIGÓN, R., y otros, «Le détroit de Gibraltar», en *L'Europe et la mer. Pêche, navigation et environnement marin* (Casado, R., Dir.), Bruylant, Bruxelles, 2005, pp. 151-165.

del TIDM, pudiendo además los Estados aumentar el ámbito de ésta mediante una declaración realizada de conformidad con el artículo 287 CNUDM. En este último caso se encuentra España, con las limitaciones derivadas de su condición de Estado miembro de la Unión Europea, a las que nos hemos referido, en los términos y con el alcance que trataremos de exponer a continuación.

## 2.1 SISTEMA DE ARREGLO OBLIGATORIO DE LA CNUDM. SU ALCANCE RESPECTO A ESPAÑA

Aunque la regla general, respecto a las disputas sobre la interpretación o aplicación de la Convención sometidas a su sistema de solución de controversias, sea el principio del arreglo obligatorio, y así se reconozca en el artículo 286, lo cierto es que la CNUDM, como anticipa el artículo citado, establece un número considerable de excepciones y limitaciones a dicha regla. No todas las controversias sobre la interpretación o aplicación de la Convención, en consecuencia, se someten a los procedimientos obligatorios conducentes a decisiones obligatorias regulados por ella. Las exclusiones del sistema de arreglo obligatorio se establecen y regulan en la sección 3 de la Parte XV (arts. 297 a 299) y pueden dividirse en dos grandes grupos: limitaciones o excepciones «automáticas» (art. 297) y excepciones facultativas (art. 298), en cuya virtud los Estados podrán mediante declaración excluir de la jurisdicción obligatoria determinadas categorías de controversias entre las que destacan, especialmente, las relativas a delimitación. No obstante, a pesar de las limitaciones y excepciones, el sistema de arreglo obligatorio conserva un ámbito estimable: En primer lugar, algunas categorías de controversias están expresa y especialmente sometidas por la Convención a un procedimiento obligatorio conducente a una decisión obligatoria. Así ocurre con las disputas relacionadas en el artículo 187, en materia de fondos marinos, y las previstas en el artículo 292, en materia de pronta liberación de buques y sus tripulaciones. En segundo lugar, el propio artículo 297.1 somete expresamente ciertos tipos de controversias a los procedimientos obligatorios conducentes a decisiones obligatorias de la Parte XV. En tercer lugar, para los más de cien Estados que aún no han realizado una declaración de conformidad con el artículo 298, las controversias previstas en él son, a todos los efectos, disputas sometidas a los procedimientos obligatorios conducentes a decisiones obligatorias regulados en ella. Como lo son también, para los Estados que sólo han excluido parte de las controversias enumeradas en tal disposición, las disputas sobre las materias no abarcadas en sus respectivas declaraciones<sup>21</sup>. Por último, en cuarto lugar, aunque no menos importante, la regla general es, en ausencia de limitación o declaración expresa, la sumisión de la controversia al sistema de arreglo obligatorio, como se encarga de recordar con claridad el artículo 286 CNUDM. En este sentido, sin pretender en absoluto elaborar un catálogo exhaustivo, podemos observar, más modestamente, que entre las grandes «áreas» que los redactores de la CNUDM parece que quisieron reservar a la jurisdicción obligatoria, podrían situarse, principalmente: las controversias relativas a la Zona, a la pronta liberación de buques y sus tripulaciones del artículo 292, a la pesca e investigación científica

<sup>21</sup> Por ejemplo, en la actualidad, para España e Italia, las previstas en los apartados b y c, no excluidas por ninguno de dichos Estados en sus respectivas declaraciones.

marina más allá de la zona económica exclusiva o plataforma continental; las disputas previstas en el artículo 298, en especial, las relativas a delimitación, en tanto no se haya realizado una declaración por las que se las excluya; y las relativas a la protección del medio ambiente marino en cualquier espacio marítimo, y al ejercicio de las libertades de navegación, sobrevuelo, tendido de cables y tuberías submarinas o cualesquiera otros usos del mar internacionalmente legítimos reconocidos por la Convención, también en cualquier espacio.

Centrándonos en el caso de España, cabe recordar que nuestro país, como miembro de la Unión Europea, ha transferido a la CE competencias sobre no pocas de las materias ubicadas en esas «grandes áreas» reservadas por la CNUDM a la jurisdicción obligatoria, como la pesca en alta mar, la protección del medio ambiente marino, ciertos aspectos de la navegación (como el transporte marítimo o la seguridad del tráfico marítimo) y la explotación de la Zona (intercambios internacionales) y, en menor medida, en materia de investigación científica marina<sup>22</sup>. Por otro lado, España ha realizado una declaración de conformidad con el artículo 298, precisamente al tiempo de depositar la de 19 de julio de 2002 objeto de este trabajo, en cuya virtud:

«El Gobierno de España declara que (...) no acepta los procedimientos previstos en la Sección 2 de la Parte XV para la solución de las controversias relativas a la interpretación o la aplicación de los artículos 15, 74 y 83 concernientes a la delimitación de las zonas marítimas, o las relativas a bahías o títulos históricos»<sup>23</sup>.

Tal exclusión, que se dice realizada principalmente para evitar que se pueda plantear por el Reino Unido un procedimiento del tipo de los excluidos en relación con el contencioso sobre las aguas de Gibraltar<sup>24</sup>, implica que, respecto a este tipo de controversias, nuestro país únicamente puede ser sometido, permítasenos el juego de palabras, al procedimiento «obligatorio» de Conciliación «no obligatoria» regulado por el anexo V de la Convención, pero también que España no podrá demandar a ningún otro Estado parte en la CNUDM por una controversia de tal naturaleza. No habría sido necesaria tal declaración respecto a Francia, Italia o Portugal, que han exceptuado igualmente las controversias previstas en el artículo 298.1.a) mediante sendas declaraciones hechas al tiempo de sus respectivas ratificaciones en 1996, 1995 y 1997<sup>25</sup>, pero sí, efectivamente, respecto al Reino Unido, que tiene excluidas las controversias previstas en los apartados b) y c), pero no las del apartado a), y Argelia, que no ha formulado declaración de conformidad con el artículo 298 varias veces citado. Marruecos, con el que tantas delimitaciones marítimas tiene pendientes España, no es parte en la CNUDM.

De lo dicho en los párrafos que preceden y en el epígrafe anterior puede extraerse, a nuestro parecer, que, si tenemos en cuenta las limitaciones que pesan sobre el siste-

<sup>22</sup> Declaración CE, apdos. 1 y 2.

<sup>23</sup> BOE de 17 de julio de 2003.

<sup>24</sup> Respuesta del Ministro de Asuntos Exteriores, Sr. Piqué, al Senador Ríos, en comparecencia ante el Senado el día 19 de junio de 2002 (*Diario de Sesiones*, Senado, núm. 196, de 19 de junio de 2002, p. 5713).

<sup>25</sup> Además de las controversias del artículo 298 1.a), Francia y Portugal exceptúan las previstas en los apartados b) y c) de dicho párrafo. No así Italia, que, como España, únicamente excluye las del apartado a).

ma de arreglo obligatorio en general, que gran parte del espacio reservado no obstante a dicho sistema de arreglo obligatorio es competencia de la Comunidad Europea y es a ésta a quien corresponde litigar contra terceros parte en la CNUDM en caso de controversia (y no a sus Estados miembros, so pena de ser condenados por infracción del Derecho comunitario), y que, en particular, España ha excluido uno de los pocos tipos de controversias que aún podrían considerarse «suyas», como son las relativas a la delimitación del mar territorial, la zona económica exclusiva y la plataforma continental, y a bahías y títulos históricos, por las que no puede demandar ni ser demandado ante foro alguno por sus Estados limítrofes, el ámbito real de la jurisdicción obligatoria respecto a nuestro país por sí, esto es, al margen de la CE, resulta ciertamente muy reducido.

## 2.2 JURISDICCIÓN OBLIGATORIA DEL TIDM RESPECTO A ESPAÑA

### A) *Determinación del foro competente para conocer las controversias sobre la interpretación o aplicación de la CNUDM sometidas a la jurisdicción obligatoria. Incidencia del sistema de la cláusula facultativa del artículo 36.2 del Estatuto de la CIJ para dicha determinación. El caso de España.*

No todas las controversias sobre la interpretación o aplicación de la CNUDM sujetas al principio de la jurisdicción obligatoria se someten a los «procedimientos obligatorios conducentes a decisiones obligatorias» enumerados en su artículo 287. Las disposiciones contenidas en la sección 1 de la Parte XV (arts. 279 a 285), en la que se reproducen los grandes principios del Derecho internacional sobre el arreglo de controversias, permiten la superposición a los procedimientos de arreglo previstos por la Convención de otros medios pactados por las partes o, incluso, que la controversia no se someta a procedimiento alguno. Especialmente importantes resultan a estos efectos los artículos 281, que fue utilizado por el tribunal arbitral VII en los asuntos del *Atún de aleta azul meridional (Australia y Nueva Zelanda c. Japón)* para declararse incompetente para conocer del fondo de la disputa<sup>26</sup>, y 282. Según este último:

«Cuando los Estados Partes que sean partes en una controversia relativa a la interpretación o aplicación de esta Convención hayan convenido, en virtud de un acuerdo general, regional o bilateral o de alguna otra manera, en que esa controversia se someta, a petición de cualquiera de las partes en ella, a un procedimiento conducente a una decisión obligatoria, dicho procedimiento se aplicará en lugar de los previstos en esta Parte, a menos que las partes en la controversia convengan en otra cosa.»

Dejando a un lado los acuerdos *generales, regionales o bilaterales*, por ahora de menor interés para España<sup>27</sup>, nos referiremos a continuación al segundo supuesto previsto en dicho precepto. Con la expresión *de alguna otra manera*, el artículo 282 da entrada en el sistema de arreglo de la CNUDM al sistema de la cláusula faculta-

<sup>26</sup> Laudo de 4 de agosto de 2000.

<sup>27</sup> Sobre los tipos de tratados que podrían estar comprendidos en este caso, ver la opinión separada del juez Tulio Treves al auto del TIDM en el asunto *MOX Plant*, apdo. 3.

tiva de competencia de la Corte Internacional de Justicia previsto en el artículo 36.2 y siguientes de su Estatuto (ECIJ), estableciendo su aplicación preferente a los procedimientos obligatorios previstos en el artículo 287 de dicho tratado. Como tuvimos ocasión de exponer en nuestra monografía sobre el TIDM<sup>28</sup>, la superposición del sistema de la cláusula facultativa al sistema de arreglo de la CNUDM puede ser fuente de diversos problemas: En primer lugar, por la complejidad intrínseca de ambos sistemas. En segundo lugar, por ser la Corte Internacional de Justicia uno de los foros del artículo 287 CNUDM. En tercer lugar, por estar ambos sistemas llamados a interactuar en el tiempo, al permitirse en uno y otro «altas» y «bajas» de los Estados, en el caso del artículo 36.2 ECIJ en el sistema todo y en la determinación de las controversias sometidas a la jurisdicción obligatoria; y en el sistema de arreglo de la CNUDM tanto en la determinación (parcial) de las controversias sometidas a la jurisdicción obligatoria (art. 298) como en la elección del foro competente para conocerlas (art. 287). No obstante, lo que sí resulta claro es que el sistema de la cláusula facultativa no puede superponerse al sistema de arreglo de la CNUDM en aquellas materias que el Estado que haya realizado una declaración de conformidad con el artículo 36.2 ECIJ haya sometido a cualquier tipo de reserva, en la medida en que dicha reserva impediría que pudiera cumplirse la exigencia, impuesta por el artículo 282 de la Convención, de que la controversia pueda someterse «a petición de cualquiera de las partes en ella, a un procedimiento conducente a una decisión obligatoria».

Como es bien conocido, España se encuentra sometida a la jurisdicción obligatoria de la CIJ mediante una declaración depositada el 29 de octubre de 1990<sup>29</sup> (con anterioridad por tanto a su ratificación de la CNUDM), en la que se contienen diversas reservas. Por otra parte, nuestro país ha designado a la CIJ como foro competente para conocer de las controversias sobre la interpretación o aplicación de la CNUDM en virtud de su artículo 287. Pero no sólo la Corte, como hemos visto; también ha designado con ella al TIDM. Ambas declaraciones están desconectadas entre sí. En este sentido, entendemos que nuestro país, siguiendo el ejemplo de otros Estados<sup>30</sup>, quizás debería plantearse la coordinación de sus respectivas declaraciones realizadas de conformidad con los artículos 36.2 ECIJ y 287 CNUDM mediante la modificación parcial, en lo necesario, al menos de la de sumisión al sistema de la cláusula facultativa, pero también, de ser posible, de la realizada de acuerdo con el citado artículo 287 de la Convención de 1982<sup>31</sup>.

<sup>28</sup> GARCÍA, op. cit., pp. 318 y ss.

<sup>29</sup> BOE 16 noviembre 1990; rect. BOE 28 noviembre 1990.

<sup>30</sup> Vide a este respecto las declaraciones de sumisión al sistema de la cláusula facultativa formuladas por Noruega y Australia.

<sup>31</sup> Respecto a esta última, en nuestra opinión, en virtud del principio de que quien puede lo más puede lo menos (*in plus stat minus*), son admisibles las «reservas», permitiendo que los Estados puedan acotar las controversias para las que designan el foro que eligen (*ratione materiae*); el ámbito temporal de su designación (*ratione temporis*); o los Estados respecto de los cuales tal designación surte efecto (*ratione personae*). De hecho, establecer un orden de prelación entre foros, como se ha hecho, supone en cierto modo introducir «reservas» a la elección del foro pospuesto. Por otra parte, declaraciones como las de Rusia, Bielorrusia y Ucrania, a las que nos referiremos en otro apartado de este trabajo, podría considerarse que establecen reservas *ratione materiae* en la medida en que reparten las controversias entre diferentes foros. Las consecuencias de este tipo de «reservas», en todo caso, resultarían mucho más limitadas que las de las «reservas» efectuadas a las declaraciones del artículo 36.2 ECIJ, en la medida en que las del artículo

B) *Posición del TIDM dentro de los procedimientos obligatorios conducentes a decisiones obligatorias de la CNUDM. Jurisdicción del Tribunal de Hamburgo respecto a los Estados parte en la Convención por el hecho de serlo. Especial consideración del caso de España.*

En general, las controversias sobre la interpretación o aplicación de la CNUDM sometidas al principio del arreglo obligatorio no se someten obligatoriamente al Tribunal Internacional del Derecho del Mar. Los Estados parte en la Convención no están obligados a acudir al TIDM para resolver las disputas sometidas a su sistema de arreglo obligatorio sino que pueden elegir uno o varios de los cuatro foros enumerados en su artículo 287 para tal función. El TIDM es uno de ellos, pero también lo son la CIJ, el arbitraje del Anexo VII y el arbitraje especial previsto en el Anexo VIII. Formalmente, los cuatro foros enunciados se sitúan en pie de igualdad, ya que los Estados son libres de elegir el o los que les parezcan oportunos. Sin embargo, la realidad es que el arbitraje VII es el foro principal, en la medida en que, a falta de elección o en caso de que los litigantes hayan elegido foros diferentes, es él el competente. De este modo, una institución de la magnitud y coste del TIDM, no exclusiva pero sí prioritariamente creada para conocer de controversias sobre la interpretación o aplicación de la CNUDM, ocupa, respecto a las de éstas que están sujetas a su sistema de arreglo obligatorio, un papel meramente secundario.

Lo anterior no obstante, y por excepción, se han reservado por la CNUDM a la jurisdicción obligatoria del TIDM algunas materias puntuales que, si no justifican por sí solas la creación de una institución de sus características, sí aseguran al menos que ésta pueda llegar a tener un mínimo volumen de trabajo. En primer lugar, la Sala de Controversias de los Fondos Marinos del Tribunal Internacional del Derecho del Mar tiene jurisdicción obligatoria para conocer de las controversias relativas a la Zona internacional de fondos marinos previstas en el artículo 187 CNUDM. En segundo lugar, el TIDM tiene jurisdicción residual obligatoria para conocer de las controversias sobre pronta liberación del artículo 292 CNUDM, en el caso de que las partes no se hayan puesto de acuerdo sobre el foro competente o el demandante no acuda al foro elegido por el demandado de conformidad con el artículo 287 de la Convención, en el plazo de 10 días desde la retención. En fin, en tercer lugar, el TIDM no sólo tiene jurisdicción accesoria o incidental para adoptar medidas cautelares en los asuntos que se le sometan sino que además tiene jurisdicción residual obligatoria para decretar, modificar o revocar medidas cautelares en sustitución de un tribunal arbitral al que se someta la controversia, mientras esté pendiente su constitución, en el caso de que las partes no se pongan de acuerdo sobre otro foro en el plazo de dos semanas desde la solicitud de las medidas (art. 290.5 CNUDM)<sup>32</sup>.

Atendiendo al caso de España, su condición de Estado miembro de la UE recorta aún más la ya de por sí limitada jurisdicción obligatoria del TIDM respecto a nuestro

lo 287 no extraen a la disputa del arreglo obligatorio sino que la sujetan a la competencia de un foro diferente (GARCÍA, op. cit., pp. 433 y ss.).

<sup>32</sup> No es de extrañar, por esto, que de los 13 asuntos sometidos al TIDM hasta la fecha, 11 pertenecan a alguna de las categorías enunciadas: 7 asuntos sobre pronta liberación (*Saiga*, *Camouco*, *Monte Confurco*, *Grand Prince*, *Chaisiri Reefer*, *Volga* y *Juno Trader*) y 4 sobre medidas provisionales pendiente la constitución de un tribunal arbitral (*Asuntos del Atún de Aleta Azul Meridional*, *Mox Plant*, y *Estrecho de Johor*).

país por el hecho de ser parte en la CNUDM. En atención a las materias transferidas a la Comunidad Europea, es claro que no todas las controversias sobre la Zona y no todos los asuntos en cuyo marco se suscitan peticiones de medidas cautelares pendiente la constitución de un tribunal arbitral van a ser competencia del Estado español; más bien al contrario, por lo que hemos podido ver en los apartados que preceden, parece probable que la mayor parte de las controversias correspondientes a las dos materias enunciadas caigan dentro del ámbito competencial de la CE y, por lo tanto, el TIDM carezca de jurisdicción *ratione personae* para juzgar a nuestro país en relación con ellas. De este modo, la jurisdicción obligatoria del TIDM respecto a España, por el hecho de ser parte en la CNUDM, y con independencia por tanto de que se haya sometido a él o no mediante una declaración del artículo 287, pero también en atención a su condición de miembro de la Comunidad Europea, se reduce a las controversias sobre pronta liberación reguladas en el artículo 292 y a aquellas disputas relativas a la Zona y solicitudes de medidas cautelares pendiente la constitución de un tribunal arbitral que versen sobre materias que no sean competencia de la Comunidad Europea.

C) *Ampliación de la jurisdicción obligatoria del TIDM mediante su elección en virtud de una declaración realizada de conformidad con el artículo 287 CNUDM. La declaración española de 19 de julio de 2002.*

Los Estados parte en la CNUDM pueden ampliar la reducida competencia obligatoria que el TIDM tiene respecto a ellos, eligiéndole mediante una declaración realizada de acuerdo con su artículo 287. De este modo, a las dos categorías puntuales de controversias respecto de las cuales el Tribunal de Hamburgo tiene jurisdicción obligatoria, además de la que le corresponde en materia de medidas cautelares, se sumarían todas las demás disputas sobre la interpretación o aplicación de la Convención sujetas al principio del arreglo obligatorio. No obstante, dicha ampliación, caso de efectuarse, va a tener una magnitud mucho menor de la que aparenta. En la medida en que a falta de elección de foro o en caso de elección de foros diferentes el procedimiento competente es el arbitraje previsto en el anexo VII de la Convención (art. 287.3 y 5), el TIDM va a ser el foro de la jurisdicción obligatoria únicamente respecto de aquellos Estados que expresamente lo hayan designado en virtud del artículo 287 cuando litiguen entre sí; y no siempre, por lo que llevamos visto hasta ahora (en atención a la posible sumisión del Estado en cuestión al sistema de la cláusula opcional del art. 36.2 ECIJ y/o a su pertenencia a una organización internacional de integración como la CE) y por las razones que veremos a continuación.

Examinada en su conjunto la posición de los Estados parte en la CNUDM respecto al arreglo de controversias<sup>33</sup>, resulta que, de 149 (148 Estados más la CE), tan sólo 38 Estados han formulado una declaración de conformidad con el artículo 287 de ese tratado. A su vez, de estos 38 Estados, cinco han formulado declaraciones que podríamos considerar inútiles, en la medida que su efecto jurídico es el mismo que si no las hubieran realizado. Nos referimos a Guinea Bissau, Argelia y Cuba, cuyas

<sup>33</sup> Los datos sobre participación en la CNUDM y posición de los Estados respecto al arreglo de controversias en este tratado pueden obtenerse actualizados en la página web de la División de Asuntos Oceánicos y Derecho del Mar de Naciones Unidas, <http://www.un.org/Depts/los>.

declaraciones se limitan a rechazar la CIJ para el conocimiento de cualquier tipo de disputa sin mencionar ni designar ningún otro medio<sup>34</sup>; y a Egipto y Eslovenia, cuyas declaraciones designan como foro único precisamente el foro por defecto: el arbitraje VII. En consecuencia, una gran mayoría de los Estados parte en la CNUDM, en concreto 115 Estados más la Comunidad Europea, han «elegido» el arbitraje VII como foro para conocer de las disputas sujetas al principio del arreglo obligatorio. Sólo una reducida minoría, compuesta por 33 Estados, ha designado uno o varios foros distintos al arbitraje VII de conformidad con el artículo 287 de la Convención. España forma parte de esa minoría.

En la medida en que el arbitraje VII ha sido la opción preferida por los redactores de la CNUDM, al ser designado como foro a falta de declaración o en caso de designación de foros diferentes, es dicho tipo de tribunal arbitral el foro de la jurisdicción obligatoria no sólo para los 115 Estados que no han declarado (o lo han hecho sin contenido apreciable) cuando litiguen entre sí, sino también cuando se enfrenten con los 33 restantes Estados que han preferido otro u otros de los tribunales permanentes o arbitrales enumerados en el artículo 287. Únicamente en el caso de que dos (o más) de dichos 33 Estados litiguen entre sí, y el tribunal permanente o arbitral designado coincida, el foro de la jurisdicción obligatoria puede ser uno distinto al arbitraje VII. Si el foro designado no coincide, por ejemplo porque uno de los litigantes haya designado sólo la CIJ (Noruega) y su contrario sólo el TIDM (Tanzania) el competente será de nuevo el arbitraje VII. Examinando las 33 declaraciones mencionadas, también de modo conjunto, resulta que, de los Estados que han designado uno o varios de los foros distintos al arbitraje VII, 23 han designado al TIDM, 23 a la CIJ y 9 al arbitraje especial previsto en el anexo VIII. De entre ellos, sólo 3 han escogido al TIDM como foro único<sup>35</sup>, mientras que 7 han designado a la CIJ también como único foro<sup>36</sup>. Ningún Estado ha escogido el arbitraje VIII sin haber designado, a su vez, otro foro. No obstante, si entre los Estados que han elegido sólo un foro el TIDM ha resultado menos preferido que la CIJ, distinta es la situación entre los 23 Estados que han escogido más de uno: 3 de ellos, Rusia, Bielorrusia y Ucrania, han designado al TIDM para las controversias sobre pronta liberación, al arbitraje especial para las previstas en el anexo VIII y al arbitraje VII para las restantes. Por otro lado, los 20 restantes han incluido al TIDM entre los designados. No se da el caso, por tanto, de un Estado que haya designado a la CIJ y otro foro y no haya designado al TIDM. Por otra parte, los Estados que han designado varios foros y han establecido entre ellos un orden de preferencia han colocado en todos los casos al Tribunal de Hamburgo en el primer lugar<sup>37</sup>. Goza entre dichos Estados, pues, el TIDM, de cierta preferencia respecto a los restantes foros.

<sup>34</sup> La CIJ, como foro del artículo 287, carece de competencia mientras no se la designe expresamente, por lo que no hace falta rechazarla para que deje de tener jurisdicción. Por otra parte, a falta de otro contenido, el foro competente para estos Estados será el arbitraje VII, que es precisamente el que tendría jurisdicción si no se realiza declaración alguna. De ahí que la formulada por estos Estados, carente de contenido jurídico, deba reputarse en realidad una declaración política sin otro objeto que atacar a la Corte Internacional de Justicia.

<sup>35</sup> Grecia, Tanzania y Uruguay.

<sup>36</sup> Dinamarca, Honduras, Holanda, Nicaragua, Noruega, Suecia y el Reino Unido.

<sup>37</sup> Argentina, Austria, Cabo Verde, Chile, Croacia, Alemania, Hungría y Túnez.

Centrándonos en el caso de España, nuestro país ha formulado el 19 de julio de 2002 una declaración «sobre la admisión de la jurisdicción del Tribunal Internacional del Derecho del Mar» con el siguiente texto:

«Sustitución de la Declaración formulada por España al ratificar la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de conformidad con su artículo 287.1, por la siguiente Declaración: “De conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 287, el Gobierno de España declara que elige el Tribunal Internacional del Derecho del Mar y la Corte Internacional de Justicia como medios para la solución de las controversias relativas a la interpretación o a la aplicación de la Convención”»<sup>38</sup>.

En su declaración anterior, de 15 de enero de 1997, España eligió «a la Corte Internacional de Justicia, como medio para la solución de controversias relativas a la interpretación o aplicación de la presente Convención»<sup>39</sup>.

De las informaciones de las que hemos podido disponer y del fugaz trámite parlamentario que este asunto tuvo en las Cortes españolas<sup>40</sup>, parece que dos son principalmente los motivos que habrían impulsado al Gobierno de España a proponer la declaración: por una parte, apoyar la candidatura de un español a la elección como juez del Tribunal Internacional del Derecho del Mar<sup>41</sup>; por otro lado, realizar una llamada de atención a la Corte Internacional de Justicia, único foro designado en la declaración hecha por nuestro país al tiempo de la ratificación, tras la decepción sufrida por la muy polémica sentencia de 4 de diciembre de 1998 en el asunto sobre la *Jurisdicción en materia de pesquerías* (España c. Canadá)<sup>42</sup>. En todo caso, más allá de las razones político jurídicas que llevaran en su día a Gobierno y Parlamento a adoptar y aprobar, respectivamente, la declaración referida, procede analizar ahora sus consecuencias.

Centrándonos en las escasas disputas sobre la interpretación o aplicación de la CNUDM sometidas al arreglo obligatorio en las que España puede ser parte por sí (es decir, sin la CE), y teniendo en cuenta su sumisión al sistema de la cláusula facultativa, trataremos a continuación de determinar el alcance concreto de su declaración de 19 de julio de 2002 y, en particular, su sujeción a la jurisdicción obligatoria del TIDM, en atención a los diferentes Estados parte en la CNUDM contra los que

<sup>38</sup> BOE de 17 de julio de 2003.

<sup>39</sup> BOE de 14 de febrero de 1997.

<sup>40</sup> La iniciativa partió del Gobierno el 22 de marzo de 2002 (*Referencia del Consejo de Ministros*, p. 22), siendo aprobada por el Pleno del Congreso de los Diputados el 23 de mayo y por el Pleno del Senado el 19 de junio de ese año, previo dictamen favorable de sus respectivas Comisiones de Asuntos Exteriores, que lo tramitaron por procedimiento de urgencia, y sin recibir propuestas en contra ni ser objeto prácticamente de debate (BOCG, *Congreso de los Diputados*, núm. C-199; BOCG, *Senado*, núm. IV-160. Respecto al brevísimo debate sobre la cuestión, únicamente en el Senado, *Diario de Sesiones, Senado*, núm. 96, 19 de junio de 2002).

<sup>41</sup> Vide, a este respecto, la intervención del senador Sr. Gatzagaetxebarría, pleno del Senado de 19 de junio de 2002 (*Diario de Sesiones*, doc. cit.).

<sup>42</sup> De manera bastante explícita, el senador Sr. Morales, del Partido Popular entonces en apoyo del Gobierno, afirmaba que «tras el fiasco que se produce en la jurisdicción pesquera frente a Canadá, España se declara incompetente (*sic*) y se da cuenta de que no le sirve de mucho estar en la Corte Internacional de Justicia» (*Diario*, doc. cit.). Sobre la citada sentencia de la CIJ, ver el número monográfico dedicado por esta revista en 1999 (*REDI*, vol. LI, 1999-I).

podría contender, agrupados según su elección (o no) de foro de conformidad con el artículo 287.

Tratándose de controversias sobre la interpretación o aplicación de la CNUDM sometidas al sistema de arreglo obligatorio que hipotéticamente pudieran suscitarse entre España y los 110 Estados parte que aún no han formulado una declaración del artículo 287, los tres que lo han hecho sin contenido útil<sup>43</sup> y los cinco que han designado con mayor o menor amplitud al arbitraje VII sin hacerlo al tiempo, con carácter general, a la CIJ ni al TIDM<sup>44</sup>, el foro competente sería el «elegido» por éstos, es decir, el arbitraje VII. No obstante, es preciso recordar que, de esos 118 Estados, 34 han efectuado declaraciones sometiéndose a la jurisdicción contenciosa de la Corte Internacional de Justicia de conformidad con el artículo 36.2 de su Estatuto, por lo que, de versar la controversia sobre materias no reservadas por ellos o por nuestro país en dichas declaraciones, correspondería la competencia, en su caso, a la CIJ, de conformidad con el artículo 282 de la Convención.

Tratándose de los 30 restantes Estados, si la disputa enfrentase a España contra el Reino Unido, Dinamarca, Holanda, Suecia, Noruega, Honduras o Nicaragua, países todos ellos que han elegido únicamente a la Corte Internacional de Justicia de conformidad con el artículo 287, el foro competente sería, obviamente, este tribunal internacional. No obstante, habrá que tener presente, en todo caso, que los cuatro primeros son miembros de la CE, y que, mientras todos los Estados mencionados se han sometido a su vez a la jurisdicción obligatoria de la CIJ de conformidad con el artículo 36.2 de su Estatuto<sup>45</sup>, tres de ellos (Reino Unido, Dinamarca y Noruega) han exceptuado, a su vez, de la jurisdicción obligatoria, todas o varias de las controversias previstas en el artículo 298 CNUDM<sup>46</sup>.

Si la controversia sujeta al sistema de arreglo obligatorio de la Convención enfrentase a España con Grecia, Tanzania o Uruguay, que únicamente han escogido el TIDM, sería éste, en principio, el único foro competente. No obstante, habrá que tener en cuenta, previamente, para confirmar la competencia del Tribunal de Hamburgo en estos casos, que Grecia es miembro de la CE, que tanto este Estado como Uruguay se encuentran sometidos a su vez a la jurisdicción obligatoria de la CIJ mediante sendas declaraciones realizadas de conformidad con el artículo 36.2 y siguientes de su Estatuto<sup>47</sup>, y que dicho Estado sudamericano tiene exceptuadas las controversias previstas en el artículo 298.1.b.

Por otro lado, si la controversia enfrentase a España con Italia, Bélgica, Finlandia, Estonia, Letonia, Lituania, Omán o Australia, que han efectuado declaraciones igua-

<sup>43</sup> Cuba, Argelia y Guinea Bissau.

<sup>44</sup> Nos referimos a Egipto y Eslovenia, por una parte, que han designado únicamente al arbitraje VII, y a Rusia, Bielorrusia y Ucrania, que han elegido al TIDM únicamente para las disputas de pronta liberación del artículo 292, al arbitraje VIII para las disputas previstas en el Anexo que lleva ese número, y el arbitraje VII para las restantes. Obviamente, en la medida en que el foro elegido por ellos no coincide con el escogido por España, el órgano competente sería con carácter general, el arbitraje VII.

<sup>45</sup> En algunos casos con reservas (Reino Unido, Noruega y Honduras) y en otros (los demás) sin ellas.

<sup>46</sup> El Reino Unido las previstas en los apartados b y c del artículo 298.1. Noruega y Dinamarca todas las enunciadas en esa disposición.

<sup>47</sup> Uruguay mantiene su declaración de sumisión a la competencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional, formulada en 1921, de conformidad con el artículo 36.5 del Estatuto de la CIJ.

les a la de nuestro país, designando al TIDM y a la CIJ sin orden de prelación, el foro competente sería, en principio, cualquiera de los dos, quedando de hecho la elección en manos del demandante. No obstante, todos los Estados mencionados, salvo Omán y Australia, son miembros de la Comunidad Europea. Por otra parte, cuatro de ellos (Bélgica, Finlandia, Estonia y Australia) se han sometido a su vez al sistema de la cláusula facultativa del artículo 36.2 ECIJ y dos de ellos (Australia e Italia) han exceptuado de la jurisdicción obligatoria las disputas previstas en el artículo 298.1.a.

Distinto sería el caso si la controversia enfrentase a España con Canadá, Argentina o Chile, que han designado al TIDM y a uno de los arbitrajes previstos en el artículo 287<sup>48</sup>: la competencia obligatoria correspondería al Tribunal de Hamburgo, al ser el único foro coincidente entre demandante y demandado. Todos estos cuatro Estados han exceptuado de la jurisdicción obligatoria todas las controversias previstas en el artículo 298. Por otra parte, Canadá mantiene una declaración de sumisión a la competencia de la CIJ de acuerdo con el artículo 36.2 de su Estatuto, si bien con la célebre reserva que determinó al Tribunal de la Haya a declararse incompetente para conocer del fondo en el asunto de la *jurisdicción en materia de pesquerías* (España c. Canadá). A nuestros ojos, esto significa que si se reprodujesen hoy los términos de la disputa y ésta contuviese, en su caso, elementos no comunitarios y no sujetos al Acuerdo de 1995 sobre poblaciones de peces transzonales y altamente migratorias, España podría demandar a Canadá ante el TIDM sin que este Estado pudiera objetar a su competencia la sumisión de ambos litigantes al sistema de la cláusula opcional. También podría nuestro país (y esto, en su caso, sería lo más aconsejable) concurrir al proceso como demandante con la Comunidad Europea, neutralizando así cualquier posible objeción basada sobre la naturaleza comunitaria o estatal de la materia controvertida<sup>49</sup>.

Tanto Alemania, Austria, Hungría y México, por una parte, como Portugal, por otra, han elegido más de dos foros de conformidad con el artículo 287 CNUDM. Salvo el primero (Alemania), todos ellos se encuentran sometidos a su vez al sistema de la cláusula opcional<sup>50</sup>. Por otra parte, salvo el último (México), todos ellos son miembros de la Comunidad Europea. Portugal, además, ha exceptuado de la jurisdicción obligatoria todas las controversias previstas en el artículo 298 y México las enunciadas en los dos primeros apartados (a y b).

De cuanto venimos estudiando saltan a la vista, a nuestro parecer, dos consideraciones: En primer lugar, que resulta prácticamente imposible determinar *a priori* las controversias concretas sobre la interpretación o aplicación de la Convención de 1982 sujetas a la jurisdicción obligatoria del TIDM en las que pudiera ser parte un Estado como España, sometido a dicho tribunal mediante declaración del artículo 287, en atención, por una parte, a la heterogeneidad de las posiciones adoptadas respecto a dicha jurisdicción por los Estados contra los que podría enfrentarse, y por otra, a su condición de Estado sujeto a una declaración de sumisión a la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia de acuerdo con el artículo 36.2 de su Estatuto y

<sup>48</sup> Canadá: TIDM/arbitraje VII; Túnez: 1.º TIDM/2.º arbitraje VII; Argentina: 1.º TIDM/2.º arbitraje VIII; Chile: 1.º TIDM/2.º arbitraje VIII.

<sup>49</sup> Artículo 7.3 del Anexo IX.

<sup>50</sup> Salvo Austria, todos estos Estados han formulado reservas en sus declaraciones *ex* artículo 36.2 y siguientes ECIJ.

miembro de una organización de integración como la Comunidad Europea. No queda otro remedio, en este sentido, que analizar cada controversia concreta caso por caso. En segundo lugar, es evidente que, sean cuales sean sus perfiles concretos, el alcance de la jurisdicción obligatoria del TIDM respecto a nuestro país, a pesar de haberse ampliado mediante su declaración de 19 de julio de 2002, es muy limitado.

#### IV. JURISDICCIÓN DEL TIDM RESPECTO A ESPAÑA DE CONFORMIDAD CON OTROS TRATADOS EN LOS QUE EL ESTADO ESPAÑOL ES PARTE

Además de la CNUDM, existen otros tratados en los que expresa o implícitamente se contempla al TIDM entre los medios de arreglo<sup>51</sup>. España es parte en tres de dichos tratados: el Protocolo al Convenio de Londres sobre Vertimiento, de 7 de noviembre de 1996 (art. 16), que no confiere jurisdicción obligatoria al Tribunal, y la Convención sobre la protección del Patrimonio Cultural Subacuático, de 21 de noviembre de 2001 (art. 25) y el Acuerdo sobre la Aplicación de las Disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982 relativas a la Conservación y Ordenación de las Poblaciones de Peces Transzonales y las Poblaciones de Peces Altamente Migratorios, de 4 de agosto de 1995, que sí posibilitan que el TIDM pueda llegar a conocer obligatoriamente de las disputas sobre su interpretación o aplicación. Centrándonos en este último, por ser el único de los tres en vigor<sup>52</sup>, constituye uno de los tratados más importantes de los que podría derivar una cierta ampliación del ámbito de la jurisdicción obligatoria del TIDM en abstracto<sup>53</sup>, si bien el alcance de ésta respecto a España, como posible litigante en concreto, es mucho más reducido: La mayor parte del contenido del Acuerdo de 1995 es competencia de la Comunidad Europea y, en el escaso espacio que no lo fuere, hay que tener en cuenta igualmente la sumisión de nuestro país a la jurisdicción de la CIJ de conformidad con el artículo 36.2 de su Estatuto, en virtud del artículo 282 CNUDM, también aplicable aquí como veremos enseguida.

<sup>51</sup> Los restantes son: el Acuerdo para Promover el Cumplimiento de las Medidas Internacionales de Conservación y Ordenación por los Buques Pesqueros que Pescan en Alta Mar, de 24 de noviembre de 1993 (art. IX), en vigor desde el 24 de abril de 2003; el Acuerdo Marco para la Conservación de los Recursos Vivos Marinos en la Alta Mar del Pacífico Sudeste, también conocido como Acuerdo de Galápagos, de 14 de agosto de 2000 (art. 14), no en vigor; el Acuerdo sobre la Conservación y Gestión de las Poblaciones de Peces Altamente Migratorios del Océano Pacífico Central y Occidental, de 5 de septiembre de 2000 (art. 31), en vigor desde el 19 de junio de 2004; y el Convenio sobre la Conservación y Gestión de los Recursos de la Pesca en el Océano Atlántico Suroriental, de 20 de abril de 2001 (art. 24), en vigor desde el 13 de abril de 2003.

<sup>52</sup> BOE de 21 de julio de 2004. Entrada en vigor general el 11 de diciembre de 2001 y para España el 18 de enero de 2004. La CE, en el ámbito de sus competencias, es parte en este tratado y además en el Acuerdo sobre Buques que Pescan en Alta Mar de 1993, en el Protocolo de 1996 al Convenio de Londres sobre Vertimiento, en el Acuerdo sobre las Poblaciones de Peces Altamente Migratorios del Océano Pacífico Central y Oriental y en el Acuerdo sobre la Conservación de los Recursos Pesqueros en el Océano Pacífico Suroriental.

<sup>53</sup> Sobre el régimen jurídico del arreglo de controversias en este tratado, ver, entre otros: CASADO RAIGÓN, R., «Règlement des différends», en VIGNES, D., CASADO, R., CATALDI, G., *Droit international de la pêche maritime*, Bruylant, Bruxelles, 2000, pp. 316-365.

Dispone su artículo 30, por un lado, la aplicación *mutatis mutandis* de la Parte XV de la Convención a toda controversia sobre la interpretación o aplicación del Acuerdo que se suscite entre Estados parte en él, sean o no a su vez parte en la CNUDM; y, por otro lado, la utilización, para la determinación del foro competente, no sólo de las declaraciones efectuadas por los Estados de conformidad con el artículo 287.1 CNUDM, pero realizadas específicamente para las controversias sobre la interpretación o aplicación del Acuerdo de 1995, sino también, a falta de ellas, las que los Estados parte en el Acuerdo, que a su vez lo sean en la CNUDM, hayan realizado igualmente de conformidad con el artículo 287.1, pero en este caso en el marco de la Convención de 1982.

España no ha realizado una declaración de conformidad con dicho artículo 30 por lo que se le aplica la de 19 de julio de 2002 por la que designa a la CIJ y al TIDM. Ha optado, en este sentido, como la mayoría de los Estados parte en el Acuerdo de 1995, por remitirse a su elección de conformidad con el artículo 287 CNUDM. De este modo: en sus controversias contra Estados parte en ambos tratados que no hayan realizado una declaración de conformidad con el artículo 30 del Acuerdo de 1995 y sí de conformidad con el artículo 287 CNUDM, el foro competente será el que resulte de aquella declaración; en las que enfrenten a nuestro país con Estados parte en ambos tratados que tampoco hayan realizado una declaración de conformidad con el artículo 287 CNUDM, el foro competente será el arbitraje del Anexo VII de este tratado<sup>54</sup>; en las controversias que lo enfrentasen con Estados que son parte en el Acuerdo de 1995 pero no en la CNUDM y no hayan efectuado declaración de conformidad con aquel tratado, el foro competente será igualmente el arbitraje VII<sup>55</sup>; y en las que enfrenten a nuestro país con Estados que hayan efectuado una declaración de conformidad con el artículo 30 del Acuerdo, sean o no parte a su vez en la CNUDM, habrá que estar al foro coincidente entre éstas y los designados por España en su declaración de 19 de julio de 2002. En este sentido, a fecha de hoy, tan sólo dos Estados han efectuado declaraciones eligiendo foro de conformidad con el artículo 30 del Acuerdo de 1995: Canadá, que para las controversias sobre la interpretación o aplicación de este tratado ha designado el arbitraje VII en lugar de atenerse a su declaración del artículo 287 CNUDM por la que ha designado el TIDM y a dicho arbitraje, exceptuando además, también para las controversias relativas al Acuerdo de 1995, todas las disputas enumeradas en el artículo 298 CNUDM; y Estados Unidos, no parte en la CNUDM, que ha elegido el arbitraje especial del Anexo VIII, en este caso sin exceptuar las disputas previstas en el citado artículo 298 CNUDM<sup>56</sup>.

## V. CONCLUSIONES

La jurisdicción del Tribunal Internacional del Derecho del Mar (como la de otros foros previstos en la CNUDM) aparece considerablemente mermada por la pertenencia

<sup>54</sup> Artículo 30.3 del Acuerdo de 1995 en relación con el artículo 287.3 CNUDM.

<sup>55</sup> Artículo 30.4 del Acuerdo en relación con el artículo 287.5 de la Convención.

<sup>56</sup> Noruega, parte en ambos tratados, no designa foro pero sí exceptúa para las controversias sobre el Acuerdo de 1995 las previstas en el artículo 298.1.b, segundo inciso, de la CNUDM.

cia de nuestro país a la Comunidad Europea. Gran parte de las materias reguladas por la CNUDM y, en consecuencia, de su capacidad para litigar por ellas, han sido objeto de transferencia por España a dicha organización internacional. Es a ésta, por tanto, a quien corresponderá, en su caso, acudir al TIDM, o a otros foros, cuando la disputa se refiera a dichas materias. Por otra parte, teniendo en cuenta la posición adoptada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en su reciente sentencia de 30 de mayo de 2006, en relación con el asunto *MOX Plant*, resulta más que aconsejable que nuestro país, como cualquier otro Estado comunitario, verifique previamente con las instituciones de la Unión Europea, ante cualquier controversia relativa a la CNUDM, que efectivamente la materia objeto de disputa es de su competencia y puede, por tanto, acudir al TIDM u otro foro para litigar por ella.

En el reducido espacio en el que España puede litigar por sí (sin la CE), el TIDM tiene respecto a nuestro país, como Estado parte en la CNUDM, jurisdicción tanto voluntaria como obligatoria. Respecto a ésta, de alcance en principio limitadísimo, el Estado español ha ampliado su ámbito designando al Tribunal de Hamburgo, junto con la Corte Internacional de Justicia, como foro con competencia general para conocer de las controversias sobre la interpretación o aplicación de la Convención mediante una declaración realizada de conformidad con el artículo 287 de ese tratado. No obstante, las posibilidades reales de que España pueda acudir o ser llevada al TIDM en virtud de su jurisdicción obligatoria son mucho menores de lo que aparentan. Dejando a un lado las controversias en las que el Tribunal de Hamburgo tiene jurisdicción residual obligatoria (arts.187, 290.5 y 292 CNUDM), su competencia general para conocer de controversias sobre la interpretación o aplicación de la Convención de Montego Bay, incluso habiendo sido designado por un Estado en virtud del artículo 287, tiene una extensión limitada. Una gran mayoría de Estados parte en la CNUDM no han efectuado declaraciones de conformidad con el artículo 287, por lo que, de litigar nuestro país contra ellos, el foro competente sería el arbitraje VII. Sólo cuando España se enfrente a uno de los 23 Estados que han designado al TIDM a estos efectos, pudiera suceder que éste fuera efectivamente el foro competente (o uno de ellos) para conocer de la disputa con carácter obligatorio. Ahora bien, incluso en este caso, habrá que tener en cuenta que buena parte de esos 23 Estados son (como España) miembros de la Comunidad Europea, han exceptuado (como España) parte o todas las controversias previstas en el artículo 298, y/o son parte (como España) del sistema de la cláusula opcional del artículo 36.2 y siguientes del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Respecto a este último, cuya aplicación sería preferente, de conformidad con el artículo 282 CNUDM, a los procedimientos previstos en el artículo 287, entendemos que sería conveniente que España coordinase sus declaraciones de 29 de octubre de 1990 de sumisión a la jurisdicción de la CIJ según el sistema de la cláusula facultativa mencionado, y de 19 de julio de 2002, de sumisión al TIDM y a la propia CIJ según el artículo 287 CNUDM, efectuando las modificaciones oportunas tanto en una como en otra.

También es parte España en otros tratados internacionales de los que derivaría competencia a favor del TIDM. Sin embargo, de éstos, sólo está vigente el Acuerdo de Nueva York de 1995 sobre poblaciones de Peces Transzonales y Altamente Migratorios, cuyo objeto, como es bien conocido, cae en su mayor parte dentro de las competencias de la Comunidad Europea.

En todo caso, la designación del TIDM y de la CIJ por España, mediante las citadas declaraciones, a pesar de sus límites, nos parece que demuestra una apuesta clara de nuestro país por la solución obligatoria de controversias a través de tribunales internacionales permanentes, cuyo fortalecimiento contribuye sin duda a una mayor institucionalización del Derecho Internacional Público. Esto, a nuestro juicio, merece una valoración positiva.

## **B) Derecho Internacional Privado**

### **NOTA SOBRE LA RESOLUCIÓN-CIRCULAR DE 29 DE JULIO DE 2005, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO, SOBRE MATRIMONIOS CIVILES ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO**

Ana Paloma ABARCA JUNCO  
Miguel GÓMEZ JENE

Derecho Internacional Privado. UNED

#### **SUMARIO**

I. INTRODUCCIÓN.—II. LA REGULACIÓN DEL MATRIMONIO HOMOSEXUAL A LA LUZ DE LA CONSTITUCIÓN.—III. LA REGULACIÓN DEL MATRIMONIO HOMOSEXUAL A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

#### **I. INTRODUCCIÓN**

1. Que las leyes han de ser interpretadas en relación con «la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas» es un mandato del artículo 3 del Código Civil. Que en lapsos de tiempo relativamente cortos esta realidad social pueda cambiar de manera tan sustancial que incluso haga necesaria una modificación –vía reinterpretación– de conceptos tradicionales de nuestro derecho, es tanto como admitir que en algunos casos el cambio del derecho se adelanta a los cambios sociales. De tal forma que, para conseguir cambiar la interpretación de las leyes, debe recurrirse a complicadas disquisiciones doctrinales que no siempre resultan coherentes.

2. El Derecho internacional privado (DIPr) también se ve afectado por estas cuestiones, pues si bien es un Derecho de carácter eminentemente formal, su aplicación es flexibilizada por una serie de expedientes técnicos como la calificación, la transposición o el orden público. Tales expedientes se caracterizan, entre otras cosas,

por conservar o –al contrario– introducir ciertos valores materiales en nuestro ordenamiento.

3. Pues bien, como es sabido, la reciente reforma del Código Civil en virtud de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio<sup>1</sup> incluye bajo la rúbrica de «matrimonio» al celebrado entre personas del mismo sexo.

Esta reforma, que ha contado con el Informe negativo tanto del Consejo de Estado<sup>2</sup> como del Consejo del Poder Judicial e incluso de la Real Academia Española de la Lengua, ha suscitado considerables discusiones doctrinales en torno –sobre todo– a la adecuación del texto de la nueva Ley a la Constitución<sup>3</sup>.

4. Como no podía ser de otro modo, la reforma en cuestión también afecta al ámbito del DIPr, de ahí que la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) se haya apresurado a emitir la Resolución-Circular de 29 de julio de 2005, sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo<sup>4</sup>.

En esta Resolución se trata –con un encomiable grado de rigor técnico– una serie de cuestiones que la citada reforma puede llegar a plantear en ciertos supuestos de tráfico externo, aportando soluciones y dando las instrucciones que han de seguir los Jueces Encargados de los Registros Civiles en estos supuestos. En esencia, puede afirmarse que el objeto de esta Resolución es la de aplicar la legislación material española a aquellos supuestos en los que ambos o uno de los contrayentes sea extranjero, pues, de este modo, también ellos podrían contraer matrimonio en nuestro país. O dicho de otro modo, la Resolución en cuestión pretende ampliar el ámbito de aplicación personal de la nueva Ley.

## II. LA REGULACIÓN DEL MATRIMONIO HOMOSEXUAL A LA LUZ DE LA CONSTITUCIÓN

5. Los razonamientos que pueden seguirse en torno a los problemas de DIPr que plantean estos matrimonios han de apoyarse en algunas cuestiones propias de nuestro Derecho material de fuente interna; cuestiones que ya fueron objeto de

<sup>1</sup> BOE núm. 157, de 2.7.2005.

<sup>2</sup> Para una crítica muy positiva a este Informe vide RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., «Sobre el dictamen del Consejo de Estado y el matrimonio entre personas del mismo sexo», *Diario La Ley*, 18.1.2005.

<sup>3</sup> Entre otros, vide, VALLADARES RASCÓN, E., «El derecho a contraer matrimonio y la Constitución», BIB 2005/1388; GARCÍA RUBIO, M.<sup>a</sup> P., «La modificación del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio», *Diario La Ley*, 15.11.2005; QUIÑONES ESCÁMEZ, A., «Límites a la celebración en España de matrimonios internacionales del mismo sexo», *RJC*, 2005, pp. 199 y ss.; TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, J. A., «Nota sobre el matrimonio homosexual y su impacto en el orden público internacional español», *Actualidad Civil*, núm. 20, nov. 2005. Más recientemente, MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, L., *La homosexualidad y el matrimonio (Ley 13/2005, de 1 de julio)*, Madrid, 2006.

<sup>4</sup> BOE núm. 188, de 8.8.2005. Sobre esta Resolución-Circular vide CALVO CARAVACA, A. L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Matrimonio entre personas del mismo sexo y derecho internacional privado español», *Diario La Ley*, núm. 6391, 2 de enero de 2006; *idem*. «Aspectos internacionales de los matrimonios entre personas del mismo sexo: Notas a la resolución-circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de julio de 2005», *Boletín de Información*, Ministerio de Justicia, núm. 2007, 15 de febrero de 2006.

atención, antes de la aprobación de la Ley, por las instituciones del Estado anteriormente citadas.

6. La primera de ellas gira en torno a la constitucionalidad o inconstitucionalidad del precepto que, siendo un tema suficientemente debatido en otras instancias, no será objeto de tratamiento en estas líneas. En este sentido, el punto de partida de nuestra reflexión pasa por aceptar que —a día de hoy<sup>5</sup>— la Ley en cuestión está en vigor en los mismos términos en que fue publicada en el *BOE* de 8 de agosto de 2005. Y que, en consecuencia, el nuevo párrafo segundo del artículo 44 del Código civil confirma la existencia de un único matrimonio con independencia del sexo de los cónyuges: «El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo».

7. La segunda y más importante de las cuestiones planteadas pasa por dilucidar si la consideración como derecho fundamental del derecho a contraer matrimonio consagrado en el artículo 32 CE es también predicable respecto del matrimonio compuesto por personas del mismo sexo. La cuestión no es baladí, pues como es bien sabido, el hecho de que el derecho a contraer matrimonio sea considerado como un derecho fundamental, implica que su interpretación debe hacerse conforme al artículo 10 CE.

En consecuencia, en este punto debe determinarse si la misma protección constitucional que ampara al matrimonio heterosexual es también prolongable al matrimonio homosexual<sup>6</sup>. Y así, la cuestión en este ámbito pasa, en primer lugar, por determinar si el legislador puede ampliar el concepto de matrimonio contemplado en el artículo 32 CE; y, en segundo lugar, si tal ampliación ha sido efectivamente llevada a cabo mediante la referida Ley.

8. Una primera lectura de los considerandos de la Exposición de Motivos del texto en cuestión, parece indicar que, en principio, el matrimonio homosexual ha quedado incluido en el tenor del artículo 32 CE. Y es que, en su virtud, «la ley permite que el matrimonio sea celebrado entre personas del mismo o distinto sexo, con plenitud e igualdad de derechos y obligaciones cualquiera que sea su composición. En consecuencia, los efectos del matrimonio, que se mantienen en su integridad respetando la configuración objetiva de la institución, *serán únicos en todos los ámbitos con independencia del sexo de los contrayentes*».

Si esto es así —y parece que lo es— el cambio del concepto «matrimonio» llevado a cabo por la reforma supone tanto como una ampliación del contenido de un artículo de la Constitución; ampliación verdaderamente controvertida —por lo que ahora importa— en cuanto a su alcance, pues, en palabras del mismo TC: «...la unión entre personas del mismo sexo biológico no es una institución jurídicamente regulada, ni existe un derecho constitucional a su establecimiento; todo lo contrario al matrimonio entre hombre y mujer que es un derecho constitucional (art. 32.1) que genera *ope legis* una pluralidad de derechos y deberes»<sup>7</sup>. Y en esta misma línea, la DGRN, en su

<sup>5</sup> Pendiente de resolución el Recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Partido Popular el 28 de septiembre de 2005.

<sup>6</sup> Vide el Dictamen del Consejo de Estado; Núm. Exp. 2628/2004 (Justicia); Expediente de Anteproyecto de Ley por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. Fecha de aprobación 16.12.2004 ([www.consejo-estado.es](http://www.consejo-estado.es)). Vide también el Informe del Consejo General del Poder Judicial ([www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es)).

<sup>7</sup> Auto TC 222/1994, de 11 de julio (RTC 1994\222).

Resolución de 21 de enero de 1988<sup>8</sup>, destacó que «No hace falta resaltar que el matrimonio ha sido siempre entendido como una institución en la que la diferenciación de sexos es esencial... En efecto, el hecho de que el artículo 32.1 de la Constitución proclame que “el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica” no autoriza a concluir que, al haberse omitido por cualesquiera razones la expresión “entre sí”, la Constitución permita al matrimonio entre personas del mismo sexo. Al contrario, es muy significativo que en el Capítulo segundo del título I de la Constitución, dedicado a los derechos y libertades fundamentales es el artículo 32 el único que se preocupa de precisar que “el hombre y la mujer” son los titulares del *ius nubendi*, mientras que en todos los demás casos se utilizan formas impersonales, como “todos”, “toda persona”, “se garantiza”, “se reconoce”, “tienen derecho”, sin estimarse necesario referir el derecho al sexo concreto de la persona».

Pero, a mayor abundamiento, como destaca el mismo Consejo de Estado en su Informe sobre la Ley en cuestión: «...cuando [la acción del legislador] afecta a derechos fundamentales consagrados en la Norma Fundamental, tiene que atenerse a los límites, infranqueables incluso por el legislador, que el Tribunal Constitucional ha venido afirmando desde sus primeras sentencias». Y que: «La apertura de la institución matrimonial a parejas del mismo sexo no supone una simple ampliación de la base subjetiva del matrimonio, reconociendo a las parejas del mismo sexo un derecho que no tienen constitucionalmente garantizado; determina una alteración de la institución matrimonial, que obliga a plantearse si con esa regulación –por vía legislativa– se está afectando el derecho reconocido en el artículo 32 más allá de lo constitucionalmente admisible». En efecto, como prosigue el citado Informe, «el hecho de abrir la institución matrimonial a parejas del mismo sexo supone un cambio especialmente profundo de dicha institución, que delimita y afecta a esas posibilidades de actuación hasta el punto de plantear si [con el matrimonio homosexual] no se está alterando la naturaleza jurídica del derecho constitucionalmente reconocido en el artículo 32 de la Norma Fundamental».

Poniendo de relieve, además, el contrasentido «que subyace al argumento de que para fortalecer la protección de los homosexuales deban ser incorporados a la garantía constitucional del artículo 32». Y es que, «si el contenido de esa garantía queda en manos del legislador, la Constitución no ofrece garantía alguna; si, por el contrario, hay protección constitucional, el legislador tiene límites y no puede, por tanto, disponer libremente de la institución garantizada por la Norma Fundamental»<sup>9</sup>.

9. Sin embargo, profundizando en la lectura de la Exposición de Motivos de la Ley, resulta que es esta misma garantía constitucional la que tiene como consecuencia que el legislador no pueda «desconocer la institución, ni dejar de regularla de conformidad con los valores superiores del ordenamiento jurídico, y con su carácter de derecho de la persona con base en la Constitución». Y así, resulta también que la ley –«la que, en cada momento histórico y de acuerdo con los valores dominantes» determinará tanto la capacidad para contraerlo como su contenido y régimen jurídico– es la que ha permitido la inclusión del matrimonio entre personas del mismo sexo en el citado precepto constitucional.

<sup>8</sup> RJ 1988\215.

<sup>9</sup> En el mismo sentido, vide Informe CGPJ.

### III. LA REGULACIÓN DEL MATRIMONIO HOMOSEXUAL A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

10. Visto lo anterior, es menester recordar que las soluciones establecidas en nuestro sistema de DIPr en el ámbito matrimonial han venido basadas en la consideración del derecho a contraer matrimonio como un derecho constitucionalmente protegido y consagrado como fundamental en nuestra Carta Magna. Este carácter le ha sido otorgado al «*ius nubendi*» por la DGRN de manera constante, derivando de él múltiples consecuencias.

11. Partiendo de esta perspectiva, la formación del matrimonio –en clave de DIPr– engloba dos cuestiones distintas: las cuestiones que afectan a las *condiciones de fondo* y las cuestiones que afectan a las *formas de celebración*.

12. Dentro de las *condiciones de fondo*, tradicionalmente se han incluido tanto la *capacidad* como el *consentimiento matrimonial*. Y tanto la doctrina como la jurisprudencia convienen en que ambas cuestiones deben regirse por la ley personal (art. 9.1 Cc). Aplicación de la ley personal (nacional) que, evidentemente, siempre quedará limitada por la acción del orden público cuando aquélla supusiera una vulneración de los principios esenciales e irrenunciables que se identifican, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, con los derechos fundamentales y con los principios constitucionales.

De este modo, la DGRN ha esgrimido en numerosos supuestos la cláusula de orden público para negar la aplicación de un derecho extranjero al fondo de la cuestión, aplicando, consecuentemente, el derecho español al fondo de la controversia: en cuestiones tales como, por ejemplo, la relativa a los matrimonios poligámicos y la relativa a la edad para contraerlo<sup>10</sup>.

13. Con estos elementos a la vista, resulta que al haber sido incluido el matrimonio homosexual en el artículo 32 CE –derecho fundamental– debería, en primer lugar, rechazarse la aplicación de cualquier ley nacional que impidiera a un cónyuge contraerlo; y, en segundo lugar, debería aplicarse la ley española a la capacidad del mismo. Sin embargo, esta solución comporta varios problemas<sup>11</sup>. Por un lado, debe traerse a colación que conforme al artículo 10 CE los derechos fundamentales y las libertades públicas deben interpretarse conforme a los Tratados internacionales; Tratados que, en su interpretación, no han considerado una vulneración de un derecho fundamental la no existencia de un matrimonio homosexual<sup>12</sup>. Por otro lado, el razonamiento en cuestión choca tanto con la propia jurisprudencia del TC –que, como hemos visto, no ha considerado el matrimonio homosexual objeto de protección constitucional–, como con la doctrina de la DGRN ya citada.

<sup>10</sup> Una relación de Resoluciones de la DGRN sobre este particular puede verse en: ABARCA JUNCO, A. P., «La celebración del matrimonio y su nulidad», en: *Derecho Internacional Privado*, vol. II, UNED, Madrid, 2005, pp. 97-112.

<sup>11</sup> Problemas que no se plantean en relación a la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad (art. 12 TCE) ya que dicha prohibición sólo se aplica en el ámbito de aplicación del Tratado, que excluye las materias de estado civil (STJC 10 de junio 1999, *Johannes*, C-430/97).

<sup>12</sup> Para un minucioso estudio de la jurisprudencia del TEDH en interpretación del artículo 12 del *Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, vide el citado Dictamen del Consejo de Estado.

14. Para salvar estos obstáculos, la Resolución en cuestión diseña una particular vía para negar la aplicación de la ley personal extranjera y, en consecuencia, aplicar la ley española a supuestos en los que uno o ambos cónyuges sean extranjeros y sus respectivas leyes personales no les permita la celebración de tal matrimonio.

15. El objetivo de política legislativa de esta nueva vía consiste en extender la aplicación de la ley española a aquellos supuestos en los que la ley nacional de uno de los cónyuges no consienta estos matrimonios. Y todo ello, además, sin necesidad de considerar principio de orden público ni derecho fundamental la posibilidad de celebrarlos.

Como el lector bien podrá imaginar, la directriz en cuestión contribuye a la aparición de matrimonios «claudicantes»; es decir, matrimonios válidos en el país en que se celebren e inexistentes en los países de la nacionalidad de los cónyuges. Este problema no es ignorado por la DGRN que, aludiendo a que la función del Encargado del Registro Civil español no es la de «guardián del sistema legal extranjero», y aludiendo también a la competencia de las autoridades extranjeras para decidir sobre la validez del matrimonio homosexual celebrado en España, rechaza la idea de que la aparición de matrimonios claudicantes suponga un inconveniente a la hora de proceder a su celebración<sup>13</sup>. Razonamiento difícilmente compatible con un principio fundamental en cualquier sistema de DIPr: la búsqueda de una armonía de soluciones.

16. En cualquier caso, la vía enunciada se construye a partir de la consideración de que la celebración de tales matrimonios no puede considerarse una cuestión de capacidad<sup>14</sup>. Para ello, estima que «la diversidad de sexos» en la concepción tradicional o la posible «identidad de sexos» en la ley vigente es «elemento vinculado directamente con la propia naturaleza del derecho a contraer matrimonio y, por extensión, de la institución matrimonial y, *no necesariamente con la capacidad nupcial* subjetivamente considerada». Y apoyándose en el Preámbulo de la Ley 13/2005 afirma que la diversidad de sexos es un «elemento estructural», «constituyente de la propia institución».

<sup>13</sup> Respecto al derecho de los países de la Unión Europea vide: «Avis sur la possibilité de la reconnaissance, par chaque Etat membre, du mariage homosexuel ouvert aux Pays-Bas et en Belgique et le rôle de l'exception d'ordre public international du droit international privé de chaque Etat membre» *Réseau U.E. d'experts indépendants en matière de droits fondamentaux*, 30.6.2003, Referencia CFR-CDF. avis 2-2003. De la lectura de este Informe se infiere que los tribunales de algunos Estados se ampararían en la cláusula de orden público para no reconocer estos matrimonios; en otros, en cambio, se reconocerían sus efectos o serían tratados como «pareja de hecho registrada».

<sup>14</sup> En esta cuestión difieren los distintos ordenamientos europeos. Significativamente, en Italia, el *Tribunal di Latina* en Decreto de 10.6.2005 ha determinado que: «... elemento essenziale per poter qualificare nel nostro ordinamento la fattispecie «matrimonio» è la diversità del sesso dei nubendi ed in tal senso si è pronunciata la Corte di Cassazione (...) i requisiti minimi essenziali nella manifestazione di volontà matrimoniale resa da due persone di sesso diverso davanti ad un ufficiale celebrante (Cass. n. 7877/2000; 1304/1990; 1808/1976). D'altronde non è senza ragione che, nel nostro codice civile, tra gli impedimenti al matrimonio (quali età, capacità, libertà di stato, parentela, delitto-artt. 84, 86, 87, 88 c.c.), non è prevista la diversità di sesso dei coniugi e ciò ovviamente non perché tale condizione sia irrilevante, bensì perché essa, a differenza dei semplici impedimenti, incide sulla stessa identificazione della fattispecie civile che, nel nostro ordinamento, possa qualificarsi «matrimonio». Y por ello, es imposible proceder al reconocimiento de estos matrimonios. Vide cita anterior.

A partir de aquí, deduce que no se han de aplicar las normas de DIPr relativas a la capacidad (art. 9.1 Cc) de forma excluyente, ya que la inexistencia de este tipo de matrimonios en muchos países extranjeros, y la falta «de norma de conflicto específica en nuestro derecho sobre los requisitos del matrimonio ajenos a su concepción tradicional y a la capacidad subjetiva de los contrayentes», determinan una laguna legal en nuestro derecho conflictual que hay que integrar acudiendo a una serie de argumentos que a continuación expone. O dicho de otro modo: el matrimonio homosexual es jurídicamente tan distinto del matrimonio tradicional que –en clave de DIPr– no sirven las normas de conflicto que regulan a este último; ni en el ámbito de los requisitos, ni en el ámbito de la capacidad. Y de ahí que deba acudir a la integración de tal laguna legal.

17. Pues bien, si realmente la diversidad de sexos es «un elemento estructural» «constituyente de la misma institución» parece obvio que al cambiar tal elemento constitutivo desaparece el «matrimonio» en el que se basaba y, si esto es así –que ahora parece serlo– habremos de convenir que el actual «matrimonio» no es propiamente el que se contiene en el artículo 32 CE.

En consecuencia, entendemos que cuando la misma Resolución-circular de la DGRN acude a este razonamiento, lo que –involuntariamente– está poniendo en duda es la misma constitucionalidad de la Ley. Y es que, no puede pasar desapercibido que con tal construcción lo que en puridad está haciendo es cambiar el sentido de un artículo de la Constitución. Además, resulta también especialmente llamativo el hecho de que adoptando este razonamiento se alinea con el parecer del Informe del Consejo de Estado, que considera como núcleo esencial del matrimonio la heterosexualidad<sup>15</sup>.

18. Llevando hasta sus últimas consecuencias la particular construcción que la DGRN hace en su Resolución-circular, podríamos incluso deducir que existen dos tipos de matrimonio. Por un lado, el estructuralmente basado en la diversidad de sexos; matrimonio que estaría protegido por la Constitución. Por otro, el matrimonio homosexual que, aún con la misma denominación, requisitos y efectos –en palabras de la nueva Ley–, no estaría protegido por la misma. Y si esto fuera realmente así, deberíamos concluir que la denominación de matrimonio a las uniones homosexuales no deja de sembrar cierta confusión. Y es que, también podría denominarse «matrimonio» a cualquier tipo de unión, que aun no estando contemplada ni protegida por la

<sup>15</sup> Desde una perspectiva institucional, la cuestión radica en determinar si el matrimonio al que se refiere la Constitución incorpora, como uno de sus elementos esenciales, la *diversidad sexual* de los contrayentes, configurando así una determinada imagen del matrimonio, al que resultaría aplicable la doctrina de la garantía de instituto, de forma que aquellas normas legales que desnaturalizasen los perfiles sustantivos del instituto matrimonial no podrían considerarse conformes a la Constitución...

La garantía institucional es desconocida, según el Tribunal Constitucional, cuando la institución es reducida a un simple nombre, rompiendo con la imagen comúnmente aceptada de la institución que, en cuanto formación jurídica, viene determinada en buena parte por las normas que en cada momento la regulan y por la aplicación que de las mismas se hace. Ahora bien, la configuración institucional concreta se defiende al legislador, al que no se fija más límite que el del reducto indisponible o núcleo esencial de la institución que la Constitución garantiza; o, dicho en términos tantas veces repetidos por el TC desde su Sentencia 32/1981, «la garantía institucional no asegura un contenido concreto y fijado de una vez por todas, sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar (f.j. 3)».

Constitución en su derecho a contraerlo, resultase incluida en ella por la vía de una nueva regulación en el Código Civil.

19. En nuestra opinión, la inclusión de la unión homosexual en el concepto clásico de matrimonio ha desvirtuado efectivamente la regulación que del matrimonio hace el DIPr. Y ello, fundamentalmente, por la inclusión de este instituto en el ámbito del artículo 32 CE, pues obliga a considerarlo como derecho fundamental y, en consecuencia, a activar la excepción de orden público en su defensa. Defensa de un principio que nunca ha sido esencial ni irrenunciable en nuestro ordenamiento.

20. En cuanto a las *formas de celebración* puede afirmarse que no se plantea ningún problema especial. En efecto, sin entrar ahora en consideraciones sobre la posible objeción de conciencia<sup>16</sup>, el Juez procederá a la celebración de matrimonios homosexuales tanto de españoles, como de español y extranjero, o como de extranjeros entre sí. En este último supuesto, sin embargo, entendemos que al menos uno de los contrayentes debe tener su domicilio en España; y que la prueba del domicilio efectivo habrá de ser expresamente exigida –o demostrada–. Actuar de otro modo, podría convertir a nuestro país en sede o destino de turismo matrimonial. Además, cuando los dos cónyuges sean extranjeros, podrán contraer por la forma consular de cualquiera de ellos y por cualquier otra forma a la que se le reconozca efectos civiles por cualquiera de las leyes personales de los cónyuges.

En cuanto al resto de las formas permitidas en el ordenamiento español –evangélica, hebrea e islámica–, señalar que en ninguna de ellas se prevé el supuesto de matrimonio entre personas del mismo sexo.

Respecto a la posibilidad de contraer matrimonio homosexual en el extranjero, las formas serán, tal y como venía siendo hasta ahora, todas las previstas en la *lex loci* que contemplen este tipo de matrimonio o la ley personal del español. En este último caso, únicamente podrán contraer por la forma consular; y ello, siempre que el ordenamiento del país donde el Cónsul ejerza sus funciones lo permita.

Finalmente, respecto de los matrimonios contraídos en el extranjero por dos extranjeros, señalar que serán reconocidos en España e inscritos en el Registro civil si fuera necesario –posterior adquisición de la nacionalidad española, por ejemplo–, pero siempre y cuando se hayan celebrado conforme a la ley del lugar de celebración o a cualquiera de las leyes personales de los cónyuges.

21. Hasta aquí el efecto que la Ley 13/2005 tiene en el DIPr, que se circunscribe fundamentalmente a su conexión con el artículo 32 de la CE, con la noción de orden público y con la necesidad de cumplir un concreto objetivo de política legislativa –extensión de la nueva legislación española– a través de otros mecanismos.

En general, puede afirmarse que todo este enmarañamiento del sistema hubiera podido evitarse procediendo a una regulación por parte del legislador nacional –que no autonómico– de las «parejas de hecho»; pues, muy posiblemente, esta regulación habría salvado todos los obstáculos de índole jurídica.

En efecto, para empezar, la garantía del instituto no se hubiera visto afectada por la regulación propugnada, pues ésta regularía otro supuesto de hecho (la convivencia

<sup>16</sup> Sobre esta cuestión, vide PULIDO QUECEDO, M., «Sobre la objeción de conciencia en materia de celebración de matrimonios. Los efectos colaterales de la modificación del Código Civil», *Repertorio Aranzadi del TC*, núm. 4, 2005.

de las parejas homosexuales)<sup>17</sup>. En este sentido, si bien es cierto que el principio estructural básico del matrimonio es la heterosexualidad, ello no obsta para que otros principios —como son, por ejemplo, la afectividad, la comunidad de vida y la estabilidad— puedan predicarse respecto de otros institutos; institutos que pueden y deben ser regulados, pero que no deben contar necesariamente con la protección constitucional del artículo 32. Pues, repárese en que la garantía que brinda este artículo no sólo consiste en actuar como norma orientadora para el legislador —que se obliga a regular y facilitar el matrimonio (vide Exposición de Motivos de la Ley)— sino que también queda vinculado a esos principios estructurales que quedan fuera de su discrecionalidad<sup>18</sup>. Por ello, sólo a partir de una reforma de la Constitución podría plantearse un cambio en los principios estructurales del matrimonio (en nuestro supuesto, la heterosexualidad)<sup>19</sup>. Y por ello también, resulta inaceptable el argumento en torno a una supuesta inamovilidad de las instituciones ante los cambios sociales<sup>20</sup>. La protección constitucional que dispensa el artículo 32 CE es ampliable a otras instituciones, pero no por la vía del Código civil.

En cualquier caso, y por los motivos ya apuntados, no sólo entendemos que esa regulación de las parejas de hecho por parte del legislador nacional hubiera sido la actuación más correcta, si no que, además, entendemos también que con ella se hubieran podido solucionar los problemas derivados de la existencia de leyes autonómicas en la materia; leyes que contemplan diferentes y confusos ámbitos de aplicación<sup>21</sup>.

Además, debe insistirse en que si las parejas homosexuales quieren gozar de ciertos derechos, con la promulgación de la Ley están obligados a contraer matrimonio. De tal modo que, en perspectiva inversa, la situación de las parejas homosexuales que pudiendo contraer matrimonio no lo hagan, quedara igualada con la de las parejas heterosexuales que pudiendo contraer matrimonio no lo hacen<sup>22</sup>. Y así, por ejemplo, no procederá ningún tipo de indemnización por la disolución de una pareja de hecho. En palabras del TS: «con la existencia jurídica del matrimonio homosexual y el divorcio unilateral, se puede proclamar que la unión de hecho está formada por personas que no quieren, en absoluto, contraer matrimonio con sus consecuencias»<sup>23</sup>.

<sup>17</sup> Como anteriormente quedara dicho, el artículo 32.1 de la Constitución sólo garantiza el derecho a contraer matrimonio a la pareja heterosexual, y no a parejas del mismo sexo. Ello no impide, sin embargo, que el legislador pueda establecer «un sistema de equiparación por el que los convivientes homosexuales puedan llegar a beneficiarse de los plenos derechos y beneficios del matrimonio».

<sup>18</sup> «La garantía institucional impide alterar la institución matrimonial más allá de lo que su propia naturaleza tolere; no excluye que el legislador pueda adecuar las instituciones garantizadas al espíritu de los tiempos, pero le impide hacerlo en términos que las hagan irreconocibles por la conciencia social de cada tiempo y lugar». Informe del Consejo de Estado al Proyecto de Ley.

<sup>19</sup> La doctrina alemana, en referencia a su Constitución (art. 6 I GG) se muestra absolutamente favorable a esta opción, aun cuando la diversidad de sexos no está mencionada en ese artículo.

<sup>20</sup> Sobre toda esta problemática, vide OBERMEYER, S., «La garantía constitucional del matrimonio y la regulación legal de la pareja» (traducción de Ignacio Gutiérrez), cortesía del traductor.

<sup>21</sup> Vide ABARCA JUNCO, A. P., «La legislación sobre parejas de hecho en el ordenamiento español. Problemas de Derecho interregional» en *Soberanía del Estado y Derecho Internacional. Homenaje al Profesor Carrillo Salcedo*, tomo II, Sevilla 2005, pp. 37-55.

<sup>22</sup> Vide especialmente, STC 177/1985.

<sup>23</sup> STS de 12.9.2005 (RJ 2005\7148). En esta sentencia, el TS anula una indemnización de 114.192 € concedida a una mujer tras finalizar un unión de hecho que duró 19 años.

Una ley que regulara a nivel estatal las parejas no casadas (tanto homosexuales como heterosexuales) previa inscripción voluntaria en un Registro, podría otorgar esos mismos derechos sin obligar a contraer matrimonio.

22. Finalmente, se impone una pequeña mención a la incidencia de esta Reforma en la adopción internacional. La adopción llevada a cabo por parejas de personas del mismo sexo ya se contemplaba en alguna de las leyes sobre parejas de hecho de las Comunidades autónomas. En concreto en la Ley del País Vasco<sup>24</sup>, que precisamente por este motivo fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad<sup>25</sup>.

Con la reforma, la equiparación en este aspecto con los matrimonios heterosexuales es absoluta. Sin entrar en la polémica que a este asunto subyace, y restringiéndonos exclusivamente al ámbito del DIPr, habría que considerar que a la luz del *Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional*, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993, será el ordenamiento del lugar donde se constituye la adopción el que establecerá la posibilidad o no de ser adoptado por una pareja homosexual. En la medida en que gran parte de los países a los que se acude para llevar a cabo adopciones internacionales no contemplan tal posibilidad, cabe pensar que esta regulación repercutirá negativamente sobre las adopciones que se soliciten desde España.

---

<sup>24</sup> Ley del Parlamento Vasco 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho.

<sup>25</sup> Recurso de Inconstitucionalidad núm. 5147-2003 (BOE núm. 199, de 20.8.2003).

# ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO AL ALCANCE DE LA NOCIÓN AUTÓNOMA DE CONTRATO EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO COMUNITARIO

José Ignacio PAREDES PÉREZ

Doctor en Derecho  
Universidad de Alcalá

## SUMARIO

I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. INTERPRETACIÓN AUTÓNOMA DEL DIPR COMUNITARIO.—III. DEFINICIÓN AUTÓNOMA DE MATERIA CONTRACTUAL.—IV. DEFINICIÓN AUTÓNOMA DE CONTRATO: 1. *Materia contractual y contrato*. 2. *Contratos y obligaciones unilaterales voluntarias*.—V. LA CUESTIÓN DE LA ACCIÓN DIRECTA. 1. *Contratación en general*. 2. *Contratación con consumidores*.—VI. CONCLUSIÓN.

## I. CONSIDERACIONES PREVIAS

En DIPr la calificación puede ser una operación problemática por el distinto significado que reciben en los ordenamientos de los Estados miembros las categorías jurídicas que son objeto de regulación por parte de las normas institucionales y convencionales. La rigidez y los inconvenientes que plantea, en no pocos casos, la calificación *ex lege fori* explica la opción en favor de la elaboración de conceptos autónomos, independientes de cualquier otra rama del Derecho. Tendencia autonomizadora de la que no sólo es tributaria la reglamentación del tráfico externo institucional y convencional, sino también la que produce el legislador nacional. Pero sin duda la calificación autónoma encuentra su mayor lógica en el escenario primero, pues con ella se busca el firme propósito que la proyección de los diferentes sentidos de un concepto en los Derechos nacionales de los Estados miembros no sea un obstáculo para la interpretación y concreción uniforme de las normas de dichos instrumentos normativos, por lo tanto, según el sector afectado, de que proliferen los casos de *forum shopping* y conflicto de calificaciones.

Un claro ejemplo de esta tendencia lo encontramos, por una parte, dentro del DIPr institucional, en el Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (RB), y, por otra, dentro del DIPr convencional de origen europeo, en su homólogo –el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 (CB)–, como en el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (CR). Y de manera más particular en la definición autónoma que diseña el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) en torno a las nociones de «materia contractual» y «contrato». Como vamos a ver, el Alto Tribunal comunitario no sólo efectúa una clara distinción entre las dos mentadas nociones o categorías, sino que también supedita su alcance y contenido al sector de la contratación al que van referidas. Precisamente, estas particularidades las vamos a analizar desde la óptica de un tipo de contratos sometidos a un régimen especial, los contratos de consumo, y de dos cuestiones tan relevantes en este ámbito como son las promesas de premio y la acción directa.

## II. INTERPRETACIÓN AUTÓNOMA DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO COMUNITARIO

La integración de las normas de DIPr de origen europeo en los ordenamientos de los Estados parte no sólo plantea problemas en lo relativo al ámbito de aplicación y la jerarquía normativa, sino también, como precisa M. Audit<sup>1</sup>, una *amphibologie des concepts*, pues, en efecto, una misma expresión puede tener un significado diferente en función de que reciba una definición *ad hoc* o por remisión a un Derecho nacional. Esto último pone de relieve el fundamento de la interpretación autónoma llevada a cabo por el TJCE dentro del contexto del DIPr institucional y convencional de origen europeo. Desde un punto de vista formal, de nada serviría establecer normas iguales si luego cada jurisdicción las interpreta y aplica de manera distinta. Desde un punto de vista material, de no mediar una interpretación uniforme resultaría desvirtuada la finalidad de dichas normas, que no es otra que asegurar en la medida de lo posible la igualdad de derechos y obligaciones para todas las personas afectadas por las mismas<sup>2</sup>.

Así las cosas, salvo que exista una remisión o reenvío al Derecho nacional, la solución de base es la interpretación autónoma. Dicha solución confiere a la calificación de las normas de DIPr institucional y convencional de origen europeo un tinte nuevo. Ni se trata de una calificación *ex lege fori* ni de una calificación *ex lege causae*. Al contrario, como indica M. Audit<sup>3</sup>, la interpretación autónoma de las categorías jurídicas hace que los conflictos de jurisdicciones y de leyes que se planteen ante los

<sup>1</sup> Cfr. «L'interprétation autonome du droit international privé communautaire», *Journal du Droit International*, núm. 3, 2004, p.790.

<sup>2</sup> Cfr. VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, Madrid, Civitas, 2000, p. 66.

<sup>3</sup> Cfr. «L'interprétation autonome...», *loc. cit.*, p. 813.

jueces nacionales sean resueltos a través de un modo nuevo de calificación, *lege commune* si se quiere. Un nuevo modo de calificación que se compadece bien con el objetivo de la creación de un espacio jurídico comunitario por encima de la desigualdad que impera en los sistemas jurídicos de los Estados miembros<sup>4</sup>.

El problema surge cuando los textos comunitarios no contienen una definición y esos mismos conceptos existen en los Derechos nacionales. Esto sucede en el ámbito de la contratación, donde por lo general quedan diluidas las diferencias que pueden derivarse de la utilización de las nociones «materia contractual» y «contrato» según sirvan para delimitar la competencia judicial y legislativa. Siguiendo a M. Virgós Soriano y F. J. Garcimartín Alférez<sup>5</sup>, los mismos argumentos formales y materiales esgrimidos a favor de la interpretación uniforme valen a favor de una definición autónoma de sus conceptos. Concretamente, en la elaboración de un concepto propio el juez comunitario puede valerse de diferentes instrumentos hermenéuticos, no excluyentes, entre los que destacan el criterio sistemático, comparado, teleológico, literal e histórico<sup>6</sup>. Como vamos a ver *infra*, la combinación de estos cánones hermenéuticos son decisivos para la elaboración no sólo de la definición del término materia contractual, sino también del alcance mismo de la noción de contrato.

Otra cuestión que plantea la interpretación autónoma es saber cómo utilizarán los jueces nacionales este instrumento uniformizador. Se da la circunstancia que la aplicación uniforme de los conceptos autónomos no siempre resulta fácil, pues en muchas ocasiones la única referencia de la que disponen éstos son los mismos términos de la definición de la noción tal y como resulta de la oportuna decisión del TJCE, sin apoyo en un sistema de referencia, textual o doctrinal<sup>7</sup>. El carácter fragmentario del Derecho comunitario fomenta el riesgo de que los jueces nacionales se aparten de los términos utilizados por el TJCE para la definición de la correspondiente noción autónoma y recurran a la *lex fori* para colmar dichas lagunas, esto es, el retorno de la calificación *ex lege fori*<sup>8</sup> y, por tanto, el déficit de uniformidad de los conceptos a nivel europeo. Riesgo que se propaga ante la presencia de interpretaciones genéricas, poco precisas, por parte de la Corte de Luxemburgo, pues, sin ninguna duda, puede ser la fuente de interpretaciones no menos austeras. Precisamente, este problema se ha planteado en el ámbito de la contratación en general a propósito de la cuestión de la acción directa.

### III. DEFINICIÓN AUTÓNOMA DE MATERIA CONTRACTUAL

El TJCE no define el concepto «materia contractual» del artículo 5.1 por remisión al Derecho interno de los Estados miembros, sino de manera autónoma<sup>9</sup>. En defecto

<sup>4</sup> PARRA RODRÍGUEZ, C., *El nuevo Derecho internacional de los contratos*, Barcelona, JM Bosch, 2001, p. 110. También AUDIT, M., «L'interprétation autonome...», *loc. cit.*, pp. 796-797.

<sup>5</sup> Ibidem, *Derecho procesal civil internacional...*, *op. cit.*, p. 70.

<sup>6</sup> Ibidem, p. 67.

<sup>7</sup> Sobre esta cuestión vide AUDIT, M., «L'interprétation autonome...», *loc. cit.*, p. 805.

<sup>8</sup> Ibidem, pp. 811-815.

<sup>9</sup> Sent. TJCE de 22 de marzo de 1983, As C-34/82 *Peters*, apdo. 9.

de un sistema de referencia, la Corte de Luxemburgo ha configurado una noción amplia<sup>10</sup> que se extiende a todas aquellas obligaciones derivadas de un compromiso voluntariamente asumido entre las partes o por una frente a la otra<sup>11</sup>. De manera más precisa, por una parte, el foro contractual engloba los litigios derivados de un contrato –ya afecten a la propia relación contractual (validez, nulidad o inexistencia)<sup>12</sup>, ya tengan su origen en las diferentes obligaciones que deriven del contrato mismo (acciones de exoneración de responsabilidad, acción indemnizatoria por incumplimiento contractual o por resolución abusiva de un contrato, etc.)<sup>13</sup>– y, por otra, los litigios derivados de una obligación libre o voluntariamente asumida por una parte frente a la otra<sup>14</sup>.

#### IV. DEFINICIÓN AUTÓNOMA DE CONTRATO

Como acabamos de indicar, para identificar las acciones que se pueden plantear en el marco de la «materia contractual» del artículo 5.1 no es necesario la celebración de un contrato. Basta con la existencia de algún compromiso libre o voluntariamente asumido por una parte frente a la otra<sup>15</sup>. Definición amplia que lleva al TJCE no sólo a diferenciar las nociones «materia contractual» y «contrato», sino también a configurar una noción de relación contractual predeterminada por el sector de la contratación al que va referida.

##### 1. Materia contractual y contrato

Como bien indica V. Heuzé<sup>16</sup>, el ámbito contractual es una buena sede para reconciliar a Bertin con Rabel. Conciliación que ha llevado a cabo el TJCE, por un lado, a través de la interpretación autónoma de la expresión «materia contractual» y, por otro, del término «contrato». Estas expresiones las interpreta como conceptos autónomos que atienden principalmente al sistema y a los objetivos del CB. Para ello el Alto tribunal comunitario se sirve de dos criterios. De un lado, el criterio de Derecho comparado dirigido a buscar el significado estándar en los Estados parte que permite la adscripción funcional de las situaciones que caen dentro de una y otra cate-

<sup>10</sup> Vide sent. TJCE de 20 de enero de 2005, As. C-27/02 *Engler*, apartado 48. Sent. de 17 de septiembre de 2002, As C-334/00 *Tacconi*, apartado 22. Vide en el mismo sentido VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho procesal civil internacional...*, op. cit., pp. 103-104 y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Artículo 5.1», en CALVO CARAVACA, A. L. (Dir.), *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid-BOE, 1994, p. 84.

<sup>11</sup> Vide por todas la Sent. TJCE de 17 de junio de 1992, As C-26/91 *Handte*, apartado 15.

<sup>12</sup> Vide Sent. TJCE de 4 de marzo de 1982, As C-38/81 *Effer*, apdo. 7.

<sup>13</sup> Vide Sent. TJCE de 8 de marzo de 1988, As C-9/87 *Arcado*, apdo. 16.

<sup>14</sup> Esta calificación de la materia contractual permite incluir en el artículo 5.1 las relaciones entre una sociedad y sus socios (Sent TJCE de 22 de marzo de 1983, As C-34/82 *Peters*, apdo. 13).

<sup>15</sup> Sent TJCE de 17 de septiembre de 2002, As C-334/00 *Tacconi*, apdo. 22; Sent. TJCE de 20 de enero de 2005, As C-27/02 *Engler*, apdo. 50.

<sup>16</sup> Cfr. «La notion de contrat en Droit international privé», *Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, 1997-98, p. 319.

goría<sup>17</sup>, y, de otro, el criterio teleológico centrado en la necesidad de garantizar los objetivos perseguidos por el CB/RB. Con ellos el TJCE efectúa una clara distinción entre las dos mentadas categorías que, a continuación, precisaremos mejor sobre la base de dos asuntos. Nos referimos a los asuntos *Gabriel* y *Engler*, resueltos a través de las sentencias de 11 de julio de 2002 y de 20 de enero de 2005, que tienen por objeto una petición de decisión prejudicial planteada por dos tribunales austríacos sobre si la acción judicial con la que dos consumidores pretenden que se condenen a sendas sociedades de venta por correo a entregarles un premio que aparentemente habían ganado tiene naturaleza contractual, en el sentido del artículo 5.1 o del artículo 13, o una acción en materia delictual o cuasidelictual, en el sentido del artículo 5.3, cuando dichas sociedades les habían remitido personalmente una comunicación que da la impresión de que se les atribuye un premio —radicando aquí la diferencia entre los dos asuntos—, cuya entrega en el asunto *Gabriel* estaba supeditada a la realización de un pedido de productos por el consumidor, circunstancia que no concurrió en el asunto *Engler*. El TJCE terminó rechazando la naturaleza extracontractual de estas dos acciones judiciales. En el caso *Gabriel* el Tribunal de Luxemburgo resolvió dicha cuestión aceptando la correspondiente acción judicial como una acción en materia de contratos en el sentido del artículo 13; todo lo contrario que en el asunto *Engler*, al considerar que se trataba de una acción de naturaleza contractual en el sentido del artículo 5.1 CB.

Para llegar a esta conclusión el TJCE efectúa antes un estudio de las condiciones particulares de aplicación de los mentados preceptos, del que se deduce la diferencia entre «materia contractual» y «contrato». Respecto del artículo 13 CB el TJCE exige como condición *sine qua non* para su aplicación la celebración de un «contrato». Para ser más precisos, un acuerdo de voluntades en el marco del cual las dos partes adquieren compromisos sinalagmáticos<sup>18</sup>, del que nacen obligaciones recíprocas, interdependientes<sup>19</sup>. Por el contrario, con relación al artículo 5.1 CB opta por la interpretación amplia de la expresión «materia contractual», lo que le permite encerrar en ella la noción de «contrato». En efecto, ya se ha visto *supra*, la expresión «materia contractual» presupone necesariamente la determinación de una obligación jurídica libremente consentida<sup>20</sup> que bien puede venir de la mano de un «contrato», bien de un acto voluntario realizado por una persona susceptible de generar un compromiso que le vincula<sup>21</sup>. Esto explica que el TJCE califique a la acción judicial del asunto *Gabriel* como una acción *ex* artículo 13 CB, porque el nacimiento de las obligaciones entre las partes se debió a la celebración entre ellas de un contrato de suministro de mercaderías. Mientras que a la acción del asunto *Engler*, en la que el consumidor reclama una promesa de premio, como una acción *ex* artículo 5.1, pues, a pesar de no constituir un contrato en los términos del artículo 13 CB, a los ojos de la Corte de Luxemburgo el acto voluntario realizado por el profesional genera una obligación o un compromiso libremente aceptado que vincula a su autor.

<sup>17</sup> Vide las conclusiones 58 a 63 del Abogado General L. A. Geelhoed, de 31 de enero de 2002 en el asunto *Tacconi* (sent. TJCE de 17 de septiembre de 2002, As. C-334/00).

<sup>18</sup> Sent. TJCE de 20 de enero de 2005, As. C-27/02 *Engler*, apdos. 34 y 36.

<sup>19</sup> Sent. TJCE de 11 de julio de 2002, As. C-96/00 *Gabriel*, apdos. 49 y 50.

<sup>20</sup> Sent. TJCE de 20 de enero de 2005, As. C-27/02 *Engler*, apdos. 50 y 51.

<sup>21</sup> *Ibidem*, apdo. 56.

De lo que se deduce que la noción de contrato resulta predeterminada por el sector de la contratación al que va referida, esto es, bien el marco de la contratación en general o en el contexto de la contratación con consumidores. Por un lado, la exigencia de la celebración del contrato hace que el artículo 13 CB<sup>22</sup> posea un ámbito de aplicación más restringido que el del artículo 5.1. Por otro lado, el tipo de contrato (bilateral/unilateral, oneroso/gratuito) resulta también decisivo para restringir la esfera de aplicación del artículo 13, lo que no sucede en el artículo 5.1.

## 2. Contratos y obligaciones unilaterales voluntarias

La interpretación de la noción «contrato» *ex* artículo 13 CB resulta de especial importancia, por cuanto reduce su alcance al identificarlo con dos tipos de contratos: «bilaterales» y «onerosos»<sup>23</sup>. Sin temor a equivocarnos se trata de una interpretación dirigida por la letra de ley, pues el tenor del artículo 13 CB sitúa la protección a los consumidores parte en contratos que tienen por objeto el suministro de mercaderías y la prestación de servicios. A este resultado conduce la difícil valoración en el plano del tráfico externo de una cuestión, no menos controvertida en el Derecho interno, como son las obligaciones unilaterales voluntarias, y, de manera más particular, las que nacen de las promesas de premio. En efecto, en el asunto *Engler* la Corte de Luxemburgo califica como materia contractual *ex* artículo 5.1. RB/CB la acción judicial que entabla un consumidor contra un profesional con motivo de la promesa de un premio, no supeditada a la contratación de ningún producto. Para llegar a esta solución al TJCE le hubiera bastado con considerar la promesa de premio como un compromiso libremente asumido por el vendedor profesional en el sentido de la jurisprudencia mantenida en materia contractual<sup>24</sup>. Sin embargo, el Alto Tribunal comunitario se deja llevar por una postura contractualista de la cuestión<sup>25</sup>, en nuestra opinión, merced al complejo debate que subyace en los Derechos nacionales<sup>26</sup> en torno a la cuestión de si la voluntad unilateral puede dar origen o no a una obligación<sup>27</sup>. Con otras palabras, para el TJCE la promesa de premio en el asunto *Engler* es contractual,

<sup>22</sup> Ibidem, apartado 36. En los mismos términos se pronuncia el Abogado General F. G. Jacobs en la conclusión 23 del asunto *Engler*. Vide igualmente sus conclusiones 45 y ss. en el Asunto *Gabriel*.

<sup>23</sup> Esto es, acuerdos de voluntades en el marco del cual, de un lado, cada parte es a la vez acreedor de una prestación y deudor de otra; y, de otro, a los que cada una obtiene una ventaja en compensación a la que, a su costa, obtiene la otra.

<sup>24</sup> Esta opinión es mantenida por GARDEÑES SANTIAGO, M., «Convenio de Bruselas de 1968: concepto de contrato celebrado por un consumidor, contratos con una finalidad privada y profesional al mismo tiempo. Concepto de materia contractual: promesa de un premio concreto», *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 3, 2005, p. 268.

<sup>25</sup> Así se desprende claramente de la Sent. TJCE de 20 de enero de 2005, As. C-27/02 *Engler*, apdo. 55.

<sup>26</sup> Vide las conclusiones 41 a 45 del Abogado General F. G. Jacobs en el asunto *Engler*, donde pone de relieve las líneas básicas de la promesa de premio en los sistemas jurídicos de los Estados contratantes.

<sup>27</sup> En España existe una fuerte polémica doctrinal en torno a la cuestión de si cabe o no que la voluntad unilateral puede dar origen a una obligación; si es o no fuente de obligaciones. Por un lado, están los que defienden su admisión en casos concretos. Es el caso, por ejemplo, de CASTÁN TOBEÑAS, J. (*Derecho civil español, común y foral*, t. III, 16.ª ed., Madrid, Edersa, 1992, p. 11) en relación a las promesas públicas de recompensa. Por otro lado, los autores que merced a una posición contractualista

en el sentido del artículo 5.1 CB, porque, por una parte, dicho envío tiene su origen en la exclusiva voluntad de su autor, por lo tanto, constituye un compromiso libremente asumido<sup>28</sup>; por otra parte, porque el consumidor-destinatario la acepta expresamente. En consecuencia, para que resulte aplicable el artículo 5.1 a una promesa de premio es necesario que las partes configuren una relación contractual «unilateral» y «gratuita»; celebren un contrato que no produzca obligaciones recíprocas o sinalagmáticas para ambas partes, sino sólo para una de ellas, y en el que una de las partes obtiene una ventaja, sin nada a cambio. Dicho esto, la noción de contrato en el sentido del artículo 5.1 CB comprende contratos bilaterales-onerosos y contratos unilaterales-gratuitos. Por el contrario, la noción de contrato en el sentido del art. 13 se reduce solamente a contratos bilaterales-onerosos, lo cual, como vamos a ver a continuación, no casa bien ni con la *ratio* de dicho precepto, ni con el objetivo macroeconómico al que contribuye el convenio.

En efecto, fuera del ámbito de aplicación del artículo 13 CB, el consumidor que desee solicitar la promesa libremente asumida por el vendedor tiene que dirigirse ante los Tribunales del domicilio del profesional, o ante los Tribunales del lugar en el que debiera ser cumplida dicha obligación que sirve de base a la demanda. Solución no tuitiva en lo que a los intereses de los consumidores se refiere por tratarse de órganos jurisdiccionales distintos al de su domicilio. La razón de la desprotección del consumidor en estos casos, y como vamos a ver del mercado en general, no es imputable al TJCE sino –como hemos indicado– al legislador, pues el problema principal es que el artículo 13 CB restringe extremadamente su ámbito de aplicación material, en particular, porque protege al consumidor frente a las dificultades que puede encontrar por una controversia sobre un contrato que tenga por objeto un suministro de mercaderías o una prestación de servicios cuando deba interponer la acción judicial en otro Estado. Ahora bien, las sombras aparecen con posturas como la del Abogado General F. G. Jacobs al considerar que la necesidad de eliminar dichas dificultades no resultan evidentes cuando el consumidor recibe la notificación de un premio sin efectuar desembolso alguno, esto es, cuando nos hallemos en presencia de una obligación unilateral voluntaria<sup>29</sup>. La razón que ofrece el Abogado General para excluir este supuesto del ámbito de aplicación material del artículo 13 CB es que el objetivo de dicho precepto es proteger al consumidor y no facilitar su enriquecimiento<sup>30</sup>. Argumento censurable de pensar en las nefastas consecuencias que irroga la exclusión de este tipo de actos o prácticas promocionales o de incitación del artículo 13 no solo al consumidor, que ve defraudadas sus legítimas expectativas a recibir el premio aceptado, sino también al mercado mismo, pues deja expedita la puerta a competidores que les sale muy barato desenvolverse de manera engañosa. Con otros términos si se quiere, la inclusión de las promesas de premios en el ámbito material del artículo 13 CB no sólo permitiría la protección del consumidor individual que acepta el premio, sino tam-

defienden la solución contraria (vide ALBADALEJO, M., *Derecho civil, II, Derecho de obligaciones*, vol. I, 9.ª ed., Barcelona, p. 269; también de O'CALLAGHAN, X., *Compendio de Derecho civil. t. II, Derecho de obligaciones*, vol. I, *Teoría general de la obligación, del contrato y del acto ilícito*, Madrid, Edersa, p. 42).

<sup>28</sup> Apartados 52 y 53 de la sent. TJCE de 20 de enero de 2005, Asunto *Engler*.

<sup>29</sup> Conclusión 29 en el Asunto *Engler*.

<sup>30</sup> *Ibidem*.

bién, como un ejemplo de la pertenencia del Derecho de consumo al Derecho de mercado, la tutela del orden concurrencial<sup>31</sup>.

No obstante, desde la perspectiva consumista el panorama que dibuja el RB no es tan desolador. La nueva redacción y una revisión de la interpretación del artículo 15, anclada en la tutela del consumidor y del orden concurrencial comunitario, permite ampliar la protección de los consumidores más allá de contratos de consumo «bilaterales» y «onerosos»<sup>32</sup>. Ello se debe a la superación de la barrera del ámbito material de aplicación otrora existente en el artículo 13 CB, pues la nueva expresión «*en todos los demás casos*» permite incluir también contratos de consumo «unilaterales» y «gratuitos» como los que resultan de las controvertidas promesas de premio<sup>33</sup>. Ahora bien, el problema no desaparece completamente toda vez que, igual que el artículo 13 CB, el artículo 5 CR está pensado para contratos bilaterales y gratuitos, con lo cual se puede dar la situación paradójica de un consumidor protegido en el sector de la competencia judicial internacional y desprotegido en el plano de la ley aplicable. En aras de la estrecha correlación *forum-ius* que ha de presidir esta materia, B. Añoberos Terradas<sup>34</sup> propone extender la misma solución del artículo 15 RB al artículo 5 CR. Sin embargo, el problema es que, lo mismo que el artículo 13 CB, no creemos que el mentado precepto resista dicha interpretación al poseer un ámbito de aplicación material exclusivamente reducido a contratos de consumo bilaterales y onerosos. Al contrario, ello supondría una interpretación *contra conventionem*. La solución en este caso no es de naturaleza hermenéutica sino legislativa. Como ha ocurrido en el sector de la competencia judicial, es preciso esperar a la reconversión del CR en instrumento

<sup>31</sup> Un ejemplo basta para aclarar esto último. Siguiendo con el asunto objeto de análisis, la señora Engler estaría obligada a reclamar el premio en Alemania, como país del domicilio del demandado y al alimón donde debe cumplirse la obligación. Por otra parte, siendo el Derecho alemán la *lex causae* –ex art. 4 CR–, correría el riesgo de que, al contrario de Austria, no esté prevista en dicha legislación una acción que permita reclamar judicialmente a los consumidores el premio aparentemente ganado. De este modo, la Sra. Engler podría ver frustrada sus legítimas expectativas a recibir el premio, y, como ella, las de todos los consumidores austriacos que tipifiquen la misma situación, así como el propio mercado nacional austriaco, cuyos operadores se verían sometidos a diferentes condiciones de competencia en función de donde tengan su sede y dirijan las promesas de premio.

<sup>32</sup> Vide así AÑOBEROS TERRADAS, B., «Delimitación de los supuestos internacionales en los supuestos internacionales en los que se justifica el *forum actoris* a favor del consumidor (A propósito de las sentencias del TJCE en los asuntos Johann Gruber y Petra Engler)», *La Ley (Unión Europea)*, núm. 6264, 2005, pp. 3-4.

<sup>33</sup> Precisamente, durante el período de revisión del presente trabajo el TJCE se ha pronunciado sobre un asunto similar a los aquí examinados pero, a diferencia de éstos, se ocupa de la interpretación del artículo 15 RB. Nos referimos a la sent. TJCE de 16 de marzo de 2006, As. C-234/04. *Kapferer*, iniciada por una demanda presentada por una consumidora austríaca en la que se solicitaba la condena de una empresa alemana al pago de un premio que ésta había prometido con el envío de una comunicación publicitaria. Finalmente, el TJCE no entró a valorar la cuestión habida cuenta de la respuesta ofrecida a la primera cuestión planteada. No obstante, de tener que haber efectuado una respuesta hubiera denegado la existencia de contrato, pues en el asunto *Kapferer* la atribución de las cantidades estaba supeditada a una condición resolutoria (la realización de un periodo de prueba sin compromiso) que la consumidora no cumplió. Vide por contra las Conclusiones con las que el Abogado General A. Tizzano excluye el supuesto del asunto *Kapferer* del ámbito de aplicación del artículo 15 RB. Vide también al tiempo de la revisión de este trabajo MICHINEL ÁLVAREZ, M. A., «La exclusión de la promesa de premio del ámbito de aplicación de las normas sobre consumidores en el Reglamento 44/2001 (Comentario a la STJCE *Kapferer*, de 16 de marzo de 2006)», *La Ley. Unión Europea*, núm. 6494, 31 de mayo de 2006, pp. 1-4.

<sup>34</sup> cfr. «Delimitación de los supuestos internacionales...», *loc. cit.*, pp. 3-4.

comunitario y modificar el ámbito de aplicación material del actual artículo 5, ampliándolo también a contratos de consumo «unilaterales» y «gratuitos».

## V. LA CUESTIÓN DE LA ACCIÓN DIRECTA

Como se ha indicado *supra*, en no pocos casos los jueces nacionales se enfrentan a la delicada tarea de decidir si un caso es subsumible o no en una categoría autónoma. Así sucede en materia contractual con la cuestión de la acción directa. Se trata de un supuesto más en el que el mantenimiento de una adecuada perspectiva comunitaria y sistemática no sólo evita el riesgo de interpretaciones caseras por los jueces nacionales, sino también interpretaciones austeras por parte de la Corte de Luxemburgo.

### 1. Contratación en general

Aparte de la exigencia de un compromiso libremente asumido por las partes<sup>35</sup>, el TJCE condiciona también la calificación contractual de una situación al criterio teleológico de garantizar los objetivos perseguidos por el RB/CB. En particular, a las consecuencias que tiene la mentada calificación sobre el principio de seguridad jurídica o previsibilidad que persigue el RB/CB, esto es, a impedir que cualquiera pueda ser demandado ante los órganos jurisdiccionales de un lugar que no tenga conexión real con el fondo del litigio. Precisamente, estas dos razones fueron esgrimidas por el TJCE en el asunto *Handte* para excluir del ámbito de aplicación del artículo 5.1 CB la reclamación del subadquiriente final al fabricante, para evitar el retorno de la *lex fori* en la interpretación de la acción directa.

En efecto, en la sentencia de 17 de junio de 1992<sup>36</sup> el TJCE negó la calificación contractual a la acción directa de origen jurisprudencial existente en el Derecho francés a favor del comprador profano frente al fabricante no vendedor sobre la base de los dos criterios antes señalados: por un lado, porque entre el fabricante y el comprador final «no existe ningún compromiso libremente asumido»<sup>37</sup>; por otro lado, porque la aplicación del artículo 5.1 «al litigio entre el subadquiriente de una cosa y el fabricante no es previsible por este último y, por ello, incompatible con el principio de seguridad jurídica»<sup>38</sup>. Argumentos que han sido el blanco de la doctrina. C. Larroumet reprocha al TJCE haber pergeñado una interpretación autónoma que brilla por su incoherencia y su desconocimiento por los *ensembles contractuels*<sup>39</sup>, mientras que G. Viney hace hincapié en el sorprendente argumento de la previsibilidad<sup>40</sup>. Por nuestra

<sup>35</sup> Otra cuestión que también excluye el TJCE de la definición de «materia contractual» son los supuestos de responsabilidad precontractual, al considerarlos comprendidos en la materia delictual. Vide sent. TJCE de 17 de septiembre de 2002, As. C-334/00 *Tacconi*.

<sup>36</sup> Sent. TJCE de 17 de junio de 1992, As. C-26/91 *Handte*.

<sup>37</sup> Ibidem, apdo. 15.

<sup>38</sup> Ibidem, apdo. 39.

<sup>39</sup> Cfr. «L'effet relatif des contrats et la négation d'une action nécessairement contractuelle dans les ensembles contractuels», *J.C.P.*, núm. II, 1992, p. 343.

<sup>40</sup> Cfr. «Nota a la sentencia *Handte*», *J.C.P.*, núm. I, 1993, p. 145.

parte, pensamos que la incompatibilidad con el principio de seguridad jurídica como el criterio de la asunción de un compromiso voluntario o libre no son argumentos pertinentes para desechar la naturaleza contractual de la acción directa. Cosa bien distinta es que la Corte de Luxemburgo termine rechazando la naturaleza contractual de la acción directa bien por no compartir el argumento con el que ha sustentado la jurisprudencia francesa este tipo de acción en el Derecho general de los contratos<sup>41</sup>; o para evitar los posibles conflictos de calificaciones que puede dar lugar la ausencia de comunidad de Derecho en los países europeos.

En efecto, como señala F. Leclerc, la calificación contractual *ex* artículo 5.1. no pone en cuestión la seguridad o previsibilidad del fabricante<sup>42</sup>, pues en la práctica el juego del artículo 5.1 CB/RB conduce inevitablemente al tribunal del lugar del domicilio del vendedor intermediario, es decir, un foro previsible por el fabricante al momento de la celebración del contrato<sup>43</sup>. Pero además, la sentencia *Handte* es criticable por la interpretación austera del TJCE. La estrecha correlación de la que parte, supeditando el contrato a la existencia de un acuerdo libremente asumido por las partes, supone un planteamiento descaradamente reduccionista de la cuestión, pues en este ámbito solo quedarían comprendidos los litigios derivados de la existencia de la propia relación contractual (acción de resolución, de nulidad, etc.), como aquéllos que tienen su origen en las diferentes obligaciones que deriven de la relación contractual (acción de exoneración de responsabilidad, acción indemnizatoria por incumplimiento, etc.). Sin embargo, la noción de contrato debe ir más allá hasta alcanzar el complejo de efectos jurídico-obligacionales que integran el contenido de la relación contractual, entre los que se encuentra la acción directa. Si se quiere con otros términos, el ámbito de aplicación del artículo 5.1 –por extensión, del art. 15 RB/13 CB– no solamente debe reducirse a los casos en los que medie un acuerdo entre las partes, de lo contrario, como señala J. Bauerreis, nunca se podrá tener en cuenta los casos en los que se pretende hacer valer un derecho derivado de un contrato<sup>44</sup>. Precisamente, lo que acontece con la acción directa, donde la legitimación activa del adquirente final no surge con independencia del contrato<sup>45</sup>. En efecto, se trata de una acción de naturaleza contractual, o más genéricamente, de naturaleza obligacional que extiende notablemente la materia contractual; que produce *ex lege*, al margen de las declaraciones de voluntad de las partes, una extensión de la eficacia contractual a un tercero<sup>46</sup>. Cosa muy distinta es que el Alto Tribunal comunitario niegue tal calificación por las razones antes esgrimidas. Como vamos a ver, so pena de transgredir el Derecho comunitario, los argumentos del TJCE no valen en el ámbito de las relaciones de consumo.

<sup>41</sup> El vendedor intermediario transmite al subadquiriente sus derechos contractuales contra el fabricante (o contra un intermediario anterior) como un accesorio de la cosa.

<sup>42</sup> Cfr. «Les chaînes des contrats en droit international privé», *J.D.I.*, núm. 2, 1995, p. 279.

<sup>43</sup> Vide BAUERREIS, J., «Le rôle de l'action directe contractuelle dans les chaînes internationales de contrats», *Rev. crit.*, núm. 3, 2000, p. 343.

<sup>44</sup> Ibidem, p. 346-347.

<sup>45</sup> Cuestión que plantea el Abogado General F. G. Jacobs, en la conclusión 33 del asunto *Handte* –vide sent. TJCE de 17 de junio de 1992, As. C-26/91 *Handte*, p. 3987–, que posteriormente rechaza en la conclusión 37:

<sup>46</sup> RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, J. I., *El principio de relatividad de los contratos en el Derecho español*, Madrid, Colex, 2000, p. 288.

## 2. Contratación con consumidores

A través del artículo 10 de la Ley 23/2003, de 10 de julio, de garantía en la venta de bienes de consumo<sup>47</sup> el legislador español ha adoptado una posición encomiable al reconocer en determinados supuestos la posibilidad de que el consumidor se dirija directamente contra el productor. Desde una perspectiva internacional privatista, la *ratio* de este precepto es evidente: la opción por parte del consumidor de responsabilizar a cualquier participante en la cadena de producción y distribución distintos al vendedor final, imposibilitando, de esta manera, la merma de sus derechos económicos. Sin embargo, la doctrina legal del TJCE sobre la acción directa, unido a su desconocimiento en la mayoría de los países comunitarios, terminan por desnaturalizar la opción adoptada por el legislador español.

En efecto, la postura del TJCE de identificar el contrato con la presencia de un acuerdo libremente asumido por las partes es un obstáculo para la calificación contractual de la acción directa en estudio. Sin embargo, se trata de un obstáculo franqueable merced a los mismos argumentos esgrimidos anteriormente a propósito del asunto *Handte*. Por un lado, su calificación contractual no supondría la quiebra del principio de seguridad jurídica, pues el fabricante sagaz debe saber de la existencia de este tipo de acciones en los sistemas donde comercializa sus productos y, por consiguiente, de las consecuencias que puede entrañar su ejercicio. Por otro lado, porque la acción directa en estudio ha sido prevista *ex lege* con motivo del incumplimiento de una obligación de naturaleza contractual, como resulta ser la obligación de conformidad del bien, causando un daño al producto mismo<sup>48</sup>. Por último, para negar su naturaleza contractual aquí tampoco podría traerse a colación la debilidad de la argumentación jurídica que la sustenta, ni la posible perturbación que con ella puede sentir la definición autónoma por los posibles conflictos de calificaciones a los que puede dar lugar, porque en ambos casos la acción directa tiene su origen en el Derecho comunitario derivado<sup>49</sup>, de modo que una hipotética inadmisibilidad por parte del TJCE, rechazando su naturaleza contractual, supondría la infracción del principio comunitario de proporcionalidad en su versión judicial, pues el carácter de mínimos de la Directiva 1999/44/CE exige correlativamente una interpretación de mínimos y, por tanto, la obligación de aceptar medidas más protectoras. En suma, se trata de un claro ejemplo en el que la calificación autónoma, *lege commune*, alcanza la cota más alta de comprensión de mano de un sistema de

<sup>47</sup> BOE núm. 165, 11 de julio de 2003. En lógica coherencia con la naturaleza de mínimos de la Directiva 1999/44/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y la garantía de los bienes de consumo (DOCE núm. L 171, de 7 de julio de 1999).

<sup>48</sup> Muy distinto de lo que acontece cuando la responsabilidad deriva del incumplimiento de la obligación de seguridad, esto es, la que recoge la Directiva 85/734/CEE en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, pues, en estos casos, su naturaleza es delictual y dirigida a reparar los daños personales o materiales, distinto del producto mismo.

<sup>49</sup> La prueba de que la cuestión de la responsabilidad directa del productor no está aún cerrada es la obligación impuesta por la Comisión en el artículo 12 de la Directiva 1999/44, en línea con el considerando 23, de dejar para más adelante esta controvertida cuestión, permitiendo a los Estados, en lógica coherencia con la propia naturaleza de mínimos de la Directiva, la posibilidad de introducir reglas más estrictas sobre el tema.

referencia, el Derecho comunitario. Al punto que no está de más que se pueda hablar de *lex fori communautaris*<sup>50</sup>.

Ahora bien, la acción directa en estudio se encuentra con un problema de fondo que impide su ejercicio, si bien esta vez dicho problema no atiende a razones de carácter conflictual, sino material o sustantivo. En efecto, la acción directa contra el fabricante solo la reconocen Portugal y España. En el resto de países comunitarios la responsabilidad cae exclusivamente sobre el vendedor, todo ello sin perjuicio de la acción de regreso que tiene éste contra el fabricante. En consecuencia, nos hallamos ante una disparidad legislativa que se debe mitigar en beneficio del funcionamiento del mercado interior<sup>51</sup>. Sería deseable que en un futuro no muy lejano todos los países comunitarios dispusieran de dicha acción directa.

## VI. CONCLUSIÓN

El recurso al Derecho comunitario derivado, la búsqueda del denominador común entre las legislaciones internas, la *ratio* y la letra de la norma, como la tutela del orden concurrencial comunitario, constituyen todo ellos criterios fiables para esbozar el alcance de la definición de contrato en DIPr comunitario. De manera aislada o combinada, por un lado, estos parámetros hermenéuticos permiten encerrar dicha noción dentro de otra más amplia como resulta ser la noción materia contractual. Por otro lado, cuando resulte pertinente permiten definir el contrato en función de las obligaciones y prestaciones (sinalagmáticas o unilaterales, onerosas o gratuitas). Por último, como se ha visto con la acción directa, también pueden evitar interpretaciones austeras que terminen restringiendo el contenido de dicha noción.

---

<sup>50</sup> Sobre la *lex fori communautaris* vide HUET, A. «La compétence judiciaire internationale en matière contractuelle», *Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, 1981-82, p. 17 ss., esp. 24-27.

<sup>51</sup> Al dejar a las empresas que comercializan en estos dos países en una situación de competencia desigual frente al resto de competidores, evitando un nivel alto de protección de los consumidores, pues éstos reciben en Portugal y España una mejor tutela que la que pueden recibir los consumidores de los demás países comunitarios.

# REFLEXIONES SOBRE EL PERFIL MODERNO DEL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL SECTOR DE LAS OBLIGACIONES DERIVADAS DEL DAÑO

KATERYNA LANHE-CHALA

Becaria MAE-AECI

## 1. INTRODUCCIÓN

El principio de la autonomía de la voluntad en los últimos años ha adquirido un estatus de moda en DIPr, pues apenas podemos encontrar alguna situación privada internacional en la que la voluntad humana esté ausente. El papel asignado a este principio por las normas de DIPr es cada vez mayor y en la actualidad este principio ha conquistado no solamente la materia de las relaciones contractuales internacionales, sino también otros sectores internacional-privatistas como el Derecho de familia, sucesiones<sup>1</sup>, cosas o incluso el sector de la protección de los incapaces<sup>2</sup> y del reconocimiento de resoluciones extranjeras, etc. La intervención de la autonomía de la voluntad en estos sectores no siempre patrimoniales se explica por el protagonismo del principio de la voluntad individual propugnado antiguamente por Kant y hoy en día plasmado en su concepción moderna del papel relevante de la persona en el ámbi-

---

<sup>1</sup> Un ejemplo de esta plasmación se encuentra en el Convenio de La Haya de 1 de agosto de 1989 sobre la ley aplicable a las sucesiones *mortis causa*, que en sus artículos 5 y 6 se establece la posibilidad de que el causante designe su ley nacional o de su residencia habitual que rija su sucesión. El texto completo de dicho Convenio se puede encontrar en la página-web: <http://www.lexarxius.com/cin/cmc.htm>

<sup>2</sup> El artículo 15 del Convenio de La Haya de 13 de enero de 2000 sobre protección de los adultos dispone que la existencia, extensión, modificación y extinción de los poderes de representación conferidos por un adulto, sea mediante un acuerdo o por un acto unilateral, para ser ejercidos cuando dicho adulto no esté en condiciones de velar por sus intereses, se regirán por la ley del Estado de la residencia habitual del adulto en el momento del acuerdo o del acto unilateral, a menos que el adulto haya designado expresamente por escrito una de las siguientes leyes: la ley de un Estado cuya nacionalidad posea el adulto, la ley del Estado de la residencia habitual previa del adulto o la ley de un Estado en que estén situados los bienes del adulto en lo que se refiere a dichos bienes. Las modalidades de ejercicio de estos poderes de representación se regirán por la ley del Estado en que se ejercen. Más detalladamente sobre este acuerdo BORRÁS, A., «Una nueva etapa en la protección internacional de adultos», en la página web. [www.redadultosmayores.com](http://www.redadultosmayores.com)

to de las relaciones privadas. Quizá es una influencia del modelo de sociedad occidental receptora de un modelo de liberalismo ideológico y económico que otra vez nos hace pensar que somos nosotros, los individuos, los mejores jueces y dueños de su oficio. Sin embargo, este nuevo perfil del papel de la autonomía de la voluntad desde el punto de vista de su actuación técnico-normativa se ve más complejo sobre todo en los ámbitos materiales indicados. Pero a pesar de ello, la autonomía de la voluntad sigue extendiéndose a otros ámbitos no menos complejos y hoy en día nosotros podemos ser testigos de cómo se evoluciona y cobra más fuerza en estos ámbitos. Aquí me refiero al sector de las obligaciones derivadas del daño. Por tanto, mi única intención en este artículo es esbozar un marco analítico sencillo que sirva para entender el perfil de la autonomía de la voluntad en el ámbito de las relaciones derivadas de daño en el DIPr.

Es bien sabido que tradicionalmente en este sector la autonomía de la voluntad no tenía una aceptación homogénea. Inicialmente las voces levantadas por la doctrina rechazaban la posibilidad de las partes de determinar la ley aplicable a su estatuto delictual<sup>3</sup>, aunque hoy en día esta posición drástica respecto al principio de la autonomía de la voluntad en el ámbito de las relaciones, derivadas del daño está plenamente superada<sup>4</sup> y lleva tiempo siendo defendida tanto en el Derecho comparado, como en la doctrina. La defensa creciente de la admisibilidad del principio de la voluntad en este sector se explica por el carácter dispositivo del Derecho material de la responsabilidad en la medida en que la víctima que ha sufrido el daño tiene pleno derecho a ejercer la acción privada de resarcimiento y este factor de libertad procesal ha de tomarse en cuenta también en el ámbito de determinación de las normas de conflicto a través de la aceptación de la autonomía de la voluntad<sup>5</sup>. A esta razón se pueden añadirse los beneficios ya manifestados en el sector contractual: la previsibilidad de la ley aplicable, consideración de los intereses de ambas partes y seguridad jurídica. En principio, parece lógico que las potenciales partes de una relación internacional-privatista someten su elección a la ley más adecuada a sus intereses, permitiendo maximizar las expectativas de las mismas, porque en consecuencia, las partes están en mejor situación. No obstante, dicha tesis no siempre puede jugar este papel tan favorable en el sector de las obligaciones derivadas del daño, por la mera razón de que normalmente es imposible la elección *ex ante* del Derecho aplicable entre las partes. Por un lado, las ventajas de la autonomía de la voluntad en el ámbito que nos interesa se encuentran en la economía procesal que puede ser lograda cuando las partes optan por la aplicación de la *lex fori* con lo cual agilizan considerablemente el proceso. Pero por otro lado, en el desarrollo de este artículo veremos que la *lex fori* no siempre representa un régimen benévolo para las partes. También el efecto indirecto del principio de la autonomía de la voluntad puede verse en el descenso de la judicialidad,

<sup>3</sup> En contra de este principio se mostró L. RAAPE (vide *Internationales Privatrecht*, t. I, quinta edición, Berlín 1961, p. 579), en el mismo sentido BOUREL, P. (vide *Les conflicts de lois en matière d'obligations extracontractuelles*, París, LGDJ, 1961, pp. 18 y ss.).

<sup>4</sup> El propio P. BOUREL en la actualidad admite la vigencia del principio de la voluntad para eludir la aplicación del derecho extranjero (vid. *Un nouveau champ d'exploration pour le droit international privé conventionnel: les dommages causés à l'environnement*, París, 1994, p.104).

<sup>5</sup> Esta tesis mantiene FACH GÓMEZ, K., vide su obra: *La contaminación transfronteriza en Derecho internacional privado. Estudio de Derecho aplicable*, Barcelona 2002, p. 220.

cuando las partes al llegar a un acuerdo en la materia de las relaciones derivadas del daño al final replantean la necesidad de litigar.

A consecuencia de todo lo expuesto muchos ordenamientos jurídicos recogen el principio de la autonomía de la voluntad para regular las relaciones derivadas del daño en el ámbito de DIPr. Esta tendencia general se encuentra en los recientes proyectos y nuevas normas de DIPr tanto en los países de la Unión Europea, como en las últimas reformas de DIPr de los países de Europa Oriental y incluso del continente sudamericano. En este sentido se puede citar el artículo 132 de la Ley Suiza, el artículo 62 de la Ley de DIPr italiana<sup>6</sup>, el parágrafo 42 de la ley introductoria del EGBGD alemán, el artículo 6 de la ley neerlandesa, el artículo 32 de la Ley de DIPr venezolana de 6 de febrero de 1999, etc. También el principio de la autonomía de la voluntad ha encontrado su reflejo en la Proposición de Convenio de GEDIP, de 1998<sup>7</sup>.

Sin embargo, la vigencia de la autonomía de la voluntad en el ámbito de las obligaciones derivadas del daño no es absoluta y muy a menudo se contempla como una alternativa frente a otras conexiones objetivas. Por lo tanto, como veremos a continuación, en el sector de las obligaciones derivadas de daño la autonomía de la voluntad está sujeta a una serie de limitaciones que podemos agrupar en 4 tipos:

- 1) limitaciones temporales;
- 2) limitaciones referidas a la forma de ejercicio de la autonomía de la voluntad;
- 3) limitaciones respecto al derecho elegible;
- 4) limitaciones personales.

## 2. LÍMITE TEMPORAL

Vamos a comenzar por la primera limitación temporal de la autonomía de la voluntad. En esta medida teóricamente parece accesible el ejercicio de la autonomía de la voluntad tanto antes como después de la producción del hecho dañoso. En relación con la opción *ex ante*, no podemos encontrar su plasmación en los ordenamientos jurídicos vigentes. Frente a esta ausencia legislativa puede argumentarse que normalmente es imposible la aplicación *ex ante* entre las partes sobre el derecho aplicable, por la simple razón de que en el ámbito de las relaciones no contractuales es poco probable que el autor del daño y la víctima se conozcan previamente a la comisión del hecho dañoso y por lo tanto esta ausencia de relación interpersonal imposibilita la conclusión de un

<sup>6</sup> Así, por ejemplo, la Ley italiana de DIPr de 31 de mayo de 1995 no incluye ninguna referencia expresa sobre el ejercicio de pactos en materia de las obligaciones derivadas del daño. No obstante, este silencio legislativo al respecto de este pacto se interpreta por la doctrina en el sentido de que no prohíbe tal elección, por lo que se debe considerar que es posible el ejercicio de la autonomía de la voluntad. En Italia esta tesis fue desarrollada por CARELLA, G., *Autonomía de la volontà ed scelta di legge nel diritto internazionale privato*, Bari, 1999, pp. 189-208; igualmente en este sentido MOSCONI, F., *Diritto internazionale privato e processuale, parte especial*, Turín 1997, p. 165; POCAR, F., «Le droit des obligations dans le nouveau droit international privé italien», *Rev. Critique*, 1996, p. 60

<sup>7</sup> Artículo 8 «liberté de choix»: «les parties peuvent choisir la loi applicable à l'obligation non contractuelle par une convention postérieure à la naissance du différend. Ce choix doit éter exprès. El ne peut par porter attiente aux droits des tiers».

acuerdo entre los sujetos. Desde otro punto de vista la propia naturaleza de las obligaciones derivadas del daño dificulta la contratación de tal acuerdo *ex ante*, ya que en la mayoría de los casos resulta dudoso que las partes puedan prever adecuadamente las consecuencias del hecho dañoso antes de que esté ocurra. Esta idea cobra más fuerza cuando las consecuencias del daño se manifiestan en diferentes países, en algunas ocasiones lejanos al lugar del hecho dañoso y totalmente imprevisibles para las partes. En cambio, a nivel doctrinal la posibilidad de conclusión de un acuerdo *ex ante* en el ámbito de las obligaciones derivadas del daño ha encontrado sus defensores. Entre otros una síntesis de este planteamiento fue manifestada por Weiss y Laurent, sobre todo en materia de cuasi-contratos, no se ha rechazado como conexión secundaria por Beitzke<sup>8</sup>, e igualmente fue admitida por Lorenz en la doctrina alemana<sup>9</sup>. Esta realidad doctrinal no ha encontrado su plasmación en la práctica, porque en la mayoría de los casos en donde va a existir elección por las partes del derecho aplicable será en aquellos supuestos en que previamente al hecho dañoso, las partes implicadas en el conflicto, estuvieran vinculadas generalmente a través de un contrato de tal manera que en éste hayan establecido la ley aplicable a los posibles hechos delictivos que pudieran ocurrir en el desarrollo de una relación contractual. Ejemplo habitualmente citado para estos casos es el propuesto por P. North<sup>10</sup>, sobre un contrato de transporte entre una agencia de viajes y un cliente donde se hubiese pactado no solo el Derecho aplicable a la relación contractual entre las partes sino también el Derecho aplicable a una posible responsabilidad no contractual, e incluso se hubiese establecido una cláusula autónoma para esta última materia. Aquí es interesante averiguar si es posible someter el estatuto delictual a otra ley aplicable extranjera, es decir una ley que sea distinta de la ley aplicable al conjunto de la relación. A la vista del Convenio de Roma de 1980, que permite tal fraccionamiento<sup>11</sup>, no parece inadecuado permitir lo mismo en el sector de las obligaciones derivadas del daño. Con ello las partes logran más seguridad en la medida en que una vez valoradas todas las ventajas de la relación contractual/no contractual, se elige la ley que sea más beneficiosa y favorable. La sentencia citada por varios autores que investigan el papel del principio de la autonomía de la voluntad en el sector no contractual, trata sobre un empresario alemán que pacta la sumisión de su relación contractual al derecho de California, lugar donde se halla su cliente. Sin embargo, temiendo la imposición de *punitive damages*, decide someter los hipotéticos aspectos no contractuales a otro ordenamiento distinto del californiano que no tiene prevista la imposición de *punitive damages*<sup>12</sup>.

<sup>8</sup> Vide BEITZKE, G., «Les obligations délictuelles en droit international privé», *Rec. des C.*, 1965-II (t. 115), pp. 63 y ss.

<sup>9</sup> Vide LORENZ, W., «Die allgemeine Grundregel betreffend das auf die ausservertragliche Schadenshaftung anzuwendende Recht», en VON CAEMMERER, E., *Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen international Privatrechts der ausservertraglichen Schuldverhältnisse*, Tübingen 1983, pp. 129-136.

<sup>10</sup> P. NORTH, «Choice in Choice of Law», en *Essays in Private International Law*, Londres, 1993, p. 190.

<sup>11</sup> En el artículo 3 del Convenio: «Para esta elección, las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato»

<sup>12</sup> El ejemplo desarrollado por VON HEIN en la doctrina alemana y luego citado en las obras de FACH GOMÉZ, K. (*La contaminación transfronteriza*, p. 226), AMORES CONRADI, M., y TORRALBA MENDIOLA, E., en «XI Tesis sobre el estatuto delictual», *REEI* (2004), p. 14.

A diferencia del modelo del pacto *ex ante* de la producción del hecho dañoso, el ejercicio de la autonomía de la voluntad *ex post* goza de un reconocimiento legislativo y judicial. Por ejemplo, esta posibilidad está manifiestamente aceptada en el artículo 132 de la Ley suiza, el artículo 42 del EGBGB alemán<sup>13</sup> y el artículo 71 tunecino<sup>14</sup>. También recientes codificaciones del DIPr. de los países del Este de Europa han recogido el principio de la autonomía de la voluntad para regular las relaciones derivadas del daño. Por ejemplo, en este sentido el artículo 9 húngaro establece la posibilidad de que las partes desplacen la aplicación de la ley extranjera designada, acudiendo a las normas húngaras internacional privatistas que regulan la responsabilidad no contractual y someten su estatuto delictual a la *lex fori* a través del ejercicio de un pacto posterior al hecho dañoso. Igualmente el artículo 49.4 de la Ley ucraniana sobre el DIPr de 23 de junio de 2005 y el artículo 1219.3 del CC ruso<sup>15</sup> invitan a la aceptación del juego de la autonomía de la voluntad en este sector, dejando a las partes la posibilidad elegir *lex fori* después de la producción del hecho dañoso. Este modelo restrictivo del juego de la autonomía de la voluntad en la práctica se utiliza con las meras razones de la economía jurisdiccional. Piénsese en la situación en que los costes asociados a la prueba de un Derecho extranjero sean superiores a los beneficios derivados de su aplicación para la parte interesada, entonces la diferencia entre lo que va a obtener la parte interesada conforme al Derecho extranjero y el Derecho del foro siempre va a inclinarla a acudir al derecho del foro. En consecuencia, a las partes implicadas en una relación no contractual les conviene dar preferencia a la *lex fori* a través del ejercicio de un pacto posterior al hecho dañoso. Ahora bien, aunque existe unanimidad legislativa referente a la opción *ex post* de la ley rectora del estatuto delictual que lleva siempre a la *lex fori* a través del ejercicio de la autonomía de la voluntad, al mismo tiempo los enfoques legislativos se desvían respecto al momento procesal en que las partes pueden ejercitar esta voluntad. Cuando la Ley tunecina del DIPr indica expresamente el último momento procesal para que las partes ejerzan dicho pacto, la Ley ucraniana establece una cláusula «*en cualquier momento posterior a la producción del hecho dañoso*», al mismo tiempo la Ley rusa «*después de la producción del hecho dañoso u otra consecuencia de que deriva el daño*». La opinión doctrinal propone en el resto de los casos remitirse a las normas procesales de cada sistema<sup>16</sup>. Este criterio de la elección *ex post* fue también establecido en el artículo 10 del Proyecto de Reglamento Roma II relativo a la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales<sup>17</sup> donde la bondad del legislador ha ido más allá del único sometimiento a la *lex fori* «*las partes pueden convenir, mediante convenio posterior al nacimiento de su conflicto, someter la obligación extracontractual a la ley que elijan*». Aunque

<sup>13</sup> Vide FACH GÓMEZ, K., «La nueva regulación de las obligaciones extracontractuales y del derecho de cosas en derecho internacional privado alemán», *REDI*, 1999 (1), especialmente p. 290.

<sup>14</sup> *Rev.Critique*, 1999, especialmente p. 391.

<sup>15</sup> La parte tercera del CC ruso denominada «El Derecho Internacional Privado» fue aprobada el día 26 de noviembre de 2001, el texto completo se puede consultarse en la página web: [www.garweb.ru](http://www.garweb.ru)

<sup>16</sup> En este sentido FACH GÓMEZ, K., «En Alemania, el límite temporal que para la autonomía de la voluntad unilateral establece el artículo 40.1 del CC no es aplicable al pacto bilateral *ex post*, para el que rigen los criterios generales contenidos en los artículos 128.2 y 283 de la ZPO germana», cfr. *La contaminación transnacional...*, cit., esp., p. 227

<sup>17</sup> Cito el texto disponible en la red de fecha 22 de julio de 2003.

esta elección no es admisible para la propiedad intelectual y es más, en la exposición de los motivos del Reglamento Roma II, el propio legislador no especifica dicha excepción, limitándose a la expresión de que para «*esta materia la autonomía de la voluntad no esta adoptada*». En adelante se irán desarrollando los otros aspectos de la autonomía de la voluntad acogidos por el Reglamento Roma II.

### 3. LIMITACIONES FORMALES

Atendiendo a la forma de ejercicio de la ley que rige la obligación derivada del daño podemos presumir que la última puede ser llevada a cabo expresa o tácitamente. En el sector de las relaciones contractuales internacionales, el destacado artículo 3.1 del Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales establece que «*deberá ser expresa o resultar de manera cierta de los términos del contrato o de las circunstancias del caso*». Similar disposición en que se ha pretendido conjugar certeza con flexibilidad se puede encontrar en el artículo 23 de Reglamento 44/2001<sup>18</sup> que contiene la fórmula de carácter general «*por escrito o verbalmente con confirmación escrita*», junto a la aclaración añadida «*que proporcione un registro duradero del acuerdo*». En mi opinión estos preceptos deben entenderse como una consagración del principio de libertad de formas, siempre que pueda acreditarse de manera patente tanto la existencia del acuerdo, como los términos sustanciales del mismo. A diferencia de esta flexibilidad del ejercicio de la autonomía de la voluntad en el sector contractual y competencia judicial internacional, el sector de las obligaciones externas al propio ámbito contractual no se caracteriza por un enfoque armónico respecto a la forma de ejercicio de la elección de la ley deseable. Mientras que algunos ordenamientos jurídicos guardan silencio sobre la forma de ejercicio de la autonomía de la voluntad<sup>19</sup> en el ámbito de las obligaciones derivadas del daño, otros admiten ambas modalidades de ejercicio de la elección<sup>20</sup> y la mayoría tiende a la aceptación de la única modalidad expresa de este ejercicio. Así, por ejemplo, el Proyecto de Reglamento Roma II en el artículo 10.1 establece que dicha «*elección debe ser deliberada o resultar de manera clara de las circunstancias de la causa*», que podemos interpretar como una duplicidad del artículo 3 del Convenio de Roma I. Personalmente tengo dudas sobre la interpretación uniforme de la expresión «*de manera clara de las circunstancias de la causa*». Este precepto del Reglamento Roma II puede ser interpretado en el futuro como la admisión de una elección cierta, aunque fuera tácita. La frontera entre la voluntad tácita y voluntad puramente hipotética es muy frágil. En otro orden de las ideas mucho va a depender de la interpretación que van a atribuir a esta norma los diferentes textos europeos del futuro Reglamento Roma II. Y es más, tomando en cuenta la numerosa jurisprudencia de los tribunales de diferentes países europeos, podríamos suponer que la expresión «*de manera clara de las circunstancias de la causa*» puede dar pie a la aceptación de la idea del ejercicio de la autonomía

<sup>18</sup> Vide Reglamento (CE) 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

<sup>19</sup> En este sentido pueden ser demostrativos las citadas leyes tunecina, suiza, rusa, ucraniana.

<sup>20</sup> La regulación acogida en la ley de DIPr austríaca de 1978 y de Liechtenstein de 1996.

de la voluntad tácita derivada de la conducta procesal de las partes, que permite excluir la ley objetivamente aplicable al estatuto delictual. Los precedentes de la jurisprudencia alemana refuerzan otra vez la evidencia de este posible conflicto. La tendencia que se había manifestado ante el comportamiento procesal de las partes a favor de la *lex fori*, no dudaba en aplicar las normas alemanas en materia de la responsabilidad derivada del daño, es decir si la otra parte en el proceso no se opone a la elección de un determinado derecho, este derecho será aplicable. Esta misma posibilidad del ejercicio de la autonomía de la voluntad tácita durante el proceso judicial se encuentra en el desarrollo del famoso caso del accidente *Amoco Cádiz*. Recorriendo brevemente los hechos de este caso, hay que señalar que en 1978 el buque (construido en España, cargado de petróleo de una empresa británica y perteneciente a una compañía liberiana, filial a su vez de una multinacional americana), causó enormes daños al fondo marítimo, afectando no solamente los recursos de la zona, sino a las islas anglo-normandas de soberanía británica. La mayoría de las víctimas han planteado *class actions* ante los tribunales norteamericanos, lugar de la naviera matriz de Standard Oil Corporation, en su sede de Chicago (Illinois), intentando con ello recibir la mayor cuantía indemnizatoria y eludir la aplicación del Convenio de Bruselas sobre daños causados por la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos (Convenio del que es parte Francia), que implicaría la aplicación del derecho material francés. Después de un largo proceso de trece años, el caso ha sido resuelto a favor de la aplicación de la ley estadounidense, dado que dicha elección fue expresada en la solicitud de los demandantes de Côtes du Nord y otras víctimas del proceso no han manifestado ninguna objeción expresa. Este silencio por parte de los demandantes se interpreta como el ejercicio de una autonomía de la voluntad tácita<sup>21</sup>.

En contra de la admisión de la autonomía de la voluntad de forma tácita durante el proceso se ha manifestado la doctrina, en particular D. H. Tebbens<sup>22</sup>, que señaló que los tribunales no deben admitir la elección tácita, efectuada por las partes. El autor hace un hincapié especial en la idea de que esta elección debe ser hecha de una forma expresa, escrita y además ser comprobada basándose en la prueba de la correspondencia entre las partes. De la misma postura derivan el artículo 11.2 de la Ley Federal austríaca de DIPr de 1978 y también la ley de Liechtenstein de DIPr. de 1996, declarándose que no se tendrá en cuenta esta opción tácita una vez iniciado el proceso judicial, así como la Propuesta del Convenio del GEDIP. Con ello se pretende que la determinación de la ley aplicable esté rodeada de la máxima seguridad jurídica. En fin, para salir de esta confusión que plantea el principio de la autonomía de la voluntad tácita, hay que tomar en cuenta que en la mayoría de los casos no nos encontramos con la cuestión *per se* «¿es admisible la autonomía de la voluntad tácita en el proceso judicial en el ámbito de las obligaciones derivadas del daño?», sino ante la cuestión de la imperatividad de las normas de conflicto y el régimen de la alegación y prueba de derecho extranjero.

<sup>21</sup> Respecto a esta afirmación Kiss, A., «L'affaire de l'Amoco Cádiz: responsabilité pour une catastrophe écologique», *JDI*, 1985, pp. 587-594.

<sup>22</sup> Vide «Netherlands Judicial Decisions involving questions of Private international Law», *NILR*, XLI, 1994: pp. 363-379, esp., p. 366.

#### 4. LIMITACIONES EN CUANTO AL ORDENAMIENTO ELEGIBLE

Otra limitación no menos problemática del principio de la autonomía de la voluntad representa la cuestión del número de ordenamientos jurídicos entre los que las partes pueden elegir. En este sentido conviene destacar dos principales enfoques: *a)* los ordenamientos que limitan la elección de la ley aplicable a la prioridad de la *lex fori* y *b)* los que consideran que cualquier derecho elegido por las partes es apto para regir su estatuto delictual. Ya hemos destacado esta primera solución contemplada en la Ley suiza, igualmente en las leyes de DIPr de los países que pertenecían al mundo socialista. No vamos a levantar la polémica en torno a esta opción, lo único que conviene señalar es que dicha solución puede ser perjudicial para la parte débil de una relación internacional-privatista derivada del daño. Junto a esta idea puede añadirse que para someter su estatuto delictual a la *lex fori*, las partes deberían saber todas las ventajas y desventajas de la ley objetivamente aplicable y una vez valorados todos los pros y contras decidir finalmente a favor de la *lex fori*. No vale olvidar que muchas veces los gastos relacionados con la interpretación del derecho extranjero llevan a las partes a la elección de la *lex fori*, con lo cual se simplifica el proceso.

En relación con el segundo enfoque, nos encontramos con ordenamientos jurídicos mucho más permisivos como el artículo 42 alemán<sup>23</sup>, el artículo 35 austriaco y el artículo 39 de Liechtenstein<sup>24</sup> que permiten a las partes elegir libremente la ley aplicable a su estatuto delictual. Esta libertad de elección que puede llevar a la aplicación de cualquier derecho estatal tampoco puede ser valorada como algo positivo. A mi juicio, a veces conviene poner unos límites a la hora de elegir el derecho aplicable y ello tanto no tanto para prevenir elecciones caprichosas que pueden dañar los intereses públicos (para su defensa sirven el «orden público» y otras normas imperativas del Estado), sino los intereses privados de las partes. Entre otros los defensores de esta idea son De Boer, T. M. que considera adecuada la inclusión de una *favor-inspired limitation* en materia de la autonomía de la voluntad no contractual<sup>25</sup>, K. Fach Gómez, que propone optar por una postura intermedia: la de elección limitada entre varios derechos tasados<sup>26</sup>.

Pues bien, finalmente conviene contemplar como el legislador europeo establece las limitaciones del principio de la autonomía de la voluntad en el ya citado Proyecto de Reglamento Roma II. Aquí otra vez nos encontramos con una copia de lo previsto en el artículo 3 del Convenio de Roma de 1980 sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales. Con los apartados 2 y 3 del artículo 10 el legislador persigue el objetivo de impedir que las partes escapen a la aplicación de las normas imperativas de derecho comunitario mediante la elección de la ley de otro país. Como señala la

<sup>23</sup> La única limitación que establece la norma del artículo 42 alemán es que la Ley elegida por las partes no debe afectar los derechos de terceros.

<sup>24</sup> Los artículos 35 austriaco y 39 de Liechtenstein señalan que solo se atenderá a las conexiones objetivas en materia no contractual cuando las partes no hayan llevado a cabo un pacto sobre la ley aplicable a la litis y éste no se pueda aceptar atendiendo a los criterios establecidos por la ley.

<sup>25</sup> Cfr. «Choice of law in contracts and torts in the Netherlands», *Hague-Zagreb-Chent Essays 8. International obligations. Choice of law. Provisional measures in arbitration*, Holanda 1991, p. 54.

<sup>26</sup> Cfr. *La contaminación transfronteriza...*, cit., p. 232.

exposición de motivos del Reglamento Roma II, bajo el concepto «disposición imperativa» se entienden las normas del orden público interno de un país, por lo tanto las partes no pueden eludir la aplicación de dichas normas mediante la conclusión de un contrato. En adelante nos encontramos con una precisión que hay que distinguir las normas del orden público interno de las normas de orden público en materia internacional y que son dos conceptos diferentes.

Ahora bien, contemplando la disposición del apartado 3 del artículo 3 del Convenio sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), llegamos a la conclusión que de igual manera en el artículo 10.3 del Reglamento Roma II el legislador comunitario ha buscado plasmar las conclusiones a las que llegó el TJCE en el caso *Ingmar* de 9 de noviembre de 2000<sup>27</sup>, caso que trata exclusivamente de las relaciones contractuales. En definitiva, todo ello otra vez pone de manifiesto que el juego de la autonomía de la voluntad en el ámbito de las relaciones derivadas del daño no debe tener un perfil distinto que en el ámbito de las relaciones contractuales, al fin y al cabo los objetivos que persigue este principio son los mismos en ambos sectores. Tal posicionamiento viene señalado por M. Amores Conradi y E. Torralda Mendiola<sup>28</sup> en la *Propuesta alternativa sobre la ley aplicable a las obligaciones derivadas de daño* que proponen someter la forma y límites de la autonomía de la voluntad a los artículos 3, 5, 6, 8, 9 y 11 del Convenio sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) o preceptos equivalentes del instrumento de Derecho Internacional o comunitario que en el futuro lo sustituya<sup>29</sup>. Por esta razón los autores ven inútil la introducción de la repetitiva norma del artículo 10.2 del Reglamento Roma II, porque «*se atiende a la naturaleza inequívocamente contractual*». Estoy totalmente de acuerdo con ellos.

<sup>27</sup> El litigio surge al hilo de las relaciones establecidas entre *Ingmar GB Ltd.*, sociedad con domicilio en el Reino Unido, y *Eaton Leonard Technologies Inc.*, sociedad con domicilio en California (EEUU) cuando celebran un contrato en el año 1989 por el que *Ingmar GB Ltd.* se constituye como agente comercial de la segunda para el Reino Unido. Entre otras condiciones, las partes pactan la competencia de la ley del Estado de California, como el derecho rector de sus relaciones. En el año 1996, fecha cuando el contrato llega a su término, *Ingmar* demanda ante la *High Court of Justice* el pago de una comisión así como una reparación del perjuicio causado por la ruptura de relación con el principal, la sociedad *Eaton*. La *High Court of Justice* declinó el recurso, alegando que según el contrato las partes eligieron la ley aplicable de California. Tuvo lugar la apelación ante la *Court of Appeal* que posteriormente suspendió el procedimiento y planteó al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial que se sustenta en los términos de determinar en qué medida son de aplicación las normas de la ley del Estado de California que las partes han establecido para regular el fondo de su contrato. En definitiva, la S TJCE de 9 de noviembre de 2000 permite sostener que la elección de la ley a favor de un Derecho menos protector (la ley de California) del intermediario que desenvuelve las actividades propias de su cargo en la Comunidad, no será operativa en lo que respeta a las normas de protección incorporadas por las legislaciones nacionales y por mandato de la directiva 86/653/CEE que se imponen sobre la *lex contratus*. De no ser así, la aplicación de las normas del Estado de California, se obstaculizaría el cumplimiento de los fines de la normativa comunitaria.

<sup>28</sup> Vide AMORES CONRADI, M. A., y TORRALBA MENDIOLA, E., «XI Tesis sobre el estatuto...», *cit.*, esp., p. 34.

<sup>29</sup> El debate sobre la transformación del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales en instrumento comunitario y sobre su actuación puede consultarse en el Libro verde en la página web.: <http://www.upm.es/servicios/ceyde/htdocs/enero.html>

## 5. LIMITACIONES SUBJETIVAS

Presentadas ya tres limitaciones de la autonomía de la voluntad en el ámbito de las obligaciones derivadas del daño conviene aclarar la última: restricción en el sustrato personal y responder a la cuestión de si un pacto entre las partes implicadas en una relación derivada del daño afecta a los terceros y igualmente atender a las consecuencias que puede llevar este pacto. En relación con ordenamientos jurídicos como el alemán, austriaco y de Liechtenstein, nos encontramos con la disposición de que los derechos de los terceros no se verán afectados por el acuerdo entre partes. El Reglamento Roma II otra vez bebe de la fuente de su homólogo Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, acogiendo en el artículo 10.1 el mismo criterio de no dañar los derechos de terceros. Sería interesante poner este artículo en relación con el artículo 14 del mismo Reglamento, que permite a la víctima ejercer la acción directa contra el asegurador del responsable. La víctima puede fundar sus pretensiones en la ley que rige su estatuto delictual o bien en la ley aplicable al contrato de seguro. Por lo dispuesto, podría ser interpretado que la libertad conflictual dejada a las partes puede decidir, en consecuencia, la posibilidad de ejercicio de la acción directa contra el asegurador, quien se verá afectado por esta elección ajena de su voluntad que le puede conducir a la aplicación de un ordenamiento totalmente desfavorable. Sin embargo, la propia exposición de motivos del Reglamento Roma II establece que «*el ejemplo clásico (del concepto «derechos de terceros») es la obligación del asegurador de rembolsar los daños y perjuicios debidos por el asegurado*». De esta manera el asegurador entendido como un tercero, nunca podrá verse perjudicado en su posición por la elección realizada por las partes, lo que se ve en la imposibilidad de planear una acción directa contra él. Aunque las partes opten por un Ordenamiento que contempla tal posibilidad, la ley objetivamente aplicable no reconoce tal acción. En el fondo de lo dispuesto, podemos suponer dos posibilidades, la primera se refiere a la situación en que las partes eligen una ley totalmente desfavorable para el asegurador, porque ésta establece un límite mayor de responsabilidad que la ley objetivamente aplicable. Y la segunda cuando las partes al revés en su pacto determinan la ley que para el asegurador resulta propicia, porque no contempla la acción directa o más bien porque reduce de una manera significativa el límite de la responsabilidad del asegurador. Basándose en la exposición de motivos del propio Reglamento parece que el legislador comunitario al establecer la cláusula «*no afecta derechos de terceros*» descarta esta segunda posibilidad que podría ser favorable para el sector asegurador europeo. Sería interesante comprobar la propia naturaleza de esta cláusula, contestando a la cuestión de si es una salvaguardia para los terceros en la medida en que les protege de la ley no beneficiosa o viceversa, es una posibilidad de acogerse al pacto que les resulta propicio. En materia contractual, por ejemplo, la misma cláusula se interpreta como la prohibición de llevar a cabo los acuerdos en perjuicio de terceros<sup>30</sup>.

<sup>30</sup> En este sentido, el artículo 1257 del CC español y sobre este precepto, vid. Díez PICAZO, L., «Artículo 1257», *Comentario del Código Civil*, t. II, Madrid 1993, esp. pp. 433- 436; de igual manera el artículo 308 del CC ruso y su interpretación realizada por Садиков, О. Н., que puede consultarse también en el Comentario al artículo 1219 del CC ruso, en la página web. [www.labex.ru](http://www.labex.ru)

## 6. CONCLUSIONES

A modo de reflexión final, pienso que la intervención del principio de la autonomía de la voluntad en el sector de las obligaciones derivadas del daño en principio debe ser aceptada. Sin embargo, sería interesante armonizar el juego de la autonomía de la voluntad en este ámbito. Todo lo dispuesto, revela que los límites de este derecho de opción son bastante diversos y muchas veces las normas que otorgan a las partes el derecho a la opción son confusas o no excesivamente claras. La naturaleza que tiene el principio de la autonomía de la voluntad se limita a una conexión accesoria. Sin embargo, este principio es siempre conveniente para las partes que pueden elegir libremente la ley que rige su estatuto delictual, siempre y cuando ésta no conduzca a la *lex fori*. Pues cuando la autonomía de la voluntad conduce a la *lex fori*, se trata de otro tipo de conveniencia, la simplificación del proceso internacional que sobre todo tiende a defender los intereses públicos y simplificar el funcionamiento de la administración de justicia. Quizá por ello, y basándose en una serie de problemas técnicos (imperatividad de la norma de conflicto, problemas de averiguación del Derecho extranjero), la tendencia a la aplicación de la *lex fori* es general y constatable en la mayoría de las codificaciones de DIPr. Por otro lado, como tuvimos ocasión de analizar las normas contenidas en el Proyecto de Reglamento Roma II van en otra dirección que está ausente en muchos ordenamientos jurídicos de DIPr. Por lo tanto, sería interesante averiguar, si los tribunales serían capaces de admitir el juego de la autonomía de la voluntad a favor del derecho extranjero elegido por las partes y también responder a la cuestión de hasta qué punto puede llegar la admisión del pacto entre las partes, tomando en cuenta una serie de límites del principio de la autonomía de la voluntad. Cuestión que dejamos pendiente para el futuro y para la respuesta de la próxima práctica judicial del TJCE.



### III. JURISPRUDENCIA

#### A) JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO\*

Coordinación a cargo de:

Francisco Javier QUEL LÓPEZ

Catedrático de Derecho Internacional Público

#### SUMARIO

I. TRATADOS INTERNACIONALES.—II. RELACIONES ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNO ESPAÑOL.—III. COMPETENCIAS DEL ESTADO Y DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS.—IV. ESTATUTO INTERNACIONAL DEL ESTADO.—V. ÓRGANOS DEL ESTADO PARA LAS RELACIONES INTERNACIONALES. DERECHO DIPLOMÁTICO Y CONSULAR.—VI. DERECHOS HUMANOS.—VII. DERECHO INTERNACIONAL PENAL.—VIII. DERECHO COMUNITARIO EUROPEO.

#### I. TRATADOS INTERNACIONALES

2006-1

**TRATADOS INTERNACIONALES.—Prestación del consentimiento del Estado para obligarse.**

#### SENTENCIA

*En los recursos de inconstitucionalidad acumulados núms. 73/99 y 3247/99, promovidos por más de cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Socialista del Congreso contra el*

---

\* La presente crónica abarca el primer semestre de 2005 respecto de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional, así como la emanada de los tribunales inferiores a lo largo de 2004 y primer semestre de 2005. La selección de materiales ha sido llevada a cabo por los profesores de la UPV/EHU Oscar Abalde Cantero, Nicolás Alonso Moreda, M.ª Dolores Bollo Arocena y Juan Soroeta Liceras. Algunas elecciones, especialmente relevantes, han sido objeto de comentario. La firma cada profesor identifica a su autor.

Conviene advertir que solamente se ha incluido la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales españoles en su función de interpretación y aplicación de normas internacionales.

*Real Decreto-ley 14/1998, de 9 de octubre, de adhesión de España a diversos Acuerdos del Fondo Monetario Internacional y, en especial, contra los artículos 2 y 3, y contra la Ley 13/1999, de 21 de abril, de adhesión de España a diversos Acuerdos del Fondo Monetario Internacional y, en especial, contra los artículos 2 y 3. Ha sido parte el Gobierno de la Nación, representado por el Abogado del Estado, y Ponente el Magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas, quien expresa el parecer del Tribunal.*

### *I. Antecedentes*

1. *Mediante escrito registrado en este Tribunal el 8 de enero de 1999 doña Soledad Mestre García, comisionada de setenta y nueve Diputados del Grupo Parlamentario Socialista del Congreso, interpuso recurso de inconstitucionalidad contra el Real Decreto-ley 14/1998, de 9 de octubre (BOE núm. 243, de 10 de octubre), de adhesión de España a diversos Acuerdos del Fondo Monetario Internacional y, en especial, contra los artículos 2 y 3.*

2. *El recurso de inconstitucionalidad se inicia con la relación de antecedentes que a continuación se exponen:*

a) *Durante la Asamblea anual del Fondo Monetario Internacional celebrada en Hong Kong del 20 al 25 de septiembre de 1997 se aprobó la cuarta enmienda al Convenio constitutivo del Fondo Monetario Internacional, así como la ampliación de los recursos financieros del Fondo en un 45 por 100 de las cuotas aportadas por cada país.*

b) *El 28 de agosto de 1998 el Consejo de Ministros acordó solicitar al Congreso de los Diputados la iniciación del procedimiento relativo a la autorización por las Cortes Generales de la cuarta enmienda al Convenio constitutivo del Fondo Monetario Internacional aprobada en Hong Kong el 23 de septiembre de 1997. Dicha solicitud se registró en la Secretaría General del Congreso de los Diputados el 4 de septiembre siguiente y se tramitó por el procedimiento de urgencia.*

c) *El 23 de septiembre de 1998 finalizó el plazo para la presentación de enmiendas previsto en el artículo 156 del Reglamento de la Cámara, y desde ese momento el Convenio se encuentra en condiciones de ser dictaminado por la Comisión de Asuntos Exteriores.*

d) *Iniciado el trámite específico previsto en los artículos 94 y 74.2 CE, el 10 de octubre de 1998 se publica oficialmente el Real Decreto-ley 14/1998, de 9 de octubre, de adhesión de España a diversos Acuerdos del Fondo Monetario Internacional. En esa misma fecha se registra copia del Real Decreto-ley en la Secretaría General del Congreso de los Diputados a los efectos de los artículos 86 CE y 151.1 RCG, así como un Dictamen del Consejo de Estado.*

e) *Con fecha 19 de octubre de 1998 ochenta y dos Diputados del Grupo Parlamentario Socialista elevaron al Pleno del Congreso de los Diputados propuesta de planteamiento de conflicto de atribuciones entre órganos constitucionales del Estado (arts. 59.3 y 73 LOTC), entre el Congreso de los Diputados y el Gobierno de la Nación, por entender que la prestación del consentimiento del Estado para obligarse por medio de ese tipo de tratados o convenios es una materia reservada en exclusiva a las Cortes Generales. La propuesta fue rechazada por el Pleno de la Cámara en sesión del 28 de octubre de 1998. Con esa misma fecha el Pleno acordó convalidar el Real Decreto-ley 14/1998, de 9 de octubre, así como su tramitación como proyecto de ley.*

f) *El Pleno del Congreso de los Diputados y el Pleno del Senado, con fechas de 12 de noviembre y 9 de diciembre de 1998, respectivamente, otorgaron la preceptiva autorización previa de las Cortes Generales a la cuarta enmienda al Convenio constitutivo del Fondo Monetario Internacional aprobada en Hong Kong el 23 de septiembre de 1997.*

3. *Sobre la base de estos antecedentes, el recurso desarrolla la fundamentación jurídica que seguidamente se sintetiza:*

[...]

5. Comenzando por el examen del recurso dirigido contra el Real Decreto-ley 14/1998, debe recordarse que la norma impugnada es una norma jurídica con valor de ley a la que está vedada la afectación de las materias enunciadas en el artículo 86.1 CE. Esa afectación no es, sin embargo, el único límite sustantivo al que la Constitución somete a los decretos-leyes, pues sobre éstos opera también, como es obvio, el conjunto de las reservas establecidas por el constituyente respecto de determinadas materias y en beneficio de específicas formas y procedimientos. Entre tales reservas figura la que para la prestación del consentimiento del Estado para obligarse por medio de tratados o convenios establece el artículo 94.1 de la Constitución, en cuya virtud dicha prestación debe ser autorizada, en determinados casos, por las Cortes Generales. Queda excluida, por tanto, la posibilidad de una prestación de ese consentimiento sin previa autorización parlamentaria o con la dispensada por un órgano distinto. Es, pues, evidente que el decreto-ley no es una forma jurídica habilitada para la autorización requerida por el artículo 94.1 CE. De un lado, porque el artículo 86.1 CE sólo prevé la figura del decreto-ley para el dictado de «disposiciones legislativas», categoría jurídica que es distinta de la que corresponde a las autorizaciones, por lo que no puede considerarse instrumento idóneo para el acuerdo de autorizaciones. De otro, porque tratándose de una autorización es claro que no puede concederla quien debe ser autorizado. Por último, porque el decreto-ley es una fuente normativa propia del Gobierno que sólo precisa de la intervención del Congreso de los Diputados –y no de las dos Cámaras que integran las Cortes Generales– para la estabilización de su vigencia en el Ordenamiento. Por ello ni siquiera tras su convalidación parlamentaria es el decreto-ley una forma jurídica capaz de dispensar una autorización que sólo pueden brindar las Cortes Generales, pues la convalidación del Congreso de los Diputados nunca puede ser la del órgano complejo en el que se integra junto con el Senado, de manera que no es posible ver en la convalidación un acto equivalente a la autorización requerida por el artículo 94.1 CE.

A lo anterior ha de añadirse todavía otro argumento, pues la autorización del artículo 94.1 CE ha de ser previa a la prestación del consentimiento, lo que supone que si la autorización contenida en el decreto-ley sólo se perfecciona tras la convalidación parlamentaria, el decreto-ley no autorizaría per se la prestación del consentimiento y dejaría así de producir plenos efectos desde su publicación, lo que difícilmente se avendría con su condición de instrumento para la legislación de urgencia. La alternativa pasaría entonces por considerar suficiente la autorización contenida en el decreto-ley antes de su convalidación, esto es, la autorización estrictamente gubernamental, lo que a su vez sería manifiestamente contrario a la exigencia de una autorización que debe ser de las Cortes Generales y ha de concederse siempre antes de que el Estado se comprometa internacionalmente cuando se trata de los supuestos enunciados en el artículo 94.1 CE. Admitir, por último, que el decreto-ley aún no convalidado es inicialmente bastante para autorizar la prestación del consentimiento pero que, sin embargo, la autorización sólo se perfecciona tras la convalidación de la norma del Gobierno, implicaría, al cabo, permitir la celebración de un tratado antes de su efectiva autorización parlamentaria (en todo caso incompleta, por quedar excluida una de las Cámaras).

6. En consecuencia el Real Decreto-ley 14/1998 no es una norma capaz de dar forma jurídica a la autorización constitucionalmente necesaria para que el Estado se obligue internacionalmente mediante los tratados o convenios relacionados en el artículo 94.1 CE. La cuestión que inmediatamente se impone es, por tanto, determinar si los artículos 2 y 3 de dicho Real Decreto-ley se refieren a convenios o tratados de esa naturaleza, en particular, y como alegan los recurrentes, a los referidos en el apartado d) del artículo 94.1 CE, es decir, aquéllos «que impliquen obligaciones financieras para la Hacienda Pública».

Por lo que hace al artículo 2 del Real Decreto-ley 14/1998, los demandantes sostienen que con la adhesión a los Nuevos Acuerdos para la obtención de préstamos del Fondo Monetario Internacional se establece un nuevo marco convencional que obliga a la hacienda pública

española a poner recursos financieros a disposición del FMI mediante el otorgamiento de préstamos por un importe máximo de hasta 672 millones de derechos especiales de giro. El Abogado del Estado, por el contrario, entiende que estamos ante un supuesto de normal desarrollo del Convenio constitutivo del Fondo Monetario Internacional, suscrito por España en 1958, cuyo artículo VII, sección 1, regula un sistema excepcional y extraordinario de obtención de recursos que los Nuevos Acuerdos a que se refiere el artículo 2 del Real Decreto-ley 14/1998 se limitan a dar concreta aplicación. Además el representante procesal del Gobierno alega que no se asume una obligación financiera para la Hacienda pública, pues la entrega de las cantidades solicitadas en préstamo sólo da lugar a una operación de gestión de la cuenta de reservas del Banco de España.

Llevar razón los recurrentes al mantener que el artículo 2 del Real Decreto-ley se refiere a compromisos internacionales que suponen la asunción de obligaciones financieras por parte de la hacienda pública. En virtud de los Nuevos Acuerdos aprobados mediante la Decisión del Directorio del FMI de 27 de enero de 1997 los países que los suscriban adquieren un inequívoco compromiso en orden a facilitar al Fondo los préstamos que éste pueda precisar para poner a disposición de terceros los recursos financieros que les sean necesarios. Es evidente que las cantidades puestas a disposición del Fondo se anotarán en la cuenta de activo del Banco de España, como advierte el Abogado del Estado, pero ello es así como lógica consecuencia del compromiso previo de esa puesta a disposición, que, caso de hacerse efectiva, exigirá la correspondiente aportación dineraria, a la que el Estado se obliga.

Debe advertirse que el sujeto al que inmediatamente se refiere el artículo 2.1 del Real Decreto-ley es el Reino de España, que es por tanto el titular del compromiso establecido en el inciso segundo del artículo 2.1. A su vez el apartado 2 de dicho artículo atribuye al Ministerio de Economía y Hacienda la adopción de decisiones para la efectividad de los Nuevos Acuerdos. En tales condiciones es indudable la afectación de la hacienda pública, independientemente de que la posterior instrumentación del compromiso se lleve a cabo por el Banco de España en los términos previstos en la disposición final primera.

Los Nuevos Acuerdos referidos en el artículo 2 del Real Decreto-ley no son, por otro lado, mera consecuencia del normal desarrollo del Convenio constitutivo del Fondo Monetario Internacional, como alega el representante del Gobierno. El artículo 3 de dichos Nuevos Acuerdos deja claro que la adhesión a los mismos no es obligada para los Estados miembros del Fondo Monetario Internacional, sino que éstos podrán adherirse depositando al efecto «un instrumento en que harán saber que su adhesión se ha realizado conforme a su legislación interna y que han adoptado las medidas necesarias para poder cumplir las condiciones de la presente decisión» [apartado c)]. Ello es así en estricta aplicación del artículo VII, sección 1, del Convenio constitutivo, conforme al cual se han adoptado los Nuevos Acuerdos, en cuya virtud, entre las medidas que pueden adoptarse para reponer las tenencias del Fondo en la cuenta de recursos generales, figuran la concesión de préstamos por los países miembros, en el bien entendido de que éstos no están obligados a concederlos. Los países miembros del Fondo no contraen, pues, con la sola asunción del Convenio constitutivo, una obligación exigible ex artículo VII, sección 1, de dicho Convenio, sino que las obligaciones de esa naturaleza requieren una adhesión específica para cada caso. Tal es lo que se prevé en el artículo 3 c) de los Nuevos Acuerdos y lo que, por la dimensión financiera de la obligación que con la integración de esos Nuevos Acuerdos asume la hacienda pública española, hacía inevitable la previa autorización de las Cortes Generales.

No estamos, pues, en el caso de una obligación asumida inmediatamente con la integración del Convenio constitutivo, ni tampoco ante la necesidad de cumplir inexorablemente con un compromiso adquirido al tiempo de incorporar, con el Convenio, el procedimiento ordinario de adopción de decisiones del Fondo Monetario Internacional. Se trata de un nuevo compromiso en el marco de un compromiso anterior, con entidad suficiente, desde el propio Con-

venio constitutivo, para exigir un pronunciamiento expreso de adhesión. Al margen de la utilización por el capítulo tercero del título III de la Constitución de los términos tratado o convenio, lo determinante es la existencia de un acuerdo [«cualquiera que sea su denominación particular», según dispone el artículo 2.1.a) del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969, al que se adhirió España por Instrumento de 2 de mayo de 1972], en cuya virtud el Estado se obliga frente a otros Estados en el marco del Derecho internacional, lo que supone la asunción de una responsabilidad que, en la medida en que pueda quedar comprometido el libre ejercicio de las facultades propias de todo Estado soberano, sólo es conforme con las exigencias constitucionales, cuando se trata de las materias previstas en los artículos 93 y 94.1 CE si media la oportuna intervención de las Cortes Generales, en tanto que representantes del pueblo español (art. 66.1 CE). Constitucionalmente es irrelevante si ese compromiso se formaliza expresamente en un tratado o en la adhesión a una obligación nacida en el marco de un tratado que la hace posible pero no necesaria; lo determinante es que el Estado se comprometa a una conducta que hasta entonces no le era exigible en absoluto; y tal era el caso con las obligaciones a que se refiere el artículo 2 del Real Decreto-ley examinado.

En consecuencia, el artículo 2 del Real Decreto-ley 14/1998 es inconstitucional por infracción del artículo 94.1.d) de la Constitución.

7. Igualmente es apreciable la inconstitucionalidad del artículo 3 del Real Decreto-ley enjuiciado, pues en él se autoriza la ratificación de una enmienda (la cuarta) al propio Convenio constitutivo del Fondo Monetario Internacional. No se trata ya, como en el supuesto del artículo 2, de comprometer al Estado con obligaciones específicas en el marco de una obligación general, sino de modificar el texto normativo del que nace precisamente esta última, es decir, el Convenio al que se adhirió España en 1958. Por problemático que pueda resultar en ocasiones determinar si nos encontramos ante compromisos internacionales que son mera concreción de compromisos previos y más generales cuya asunción implica la de aquéllos, o ante obligaciones que, por afectar esencialmente a la ya asumida, requieren de un consentimiento particular y expreso, ha de afirmarse que la modificación por vía de enmienda de un Convenio ya integrado, ex artículo 96 CE, en el Ordenamiento nacional es una operación que sólo puede asumirse con las condiciones requeridas para la asunción de un nuevo compromiso; esto es, en los mismos términos en los que se asumió el Convenio de cuya modificación se trata o en los exigidos por la Constitución ahora vigente para la incorporación de un convenio de esas características, un convenio de los previstos en el artículo 94.1 CE.

Las características de este convenio determinan la impropiedad de la figura del decreto-ley para autorizar la prestación del consentimiento del Estado a una revisión de la naturaleza de la realizada por obra de la cuarta enmienda, defecto que no pudo dejar de advertirla el Gobierno, al iniciar para ella el procedimiento del artículo 94.1 CE antes de promulgar el Real Decreto-ley 14/1998 y continuarlo aun después de su promulgación.

Esa diferencia jurídica entre lo que supone la aprobación de las leyes y la autorización parlamentaria de tratados internacionales la afirma expresamente nuestro ATC 114/1991, de 11 de abril, FJ 3 in fine, cuando dice que «la aprobación de las Leyes que configura el supuesto de hecho de tal precepto [se refiere expresamente al artículo 91 CE], es una figura jurídica esencialmente distinta de la autorización parlamentaria de los Tratados internacionales, que es la regulada por el artículo 94 de nuestra Ley de Leyes».

El artículo 3 del Real Decreto-ley 14/1998 es, por tanto, igualmente inconstitucional por infracción del artículo 94.1.d) CE.

[...]

8. Procede ahora que nos ocupemos de la Ley 13/1999, de 21 de abril, promulgada como consecuencia de la tramitación del Real Decreto-ley 14/1998 por el procedimiento de urgencia previsto en el artículo 86.3 de la Constitución. Los Diputados recurrentes sostienen

que la virtual identidad de contenido entre la Ley 13/1999 y el Real Decreto-ley 14/1998 responde a la intención de solventar con aquélla los defectos de constitucionalidad padecidos por éste en razón de su inidoneidad como instrumento normativo para dar curso a la autorización prevista en el artículo 94.1 de la Constitución. En su opinión, sin embargo, ese efecto reparador nunca podría producirse, pues tampoco la Ley 13/1999 sería el cauce normativo constitucionalmente adecuado para formalizar la autorización previa del artículo 94.1 CE, toda vez que la misma no podría instrumentalizarse a través de cualesquiera procedimientos parlamentarios –ni siquiera el legislativo–, sino sólo mediante el previsto en los artículos 94.1 y 74.2 de la Constitución.

[...]

Las dudas de constitucionalidad planteadas en relación con la Ley 13/1999 tienen que ver, por un lado, con su aptitud para subsanar los defectos constitucionales del Real Decreto-ley 14/1998 y, por otro, con su condición de norma capaz de dar forma a la autorización parlamentaria exigida por el artículo 94.1 CE. Ambas cuestiones vienen determinadas en su solución, como es evidente, por el hecho de que, según acabamos de razonar, la materia objeto de regulación en los artículos 2 y 3 del Real Decreto-ley 14/1998 –y en sus homónimos de la Ley 13/1999– ha de encuadrarse en la categoría de los «tratados o convenios que impliquen obligaciones financieras para la Hacienda Pública» [art. 94.1 d) CE]. Ello supone, en cuanto a la primera de las dudas suscitadas, que la Ley 13/1999 no puede, en absoluto, subsanar el defecto radical padecido por el Real Decreto-ley 14/1998, consistente en ser expresión de una voluntad que en ningún caso puede imputarse a las Cortes Generales, sino únicamente al Gobierno y, eventualmente, tras la oportuna convalidación, a una sola de las dos Cámaras que integran el conjunto de las Cortes Generales. Admitir otra cosa supondría que las Cortes Generales validarían una autorización gubernativa que, así subsanada, habría producido plenos efectos desde un principio y que, por tanto, habría sido suficiente para hacer posible la integración de una norma internacional, de manera que ésta se habría incorporado al Ordenamiento con anterioridad a la autorización del Parlamento. Las Cortes Generales no autorizarían previamente la integración, como quiere el artículo 94.1 CE, sino que validarían una integración ya autorizada por el Gobierno y convalidada por el Congreso de los Diputados. De este modo, y como señalan los Diputados recurrentes, además de privarse a las Cortes Generales de su competencia exclusiva para autorizar la incorporación de determinadas normas internacionales antes de que ésta efectivamente se produzca, se comprometería gravemente el diseño del control preventivo de constitucionalidad de los tratados establecido en el artículo 95 CE, pues las Cortes Generales sólo tendrían ocasión de requerir una Declaración de este Tribunal acerca de la compatibilidad del tratado con la Constitución una vez que aquél ya hubiera sido objeto de compromiso por parte del Gobierno en el ámbito del Derecho internacional, y no antes como es propio de dicho control preventivo.

9. La Ley 13/1999 es fruto de la voluntad de las Cortes Generales. Se trata, pues, de una norma imputable a la misma voluntad que la requerida por el artículo 94.1 CE para la autorización previa de la prestación del consentimiento internacional del Estado. La competencia exclusiva de las Cortes Generales para autorizar esa prestación no es lo lesionado con el empleo de la ley, a diferencia de lo que sucede con la legislación gubernamental de urgencia. Pero en todo caso, y según resulta de lo dispuesto en el artículo 74.1 CE debe señalarse que la autorización previa de las Cortes Generales regulada en el artículo 94.1 CE corresponde al ejercicio de una competencia que la Constitución califica de no legislativa, de modo que no resulta constitucionalmente indiferente la utilización de un cauce constitucional para el ejercicio de una competencia, reservado constitucionalmente a un cauce distinto. La cuestión no es ya, en consecuencia, si se ha prescindido o no de la intervención de un órgano, sino si la concreta competencia ejercida por éste lo ha sido por el cauce específicamente previsto por la

*Constitución a esos efectos. En definitiva, si la Constitución impone, en el caso de la autorización requerida para la asunción de compromisos internacionales, además de una reserva orgánica, una reserva de procedimiento, por tratarse de ejercicio de competencias constitucionales distintas.*

*Para las autorizaciones previstas en el artículo 94.1 CE, el artículo 74.2 de la Constitución establece un procedimiento parlamentario específico y diverso del legislativo ordinario o común, del que singularmente le distingue la circunstancia de que la posición del Senado se define en términos de mayor equilibrio frente a la que habitualmente es propia del Congreso de los Diputados. Así, mientras que en el procedimiento legislativo es norma que, de acuerdo con el artículo 90.2 CE, las discrepancias entre ambas Cámaras pueden resolverse en último término por decisión de la mayoría simple de la Cámara baja –también cuando el Senado ejerce un veto que, en realidad, sólo retrasa por dos meses la eficacia suficiente de la mayoría simple del Congreso de los Diputados–, en el caso del artículo 94.1 se prevé que las discrepancias se superen por medio de «una Comisión mixta compuesta de igual número de Diputados y Senadores», cuya propuesta debe ser aprobada por la mayoría de cada Cámara, imponiéndose finalmente, si la discrepancia persiste, la del Congreso de los Diputados, pero sólo y siempre por mayoría absoluta (art. 74.2 CE).*

[...]

*No se trata de un posible vicio en el procedimiento legislativo, regulado por normas infraconstitucionales, que es el caso planteado en la STC 97/2002, de 25 de abril, salvado en aquel caso, sino de inadecuada elección del procedimiento mismo, directamente establecido en la Constitución.*

[...]

*(...)por mínimo que sea el contenido normativo que las Cortes Generales consideren oportuno que acompañe a la autorización previa para la que son requeridas en virtud del artículo 94.1 CE, el procedimiento parlamentario pertinente será el legislativo, común o especial, que venga impuesto, en su caso, por la materia a que dicho contenido se refiera.*

[...]

10. *Ello no significa, sin embargo, que la especificidad de este último procedimiento (y, por tanto, su condición de reservado) haya de ceder necesariamente ante el procedimiento legislativo, cuando así lo imponga la afectación de otras materias. Por el contrario, lo que se impone es la duplicidad de procedimientos, distinguiendo con claridad la autorización propiamente dicha y la tramitación parlamentaria de las medidas legislativas necesarias como consecuencia de la autorización, que siempre ha de ser anterior. En otro caso la utilización exclusiva de la ley como cauce jurídico en el que se reduzcan a unidad una autorización ex artículo 94 CE, por un lado, y las medidas legislativas necesarias para la mejor integración de la norma externa, por otro, no deja de suponer el apartamiento del específico procedimiento establecido en la Constitución, y en tal sentido reservado, para dicha autorización.*

[...]

*Ha decidido*

1.º *Estimar el recurso de inconstitucionalidad núm. 73/99, interpuesto contra los artículos 2 y 3 del Real Decreto-ley 14/1998, de 9 de octubre, de adhesión de España a diversos Acuerdos del Fondo Monetario Internacional, y, en consecuencia, declarar la inconstitucionalidad y nulidad de dichos preceptos.*

2.º *Estimar parcialmente el recurso de inconstitucionalidad núm. 3247/99, interpuesto contra la Ley 13/1999, de 21 de abril, de adhesión de España a diversos Acuerdos del Fondo Monetario Internacional en cuanto al artículo 2 de dicha Ley, y, en consecuencia, declarar la*

*inconstitucionalidad de dicho artículo, con el alcance definido en el fundamento jurídico 10 de esta Sentencia, desestimando el recurso en todo lo demás.*

**[Sentencia TC núm. 155/2005 (Pleno), de 9 de junio. Ponente: Ilmo. Sr. D. Vicente Conde Martín de Hijas.]**

F.: Aranzadi (Westlaw).

2006-2

**APLICACIÓN DE TRATADOS.—Tratados sucesivos concernientes a la misma materia. Artículo 30 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969. Interpretación de los términos del tratado por el juez nacional. Supuesto específico: ciudadanos uruguayos.**

#### *Fundamentos de Derecho*

*Segundo.—Frente a la sentencia de primera instancia que estima el recurso en base al Tratado de Reconocimiento, Paz y Amistad firmado entre España y Uruguay de 19 de julio de 1870, ratificado el 28 de enero de 1883, que equipara a los ciudadanos uruguayos con los españoles, y a la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2002 interpone el Abogado del Estado el presente recurso de apelación.*

*El fundamento central de la sentencia que se apela se halla en el artículo 8 del mencionado Tratado que dice que los súbditos españoles en la República Oriental del Uruguay y los ciudadanos de la República de España podrán ejercer libremente sus oficios y profesiones, poseer, comprar y vender por mayor y menor toda especie de bienes y propiedades, muebles e inmuebles; extraer del país sus valores íntegramente; disponer de ellos en vida o por muerte, y suceder en los mismos por testamento o abintestato, todo con arreglo a las leyes del país, en los mismos términos y bajo iguales condiciones y adeudos que usan o usaren los de la nación más favorecida, precepto que se considera esencialmente coincidente con otros análogos de las Convenios de Doble Nacionalidad de Chile (de 24 de mayo de 1958, ratificado por instrumento de 28 de octubre del mismo año) y Perú (de 16 de mayo de 1959, ratificado por instrumento de 15 de diciembre del mismo año), por lo que se aplica la jurisprudencia (sentencias del Tribunal Supremo de 7 de julio, 15 y 19 de noviembre de 1990, 18 de julio y 12 de noviembre de 1991, 25 de febrero de 1992 y 15 de septiembre de 1998) en la que se afirma que «el artículo séptimo del Tratado entre España y Perú de 16 de mayo de 1959 (y lo mismo puede decirse del Convenio firmado con Chile, según numerosa jurisprudencia) consagra el derecho de los Peruanos en España a “ejercer oficios y profesiones, gozando de protección laboral y de Seguridad Social”, cláusula que ha de ser respetada a tenor de lo dispuesto de la Ley orgánica 7/1985». De todo lo cual deduce la juzgadora a quo, en el mismo sentido que la sentencia TS de 10 de octubre de 2002, que los uruguayos, al igual que los peruanos y chilenos, no pueden quedar condicionados por la situación nacional de empleo y por ello han de ser equiparados a los ciudadanos españoles.*

*Tercero.—El artículo 96.1 de la Constitución, después de establecer que los Tratados internacionales, una vez celebrados, forman parte del ordenamiento interno, dispone que en cuanto a su derogación, modificación o suspensión ha de atenderse a las propias normas del Tratado o a las generales del Derecho Internacional, por lo que dentro de este último ha de atenderse al Convenio de Viena sobre Derecho de Tratados de 23 de mayo de 1969, cuyo artículo 30.3, para el supuesto de aplicación de Tratados sucesivos sobre la misma materia entre iguales partes, dispone que únicamente se aplicará el anterior en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con las del posterior.*

*En el caso de autos ello nos conduce a recordar que el Tratado de 1870 entre España y Uruguay no puede impedir la íntegra aplicación de la vigente legislación de extranjería, pues existen otros dos Tratados posteriores entre los países sobre materia semejante, que imponen la sujeción a la normativa vigente en dicha materia. Así, en el artículo 3.º del acuerdo sobre supresión de visados, canje de notas de 18 de diciembre de 1981, se dispone que la supresión del visado para los ciudadanos uruguayos no les exime de observar las Leyes y Reglamentos locales, concernientes al ingreso, permanencia y establecimiento de los extranjeros, dentro de cuyo régimen está inserto el régimen relativo a permisos de trabajo, pues el título II de la Ley Orgánica 4/2000 se titula «régimen jurídico de las situaciones de los extranjeros», y su capítulo III trata del permiso de trabajo. Y el artículo 14 del Tratado General de Cooperación y Amistad entre España y Uruguay de 23 de julio de 1992 establece: «Con sujeción a su legislación y de conformidad con el derecho internacional, cada Parte otorgará a los nacionales de la otra facilidades para la realización de actividades lucrativas, laborales o profesionales, por cuenta propia o ajena, en pie de igualdad con los nacionales del Estado de residencia o de trabajo necesarias para el ejercicio de dichas actividades.*

*La expedición de los permisos de trabajo laborales y profesionales, por cuenta ajena será gratuita», lo cual significa, no que se exime a los uruguayos de la sumisión al régimen de extranjería en materia de permisos de trabajo, sino que se otorga un trato preferencial a los uruguayos a la hora de otorgarlo, para guardar congruencia con lo cual se consideró como factor preferencial para la concesión del permiso de trabajo el tratarse de nacional de un país iberoamericano, en el artículo 77.2.b) del RD 155/1996 (en coherencia con el artículo 18.3.f) de la LO 7/1985). Es decir, después de que se hubiera suscrito dicho acuerdo apartado de 1392 se integró a los uruguayos en el factor preferencial de dicho precepto pero debía atenderse asimismo a la situación nacional de empleo.*

*Por lo demás, el artículo 38 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, exige que se tenga en cuenta la situación nacional de empleo para la concesión inicial del permiso de trabajo, sin que el supuesto de que el solicitante sea uruguayo se encuentre entre los supuestos específicos previstos en el artículo 40 en que aquella no se tiene en cuenta. Los artículos 70 y 71 del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, en que se contiene el Reglamento, reiteran aquellas prescripciones. En consecuencia, es lógico que se exija al empleador el certificado del servicio público de empleo donde se recoja la gestión de la oferta presentada [art. 81.1.2.e) del RD 864/2001], y que por no presentarlo se haya denegado la solicitud (art. 84 RD 864/2001). Ello es el modo de cumplir asimismo el mandato de conceder preferencia a los ciudadanos españoles y comunitarios capacitados para el desempeño del puesto de trabajo solicitado [art. 81.1.1.a) del RD 864/2001], y los compromisos derivados de la integración en la Unión Europea por parte de España.*

*La sentencia TS de 10 de octubre de 2002 se refiere a la anterior y derogada normativa de extranjería y desestima el recurso de casación porque solamente da respuesta a un único argumento del Abogado del Estado en el que trata de marcar la diferencia entre el Tratado con Uruguay de 1870 y los celebrados con Chile y Perú, sin que conste que se hubieran esgrimido otras alegaciones del tenor de las que ahora se formulan y que conducen a la consideración de que la actuación administrativa, en cuanto deniega el permiso de trabajo a la ciudadana uruguaya recurrente, es conforme a Derecho. Además, dicha sentencia no concuerda con la tendencia jurisprudencial anterior pues, incluso respecto a iberoamericanos de países que han concluido Tratados con España (peruanos, uruguayos, chilenos, argentinos, dominicanos), el Tribunal Supremo ha declarado que una cosa es la preferencia en la concesión del permiso de trabajo de los iberoamericanos y otra muy distinta que para gozar de la equiparación con los españoles han de residir y encontrarse legalmente en territorio español, pues aquella condición no les exime de la necesidad de proveerse de permiso de residencia en España o de obte-*

ner su previa exención (sentencias de 1 de diciembre de 1986, 13 de febrero y 4 de marzo de 1996, 4 de noviembre de 1997, 29 de enero y 22 de octubre de 1998, 7 de octubre de 1999, 18 de febrero y 20 de junio de 2000, 25 de enero de 2001) en esta última sentencia de 5 de enero de 2001, por ejemplo, se declara que ha de seguirse al respecto la jurisprudencia del propio Tribunal Supremo que se ha pronunciado en el sentido de que para que se les otorgue permiso de trabajo, los ciudadanos iberoamericanos (en el caso se trataba de un chileno) deben obtener el visado de residencia o una declaración de que se encuentran exentos de dicha obligación. Y en la de 20 de junio de 2000 asimismo se proclamó que al declarar la sentencia del TSJ que confirmó que la solicitante (de nacionalidad peruana) estaba obligada a presentar el oportuno visado para obtener el permiso de trabajo, no ha hecho otra cosa que aplicar la norma y la jurisprudencia reiterada de la propia Sala 3.<sup>a</sup> del TS.

En consecuencia, una vez que los más recientes Tratados suscritos con Uruguay someten a los ciudadanos de dicho país a la normativa vigente en materia de extranjería ha de hacerse hincapié en que la equiparación de derechos entre nacionales y extranjeros no es plena constitucionalmente sino que responde al standard mínimo que rige en otros países de nuestro entorno socio-político. Así todos aquellos derechos atribuidos a los individuos independientemente de su nacionalidad derivados de su carácter de persona humana (derecho a la vida, a la intimidad física y moral) garantizados por los Tratados y Pactos internacionales están reconocidos a los ciudadanos extranjeros. Pero, además de limitaciones constitucionales (como el artículo 23 de la CE, en relación con el artículo 13.2) existen los llamados derechos no absolutos en lo que el control del Estado no ha desaparecido por completo pudiendo ser objeto su ejercicio y disfrute de restricciones por los Estados, con la sola exigencia previa de que una ley determine su exacto alcance y contenido (art. 13 CE). Así el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse respecto a que «constitucionalmente no resulta exigible la igualdad de trato entre los extranjeros y los españoles en materia de acceso al trabajo “sino” solo, con excepciones, una vez producida la contratación» (sentencia 107-84 de 23 de noviembre, posteriormente reiterado en Sentencias 99-85, 115-87, 94-93, 116-93, 12-94 y 242-94).

Además ni la «Carta Social Europea» ni el «Convenio europeo del Estatuto Jurídico del Trabajador emigrante», ambos signados por España, comportan al extranjero mas que el derecho a no ser discriminado respecto al nacional en el ámbito protector de la seguridad social y la legislación laboral (desempleo, despido...). Se parte de la necesidad de la autorización previa al trabajo, o, en su caso, a la residencia, por la autoridad de cada país (art. 8 Convenio Europeo de 24 de noviembre de 1977).

Como hemos visto, la nueva ordenación, no obstante respetar los escasos Convenios y Tratados de establecimiento suscritos entre España y diversos Estados, sigue inspirada, al igual que la anterior, por la atención al mercado nacional de trabajo vinculando permisos de residencia y permiso de trabajo, por lo que es lógico que en función de ello se haya denegado el permiso de trabajo a la recurrente.

**[Sentencia TSJ Galicia núm. 516/2004 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.<sup>a</sup>), de 23 de junio. Ponente: Ilmo. Sr. D. Fernando Seoane Pesqueira.]**

F.: Aranzadi (Westlaw), JUR 2005/193885.

En este mismo sentido:

**[Sentencia TSJ Comunidad Valenciana núm. 190/2004 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.<sup>a</sup>), de 7 de julio de 2004. Ponente: Ilmo. Sr. D. Fernando Nieto Martín.]**

F.: Aranzadi (Westlaw), JUR 2005/1601.

**[Sentencia TSJ Madrid núm. 744/2005 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª), de 8 de junio de 2005. Ponente: Ilma. Sra. D.ª Francisca M.ª Rosas Carrión.]**

F.: Aranzadi (Westlaw), JUR 2005/178779.

**[Sentencia TSJ Cataluña núm. 508/2005 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª), de 8 de junio de 2005. Ponente: Ilmo. Sr. D. Alberto Andrés Pereira.]**

F.: Aranzadi (Westlaw), JUR 2005/181672.

2006-3

**APLICACIÓN DE TRATADOS.—Tratados sucesivos concernientes a la misma materia. Artículo 30 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969. Interpretación de los términos del tratado por el juez nacional. Supuesto específico: ciudadanos uruguayos.**

#### *Fundamentos de Derecho*

*Segundo.—La sentencia de instancia para la solicitud de permiso de trabajo y residencia por parte de una ciudadana de Uruguay y lo concede en base a los criterios marcados por el Tribunal Supremo (Sala Tercera Sección Cuarta) de 10 de octubre de 2002, rec. 2806/1998 cuando estableció a modo de resumen «... El TS declara que no ha lugar al recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia dictada por TSJ que anuló las resoluciones administrativas por las que se había denegado el permiso de trabajo solicitado por el actor ahora recurrido. La Sala, que no acoge el único motivo de casación alegado por el Abogado del Estado, manifiesta que, determinándose en el convenio celebrado entre España y Uruguay en 1870, en términos sustancialmente iguales a lo establecido en los convenios habidos entre España y Perú y Chile, la misma remisión a la legislación española sobre trabajo y seguridad social, el derecho a trabajar en España está ampliamente reconocido en tales convenios, como se advierte de su propia letra, al expresar que los ciudadanos de esos países podrán ejercer libremente sus oficios y profesiones...».*

*Tercero.—La sentencia establece como análisis de la cuestión que en un supuesto análogo al objeto de este recurso, se pronuncia la sentencia de fecha 31 de octubre de 1997 del TSJ de Madrid, al señalar en sus fundamentos jurídicos «Segundo.—La recurrente alega, en primer lugar, la existencia de un tratado de Reconocimiento, Paz y Amistad firmado entre España y Uruguay de 28 de enero de 1883, cuando en realidad es de 19 de julio de 1870, ratificado en la citada fecha de 28 de enero de 1883; y en el artículo 8 del mencionado Tratado se dice que los súbditos españoles en la República Oriental del Uruguay y los ciudadanos de la República de España podrán ejercer libremente sus oficios y profesiones, poseer, comprar y vender por mayor y menor toda especie de bienes y propiedades, muebles e inmuebles; extraer del país sus valores íntegramente; disponer de ellos en vida o por muerte, y suceder en los mismos por testamento o abintestato, todo con arreglo a las leyes del país, en los mismos términos y bajo iguales condiciones y adeudos que usan o usaren los de la nación más favorecida.*

*Si comparamos este texto con los respectivos de los Convenios de Doble Nacionalidad de Chile (de 24 de mayo de 1958, ratificado por Instrumento de 28 de octubre del mismo año) y Perú (de 16 de mayo de 1959, ratificado por instrumento de 15 de diciembre del mismo año), vemos que en el artículo 7 del Convenio con Chile se establece que los españoles en Chile y los chilenos en España podrán especialmente: viajar y residir en los territorios respectivos, esta-*

*blecerse donde quiera que lo juzguen conveniente para sus intereses, adquirir y poseer toda clase de bienes muebles e inmuebles, ejercer todo género de industria; comerciar tanto al por menor como al por mayor: ejercer oficios y profesiones, gozando de protección laboral y de seguridad social, y tener acceso a las autoridades de toda índole y a los Tribunales de Justicia, todo ello en las mismas condiciones que los nacionales. El ejercicio de estos derechos queda sometido a la legislación del país en que tales derechos se ejercitan.*

*En cuanto al Convenio con Perú, el artículo 7.º reproduce literalmente el texto del artículo 7 del Convenio con Chile.*

*Comparando los tres textos, aparte de la identidad de los dos últimos, el Tratado con Uruguay tiene el mismo contenido y, sobre todo, declara que los súbditos españoles en la República Oriental del Uruguay y los ciudadanos de la República de España podrán ejercer libremente sus oficios y profesiones, es decir, exactamente igual que los Convenios con Chile y Perú.*

*El estudio comparativo entre los dos Convenios de Chile y Perú, y el Tratado con Uruguay, realizado en el anterior fundamento jurídico, tiene como finalidad aplicar a Uruguay los mismos criterios jurisprudenciales que en los supuestos de los otros dos países, puesto que el texto es idéntico, y existe una consolidada doctrina jurisprudencial (Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de julio, 15 y 19 de noviembre de 1990, 18 de julio y 12 de noviembre de 1991) en la que se afirma que el artículo séptimo del Tratado entre España y Perú de 16 de mayo de 1959 (y lo mismo puede decirse del Convenio firmado con Chile, según numerosa jurisprudencia) consagra el derecho de los Peruanos en España a «ejercer oficios y profesiones, gozando de protección laboral y de Seguridad Social», cláusula que ha de ser respetada a tenor de lo dispuesto de la Ley Orgánica 7/1985. De modo que no se trata de una simple remisión desde el Convenio a la normativa española, como ocurre en otros Convenios, sino que el Tratado con Perú, incluye una remisión específica del contenido propio, y no solo una abstracta remisión a la legislación de los Estados firmantes*

*Es cierto que en el Tratado con Uruguay no figura la remisión específica a la protección laboral y de Seguridad Social, pero el ejercicio libre de profesión u oficio ha de situarse en el momento histórico en el que se pacta, y en 1879 no existía en España Seguridad Social y la protección laboral era más bien escasa. Por eso puede entenderse que nos encontramos ante un derecho de ejercicio de la profesión u oficio exactamente igual en los tres casos, y que no existe en otros Convenios como los de Bolivia, –Costa Rica, República Dominicana, Argentina, Ecuador, etc.*

*Tales consideraciones llevan al Tribunal Supremo a colocar a los ciudadanos peruanos, en tanto se encuentre vigente el citado Convenio Internacional, en la misma situación que los ciudadanos españoles para obtener el permiso de trabajo, no siendo posible denegarlos, como hacen las resoluciones impugnadas, en base a que su concesión no resulte conveniente para la situación nacional de empleo. Este Tribunal asume la postura adoptada por el Tribunal Supremo lo que le lleva a estimar el recurso anulando las resoluciones impugnadas, y ello al margen de toda otra consideración sobre la insuficiencia de justificar tal denegación en informes estereotipados y con genéricas expresiones para fundar la denegación tales como «no son suficientes las circunstancias que concurren en el caso».*

*Cuarto.–La Abogacía del Estado conoce la doctrina del Tribunal Supremo y entiende que el Alto Tribunal examinó una concreta situación que entiende ha variado desde el análisis de los hechos que dieron lugar a las sentencias de los Tribunales Superiores citados y del Tribunal Supremo, lo que pretende en el presente recurso de apelación es que la Sala haga un análisis partiendo del nuevo Tratado General de Cooperación y Amistad, de 23 de julio de 1992, al que debe estarse en el caso que nos ocupa.*

*El artículo 14 de este Tratado de 1992 dispone que «con sujeción a su legislación y de conformidad con el Derecho Internacional, cada Parte otorgará a los nacionales de la otra facilidades para la realización de actividades lucrativas, laborales o profesionales, por cuenta*

*propia o ajena, en pie de igualdad con los nacionales del Estado de residencia o de trabajo necesarias para el ejercicio de dichas actividades. La expedición de los permisos de trabajo laborales y profesionales, por cuenta ajena será gratuita». Por último, añade que las respectivas autoridades garantizarán el efectivo goce de las facilidades mencionadas, sujeto al criterio de reciprocidad.*

*Por tanto, lo que parece que las partes se comprometen a otorgar a los nacionales de la otra son «facilidades» para la realización de actividades lucrativas, laborales o profesionales, se consagra la gratuidad en la expedición de permisos de trabajo laborales y profesionales y la sujeción al principio de reciprocidad en el efectivo goce de las aludidas facilidades, pero no se establece directamente un derecho a «ejercer libremente sus oficios y profesiones», como se hacía en el antiguo Tratado de 1870 invocado en la Sentencia apelada.*

*La existencia de acuerdos posteriores al Tratado de 1870 entre España y Uruguay sobre la misma materia regulada en su artículo 8, conlleva también la necesidad de analizar las normas existentes en Derecho Internacional relativas a la aplicación de tratados sucesivos entre las mismas partes.*

*Esta cuestión está regulada en el artículo 30 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, cuyo título es «aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia», y cuyo apartado tercero in fine dispone que: «el tratado anterior se aplicará únicamente en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con las del tratado posterior».*

*En el caso de Uruguay, las disposiciones posteriores al Tratado de 1870 sobre la misma materia regulada en su artículo 8 son:*

a) *En primer lugar, el Acuerdo sobre la supresión de visados entre España y Uruguay, celebrado mediante Canje de Notas de 18 de diciembre de 1981 y publicado en el Boletín Oficial del Estado, de 24 de junio de 1982. Su apartado Y dispone clara y terminantemente que «la supresión de visado –por un período máximo de noventa días– no exime a los ciudadanos uruguayos que se dirijan a España de la obligación de observar las Leyes y reglamentos locales, concernientes al ingreso, permanencia y al establecimiento de los extranjeros». Por su parte, el apartado 5 dispone que «Las concesiones de visados que autoricen el establecimiento definitivo en España, o por un período superior a los tres meses, quedarán sujetas a las normas españolas en vigor...».*

b) *Asimismo debe tenerse en cuenta el ya citado nuevo Tratado General de Cooperación y Amistad entre España y Uruguay, de 23 de julio de 1992, publicado en el Boletín Oficial del Estado de 2 de junio de 1994. En concreto, su artículo 14 dispone, como hemos visto, que «Con sujeción a su legislación y de conformidad con el derecho internacional, cada Parte otorgará a los nacionales de la otra facilidades para la realización de actividades lucrativas laborales o profesionales, por cuenta propia o ajena, en pie de igualdad con los nacionales del Estado de residencia o de trabajo necesarios para el ejercicio de dichas actividades».*

*En virtud de lo dispuesto en esta normativa convencional, y de conformidad con el artículo 30 de la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados, la aplicación del artículo 8 del Tratado de 1870 entre España y Uruguay habrá de hacerse únicamente en la medida en que su aplicación no sea incompatible con los preceptos pertinentes de los dos tratados posteriores entre los dos países sobre la misma materia, a saber, los apartados 3 y 5 del Acuerdo de supresión de visados entre España y Uruguay de 1961 y el artículo 14 del Tratado general de cooperación y amistad entre España y Uruguay de 1992.*

*En la medida en que de dichos preceptos se desprende que la entrada, permanencia y trabajo de los ciudadanos uruguayos en España deberá hacerse en todo caso con arreglo a la legislación española en materia de extranjería, resulta de aplicación normativa aplicada por la resolución impugnada, y con base en ella resulta también conforme a Derecho la denegación del permiso a una ciudadana uruguaya que no cumple los requisitos establecidos por nuestra legislación de extranjería, tal y como acontece en el caso de autos.*

*Quinto.—En definitiva lo que se pide a la Sala en el presente recurso de apelación es determinar en qué forma, modo y medida el Tratado General de Cooperación y Amistad entre España y Uruguay de 1992 ha afectado el contenido e interpretación del tratado de Reconocimiento, Paz y Amistad firmado entre España y Uruguay de 19 de julio de 1870, ratificado en la citada fecha de 28 de enero de 1883.*

Ciertamente el artículo 18 del Tratado de 23 de julio de 1992 General de Cooperación y Amistad entre el Reino de España y la República Oriental del Uruguay, Anexo y Acuerdo Económico integrante del mismo (BOE 131/1994, de 2 de junio de 1994) mantiene la vigencia de los Tratados y Acuerdos anteriores en tanto no resulten incompatibles, es decir, sigue vigente el Tratado de 1870, del Tratado de 1992 la Abogacía del Estado manifiesta que la legislación ha cambiado y a lo único que se compromete el Estado Español respecto a los Uruguayos en España en el artículo 14 es «... Con sujeción a su legislación y de conformidad con el derecho internacional, cada Parte otorgará a los nacionales de la otra facilidades para la realización de actividades lucrativas, laborales o profesionales, por cuenta propia o ajena, en pie de igualdad con los nacionales del Estado de residencia o de trabajo necesarias para el ejercicio de dichas actividades. La expedición de los permisos de trabajo laborales y profesionales, por cuenta ajena será gratuita...», es decir, a dar «facilidades», no obstante, aplicarles íntegramente la legislación de extranjería no se puede afirmar que sea dar «facilidades» a los uruguayos, dar facilidades significaría concederles el permiso de trabajo y residencia salvo excepciones como pueden ser actividades delictivas, etc., es decir, analizando en su conjunto el artículo 8 del Tratado de 1870 y 14 de 1992 la Administración no puede denegar el permiso de trabajo y residencia a un uruguayo con una simple certificación de existencia de demandantes de empleo en el sector de empleadas del hogar, tengamos en cuenta que el artículo 14 conectando con el artículo 8 del Tratado de 1870 nos dice «... en pie de igualdad con los nacionales del Estado de residencia o de trabajo necesarias para el ejercicio de dichas actividades...», además, la Sala entiende que el Tratado de 1992 va más allá de dar simples facilidades a los uruguayos sino que analizado en su conjunto quiere dar a los nacionales de este Estado un trato jurídico similar a los ciudadanos de los Estados de la Unión Europea al menos en materia de permisos de trabajo y residencia, la prueba nos la ofrece el artículo 15 del propio Tratado de 1992 «... Los nacionales españoles y uruguayos podrán votar en las elecciones municipales del Estado en que residen y del que no son nacionales, con sujeción a lo dispuesto en la legislación de dicho Estado...» si bien el precepto precisa de un acuerdo complementario entre ambos estados vemos que la perspectiva del mismo va más allá de un simple Tratado de Amistad y Cooperación, igualmente con objeto de dar «facilidades» y siguiendo la perspectiva de equiparar a los ciudadanos uruguayos con el resto de ciudadanos de la Unión Europea la existencia del Instrumento de ratificación del Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República Oriental del Uruguay, hecho en Montevideo el 1 de diciembre de 1997 (BOE 47/2000, de 24 de febrero de 2000), o el hecho previsto en el artículo 13 «... en aquellos países en los que no existan oficinas consulares de una de las Partes, sus nacionales podrán acudir a la oficina consular de la otra y solicitar asistencia...» sobre asistencia consular mutua.

En definitiva, la Sala tras examinar la normativa citada por la Abogacía del Estado entiende que se debe mantener la sentencia recurrida a pesar del Tratado de 1992 que se acaba de estudiar.

**[Sentencia TSJ Comunidad Valenciana núm. 99/2005 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.<sup>a</sup>), de 26 de enero. Ponente: Ilmo. Sr. D. Edilberto José Narbón Lainez.]**

F.: Aranzadi (Westlaw), JUR 2005/81810.

R.E.D.I., vol. LVIII (2006), 1

En este mismo sentido:

**[Sentencia TSJ Cataluña núm. 1105/2004 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª), de 23 de septiembre. Ponente: Ilma. Sra. D.ª Ana Rubira Moreno.]**

F.: Aranzadi (Westlaw), JUR 2004/281847.

**[Sentencia TSJ Castilla-La Mancha núm. 10022/2005 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª), de 14 de febrero. Ponente: Ilmo. Sr. D. Vicente Rouco Rodríguez.]**

F.: Aranzadi (Westlaw), JUR 2005/91837.

**Nota:** Desde hace ya algunos años los tribunales españoles han venido conociendo de una serie de asuntos relativos al reconocimiento de permisos tanto de trabajo como de residencia de ciudadanos latinoamericanos cuyas solicitudes se sustentaban, en muchas de estas ocasiones, en base a la aplicación de convenios internacionales de cooperación y amistad procedentes del siglo XIX. El objeto de dichos convenios no era otro que el reconocimiento mutuo de una serie de derechos que venían a materializar una condición análoga, si no idéntica, a la de nación más favorecida, concediendo tales derechos en pie de igualdad con los nacionales del propio Estado. Estos derechos que en distintos momentos fueron ampliamente reconocidos a los emigrantes españoles en cumplimiento de los citados convenios son objeto de un renovado debate con ocasión de los movimientos migratorios que en la actualidad se vienen desarrollando desde distintos países latinoamericanos hacia España. Muchos de estos países observan con cierta perplejidad la no aplicación de tales convenios respecto de sus ciudadanos en base a las dudas existentes respecto de la vigencia actual de tales convenios. Y ello, porque en ocasiones, el contenido de estos convenios, pese a no haber sido explícitamente derogado, ha resultado, cuando menos, fuertemente matizado por la existencia de acuerdos adoptados con posterioridad sobre la misma materia. En este sentido, la labor desarrollada por nuestros tribunales a lo largo de 2004 y primer semestre de 2005 ha venido a ser reflejo en esta ocasión de una controversia surgida en torno a la vigencia del Tratado de Reconocimiento, Paz y Amistad entre la República Oriental del Uruguay y España de 1870, así como, en su caso, a las implicaciones que ello pudiera tener en la legislación española y en las obligaciones contraídas por España respecto de la Unión Europea, mediante una diversa y poco uniforme jurisprudencia en la que se ha venido a interpretar de manera difícilmente conciliable la cuestión de los derechos asignados a los ciudadanos uruguayos por la normativa internacional, llegando dicha cuestión hasta el mismo Congreso de los Diputados como consecuencia de diversas iniciativas parlamentarias (BOCG. Congreso de los Diputados núm. D-176 de 23 de marzo de 2005, p. 170; BOCG. Congreso de los Diputados núm. D-227, de 23 de junio de 2005, p. 499; BOCG. Congreso de los Diputados núm. D-338, de 21 de febrero de 2006, p. 309) y de una proposición no de ley (BOCG. Congreso de los Diputados núm. D-179 de 4 de abril de 2005, p. 9; BOCG. Congreso de los Diputados núm. D-195, de 4 de junio de 2005, p. 11; BOCG. Congreso de los Diputados núm. 458, de 21 de diciembre de 2005, p. 32; BOCG. Congreso de los Diputados núm. D-317, de 11 de enero de 2006, p. 10). Y todo ello, pese a que dicha realidad venga suscitada, cuando menos parcialmente, por una Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2002 mediante la cual este Alto Tribunal llegaba a la conclusión de que en lo tocante a dicho Tratado de 1870 eran de aplicación los mismos criterios jurisprudenciales aplicables a los Convenios de Chile (de 24 de mayo de 1958, ratificado por instrumento de 28 de octubre del mismo año) y Perú (de 16 de mayo de 1959, ratificado por instrumento de 15 de diciembre del mismo año) respecto de los cuales ya había tenido ocasión de pronunciarse, considerando también que en ellos se incluía «una remisión específica del contenido propio, y no sólo una abstracta remisión a la legislación de los Estados firmantes». Así concluía que, de acuerdo con

una consolidada jurisprudencia de esa sala [Sentencias de 21 de mayo de 1990 (RJ 1990, 4003), 23 de febrero de 1991 (RJ 1991, 1364), 25 de febrero de 1992 (RJ 1992, 1034) y 22 de diciembre de 1995 (RJ 1995, 9684)] la remisión a la legislación española efectuada por este tipo de tratados afectaba al ejercicio de la actividad, pero no a la titularidad del derecho a trabajar en España, «*que está amplia y suficientemente recogido en los Convenios con Chile y Perú, y también en similares términos por el Convenio con Uruguay, como se advierte de su propia letra*». Ello parecía abrir las puertas a los ciudadanos de estos países al ejercicio de todo tipo de actividades lucrativas en pie de igualdad con los ciudadanos españoles.

Ante este panorama, la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia a lo largo de 2004 parecía venir a poner en tela de juicio tal determinación del Alto Tribunal pues, demostrando una uniformidad posteriormente abandonada, venía a considerar que el citado Tratado de 1870 no podía considerarse aisladamente al margen del resto de convenios, posteriormente adoptados, vigentes entre estos países sobre la misma materia. En este sentido, el Acuerdo sobre supresión de visados, recogido en el Canje de Notas de 18 de diciembre de 1961 (BOE núm. 150 de 24 de junio de 1982, 17333) afirmaba en su artículo 3 que «*la supresión de visado*—por un período máximo de noventa días—*no exime a los ciudadanos uruguayos que se dirijan a España de la obligación de observar las Leyes y reglamentos locales, concernientes al ingreso, permanencia y al establecimiento de extranjeros*» y en su artículo 5 que «*las concesiones de visados que autoricen el establecimiento definitivo en España, o por un período superior a los tres meses, quedarán sujetas a las normas españolas en vigor*». El Tratado General de Cooperación y Amistad entre España y Uruguay de 23 de julio de 1992, por su parte, recogía que «*con sujeción a su legislación y de conformidad con el derecho internacional, cada Parte otorgará a los nacionales de la otra facilidades para la realización de actividades lucrativas, laborales o profesionales, por cuenta propia o ajena, en pie de igualdad con los nacionales del estado de residencia o de trabajo necesarias para el ejercicio de dichas actividades. La expedición de los permisos de trabajo y profesionales, por cuenta ajena será gratuita*», situándonos *a priori* ante un panorama bien distinto al dibujado por el Alto Tribunal. Sin embargo, ahondando más si cabe en la confusa situación de la normativa finalmente aplicable al caso, la jurisprudencia de ciertos Tribunales Superiores de Justicia en este primer semestre de 2005 ha venido a dar un nuevo giro haciendo suya tardíamente la posición del Tribunal Supremo pese a la existencia de los citados convenios posteriormente adoptados. En definitiva, el panorama jurisprudencial no ha resultado pacífico, trasladando sus efectos a la esfera política donde parece haberse encauzado con la determinación de crear una Comisión de Alto Nivel mediante la cual dar respuesta a las dudas surgidas en torno a esta cuestión.

Desde la perspectiva del Derecho internacional público son dos las cuestiones que retienen nuestra atención respecto al fondo de esta situación: en primer lugar, la aplicación por parte de los tribunales nacionales de los preceptos recogidos en el artículo 30 del Convenio de Viena sobre Tratados relativos a la aplicación de tratados sucesivos concernientes a una misma materia; en segundo lugar, la interpretación que estos tribunales efectúan de los términos recogidos en dichos tratados.

El fondo de la cuestión suscitada en torno a la situación de los ciudadanos uruguayos, como hemos podido comprobar, viene determinado por la existencia de una serie de acuerdos como son el Tratado de Reconocimiento, Paz y Amistad de 1870, el Canje de Notas de 18 de diciembre de 1961 y el Tratado General de Cooperación y Amistad entre España y Uruguay de 23 de julio de 1992, lo que ha llevado a los Tribunales a considerar acertadamente de aplicación lo dispuesto en el artículo 30 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Sin embargo, esta afirmación no resulta tan simple a la hora de llevarse a efecto como pueda identificarse de la transcripción de las diferentes sentencias pues tras la aparente sencillez de la citada disposición se advierte una compleja estructura, plagada de remisiones y reenvíos a otros artículos, que es necesario desenmarañar progresivamente en la medida que com-

pletan la aplicación de los tratados sucesivos concernientes a la misma materia (LÓPEZ MARTÍN, A. G., *Tratados sucesivos en conflicto: criterios de aplicación*, Servicio de Publicaciones UCM, Madrid 2002, p. 105). En este sentido, en primer lugar, habría de estarse a lo dispuesto por el artículo 54 del Convenio de Viena respecto de la terminación de alguno de los tratados anteriores por disposición expresa bien en el propio tratado posterior bien al margen de éste como consecuencia de un acuerdo entre las partes. No siendo así en el caso que nos ocupa, habría de confirmarse si nos encontramos ante alguno de los supuestos del artículo 59 del mismo convenio en el que se recoge la posibilidad de una terminación implícita, bien por desprenderse del tratado posterior o de otro modo que esa hubiera sido la intención de las partes, bien por el hecho de que las disposiciones de los diferentes tratados sean incompatibles hasta el punto de no poder aplicarse simultáneamente. Y todo ello, porque de concluirse que esto fuera así no cabría esperar la aplicación del artículo 30 al no darse el presupuesto básico de su aplicación, pues no nos encontraríamos ante la existencia concurrente de dos tratados en vigor. Por tanto, sólo una respuesta negativa a este respecto haría entrar en juego el conjunto de disposiciones recogidas en el artículo 30 del Convenio de Viena. La plasmación de la voluntad de las partes en el artículo 18 del Tratado General de 1992 al afirmar su deseo de mantener la vigencia de todos los acuerdos en la medida en que éstos sean compatibles entre sí nos lleva a descartar tal posibilidad, mientras que, por otra parte, la posible incompatibilidad de los diferentes tratados y la imposibilidad material de su aplicación nos trasladarían a la necesidad de interpretar las diferentes disposiciones de los mismos, extremo como veremos igualmente necesario en la aplicación del apartado 3 del artículo 30 del Convenio de Viena.

El apartado segundo del artículo nos situaría ante la necesidad de analizar la posible existencia de las cláusulas de relación entre los diferentes tratados, a las que habría de estarse en caso de existir. En este sentido, el profesor Remiro Brotons ha identificado cinco tipos diferentes de dichas cláusulas, según se dispongan la exclusión, la prioridad, la recepción, la subordinación o la compatibilidad con otros tratados (REMIRO BROTONS, A.; RIQUELME CORTADO, R. M.; ORIHUELA CALATAYUD, E.; DÍEZ-HOCHLEITNER, J., y PÉREZ-PRAT DURBÁN, L., *Derecho Internacional*, McGraw Hill, Madrid, 1997, p. 394). La duda que suscita este caso viene determinada por la previsión del artículo 18 del Tratado General de 1992 en el cual se recoge que «sin perjuicio de las disposiciones establecidas en el presente Tratado, las Partes acuerdan que, en lo que no fuere incompatible con el mismo, mantienen plenamente vigentes los convenios celebrados con anterioridad». Esta previsión recuerda mucho a lo recogido en el apartado 3 del artículo 30 del Convenio de Viena, con la salvedad hecha de que en esta ocasión nos encontramos ante la expresión de la voluntad de las partes y no ante la aplicación de una disposición ajena al propio tratado. Sin embargo, a los efectos de la interpretación de dicho precepto, de acuerdo a lo establecido en el artículo 31 apartado segundo del Convenio de Viena, puede resultar de ayuda la consideración del preámbulo en lo que afirma que la razón del mismo pondría «de relieve la exigencia de completar mediante un Tratado de carácter general que abarque lo dispuesto en virtud de Acuerdos específicos en vigor o que se concluyan en base a este Tratado, y en cumplimiento de los términos del Acta de Bases del Tratado de Cooperación y Amistad entre Uruguay y España». La plasmación expresa de la voluntad de las partes permite afirmar que nos encontramos ante algún tipo de cláusula que conduce a la necesidad de atender la voluntad en ella plasmada. Sin embargo, de lo transcrito no resulta evidente la calificación de ésta pues, por una parte, sería posible considerar que nos encontramos ante algo a medio camino entre las cláusulas de compatibilidad y las cláusulas de complemento de otro tratado, susceptible de ser incluido en el apartado segundo del artículo 30 del Convenio de Viena en la medida en que proclama su respeto a otro tratado (LÓPEZ MARTÍN, A. G., *Tratados sucesivos en conflicto: criterios de aplicación*, Servicio de Publicaciones UCM, Madrid, 2002, pp. 141-142) y pudiéndose afirmar la intención de las partes de renunciar a la prevalencia en términos absolutos del tratado posterior (REMIRO

BROTÓNS, A.; RIQUELME CORTADO, R. M.; ORIHUELA CALATAYUD, E.; DÍEZ-HOCHLEITNER, J., y PÉREZ-PRAT DURBÁN, L., *Derecho Internacional*, McGraw Hill, Madrid, 1997, pp. 394-395) mientras que, por otra parte, no resultaría descabellado considerar que nos encontramos ante una cláusula de primacía; cláusula que, bien por quedar subsumida en el régimen de la *lex posterior* recogido en el párrafo 3 del artículo 30 Convenio de Viena bien por situarse en el contexto de la terminación de tratados o bien por su nula eficacia frente a la autonomía de la voluntad de las partes, quedaría excluida del contenido del párrafo segundo del artículo 30 (LÓPEZ MARTÍN, A. G., *Tratados sucesivos en conflicto: criterios de aplicación*, Servicio de Publicaciones UCM, Madrid, 2002, p. 142 y ss.). Es pues de acuerdo a esta segunda posibilidad sólo que podría entenderse la directa referencia efectuada por los tribunales al precepto recogido en el apartado 3 del artículo 30 del Convenio de Viena, pues de lo contrario cabría pensar que una vez más la aplicación efectuada por los jueces nacionales desconoce el *iter* propio de la aplicación del derecho internacional, sujeto a principios propios demasiadas veces desconocidos por los tribunales nacionales.

Sea cual sea el devenir deductivo recorrido por el juzgador para llegar a la solución finalmente observada, la cuestión deriva en la segunda de las materias inicialmente reseñadas: la interpretación de los términos recogidos en los diferentes convenios como ejercicio necesario bien para posibilitar una aplicación que permita la coexistencia de las disposiciones concurrentes de acuerdo al entendimiento de que la cláusula relacional responde al deseo de hacer compatibles los diferentes convenios, bien, en su caso, para la determinación de la compatibilidad o incompatibilidad de las disposiciones de los sucesivos convenios que permita la aplicación de la máxima *lex posterior derogat priori* consagrada en el apartado 3 del artículo 30 del Convenio de Viena según la segunda de las posibilidades anteriormente identificadas, sin descartar *a priori* la posibilidad de que de acuerdo al artículo 59 del mismo Convenio de Viena finalmente nos encontremos ante la necesidad de dar por terminado o suspendido alguno de los tratados anteriores. En cada uno de los casos resulta evidente que el objeto y fin de dicha interpretación serán diferentes.

La aplicación de este apartado 3 del artículo 30 del Convenio de Viena y la identificación de la compatibilidad o incompatibilidad entre los diferentes tratados en él recogida no resulta una labor exenta de problemas. Ésta no debe entenderse como algo ajeno a las reglas generales de interpretación de tratados y, por tanto, deberá preconizarse la determinación y precisión del sentido y alcance de dichas disposiciones, a los fines de establecer el *consensus* de los Estados expresado en el tratado, atendiendo para ello a una triple consideración, en primer lugar, del texto del tratado como expresión auténtica del citado consenso de los Estados partes; en segundo lugar, del elemento subjetivo de la intención de los Estados partes y, finalmente, de la noción del objeto y fin del tratado (GONZALEZ CAMPOS, J. D.; SANCHEZ RODRIGUEZ, L. I., y ANDRES SAENZ DE SANTA MARÍA, P., *Curso de Derecho Internacional Público*, Civitas, 2.<sup>a</sup> ed. Revisada, Madrid 2002, pp. 307-309). La concreta labor de identificación de compatibilidades o incompatibilidades entre las disposiciones a analizar aconseja en este caso concreto primar el primero y el último de los elementos de interpretación frente al segundo de ellos pues la concreta finalidad aquí buscada justifica dicha aplicación preferente de unos criterios objetivos y teleológicos frente a otros primordialmente subjetivos (LÓPEZ MARTÍN, A. G., *Tratados sucesivos en conflicto: criterios de aplicación*, Servicio de Publicaciones UCM, Madrid 2002, p. 105), superados en la medida en que la voluntad de las partes no ha sido identificada en aras a determinar que uno de los tratados impedía la aplicación de las disposiciones del resto.

En este punto nada resulta despejado pues al igual que es posible afirmar que la labor interpretativa pueda llegar a poner de manifiesto las incompatibilidades existentes entre los diferentes tratados también tal labor interpretativa podrá derivar en la constatación de la inexistencia de incompatibles de fondo entre los diferentes textos, considerando que tal enfrentamiento no se deriva sino de las interpretaciones efectuadas por las partes. Conviene aclarar a este respecto

como lo hiciera en su momento el Presidente del Comité de Redacción M. Yasseen que «*la mera circunstancia de que lo dispuesto en el tratado posterior pudiera divergir de lo establecido en el anterior no implica, necesariamente, incompatibilidad*» (A/CONF.39/C.1/15). Finalmente cabría incluso considerar que precisamente en virtud de dicha labor interpretativa –por medio de una interpretación armonizadora– nos encontrásemos con la imposibilidad de la aparición de este tipo de contradicciones, facultando una aplicación conjunta de los diferentes textos. En definitiva, la aplicación del artículo 30 del Convenio de Viena al caso que nos ocupa parece estar tan abierta a la aplicación de un criterio interpretativo conducente a la exclusión de uno de los tratados por aplicación de otro como a la aplicación de un criterio armonizador que permita la aplicación de todos estos convenios ni expresa ni tácitamente derogados por la voluntad de las partes. Y es en este sentido que parece que los tribunales han afrontado su labor. Éstos han acabado por efectuar una labor interpretativa muy dispar reflejando en ocasiones el fin de armonizar los textos y en otras el fin de sacar a relucir las incompatibilidades manifiestas entre ellos.

Descendiendo al caso que nos ocupa y atendiendo a los términos empleados por los diferentes convenios e interpretados por los tribunales, la labor interpretativa dirigida al análisis de la compatibilidad entre los textos se circunscribiría a la valoración, por una parte, de todas aquellas referencias a la observancia de las leyes y reglamentos internos y, por otra parte, a la determinación de lo que puedan significar los términos «*facilidades*» y «*en pie de igualdad con los nacionales del Estado*», recogidos en el Convenio de 1992. A este respecto, por seguir un orden lógico, habría de estar en primer lugar al análisis de las consecuencias derivadas de la adopción del Canje de Notas de 1961 en relación con el Tratado de 1870. Baste afirmar aquí que el Canje de Notas de acuerdo con lo recogido en el artículo 13 del Convenio de Viena es reconocido como uno de los instrumentos posibles de manifestación del consentimiento, permitiéndonos hablar por tanto de sucesión de tratados respecto al mismo. Lo recogido en este instrumento y anteriormente reproducido no parece dejar margen a la duda al afirmar que en él se plasma la exigencia de la obtención de visado, en la medida en que esta obligación sólo queda exonerada para estancias inferiores a noventa días o en el caso del personal diplomático. Si añadimos a ello la existencia de una remisión en bloque a la legislación vigente sobre extranjería, todo ello no hace sino llevarnos a concluir que, por más que uno pueda buscar una interpretación compatible de ambas previsiones, de acuerdo con el apartado 3 del artículo 30 del mismo convenio, el artículo 8 del Tratado de 1870 quedaría sin aplicación en la medida en que tal compatibilidad no resulta posible con las disposiciones recogidas en el citado Canje de Notas. Sin embargo, esta conclusión no agotaría la labor interpretativa necesaria para poner fin a esta cuestión pues resultaría necesario a continuación abordar el análisis de lo dispuesto por el Tratado General de 1992 para considerar que el precepto de 1870 sigue sin vigencia alguna, pues a nuestro entender este último viene a cambiar la situación tal y como ha sido descrita hasta el momento.

En este último instrumento, aun persistiendo la referencia a la legislación interna, ésta ya no es recogida de una forma tan imperativa sino más bien genérica y acompañada de una referencia al mismo nivel a que tal legislación interna deba actuar de conformidad con el Derecho internacional. A su vez, la interpretación del término «*facilidades*» no resulta ni mucho menos pacífica pues si bien no parece haber duda de que deba ser entendido como la necesidad de conceder a los ciudadanos uruguayos un trato en mayor o menor medida privilegiado respecto del resto de extranjeros, la realidad de lo que estrictamente ello suponga se mantiene oscura. Ciertos tribunales no han tenido problemas para considerar que ello no suponía sino la posibilidad de un trato preferencial a la hora de otorgar los necesarios permisos tanto de residencia como de trabajo, en todo caso, sin desatender la legislación de extranjería y dentro de ésta, en particular, la situación nacional del empleo. Lo que en definitiva suponía dejar vacío de contenido tal término. Otros tribunales, por el contrario, han concluido que tales facilidades habían

de ser entendidas, de acuerdo con la referencia a la igualdad con los nacionales del otro Estado, como la necesidad de equiparar a los ciudadanos uruguayos con el resto de ciudadanos de la Unión Europea. Entre estas dos posturas hoy por hoy vigentes en la jurisprudencia resulta necesario considerar los elementos interpretativos existentes.

Al margen de la poco satisfactoria vía interpretativa seguida por algunos tribunales a la hora de inclinarse por la segunda de las opciones al basar dicha respuesta en la pura y, en exceso, simple lógica semántica de afirmar que dar facilidades en ningún caso podría ser entendido como la aplicación del mismo régimen íntegro de extranjería aplicable al resto de extranjeros, cosa que no resuelve lo que efectivamente sí es dar dichas facilidades y que, por otra parte, ha servido para que la administración, haya incluido a los ciudadanos uruguayos dentro de los supuestos específicos previstos en el artículo 40 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por la Ley Orgánica 8/2000 de 22 de diciembre (en adelante LO 4/2000), respecto de los cuales no se tendrá en consideración para la concesión inicial del permiso de trabajo la situación nacional de empleo (artículo 38 Ley Orgánica 4/2000). Ciertamente ello permitiría conciliar una interpretación tan limitada como la derivada del solo término facilidades e incluso la propia referencia a la igualdad de trato respecto de los nacionales si no fuera porque el apartado primero del artículo 32 de la Ley Orgánica 4/2000, define la residencia permanente como *«la situación que autoriza a residir en España indefinidamente y trabajar en igualdad de condiciones que los españoles»*. Desde este punto de vista, cabría concluir que considerando que tal derecho es al que se hace referencia en el Tratado General de 1992 la interpretación hecha por la administración y por algunos tribunales no respondería a lo allí expresado y, por tanto, que éste y no otro es el status reservado para los ciudadanos uruguayos a la hora de referirse a dar facilidades en pie de igualdad con los nacionales del Estado para el ejercicio de dichas actividades.

Otro elemento para la interpretación de este precepto lo facilita la comparación del mismo con idénticas previsiones recogidas en instrumentos del mismo género respecto de otros Estados latinoamericanos. Así, el Tratado General de Cooperación y Amistad entre Colombia y el Reino de España de 29 de octubre de 1992 recoge en su artículo 12 que *«con sujeción a su legislación interna y de conformidad con el derecho internacional, cada parte otorgará a los nacionales de la otra, facilidades para la realización de actividades (...), siempre que se hubieran concedido los visados y los permisos de residencia o de trabajo, según el caso, necesarios para el ejercicio de dichas actividades»*. En este mismo sentido se pronuncia el Protocolo de 25 de agosto de 1995 que modificaba el Convenio de Doble Nacionalidad con Ecuador, estableciendo como requisito previo para la aplicación a los ecuatorianos de las facilidades referidas en el mismo la obtención previa de los permisos de residencia y de trabajo preceptivos. A la vista de estos ejemplos resulta necesario valorar la diferencia existente entre esos y el caso que nos ocupa pues pudiendo haber insertado una previsión análoga en el caso del Tratado entre Uruguay y España esto no resultó así, debiendo valorar aquí las consecuencias que de ello puedan derivarse a la hora de interpretar este último instrumento.

Por otra parte, cabría cuestionarse si tal previsión abarca también el ingreso en el país en atención a que en el Tratado General de 1992 no se recoge referencia alguna a dicho extremo, cuestión que, por otra parte, según el Canje de Notas de 1961 había quedado supeditada a la obtención de un visado para los casos en los que la permanencia fuera mayor de tres meses. A este respecto cabría afirmar que en la medida en que los ciudadanos uruguayos no requieren de un visado para estancias menores a ese plazo de tiempo éstos podrían ingresar sin problema alguno justificando su estancia posterior en base al derecho reconocido por el Tratado General de 1992 no pudiéndose impedir el ejercicio de los derechos allí reconocidos. Sin embargo, la actuación conjunta de los artículos 25.1 y 32.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, y del apartado 2.e) del artículo 6 del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se

aprueba el Reglamento de aquella Ley Orgánica, permitiría una respuesta más firme a esta cuestión pues nos llevaría a considerar que en aquellos casos en los que un ciudadano extranjero, uruguayo en el caso que nos ocupa, tuviera reconocidos los derechos anteriormente determinados por el artículo 32 o estuviera en situación de dar cumplimiento a los requisitos requeridos para ello, no le sería exigible ningún tipo de visado de ingreso al tener derecho a residir y trabajar en igualdad con los españoles .

En todo caso, ante las discrepancias surgidas en la aplicación de la normativa sobradamente ya citada tanto entre los Estados parte como entre los tribunales encargados de dar respuesta a los recursos presentados por una pluralidad de ciudadanos uruguayos, cabría afirmar que esta cuestión ha entrado en una vía de solución mediante la consideración de un elemento al que no nos hemos referido anteriormente pero que resulta estrechamente ligado a la interpretación de los textos normativos internacionales en aras a su aplicación. Esta cuestión no es otra que la determinación de aquél a quien corresponde la operación de interpretar dichos textos, que no son otros que los Estados partes en el mismo (interpretación auténtica). De acuerdo con la presunción de que los tratados son la expresión de la voluntad común de las partes en el tratado, éstos deberían llegar a una misma conclusión. No siendo así, en el caso que nos ocupa, los dos Estados han concluido finalmente la necesidad de crear una Comisión de Alto Nivel que permita solventar las dudas generadas respecto de la interpretación de la normativa internacional a ambos aplicable. Cabría finalizar cuestionándose si dicha solución responderá a la mera interpretación de los textos vigentes o a la plasmación de una nueva voluntad que en su caso se superponga a las anteriormente identificadas, suponiendo en su caso una nueva ocasión para poner a prueba la aplicación de los artículos del Convenio de Viena relativos a la aplicación de tratados sucesivos concernientes a una misma materia.

Óscar ABALDE CANTERO

2006-4

**APLICACIÓN DE TRATADOS.—Tratados sucesivos concernientes a la misma materia. Artículo 30 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969. Interpretación de los términos del tratado por el juez nacional. Supuesto específico: ciudadanos colombianos.**

#### *Fundamentos de Derecho*

*Segundo.—No obstante, y a fin de darle una respuesta a la pretensión y a los argumentos del recurrente, hay que decir que el mismo argumenta en torno a la incompatibilidad de las normas que regulan la extranjería con el tratado de Paz y Amistad entre España y Colombia de 1895 y con el Convenio de Doble Nacionalidad con Colombia de 27 de junio de 1979, pero no tiene en cuenta que el 29 de octubre de 1992 se firmó el Tratado General de Cooperación y Amistad (ratificado por Instrumento de 13 de enero de 1994), cuyo artículo 12 estableció lo siguiente:*

*«Con sujeción a su legislación interna y de conformidad con el derecho internacional, cada parte otorgará a los nacionales de la otra, facilidades para la realización de actividades lucrativas, laborales o profesionales, por cuenta propia o ajena, en pie de igualdad con los nacionales del Estado de residencia, siempre que se hubieran concedido los visados y los permisos de residencia o de trabajo, según el caso, necesarios para el ejercicio de dichas activi-*

*dades. La expedición de los permisos de trabajo para actividad lucrativa, laboral o profesional, por cuenta ajena, será gratuita.»*

*Así pues, es evidente que, cualquiera que fuese la regulación anterior, en este tratado se sujeta el trabajo y residencia de los colombianos en España a la previa obtención de los permisos correspondientes, de acuerdo con el régimen general. Además, tampoco tiene en cuenta el actor la firma del Acuerdo entre el Reino de España y la República del Ecuador relativo a la regulación y ordenación de los flujos migratorios de 21 de mayo de 2002 (BOE de 4 de julio de 2001; con acuerdo de aplicación provisional del mismo a partir del 21 de mayo de 2001), que regula justamente esta cuestión y que establece la forma en que los flujos migratorios procedentes de este país iberoamericano deben canalizarse, con evidente exclusión de vías alternativas. Es por ello que no es de aplicación al caso, por tanto, la doctrina del Tribunal Supremo sentada en relación con el derecho a trabajar en España por nacionales de Chile, Perú, Argentina o Uruguay (Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2002 y de 3 de abril de 1998, y las que citan).*

**[Sentencia TSJ Castilla-La Mancha núm. 10105/2004 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª), de 7 de julio de 2004. Ponente: Ilma. Sra. D.ª Raquel Iranzo Prades.]**

F.: Aranzadi (Westlaw), JUR 2004/292328.

**[Sentencia TSJ Madrid núm. 283/2005 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9.ª), de 27 de abril de 2005. Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Miguel Massigoge Benegiu.]**

F.: Aranzadi (Westlaw), JUR 2005/209829.

2006-5

**APLICACIÓN DE TRATADOS.—Tratados sucesivos concernientes a la misma materia. Artículo 30 de la convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969. Interpretación de los términos del tratado por el juez nacional. Supuesto específico: ciudadanos ecuatorianos.**

#### *Fundamentos de Derecho*

*Cuarto.—[...]*

*Por otro lado, la argumentación relativa a la incompatibilidad de las normas que regulan la extranjería con el Tratado de Paz y Amistad entre España y Ecuador de 14 de noviembre de 1841 y con el Convenio de doble nacionalidad con Ecuador de 4 de marzo de 1964, no tiene en cuenta que el Protocolo de 25 de agosto de 1995 modificó el artículo 8 del Convenio y estableció, como requisito previo para la aplicación a los ecuatorianos de las facilidades laborales a que se refiere, la obtención de los permisos de residencia y trabajo necesarios. Tampoco tiene en cuenta la firma del Acuerdo entre el Reino de España y la República del Ecuador relativo a la regulación y ordenación de los flujos migratorios de 29 de mayo de 2001 (con acuerdo de aplicación provisional del mismo a partir del 28 de junio de 2001, publicado en el BOE de 10 de julio de 2001), que regula justamente esta cuestión y que establece la forma en que los flujos migratorios procedentes de este país iberoamericano deben canalizarse.*

*Es por ello que no es de aplicación al caso, por tanto, la doctrina del Tribunal Supremo sentada en relación con el derecho a trabajar en España por nacionales de Chile, Perú, Argen-*

tina o Uruguay (sentencias del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2002 y 3 de abril de 1998, y las que citan).

**[Sentencia TSJ Castilla-La Mancha núm. 10108/2004 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.<sup>a</sup>), de 30 de septiembre de 2004. Ponente: Ilmo. Sr. D. Jaime Lozano Ibáñez.]**

F.: Aranzadi (Westlaw), JUR 2004/286353.

2006-6

**APLICACIÓN DE TRATADOS.—Tratados sucesivos concernientes a la misma materia. Artículo 30 de la convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969. Interpretación de los términos del tratado por el juez nacional. Supuesto específico: ciudadanos venezolanos.**

#### *Fundamentos de Derecho*

*Cuarto.—[...]*

Cierto que la tesis de que los nacionales de ciertos países Hispanoamericanos, en virtud de los tratados internacionales suscritos en su día con España, tienen derecho a la obtención de tales permisos y de la exención de visado sin sujeción a la normativa de extranjería mencionada ha sido acogida en relación con los nacionales de países como Chile, Perú y Uruguay (y Argentina, hasta la vigencia del Tratado de 3 de junio de 1988) en diversas sentencias del Tribunal Supremo (la última, de 10 de octubre de 2002, así como las de 3 de abril de 1998, 13 de febrero de 1996, entre otras) y también lo es que existe jurisprudencia del Tribunal Supremo también negativa que se cita en la sentencia apelada, y que parece últimamente dominante, a las que habría que añadir las más recientes de 25 de febrero de 2004 (RJ 2004/2244), de 16 de diciembre de 2002 (RJ 2003/526), 3 de octubre de 2000 (RJ 2000/8465), 24 de abril de 2000 (RJ 2000/5743) y todas las que en ellas se citan.

Ahora bien, con independencia de ello, el presente caso afecta a un ciudadano ecuatoriano, y resulta que aunque el recurrente invoca el Tratado de Paz y Amistad entre España y Venezuela firmado —según dice— el día 30 de marzo de 1845, no puede olvidarse sin embargo el reciente Tratado General de Amistad y Cooperación entre España y la República de Venezuela (publicado en el BOE de 16 de julio de 1992) y que entró en vigor el día 26 de mayo de 1992, en el que no se introduce ninguna especialidad respecto a los nacionales de dicha nación hermana en cuanto a la obligación o exigencia de visado para estancias superiores a tres meses; y necesidad de cumplimiento de los requisitos necesarios en orden a la obtención de permiso de residencia y trabajo. Además la demanda no tiene en cuenta la existencia de un Canje de Notas de 17 de febrero de 1994 (RCL 1995/1770) —BOE 16 de junio de 1995— y que debe considerarse vigente en el que se contempla específicamente el problema debatido en el presente recurso estableciendo de manera expresa entre otras prevenciones que:

2. Los ciudadanos venezolanos portadores de pasaporte diplomático, de servicio u ordinario en vigor que viajen a España con fines privados o de negocios y no vayan a ejercer ninguna actividad lucrativa, podrán entrar y salir del territorio de España sin necesidad de visado para estancias de hasta noventa días.

*[...]*

4. Las anteriores disposiciones no eximirán a sus beneficiarios de la obligación de observar la legislación vigente en la República de Venezuela y en España, respectivamente, en relación con la entrada, permanencia y salida de extranjeros.

*[...]*

*A tenor de dichas previsiones es claro que los acuerdos entre los dos países en vigor actualmente sólo eximen de la obligación de visado para estancias no superiores a tres meses pero no presuponen dicha exención para estancias superiores ni en todo caso excusan el cumplimiento del resto de la normativa o legislación vigente española sobre entrada, permanencia y salida de extranjeros, lo que comporta la necesidad al margen del debate que mantiene la jurisprudencia del Tribunal Supremo antes comentada en el caso de autos de observar la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social así como al Real Decreto 864/2001 a la que alude la Resolución recurrida para denegar la petición del actor, no debiendo olvidarse en todo caso los compromisos derivados para España de su pertenencia a la Unión Europea en aplicación del «Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 entre los Gobiernos de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, hecho en Schengen el 19 de junio de 1990», al que se adhirieron posteriormente entre otros países España, y que se refleja en las previsiones del artículo 62 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea tras las modificaciones de los Tratados de Ámsterdam y de Niza de 1997 y de 2001.*

**[Sentencia TSJ Castilla-La Mancha núm. 10112/2004 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª), de 1 de octubre de 2004. Ponente: Ilmo. Sr. D. Vicente Rouco Rodríguez.]**

F.: Aranzadi (Westlaw), JUR 2004/292196.

2006-7

#### **TRATADOS INTERNACIONALES.–Interpretación y aplicación de tratados internacionales.**

*Segundo [...] en segundo término, el amparo legal pretendido por las solicitantes del Convenio de 29 de diciembre de 1979 celebrado entre el Estado Español y el Reino de Marruecos, sobre transporte marítimo y modificaciones posteriores, no es aceptado por el Tribunal según los razonamientos efectuados en las Resoluciones de 26 de mayo y 21 de junio de 2004, que pusieron fin a los expedientes sancionadores 561/03 y 555/03, respectivamente. En estas Resoluciones se afirma que el principal objeto del citado Convenio «es la simplificación de las formalidades administrativas y sanitarias en los puertos de ambos países», así como «el convenio y sus modificaciones no hacen exclusión alguna de la aplicación a las empresas dedicadas al transporte marítimo de las normas reguladoras de la competencia ni, en el texto del artículo 4 del propio convenio redactado conforme al resultado del Canje de Notas de 30 de diciembre de 1992 y 14 de mayo de 1993 (RCL 1994, 343), ya citado, se concede a las compañías navieras comunitarias y marroquíes ninguna facultad o iniciativa en la regulación del tráfico marítimo, sino que se atribuye a las Autoridades Competentes de los Estados respectivos la misión de favorecer «una participación igualitaria y equilibrada entre las compañías navieras nacionales del Reino de Marruecos y de compañías navieras nacionales de los Estados miembros de la Comunidad Europea, quienes, en todo caso, gozarán de un acceso justo, libre y no discriminatorio en los repartos de cargamento que en futuro pueden establecer para dichos tráfico las dos partes contratantes, es decir, los Estados firmantes del Convenio y no las compañías navieras, pues es a los Estados y no a éstas a quienes se atribuye el cumplimiento de lo acordado».*

**[Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de 11 de noviembre de 2004. Ponente: Sr. D. Antonio del Cacho Frago.]**

F.: Aranzadi (Westlaw).

R.E.D.I., vol. LVIII (2006), 1

## II. RELACIONES ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNO ESPAÑOL

2006-8

### RELACIONES ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNO.—Aplicación de tratados internacionales en relación con el Código Penal.

*Segundo.*—*La figura del delito contra la salud pública, delito de riesgo abstracto o tendencial y de consumación anticipada, consistente en conductas de cambio, elaboración, tráfico, promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas que sanciona el artículo 368 del vigente Código Penal requiere, según acreditada jurisprudencia de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo [así, SSTs 22 de noviembre de 1995 (RJ 1995, 8951); 22 de febrero de 1996 (RJ 1996, 1553); 12 de noviembre de 1996 (RJ 1996, 9682) o 1018/2000 de 12 de abril (RJ 2000, 6596)]:*

a) *La concurrencia de un elemento de tipo objetivo, cual es la realización de tres tipos de actos genéricos, conforme a lo establecido en el Convenio Único de 1961 (RCL 1966, 733 y RCL 1967, 798):*

[...]

b) *Que el objeto material de esas conductas sea alguna sustancia de las recogidas en las listas de los Convenios Internacionales suscritos por España, los que tras su publicación se han convertido en normas internas de rango supralegal, por ministerio del artículo 96.1 de la Constitución (RCL 1978, 2836) .*

[...]

4.º *Falta de Autorización. Este último elemento, de carácter normativo, es también preciso para la apreciación del tipo, pues la tenencia, transporte y venta de estas sustancias puede estar autorizado administrativamente para fines terapéuticos o científicos.*

*En relación a ello, no cabe duda de que en el caso de autos concurren tales elementos con plenitud. Así:*

[...]

2.º *La sustancia aprehendida, hachís, tiene la consideración de droga tóxica o estupefaciente y está incluida en las Listas I, II y IV de la Convención Única de Naciones Unidas sobre Estupefacientes, firmada en Nueva York el 30 de marzo de 1961, ratificada por España el 3 de febrero de 1966 (BOE de 23 de abril de 1966), enmendada por el Protocolo de Ginebra de 25 de marzo de 1972 (BOE de 15 de febrero de 1977), que entró en vigor el 8 de agosto de 1975 y fue ratificado por España el 15 de diciembre de 1976 (RCL 1977, 346), y en el Convenio sobre psicotrópicos, firmado en Viena el 21 de febrero de 1971, con adhesión del Reino de España por Instrumento de 2 de febrero de 1973 (RCL 1976, 1747) (BOE de 9 y 10 de septiembre de 1976).*

**[Sentencia del Juzgado de lo Penal de Málaga, Málaga, núm. 272/2004 (núm. 5), de 23 de junio. Ponente: Sr. D. Rafael Díaz Roca.]**

F.: Aranzadi (Westlaw).

2006-9

**RELACIONES ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNO.—Interpretación de norma de derecho interno en atención a su antecedente en una norma internacional.**

*Primero [...] Debemos apuntar previamente que como exponen las SSTs de 3 de marzo de 1999 (RJ 1999, 1291), 11 de junio de 1991 (RJ 1991, 4592) y 19 de julio de 1999 (RJ 1999, 6510), la Ley de Protección de Testigos y Peritos en causas criminales, LO 19/1994 de 2 de marzo de 1994, tiene su antecedente, además de en las razones sociológicas que se recogen en su Exposición de Motivos, en el Tratado Internacional referido a la Convención contra la Tortura, cuya ratificación por España fue publicada en el BOE de 9 de noviembre de 1987 (RCL 1987, 2405), y que en su artículo 13 previene la necesidad de que el Estado tome las medidas adecuadas «para asegurar que los testigos de ese delito estén protegidos contra malos tratos e intimidación como consecuencia del testimonio prestado».*

*Con estos antecedentes, la LO 19/1994 tiene como finalidad establecer unos mecanismos de seguridad y defensa para quienes comparecen a juicio para colaborar con la Administración de Justicia frente a eventuales peligros que puedan proceder de la persona o grupo para quienes ese testimonio puede ser utilizado como prueba de cargo de un ilícito penal, permitiendo a la Autoridad Judicial mantener en el anonimato a aquellos testigos con objeto de preservar la veracidad de sus testimonios evitando la adulteración de los mismos como consecuencia de intimidaciones provenientes de los acusados.*

**[Sentencia del Juzgado de Menores de Guipúzcoa, Donostia-San Sebastián, núm. 86/2005 (núm. 1), de 12 de mayo. Ponente: Sra. D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Nieves Uranga Mutuberria.]**

F.: Aranzadi (Westlaw).

**III. COMPETENCIAS DEL ESTADO Y DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS**

2006-10

**CONFLICTO POSITIVO DE COMPETENCIAS: ESTADO-COMUNIDADES AUTÓNOMAS.—Artículo 149.1.3.***Fundamentos de Derecho*

*Primero.—Que por la Administración del Estado se recurre en vía contencioso administrativa el convenio publicado en el BOPV de 1 de abril de 2003 entre el Departamento de Sanidad del Gobierno Vasco y el denominado pueblo Kurdo a través de la Fundación Kawa.*

*La demanda se basa en alegar que la actuación impugnada afecta a competencias exclusivas del Estado en materias de relaciones internacionales y de sanidad exterior.*

*Por su parte, la representación del Gobierno Vasco contesta a la demanda defendiendo la conformidad a derecho de la acción administrativa impugnada.*

*Segundo.—Que el acto recurrido es el denominado «Protocolo General entre el Departamento de Sanidad del Gobierno Vasco, el Ministerio de Sanidad del Gobierno Federal del Kurdistan Sur (Irak) y la Fundación Kawa» (publicado en el BOPV de 1 de abril de 2003) que se suscribe por el Consejero de Sanidad del Gobierno Vasco, el denominado Ministro de Sani-*

dad y Asuntos Sociales del Gobierno Federal del Kurdistan Sur (Irak) y el Presidente de la Fundación Kawa.

*En los considerandos de este Protocolo se indica que Kurdistan es una Nación sin Estado localizada en la intersección de Irak, Irán, Turquía, Siria y Armenia así como que la población kurda de Irak está viviendo situaciones precarias debido, entre otros motivos, a las dificultades políticas que tiene el pueblo kurdo con los países colindantes, la falta de reconocimiento por parte de la comunidad internacional a las instituciones democráticas del Kurdistan como país y las secuelas consecuencia de los conflictos bélicos que ha sufrido provocando los múltiples embargos injustos sobre la población del Kurdistan.*

*Tras ello, los reunidos acuerdan suscribir el protocolo al objeto de que la cooperación entre las partes contribuya a mejorar la asistencia sanitaria del pueblo kurdo, manteniendo la colaboración bien directamente o bien a través de la Fundación Kawa, en materia de formación en Euskadi del personal sanitario del Kurdistan, así como la asistencia sanitaria de niños y niñas de dicho país en hospitales de Osakidetza.*

*Tercero.—Que, centrado así el objeto del litigio, pasaremos a analizar los motivos impugnatorios que frente al mismo articula el Abogado del Estado en su demanda.*

*El primero de ellos se refiere a que esta actuación administrativa es nula de pleno derecho al afectar a una competencia propia del Estado como es la de relaciones internacionales (art. 149.1.3.ª de la Constitución), entendiéndose que afecta al ámbito de las relaciones internacionales por cuanto que aparece como firmante el Ministro de Sanidad y Asuntos Sociales de una Entidad (el Gobierno Federal del Kurdistan Sur) de difícil reconocimiento internacional. Se añade que, aún cuando el Protocolo General no implica obligaciones económicas inmediatas, sí supone la asunción de las mismas en el momento de llevar a la práctica los compromisos que en el mismo se determinan.*

*Por su parte, al respecto, la representación del Gobierno Vasco en su contestación a la demanda sostiene que el Protocolo no se suscribe con ningún Estado con lo que no afectaría a las relaciones internacionales pues para ello es necesario que el sujeto sea independiente y soberano, lo que aquí no sucede.*

*Añadiendo que no toda acción exterior emprendida por una Comunidad Autónoma debe ser encuadrada en las relaciones internacionales a los efectos de desplazar la competencia autonómica hacia la competencia estatal.*

*Para resolver esta cuestión, resulta trascendente la sentencia del Tribunal Constitucional 165/1994 de 26 mayo que establece que:*

*«Ahora bien, y aun cuando no quepa identificar toda actividad de proyección exterior con la materia de “relaciones internacionales” que la Constitución reserva a la competencia estatal, no es menos cierto que esa reserva supone forzosamente que quedarán fuera de las competencias de las Comunidades Autónomas todas aquellas actuaciones que sí sean incluibles en ese título. Sobre ello ya se ha pronunciado este Tribunal en varias ocasiones y, sin pretender una descripción exhaustiva de la reserva a favor del Estado, sí ha identificado alguno de los elementos esenciales que conforman su contenido [SSTC 153/1989 (F.3.º)]. Y aun sin pretender llevar a cabo ahora esas tareas, sin embargo sí cabe señalar en términos generales que interpretando el artículo 149.1.3.ª CE en relación con otros preceptos de la Norma fundamental, como es el caso de los artículos 63, 93 a 96 y 97, de esta interpretación claramente se desprende, de un lado y en sentido negativo que las “relaciones internacionales”, en cuanto materia jurídica, no se identifican en modo alguno con el contenido más amplio que posee dicha expresión en sentido sociológico, ni con cualquier actividad exterior. Ni tampoco, obvio es, con la “política exterior” en cuanto acción política del Gobierno. De otro lado, en sentido positivo, que el objeto de aquella reserva —en términos generales, como se ha dicho— son las relaciones de España con otros Estados independientes y soberanos, al aspecto más tradicional de estas relaciones, y con las Organizaciones internacionales gubernamentales. Relacio-*

nes que, en todo caso, están regidas por el “Derecho internacional general” a que se refiere el artículo 96.1 CE, y por los tratados y convenios en vigor para España. Son, pues, las normas del Derecho internacional, general o particular, aplicables a España, las que permiten determinar en cada caso el contenido de las mismas como su sujeto. Por lo que este Tribunal ha podido referirse, en relación con el artículo 149.1.3.<sup>a</sup> CE, a materias tan características del ordenamiento internacional como son las relativas a la celebración de tratados (*ius contrahendi*), y a la representación exterior del Estado (*ius legationis*), así como a la creación de obligaciones internacionales y a la responsabilidad internacional del Estado [SSTC 137/1987 (RTC 1987, 137), 153/1989 y 80/1993].

En suma, pues, las “relaciones internacionales” objeto de la reserva contenida en el artículo 149.1.3.<sup>a</sup> CE son relaciones entre sujetos internacionales y regidas por el Derecho internacional. Y ello excluye igualmente que dichos entes puedan establecer órganos permanentes de representación ante esos sujetos, dotados de un estatuto internacional, pues ello implica un previo acuerdo con el Estado receptor o la Organización internacional ante la que ejercen funciones.

En el caso de España tal posibilidad no se contiene, ni explícita ni implícitamente, en la Constitución. Y ello se corrobora, además, con las previsiones de los Estatutos de Autonomía en materia de tratados y convenios internacionales y, en concreto, en el del País Vasco. Pues si bien esta Comunidad está facultada para proceder a la ejecución de dichos tratados “en todo lo que afecte a las materias atribuidas a su competencia en este Estatuto” y el Gobierno Vasco ha de ser informado de la elaboración de los tratados y convenios “en cuanto afecten a materias de específico interés para el País Vasco (EAPV artículo 19.3 y 5), sin embargo no corresponde a esta Comunidad Autónoma celebrar tratados y convenios sobre materias de su interés sino sólo instar al Gobierno español que los celebre (art. 6.5 EAPV)”.

Esta sentencia considera que las Comunidades Autónomas no son sujetos de derecho internacional ni pueden establecer relaciones internacionales. No cabe, por tanto, que celebren tratados.

En el presente caso, no nos encontramos ante un tratado pues, tal como certifica el Ministerio de Asuntos Exteriores en su comunicación de 1 de febrero de 2005, obrante en autos, el Kurdistan no está reconocido por la Comunidad Internacional como Estado independiente ni España mantiene relaciones diplomáticas con aquél.

Por tanto, nos encontramos ante un Protocolo suscrito por dos entidades que carecen de la condición de sujetos en las relaciones internacionales.

Ahora bien, la pregunta a la que ha de responderse es si, a pesar de ello, tal Protocolo puede incidir en la política exterior del Estado español, que es el que constitucionalmente tiene competencia exclusiva al respecto (art. 149.1.3.<sup>a</sup> de la Constitución).

La Sala considera que posee incidencia toda vez que el Protocolo considera al Kurdistan como Nación sin Estado y, aunque con esto no lo convierte en sujeto de relaciones internacionales en sentido estricto, lo cierto es que se fija una concreta intencionalidad política que no es otra que la de considerar, de hecho, que el Kurdistan debería ser una Nación con Estado, como claramente se desprende del contenido del Protocolo en su considerando al que antes hemos aludido.

Tal situación puede no ser compartida por otros Estados soberanos en los que el Kurdistan puede tener incidencia (Turquía, Siria, Irak, Irán) lo que puede llevar a posiciones difíciles para el Estado español respecto de estos otros Estados soberanos al ser fácilmente considerable el Protocolo como reconocimiento de una Nación kurda que no ha sido asumido ni por los Estados afectados ni por la Comunidad Internacional.

En consecuencia, al poder afectar a la política exterior del Estado español, puede afirmarse que el Protocolo recurrido afecta al contenido del artículo 149.1.3.<sup>a</sup> con lo que este

*motivo impugnatorio será acogido por la Sala, lo que conllevaría, al tratarse de una disposición de carácter general, la declaración de su nulidad.*

*Cuarto.—Que en la demanda también plantea el Abogado del Estado que el Protocolo que impugna afecta a la materia de sanidad exterior, competencia exclusiva del Estado, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 149.1.16.ª de la Constitución.*

*Este motivo impugnatorio habrá de ser rechazado por cuanto que este Tribunal entiende que el Protocolo recurrido en nada afecta a la materia de sanidad exterior por cuanto que establece dos actuaciones, que se realizan en España, a saber, formar personal sanitario kurdo en el País Vasco y atención sanitaria a niños y niñas kurdos en hospitales de Osakidetza.*

*Todo ello carece de proyección exterior que en nada incide en la materia propia de “sanidad exterior”.»*

**[Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco núm. 204/2005 (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 2.ª), 11 de marzo de 2005. Ponente: Sr. D. Luis Angel Garrido Bengoechea.]**

F.: Aranzadi (*Westaw*), JUR 2005/208625.

**Nota:** Las siguientes líneas tienen por objeto realizar un breve comentario a la sentencia que acabamos de extractar, sentencia dictada por Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (en adelante TSJPV) resolviendo el recurso contencioso administrativo interpuesto por el Abogado del Estado contra el «*Protocolo General entre el Departamento de Sanidad del Gobierno Vasco, el Ministerio de Sanidad del Gobierno Federal del Kurdistan Sur (Irak) y la Fundación Kawa*» (Cfr. BOPV, núm. 65, martes 1 de abril de 2003), alegando que la actuación impugnada «*afecta a competencias exclusivas del Estado en materia de relaciones internacionales y de sanidad exterior*» (cfr. FJ 1.º STSJPV 204/2005).

En primer lugar, y antes de entrar en el fondo del asunto, consideramos oportuno destacar la vía utilizada por el Abogado del Estado para impugnar el acuerdo anteriormente referido, vía que, debemos reconocer, sorprendió a quien suscribe estas líneas por tratarse de un recurso contencioso administrativo planteado ante el TSJPV, y no un conflicto positivo de competencias ante el TC, más propio, al menos aparentemente, en un supuesto de presunta invasión de la competencia exclusiva del Estado, en este caso en materia de relaciones internacionales y de sanidad exterior. Son ya clásicas las sentencias dictadas por el Alto Tribunal, al hilo del «Comunicado de Colaboración» suscrito entre el Consejero de Ordenación del Territorio y Medio Ambiente de la Xunta de Galicia y la Dirección General del Medio Ambiente del Reino de Dinamarca –STC 137/1989, de 20 de julio– y la sentencia dictada en relación con el Decreto 89/1988, de 19 de abril, del Gobierno Vasco por el que se establecía la estructura orgánica del Departamento de Presidencia, Justicia y Desarrollo Autonómico –STC, 165/1994, de 26 de mayo–, ambas, insistimos, resultado de sendos conflictos positivos de competencia planteados por el Abogado del Estado por presunta invasión del artículo 149.1.3 de la Constitución por parte cada una de las Comunidades Autónomas (cfr. Las notas aparecidas en esta misma revista comentando cada una de las sentencias: PÉREZ GONZÁLEZ, M., *R.E.D.I.*, vol. XLII, 1990-1, pp. 201-209 y FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C., *R.E.D.I.*, vol. XLVI, 1994-2, pp. 718-723).

Por tanto, lo primero que hemos de abordar es el por qué de la vía ordinaria del recurso contencioso administrativo frente a la del conflicto positivo de competencias ante el Tribunal Constitucional. Lo que subyace tras este planteamiento es la relación existente entre jurisdicción constitucional y jurisdicción contencioso administrativa en la resolución de los conflictos de competencia que tengan su origen en una disposición de rango inferior a la ley o en una resolución o acto administrativo. La cuestión es la siguiente: ¿se trata de conflictos que debe

resolver en exclusiva el Tribunal Constitucional, o también puede conocer de ellos la jurisdicción contencioso administrativa?; en caso de que esta última sea también competente, ¿cuáles son los criterios para que intervenga una u otra y cómo deben articularse las relaciones entre ellas? (cfr. GÓMEZ MONTORO, A. J., «Jurisdicción constitucional y jurisdicción contencioso administrativa en la resolución de conflictos positivos de competencia», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1990, núm. 30, pp. 93-126, en particular, p. 94; ARCE JANARIZ, A., «Jurisdicción constitucional y jurisdicción contencioso administrativa en la jurisprudencia de conflictos de competencia», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1990, vol. 70, pp. 225-251).

Doctrinalmente se ha defendido tanto el monopolio del TC en la resolución de conflictos competenciales —esta es la posición defendida, entre otros, por Rubio Llorente—, como la concurrencia de jurisdicciones, aun cuando no se trate de una concurrencia expresamente prevista ni en la CE ni en la LOTC, a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, en el ámbito de la protección de los derechos fundamentales. El propio TC definió hace algunos años el conflicto positivo de competencias como un proceso constitucional «singular y específico» del *que debe conocer en exclusiva el propio TC* (cfr. STC 143/1985, de 24 de octubre, FJ 6.º). La realidad es, sin embargo, que en el caso que ahora nos ocupa el TSJPV admitió su propia competencia para conocer del asunto, con la anuencia de la administración demandada, tal y como cabe extraer de la posición mantenida por el letrado del Gobierno Vasco que no planteó excepción procesal alguna por falta de jurisdicción, con la pretensión de reconducir la controversia al Tribunal Constitucional.

La explicación la debemos hallar en la doctrina sentada por el Tribunal Supremo a partir del año 1999 en torno a la delimitación del ámbito propio de la jurisdicción constitucional y el propio de la jurisdicción contencioso-administrativa en la resolución de los conflictos positivos de competencias. La doctrina en cuestión defiende que «cuando no se discute (la) titularidad competencial de las distintas Administraciones sino su concreto ejercicio, esto es, si es apreciable un vicio de competencia, su enjuiciamiento corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa, *faltando el necesario presupuesto de la jurisdicción reservada al Tribunal Constitucional para que tuviera el cauce del conflicto de competencias*» (la cursiva es nuestra, cfr. STS, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 4.ª, 28 julio de 1999), porque, según ha advertido en otro asunto ese mismo Tribunal «el elemento específico y definitorio del conflicto positivo de competencia como proceso constitucional consiste en la interpretación y fijación del orden competencial y en la determinación de qué competencias pertenecen a qué sujetos; por ello, *cuando el análisis de la controversia procesal descubra que su resolución no exige propiamente esa labor de fijación y determinación, bien porque ya ha sido llevada a cabo por quien es el máximo intérprete de la Constitución, bien porque la atribución competencial de la materia a uno u otro de los entes contendientes no depende en sí misma de la interpretación de las normas del bloque de constitucionalidad dictadas para delimitar sus ámbitos propios, sino más bien de la recta valoración y calificación jurídica de la actuación controvertida, le cabrá al órgano de la jurisdicción contencioso-administrativa entender que el conflicto carece de la necesaria relevancia constitucional y, por ende que su conocimiento no está atribuido en exclusiva a la jurisdicción constitucional*» (la cursiva es nuestra, cfr. STS, Sala Tercera, Sección 4.ª, 2 de noviembre de 1999). Esta doctrina ha sido seguida desde entonces en distintos asuntos —tal y como han hecho constar expresamente en las distintas sentencias— (cfr. entre otras: STSJPV, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 2.ª, 11 de septiembre de 2000; STSJ Asturias, Sala de lo Contencioso Administrativo, 18 de marzo de 2004), y también en el caso que ahora nos ocupa, pues aunque nada se dice expresamente es lo que cabe extraer de la posición adoptada por sendas administraciones —la central del Estado y la de la Comunidad Autónoma Vasca— que admitieron la jurisdicción del TSJPV para conocer de la cuestión controvertida, que no era la titularidad de la competencia en materia de relaciones

internacionales o de sanidad exterior sino su concreto ejercicio, esto es, si el Protocolo recurrido suponía o no una invasión de las competencias esgrimidas por el Abogado del Estado.

A nuestro modo de ver este razonamiento y este proceder no resulta del todo acertado. En primer lugar, consideramos improcedente mantener que por el hecho de que el TC se haya posicionado ya sobre la titularidad de este o aquel título competencial queda excluida automáticamente la competencia del Alto Tribunal para resolver otro conflicto positivo de competencias relacionado con esa misma competencia, puesto que como ya puso de relieve Rubio Llorente en su voto particular, refiriéndose a otro título, aunque la afirmación resulta perfectamente extrapolable al 149.1.3 de la Constitución, ni los casos tienen por qué ser idénticos, por lo que no cabe apelar a la fuerza de cosa juzgada, «ni la eficacia general de aquellas sentencias “que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho” (art. 164.1 C.E.), es eficacia frente a este mismo Tribunal que, de otro modo, se vería rígidamente vinculado al precedente» (cfr. el voto particular emitido por D. F. Rubio Llorente frente a la STC 88/1989 –Pleno–, de 11 de mayo). Dicho de otro modo, que el TC se haya manifestado ya sobre la competencia exclusiva del Estado en materia de relaciones internacionales, pongamos por caso, no puede suponer que los conflictos de competencia que pudieran derivarse de una disposición reglamentaria o de un acto administrativo, presuntamente invasor de tal competencia, deba resolverlo necesariamente la jurisdicción contencioso administrativa. En segundo lugar, compartimos la opinión de Rubio Llorente cuando afirmó que la distinción entre controversias en las que lo que se discute es la titularidad de la competencia –o lo que se dio en denominar *límites externos de la competencia* del Estado o de la Comunidad Autónoma– y controversias en las que lo debatido es el concreto ejercicio de la misma es un tanto oscura si no artificial, porque la realidad es que la distribución competencial quedó diseñada en las normas constitucionales y estatutarias, así que difícilmente existirán conflictos en los que se plantee pura y simplemente la titularidad de una competencia. De hecho, un análisis de la jurisprudencia recaída en procesos relativos a conflictos positivos de competencia demuestra que los mismos han tenido por objeto delimitar el alcance material y/o territorial de determinadas competencias, cuya titularidad no se discutía, o dilucidar si determinadas disposiciones o actos entraban o no en el ámbito material de una competencia cuya titularidad tampoco se discutía. Por todo ello, consideramos que la distinción entre conflictos relativos a la «titularidad» –como conflictos reservados al TC– y conflictos relativos al «ejercicio» –como conflictos residenciables en la jurisdicción contencioso administrativa– no atiende a criterios reales, y lo que es más grave, con semejante planteamiento el TC no sólo ha renunciado a su propia competencia para resolver ese tipo de conflictos, sino que además se ve imposibilitado para revisar las sentencias recaídas en ese tipo de procesos, lo que no contribuye a la consecución de una interpretación uniforme del texto constitucional (cfr. voto particular anteriormente citado de RUBIO LLORENTE y en idéntico sentido GOMEZ MONTORO, *op. cit.*, p. 117).

En segundo lugar, y por lo que se refiere al fondo de la cuestión, conviene tener presente que el mencionado Protocolo tuvo por objeto estrechar vínculos entre el sistema sanitario de Euskadi (Osakidetza) y de Kurdistan Sur, con el propósito de «mejorar la asistencia sanitaria del pueblo kurdo». Ese propósito genérico de colaboración se habría de desplegar en dos ámbitos más concretos: en el ámbito de la formación del personal sanitario del Kurdistan en territorio de la Comunidad Autónoma Vasca y en la asistencia sanitaria a niños «de dicho país» en hospitales de Osakidetza; ninguna precisión más se recogía en el texto del Acuerdo.

Descartada por el TSJPV cualquier intromisión del Protocolo en la competencia exclusiva del Estado en materia de sanidad exterior –por tratarse de actividades que se realizan en España y carecer de proyección exterior– nos interesan más las reflexiones realizadas por la Sala en torno a la posible intromisión del acuerdo en la competencia exclusiva del Estado en materia de relaciones internacionales. Pues bien, una vez superada la visión maximalista inicial del TC –que mantenía la inconstitucionalidad de cualquier acuerdo celebrado entre una Comunidad

Autónoma y otro sujeto de Derecho Internacional, incluso los celebrados entre una Comunidad Autónoma y otros entes intraestatales (cfr. en este sentido la STC 137/1989, de 20 de julio, FJ 3.º), con independencia de que tales acuerdos pudieran comprometer o no la responsabilidad del Estado—, lo cierto es que su celebración es una realidad desde hace mucho tiempo, como lo demuestran los numerosos acuerdos celebrados por Comunidades como la de Aragón, País Vasco o Cataluña. La sentencia dictada por el TSJPV señala, como no podía ser de otro modo, que en el presente caso no nos encontramos ante un tratado internacional, porque ninguno de los intervinientes en el acuerdo es sujeto de derecho internacional, y aunque la sentencia no entra a analizar el contenido del acuerdo, podría afirmarse que dada la vaguedad de los términos utilizados el mismo no generaría «obligaciones inmediatas y actuales» ni comportaría ningún tipo de responsabilidad para el Estado en caso de incumplimiento, por lo que desde esta perspectiva tampoco podría afirmarse la naturaleza convencional del acto en cuestión y la intromisión en la competencia del 149.1.3 de la Constitución.

A pesar de todo, señala con gran acierto el Tribunal, la invasión de la competencia exclusiva del Estado en materia de relaciones internacionales podría derivar todavía de la «*incidencia del acuerdo recurrido en la política exterior del Estado*» (cfr. STC 165/1994, fundamento jurídico 6.º). La sentencia dictada por el TSJPV resalta algunos de los considerandos del Protocolo, considerandos en los que se advierte que el «Kurdistán es una nación sin Estado localizada en la intersección de Irak, Irán, Turquía, Siria y Armenia», o «que la población kurda de Irak está viviendo situaciones precarias debido, entre otros motivos, a las dificultades políticas que tiene el pueblo kurdo con los países colindantes, la falta de reconocimiento por parte de la comunidad internacional a las instituciones democráticas del Kurdistán como país y las secuelas consecuencia de los conflictos bélicos que ha sufrido provocando los múltiples embargos injustos sobre la población del Kurdistán».

A partir de ahí, el TSJPV concluye que aunque la calificación realizada por el Departamento de Sanidad del Gobierno Vasco del Kurdistán como Nación sin Estado «no lo convierte en sujeto de relaciones internacionales en sentido estricto, lo cierto es que se fija una concreta intencionalidad política que no es otra que la de considerar, de hecho, que el Kurdistán debería ser una Nación con Estado, como claramente se desprende del contenido del Protocolo». Y dado que tal circunstancia no es valorada de igual forma por Estados como Turquía, Siria, Irak o Irán, concluye el TSJPV que las afirmaciones vertidas en el Protocolo pueden dificultar las relaciones de España con esos Estados si consideran el Protocolo como un acto de reconocimiento de la Nación kurda, «algo que no ha sido asumido ni por los Estados afectados ni por la Comunidad Internacional». Y es ahí donde se produce la invasión de la competencia exclusiva del Estado en materia de relaciones internacionales, puesto que como es bien sabido y así lo ha señalado en distintas ocasiones el TC, la dirección de la política exterior, y en particular, el reconocimiento de Estados forma parte del núcleo duro del artículo 149.1.3 de la Carta Magna (cfr. en este sentido la STC 153/1989, de 5 de octubre, fundamento jurídico 8.º). El acto de reconocimiento depende de factores de estricta oportunidad política y eso es algo que corresponde ser apreciado y decidido al Gobierno de la Nación, como máximo y único responsable de la política exterior del Estado (cfr. QUEL LOPEZ, F. J., «La práctica reciente en materia de reconocimiento de Estados: problemas en presencia», *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria Gasteiz* 1992, pp. 40-81). En la medida en que la celebración del acuerdo y las afirmaciones vertidas en el mismo pudieran llegar a ser interpretados como un acto de reconocimiento del Estado Kurdo imputable a España, el TSJPV concluye la nulidad de pleno derecho del acuerdo.

M.ª Dolores BOLLO AROCENA

#### IV. ESTATUTO INTERNACIONAL DEL ESTADO

2006-11

#### INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN.

##### *Fundamentos de Derecho*

*Primero.—[...]*

*En efecto, la cuestión de fondo que se plantea en el presente recurso es la relativa a la inmunidad de jurisdicción civil de los funcionarios y empleados consulares consagrada en el Convenio de Viena de 1963. Desde la perspectiva de la Constitución Española de 1978, no cabe negar la posibilidad de que el legislador prevea determinados supuestos en los que el acceso a la jurisdicción resulte excluido o sea sustituido por otras formas de resolución de conflictos o de composición de intereses, pero para ser constitucionalmente legítimos, deben responder a fines o bienes de relieve constitucional y su regulación concreta debe resultar razonable y proporcional a esa finalidad y al grado de constreñimiento del derecho al acceso a la jurisdicción que entrañan. Desde la primera de sus sentencias, la de 26 enero 1981 relativa a las relaciones entre la jurisdicción eclesiástica y la estatal, el TC ha puesto especial énfasis en la necesidad, derivada del derecho a la tutela judicial efectiva, de mantener expedita al máximo la vía de acceso a la jurisdicción interna. Planteada la cuestión en estos términos, no cabe duda que debe aceptarse como constitucionalmente legítima la posibilidad de configurar el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva y, más concretamente, el acceso a la jurisdicción interna, teniendo en cuenta, como límite, la protección de los empleados y funcionarios consulares y agentes diplomáticos y, más precisamente, la garantía del ejercicio de las importantes funciones que tienen encomendadas. Sin la atribución de un estatuto especial a las misiones diplomáticas y a su personal las relaciones internacionales podrían verse gravemente condicionadas e incluso imposibilitadas; y debe tenerse en cuenta que la protección del eficaz desarrollo de estas relaciones es, sin duda, un fin constitucionalmente relevante, como lo demuestra, entre otros datos, el hecho de que la Constitución desde su Preámbulo afirme la voluntad de colaborar en el fortalecimiento de unas relaciones pacíficas y de eficaz cooperación entre todos los pueblos de la Tierra. Como es sabido, para garantizar el normal ejercicio de las funciones diplomáticas y consulares, y con ellas las relaciones pacíficas y la cooperación entre los Estados, el ordenamiento internacional ha consagrado una serie de prerrogativas entre las que destacan las inmunidades reconocidas a los propios Estados—inmunidades de jurisdicción y de ejecución— y las inmunidades personales de jurisdicción que se extienden al orden penal, civil y administrativo y afectan, aunque con distinto grado, no sólo a los agentes diplomáticos y consulares, sino a sus familiares y al personal administrativo y de servicio de las misiones diplomáticas y consulares. En definitiva, pues, la inmunidad jurisdiccional de los diplomáticos y cónsules, en tanto que garantía del correcto ejercicio de sus funciones, puede considerarse un bien constitucionalmente reconocido, que justifica una delimitación del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva en el que se excluya el acceso a la jurisdicción interna. Así lo prevé el artículo 21 LOPJ al establecer que «los Juzgados y Tribunales españoles conocerán de los juicios que se susciten en territorio español entre españoles, entre extranjeros y entre españoles y extranjeros con arreglo a lo establecido en la presente ley y en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte», pero exceptuando en su ap. 2.º «los supuestos de inmunidad de jurisdicción y de ejecución establecidos por las normas del Derecho Internacional Público». Sin embargo, como queda dicho, la finalidad que hace legítima constitucionalmente la inmunidad de jurisdicción del personal diplomático y consular y la que la convierte en una medida razonable y proporcionada a la*

*imposibilidad de acceder a la jurisdicción interna para la defensa de los derechos e intereses de los ciudadanos, es la garantía del correcto funcionamiento de las funciones representativas encomendadas a los agentes diplomáticos, que el propio Convenio de Viena de 1961 define en su artículo 3.1. Esta es la causa constitucionalmente legitimadora de dichas inmunidades. Dicho con otras palabras, la necesidad de garantizar el buen funcionamiento de las relaciones internacionales justifica la existencia de inmunidades personales de jurisdicción y con ellas la correlativa limitación de los derechos de los ciudadanos, pero no ampara la utilización abusiva de esta prerrogativa. Y ese abuso se produce, fundamentalmente, cuando se extiende su alcance a situaciones jurídicas en las que en nada puede verse afectado el ejercicio de las funciones diplomáticas. Extender ese alcance fuera de dicho ámbito pudo tener sentido en el momento histórico en el que la inmunidad diplomática comenzó a configurarse en sus rasgos característicos. Y quizá lo tuvo por tratarse de un momento en el que los derechos individuales no estaban completamente salvaguardados frente a intromisiones ilegítimas de los poderes públicos. Hoy, por el contrario, cuando el Estado de Derecho diseñado por la Constitución garantiza en modo suficiente el respeto de los derechos del individuo, carece de sentido otorgar a los diplomáticos un trato de favor personal, ya que las garantías individuales de las que todos los ciudadanos disfrutan cumplen sobradamente el fin de salvaguardia que antes sólo podía lograrse por la vía del privilegio al no estar amparados genéricamente las libertades de todos los individuos. En un Estado de Derecho ninguna inmunidad, y por tanto tampoco la atribuida a los diplomáticos, puede tener el carácter de privilegio personal.*

*Extender las inmunidades más allá de las actividades relacionadas con las funciones diplomáticas supone convertir lo que es una prerrogativa en razón del cargo, compatible en cuanto tal con el principio constitucional de igualdad y con el derecho a la tutela judicial efectiva, en un privilegio personal carente de una finalidad razonable y, por lo mismo, incompatible con los principios del Estado de Derecho y, especialmente, con el mencionado principio de igualdad y con el derecho de acceso a la jurisdicción interna para la defensa de los derechos e intereses reconocidos por el ordenamiento jurídico a todos los ciudadanos. La diferencia de trato que supone la inmunidad judicial de los diplomáticos se justifica en cuanto es necesaria a los efectos de facilitar el ejercicio de una función no para amparar actuaciones privadas sin relación con estas funciones de representación diplomática. El Estado, en defensa de los intereses generales, puede celebrar los tratados y convenios internacionales que estime necesarios para mantener eficazmente las relaciones internacionales que crea oportunas, pero la consecución de este objetivo legítimo no justifica cualquier sacrificio de los derechos fundamentales que la Constitución reconoce y garantiza a sus ciudadanos. Y ese umbral constitucionalmente infranqueable se cruza cuando la inmunidad diplomática y consular –y, en general, cualquier otra inmunidad– se transforma de prerrogativa en función del cargo en privilegio personal y se impide acceder a los tribunales de justicia nacionales para defender, por ejemplo, un derecho de propiedad sin que estén en juego las funciones diplomáticas. Así parece reconocerlo el propio Convenio de Viena que, como queda dicho, proclama solemnemente en su Preámbulo que las inmunidades en él contenidas se conceden no en beneficio de las personas, sino con el fin de garantizar el desempeño eficaz de las funciones de las misiones diplomáticas. Ciertamente, como se advierte en esta misma sentencia, la inmunidad jurisdiccional de los agentes diplomáticos y consulares es distinta a la de los Estados y ha experimentado una menor evolución relativizadora en el ordenamiento internacional. Sin embargo, la ratio última de ambas instituciones no es otra que la garantía del normal ejercicio de la función de representación diplomática, de ahí que en el caso presente que lo que se trae a colación es la inmunidad de jurisdicción de un cónsul acreditado en España, resulta aplicable la doctrina sentada en el sentido de delimitar el alcance de las inmunidades en atención a si los actos que se pretenden someter a la jurisdicción afectan o no a las funciones diplomáticas. Si se atribuye a la Constitución el carácter de Norma suprema que le corresponde, la distinta*

*evolución del ordenamiento internacional en uno y otro tipo de inmunidades no puede dar lugar a interpretaciones distintas de los preceptos constitucionales. En rigor, si la ratio de ambas figuras es la garantía de las funciones diplomáticas parece que ésta debe ser todavía más rigurosa cuando se aplica al Estado que cuando se refiere a sus diplomáticos. El Convenio de Viena al establecer las inmunidades jurisdiccionales de los funcionarios y empleados consulares parte explícitamente de la premisa de que las mismas responden a la finalidad expresada por el brocardo ne impeditur legatio; en rigor, lo que hace el Convenio es concretar o, mejor, codificar las prerrogativas que la comunidad internacional tradicionalmente ha venido considerando necesarias para poder llevar a cabo con garantías las funciones diplomáticas. Lo primero que debe advertirse al analizar el presente caso es que la prerrogativa alegada no es la inmunidad de jurisdicción penal, ámbitos éstos en los que la función de garantía de la actividad consular resulta normalmente clara y manifiesta, sino la inmunidad civil aducida en una causa de resolución contractual. No cabe duda que mediante acciones civiles también se puede impedir o dificultar el ejercicio de las funciones representativas y, por tanto, resulta justificable la existencia de este tipo de prerrogativas; sin embargo, lo que resulta constitucionalmente vetado es la configuración o la interpretación de las mismas que permita o ampare abusos de esas prerrogativas, restringiendo derechos de los ciudadanos sin que resulte justificado por la garantía del ejercicio de las funciones diplomáticas.*

*Pues bien, esto es cabalmente lo que ocurre en el caso presente. No cabe negar la posibilidad de que en determinadas circunstancias mediante acciones civiles sobre los agentes consulares pudiera ponerse en peligro el ejercicio de sus funciones. Sin embargo, en este caso, resulta palmario que la acción aquí ejercitada no persigue esta finalidad, ni directa ni indirectamente, y, por otra parte, los efectos de una hipotética resolución favorable a esta pretensión tampoco llegarían a imposibilitar o dificultar significativamente el ejercicio de esas funciones. Por el contrario, de acogerse la inmunidad jurisdiccional lo que se produciría es un auténtico abuso de dicha prerrogativa permitiendo que una persona por el hecho de ser cónsul realice contrataciones de cualquier tipo sin obligaciones para el mismo ni para el Estado al que representa. Los órganos jurisdiccionales del Estado son, sin duda, desde la perspectiva interna, los sujetos habilitados para la interpretación de toda norma interna sea cual sea su procedencia pero son también, desde la perspectiva del ordenamiento internacional, órganos aplicativos de las normas de tal sistema. Por ello, cuando de normas internacionales se trata, los órganos judiciales españoles deben intentar conectar las supremas exigencias constitucionales con las derivadas del orden internacional. Deben actuar desde el respeto a la Constitución y, además, en el marco de lo impuesto o permitido por las normas internacionales, pues a ello le obliga también la Constitución misma. En el presente caso, como se ha razonado, se excluye la aplicación al caso de la inmunidad de jurisdicción civil en él consagrada. El Convenio, interpretado de acuerdo con su Preámbulo, permite interpretaciones que excluyan abusos como el que se produciría de aplicar la inmunidad al caso, siendo, además, que sobre esta materia no se ha pronunciado aún el Tribunal Internacional de Justicia y que en la única ocasión en la que ha tenido que interpretar el alcance de las prerrogativas de los diplomáticos (S 24 mayo 1980 relativa al personal diplomático y consultar de los Estados Unidos de América en Teherán. Ciertamente se trata de un caso distinto en cuanto a los hechos y mucho más dramático que el que aquí enjuiciamos, pero por ello mismo, a mayor abundamiento muy significativo), a pesar de referirse a la prerrogativa de la inviolabilidad personal –sin duda la más absoluta de todas las prerrogativas–, ha admitido una interpretación no estrictamente literal del Convenio –que no acepta ningún tipo de excepción a la misma– afirmando que el principio de inviolabilidad personal no significa que un diplomático sorprendido en flagrante delito no pueda ser detenido por un tiempo breve y con las debidas garantías, aún más si como en el presente caso se trata de acciones civiles; de lo expuesto resulta ajustada a derecho la interpretación del Juez de Instancia, y por tanto ha de desestimarse este motivo de recurso*

reconociendo la competencia de la Jurisdicción Civil española para el conocimiento del presente caso.

**[Sentencia Audiencia Provincial Almería núm. 201/2004 (Jurisdicción Civil), de 15 de julio de 2004. Ponente: Ilma. Sra. D.<sup>a</sup> Gema Solar Beltrán.]**

F.: Aranzadi (Westlaw), JUR 2004/256607.

2006-12

## INMUNIDAD DE EJECUCIÓN.

### *Fundamentos de Derecho*

*Segundo.*

[...]

*En el Fundamento de Derecho cuarto de la resolución recurrida se sostiene que de acuerdo con lo establecido en el Proyecto de artículos sobre Inmunities Jurisdiccionales de los Estados y sus Bienes de febrero de 2003 (RCL 2003, 513), coincidente en lo sustancial con su redacción de 1991 y con la interpretación que de él da el Tribunal Constitucional, cabe concluir que únicamente pueden embargarse bienes de un Estado extranjero cuando estén inequívocamente destinados al desenvolvimiento de actividades económicas en las que dicho Estado, sin hacer uso de su potestad de imperio actúa de la misma manera que un particular y que hay unos bienes que no pueden embargarse en ningún caso que son los bienes de carácter militar o usados o destinados a ser usados para propósitos militares. Sin embargo concluye que la actividad del economato no puede interpretarse como básica o fundamental ni para la estricta actividad militar ni para la misión específica del personal militar ni para el mantenimiento de ambos pues sostiene que no ha quedado acreditado que el embargo de la cuenta del economato afecte a la soberanía de los Estados Unidos, pues a través de ella, se estaban haciendo pagos a proveedores y pagando al personal laboral local y tampoco se ha acreditado que los productos que se venden en el Economato sean imprescindibles para la vida diaria de los miembros de las fuerzas armadas (sustento, habitación o vestido), ni que se trate de productos específicos e imprescindibles para el funcionamiento de la Base Naval así como de los bienes específicamente destinados a la defensa, como podrían ser los vehículos de uso militar, ni que se trate de productos de utilización obligatoria que sólo podrían adquirirse en el Economato, como podrían ser los uniformes militares.*

*No podemos compartir estos razonamientos por lo siguiente. Del certificado emitido por el Comandante de las Actividades Navales de la Marina de los Estados Unidos de América en España antes referido, se desprende que los fondos depositados en la cuenta que nos ocupa son fondos públicos, que los Economatos de la Marina están dirigidos por personal militar y que hay unas cuentas anuales para todos los economatos de la marina que son cuentas del Departamento de Defensa de los Estados Unidos de América. Esto es, parece claro el destino militar que se les da a estos fondos, que se trata de bienes destinados a ser utilizados en el desempeño de funciones militares y no sujetos por tanto a medidas de ejecución de carácter coercitivo, pues no es posible deslindar exactamente qué fondos de los utilizados por los militares son propiamente utilizados con estos fines y cuáles no, esto es, llevaría en la práctica al absurdo el tratar de distinguir dentro de la misma cuenta para declarar embargable una parte sí y otra no según se destinaran a, siguiendo los razonamientos de la resolución combatida, a vehículos de uso militar o uniformes de obligado uso que se declararían inembargables, y los que sí lo serían al ser destinados por ejemplo a limpieza u otras actividades menores, pues una*

vez utilizados por el personal militar establecido en la Base Naval de Rota para el desenvolvimiento de sus actividades en ella, debe concluirse que es una cuenta destinada a un uso oficial, un bien destinado a ser utilizado en el desempeño de funciones militares, pues en definitiva todas están interrelacionadas y por tanto no sujeto a medidas de ejecución de carácter coercitivo, circunstancias todas ellas que nos llevan a la estimación del recurso en este punto y consiguiente desestimación de la impugnación contra el mismo formulada por la representación procesal de Montasa-Montajes e Instalaciones Industriales, S. A. que tenía por objeto la inmediata ejecución del auto que se revoca con incidencia como más adelante se dirá en las costas de ambas instancias.

**[Auto Audiencia Provincial Cádiz núm. 42/2004 (Jurisdicción Civil, Sección 3.ª), de 8 de noviembre de 2004. Ponente: Ilma. Sra. D.ª Ana María Rubio Encinas.]**

F.: Aranzadi (Westlaw), JUR 2005/78178

2006-13

#### *Fundamentos de Derecho*

*Tercero.—En cuanto al fondo del asunto, el auto recurrido desestima el recurso de reposición con base en que si bien es cierto que al requerimiento efectuado por el Juzgado a la parte apelante a efectos de que presentara relación de bienes y derechos suficientes para cubrir la cuantía de la ejecución, a lo que contestó que no tenía en territorio español ningún bien susceptible de traba o embargo, ya que todos sus bienes en España se hallan afectos al ejercicio de funciones soberanas y no se encuentran por tanto sujetos a ejecución por parte de Tribunales españoles, también es cierto que determinar qué bienes son susceptibles de embargo no es una función que corresponda al ejecutado sino al órgano judicial. Tales razonamientos deben ser respaldados en esta alzada, pues como recoge el auto de esta Sección de esta misma fecha, rollo de apelación 22/2004 (JUR 2005, 78178), «acerca de la inembargabilidad de bienes de Estados extranjeros y de la inmunidad de ejecución de los Estados que se contempla en el artículo 21 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985, 1578, 2635) y partiendo de que la inmunidad no es absoluta sino relativa, se ha pronunciado el Tribunal Constitucional entre otras en sentencia de 29/11/94 SIC en el sentido de que el órgano jurisdiccional es el que debe determinar la existencia de bienes del Estado demandado inequívocamente destinados al desenvolvimiento de actividades económicas en las que dicho Estado, sin hacer uso de su potestad de imperio actúa en la misma manera que un particular y a los que no alcance la inmunidad específica de las misiones diplomáticas». Y la STC Sala 2.ª de 1 de julio de 1992 (RTC 1992, 107), señala que «Corresponde en cada caso al Juez executor determinar, conforme a nuestro ordenamiento, de entre los bienes de los que sea titular específicamente el Estado extranjero en nuestro territorio, cuáles están inequívocamente destinados al desenvolvimiento de actividades económicas en las que dicho Estado, sin hacer uso de su potestad de imperio, actúa de la misma manera que un particular». Por todo ello, procede la confirmación del auto recurrido, con desestimación del recurso de apelación interpuesto.*

**[Auto Audiencia Provincial Cádiz núm. 43/2004 (Jurisdicción Civil, Sección 3.ª), de 8 de noviembre de 2004. Ponente: Ilmo. Sr. D. Miguel Ángel Feliz y Martínez.]**

F.: Aranzadi (Westlaw), JUR 2005/78179.

## V. ÓRGANOS DEL ESTADO PARA LAS RELACIONES INTERNACIONALES

2006-14

### **DERECHO DIPLOMÁTICO Y CONSULAR: Estatuto jurídico de las Embajadas.**

*Primero.—Vistos los artículos [...] 22 y 31 del Convenio de Viena de Relaciones Diplomáticas de 18 de abril de 1961 (RCL 1968, 155, 641); 31 y 43 del Convenio de Viena de Relaciones Consulares de 24 de abril de 1963 (RCL 1970, 395) [...].*

*[...]*

*Cuarto.—Frente a esta conclusión no puede invocarse que las Embajadas y Consulados extranjeros en España gozan del privilegio de extraterritorialidad. Tales Embajadas y Consulados forman parte integrante del territorio español, una vez que esa antigua ficción de la extraterritorialidad ha sido sustituida en el Derecho Internacional Público por los conceptos de inviolabilidad e inmunidad.*

**[Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 1 de junio de 2005]. En el mismo sentido vid. Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, núm. 4/2004, de 19 de enero; y Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, núm. 2/2004, de 8 de julio.**

F.: Aranzadi (Westlaw).

2006-15

### **AGENTE DIPLOMÁTICO O FUNCIONARIO CONSULAR.—Concepto legal y personas comprendidas.**

#### *Fundamentos de Derecho*

*Cuarto.—Por tanto el problema en el presente caso se centra en determinar si la cónyuge del recurrente tiene la condición de funcionaria diplomática o consular lo que, en caso afirmativo, supondría atribuir a aquél, por vía de ficción legal, la condición de residente legal en España. El criterio de esta Dirección General es coincidente con el mantenido por el Encargado del Registro, es decir, se considera, a efectos de nacionalidad, que la condición de funcionario diplomático o consular, no es atribuible con carácter general a los funcionarios o contratados laborales españoles que presten servicios en Embajadas o Consulados españoles, sino sólo a aquellos investidos de estatus privilegiado diplomático, el cual no concurre en la cónyuge española del interesado.*

*En efecto, el concepto de «funcionario diplomático o consular español acreditado en el extranjero» comprende a los miembros del servicio extranjero investidos de status privilegiado, pero no a cualquier empleado de la Embajada o Consulado (interinos, contratados laborales, funcionarios no pertenecientes al Grupo A, etc.). Es verdad que el ámbito subjetivo así delimitado hoy tiene contornos indefinidos por la variedad de categorías, Cuerpos y Escalas a que pueden pertenecer los funcionarios españoles destinados, destacados o ads-*

*critos al servicio exterior de España, acreditados no ya ante terceros Estados, sino también ante Organismos internacionales, sean supranacionales (principalmente la Unión Europea) o intergubernamentales, así como aquellos otros funcionarios españoles que se encuentran adscritos no al servicio de ninguna representación española en el extranjero, sino que actúan investidos de representación diplomática atribuida directamente por ciertos Organismos Internacionales.*

[...]

*Quinto.—En la situación actual cabría optar por alguna de las siguientes alternativas:*

a) *ampliar los supuestos legalmente previstos en que los cónyuges de funcionarios españoles acreditados en el extranjero, sea en representación del servicio de España en el extranjero, aún no estando adscrito a Misiones diplomáticas o a Agencias consulares, sea en representación de Organismos Internacionales en sus diversas categorías, tienen la condición de residentes legales en España; b) utilizar la analogía como vía interpretativa de resolución, lo que podría resultar viable en algunos casos (agregados comerciales, culturales, etc.), pero no en otros (funcionarios al servicio directo de Organismos Internacionales); o c) acudir a la vía de la carta de naturaleza para los supuestos que se puedan plantear no comprendidos actualmente en el artículo 22 núm. 3 del Código Civil (LEG 1889, 27), a semejanza de lo que ocurría durante la vigencia de la Ley 51/1982 (RCL 1982, 2030) para los cónyuges de funcionarios diplomáticos o consulares españoles acreditados en el extranjero*

*En cualquier caso, la primera de las opciones requiere la previa actuación del legislador, no pudiendo hacer este Centro Directivo por vía de interpretación lo que requiere intervención del Parlamento de la Nación. La segunda de las opciones apuntadas, la de la analogía, podría acaso resultar admisible, sin necesidad de prejuzgar ahora definitivamente este extremo, respecto de los «funcionarios asimilados» a los miembros de la carrera diplomática por referencia a los que tienen tal carácter bien en las normas orgánicas y estatutarias del personal funcionario del Ministerio de Asuntos Exteriores, bien por referencia a los funcionarios asimilados a los agentes diplomáticos y funcionarios consulares a efectos de la legislación de extranjería. Así, v. gr. el artículo 2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero (RCL 2000, 72, 209), sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social, y sus reformas posteriores, que asimilan a aquellos funcionarios a los demás miembros de Misiones diplomáticas permanentes o especiales o de las Delegaciones ante los Organismos intergubernamentales o Conferencias internacionales que tengan su sede en España, que estén exentos de las obligaciones relativas a su inscripción como extranjeros y a la obtención del permiso de residencia. Para los propósitos de la cuestión ahora estudiada la perspectiva sería la inversa: status privilegiado de los funcionarios españoles en el extranjero [pasaporte internacional, exención de permiso de residencia, inmunidad de jurisdicción, etc. —vid. artículos 41, 43 y 44 del Convenio sobre Relaciones Consulares, hecho en Viena el 24 de abril de 1963 (RCL 1970, 395)—]. Pero en cualquier caso esta posibilidad quedaría vedada respecto del personal funcionario o laboral no asimilado. Por todo ello, en el presente supuesto, la única alternativa, y dada la residencia del matrimonio en el extranjero, sería, si concurren los presupuestos legales exigidos a tal fin, la de la solicitud de la nacionalidad española por la vía de la carta de naturaleza.*

**[Resolución Dirección General de los Registros y del Notariado núm. 2/2005, de 24 de junio. Jurisdicción: vía administrativa.]**

F.: Aranzadi (Westlaw), RJ 2005/9772.

## VI. DERECHOS HUMANOS

2006-16

**ASILO.-RECONOCIMIENTO: Persecución procedente de bandas mafiosas ucranianas con ramificaciones e intereses en el poder: persecución social.**

*Fundamentos de Derecho*

*Tercero: (...) Acerca de la realidad de la persecución de la familia Bárbara Luis Enrique Gaspar por mafias que operan en Ucrania, basta remitirnos a los hechos que declara probados la propia sentencia recurrida, que la deduce con toda lógica de artículos de prensa que aparecieron en el país de procedencia sobre la concreta situación de esta familia y de un anónimo con amenazas de muerte.*

*Pero acerca de la naturaleza de esas mafias la Sala de instancia no dice nada, y por ello, utilizando la facultad de integrar hechos, hemos de remitirnos nosotros al informe del instructor que obra en el expediente administrativo, que es de capital importancia [art. 88-3 de la Ley Jurisdiccional 29/98 (RCL 1998, 1741)]. Este informe dice literalmente lo siguiente:*

*«Los motivos alegados en la presente petición no tienen cabida, por su propia naturaleza, en los supuestos previstos en la C.G. 51, pues se trata lisa y llanamente de una persecución por bandas mafiosas. Así lo dice claramente el solicitante cuando relata cómo al abrir un negocio enseguida aparecieron jóvenes que le pedían el 20 por 100 de sus ingresos para pagar su “protección”, una práctica claramente mafiosa.*

*Y a ésto responden los hechos de que es víctima el solicitante: extorsión, chantaje, amenaza de secuestro de su hijo, negocio y domicilio asaltados...*

*Es muy interesante tener en cuenta lo que ocurre en las antiguas repúblicas soviéticas, ya que el solicitante es un buen ejemplo de ello: la aparición de poderosas bandas mafiosas que en muchas ocasiones ocupan el lugar del Estado, pues tienen muchas ramificaciones e intereses en el poder, creando una tupida red de intereses comunes (las relaciones establecidas entre el delincuente P.V. de la presente solicitud y la policía local es un buen ejemplo de ésto, y cómo surgen grupos autodenominados “movimientos” o “partidos” políticos que en realidad no son más que la cobertura de estas estructuras mafiosas, así en el presente caso la “Joven Ucrania”) de tal manera que a veces es difícil distinguir dónde comienza la actividad del Estado y dónde empieza la actividad de la mafia.»*

*Este informe es sumamente revelador, pues hace surgir al menos indicios de que la demostrada persecución que sufre la familia Gaspar Bárbara Luis Enrique se lleva a cabo por elementos de los que se admite la posibilidad de que tengan relación con el Estado, y que tiene su causa en la condición de empresario del Sr. D. Luis Enrique.*

*Se trata entonces de una persecución protegible a través del asilo, según lo disponen los artículos 3 y 8 de la Ley 5/1984 (RCL 1984, 843) (en su modalidad de persecución social), preceptos que, en efecto, han sido infringidos por la resolución ahora impugnada y por la sentencia que la confirmó.*

*Procede, en consecuencia, declarar haber lugar al recurso de casación, revocar la sentencia impugnada y resolviendo la cuestión tal como está planteada [artículo 95-2-d) de la Ley Jurisdiccional 29/1998 (RCL 1998, 1741)] estimar el recurso Contencioso-Administrativo y reconocer el derecho de los demandantes al asilo solicitado.*

**[Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 5.ª), 21 de junio de 2005. Ponente: Sr. D. Pedro Jose Yagüe Gil.]**

F.: Aranzadi (Westlaw), RJ 2005/6464.

2006-17

**ASILO.-RECONOCIMIENTO: Persecución procedente de la guerrilla colombiana. Irrelevante que la persecución no provenga de las autoridades del Estado. Suficiente con el hecho de que el Estado no pueda proteger al perseguido.**

*Fundamentos de Derecho*

*Segundo.*—La parte actora destaca como primer motivo impugnatorio el hecho de que el hermano del recurrente fuese asesinado a manos de la guerrilla cuando ostentaba el cargo del Presidente de la Sala del Consejo Municipal. También destaca su vinculación a un Grupo de riesgo, la Junta de Acción Comuna y la situación de conflicto que se le generó tras sospechar la guerrilla su colaboración con el Gobierno.

Datos todos ellos que resultan al menos indiciariamente acreditados y que permiten concluir que el temor del demandante está objetivamente fundado. No es exigible una prueba plena sobre la situación invocada, pero sí, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2000 en el recurso de casación 10.671/1998, una «razonable certeza» sobre el relato fáctico presentado, entendiendo el Tribunal Supremo que «solo puede establecerse la certeza cuando el enlace entre el hecho indicio y el hecho a deducir sea preciso y directo según las reglas del criterio humano». En este sentido hay que destacar además de la situación de violencia generalizada existente en la zona de la región nororiental del Cauca, donde residía su familia, que a su petición acompaña noticias de prensa relativas a la muerte de su hermano, certificados del Párroco y Personero de Caldone, certificado de defunción de su hermano.

No desvirtúa la conclusión anterior que las amenazas no tengan su origen en una persecución por parte de las autoridades de su país, Colombia, pues basta con que el Estado no pueda proteger a aquel que pueda ser perseguido por otros grupos diferentes al que pertenezca la persona que se siente perseguida.

En este sentido el informe de la instrucción reconoce que «el solicitante realiza un relato amplio y relativamente detallado en lo que respecta a su hermano y a las obras que junto con él desarrollaron en la región». Cierto es que a continuación señala la instructora que el relato es vago e impreciso respecto a las amenazas recibidas con posterioridad a la muerte de su hermano, pero tal afirmación debe ser puesta en relación con la actividad conjuntamente realizada con su hermano, que permite inducir una razonable justificación y certeza en las amenazas que están reconocidas en el certificado expedido por el personero municipal de Caldone (Cauca).

Por otra parte tampoco resulta razonable atribuir la salida de Colombia a razones socioeconómicas, como señala la Instructora del expediente. El informe del Cura Párroco de Caldone permite descartar esta posibilidad cuando señala que la familia a la que pertenece el actor «es solidaria con los más necesitados “y que” toda la comunidad los extraña y rechaza el hecho de que hayan tenido que desplazarse a otro sitio», sin olvidar también que el recurrente en junio de 1996 (un año antes de la muerte de su hermano ocurrida en junio de 1997) había adquirido una amplia extensión de terrenos a un hermano suyo. Extremos todos ellos que alejan la idea de que el solicitante de asilo se encontrase en una situación económica determinante de su salida del país.

**[Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 8.ª), de 28 de junio de 2005. Ponente: Sr. D. Jose Luis Sánchez Díaz.]**

F.: Aranzadi (Westlaw), JUR 2005/244618.

**Nota:** De conformidad con lo dispuesto en la Convención de Ginebra sobre el estatuto de los refugiados, de 28 de julio de 1951, y en la legislación española que regula el derecho de asilo, procede reconocer la condición de asilado cuando quien lo solicita puede aportar indicios suficientes de haber sido sometido a persecución, o tener un fundado temor de ser sometido a ella por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas. La persecución ha de proceder de las autoridades oficiales del Estado, o de sujetos distintos, siempre y cuando se trate de personas que actúan con la autorización o con la connivencia de aquellas, o simplemente, cuando los poderes públicos permanezcan inactivos ante tales persecuciones. Las sentencias objeto del presente comentario se refieren, precisamente, a sendos supuestos de persecución procedente de sujetos distintos a las autoridades oficiales del Estado.

En el primero de los casos, nos encontramos, según se considera probado en la sentencia, ante la persecución procedente de mafias que operan en Ucrania. Si bien la Audiencia Nacional había procedido a denegar el asilo a los solicitantes, tras afirmar que la persecución a la que estaban siendo sometidos no procedía del Estado, el Tribunal Supremo casa la sentencia basándose para ello en el informe elaborado por el instructor –informe que se reproduce la sentencia– según el cual las bandas en cuestión «en muchas ocasiones ocupan el lugar del Estado, pues tienen muchas ramificaciones e intereses en el poder», por lo que «a veces es difícil distinguir dónde comienza la actividad del Estado y dónde empieza la actividad de la mafia». Afirmaciones sin duda controvertidas que llevan al Tribunal Supremo a considerar como suficientes los indicios de que la probada persecución a la que se vio sometida la familia solicitante de asilo se llevó a cabo por «elementos de los que se admite la posibilidad de que tengan relación con el Estado y que tiene su causa en la condición de empresario» del solicitante. En el segundo de los casos, nos encontramos ante un supuesto en el que la persecución procede de la guerrilla colombiana, circunstancia que a juicio de la Audiencia Nacional no desvirtúa por sí sola el derecho a beneficiarse del estatus de asilado, pues es suficiente con el hecho de que «el Estado no pueda proteger a aquel que pueda ser perseguido por otros grupos diferentes al que pertenezca la persona que se siente perseguida». A juicio del Tribunal esa sería la situación de don Sergio, solicitante de asilo, como consecuencia de la persecución a la que estuvo sometido por la guerrilla colombiana. Esta sentencia es una excepción respecto de otros muchos casos en los que la solicitud de asilo procede de nacionales colombianos, supuestamente perseguidos por la guerrilla, y en los que la respuesta ofrecida por la Audiencia Nacional ha sido la opuesta, en la mayoría de los casos por considerar que no se aportaban elementos de prueba suficientes de encontrarse *personalmente* sometidos a tal persecución, por lo que no se admite a trámite la solicitud o se deniega esta última (cfr. en este sentido, entre otras muchas las sentencias de la Sala 1.<sup>a</sup> de lo contencioso administrativo de la Audiencia Nacional, de 24 y 29 de junio de 2005, *Aranzadi Westlaw*, JUR 2005/244659, JUR 2005/238379, JUR 2005/238366, JUR 2005/2383376). Por otra parte, queda descartado el reconocimiento del asilo si la persecución no procede del Estado, bajo ninguna de las modalidades señaladas. Así lo demuestra la inadmisión a trámite de las solicitudes de asilo en los supuestos en los que el temor de persecución o las amenazas proceden, por ejemplo, del propio entorno familiar. La Audiencia Nacional ha afirmado, por ejemplo, que «las amenazas y la persecución que (el solicitante) alega por parte de su padre no constituye una persecución en los términos que establece la Convención de Ginebra ya que el quedarse embarazada no constituye un delito y, además, en Lagos (lugar en el que los hechos tienen lugar), no se aplica la Sharia, por lo que pudo obtener la protección de las autoridades de su país, caso de haberla necesitado por cuanto no promueven, autorizan ni permanecen activas ante dichos hechos que no constan que fueran denunciados en ningún momento» (cfr. sentencia dictada por la sección 1.<sup>a</sup> de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, 19 de enero de 2005. F.: *Westlaw Aranzadi*, JUR 2005/226427).

M.<sup>a</sup> Dolores BOLLO AROCENA

2006-18

**ASILO.-RECONOCIMIENTO: Persecución por motivos políticos en Mauritania.***Fundamentos de Derecho*

*Cuarto.—En el caso de autos se ha aportado al expediente administrativo recortes de prensa donde se hace referencia a la detención del solicitante de asilo y se alude a las torturas sufridas, intercambios de correos electrónicos con opositores mauritanos establecidos en Francia, documentos de apoyo de la ONG S.O.S Esclaves Mauritanie y panfletos del grupo al que pertenecía.*

*A la vista de dicha documentación, la instrucción considera acreditado que el solicitante de asilo fue arrestado por las autoridades de su país el 22 de diciembre de 2000 siendo puesto en libertad sin cargos el 1 de enero de 2001, sin embargo aduce, que no consta ni el solicitante aporta documento alguno que explique porque le dejaron en libertad sin cargos a los once días de su detención, por lo que considera que tal vez pudo tratarse de un error, ya que una vez puesto en libertad no aparece en ningún artículo ni se le vuelve a mencionar lo que no ocurre con la otra persona que fue detenida con él Lamhaba Walad Abadi, que sí fue entrevistada para hablar del «grupo secreto» y la detención.*

*No comparte la Sala la argumentación de la instrucción, por cuanto de la documentación aportada al expediente administrativo se constata que el solicitante de asilo fue detenido por la policía cuando se hallaba en unión de otro compañero (Lamhaba Walad Abadi) perteneciendo ambos al mismo grupo u organización «Adelante», siendo puestos en libertad en las mismas fechas, de lo que en un juicio de inferencia lógico y razonable se colige que las razones que motivaron la detención de ambos son las mismas y son las expuestas por el solicitante de asilo, de índole política. En esta línea señalar que en la documentación aportada se hace referencia a la detención del hoy demandante al que se le califica –folio 4.15– de «joven militante de la oposición radical». El hecho de que acudiera su compañero y no él a hablar de su detención a los medios de comunicación resulta intrascendente, como acertadamente pone de relieve el ACNUR –folios 7.3 y 7.4– en su informe.*

*Por otra parte, el hecho de que el solicitante de asilo no fuera militante de ninguno de los partidos de oposición que existen en su país y milite en «asociaciones secretas» o «grupos de amigos», con lo que la instrucción trata de poner de relieve su perfil opositor bajo, no parece –como pone de relieve el ACNUR– razón suficiente para dudar de su activismo político, pues de hecho, las autoridades mauritanas lo detuvieron por motivos políticos.*

*También se razona por la instrucción que el solicitante de asilo viajó a España en el año 2000 y regresó a su país demostrando que no albergaba temor alguno, que ha sido detenido sólo una vez y que abandonó el país legalmente con su pasaporte.*

*Respecto del viaje a España en el año 2000 para visitar a su madre, que reside al parecer en Las Palmas, decir que ese viaje se produjo con anterioridad a su detención, siendo esa detención, las torturas que dice haber sufrido durante la misma y la necesidad de mantener sus actividades políticas, razones suficientemente graves e importantes, como pone de relieve el ACNUR, para abandonar el país.*

*En cualquier caso, el ACNUR que ha informado favorablemente a la concesión de la protección otorgada por el Estatuto de Refugiado, estima que la correcta valoración del temor fundado del interesado conlleva tener en cuenta la información actual sobre Mauritania y también considerar las actividades políticas realizadas por el solicitante en Francia, tras su salida de Mauritania.*

*En relación con la situación actual de Mauritania, señala el ACNUR que en todos los informes de Derechos Humanos consultados por dicha Delegación se mencionan los abusos*

*del actual régimen mauritano: arrestos arbitrarios de opositores políticos, malos tratos y torturas de detenidos (lo que no viene sino a dotar de verosimilitud al relato del solicitante), censura de la información y subsistencia de la esclavitud.*

*Por lo que se refiere a las actividades políticas del solicitante en Francia, se alude a su intervención en distintos debates y conferencias en los que participó denunciando el régimen mauritano, la existencia de la esclavitud, las torturas y la falta de libertades.*

*En opinión del ACNUR, con estas actividades estaría demostrando su implicación política y, al mismo tiempo, señalándose aún más ante las autoridades mauritanas, con todos los riesgos que ello implica.*

*En esta línea hay que reseñar que, si bien cuando salió de su país el 28 de mayo de 2001 vino a España, a Gran Canaria donde reside su madre, sin embargo su intención no era quedarse en España con su madre, sino ir a Francia donde están la mayor parte de sus compañeros exilados, marchando allí el 16 de junio de 2001 donde pidió asilo, lo que no viene sino a reforzar la entidad e importancia de su activismo político.*

*Se ha conseguido, en suma, constatar razonablemente la existencia de un hecho de entidad que constituye un atentado grave a los derechos humanos como es la detención con torturas sufrida por motivos políticos, y la existencia en el solicitante de fundados temores de ser perseguido debido a su activismo político en contra del Gobierno de su país, activismo que, como hemos visto, ha proseguido estando fuera de Mauritania, lo que le significa aún más ante las autoridades mauritanas y aumenta el riesgo o temor fundado a ser perseguido en su país por ese activismo político en contra del Gobierno.*

*Lo anterior, en opinión de la Sala, constituye un supuesto de asilo por concurrir una de las causas para la obtención de la condición de refugiado establecida en el artículo 1.A de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951, sobre el Estatuto de los Refugiados.*

**[Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 1.<sup>a</sup>), de 1 de junio de 2005. Ponente: Sra. D.<sup>a</sup> Luz Lourdes Sanz Calvo.]**

F.: JUR 2005/245239.

2006-19

**ASILO.-RECONOCIMIENTO: Persecución por pertenencia a un grupo étnico y nacional, por grupos distintos a las autoridades oficiales del Estado.**

#### *Fundamentos de Derecho*

*Cuarto.-Visto el contenido del acto impugnado en autos, esto es, la denegación de la petición de asilo formulada por no apreciarse la existencia de temores fundados de persecución en su país de origen, y en el que se ha considerado que los actos de persecución han sido esporádicos y de escasa gravedad, así como la documental aportada por la recurrente, la Sala sin embargo, discrepa de la decisión adoptada por la Administración, admitiendo que la persecución de unos ciudadanos pueda provenir de grupos no gubernamentales distintos de un Estado [SAN de 21 de febrero de 2003 (JUR 2004, 106799) ó 25 de febrero de 2004 (JUR 2004, 133212) por todas]. Y lo cierto es que en autos concurre la prueba indiciaria legalmente exigida acerca de que en el caso concreto de autos esa persecución alegada por el actor ha existido, sin que conste en autos que los ciudadanos caucásicos como los recurrentes, hayan obtenido la suficiente protección por parte de las autoridades rusas, conforme a lo expuesto en anteriores fundamentos jurídicos. Y es así que concurre de forma particularizada esa situación de persecución en los recurrentes, lo que ha puesto de relieve tanto el informe favorable*

*del ACNUR de 17 de diciembre de 2003 como el video aportado, las fotografías, parte médico y denuncia por lesiones, como la certificación de las detenciones padecidas a las que se refiere el actor. Y es así que tal persecución en modo alguno puede calificarse de mínima entidad o esporádica como indicaba el informe del instructor, pues el temor que pueda padecer el recurrente se halla fundado conforme a los datos anteriormente indicados, lo que responde al artículo 3.1 de la Ley 5/1984 (RCL 1984, 843) de asilo y a la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 (RCL 1978, 2290, 2464), no pudiendo exigirse a un ciudadano y su familia que padezca estoicamente actos conminatorios y amenazantes de persecución de forma reiterada para que puedan ser protegidos por la Convención ginebrina, sin que por otro lado, se haya revelado como suficiente cualquier otro medio de protección posible en favor del recurrente y de su familia.*

*En suma, la pertenencia del actor y su familia a un grupo étnico (caucásico), y nacional de origen (georgiano), aunque después haya adquirido la nacionalidad rusa, ha supuesto el padecimiento de una situación de persecución en su país de residencia que obligan a que se estime el presente recurso, se anule la resolución impugnada y se reconozca a los actores la condición de refugiados con todos los efectos favorables, sin necesidad de entrar en las demás alegaciones expuestas por el actor.*

**[Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 4.ª), de 18 de mayo de 2005. Ponente: Javier Eugenio López Candela.]**

F.: Aranzadi (Westlaw), RJCA 2005/1025.

2006-20

**ASILO.-RECONOCIMIENTO: Persecución por motivos sociales (pertenencia a una familia acaudalada en Colombia). Inexistencia viable de alternativa de huida interna.**

#### *Fundamentos de Derecho*

*Cuarto.—(...) En este sentido, cabe señalar que la recurrente ha aportado el material probatorio suficiente para acreditar que ha sufrido en su entorno personal inmediato y directo una persecución de las características exigidas por la legislación vigente para que les sea concedido el asilo solicitado, ocurrida a lo largo de varios años, padeciendo un fundado y razonable temor de sufrir agresiones personales graves en su propio país, Colombia, como consecuencia de la situación de inestabilidad y violencia allí existente.(...)*

*Por lo demás, la actora era una persona apreciada por las autoridades y los vecinos, según se desprende de los documentos aportados. Este dato, a juicio de la Sala, es trascendente para otorgar también credibilidad al relato efectuado, pues debe valorarse adecuadamente el hecho de que una persona que en Colombia tiene propiedades y una actividad mercantil estable esté dispuesta a abandonar su país para marcharse a otro con su familia, en la medida en que, en buena lógica, esta importante decisión debe obedecer a una razón poderosa.*

*En consecuencia, la Sala estima que en este caso aparece con toda evidencia la necesidad de protección de la recurrente ante la realidad y vigencia de una persecución personal en su país, Colombia, por causa prevista en la legislación aplicable en materia de asilo, sin que frente a esta conclusión quepa oponer la posibilidad de rechazar el asilo por la existencia de una alternativa viable de huida interna, en el propio país de origen de la recurrente, alternativa que debe ser descartada —como hicimos recientemente en la Sentencia dictada en el recurso 272/03— por cuanto que, con base en el Informe del ACNUR de septiembre de 2002, titulado «Consideraciones sobre la protección internacional de los solicitantes de asilo y de los refu-*

*giados colombianos», puede afirmarse, por una parte, que no son de apreciar actualmente áreas o zonas libres de riesgo en el país, y, por otra, que la mención de esta posibilidad exige que quien la realiza proporcione los datos necesarios que acrediten la existencia de la misma y, por tanto, que dicha alternativa sea susceptible de proporcionar una protección real y eficaz y que no obligue al desplazado a un sacrificio desproporcionado, como el que resultaría de trasladarse a un núcleo urbano saturado de personas en una situación similar a la suya, donde las condiciones de vida resulten sumamente difíciles y donde se encuentren asimismo otros desplazados por amenazas de un grupo contrario al que causó la huida de aquéllos, que pueden representar un nuevo peligro real por las mismas razones que determinaron el abandono precipitado del lugar en que vivían».*

*Por tanto si el relato de la hermana ha de estimarse como coherente y verosímil en cuanto a los hechos y como fundado y razonable en un temor de persecución personal en cuanto a lo jurídico, estas conclusiones son igualmente trasvasables a su hermano hoy recurrente, pues la resolución recurrida solo afirma la inverosimilitud sobre la base de contradicciones con el relato de la primera resultado ambos coincidentes en lo sustancial de la persecución al grupo familiar.*

*Por lo expuesto, procede estimar el recurso interpuesto, anular la resolución impugnada por su disconformidad a Derecho, y declarar el derecho de la recurrente a que le sea otorgado el asilo político solicitado.*

**[Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3.ª), de 13 de enero de 2005. Ponente: Sra. D.ª Isabel García García-Blanco.]**

F.: Aranzadi (Westlaw), JUR 2005/209136.

**Nota:** La persecución, como causa que genera el derecho de una persona a recibir asilo en el territorio de un tercer Estado, puede deberse a motivos «de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas». Las sentencias que acabamos de extraer reconocen el derecho de asilo a personas perseguidas en distintos países y por distintos motivos: motivos políticos (Mauritania), pertenencia a grupo étnico y nacional (Rusia), por motivos sociales (Colombia y Ucrania). Otras motivaciones, como las meramente económicas, o la conflictividad interna en el país de origen conllevan la inadmisión a trámite de la solicitud o la denegación de la misma si no va acompañada de indicios de que el solicitante pudiera sufrir persecución por los motivos arriba señalados (cfr. en este sentido la sentencia de la sección 1.ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, 29 de junio de 2005, o la del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 5.ª, de 21 de junio de 2005)

M.ª Dolores BOLLO AROCENA

2006-21

**ASILO.-RECONOCIMIENTO: No necesidad de una prueba plena sino una prueba indiciaria o indicios suficientes.**

#### *Fundamentos de Derecho*

*Sexto.-En apoyo de su petición el interesado presentó: 1.º Carnet del partido comunista; 2.º Nombramiento de inspector en el Departamento de Asuntos Internos de Comité Ejecutivo de la región de Masir; 3.º Cartilla militar, donde consta haber sido destinado al*

*Comisariado Militar del Distrito de Sovetski de Ereván; 4.º Solicitud de expediente del Capitán de Reserva Arytynian Serguei Secguyevich.; 5.º Documento de entrega de la pistola «Makarov», 7051 y diversa munición.*

*Desde luego, ninguno de estos documentos prueba plenamente por sí solo la veracidad del relato que hizo el solicitante; como puede comprenderse, muchos de esos hechos, terribles pero no increíbles, no quedan reflejados en documentos, porque de las atrocidades no suele dejarse constancia. Sin embargo algunos de los hechos relatados eran de fácil comprobación por la Administración por tratarse de sucesos que, a buen seguro, tuvieron publicidad. Sin embargo, la Administración no sólo no realizó los pertinentes actos de averiguación, sino que ni siquiera se refirió a esos hechos en su resolución, bastándole para denegar el asilo con los argumentos de que los solicitantes habían salido de su país en forma legal y provistos de pasaportes (lo que, desde luego, no excluye de forma absoluta la persecución) y de que los hechos son poco verosímiles (afirmación que carece de fuerza persuasiva viniendo de quien, como la Administración, no ha realizado acto alguno de comprobación).*

*Pero todos estos documentos presentados por los interesados hacen aflorar lo único que exige el artículo 8 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo (RCL 1984, 843), reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, para la concesión del derecho de asilo, que son «indicios suficientes», según la naturaleza de cada caso, para deducir que el solicitante cumple los requisitos a que se refiere el artículo 3-1 de la misma.*

*La Sala de instancia no hace referencia alguna ni a los hechos en que el interesado basó su petición ni a los documentos que presentó, y, de esa forma, infringió los preceptos que se alegan como infringidos, porque de haberla hecho hubiera descubierto los modestos pero suficientes indicios para estimar el recurso Contencioso-Administrativo, que es lo que nosotros haremos en esta sentencia [artículo 95-2-d) de la Ley 29/98 (RCL 1998, 1741)].*

**[Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 5.ª), de 29 de marzo de 2005. Ponente: Sr. D. Pedro José Yagüe Gil.]**

F.: Aranzadi (Westlaw), RJ 2005/6335.

En el mismo sentido

**[Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 5.ª), de 29 de marzo de 2005. Ponente Sr. D. Pedro José Yagüe Gil.]**

F.: Aranzadi (Westlaw), RJ 2005/3120.

**[Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 5.ª), de 29 de marzo de 2005. Ponente: Sr. D. Pedro Jose Yagüe Gil.]**

F.: Aranzadi (Westlaw), RJ 2005/6335.

2006-22

**ASILO.-REVOCACIÓN: Como consecuencia de la comisión de dos delitos contra la salud pública en España por parte del beneficiario del asilo.**

#### *Fundamentos de Derecho*

*Quinto.-Al actor se le concedió en su momento derecho de asilo, al serle de aplicación, todo lo hasta aquí expuesto, para la concesión de dicho derecho, pero vistas las condenas del*

*mismo como autor responsable de dos delitos contra la salud pública, extremo este que durante la tramitación del recurso, el mismo negó, es evidente que nos hallamos en presencia del supuesto de revocación de la condición de asilado, prevista en el artículo 20.d) de la Ley 5/1984 (RCL 1984, 843), que se aprecia en la resolución del Consejo de Ministros impugnada y ello por cuanto después de haber obtenido la concesión del derecho de asilo, incurrió en causa de privación de la condición de asilado prevista en Convenio Internacional, en concreto la antes citada Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 (RCL 1978, 2290, 2464), cuyo artículo 1 en su apartado F) antes transcrito expresamente señala que las disposiciones de dicha Convención no serán aplicables a los que hubieran cometido un grave delito común, como sin duda lo son los delitos contra la salud pública por los que fue condenado el actor.*

*Es cierto que dicho apartado F) hace referencia a la comisión de graves delitos comunes fuera del país de refugio, pero tal referencia la hace a la comisión del hecho delictivo, antes de ser admitido en él como refugiado, por lo que ninguna duda hay de que una vez admitido como refugiado en España el Sr. Jesús Manuel, y habiéndosele concedido el derecho de asilo, la comisión de dos graves delitos comunes contra la salud pública, cometidos en España y enjuiciados y sentenciados por las autoridades españolas, le incardinan de plano en el ámbito del artículo 1.F) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y hacen que resulte plenamente ajustada a Derecho, la argumentación contenida en el Acuerdo del Consejo de Ministros que certeramente le revoca la concesión de asilo en aplicación del artículo 20.d) de la Ley 5/1984, Reguladora del Asilo, en relación con el artículo 3.4.b) de la misma Ley que fija como causa de denegación de aquel –lo que le hace extrapolable a la revocación– la comisión de un delito común grave, en los términos que anteriormente se han transcrito. A la vista de lo expuesto, procede la desestimación del recurso Contencioso-Administrativo interpuesto.*

**[Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6.ª, de 27 de mayo de 2005. Ponente: Sra. D.ª Margarita Robles Fernández.)]**

F.: Aranzadi (Westlaw), RJ 2005/4418.

**Nota:** El interés de la sentencia objeto de las presentes líneas se encuentra en el hecho de tratarse de un supuesto de revocación de la condición de asilado. La particularidad reside en la circunstancia de que tanto la Convención de 1951 como la propia Ley 5/1984, modificada por la Ley 9/1994, recogen la posibilidad de revocación de la condición de asilado, por haber cometido un grave delito común fuera del país de refugio y antes de haber sido concedido el asilo [cfr. apartado f) del artículo 1 de la Convención]. Aún cuando D. Jesús fue declarado judicialmente responsable de la comisión de dos delitos contra la salud pública, delitos cometidos en España una vez obtenido el estatuto de asilado, el Tribunal Supremo considera que se trata de una situación subsumible o extrapolable a lo dispuesto en artículo 1, letra f) de la Convención, pues un criterio de congruencia lleva a considerar que las conductas que justifican la denegación del refugio justifican la revocación o la privación del mismo beneficio anteriormente otorgado. Además, la resolución de revocación del asilo se refiere a lo dispuesto en el artículo 32 del Convenio de 1951 que señala la posibilidad de proceder a la expulsión de un refugiado por razones de «seguridad nacional o de orden público», concepto este último en el que, según concluye la administración, cabe incardinar la comisión de un comportamiento delictivo. Todo lo cual, lleva al Tribunal a concluir que el acuerdo adoptado por el Consejo de Ministros revocando la condición de asilado de D. Jesús fue plenamente ajustado a derecho.

M.ª Dolores BOLLO AROCENA

**ASILO.—AUTORIZACIÓN DE PERMANENCIA POR RAZONES HUMANITARIAS:  
País de procedencia: Sierra Leona.***Fundamentos de Derecho*

*Tercero.—En contra de lo declarado por la Administración en la resolución impugnada, procede autorizar a la recurrente la permanencia en España por razones humanitarias, según lo establecido en el artículo 17.2 de la Ley de Asilo 5/1984 (RCL 1984, 843), modificada por Ley 9/1994 (RCL 1994, 1420, 1556), por las razones que expresó el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados en el informe que oportunamente emitió a instancia de la propia Administración.*

*Dicho Alto Comisionado (folio 4 del expediente administrativo) propuso en su informe que se aplicase a la demandante, ahora recurrente en casación, lo dispuesto en el referido precepto de la Ley de Asilo porque la situación de Sierra Leona no permite su devolución con las debidas garantías de seguridad, dadas las circunstancias, antes apuntadas, de ese país.*

*Se trata, por tanto, de un supuesto plenamente subsumible en lo previsto por el citado artículo 17.2 de la Ley de Asilo, modificada por Ley 9/1994, en que se debe autorizar la permanencia en España de la recurrente dentro del marco de la legislación de extranjería, razón por lo que la decisión de las Administración denegando tal autorización es contraria a Derecho y debe ser anulada, conforme a lo dispuesto en el artículo 63.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246), en relación con el artículo 70.2 de la Ley de esta Jurisdicción (RCL 1998, 1741), de manera que procede acceder a la pretensión formulada por la recurrente para que se ordene a la Administración autorizarle su permanencia en España en el marco de la legislación de extranjería, según lo establecido concordadamente en los artículos 33.1 y 71.1 a) y b) de la propia Ley Jurisdiccional, y de acuerdo con las Disposiciones Transitorias segunda y tercera de esta misma Ley 29/1998, de 13 de julio.*

**[Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 5.ª), de 25 de enero de 2005. Ponente: Sr. D. Jesús Ernesto Peces Morate.]**

RJ 2005/1512.

2006-24

**ASILO: AUTORIZACIÓN DE PERMANENCIA POR RAZONES HUMANITARIAS.  
País de procedencia: Colombia***Fundamentos de Derecho*

*Sexto.—Se aducen, finalmente en la demanda razones humanitarias a las que se refiere el artículo 17.2 de la Ley 5/1984, que establece «No obstante lo establecido en el número anterior, por razones humanitarias o de interés público podrá autorizarse, en el marco de la legislación general de extranjería, la permanencia en España del interesado cuya solicitud haya sido inadmitida a trámite o denegada, en particular cuando se trate de personas que, como consecuencia de conflictos o disturbios graves de carácter político, étnico o religioso, se hayan visto obligadas a abandonar su país y que no cumplan los requisitos a que se refiere el número 1 del artículo tercero de esta Ley».*

*En el presente caso, valorando las circunstancias puestas de relieve por el ACNUR y que se han constatado de la prueba documental aportada, como son que el solicitante como su*

*compañera gozaban en su país de unos ingresos que les permitía llevar un nivel de vida adecuado, y poseían –Juan María– una finca urbana en Santa Fe de Bogotá que había adquirido en 1999, y que abandonaron para venir a vivir a España, lo que excluye la mera emigración económica; unido a las especiales circunstancias del demandante, como son que su hermano Guillermo, periodista, fue amenazado de muerte por las Autodefensas y tuvo que abandonar el país y exilarse en Estados Unidos, hechos reconocidos en el contexto colombiano y que no se cuestionan tampoco por la instrucción, lo que unido al hecho de haber participado ambos en programas de televisión y compartir el mismo apellido puede generar una cierta confusión con el riesgo que podría entrañar, considera procedente hacer uso de la facultad discrecional otorgada por el artículo 17.2 de la Ley de Asilo, y autorizar la permanencia en España de los solicitantes, por razones humanitarias.*

**[Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 1.ª), de 29 de junio de 2005. Ponente: Sra. D.ª M.ª Luz Lourdes Sanz Calvo.]**

F.: Aranzadi (Westlaw), Jur 2005/238373.

En el mismo sentido,

**[Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 1.ª), de 9 de marzo de 2005. Ponente: Sra. D.ª Nieves Buisan García.]**

F.: Aranzadi (Westlaw), Jur 2005/214027.

2006-25

### **AUTORIZACIÓN DE PERMANENCIA POR RAZONES HUMANITARIAS.–País procedencia: Costa de Marfil**

#### *Fundamentos de Derecho*

*Tercero.–Cosa distinta sucede en lo que afecta a la pretensión subsidiaria de que se autorice la permanencia en España por razones humanitarias al amparo de lo previsto en el artículo 17.2 de la Ley de Asilo (RCL 1984, 843).*

*Ya hemos dejado señalado que la sentencia de instancia no se adentra a examinar esta cuestión de la posible autorización de permanencia por razones humanitarias porque considera «...que la competencia del Juzgado se limita a la fiscalización de la procedencia o improcedencia de la admisión a trámite de la solicitud de asilo». No podemos compartir esa apreciación pues no cabe excluir que al examinar la solicitud de asilo y la resolución de la Administración el órgano jurisdiccional llegue a la conclusión de que, siendo ajustada a Derecho la inadmisión a trámite de la solicitud de asilo, pueden concurrir sin embargo circunstancias incardinables en el artículo 17.2 de la Ley de Asilo que hagan procedente autorizar la permanencia en España por razones humanitarias.*

*Además, en el caso que nos ocupa no cabe afirmar que la cuestión se haya planteado ex novo en vía jurisdiccional ni que se haya suscitado por primera vez en el recurso de apelación pues ya en vía administrativa esta posibilidad de autorizar la permanencia del solicitante por razones humanitarias fue informada, bien es cierto que desfavorablemente, en el informe/propuesta de la Instructora del expediente (folio 4.1). Y ya en vía jurisdiccional, pese a haber sido expresamente planteada esta petición en el escrito de demanda, luego ratificado por el*

*Letrado del recurrente en el acto del juicio, la sentencia de instancia no entra a examinarla ni se pronuncia sobre ella siendo así que debió hacerlo por las razones que acabamos de exponer. Así las cosas, habiéndose reiterado esta pretensión en el recurso de apelación, procede que la examinemos y nos pronunciemos sobre ella. Veamos.*

*Sin perjuicio de que hayamos considerado suficientes las razones dadas por la Administración para no admitir a trámite la solicitud de asilo, a los efectos previstos en el mencionado artículo 17.2 no cabe ignorar que las circunstancias señaladas en aquel informe de ACNUR antes mencionado, donde se alude a la grave situación de inestabilidad que se vive en Costa de Marfil y a violaciones de derechos humanos que continúan produciéndose en aquel país, se presentan desafortunadamente con renovada vigencia tras los sucesos ocurridos en Costa de Marfil recientemente –con fecha posterior a la solicitud de asilo y a la propia resolución aquí recurrida– y de los que han dado noticia en los últimos meses todos los medios de comunicación. A la vista de todo ello esta Sala considera que, aun no existiendo aquí causa generadora del derecho de asilo por las razones que hemos señalado, la situación de conflicto y disturbios que pervive en Costa de Marfil hace improcedente que el recurrente sea devuelto a su país de origen. Por ello consideramos que debe autorizarse su permanencia en España por razones humanitarias de conformidad con lo previsto en el mencionado artículo 17.2 de la Ley de Asilo.*

**[Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 1.ª), de 12 de enero de 2005. Ponente: Sr. D. Eduardo Calvo Rojas.]**

F.: Aranzadi (Westlaw), JUR 2005/226459.

2006-26

### **AUTORIZACIÓN DE PERMANENCIA POR RAZONES HUMANITARIAS.–País de procedencia: República Democrática del Congo**

#### *Fundamentos de Derecho*

*Cuarto.–Con carácter subsidiario se pretenden también las «razones humanitarias» a las que se refiere el artículo 17.2 de la Ley 5/1984, en su redacción establecida por la Ley 9/1994 (...)*

*En el presente caso, a tales efectos ha de hacerse mención a la siguiente prueba documental unida al expediente administrativo: Obra en el folio 6.6 de dicho expediente un certificado médico del centro de salud de la Policía Nacional Congoleña, de 20 de abril de 2000, que expone que la solicitante de asilo permaneció en dicho centro médico cinco días por haber sido violada por un grupo de siete personas. Certificado médico cuya autenticidad expresamente se reconoce en el Informe de la Embajada de España en Kinshasa (folio 8.6), dado que su verificación se llevó a cabo de forma confidencial, a través de una enfermera de dicho centro.*

*Figura también en las actuaciones un Informe psicológico de la Cruz Roja de 3 de julio de 2002 (folios 7.15 y 7.16) según el cual la Sra. María Purificación presenta trastorno de estrés postraumático, por haber sido agredida brutalmente, física y sexualmente, en presencia de sus tres hijos. Diagnóstico que tampoco se discute por la instructora del expediente administrativo (folio 10.5 del mismo), que únicamente discrepa en cuanto a la conexión que la psicóloga realiza entre los hechos narrados por la solicitante y el trastorno padecido.*

*Esta Sala, basándose en la anterior documental, considera procedente la aplicación de la facultad discrecional que a la misma otorga el referido artículo 17.2 de la Ley de Asilo, y*

*entiende, por tanto, que ha de ser permitida la permanencia en España de tal Sra. María Purificación por las invocadas razones humanitarias, ya que existen indicios de peligro para su vida o, mas exactamente, para su integridad física, en el caso de tener que retornar a R.D.Congo, conforme al criterio sustentado, entre otras, en nuestra reciente sentencia de 9 de marzo de 2005, dictada en recurso 718/2003.*

**[Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 1.ª), de 15 de junio de 2005. Ponente: Sra. D.ª Nieves Buisán García.]**

F.: Aranzadi (Westlaw), JUR 2005/249306.

**Nota:** El grupo de sentencias que acaban de extractarse van referidas todas ellas a supuestos de autorización de permanencia en España por motivos humanitarios, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17.2 de la Ley de Asilo 5/1984, modificada por la Ley 9/1994. Las sentencias en cuestión se refieren a personas procedentes de países como Sierra Leona, Costa de Marfil o República Democrática del Congo, en los que existe cuando menos una situación de grave inestabilidad, tal y como hizo constar en cada uno de los casos el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los refugiados. Las solicitudes de permanencia por motivos humanitarios, fundadas exclusivamente en razones económicas o en dificultades legales o judiciales en el estado de origen son denegadas de manera automática (cfr. entre otras las sentencias dictadas por la sección 5.ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, de 21 de junio de 2005).

M.ª Dolores BOLLO AROCENA

2006-27

## **DERECHOS HUMANOS.—No aplicación de ley extranjera por vulneración del orden público internacional español.**

*Noveno [...] Es cierto que las cuestiones relativas a la «persona», entre las que se incluye la determinación y cambio de sexo de la persona, deben solventarse con arreglo a la «Ley personal» del sujeto en cuestión, esto es, con sujeción a la «Ley nacional» o Ley del país cuya nacionalidad ostenta el sujeto en cuestión, tal y como antes se apuntó. Sin embargo, no es menos cierto que la aplicación de la Ley extranjera puede y debe ser rechazada cuando su aplicación resulte contraria al orden público internacional español. En concreto, se rechaza la aplicación de la Ley extranjera cuando tal aplicación produzca una vulneración de los principios esenciales y básicos e irrenunciables del Derecho español. Pues bien, es claro que es un principio básico e irrenunciable del Derecho civil español la posibilidad de «cambio de sexo» de las personas, de modo que por indicación de la misma Constitución Española de 1978 (RCL 1978, 2836), que protege el «libre desarrollo de la personalidad», todo sujeto, sea español o extranjero, debe tener la posibilidad de cambiar su sexo. Cuando la Ley extranjera, como es el caso de la Ley costarricense, no admite el cambio de sexo en ningún caso, dicha Ley no debe ser aplicada por los Tribunales españoles [art. 12.3 CC (LEG 1889, 27)], que en su lugar han de aplicar la Ley española. Esta tesis viene reforzada por la más reciente jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos, en particular en función de la interpretación dada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de los artículos 8 y 12 del Convenio Europeo de Derechos del Hombre de 4 de noviembre de 1950 (RCL 1979, 2421) en su Sentencia de 11 de julio de 2002 (TEDH 2002, 45), dada la importancia que para salvar el carácter restrictivo del orden público internacional tiene el método comparatista y trasnacional como*

*instrumento de decantación de los principios jurídicos protegidos por la cláusula de orden público por su condición de principios esenciales comunes a una pluralidad de países.*

**[Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 24 de enero de 2005].**

F.: Aranzadi (Westlaw).

2006-28

**DERECHOS HUMANOS.—Alusión al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.**

*Quinto [...] Aunque todavía no vigente, los anteriores valores de protección a la familia, atención al menor y libertad de empresa son asumidos en la Constitución Europea, debiendo destacarse como el artículo II-84.2 señala que en todos los actos relativos a los niños llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del niño constituirá una consideración primordial, declaración esta última que no hace sino conceder relevancia constitucional a un valor ya de antiguo reconocido a nivel del Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuando afirma que el interés del niño está antes que cualquier consideración [STEDH de 28 de septiembre de 2004 (TEDH 2004, 63)].*

**[Sentencia del Juzgado de lo Social de Baleares, Ciutadella de Menorca (núm. 1), de 7 de marzo de 2005. Ponente: Sr. D. José Antonio Buendía Jiménez.]**

En el mismo sentido *vide* **[Sentencia del Juzgado de lo Social de Baleares, Ciutadella de Menorca (núm. 1), de 23 de marzo de 2005. Ponente: Sr. D. José Antonio Buendía Jiménez.]**

F.: Aranzadi (Westlaw).

2006-29

*El proyecto de Constitución Europea, aún no siendo una norma de actual aplicación, pero sí válida en cuanto refiere el sentir común hacia el que caminamos, establece en su artículo I.3 y entre sus objetivos que: «La Unión combatirá la exclusión social y la discriminación [...]».*

*Su artículo II-81 nos indica que: «Se prohíbe toda discriminación [...]».*

*Primero [...] En mi opinión el juego conjunto de los artículos 13, 136 y 137 del Tratado de la Unión (LCEur 1986, 8), y por supuesto las previsiones contenidas en el artículo II-81 del proyecto de Constitución Europea, también avalarían la consideración de que cabría ampliar la protección que finalmente dispensa la Directiva 2000/78 (LCEur 2000, 3383) a otras señas identitarias no específicamente expresadas.*

**[Auto del Juzgado de lo Social de la Comunidad de Madrid, Madrid (núm. 33), de 7 de enero de 2005. Ponente: Sr. D. José Pablo Aramendi Sánchez.]**

F.: Aranzadi (Westlaw).

2006-30

**DERECHOS HUMANOS.—Alegación de instrumentos internacionales. Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea.**

*Séptimo [...] No puede cabe duda sobre el sometimiento de la capacidad matrimonial al estatuto personal determinado por la nacionalidad de la persona, en tanto que Ley aplicable, a la vista del artículo recién citado de nuestro Código Civil. Así lo confirman, además, las siguientes consideraciones: [...] c) recientemente, en la misma línea apuntada, el artículo 9 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (LCEur 2000, 3480), firmada el 7 de diciembre de 2000, proclama que «el derecho a casarse y el derecho a fundar una familia están garantizados según las Leyes nacionales que rigen su ejercicio», admitiendo, pues, su consideración como derechos de configuración legal, correspondiendo la competencia legislativa en la materia a los respectivos Estados miembros sobre sus propios nacionales.*

**[Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 24 de enero de 2005.]**

F.: Aranzadi (Westlaw).

2006-31

*Séptimo [...] por directa aplicación del artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas de 1989 sobre los Derechos del Niño (RCL 1990, 2712), en cuanto recoge el derecho del niño a que se tengan debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez y a ser escuchado en todo procedimiento judicial que le afecte; todo ello sin olvidar las previsiones del artículo 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (LCEur 2000, 3480), que no siendo vinculante ni teniendo eficacia jurídica directa, es un referente importantísimo en nuestro espacio social y cultural.*

**[Auto del Juzgado de Primera Instancia de Zaragoza, Zaragoza (núm. 6), de 20 de abril de 2004.]**

F.: Aranzadi (Westlaw).

2006-32

*Segundo [...] señalando la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 1 de diciembre de 2000, el derecho que todo trabajador tiene a trabajar en condiciones que respeten su salud, su seguridad y su dignidad (art. 31.1), de tal forma que, incluso las excepciones contempladas en la Directiva 93/104/LE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993 (LCEur 1993, 4042), relativa a determinados aspectos de la distribución del tiempo de trabajo, deben respetar los principios generales de la protección, la seguridad y la salud de los trabajadores cuando la duración del trabajo no esté medida y/o predeterminada por el propio trabajador.*

**[Sentencia del Juzgado de lo Social de Andalucía, Granada, núm. 209/2005 (núm. 7), de 9 de mayo. Ponente: Sr. D. Jorge Luis Ferrer González.]**

F.: Aranzadi (Westlaw).

2006-33

Único [...] *La Carta Europea de Derechos Fundamentales (RCL 1980, 1436 y 1821) no es un texto jurídico comunitario que recoja los derechos fundamentales con carácter vinculante para los Estados miembros, ni que permita al Tribunal de Justicia aplicar tales derechos como parte integrante del Derecho comunitario, algo que sólo ocurrirá si se produce la ratificación de la Constitución Europea. Por ello es dudoso que la primacía del Derecho comunitario sobre el nacional se extienda, hoy por hoy, a las normas reguladoras de los derechos fundamentales [...].*

**[Auto del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Social, Sección 2.ª), de 28 de enero de 2005. Ponente: Sr. D. Rafael Antonio López Parada.]**

F.: Aranzadi (Westlaw).

2006-34

#### **DERECHOS HUMANOS.—Legación de instrumentos y/o tratados internacionales.**

*Segundo.—Desde la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (LEG 1948, 1) (artículo 4) se viene proclamando que nadie está sometido a esclavitud ni a servidumbre; la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas. El año siguiente, en 1949, se aprobó el I Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena [ratificado por España en 1962 (RCL 1962, 1697)], y que se enmarca dentro de las tendencias abolicionistas de la prostitución y por ello opta por sancionar toda actividad de proxenetismo y concertación de la prostitución ajena. Recogiendo todos estos principios, la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979 y firmado por España en 1984 (RCL 1984, 790), se indica que los estados partes tomarán las medidas apropiadas incluso de carácter legislativo para suprimir todas las formas de trata de mujeres y explotación de la prostitución de la mujer. Dando un paso más, la Asamblea General de Lobby Europeo de Mujeres adoptó una moción que recogía los siguientes puntos:*

- 1. La prostitución y el tráfico de mujeres constituye una grave violación de los derechos humanos de las mujeres.*
- 2. La prostitución y el tráfico de mujeres no deberían estar asociados a los términos «libre o asociada».*
- 3. Debería reconocerse que la libre elección es un factor relativo, asociado y relacionado con otros factores que afectan directamente a las mujeres: económico, social, cultural, etc.; y todos estos factores suponen serias restricciones a la libertad de elección.*

*Toda esta normativa internacional nos está indicando de forma palmaria que el ejercicio de la prostitución, como restricción a la libertad individual, no puede ser objeto de lícito comercio, y por tanto, no puede ser objeto de explotación mercantilista con ánimo de lucro; e impetra los estados a que reaccionen con todas las formas de proxenetismo y prostitución.*

**[Sentencia del Juzgado de lo Social de Galicia, Vigo (núm. 2), de 7 de mayo. Ponente: Sr. D. Germán M.ª Serrano Espinosa.]**

F.: Aranzadi (Westlaw).

2006-35

*Quinto [...] Debe también traerse a colación que, como nos recuerda la STSJ de Murcia de 14 de noviembre de 2000 (AS 2000, 3710), en caso de interpretaciones diversas debe optarse por aquella que asegure más la protección e interés del menor, pues es un imperativo derivado del artículo 3 de la Convención de Derechos del Niño (RCL 1990, 2712), cuyo apartado primero ordena que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, ha de concederse una consideración primordial al interés superior del niño.*

**[Sentencia del Juzgado de lo Social de Baleares, Ciutadella de Menorca (núm. 1), de 7 de marzo de 2005.** Ponente: Sr. D. José Antonio Buendía Jiménez.]

En el mismo sentido *vide* **[Sentencia del Juzgado de lo Social de Baleares, Ciutadella de Menorca (núm. 1), de 23 de marzo de 2005.** Ponente: Sr. D. José Antonio Buendía Jiménez.]

F.: Aranzadi (Westlaw).

2006-36

*Primero [...] un derecho fundamental, constitucionalmente consagrado en el artículo 16.1, cual es el de la libertad religiosa [...]. Este derecho aparece igualmente protegido en el artículo 9.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (RCL 1979, 2421) y en el artículo 18.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (RCL 1977, 893), que amplían su definición a la manifestación no sólo por medio del culto, los ritos o las prácticas, sino también por medio de la enseñanza, [...], recalcando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos cual es el contenido y señalándolo como cimiento de una sociedad democrática [SSTEDH Kokkinakis contra Grecia de 25 de mayo de 1993 (TEDH 1993, 21), Agga contra Grecia del 17 de octubre de 2002 (TEDH 2002, 55)].*

[...]

*Cuarto.—Estas reflexiones atentan frontalmente contra el derecho a la integridad física y moral [...], que tienen su reflejo en el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (RCL 1979, 2421) o en el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (RCL 1977, 893), en cuanto refieren que la finalidad de los golpes no es humillar y maltratar físicamente sino hacer sufrir psicológicamente, con grave menoscabo de la dignidad de la víctima que el artículo 10 del Texto Constitucional considera fundamento del orden político y de la paz social [...].*

**[Sentencia del Juzgado de lo Penal de Barcelona, Barcelona (núm. 3), de 12 de enero de 2004.** Ponente: Sr. D. Juan Pedro Yllanes Suárez.]

F.: Aranzadi (Westlaw).

2006-37

**DERECHOS HUMANOS.—Alegación de jurisprudencia internacional. Tribunal Europeo de Derechos Humanos.**

*Tercero [...] Dicha sentencia analiza también a jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, incluidas las dos sentencias de 11 de julio de 2002 (TEDH 2002, 45) (casos I. contra el Reino Unido y Christine Goodwin también contra el Reino Unido), y aun reconociendo que el Tribunal Europeo ha cambiado sensiblemente su anterior posición, declarando que la falta de reconocimiento general en el plano jurídico por parte del Reino Unido del cambio de sexo a que se habían sometido las promoventes constituía una vulneración del artículo 8 del Convenio de Derechos Humanos (RCL 1979, 2421), estima que ello no obstante se «mantiene en la esencial su precedente doctrina en orden a los requisitos exigibles para el acogimiento de las pretensiones de aquéllos tendentes a obtener dicho cambio», doctrina en cuya virtud «si bien el dato cromosómico no es decisivo para el reconocimiento de la identidad sexual de una persona, tampoco pueden considerarse suficientes los factores puramente psicológicos para conceder relevancia jurídica a las demandas de admisión de cambio de sexo, resultando imprescindible que las personas transexuales que las formulan se hayan sometido a los tratamientos hormonales y quirúrgicos precisos para la supresión no sólo de sus caracteres sexuales secundarios —que es lo que únicamente ha acreditado la recurrente en el caso que nos ocupa, se refiere a un tratamiento previo con andrógenos que se ha prolongado durante tres o cuatro años y debido al cual presentaba ya barba, vello corporal unido a una extirpación mamaria bilateral, con trasplante de areola y pezón— sino, también y, fundamentalmente para la extirpación de los primarios y la dotación a los solicitantes de órganos sexuales semejantes, al menos en apariencia, a los correspondientes al sexo que emocionalmente sienten como propio».*

[...]

*Cuarto [...] consideramos ilustrativo traer a colación algunos informes y pasaje de la STEDH de 11 de julio de 2002 (TEDH 2002, 45) [...]:*

«56. [...] Es de crucial importancia que el Convenio sea interpretado y aplicado de forma que conceda unas garantías concretas y efectivas y no teóricas o ilusorias. Si el Tribunal no mantuviera un enfoque dinámico y evolutivo, dicha actitud podría constituir un obstáculo a toda reforma o mejora (Stafford contra Reino Unido previamente citada, ap. 68). En el contexto de que se trata, el Tribunal, desde 1986, se declaró en repetidas ocasiones consciente de la gravedad de los problemas que encontraban los transexuales y señaló la importancia de examinar de forma permanente la necesidad de medidas jurídicas adecuadas en la materia [Sentencias Rees (TEDH 1986, 11), ap. 47, Cossey (TEDH 1990, 22), ap. 42, y Sheffield y Horshman (TEDH 1998, 34), ap. 60, anteriormente citadas].»

«59. Hay igualmente que reconocer que puede haber un grave ataque a la vida privada cuando el derecho interno es incompatible con un aspecto importante de la identidad personal [ver, mutatis mutandis, Sentencia Dudgeon contra Reino Unido de 22 octubre 1981 (TEDH 1981, 4), serie a, núm. 5, ap. 41]. El stress y la enajenación que genera la discordancia entre el rol adoptado en la sociedad por un transexual operado y la condición impuesta por el Derecho que rechaza consagrar el cambio de sexo no pueden ser considerados, en opinión del Tribunal, un inconveniente menor derivado de una formalidad. Se trata de un conflicto entre la realidad social y el derecho que pone al transexual en una situación anormal inspirándole sentimientos de vulnerabilidad, humillación y ansiedad.»

[...]

«72. Dicho esto, la dignidad y la libertad del hombre son la esencia misma del Convenio. Concretamente, en el terreno del artículo 8 del Convenio, en el que la noción de autonomía personal refleja un principio importante que subyace en la interpretación de las garantías de dicha disposición, la esfera personal de cada individuo está protegida, incluido

*el derecho de cada uno a establecer los detalles de su identidad de ser humano [ver, en particular, Sentencias Pretty contra Reino Unido, núm. 2346/2002, de 29 abril 2002 (TEDH 2002, 23), ap. 62, y Mikulic contra Croacia núm. 53176/1999, de 7 febrero 2002 (JUR 2002, 78019), ap. 53 y aparecer en TEDH 2002-78019]. En el siglo XXI, la facultad para los transexuales de gozar plenamente, al igual que sus conciudadanos, del derecho al desarrollo personal y a la integridad física y moral, no puede considerarse una cuestión controvertida que exija tiempo para enfrentarse claramente a los problemas en juego. En resumen, la situación insatisfactoria de los transexuales operados, que viven entre dos mundos porque no pertenecen verdaderamente a un sexo ni otro, no puede durar más. Esta apreciación encuentra confirmación a nivel nacional en el informe del grupo de trabajo interministerial y en la Sentencia dictada por el Tribunal de Apelación en el asunto Bellinger contra Bellinger (apartados 33 y 35-36 supra).»*

*[...]*

*Sexto.—En fin, aunque en términos literales de la STS de 6 de septiembre de 2002 (RJ 2002, 7180) la actora no habría concluido el último paso o gesto quirúrgico por estar pendiente de la reconstrucción del pene mediante una faloplastia, y en términos de la STEDH de 11 de julio de 2002 (TEDH 2002, 45) no habría realizado plenamente su conversión, sin embargo, no creemos que en atención a la doctrina expuesta en las propias sentencias deba concluirse en este caso por una solución contraria al reconocimiento jurídico al cambio de sexo de la actora, pues sobre la base de que ninguno de los casos en dichas resoluciones contemplada se identifica totalmente con el que aquí nos ocupa, señaladamente porque tratándose de un cambio de mujer a hombre a la actora únicamente le faltaría el último gesto, no dos pasos como el referido por el Tribunal Supremo, y teniendo en cuenta la Resolución del Parlamento Europeo de 8 de abril de 1987, en la que respecto a los Instrumentos destinados a consolidar la protección de los derechos humanos... 9. Pide a la Conferencia Intergubernamental que incluya en el Tratado (LCEur 1986, 8) un nuevo artículo 6 bis que permita ampliar el concepto de prohibición de cualquier tipo de discriminación, actualmente restringido a la nacionalidad también a las discriminaciones por razones de raza, pertenencia a un grupo étnico, color de la piel, sexo, identidad sexual, edad, credo religioso, opiniones políticas o filosóficas, pertenencia a una minoría o por razón de una minusvalía, los ya citados artículos 8 y 12 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades fundamentales (RCL 1979, 2421), y el enfoque dinámico y evolutivo con que han de interpretarse las garantías y derechos para que lleguen a ser efectivos y meramente teóricos; el artículo 10.1 de nuestra Constitución (RCL 1978, 2836), en cuya virtud «La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social» y 10.2 sobre que «Las normas, relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España», este juzgador estima que en realidad concurren cabalmente aquí todos los argumentos de fondo a que las precitadas sentencias anudan un reconocimiento favorable a las pretensiones actoras [...].*

**[Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valladolid, Valladolid, núm. 923/2004 (núm. 1), de 13 de diciembre. Ponente: Sr. D. Francisco Javier Pardo Muñoz.]**

F.: Aranzadi (Westlaw).

R.E.D.I., vol. LVIII (2006), 1

2006-38

**EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES INTERNACIONALES.—Ejecución de sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el Derecho español.***Antecedentes de Hecho*

*Primero.—Por el Procurador de los Tribunales D. Argimiro Vázquez Guillén, en nombre y representación de Stone Court Shipping Company, S. A., se presentó el 11 de abril de 1997 ante el Juzgado de Guardia de Madrid, un escrito interponiendo recurso de casación contra la Sentencia de 30 de enero de 1997 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Cuarta) de la Audiencia Nacional, recaída en el recurso núm. 49.135/90, sobre reclamación por responsabilidad patrimonial, al Ministerio de Transportes, Turismo y Comunicaciones como consecuencia del siniestro ocurrido en el buque de la recurrente, «Phanton», en aguas del puerto de Ibiza el día 20 de febrero de 1986.*

*Segundo.—Dicho escrito de casación tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el 14 de abril de 1997, por lo que habiendo sido emplazada la recurrente para que interpusiera el recurso el 6 de marzo de 1997, por Auto de 1 de septiembre de 1997 se consideró que había sido interpuesto una vez caducado el plazo legalmente establecido y se declaró desierto, ya que la presentación en el Juzgado de Guardia de escritos sujetos a un plazo perentorio requiere que dicho plazo venza precisamente el día en que se hace la presentación y fuera de las horas de audiencia, lo que no era el caso.*

*[...]**Deducido recurso de súplica, fue desestimado por Auto de 22 de junio de 1998**[...]*

*Tercero.—Por la entidad recurrente se interpuso recurso de amparo (núm. 3557/1998) ante el Tribunal Constitucional contra los reseñados Autos de 1 de septiembre de 1997 y 22 de junio de 1998 [...]. El Tribunal Constitucional resolvió inadmitiendo el recurso de amparo mediante Auto de 14 de julio de 1999, de conformidad con la doctrina al efecto establecida por el Tribunal Supremo acerca de la exigencia de que los escritos dirigidos a los órganos judiciales sean, de modo excepcional, presentados en el correspondiente Juzgado de Guardia en el último día del término pertinente.*

*[...]*

*Cuarto [...] 33. El Tribunal recuerda que su tarea no es la de sustituir a los tribunales internos. Es en primer lugar a las autoridades internas y, concretamente a los jueces y tribunales, a quienes corresponde interpretar la legislación interna [ver, entre otras, Sentencias Brualla Gómez de la Torre contra España de 19 de diciembre de 1997 (TEDH 1997, 2), Repertorio 1997-VIII, p. 2955, ap. 31 y Edificaciones March Gallego, S.A. contra España de 19 de febrero de 1998 (TEDH 1998, 7), Repertorio 1998-I, p. 290, ap. 33]. El papel del Tribunal se limita a verificar la compatibilidad con el Convenio de los efectos de dicha interpretación. Esto es particularmente cierto en lo referente a la interpretación por los tribunales de normas procesales como los plazos que rigen la presentación de documentos o la interposición de recursos [Sentencia Tejedor García contra España de 16 de diciembre de 1997 (TEDH 1997, 1), Repertorio 1997-VIII, p. 2796, ap. 31].*

*[...]*

*42. El Tribunal considera, en consecuencia, que las limitaciones relativas a la presentación de documentos ante el Juzgado de Guardia no pueden, como tales, ser cuestionadas. Sin embargo, la combinación particular de los hechos en este caso ha destruido la relación de proporcionalidad entre las limitaciones (tal y como las aplica el Tribunal Supremo) y las consecuencias de su aplicación. Por lo tanto, la interpretación excesivamente rigurosa hecha por*

los tribunales de una norma procesal, privó a la demandante del derecho de acceso a un tribunal con vistas a que se examinara su recurso de casación [ver, *mutatis mutandis*, Sentencia Pérez de Rada Cavanilles (TEDH 1998, 52), previamente citada, pp. 3256-3257, ap. 49].

43. Hubo, en consecuencia, violación del artículo 6.1 del Convenio (RCL 1999, 1190, 1572).

[...]

POR ESTOS MOTIVOS, EL TRIBUNAL,

1. Declara, por cinco votos contra dos, que ha habido violación del artículo 6.1 del Convenio (RCL 1999, 1190, 1572);

2. Declara, por unanimidad, que no procede examinar la queja de la demandante en virtud del artículo 13 del Convenio;

3. Declara, por cinco votos contra dos,

a) Que el Estado demandado deberá abonar a la demandante, dentro del plazo de tres meses a partir de que la sentencia sea definitiva, conforme al artículo 44.2 del Convenio, las sumas siguientes:

i) 5.000 EUR (cinco mil euros) en concepto de daño moral;

ii) 5.000 EUR (cinco mil euros) en concepto de gastos y costas;

[...]

Quinto [...] se formuló incidente de nulidad de actuaciones contra el Auto de 1 de septiembre de 1997, «por haberse prescindido al dictar el mismo de las normas esenciales del procedimiento y, por consiguiente, haberse infringido el derecho constitucionalmente reconocido en el artículo 24 de la Constitución española [...]».

[...]

Sexto [...] Pues bien, a su juicio, el incidente de nulidad de actuaciones debe ser inadmitido y ello por no ser procedente ni material ni formalmente. Materialmente por no ser la sentencia del Tribunal de Estrasburgo determinante de nulidad de actuaciones de un Tribunal Español. Son las Altas partes contratantes las que se comprometen a conformarse a las decisiones del Tribunal. «Si la decisión del Tribunal, —dice el artículo 50 del Convenio—, declara que una resolución tomada o una medida ordenada por una autoridad judicial... se encuentra total o parcialmente en oposición con obligaciones que se derivan del presente Convenio, y si el derecho interno de dicha parte solo permite de una manera imperfecta reparar las consecuencias de esta resolución o medida la decisión del Tribunal concederá, si procede, una satisfacción equitativa a la parte lesionada». Es decir, de ninguna manera la decisión del Tribunal tiene una eficacia procesal de anular lo resuelto por los Tribunales Españoles, sino, en su caso, y siempre que se establezca por el Tribunal de Estrasburgo, reparadora o satisfactoria. Las partes ante el Tribunal de Estrasburgo son el recurrente (el «perjudicado» por la resolución que se recurre) y el Estado Español. No interviene la otra parte beneficiada con el fallo o resolución recurrida, que aunque en este caso sea la Administración del Estado, podría no serlo. Pues bien, la reapertura del proceso por causa de una sentencia del Tribunal Internacional dictada en un proceso en el que no ha sido parte el beneficiado por la resolución, sería contraria a la seguridad jurídica y determinante de la indefensión de éste. [...].

#### Fundamentos de Derecho

Primero.—La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) declara que, en el supuesto de autos, ha habido violación del artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) (RCL 1999, 1190, 1572), pues «la combinación particular de

los hechos en este caso ha destruido la relación de proporcionalidad entre las limitaciones (tal y como las aplica el Tribunal Supremo) y las consecuencias de su aplicación. Por lo tanto, la interpretación excesivamente rigurosa hecha por los tribunales de una norma procesal, privó a la demandante del derecho de acceso a un tribunal con vistas a que se examinara su recurso de casación»; y aquel precepto dispone que «Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativamente (...) por un Tribunal (...) que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil (...)». Y, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 41 del citado Convenio —«Si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus Protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa»—, acuerda que el Estado demandado deberá abonar a la demandante 5.000 euros en concepto de daño moral y otros 5.000 euros en concepto de gastos y costas.

Segundo.—La recurrente ha instado el presente incidente de nulidad de actuaciones, al amparo de los artículos 238 y 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985, 1578, 2635) —debe entenderse en su versión aquí aplicable que es la anterior a la introducida por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre (RCL 2003, 3008)—, contra el Auto de esta Sala de 1 de septiembre de 1997 por el que se declaró desierto el recurso de casación interpuesto a nombre de Stone Court Shipping, S. A. contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 27 de diciembre de 1996 (en los Antecedentes de Hecho se recogieron las sucesivas resoluciones de esta Sala, del Tribunal Constitucional y del propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos) y solicita que se decrete la nulidad de todo lo actuado ante esta Sala con posterioridad al Auto de 1 de septiembre de 1997 y que se dicte auto teniendo por interpuesto el recurso de casación, dándole al mismo el trámite legalmente previsto.

[...]

La recurrente, pues, por este cauce excepcional del incidente de nulidad de actuaciones previsto en el artículo 240.3 de la LOPJ, pretende hacer valer su derecho a tener un proceso equitativo considerando que la resolución de esta Sala que declaró desierto el recurso de casación le ha causado grave indefensión, al haber acudido a un criterio interpretativo desfavorable a la efectividad del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Y en aras de la seguridad jurídica sostiene que no cabe aceptar que la declaración de la existencia de una violación de derechos —como reconoce la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos— carece de trascendencia y significado para las relaciones jurídicas sino que obliga, ex artículos 10 y 96 de la Constitución Española (RCL 1978, 2836), al cumplimiento de los convenios y tratados internacionales.

Tercero.—Pues bien, este planteamiento nos lleva, a tratar la cuestión de los efectos de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el sistema judicial español.

Dicha cuestión ha sido abordada recientemente por este Tribunal [Auto de 9 de diciembre de 2002 de la Sala Quinta —recurso núm. 1-75/1997—] (RJ 2003, 1116)] y debemos reiterar lo que entonces se dijo.

Así «Primero.—(...) hay que señalar que, según resulta de la propia interpretación por dicho Tribunal del antiguo artículo 50 (RCL 1979, 2421) (actualmente artículo 41, tras las modificaciones introducidas por los Protocolos adicionales) del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, conocido como Convenio de Roma por haber sido firmado en dicha ciudad el 4 de noviembre de 1950, las referidas sentencias del TEDH tienen solo naturaleza declarativa y carecen de efecto ejecutivo directo en el derecho español, en el sentido a que a continuación nos referimos. El Convenio fue inicialmente ratificado por España por Instrumento de ratificación de 26 de septiembre de 1979, y en declaración de la misma fecha, aneja a dicho Instrumento, España reconoce, de acuerdo con el artículo 46 del Convenio en su primitiva redacción, como obligatoria de pleno derecho y sin convenio especial, bajo condición de reciprocidad, la jurisdicción del TEDH para conocer de todos los asuntos

*relativos a la interpretación y aplicación de dicho Convenio (CEDH). Pero este reconocimiento como obligatoria de pleno derecho de la jurisdicción del TEDH, no significa [sentencias de ese Tribunal Europeo de 13 de junio de 1979 (TEDH 1979, 2), caso Marckx y de 25 de abril de 1983 (TEDH 1983, 6), caso Pakelli] que sus sentencias puedan, por sí, anular o modificar las resoluciones o actos contrarios al Convenio, u ordenar ejecutivamente «al Gobierno que desautorice los pasajes objeto de la queja». El Convenio no obliga a dar efecto interno a las sentencias del TEDH ni a introducir reformas legales a ese fin [sentencia del Tribunal Constitucional español 245/1991 (RTC 1991, 245)] porque no es el TEDH un Órgano judicial supranacional, sino solo de naturaleza internacional, y está previsto en el propio Convenio que lo instituyó que si el Tribunal declara que ha habido una violación del Convenio o de sus Protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte contratante solo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa, como establece el artículo 41 del Convenio revisado por el Protocolo adicional núm. 11, redacción que en nada sustancial difiere de la del antiguo artículo 50 CEDH.*

*Tan legítima es, por tanto, desde el punto de vista del CEDH, la posibilidad de la ejecución de la sentencia TEDH en sus propios términos, como la imposibilidad de esa ejecución y la concesión de la satisfacción equitativa a que se ha aludido. De acuerdo con ello, son las Partes Contratantes las encargadas de la ejecución en una u otra forma de las sentencias TEDH, cuya ejecución deberá ser vigilada —como decía el artículo 54 CEDH en su primitiva redacción— por el Comité de Ministros, y a este efecto la sentencia definitiva del Tribunal será transmitida a dicho Comité «que velará por su ejecución» (como dice ahora el artículo 46.2 CEDH). El 10 de enero de 2001 la Comisión de Ministros aprobó una normativa para la aplicación del referido apartado 2 del artículo 46 CEDH en la que se establece, en el apartado b) de la norma tercera, que dicha Comisión, en su función de supervisar la ejecución de sentencias del Tribunal por el Estado demandado, examinará si ha sido pagada la justa satisfacción concedida cuando la sentencia haya declarado que ha habido violación del Convenio o de sus Protocolos, añadiéndose en el mismo apartado «y, llegado el caso, y teniendo en consideración la discreción de la que dispone el Estado concernido para elegir los medios necesarios con el fin de cumplir la sentencia» examinará las medidas individuales tomadas para garantizar que la violación ha cesado y que la parte lesionada ha vuelto «en la medida de lo posible» a la misma situación de la que dicha parte disfrutaba antes de la violación del Convenio. De todo lo cual se infiere que el reconocimiento como obligatoria de la jurisdicción del TEDH que en aplicación del Convenio hizo el Estado Español no exige la directa ejecutividad de sus sentencias. Además, el Convenio ha sido ratificado por el procedimiento previsto en el artículo 94 de la Constitución Española (RCL 1978, 2836) y forma parte de nuestro derecho interno con arreglo a las previsiones del artículo 96.1 CE, pero no se atribuye al Tribunal Internacional que instituye dicho Convenio el ejercicio de competencias derivadas de nuestra Constitución mediante el procedimiento establecido en el artículo 93 CE. No ejerce el TEDH la jurisdicción a que se refiere el artículo 117 CE y lo único que se dispone constitucionalmente (art. 10.2 CE) es la forma de interpretar, de acuerdo con los Tratados Internacionales ratificados por España, los derechos fundamentales y libertades que la Constitución reconoce, constituyendo su jurisprudencia, como dice la STC 162/1999 (RTC 1999, 162), un obligado y valioso medio hermenéutico para configurar el contenido y alcance de esos derechos fundamentales.*

*Segundo.—Con arreglo a lo expuesto, el Estado no incumple obligación alguna si no establece cauces procesales específicos para que los órganos del Poder Judicial puedan dar cumplimiento en sus propios términos a las sentencias del TEDH, en cuanto, como acabamos de decir, se prevé en el propio Convenio la imposibilidad de esa ejecución directa y la consiguiente satisfacción equitativa. En el orden jurisdiccional, la reposición a la misma situación que la parte demandante disfrutaba antes de la violación —reposición que, recordemos, solo es exigible «en la medida de lo posible», según las normas de la Comisión de Ministros a que ya*

*hemos aludido— presupondría la declaración de nulidad de las resoluciones judiciales internas, pues de otra manera no se produce la restitutio in integrum de los derechos cuya violación se ha declarado por el Tribunal Internacional. Pero ya en la sentencia del Tribunal Constitucional 245/1991 (RTC 1991, 245) y en las de este Tribunal Supremo de 4 de abril de 1990 y de 20 de noviembre de 1996, se dijo con toda claridad que, en aquel momento, no existía esa posibilidad anulatoria de las sentencias firmes por los Órganos de la jurisdicción ordinaria, ni el legislador había adoptado disposición alguna que permitiera la revisión de las sentencias firmes a consecuencia de una sentencia del TEDH.*

*Cuarto [...] Por tanto, no se reúnen los requisitos establecidos en la Ley para declarar la nulidad del auto que declaró desierto el recurso de casación preparado por la solicitante.*

*En definitiva las resoluciones de la Audiencia Nacional y de esta Sala ya reseñadas han devenido firmes y no puede la jurisdicción ordinaria —a salvo el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, que en este caso ya fue inadmitido— quebrantar el efecto de cosa juzgada y sacrificar la seguridad jurídica aplicando el remedio procesal que establece el artículo 240 LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635) (en este sentido el citado Auto de 9 de diciembre de 2002). El incidente, pues, no puede servir como cauce de reparación de un derecho cuya vulneración haya sido declarada por el TEDH.*

*[...]*

*En efecto, el artículo 46 del Convenio tantas veces citado, dispone que «las Altas Partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes», lo que supone establecer una obligación de resultado, no de medios, en el sentido de que corresponde a cada Estado disponer la forma en que se dé fuerza ejecutoria a aquellas sentencias, sin que en nuestro Estado exista norma alguna que en estos momentos se ocupe de tal cuestión [en este sentido, Sentencia del Tribunal Constitucional 245/1991, de 16 de diciembre (RTC 1991, 245)], y no puede servir a estos efectos el incidente de nulidad de actuaciones, que tiene otro objeto y unos requisitos propios que resultan ajenos a aquella disposición.*

*[...]*

*Como ya dijo este Tribunal en su Auto de 9 de diciembre de 2002 (RJ 2003, 1116) «La concesión de la nulidad pretendida representaría reconocer al Tribunal Europeo de Derechos Humanos el carácter de Tribunal de casación supranacional, que no le atribuye el mismo Convenio, porque supondría ejecutar directamente su sentencia solo por su propia eficacia ejecutiva, cuando no hay vía en el derecho interno para anular las resoluciones firmes españolas a que la sentencia del TEDH afecta, lo que no obsta para que la constatación por el TEDH de las violaciones del Convenio en que puedan incurrir los Tribunales internos, además del necesario acatamiento por el Estado demandado de la satisfacción equitativa que hubiera podido concederse, y de las otras medidas de ejecución cuya vigilancia compete a la Comisión de Ministros (...), tenga también una considerable importancia por su evidente influencia en la evolución de la jurisprudencia de las Altas Partes contratantes, influencia que en España es innegable y concuerda perfectamente con la disposición del ya citado artículo 10.2 CE (RCL 1978, 2836) de que los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución —únicos que existen en el derecho español, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional— se interpretarán conforme a la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y los acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por España, y, por tanto, de acuerdo con el CEDH (RCL 1999, 1192, 1572)».*

*[...]*

**[Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.<sup>a</sup>), de 27 de abril de 2005.]**

F.: Aranzadi (Westlaw).

## VII. DERECHO INTERNACIONAL PENAL

2006-39

**PRINCIPIO DE JUSTICIA UNIVERSAL.—Inaplicación del principio: inexistencia de punto de conexión con España.***Fundamentos de Derecho*

*Primero.—[...] Según la doctrina de este Tribunal contenida ya en Resoluciones como las SSTs de 25 de febrero de 2003 (RJ 2003, 2147) («caso Guatemala») y 20 de mayo del mismo año (RJ 2003, 3910) («caso Perú»), el denominado «principio de subsidiariedad», según el cual la jurisdicción de nuestros Tribunales para conocer hechos acaecidos en otros territorios vendría atribuida, por la apreciación de la imposibilidad de persecución del delito en el país de comisión, no puede ser tenido como criterio determinante de ese conocimiento a partir del principio de jurisdicción universal consagrado en el artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985, 1578, 2635).*

*En realidad, semejante criterio viene determinado, según la referida doctrina jurisprudencial, por la existencia de vínculos o elementos de conexión de los hechos con nuestro ámbito jurisdiccional, en concreto por datos tales como la nacionalidad española de alguna de sus víctimas o, en todo caso, por encontrarse los supuestos autores del ilícito a disposición de las autoridades judiciales de España.*

*Así, si, como ocurre en el presente caso, la única persona de nacionalidad española que se menciona en la Querella, sería sujeto pasivo, en todo caso, de un eventual delito de Detención ilegal o, incluso, de otro de Amenazas, pero no de Genocidio ni de Torturas, y, por otra parte, ni los querellados se encuentran a disposición de la Justicia de nuestro país ni es fácil que lo estén nunca, al no existir Convenio de Extradición entre España y China, es del todo razonable y suficiente el que las Resoluciones de instancia no aludan más que a estos argumentos, sin necesidad de entrar en otros, irrelevantes a partir de unos tales pronunciamientos, a la hora de resolver acerca de la admisión de la Querella.*

*Razones las expuestas por las que este primer motivo no merece otro destino que el de su desestimación.[...]*

*Tercero.—En último lugar, el motivo Tercero del Recurso, con cita del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882, 16), sostiene la existencia de una infracción legal por indebida aplicación del artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985, 1578, 2635), que consagra en nuestro ordenamiento el principio de Justicia universal.*

*De nuevo, y al margen de las serias dudas que ofrece la calificación como delito de Tortura de los hechos narrados en la Querella, hay que acudir a las razones ya expuestas y en cómo las mismas, a la luz de la doctrina contenida en anteriores Sentencias de esta Sala, justifican plenamente la inadmisión a trámite de la Querella por falta de jurisdicción de los Tribunales españoles, dada la inexistencia de los vínculos exigibles para la atribución de ese conocimiento respecto de los hechos denunciados en aquella, para rechazar semejantes alegaciones de los recurrentes.*

*Por tanto, el tercer motivo y, con él, todo el Recurso, ha de ser desestimado.*

**[Sentencia Tribunal Supremo, núm. 345/2005 (Sala de lo Penal), de 18 de marzo.]**

**Nota:** La sentencia objeto del presente comentario constituye una más de la secuencia de resoluciones que reflejan, a nuestro juicio, la confusión reinante entre nuestros jueces a la hora

de aplicar el artículo 23.4 de la LOPJ. Tras una práctica inicial clara (cfr. autos de la Audiencia Nacional, de 4 –caso chileno– y 5 –caso argentino– de noviembre de 1998), los tribunales españoles han venido a rechazar en distintas ocasiones su propia competencia para conocer hechos ocurridos más allá de las fronteras nacionales, hechos enmarcables en lo que se ha dado en denominar crímenes internacionales. Las razones han sido esencialmente dos: bien porque no se daba la premisa de la inactividad de la administración de justicia en el estado territorial –atendiendo a la pretendida naturaleza subsidiaria del principio de justicia universal (cfr. auto del pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de 13 de diciembre de 2000 en el caso Guatemala), bien porque no existía vínculo alguno de los hechos con el Estado español, por no existir víctimas de nacionalidad española –en clara confusión con el principio de personalidad pasiva– o, por no encontrarse el presunto criminal en nuestro territorio (cfr. Sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de febrero de 2003. Cfr. el magnífico estudio relativo al principio de justicia universal, SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción Universal y Derecho Internacional*, Ed. Tirant Monografías, Valencia, 2004.).

La sentencia ahora comentada sigue la doctrina sentada por la mayoría de los jueces del Supremo en el caso *Guatemala*, al señalar que el criterio determinante para la aplicación del principio de justicia universal es «la existencia de vínculos o elementos de conexión de los hechos con nuestro ámbito jurisdiccional, en concreto por datos tales como la nacionalidad española de alguna de sus víctimas o, en todo caso, por encontrarse los supuestos autores del ilícito a disposición de las autoridades judiciales de España» (cfr. FJ 2.º). Dado que según se señala en la sentencia sólo habría una víctima de nacionalidad española –y no precisamente de genocidio ni de torturas– y puesto que los querellados no se encuentran a disposición de las autoridades españolas «*ni es fácil que lo estén nunca, al no existir Convenio de Extradición entre España y China, es del todo razonable y suficiente el que las Resoluciones de instancia no aludan más que a estos argumentos, sin necesidad de entrar en otros irrelevantes a partir de unos tales pronunciamientos a la hora de resolver acerca de la admisión a trámite de la querella*» (cfr. FJ 1.º de la sentencia).

Tal y como hemos mantenido ya en sede de esta misma Revista criterios como los que acabamos de mencionar derivan de una interpretación contraria al espíritu y a la letra del artículo 23.4 de la LOPJ, por tratarse de «una doctrina excesivamente restrictiva en la aplicación del [...] principio de justicia universal», doctrina que, no respeta «lo establecido por el Legislador para la persecución penal extraterritorial del delito de Genocidio en el artículo 23.4 de la LOPJ» (cfr. FJ 1.º del voto particular de la STS en el caso Guatemala, 25 de febrero de 2003). Por lo que se refiere a la exigencia de algún punto de conexión con nuestro país –necesidad de que existan víctimas de nacionalidad española o que el presunto criminal se encuentre en territorio español–, consideramos que se trata de una exigencia derivada de una interpretación *contra legem* del artículo 23.4 de la LOPJ, pues la única limitación que existe para la aplicación de la disposición es que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero. La afectación a víctimas o intereses españoles podría servir para reforzar la competencia de nuestros tribunales, pero no para condicionarla en todo caso. Por otra parte, la presencia del presunto criminal en territorio español es imprescindible en la fase de enjuiciamiento –lo que como es obvio puede conseguirse mediante la extradición–, pues nuestro ordenamiento no permite juicios en rebeldía, pero no constituye una condición previa para la instrucción del caso sobre la base del principio (Cfr en este sentido REMIRO BROTONS, A., *El caso Pinochet. Los límites de la impunidad*, Política Exterior, Biblioteca Nueva, Madrid, 1999, p. 57; FERRER LLORET, J., «Impunidad versus inmunidad de jurisdicción: la sentencia del Tribunal Internacional de Justicia de 14 de febrero de 2002 (República Democrática del Congo contra Bélgica)», *ADI*, vol. XVIII, 2002, pp. 305-346, en particular p. 322). Somos conscientes de que estas consideraciones no fueron las defendidas por los jueces que emitieron el voto particular a la sentencia dicta-

da por el TS, pues afirmaron que nexos como los mencionados «pueden constituir un criterio razonable de autorrestricción para evitar la proliferación de procedimientos relativos a delitos y lugares extraños» (cfr. FJ 11.º del voto particular). Sin embargo, a nuestro modo de ver nada habría que objetar a la aplicación del principio de justicia universal *en estado puro*, esto es, en ausencia del presunto criminal del Estado que pretende su enjuiciamiento, en este caso España. Con ello, los tribunales internos que inician la instrucción alertan del incumplimiento de la obligación internacional que está teniendo lugar, incumplimiento imputable al Estado en cuyo territorio se cometió la infracción, y en su caso, al Estado bajo cuya jurisdicción se encuentre. Y lo que es aún más importante, servirá para conminar a cualquiera de esos Estados a enjuiciar al presunto criminal o a entregarlo a aquel Estado que haya solicitado su extradición, todo ello con el fin de evitar la impunidad (cfr. BOLLO AROCENA, M. D., «Soberanía, justicia universal e inmunidad de jurisdicción en los asuntos: República Democrática del Congo c. Bélgica y República del Congo c. Francia», *R.E.D.I.*, 2004-1 (Vol. LVI), pp. 91-127). A nuestro modo de ver resulta inadmisibles mantener la falta de competencia de los tribunales internos porque no se haya apresado al presunto autor de un delito y pueda resultar muy difícil tal detención. La competencia no puede derivar de la facilidad o la dificultad para aprehender al presunto autor de un crimen internacional. La competencia o incompetencia debe ser resultado de la aplicación de normas jurídicas, no de valoraciones subjetivas en torno a circunstancias que quizás puedan presentarse en un futuro más o menos inmediato.

Por lo que se refiere a la aplicación subsidiaria del principio de justicia universal, cuestión a la que también hace alusión la sentencia objeto del presente comentario, compartimos la opinión que mantuvieron los jueces discrepantes en la sentencia del caso Guatemala cuando señalaron que tal restricción no se encuentra recogida en la LOPJ, de modo que el principio de justicia universal no se aplica de manera subsidiaria sino de forma concurrente «pues precisamente su finalidad es evitar la impunidad, es decir, garantizar que el genocidio será en cualquier caso sancionado» (cfr. FJ 3.º del voto particular). Continuaron señalando, sin embargo, que si el Estado territorial se encuentra persiguiendo *de modo efectivo* el crimen de que se trate, la intervención de terceros Estados quedaría excluida. A nuestro modo de ver, establecer la eficacia o ineficacia de los tribunales del Estado territorial no es una tarea fácil, al menos en algunos casos, y criterios como los mencionados por los jueces discrepantes –aportación por los querellantes de indicios *serios y razonables* de tal inactividad o ineficacia– no despejan demasiado el panorama. Por lo demás, la realidad se ha encargado de demostrar que cuando los actos se cometen desde las propias estructuras de poder del Estado en el que los hechos tienen lugar, la jurisdicción territorial no funciona. De modo que sin menospreciar el principio de territorialidad, como es natural y no puede ser de otra manera, consideramos que en estos casos su eficacia desde el punto de vista de la *administración de justicia* se ve seriamente mermada.

A la vista de todo cuanto se ha señalado consideramos necesario retornar el punto del que se partió en el año 1998, concretamente la letra del artículo 23.4 de la LOPJ que ninguna restricción establece para la aplicación del principio de justicia universal. La razón de ser del principio de justicia universal es poner fin a la impunidad de crímenes internacionales que atentan contra valores especialmente protegidos por la Comunidad Internacional, de ahí que consideremos improcedente la inclusión de elementos que vengán a limitar o a eliminar el legítimo derecho de las víctimas, de la Humanidad en su conjunto, a que se haga justicia.

M.ª Dolores BOLLO AROCENA.

2006-40

**CRIMEN CONTRA LA HUMANIDAD-GENOCIDIO.-Aplicación del tipo. Derecho consuetudinario.***Fundamentos de Derecho*

6. La Sala rechaza la calificación propuesta de delito de genocidio, si bien con los matices que a continuación se verán.

En el momento actual, y recalcamos que se trata del momento actual, en atención a los hechos que estrictamente se consideran probados, éstos no se ajustan al tipo de genocidio previsto en el artículo 607 del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777). Entre los elementos definidores del tipo penal están el propósito de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, debiéndose entender que como tal grupo, sin incluirse a los grupos no estables en sí mismos como tales grupos, lo que excluiría específicamente a los grupos políticos. La destrucción parcial de un grupo nacional no es equivalente ni debe abarcar el «autogenocidio», es decir, la destrucción parcial del propio grupo nacional, aunque puedan existir «subgrupos» diferenciados por la ideología.

Es necesario tener en cuenta que la Sala da esta interpretación superestricta y restringida del delito de genocidio en el momento actual, precisamente por haberse incorporado al Código Penal el tipo referido a los delitos de lesa humanidad, de carácter más amplio, y que obliga a reinterpretar este delito en el sentido indicado. No obstante, en el momento de la producción del hecho y hasta la entrada en vigor de este precepto, era correcta su tipificación penal como delito de genocidio.

B) La aplicabilidad al caso del vigente tipo penal de lesa humanidad.

1. La primera y más importante objeción que se plantea a la calificación jurídica elegida es el de la aplicabilidad al caso del tipo penal correspondiente a los delitos de lesa humanidad, que como sabemos se introdujo novedosamente en nuestro derecho penal positivo y entró en vigor en reciente fecha de 1 de octubre del pasado año. Se plantean, por tanto, obvias cuestiones referidas al principio de legalidad penal, relativas a la tipicidad, taxatividad, accesibilidad, previsibilidad y certeza de la norma penal aplicada, en conexión con el de irretroactividad de las normas penales.[...]

La tercera consideración, que trata de conjugar las dos anteriores, se refiere a las especiales características de esta clase de normas penales de derecho interno en cuanto que también contienen o incorporan en derecho interno o reconocen mandatos o prohibiciones preexistentes de derecho internacional público. [...]

En relación con estas normas de derecho penal internacional, en general, cabe decir que, entre otras razones, por su carácter predominantemente consuetudinario, al menos en sus orígenes, establecen prohibiciones o fijan de manera más o menos clara núcleos de conductas penalmente reprochables, pero sin, normalmente, establecer ni la sanción penal, ni los procedimientos para imponer ésta, ni la jurisdicción encargada de hacerlo, etc. Su positivización, traslación o recepción en el derecho interno implica grandes dilemas en el sentido de si, efectivamente, el resultado, como en cualquier otra clase de norma interna, y pese a responder y traer causa de un derecho penal preexistente de carácter internacional y con validez erga omnes reconocida, debe proyectar su vigencia sólo hacia el futuro, sin poder abarcar su aplicación a situaciones pasadas, de manera diferente a lo que ocurre con la norma internacional ya existente, y si su validez erga omnes queda aminorada a los límites territoriales del Estado o por el contrario lo hace sobre el conjunto de la humanidad y se refiere a cualquier tipo de conducta con independencia de donde ésta se produzca, tal como ocurría con la norma internacional, y por último, y si la

*respuesta a la anterior pregunta se inclina por reconocer la universalidad de su vigencia, si cabe, y en ese caso, de qué manera, y en qué condiciones, la persecución de estos delitos no únicamente por la jurisdicción del lugar de acaecimiento, haciendo posible la aplicación de otros criterios diferentes al de territorialidad en la persecución penal o mas específicamente, si permite abiertamente el de persecución universal de esta clase de delitos. [...]*

*En el caso de normas penales integradas en el ius cogens internacional, el problema es cómo se aplican éstas por el juez en el caso de que no vengan expresamente recogidas en el ordenamiento interno y, sobre todo en este caso, y partiendo de la obligatoriedad de la aplicación de estas normas, cual es su contenido, tanto en la fijación de las conductas, como en el de la pena a imponer. La respuesta, nos tememos, es que por mucho que se reconozca la validez universal o erga omnes de dichas normas, si no están expresamente recogidas en el derecho interno resultan de facto inaplicadas y posiblemente desde un punto de vista técnico inaplicables, no pasando de ser algo parecido a un derecho puramente simbólico, a no ser que terminen incorporándose al ordenamiento interno, en cuyo caso, la pregunta es: ¿Cuándo entró en vigor la prohibición o mandato que contienen? Por tanto, el interrogante se plantea en los términos de que si, en efecto, existen normas de derecho interno que recogen las internacionales, cómo operan estas normas, si lo hacen siguiendo de todo punto la interpretación tradicional de los principios clásicos del derecho penal o existen situaciones en las que deben compatibilizarse ambos derechos bajo la supremacía del Derecho internacional.*

*Ya hemos anticipado que dichas normas internas ostentan a nuestro juicio, sino una naturaleza jurídica especial, sí características propias que las diferencian de otras, en cuanto que representan o incorporan a otras normas de derecho internacional penal preexistentes. Es más, cabría asimilarlas en algún extremo a las normas (secundarias) de adaptación de la norma de derecho internacional, dotándoles en algún caso de naturaleza semejante a las de las normas de adaptación de los tratados internacionales non self-executing. Estimamos que el carácter de ius cogens de la norma internacional a la que representa o recoge la interna, y cuya obligatoriedad con ello reconoce, le impide ir en contra de su contenido esencial o limitar su ámbito de aplicación temporal objetivo, subjetivo o territorial. Recibida en el Derecho interno la norma de Derecho internacional preexistente para posibilitar su aplicación, no parece lógico que la norma interna olvide que la norma internacional era ya obligatoria per se o de que por sus características y universalidad, con la finalidad de proteger valores superiores de la humanidad, son el conjunto de la Humanidad y la totalidad de los Estados en que ésta se organiza, y no un Estado concreto, los que tienen un interés equivalente en el enjuiciamiento y sanción de dichos delitos.*

## *2. Carácter universal de los crímenes contra la humanidad.*

*[...]*

*2.1 Origen de los crímenes contra la humanidad. [...] el Estatuto del Tribunal Militar Internacional (TMI) de Nuremberg, creado para juzgar y castigar a los grandes criminales de guerra de los países europeos del Eje tras la II Guerra mundial, fue el primer instrumento jurídico que definió, en su artículo 6.c), los «crímenes contra la humanidad» en el Derecho internacional positivo. [...]*

*Desde entonces se ha ido produciendo una importante evolución, de la que no creemos necesario dejar constancia en esta resolución, que ha venido a determinar que el crimen contra la humanidad sea, en la actualidad, un crimen de naturaleza mixta, convencional [Estatuto de la Corte Penal internacional (RCL 2002, 1367 y 1906), Tratados de Derechos Humanos, Tratado de imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, jurisprudencia internacional, etc.] y consuetudinaria (práctica interna y opinio iuris de los Estados), lo que implica la interacción de dos clases de normas, lo que estimamos, como veremos después, que tiene importantes efectos en materia de legalidad penal. [...]*

*2.3 Estimamos que, con independencia de lo que definitivamente pueda acontecer en el ámbito normativo interno, de lo que seguiremos tratando después, no cabe ninguna duda de*

*que este tipo criminal internacional, que genera responsabilidad penal individual, está vigente en Derecho internacional desde hace décadas, y en todo caso sería aplicable al conjunto de la represión en Argentina, de conformidad con el principio de derecho intertemporal tempus regit actum, visto desde la óptica del Derecho internacional. [...]*

4. *El problema de la tipicidad, lex certa, e irretroactividad de la norma penal aplicable.*

*Como ya avanzamos en su momento, el primer y aparentemente mayor problema, que inmediatamente vamos a tratar, para la aplicación del precepto penal contenido en el artículo 607 bis del CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) referido a los crímenes de lesa humanidad lo constituye el de su no vigencia en el momento de la producción de los hechos dada su reciente incorporación al derecho positivo español. El artículo 9.3 de la CE (RCL 1978, 2836), al garantizar el principio de legalidad también se refiere al de la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras mas favorables. El artículo 25 CE, expresamente establece que «Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito... según la legislación vigente en aquel momento». Se plantean, pues, varios problemas relacionados con el principio de legalidad y tipicidad de las normas penales: retroactividad, certeza y previsibilidad de la norma penal aplicable.*

*La correcta resolución de estos problemas requiere ser abordados individualizadamente, que ordenamos de mayor a menor en cuanto a la aparente entidad de los mismos, no en cuanto a su dificultad, sino como decimos en cuanto a su verdadera entidad o importancia: En primer lugar, desde la perspectiva más elemental referida a la posible ausencia de norma penal en el momento de producción de los hechos. En segundo lugar el engarce entre el derecho internacional y el interno. La existencia o no de norma interna. Por último, la aplicabilidad «retroactiva» del vigente artículo 607 bis del CP para la calificación jurídico penal de los hechos.*

1) 1. *En cuanto al primero de los problemas, que hemos enunciado como el de la posible ausencia de norma penal en el momento de producción de los hechos, consideramos que ha quedado suficientemente resuelto con lo que hasta ahora venimos diciendo y que es el hilo conductor de estos razonamientos. Partimos de la prohibición penalmente sancionada, desde hace décadas, por el derecho internacional, de las conductas a que se refiere el tipo penal recientemente introducido, siendo esta prohibición una norma de general aplicación para todos los Estados al ser un norma de ius cogens internacional. No puede decirse, por tanto, que se traten de conductas que no estaban anteriormente prohibidas, como tampoco, como veremos, que sean inciertas o imprevisibles ni en el mandato o prohibición que contienen ni en el de la pena a aplicar.*

1) 2. *En el análisis del problema de la tipicidad, es de destacar que la formulación clásica del principio de legalidad penal (criminal y penal) nullum crimen nulla poena sine lege, en el Derecho internacional se articula como de nullum crime sine iure, lo que permite una interpretación mucho más amplia de las exigencias derivadas de este principio, en cuanto que sería suficiente la consideración como tal en Derecho internacional, aunque no estuviera tipificado en derecho interno. A diferencia de lo que ocurre en los ordenamientos internos, la tipicidad de los crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad no está determinada en el orden internacional por su incorporación en textos escritos. En este ámbito la lex se expresa mediante métodos consuetudinarios (y principios generales del Derecho) que la hacen ambigua e insegura hasta que se produce su codificación. [...]*

*Pero hay otros argumentos derivados del propio desarrollo actual del Derecho internacional y de la significación de la noción de comunidad internacional.*

*En primer lugar indicar, se debe evitar que un principio que nació con el objeto de proteger al individuo frente al poder absoluto del Estado se convierta en una barrera protectora que proteja a uno que ataca masivamente los derechos mas elementales de los ciudadanos.*

*En segundo lugar, que difícilmente se vulnera el principio de legalidad penal cuando en el Derecho internacional la figura de los crímenes contra la humanidad está en vigencia (internacional) desde hace ya muchas décadas. Que no existiera un Tribunal o ninguna jurisdicción estatal se hubiera encargado de hacer cumplir o sancionar la infracción de dichas normas internacionales no pone en cuestión la vigencia de las mismas. [...]*

3) 1. [...] *Ha de tenerse en cuenta que el tipo penal finalmente aplicado en esta resolución es el del delito de lesa humanidad contenido en el actual artículo 607bis del CP, que se ha considerado en los términos vistos que es el que resulta jurídicamente mas correcto, además de aplicable en el momento actual. Resulta a juicio de la Sala, en consecuencia, como se ha explicado suficientemente, no aplicable el artículo 607 CP, referido específicamente al delito de genocidio. La pregunta, por tanto, es ¿de que manera se castigaba éstas conductas en el pasado en Derecho interno español? ¿Era correcta la tipificación que se le dio como delito de Genocidio? La respuesta que anticipamos es que sí.*

*[...] cabe preguntarse si, con vistas a la deficiente regulación que se contenía en el derecho positivo anterior, resultaba ilegítimo e improcedente desde la perspectiva del derecho interno español apartarse de ese concepto artificial y excluyente de Genocidio, y por el contrario permitir la incorporación de los etéreos y difusos, pero plenamente vigentes, genéricos delitos contra la humanidad, al menos en sus expresiones mas graves, dentro de la regulación del delito de genocidio, simplemente, respetando el tipo, por la vía de no aceptar, por no considerarse vigentes, ciertos elementos interpretativos restrictivos de su alcance procedentes de su redacción originaria con la que no se guardaba relación. [...] El tipo español, tal como viene descrito, en su literalidad, no impide la interpretación que le fue dada en su momento por el Juzgado instructor y por el Pleno de esta Sala en su resolución de noviembre de 1998, ni fue forzado para incluir las conductas atribuidas en aquel momento al acusado. Es la propia evolución del derecho, la referencia a otros tipos penales nuevos, y su contextualización dentro de los delitos contra la humanidad, lo que por el contrario vuelve ahora a restringir, y devuelve la regulación contenida en el artículo 607 CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777), no tanto al concepto primitivo, clásico, estricto y súper restringido de genocidio, que estimamos quedó en su momento superado, y ya hace tiempo que no existe, sino a su consideración como el tipo mas superespecífico de los crímenes contra la humanidad, algo así como si se tratara, valga el expresivo símil, como la última y mas pequeña de las figuras en una muñeca rusa. [...] Es verdad que dicha calificación sirvió, pero afirmamos que sigue sirviendo, como punto de conexión o requisito habilitante de la actuación de la jurisdicción española desde la perspectiva meramente interna, es decir, de los previstos en el artículo 23 de la LOPJ (RCL 1985, 1578 y 2635), necesarios según el orden interno español para la actuación de la jurisdicción española. Nos referimos a que los hechos serían susceptibles también de ser considerados incursos dentro de ese concepto amplio o social de genocidio, ya superado por la más precisa y acorde con el Derecho Internacional actual, pero todavía desplegando vigencia en el momento actual como derecho penal anteriormente existente, no obstante preferirse ahora por el Tribunal, desde una perspectiva estrictamente penal, calificarlos como crimen de lesa humanidad según el Código Penal en su redacción vigente. Hemos de decir, que había y hay otros elementos, más que alternativos, complementarios, de esa competencia jurisdiccional desde la perspectiva interna española. Nos estamos refiriendo a que los hechos también serían susceptibles de constituir delito de terrorismo perseguible internacionalmente, como también de torturas de ciudadanos españoles perseguible también en función del principio de personalidad pasiva (aunque el artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial no reconozca expresamente jurisdicción universal a nuestros tribunales sobre los delitos de torturas, tal reconocimiento puede entenderse implícito en la cláusula general de remisión a los tratados que la imponen (ap. g), ya que el Convenio del 84 establece la jurisdicción universal en caso de presencia del acusado en el territorio del Estado parte de que se trate, lo que evidentemente*

*te acontece en el presente caso), aunque el tribunal no considere procedente establecer calificaciones autónomas por dichos delitos al considerar están en una relación de consunción del núm. 3 del artículo 8 del CP.*

*Como última conclusión en relación con este tema que suscitó en su momento amplia polémica, cabe decir que las afirmadas tensiones entre el llamado concepto «social» o amplio y el técnico-jurídico estricto de Genocidio en la situación anterior al vigente Código Penal solo tenían razón de ser en el ámbito puramente doctrinal y especulativo. En el ámbito de la práctica, dichos conceptos diferentes eran posibles y convivían perfectamente en los diversos planos de la realidad posibles: en el ámbito interno del derecho español y en el internacional; en el estricto técnico jurídico y en el de la realidad social y aplicativa del Derecho; en el procesal y en el sustantivo penal, en el que viene perfectamente reconocido que era consuetudinariamente aplicable la figura de los crímenes contra la Humanidad, idea sobre la que a nuestro juicio existe total consenso de la Comunidad internacional. [...]*

##### *5. Sobre la aplicabilidad general los crímenes contra la humanidad.*

*1. La competencia de la jurisdicción española en el caso puede ser examinada desde la doble perspectiva que se viene haciendo, desde la del Derecho internacional y desde el nacional interno. Aunque las normas nacionales admitan la competencia jurisdiccional extraterritorial para la persecución penal de un delito acaecido en el territorio de otro Estado [art. 23.4 y 5 LOPJ (RCL 1985, 1578 y 2635)], estimamos que necesita para ser legítima en el ámbito internacional su reconocimiento en dicho espacio. En el presente caso, y como venimos afirmando, tratándose de responsabilidad individual por delitos contra la humanidad, viene reconocida esta posibilidad de ejercicio de la persecución penal a cualquier otro Estado. [...]*

*2. [...] La razón de la utilidad de la existencia de los crímenes contra la humanidad es precisamente la de garantizar su persecución esencialmente por las dificultades extremas o imposibilidad de la persecución interna de esta clase de delitos y el interés de la comunidad internacional es su persecución y castigo no siendo tan importante su concreta tipificación que puede quedar al cuidado de los derechos internos sino establecer un sistema internacional de persecución efectiva.*

*Muestra de ello es, por ejemplo, el que aunque el Estatuto del CPI (RCL 2002, 1367 y 1906) establezca el principio de complementariedad de su actuación, la circunstancia de la persecución en el ámbito interno no opera automáticamente sino procesalmente como excepción en los artículos 17 y 18, siendo necesaria en todo caso la prueba de una persecución eficaz y que no entrañe fraude.*

*En definitiva, una de las características esenciales de los delitos contra la humanidad, desde nuestro punto de vista la que verdaderamente los singulariza, es su perseguibilidad internacional mas allá del principio de territorialidad. Resulta cierto que lo mas neutral y menos complicado desde el punto de vista de las relaciones internacionales entre Estados, es que sea un Tribunal Internacional general o ad hoc el que los persiga, sin embargo, lo esencial, reiteramos, es que esa persecución internacional, aunque sea complementaria o subsidiaria de la interna inefectiva o inexistente, se produzca, de tal manera que cuando no se ha podido producir, bien sea por inexistencia, o por otra causa de actuación de un tribunal internacional, el principio de necesaria persecución y de posibilidad de persecución internacional de estos delitos sigue indemne, por lo que resulta procedente que en estos casos actúe una jurisdiccional nacional en sustitución de la internacional y haciendo funciones de ésta. En la esencia, existen pocas diferencias de fondo o sustancia entre una y otra situación, ya que lo que es determinante es la internacionalidad del delito y la necesidad asumida desde la comunidad internacional de que sea perseguido, y si la comunidad internacional no pone directamente los medios, y no deroga estos principios básicos de convivencia, puede decirse que no solo está consintiendo de facto, sino de iure, esta actuación de jurisdicciones nacionales en*

*actuación internacional, al menos en este específico aspecto referido a la misión de defensa y protección de los derechos humanos contra los ataques mas bárbaros de que puede ser objeto. Es necesario reconocer que, aunque «lo internacional» ciertamente tiene aspectos mas pragmáticos y menos de principios, nos estamos refiriendo a las exigencias de las buenas relaciones internacionales entre los Estados, hay situaciones inadmisibles y que de ninguna manera pueden tener la consideración de injerencias de unos Estados en los asuntos de otros, sino de la propia Comunidad internacional, que además se preocupa en el establecimiento de puras y simples responsabilidades individuales de los sujetos.*

*Estimamos, pues, que resulta legítimo en estos casos que un Estado asuma la defensa de los intereses de la comunidad internacional y persiga penalmente a individuos en virtud del principio de responsabilidad individual.*

*A todo ello se puede añadir, como importante elemento coadyuvante, y de extraordinaria importancia en este caso, la defensa de los propios intereses en la defensa de sus nacionales víctimas del delito. Lo que de ninguna manera tiene a nuestro juicio justificación es la impunidad en el ámbito internacional. [...]*

6. *La no persecución penal de los hechos en Argentina como elemento justificante de segundo grado de la actuación de la jurisdicción española.*

6.1 *Si a tenor de lo que hasta ahora venimos exponiendo resulta incuestionable la universalidad en la persecución de los crímenes contra la humanidad sobre todo cuando viene ejercida por Tribunales internacionales, lo que implica el reconocimiento de la vigencia de este principio mas allá del de territorialidad, sin embargo tampoco cabe en principio excluir éste, en cuanto que aparece como el primero y mas natural de los principios de actuación jurisdiccional. No obstante, esta regla tiene excepciones, por ejemplo en el caso de los Estatutos para los Tribunales de la ex Yugoslavia y Ruanda en los que la competencia viene establecida en primer grado a dichos Tribunales ad hoc, siendo el principio de territorialidad puramente funcional.*

*Sin embargo, pierde justificación la actuación jurisdiccional internacional cuando actúan eficazmente los tribunales del territorio en el ejercicio de su jurisdicción y se satisfacen de forma adecuada las necesidades de justicia. En ese caso estimamos no será posible o al menos no resulta adecuada la actuación de la jurisdicción internacional, salvo en el caso de que ésta esté expresamente reservada para los Tribunales internacionales.*

*Esta regla resulta igualmente aplicable cuando lo que se ejerce es la jurisdicción internacional por una jurisdicción nacional. La actuación eficaz de las autoridades competentes territorialmente vacía de contenido a la jurisdicción universal. El mayor problema que se plantea en este caso es determinar cuando efectivamente se ha ejercido jurisdicción eficaz. A este respecto, resultan útiles los criterios contenidos en el artículo 17 del Estatuto de la Corte Penal Internacional (RCL 2001, 1367 y 1906) a la hora determinar si se ha ejercido o se está ejerciendo jurisdicción efectiva por parte del Estado en cuestión, a los efectos de actuación del principio de complementariedad.*

*La actuación de la jurisdicción española en actuación del principio de universalidad ha venido determinada por la falta de actuación eficaz de la justicia argentina que ha dado lugar a una situación de impunidad de los responsables penales de los hechos, situación que de forma diferente a lo acontecido en otros países ha devenido, salvo en el caso de que queden definitivamente anuladas las Leyes de punto final y obediencia debida, irreversibles. [...]*

7. *Otro de los elementos que justifican la actuación de la jurisdicción española para este específico caso es precisamente la sujeción del encausado a la misma, al encontrarse en territorio español una vez que el propio acusado decidió ponerse a disposición de la misma.*

*Sentencia Tribunal Supremo, núm. 345/2005 (Sala de lo Penal), de 18 de marzo.*

## VIII. DERECHO COMUNITARIO EUROPEO

2006-41

**DERECHO COMUNITARIO.—Cuestión prejudicial. Principio de igualdad y no discriminación. Principio de primacía del Derecho comunitario. «Eficacia vertical» de las Directivas. ¿Inaplicabilidad de norma interna con rango superior al reglamentario por incompatibilidad con el Derecho comunitario?**

Único [...] De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el Derecho comunitario existen implícitos unos derechos fundamentales que han de guiar su aplicación y éstos son aquellos que nacen de las tradiciones jurídicas y constitucionales comunes de los Estados miembros. Las exigencias derivadas de la protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario no solamente vinculan a las instituciones comunitarias, sino también a los Estados miembros, pero solamente cuando éstos aplican la normativa comunitaria. En su virtud los Estados miembros están obligados a aplicar la normativa comunitaria de modo que no se menoscaben tales exigencias [véanse las sentencias de 24 de marzo de 1994 (TJCE 1994, 40), Bostock, C-2/1992, y de 13 de abril de 2000 (TJCE 2000, 80), Karlsson y otros, C-292/1997], además de la Rodríguez Caballero, citada.

Entre los derechos fundamentales que los Estados miembros han de respetar en la aplicación del Derecho comunitario figura, en particular, el principio general de igualdad y no discriminación. Este principio exige que las situaciones comparables no reciban un trato diferente, a no ser que éste se justifique objetivamente [véanse, por ejemplo, las sentencias de 12 de julio de 2001 (TJCE 2001, 198), Jippes, C-189/2001, y de 23 de noviembre de 1999 (TJCE 1999, 277), Portugal/Consejo, C-149/1996]. De acuerdo con el Tribunal de Justicia, cuando se constata una discriminación contraria al Derecho comunitario, y en tanto no se adopten medidas que restablezcan la igualdad de trato, únicamente puede garantizarse el respeto del principio de igualdad concediendo a las personas incluidas en la categoría perjudicada las mismas ventajas de que disfrutaban las personas comprendidas en la categoría beneficiada. En tal hipótesis, el Juez nacional debe dejar sin aplicar toda disposición nacional discriminatoria, sin solicitar o esperar previamente su derogación por el legislador, y debe aplicar a los miembros del grupo perjudicado por dicha discriminación el mismo régimen del que disfrutaban los demás trabajadores [véanse las sentencias de 7 de febrero de 1991 (TJCE 1991, 128), Nimz, C-184/1989, y de 28 de septiembre de 1994 (TJCE 1994, 164), Avdel Systems, C-408/1992].

[...]

En primer lugar hay que tener en cuenta el principio de primacía del Derecho comunitario sobre el Derecho interno. Efectivamente, las normas del Derecho Comunitario tienen primacía frente a las de Derecho interno, puesto que, según la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea a partir de sus sentencias Vand Gend en Loos, de 5 de febrero de 1963, y, muy especialmente, Costa contra ENEL, de 15 de julio de 1964 (TJCE 1964, 1141), «no cabe (...) que la fuerza ejecutiva del Derecho comunitario varíe de un Estado a otro al amparo de medidas legislativas internas posteriores sin poner en peligro la consecución de los objetivos del Tratado CEE (LCEur 1986, 8) contemplados en el artículo 5.2 (actual artículo 10), ni provocar una discriminación prohibida por el artículo 7 (actual artículo 12). (...) Al Derecho nacido del Tratado CEE (...) no podría oponérsele por vía judicial ningún

texto interno sin que perdiera su carácter comunitario y sin que se pusiera en tela de juicio el propio fundamento jurídico de la Comunidad (...)».

Esta primacía se predica respecto de todo tipo de normas comunitarias, tanto de Derecho Originario como de Derecho Derivado (a reserva de su validez, que si fuera cuestionada habría de ser resuelta por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, por ejemplo, a través de una cuestión prejudicial), y respecto de todo tipo de normas de Derecho interno, no sólo de las de rango legal o reglamentario, sino incluso, en un supuesto extremo, de las de rango constitucional [Declaración 1/2004 del Tribunal Constitucional español, de 13 de diciembre de 2004 (RTC 2004, 256)].

Este principio de primacía es matizado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea cuando se trata de Directivas, en base a la peculiar configuración jurídica de las mismas, [...] En todo caso y como principio general el Tribunal de Justicia ha declarado que las Directivas forman parte del Derecho Comunitario y por tanto son susceptibles de ser alegadas ante las jurisdicciones nacionales, puesto que sería incompatible con el efecto obligatorio que el artículo 189 del Tratado CEE (actual artículo 249) reconoce a la Directiva, excluir, en principio, que la obligación que impone pueda ser invocada por las personas afectadas. De modo particular en aquellos casos en que las autoridades comunitarias hubieran, por medio de una Directiva, obligado a los Estados miembros a adoptar un determinado comportamiento, el efecto útil de tal acto se vería debilitado si los particulares afectados no pudieran invocarla y las jurisdicciones nacionales no pudieran tenerla en cuenta en tanto que elemento de Derecho comunitario [sentencia de 4 de diciembre de 1974 (TJCE 1974, 1337) del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas en el asunto 41/74, Van Duyn]. En ese sentido es jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia que «el Estado miembro que no haya adoptado, en el plazo señalado, las medidas de ejecución impuestas por una Directiva no puede invocar frente a los particulares el incumplimiento, en que él mismo ha incurrido, de las obligaciones que implica la Directiva (éstos son los llamados “efectos verticales” de las Directivas). Por tanto, en todos los casos en que las disposiciones de una Directiva resultan, desde el punto de vista de su contenido, incondicionales y suficientemente precisas, dichas disposiciones pueden ser invocadas, a falta de medidas de aplicación adoptadas en el plazo señalado, en contra de cualquier disposición nacional no conforme a la Directiva, o también si son de tal naturaleza que definan derechos que los particulares pueden invocar frente al Estado». «La facultad del Estado miembro de elegir entre muchos medios posibles para conseguir el resultado prescrito por una Directiva no excluye la posibilidad, para los particulares, de alegar ante los órganos jurisdiccionales nacionales los derechos cuyo contenido puede determinarse con suficiente precisión basándose únicamente en las disposiciones de la Directiva» (sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 19 de enero de 1982 en el asunto Becker y 296/91, de 19 de noviembre de 1991, en el asunto Francovich y otros contra la República Italiana).

[...]

Sin embargo hay que constatar que no existe, ni en el Derecho comunitario ni en el Derecho español, nada semejante a la cuestión de constitucionalidad en relación con el Derecho Comunitario, ni originario ni derivado. Cuando el sentido del fallo dependa de la aplicación de una norma con rango de Ley y el órgano judicial nacional considere que dicha Ley puede ser contraria al Derecho Comunitario, sólo puede usar de sus facultades interpretativas, intentando buscar una interpretación de la Ley conforme al Derecho comunitario. Si la Ley tiene un sentido claro, no existiendo opción interpretativa que permita su compatibilidad con el Derecho comunitario, no existe norma alguna en el Derecho Español que permita al órgano judicial nacional dejar de aplicar la misma [semejante a lo que dispone el artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985, 1578, 2635) en relación con las normas de rango

reglamentario], ni que permita iniciar un procedimiento ante un órgano como el Tribunal Constitucional que pueda declarar la nulidad de la Ley erga omnes.

A su vez la cuestión prejudicial del artículo 234 del Tratado de la Comunidad Europea (LCEur 1986, 8) únicamente permite analizar la validez de las normas del Derecho comunitario derivado, pero no de las normas del Derecho interno y ello aunque la cuestión se formule en términos de posible incompatibilidad entre la norma del Derecho interno y el Derecho comunitario, puesto que en ese caso la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea tiene un alcance meramente declarativo, dando una interpretación auténtica del Derecho comunitario, pero el fallo dictado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea no implica por sí mismo una declaración de nulidad de la norma del Derecho interno, ni produce efecto alguno de naturaleza constitutiva sobre la validez o vigencia de esa norma. Ha de ser el órgano judicial nacional el que extraiga, con arreglo a sus competencias y facultades, las consecuencias pertinentes en el orden del Derecho interno del Estado. Pero en el caso español no existe atribución alguna de potestad a los órganos judiciales para dejar de aplicar o declarar la nulidad de normas con rango superior al reglamentario, esto es, esencialmente, las Leyes ordinarias y orgánicas y la propia Constitución, salvo que se entienda (y ésta es una de las cuestiones que se someten al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ahora) que el propio Derecho comunitario implica por sí mismo la atribución de dicha potestad a los órganos judiciales nacionales.

[...]

La doctrina del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, si fuese aplicable en el caso del Sr. Pablo, determinaría que el artículo 33.2 del Estatuto de los Trabajadores sería contrario al derecho comunitario de igualdad ante la Ley y que, por consiguiente, deba ser inaplicable por el órgano judicial nacional para dar preferencia a dicho derecho fundamental, [...]

[...]

Si, [...], se entendiese que en el caso del Sr. Pablo estamos aplicando Derecho comunitario, y si el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea mantiene para este caso la interpretación del derecho fundamental a la igualdad de trato por la Ley realizada en la sentencia Rodríguez Caballero, de ello podría resultar que ese derecho fundamental comunitario tuviera primacía sobre la norma legal contenida en el artículo 33.2 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995, 997) y la interpretación del derecho fundamental a la igualdad de trato dada por el Tribunal Constitucional español en aplicación del artículo 14 de la Constitución Española (RCL 1978, 2836).

[...] sería preciso saber si el Derecho comunitario, en base al artículo 10 del Tratado (LCEur 1986, 8) o al principio de primacía, permite y obliga, por sí solo, a los órganos judiciales nacionales para que dejen de aplicar las normas internas que entiendan que son contrarias al Derecho comunitario, con independencia del rango de las mismas e incluso si tienen rango de Ley aprobada por el Parlamento.

[...]

El problema se plantea por el hecho de que no había vencido en dicho momento el plazo máximo fijado a los Estados miembros para incorporar a su Derecho interno el contenido de la Directiva. A pesar de ello el Derecho español, desde mucho antes de que la Directiva entrase en vigor, ya contemplaba la protección por el Fondo de Garantía Salarial de determinadas indemnizaciones por finalización del contrato de trabajo, entre las que se encuentra la indemnización por despido derivado de causas económicas, que es el tipo de indemnización a la que tiene derecho el Sr. Pablo. Podría pensarse por tanto que desde el momento en que entró en vigor la Directiva, en la medida en que su contenido ya estaba incorporado en el Derecho español, el Estado español está aplicando la Directiva cuando resuelve sobre

*la protección del Fondo de Garantía Salarial en relación con indemnizaciones por finalización de contrato.*

**[Auto del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Social, Sección 2.<sup>a</sup>), de 28 de enero de 2005. Ponente: Sr. D. Rafael Antonio López Parada.]**

F.: Aranzadi (Westlaw).

2006-42

**DERECHO COMUNITARIO.—Planteamiento de cuestión prejudicial: apreciación por el Juez nacional de su pertinencia. Doctrina del «acto claro».**

*Sexto.—El procedimiento de remisión prejudicial se basa en una cooperación que implica un reparto de funciones entre el Juez nacional, competente para aplicar el derecho comunitario a un litigio concreto, y el Tribunal de Justicia, al que corresponde garantizar la interpretación uniforme del Derecho comunitario en el conjunto de los Estados miembros (STJCE 16 de diciembre de 1981, Foglia/Novello, 244/1980). Sólo al Juez nacional corresponde valorar la necesidad de una decisión prejudicial y la pertinencia de las cuestiones suscitadas por las partes, atendiendo a la existencia o no de un problema de interpretación del Derecho comunitario aplicable que no pueda resolver por sus propios medios; pues no puede ignorarse que también a él le corresponde aplicar dicho derecho comunitario y que el monopolio jurisdiccional del TJCE sólo afecta a la declaración de invalidez de los actos de Instituciones comunitarias [STJCE 22 de octubre de 1987, Foto Frost, 341/1985 (TJCE 1987, 30)]. De manera que el artículo 177 TCEE no constituye una vía de recurso abierta a las partes de un litigio pendiente ante el Juez nacional; no basta con que las partes sostengan que el litigio plantea una cuestión de Derecho comunitario para que resulte obligado el planteamiento de la cuestión prejudicial, sino que el Juez nacional ha de decidir sobre la necesidad del reenvío prejudicial tomando en consideración los siguientes elementos: a) aplicabilidad de las disposiciones de derecho comunitario al litigio; b) existencia de una duda sobre el significado o la validez de una norma de derecho comunitario aplicable, de cuya decisión dependa el fallo del litigio; y c) imposibilidad de resolver por sí mismo dicha duda sin poner en riesgo la uniformidad interpretativa y de aplicación del derecho comunitario. En síntesis, sustituido, en la propia doctrina del Tribunal del Justicia de las Comunidades Europeas, el criterio de la «separación» por el de la «cooperación» al diseñar el reparto de las funciones jurisdiccionales entre el Juez comunitario y el Juez nacional (STJCE 11 de diciembre 1965, Schwarze, 16/1965), corresponde a éste: la iniciativa de la remisión (SSTJCE de 16 junio de 1981, Salonia, 126/1980, y 6 de octubre de 1982, Cilfit, 283/1981); y decidir si es «necesario para dictar su fallo» que el TJCE se pronuncie prejudicialmente, con autoridad de cosa interpretada [STS de 3 de noviembre de 1993 (RJ 1993, 8847)] sobre algún extremo del Derecho comunitario («pertinencia de la cuestión planteada»). Así, pues, conforme al sistema resultante del artículo 177 TCEE, «el Juez nacional, que es el único que tiene un conocimiento de los hechos del asunto así como de los argumentos aducidos por las partes, y que deberá asumir la responsabilidad de la resolución judicial que haya de ser pronunciada, está mejor situado para apreciar, con pleno conocimiento de causa, la pertinencia de las cuestiones de derecho suscitadas en el litigio de que conoce y la necesidad de una decisión prejudicial, para poder dictar su resolución» (STJCE de 29 de noviembre de 1978, Pigs Marketing Board, 83/1978). Los párrafos 2 y 3 del citado artículo 177 TCEE distinguen la facultad de plantear cuestiones al Tribunal de Justicia que corresponde a cualquier órgano jurisdiccional de uno de los Estados*

*miembros y la «obligatoriedad» de plantear la cuestión y efectuar la remisión al Tribunal de Justicia cuando se trata del «órgano jurisdiccional nacional cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de derecho interno». En este caso, para garantizar la unidad y aplicabilidad del Derecho comunitario, teniendo en cuenta, además, el valor de jurisprudencia nacional que tienen las resoluciones de dicho órgano jurisdiccional supremo, se impone la obligación de plantear, antes de decidir el litigio, la cuestión prejudicial. Ahora bien, ello no supone negar un margen de apreciación del Juez de última instancia o supremo Juez nacional para determinar la «pertinencia» o efectuar el «juicio de relevancia» para el planteamiento de las cuestiones prejudiciales». (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.<sup>a</sup>), de 15 de julio de 1999 (RJ 1999, 7153)].*

**[Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Las Palmas, núm. 96/2004 (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 1.<sup>a</sup>), de 6 de febrero. Ponente: Sr. D. Jesús José Suárez Tejera.]**

Al respecto *vid.* también:

**[Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, núm. 312/2004 (Sección 19.<sup>a</sup>), de 26 de noviembre. Ponente: Sr. D. Miguel Ángel Lombardía del Pozo; y Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Burgos, núm. 66/2005 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.<sup>a</sup>), de 3 de febrero. Ponente: Sra. D.<sup>a</sup> Begoña González García.]**

F.: Aranzadi (Westlaw).

2006-43

#### **DERECHO COMUNITARIO.—Principio de primacía del Derecho comunitario. Inaplicación del Derecho interno por vulneración del Derecho comunitario. Principio de eficacia directa de las normas comunitarias.**

*Cuarto.—Para alzarse frente a aquella pretendida antinomia la Comisión de las Comunidades Europeas planteó el recurso oportuno ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, siendo dicho órgano judicial quien a través del proceso correspondiente se pronunció sobre dicha contradicción en sentido afirmativo, de tal manera que la Sentencia de la misma, en cuanto interpretativa del alcance y consecuencias sobre el Derecho español de la Directiva Comunitaria 91/439 (LCEur 1991, 1041) resulta directamente aplicable por esta Sala por el principio de prevalencia sobre el derecho interno de la normativa comunitaria, máxime cuando la discordancia entre ambos ha sido evidenciada por el órgano judicial de las Comunidades Europeas competente para realizar dicha declaración, ya que la primacía del Derecho Comunitario exige que sean los órganos judiciales, en este caso los Tribunales españoles, los llamados a asegurar directamente la efectividad de tal Derecho.*

*Así lo tiene declarado el Tribunal de Justicia de las Comunidades en su Sentencia de 9 marzo 1978 (asunto Simmenthal), en la que afirma que «resultaría incompatible con las exigencias inherentes a la naturaleza misma del Derecho comunitario toda disposición de un ordenamiento jurídico nacional o toda práctica —legislativa, administrativa o judicial— que tuviera por efecto disminuir la eficacia del Derecho comunitario por el hecho de no reconocer al Juez competente para aplicar este Derecho el poder de hacer, en el momento mismo de esta aplicación, todo lo necesario para descartar las disposiciones legislativas nacionales que eventualmente constituyen un obstáculo para la plena eficacia de las normas comunitarias».*

[...]

*Quinto.—La aplicación directa del Derecho comunitario y su prevalencia sobre el Derecho interno, cuando éste contravenga las disposiciones de aquel, es cuestión abordada de forma constante por la jurisprudencia*

[...]

*Sexto.—Afirmada, pues, por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas la vulneración por el Reino de España de las obligaciones dimanantes del Derecho Comunitario por incompatibilidad entre los preceptos anteriormente reseñados y la Directiva 91/439/CEE del Consejo, de 29 de julio de 1991 (LCEur 1991, 1041) sobre el permiso de conducción por razones de fondo, nos corresponde deducir de este hecho las consecuencias jurídicas pertinentes, que no pueden ser otras que la declaración de inaplicabilidad del Reglamento General de Conductores de 30 de mayo de 1997 (RCL 1997, 1427, 2275) en los artículos específicamente determinados por la Sentencia como vulneradores del Derecho comunitario, lo que resulta obligado en términos generales para toda norma nacional contraria al derecho comunitario, según jurisprudencia constante del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, ya que no resulta posible la declaración de nulidad de los preceptos reglamentarios al afectar a disposiciones de carácter general para cuya declaración de nulidad no es competente esta Sala.*

[...]

*Séptimo.—Sentadas las premisas básicas sobre la primacía del derecho comunitario sobre el nacional cuando exista contradicción entre ambos y la obligación del Juez nacional de inaplicación de este último, una vez declarada la antinomia entre ambos por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, resulta obligada la referencia a los fundamentos jurídicos de la Sentencia por aquél dictada sobre los cuales se sustenta la vulneración por el Reglamento General de Conductores de la Directiva 91/439 (LCEur 1991, 1041), que limitaremos a la apreciación de la contradicción con el artículo 22 de la norma reglamentaria nacional, por ser la directamente aplicable al supuesto de autos.*

**[Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, núm. 737/2004 (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 1.ª), de 27 de octubre. Ponente: Sra. D.ª María Teresa Marijuán Arias.]**

Al respecto *vid.* también:

**[Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Málaga, núm. 1505/2004 (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 1.ª), de 20 de octubre. Ponente: Sr. D. Manuel López Agullo; Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de 20 de enero de 2004. Ponente: Sr. D. Javier Huerta Trolez; Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de 30 de marzo de 2005. Ponente: Sr. D. Antonio Castañeda Boniche; y Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de 27 de enero de 2004. Ponente: Sr. D. Antonio Castañeda Boniche.]**

F.: Aranzadi (Westlaw).

2006-44

## **DERECHO COMUNITARIO.—«Eficacia vertical» de las Directivas.**

*Primero.—[...] Pues bien, es de recordar que en un principio las Directivas no tienen reconocido el efecto directo; así es, el Tratado no contempla el precitado efecto, sólo indirectamente el Tratado de Amsterdam, y ello en cuanto que la Directiva tiene como destinatario directo al Estado miembro y en esencia se trata de una norma mediata que exige el comple-*

mento normativo del Estado, el cual va a poseer un margen de apreciación en cuanto a la elección de medios y formas para alcanzar el resultado prescrito. Con todo el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, ha abierto decididamente una línea jurisprudencial que se decanta por la posibilidad de que las Directivas gocen de dicho efecto, pero ello cumpliendo ciertas condiciones.

Recordemos que dicho Tribunal basa dicha doctrina en que el Tratado, al regular la cuestión prejudicial (artículo 234 TCE), presupone la aplicabilidad directa del derecho comunitario en los litigios internos, sin distinción de fuentes ni de formas de Derecho derivado; el hecho de que el reglamento posea efecto directo expreso no permite concluir que las demás normas carezcan de esta cualidad, máxime una vez que se admite para disposiciones del Tratado cuya estructura de mandato (imponen al Estado miembro obligaciones de hacer) es similar a la de la directiva; para alcanzar los objetivos del Tratado, la idea de efecto útil exige una interpretación del ordenamiento comunitario que lo haga lo más eficaz posible; por último, sería incompatible con la naturaleza obligatoria de la directiva excluir por principio que el resultado que la misma impone pueda ser invocado por las personas a quienes concierne, es decir, el Estado no puede oponer a los particulares el propio incumplimiento de las obligaciones que la directiva comporta. En otro caso, el ordenamiento, al consentir que el Estado aplique un derecho que estaba obligado a modificar previamente, admitirla un comportamiento estatal incongruente con el carácter imperativo del derecho comunitario.

Por todo ello, al poder invocar el particular ante el Juez nacional y frente al Estado incumplidor el resultado prescrito en la Directiva, el efecto directo corrige la anomalía que implica el incumplimiento de la directiva por parte del Estado, impidiéndole que puede sacar ventaja de haber infringido el derecho comunitario, configurándose como un mecanismo sancionatorio o punitivo del comportamiento estatal y como una última garantía dirigida a asegurar la eficacia vertical de la Directiva.

Siendo ello así, lo procedente es analizar si se cumplen las condiciones que recuerda el TJCE a los efectos de aplicar al caso que nos ocupa la tantas veces citada Directiva.

Conforme a la consolidada jurisprudencia del TJCE, el efecto vertical de las Directivas exige:

- que el Estado no haya adaptado el Derecho nacional a la directiva dentro del plazo fijado o lo haya hecho incorrectamente, sin que resulte posible invocar el efecto directo de la directiva antes de transcurrido el plazo concedido para la transposición (sentencia TJCE de 5 de abril de 1979, Ratti, 148/78; 3 de marzo de 1994, Vaneetveld, C-316/93)

- que las disposiciones invocadas, desde el punto de vista de su contenido, no estén sujetas a condición alguna y sean lo suficientemente precisas. En este sentido, el tribunal entiende que una disposición es «incondicional», cuando no está sujeta a ninguna condición ni subordinada, en su ejecución o en sus efectos, a la adopción de ningún acto de las Instituciones de la Comunidad o de los Estados miembros, y «suficientemente precisa» para ser invocada por un particular y aplicada por el Juez, cuando impone una obligación en términos inequívocos (sentencia TJCE de 23 de febrero de 1994, Comitato di Coordinamento per la difesa della Cava, C-236/92).

A la vista de la regulación realizada, ya se ha hecho mención como el ámbito de exclusión se prevé abierto y en función de las peculiaridades de la actividad, en la que se prevé la posibilidad de establecer excepciones vistas, artículo 17, bajo criterios abiertos, recordando la resolución impugnada la peculiar regulación que sobre la materia ha realizado el Estado, siendo de observar como se establece una jornada en cómputo semanal de 37,30 horas, como jornada ordinaria, y la obligación, exigida por la actividad y función, de un sistema de guardias, como horario complementario, en sus dos modalidades de presencia física y localización, no sólo queda justificada la excepción en este caso, sino en lo que ahora interesa, resulta

*evidente que la disposición invocada para su aplicación directa no resulta todo lo precisa, todo lo suficientemente precisa e inequívoca, para que pueda aplicarse directamente.»*

**[Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 2.<sup>a</sup>), de 8 de abril de 2005, recurso núm. 219/2003. Ponente: Sr. D. Ángel Salas Gallego]. En el mismo sentido vid. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 2.<sup>a</sup>), de 8 de abril de 2005, recurso núm. 260/2003. Ponente: Sr. D. Ángel Salas Gallego; y Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 2.<sup>a</sup>), de 15 de abril de 2005, recurso núm. 259/2003. Ponente: Sr. D. Ángel Salas Gallego.]**

F.: Aranzadi (Westlaw).

2006-45

#### **DERECHO COMUNITARIO.—Alegación de jurisprudencia del TJUE y del TPI.**

*Cuarto [...] B) La garantía de la libre competencia radica, tal y como ha reiterado la jurisprudencia del Tribunal de la Unión Europea, en la publicidad de precios y asegurando la libertad de elección del consumidor o usuario. En el presente caso, el usuario ha tenido oportunidad de conocer las tarifas y su sistema de cálculo, y ha optado libremente por hacer uso del servicio en tales condiciones, sin que sea lícito volverse contra sus propios actos y tras el disfrute pretender cuestionar los precios preestablecidos. Asimismo, hemos de hacer hincapié en que el aparcamiento en cuestión no constituye un servicio en situación de monopolio de hecho o de derecho, ya que el usuario puede optar por otros establecimientos del ramo, públicos o privados, que existen en tan céntrica zona de Oviedo.*

**[Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Asturias, Oviedo, núm. 33/2005 (núm. 5), de 2 de febrero. Ponente: Sr. D. José Ramón Chaves García]. En el mismo sentido vid. Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Asturias, Oviedo, núm. 25/2005 (núm. 5), de 27 de enero. Ponente: Sr. D. José Ramón Chaves García.]**

F.: Aranzadi (Westlaw).

2006-46

*Cuarto [...] debe recordarse que la determinación de cuando ha de apreciarse la concurrencia de la subrogación legal no había sido cuestión pacífica tanto para la doctrina científica como para la propia doctrina judicial, viniéndose observando una cierta falta de sintonía entre la interpretación dada a esta figura tanto por el TS como por el TJCE. Así, mientras la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, se ha venido decantando, [...], por entender necesaria la transmisión de cierta infraestructura para afirmar el efecto subrogatorio, [...]. Por el contrario el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, había mantenido una línea más vacilante en la interpretación de las Directivas Comunitarias en la materia, [...]. Así, si en las sentencias de 14-4-1994 (TJCE 1994, 54) (caso Schmidt) al igual que, con algunos matices, en la de 7-3-1996 (caso M) puso el acento en la continuación de la actividad productiva, sin embargo, en las de 10-12-1998 [casos S. H. (TJCE 1998, 309) y H. V. (TJCE 1998, 308)] el Tribunal de*

*Luxemburgo parecía venir a sintonizar en buena medida con el criterio de nuestro Tribunal Supremo. No obstante, en la sentencia de 15-1-2002 (TJCE 2002, 9) (asunto Temco) y otras posteriores como la de 20-11-2003 (TJCE 2003, 386) (asunto Sodexho) parece nuevamente decantarse por el criterio de que no se precisa tal transmisión de elementos patrimoniales, si no que basta con la mera asunción por el nuevo empresario de una parte del personal del antiguo, siempre que el mantenimiento del personal se refiera a una parte esencial.*

*En concreto, en la sentencia del TJCE de 11-3-1997 (TJCE 1997, 45) (asunto Süzen) se señalaba que, aunque el perfil general de la transmisión empresarial exige que además de la sucesión en la actividad objeto de la contrata se produzca la cesión de elementos significativos del activo material o inmaterial, en determinados sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una actividad económica y por ello ha de admitirse que dicha entidad puede mantener su identidad aun después de su transmisión cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea.*

*En definitiva la doctrina que sienta la referida sentencia del TJCE es la de incluir en la noción de traspaso la transferencia de la mera actividad cuando la misma va acompañada de la asunción de las relaciones laborales con un núcleo considerable de la plantilla anterior dando la sentencia a ese conjunto el carácter de entidad económica.*

*Esta doctrina comunitaria ha sido asumida, no sin reticencias, por nuestro Alto Tribunal en la STS de 14-10-2004 [...].*

*[...]*

*De lo anterior se deriva que, no acreditada la excepción contemplada por el TSJCE y recientemente por el TS, es exigible para entender producida una subrogación legal que quede constatado el cumplimiento del perfil general de toda transmisión empresarial, que no es otro que la cesión de elementos significativos del activo material o inmaterial, por lo que no acreditada tal cesión debe descartarse la aplicación del artículo 44 ET (RCL 1995, 997)*

**[Sentencia del Juzgado de lo Social de Baleares, Ciutadella de Menorca (núm. 1), de 5 de abril de 2005.]**

F.: Aranzadi (Westlaw).



## B) JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA Y COMUNITARIA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO\*

Selección y coordinación a cargo de:

Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ

Catedrático de Derecho Internacional Privado  
Universidad de Santiago de Compostela

### SUMARIO

I. DERECHO JUDICIAL INTERNACIONAL: 1. *Competencia judicial internacional*. 2. *Proceso con el elemento extranjero*. 3. *Reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras*.—II. DERECHO CIVIL INTERNACIONAL: 1. *Protección de menores*. 2. *Matrimonio*: A) Celebración. B) Nulidad, separación y divorcio. 3. *Documentos públicos extranjeros*. 4. *Sucesiones*.—III. DERECHO DEL COMERCIO INTERNACIONAL: 1. *Quiebra*.

### I. DERECHO JUDICIAL INTERNACIONAL

#### 1. *Competencia judicial internacional*

2006-1-Pr

#### **COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.—Contrato de transporte internacional de mercancías por carretera. Convenio de Ginebra de 19 de mayo de 1956 relativo al**

---

\* Esta crónica es continuación de la publicada en REDI, 2005-2. La selección se ha efectuado sobre resoluciones dictadas en los años 2005 y 2006. Colaboran en la presente crónica, Ana Paloma Abarca Junco, Santiago Álvarez González, Rafael Arenas García, Laura Carballo Piñeiro, Yolanda Dutrey Guantes, María Jesús Elvira Benayas, Ángel Espiniella Menéndez, Silvia Feliu Álvarez de Sotomayor, Federico Garau Sobrino, Sandra García Cano, Mónica Herranz Ballesteros, Iván Heredia Cervantes, Miguel A. Michinel Álvarez, Javier Maseda Rodríguez, Patricia Orejudo Prieto de los Mozos, Ana Quiñones Escámez, Marta Requejo Isidro, y Elena Rodríguez Pineau, de las Universidades Autónoma de Barcelona, Autónoma de Madrid, Córdoba, Illes Balears, Oviedo, Pompeu Fabra, Rey Juan Carlos, Santiago de Compostela, UNED y Vigo. Por razones de espacio, en la presente crónica se ha tenido que prescindir de la reproducción de los textos comentados; confío en que la facilidad con la que hoy que se accede a ellos a través de las correspondientes referencias colabore a minimizar este inconveniente.

**contrato de transporte internacional de mercancías por carretera y Reglamento (CE) núm. 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil: normas de competencia generales y especiales. Aplicación de los foros específicos del Convenio especial CMR: regla de especialidad.**

Preceptos aplicados: artículo 31 CMR; artículo 5.1 Regl. 44/2001; artículos 67 y 71 Regl. 44/2001.

**[Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 67/2005 (Sección 15.<sup>a</sup>) de 16 de marzo de 2005. Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]**

F.: Aranzadi (Westlaw), JUR 2005/125516.

**Nota:** 1. Los hechos que han dado lugar al Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 67/2005 (Sección 15.<sup>a</sup>) de 16 de marzo de 2005 que comentamos son, sucintamente, los siguientes. La empresa de seguros *Plus Ultra Compañía de Seguros y Reaseguros*, subrogándose en las acciones de su asegurado en virtud del contrato de seguro de responsabilidad civil, demanda ante los Juzgados de Primera Instancia de Granollers a la compañía de transportes *Transportes Tal*, con domicilio social en Francia, por los daños y pérdidas sufridas en la carga en el curso del transporte. La entrega de las mercancías, cuyo destinatario era el asegurado de la actora, debía realizarse en territorio español. Los Juzgados de Granollers, por Auto de 3 de mayo de 2004, valorando de oficio su competencia judicial internacional, inadmiten a trámite la demanda dada la incompetencia, a su juicio, de la jurisdicción española. Este Auto fue apelado por la parte actora, argumentando la competencia de los Tribunales españoles para conocer del asunto con base bien en el artículo 5.1 del Reglamento (CE) núm. 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, bien en el artículo 31.1 del Convenio de Ginebra de 19 de mayo de 1956 relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera (CMR; *BOE* de 7 de mayo de 1974). La Audiencia Provincial de Barcelona, en el Auto que comentamos, da la razón a la parte apelante, arguyendo la competencia de los Tribunales españoles de acuerdo con lo dispuesto en el Convenio CMR.

Plantea este Auto, fundamentalmente, un tema no muy habitual en la práctica jurisdiccional española: la concurrencia entre Convenios y la aplicación de la regla de la especialidad entre los distintos regímenes, generales y especiales, reguladores de la competencia judicial internacional, en el caso, Reglamento 44/2001 y CMR (véase, como muestra, Sent. Aud. Prov. de Vizcaya de 7 de mayo de 2003, Jur., 2003, 181949, sobre aplicación preferente de las normas competenciales específicas, esta vez, del Convenio de 1952 sobre embargo preventivo de buques, frente a las del Convenio de Bruselas de 1968). Tema éste en el que centraremos este comentario, reflejo de un aspecto que, al menos en este caso, puede entenderse como una manifestación de una más acertada aplicación de los instrumentos propios del DIPr por parte de los Juzgados y Tribunales españoles.

2. La regulación de la convivencia entre distintos regímenes normativos relativos a la competencia judicial internacional se materializa a través de las cláusulas de compatibilidad entre Convenios. Desde la óptica comunitaria, y de acuerdo con el artículo 71 Regl. 44/2001, anterior artículo 57 CB, en su función de cláusula de compatibilidad, debe considerarse la aplicación preferencial de las reglas de competencia específicas del Convenio especial [ÁLVARO RUBIO, J. J., «La regla de la especialidad como cauce para superar los conflictos entre Convenios internacionales: nueva decisión del TJCE (*S 28 de octubre de 2004*)», *La Ley (Unión Europea)*, núm. 6179, 31 de enero de 2005, pp. 1-11; GAJA, G., «Sui rapporti fra la Convenzione di Bruxelles e le altre norme concernenti la giurisdizione ed il riconoscimento di sentence straniera», *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1991, p. 255].

Pues bien, es esto lo que hace la Audiencia de Barcelona, ajustándose a lo establecido en la jurisprudencia del TJCE, que se pronuncia en el mismo sentido de aplicación preferencial de la normativa específica (STJCE de 28 de octubre de 2004, *Portbridge*, As. C-148/03, <http://curia.es>, precisamente respecto un contrato de transporte de mercancías por carretera regulado por el CMR; o la STJCE de 6 de diciembre de 1994, *Tatry*, As. C-506/94, *Rec.*, 5439; ÁLVAREZ RUBIO, J. J., *loc. cit.*, 2005, pássim; GUZMÁN ZAPATER, M., «Nota a STJCE de 28 octubre 2004», *REDI*, 2004-II, pp. 872-875; TUO, C., «Alcune riflessioni sulla portata applicativa della CMR», *Riv. dir. int. pr. proc.*, 2004-I, pp. 193-224, p. 208; también, ÁLVAREZ RUBIO, J. J., «La regla de la especialidad en el artículo 57 del Convenio de Bruselas de 1968 sobre embargo preventivo de buques», *ADM*, 1995, pp. 273-312). En efecto, si bien menciona únicamente el artículo 67 Regl. 44/2001, y alude a mayores y extrañamente al artículo 22 LOPJ respecto de una situación que es comunitaria (consta la domiciliación en Francia del transportista demandado; FD 2.º), la Audiencia comprueba efectivamente la vinculación de los Juzgados españoles por un doble régimen regulador de competencia judicial internacional, el Reglamento 44/2001 y el CMR. Posteriormente, considera la aplicación preferente de los criterios de competencia del régimen especial, en concreto, el artículo 31.1.b CMR. En consecuencia, atribuye competencia a los Tribunales del lugar de entrega de las mercancías (en el caso, Barcelona, de acuerdo con lo descrito en el ejemplar de la carta de porte del destinatario; folio 78; FD 2.º), por los daños y pérdidas sufridos por la mercancía transportada, foro aplicable con independencia de que haya llegado o no la carga a destino (MERCADAL (dir.), *Guide juridique et pratique du contrat de transport routier de marchandises intérieur et CMR*, Idit, 1993, núm. 1296).

3. Es cierto que la Audiencia se limita a atribuir competencia a los Juzgados de Primera Instancia españoles con base en el artículo 31 CMR, y a criticar, de modo correcto, a nuestro juicio, la errónea verificación de oficio de la competencia del Juez de Instancia. Verificación que, por otro lado, debe hacerse, de acuerdo con el artículo 71 Regl. 44/2001 y en aras a la protección de los derechos de defensa, *ex* artículo 26 Regl. 44/2001, más todavía en la ausencia de un precepto dedicado a este aspecto en el CMR. Con todo, y aunque la Audiencia Provincial de Barcelona no se extiende demasiado sobre el asunto, su actuación respecto de la aplicación preferencial de los criterios competenciales específicos ubicados en un Convenio especial sugiere ciertas reflexiones de interés que pasamos a exponer.

No debe olvidarse que son muchos los Convenios en una materia particular y es muy distinta la naturaleza de los foros que aparecen en estos Convenios especiales. Dar cumplimiento al mandato de atribución de competencia judicial internacional con base en un foro recogido en un Convenio especial requiere, por una parte, la ubicación de la materia en el ámbito de aplicación tanto del Convenio especial como de la normativa general (ÁLVAREZ RUBIO, J. J., *loc. cit.*, 1995, p. 283; asimismo, en la ya referida STJCE de 28 de octubre de 2004 antes de proceder a regular la concurrencia del CMR con el Convenio de Bruselas de 1968; también con CMR, Sent. Trib. Com. Amberes de 21 de mayo de 1980, *Rep. jur. dr. comm.*, 1990, I-57, B-9). El caso que nos ocupa, de acuerdo con los hechos referidos en el Auto (FD 1.º y 2.º), atiende a un contrato de transporte de mercancías por carretera realizado a título oneroso por medio de vehículos, respecto de un lugar de entrega de las mercancías como España, que es Estado parte del CMR. No hay duda respecto de la aplicabilidad material del Reglamento 44/2001 a la responsabilidad derivada de un eventual incumplimiento de las obligaciones generadas por un contrato de transporte de mercancías por carretera (art. 1 Regl. 44/2001). Y tampoco respecto del CMR: el artículo 1 CMR estima su aplicación a todo contrato de transporte de mercancías por carretera realizado a título oneroso por medio de vehículos, con independencia del domicilio y nacionalidad de las partes del contrato, y siempre que el lugar de la toma de carga de la mercancía y el lugar previsto para la entrega, indicados en el contrato, estén situados en dos países diferentes, uno de los cuales al menos sea un país contratante, como es el caso (véase la Sent. Trib. Casación francés de 3 de junio de 1981, *J. Clunet*, 1983, p. 398, que, estimando la

aplicación preferente del CMR, considera la aplicación de los artículos 6.1 y 5.1 CB 1968 al contrato de comisión vinculado al transporte ya que no se halla incluido en el ámbito de aplicación del Convenio especial).

Ahora bien, ubicada la materia en el ámbito de aplicación tanto del Convenio especial como de la normativa general, la eventual aplicabilidad de la normativa especial a la competencia judicial internacional requiere no sólo la incorporación en el correspondiente Convenio especial de foros de competencia específicos, sino también la verificación de su carácter directo (O'MALLEY, S./LAYTON, A., *European civil practice*, Londres, 1989, p. 860; ÁLVAREZ RUBIO, J. J., *loc. cit.*, 2005, p. 2). Piénsese, por ejemplo, en el Convenio de Londres de 1989 sobre salvamento marítimo, supuesto de un Convenio especial que no contiene regulación alguna de competencia judicial internacional sobre esta materia; o en el Convenio de Londres de 19 de noviembre de 1976, sobre limitación de la responsabilidad nacida de reclamaciones de Derecho marítimo, que, aunque Convenio específico también, incorpora respuestas especiales de competencia judicial internacional de naturaleza sólo incidental (ÁLVAREZ RUBIO, J. J., *loc. cit.*, 1995, p. 305). La ausencia de reglas de competencia judicial internacional en este tipo de Convenios especiales obliga a recurrir a otros regímenes reguladores de la materia, ya sean especiales o generales: esto es, no se produce realmente un problema de concurrencia de normativas, Reglamento 44/2001 y Convenio especial, que obligue a considerar la aplicación del artículo 71 Regl. 44/2001.

Es en aquellos casos en los que el Convenio especial incorpora foros específicos de competencia judicial internacional de carácter directo, cuando se pone de manifiesto la necesidad de una cláusula de compatibilidad de esta naturaleza. Así sucede en el caso que nos ocupa: el CMR incorpora un foro específico como es el mencionado artículo 31 CMR, cuyo ámbito alcanza cualquier controversia relativa al referido contrato y que responde a esta naturaleza directa, concediendo competencia a las jurisdicciones del Estado en cuyo territorio tiene el demandado su residencia habitual, su domicilio principal o sucursal de agencia por intermedio de la cual ha sido concluido el contrato de transporte, bien a aquella donde se halla situado el lugar en que el transportista se hizo cargo de la mercancía o el lugar designado para su entrega (ÁLVAREZ RUBIO, J. J., *loc. cit.*, 2005, *pássim*; SÁNCHEZ GAMBORINO, F. J., *El contrato de transporte internacional*, CMR, 1996, p. 45; HAAK, K. F., *The liability of carrier under CMR*, 1986, p. 280, que incluye también responsabilidad extracontractual; CLARKE, M., *International carriage of goods by road: CMR*, 4.<sup>a</sup> ed., Londres, 1997, p. 46, con dudas sobre ámbito de aplicación).

4. La coincidencia en el ámbito material de aplicación del Convenio especial y el Reglamento 44/2001, en el caso, transporte internacional de mercancías por carretera, así como el carácter preferente que el artículo 71 Regl. 44/2001 otorga a los foros específicos del Convenio especial, justifica la fundamentación de la competencia de la jurisdicción española, como indica la Audiencia Provincial de Barcelona, en el foro específico del lugar de entrega de las mercancías del Convenio especial (art. 31 CMR). Y ello es así aun cuando existan otros criterios de competencia relacionados en otras normativas que también vinculan al referido Tribunal (español) y que le permitirían, en su caso, justificar su competencia: en concreto, el artículo 5.1 Regl. 44/2001, basado en el lugar de ejecución de la obligación que sirve de base a la demanda, también, pues, en el lugar de entrega de las mercancías, territorio español (sobre su coincidencia en transporte, TUO, C., *loc. cit.*, pp. 222-223). Así parece entenderlo la Audiencia Provincial de Barcelona: tras la referencia en su Auto al hecho de que «...el recurso fundamenta la apelación en la competencia de los Tribunales españoles para conocer de la acción ejercitada, ya sea por aplicación del artículo 31.1 CMR, ya sea por aplicación del artículo 5.1 Regl. 44/2001...» (FD 1.<sup>o</sup>), lo cierto es que, como hemos visto, atribuye competencia a los Juzgados españoles con base únicamente en el artículo 31 CMR, haciendo caso omiso, pues, a la disyuntiva referida.

Es cierto que, por una parte, el hecho de que un Tribunal comunitario (español), vinculado doblemente por dos foros de competencia, uno ubicado en un Convenio especial (art. 31 CMR) y otro ubicado en el Reglamento 44/2001 (art. 5.1 Regl. 44/2001), pueda fundamentar su competencia en cualquiera de ellos de manera indistinta, podría no resultar verdaderamente significativo en todo caso, en la medida en que, al final, la consecuencia vendría a ser la misma: la atribución de competencia judicial internacional con base en un foro atributivo de competencia. Y también es cierto, por otra parte, que el hecho de que conozca con base en un criterio ubicado en un régimen u otro, especial o reglamentario, podría no tener consecuencias a otros efectos, por ejemplo, en el *iter* del reconocimiento de la resolución. Es sabido que nada impide que una resolución dictada con base en un criterio incorporado en un Convenio específico se someta al régimen de homologación del Reglamento 44/2001, así como que una resolución dictada con base en un criterio de competencia del régimen general del Reglamento 44/2001 circule con base en las disposiciones de un régimen específico de reconocimiento (O'MALLEY, S./LAYTON, A., *op. cit.*, pp. 864-866).

No obstante, que coyunturalmente pueda ser esto así, no justifica la posibilidad de proceder de esta manera en todo caso: la aplicación indistinta de dos preceptos atributivos de competencia no es respuesta adecuada (CERINA, P., «In tema di rapporti tra litispendenza e articolo 57 nella Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968», *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1991, pp. 953-966, p. 961; véase Sent. Cámara Apel. de la Comisión Central para la Navegación del Rin de 2 de marzo de 1977, *Rep. jur. dr. com.*, 1990, I-57, donde el Tribunal de Arheim, que fundó su competencia en el artículo 5.3 CB 1968, fue corregido en recurso, afirmando su competencia, si bien con base en los artículos 37 y 38 del Convenio especial de 1868, para la navegación por el Rin). Ello es así habida cuenta de que cabe la posibilidad de que, aunque un Tribunal comunitario pueda conocer tanto atendiendo a un foro de un Convenio especial y a otro del Reglamento 44/2001, el alcance de la atribución de competencia con base en uno u otro criterio sea distinto. Piénsese, por ejemplo, en el Convenio de Bruselas de 29 de noviembre de 1969 sobre daños causados por la contaminación marina por hidrocarburos, versión de 1992: no es lo mismo fundamentar la competencia del Tribunal comunitario del lugar del daño en la competencia exclusiva del artículo IX CB 1992, que hace incompetente a cualquier otro Tribunal comunitario vinculado por este mismo Convenio especial y distinto del lugar del daño, que hacerlo con base en el artículo 5.3 Regl. 44/2001, basado en los mismos criterios, cuyo comportamiento es alternativo, permitiendo a otro Tribunal comunitario, en consecuencia, sostener su competencia con base en otro precepto del mismo régimen (el artículo 2 Regl. 44/2001, por ejemplo). O en el Convenio de Hamburgo de 1978 sobre transporte marítimo de mercancías: dada la existencia de una cláusula en el contrato atributiva de jurisdicción a favor de unos concretos Tribunales comunitarios, válida de acuerdo con el Convenio especial y también con el Reglamento 44/2001, desde la óptica del Convenio especial, los acuerdos atributivos de jurisdicción se comportarán de modo alternativo respecto del resto de foros ofertados por el Convenio especial (art. 21), mientras que, desde la óptica del Reglamento 44/2001 (art. 26 Regl. 44/2001), los Tribunales seleccionados por la voluntad de las partes son únicos competentes.

Por ello, en el caso que nos ocupa, y aunque coyunturalmente podría sostenerse la atribución indistinta de competencia con base en el artículo 31.1.b) CMR o el artículo 5.1 Regl. 44/2001, lo cierto es que el cumplimiento del artículo 71 Regl. 44/2001 conduce a la aplicación preferente del foro de competencia del Convenio especial, tal como ha estimado la Audiencia Provincial de Barcelona (criterio sí determinante, por ejemplo, en la Sent. Landsgericht de Aquisgrán de 26 de enero de 1976, *Rep. jur. dr. com.*, 1990, I-57, que se declara competente por una cláusula de sumisión expresa válida de acuerdo con el artículo 31 CMR, más flexible en la forma, y no válida según el artículo 17 CB, precepto que fue lo alegado por el demandado belga en su impugnación).

5. Aplicación preferencial de las disposiciones del Convenio especial que cobra especial sentido en aquellas otras ocasiones, distintas a la de partida del Auto que comentamos, en las que la competencia de un Tribunal comunitario, vinculado por el doble régimen CMR y Reglamento 44/2001, viene atribuida únicamente por un precepto de este último. Dar cumplimiento al artículo 71 Regl. 44/2001 conduce a la declaración de incompetencia de esta jurisdicción, concibiendo la posibilidad de atribución de competencia con base en un precepto del Reglamento 44/2001 sólo en aquellos casos en los que el Convenio especial lo permita, esto es, de mantener el respeto y/o salvaguarda de los objetivos que propugna el Convenio especial a través de su apuesta por una determinada estructura competencial ofertada en su normativa específica. En el caso del CMR, y dado que su artículo 31 CMR, al estimar que no puede «...escojerse más que (entre) estas jurisdicciones», parece dirigirse a ubicar la controversia dentro de los foros alternativos allí establecidos y más ajustados a la realidad de la materia que regulan específicamente, resultaría difícil de justificar a través de los foros (sólo) del Reglamento 44/2001 la competencia de un Tribunal comunitario vinculado por el CMR y no competente de acuerdo con las opciones competenciales que éste le ofrece, dado el riesgo de no respeto de los objetivos de la regulación específica (TUO, C., *loc. cit.*, pp. 215-216; PESCE, A., *Il contratto di trasporto internazionale di merci su strada*, Padua, 1984, p. 227, sobre *forum shopping* y protección del contratante débil en transporte de mercancías por carretera; LASA BELLOSO, B., «Competencia judicial internacional y regulación del arbitraje en el CMR», *AEDIPr.*, 2004, pp. 287-305, pp. 296-297; SÁNCHEZ GAMBORINO, F. J., *op. cit.*, p. 275, habla de lista cerrada de foros; CAPOTORTI, F., «L'interpretazione uniforme della convenzione di Bruxelles del 1968 nella giurisprudenza della Corte comunitaria», en *La Convenzione giudiziaria di Bruxelles del 1968 e la riforma del processo civile italiano*, Milán, 1985, p. 57).

6. En fin, un breve apunte para terminar. El Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona se produce dentro del contexto de la aplicación del Reglamento 44/2001. Por tanto, dentro del contexto del artículo 71 Regl. 44/2001, determinante del carácter preferente de la *lex specialis* y operativo, en respeto a los compromisos internacionales adquiridos, respecto de Convenios especiales ya firmados por los Estados miembros en el momento de entrada en vigor del Reglamento 44/2001. Lo cierto es que este precepto, si bien reproduce el anterior artículo 57 CB 1968, al eliminar la expresión «...Convenios en que Estados contratantes fueren parte o llegaren a ser parte...», por la de «...Convenios en que Estados contratantes fueren parte...», parece reducir cara al futuro la compatibilidad con los Convenios especiales, disminuyendo las posibilidades de los Estados miembros para incorporarse a futuros Convenios internacionales, sobre todo de alcance universal (FERNÁNDEZ ROZAS, J. C./SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, 3.ª ed., Civitas, Madrid, 2004, p. 70, advirtiendo de los riesgos de acentuación del regionalismo europeo en materias en las que ello puede no ser lo más aconsejable). Los Convenios firmados tras la entrada en vigor del Reglamento 44/2001 no disfrutaban necesariamente de aplicación preferente. Ello dependerá de lo acordado en el propio Convenio y de cómo se establezcan las relaciones con el Reglamento 44/2001, en la medida en que, al atender a materias que afectan a la competencia de la CE, su firma por los Estados miembros se realizará bajo los auspicios de la CE, en lo que parece entenderse como una exigencia de autorización por su parte [art. 61.c)] TCE; artículo 300.2 y 300.3 TCE; por ejemplo, Decisión del Consejo, de 2 de marzo de 2004, *DOUE*, L, núm. 078, autorizando a los Estados miembros a adherirse, en interés de la Comunidad Europea, al Protocolo de 2003 del Convenio Internacional sobre la Constitución de un Fondo internacional de indemnización de daños debidos a contaminación por hidrocarburos, de 1992). No es el caso del CMR, Convenio anterior a la entrada en vigor del Reglamento 44/2001, y cuyos foros específicos de competencia judicial internacional operarán, en atención a lo establecido en el artículo 71 Regl. 44/2001 y como hemos visto, con carácter preferente respecto de los foros competenciales reglamentarios, de modo semejante a cómo lo venía haciendo el anterior artículo 57 CB (éste es el sentir de la

referida STJCE de 28 de octubre de 2004, *Portbridge*, y lo que entiende ÁLVAREZ RUBIO, J. J., *loc. cit.*, 2005, p. 11).

Javier MASEDA RODRÍGUEZ

2006-2-Pr

**COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.—QUIEBRA.—Declaración de nulidad de compraventa internacional. Comprador con residencia habitual en República Dominicana. Régimen autónomo. Incompetencia de los Tribunales españoles ex artículo 22.3 LOPJ.**

Preceptos aplicados: artículos 21 y 22 LOPJ; artículo 36 LEC.

[Auto de la Audiencia Provincial de León núm. 35/2005, de 1 de abril de 2005. Ponente: Ilmo. Sr. D. A. P. Lobejón Martínez.]

F.: *Aranzadi (Westlaw)*, JUR 2005/115008.

**Nota:** 1. Por auto de 1 de abril de 2005 la Audiencia Provincial de León inadmitió el recurso de apelación en demanda de nulidad de compraventa planteada por los síndicos de la quiebra de la sociedad CEMISA. Tal compraventa se llevó a cabo en Santo Domingo entre el administrador único de la empresa y un tercero (Iquino Valenzuela) con residencia habitual y nacionalidad de República Dominicana; sostenían los síndicos que el negocio, concluido dos meses antes de la fecha de retroacción de la quiebra de CEMISA, fue simulado. El Tribunal de apelación confirmó con su Auto el del Juez de Primera Instancia, declarándose incompetente conforme al artículo 22.3 LOPJ.

2. El Auto de la Audiencia no nos revela datos que sería conveniente conocer para valorar su error o acierto: por ejemplo, la cuestión de quién es el demandado no es indiferente desde la perspectiva de la competencia judicial internacional. Sin embargo, desconocemos con certeza si *de facto* la acción se planteó contra los dos contratantes —el quebrado y quien adquirió de él—, que sería lo apropiado en una acción tendente a que se pronuncie la nulidad del negocio, por cuanto la declaración afectará a todos los interesados; o si se entabló sólo contra el adquirente beneficiario en el acto de disposición, como sucede cuando la acción de los síndicos tiende a una declaración de ineficacia —y no de invalidez—, y sólo parcial, en la medida en que sus efectos se producen solamente frente a los acreedores del quebrado (vide sobre las diferencias entre la acción de nulidad por simulación del negocio, la pauliana en sede concursal, y la acción rescisoria concursal de la Ley 22/2003, LINACERO DE LA FUENTE, M., *Las acciones de reintegración en la Ley Concursal*, Madrid, 2005, cap. VI y VII. Acerca de la legitimación pasiva en las acciones de reintegración de la masa una vez en vigor la Ley 22/2003, vide BUSTO LAGO, J. M., «Aproximación a las acciones de reintegración en la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal», en *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, t. I., Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2004, pp. 693-722). Se nos dice que la petición de los síndicos es la de declaración de nulidad por negocio simulado, lo que nos lleva a pensar en que había un litisconsorcio pasivo, o en su defecto, alguna otra forma de intervención procesal, de manera que al proceso en España fueran llamados tanto D. Iquino, residente en República Dominicana, como la empresa quebrada. Partiendo de esto, a los efectos de la competencia judicial daremos por supuesto, por cuanto es lo más probable, que España es el país de domicilio social de CEMISA.

3. Tampoco nos indica la Audiencia el razonamiento que le indujo a resolver el supuesto aplicando la LOPJ. Sin embargo, existen en el sistema instrumentos que ostentan rango prefe-

rente a ella, por razones de especialidad o de jerarquía: así, la Ley 22/2003, Ley concursal, y los Reglamentos (CE) núm. 44/2001, sobre competencia judicial y reconocimiento en materia civil y mercantil, y núm. 1346/2000 sobre procedimiento de insolvencia. En realidad sí hay en el Auto de la Audiencia elementos que nos permiten excluir la Ley 22/2003: aunque desconocemos la fecha de la apertura de la quiebra, el Auto de Primera Instancia es ya anterior a la entrada en vigor de la Ley, de forma que de ella sólo cabría aplicar *in casu* lo dispuesto en su Disposición Transitoria Primera –que no afecta a la cuestión de competencia judicial internacional–. Mayor interés presentan los otros dos instrumentos señalados, comunitarios, que por su origen desplazan a la LOPJ, y que serán aplicables si en el supuesto concreto se verifican sus ámbitos material, espacial, temporal y relacional.

4. A los fines del presente comentario, y en ausencia de los datos pertinentes, vamos a dar por hecho para ambos Reglamentos el ámbito temporal (art. 66 y 76 del Reglamento núm. 44/2001, artículos 43 y 47 del Reglamento de insolvencia).

Mayores dudas nos plantea el ámbito espacial: el Reglamento núm. 44/2001 descarta, salvo excepciones que no concurren ahora, su aplicación para quienes no se hallan domiciliados en un miembro de la UE; lo que en consecuencia significa que sí cubre la demanda en lo relativo a CEMISA (suponiéndola realmente demandada y con su domicilio en España: *supra*), pero no respecto a quien contrató con él. Por su parte, la determinación del ámbito espacial del Reglamento núm. 1346/2000 en las circunstancias del caso considerado encierra luces y sombras: es cierto que se encuentra en España el domicilio social de CEMISA, y puede afirmarse por tanto que nuestro país es el centro de intereses principales del deudor, quedando satisfecho el requisito al que se alude en el artículo 3 de la norma. Sin embargo, sostienen algunos autores que la aplicación del instrumento requiere una conexión comunitaria más fuerte que el domicilio, que vendrá dada por la ubicación de los bienes del quebrado en otros Estados miembros de la UE partes en el Reglamento (vide CARBALLO PIÑEIRO, L., *Acciones de reintegración de la masa y derecho concursal internacional*, col. *De conflictu legum*, Santiago de Compostela, 2005, núm. 95, con más referencias). Tal condición no se cumple en el supuesto que tenemos entre manos: por lo tanto, que sea o no aplicable el Reglamento comunitario depende de que se comparta o no la opinión que hemos descrito. Si no es así (sí, por lo tanto, la ubicación del centro de intereses principales del deudor en España se estima suficiente para la aplicabilidad del Reglamento comunitario), será preciso continuar delimitando entre instrumentos, pasando a analizar el ámbito material de cada uno.

La delimitación por razones de alcance material entre el Reglamento núm. 44/2001 y el de insolvencia cuenta con la clave que proporcionó el TJCE interpretando el Convenio de Bruselas sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil, de 1968. Señaló el TJCE en su Sentencia de 22 de febrero de 1979, as. 133/78, que el CB, y ahora el Reglamento, deben ser interpretados de forma que quedan fuera de ellos, por ser materia de quiebra excluida a tenor del artículo 1, las acciones cuyo fundamento jurídico inmediato se encuentre en el Derecho concursal, y que se inserten estrechamente en un procedimiento de insolvencia. Como pautas indicativas de la relación entre la acción y la quiebra, el TJCE sugería comprobar que la competencia funcional se atribuye al Juez de la quiebra; que se modifica la legitimidad procesal, pasando al síndico; que se modifican las reglas de prescripción; que es la masa, y no un acreedor singular, la beneficiaria del producto de la acción; que se alteran las reglas sobre prueba, e incluso las de insolvencia. Trasladando los indicios aportados por la decisión del TJCE a la demanda de los síndicos ante la Audiencia de León por negocio simulado, podemos concluir que nos hallamos ante un caso regulado por el Reglamento de insolvencia: y que los Tribunales españoles, como jueces del concurso, deberían declararse competentes también para decidir si la compraventa cuestionada es nula.

5. Frente a la afirmación con la que hemos cerrado el párrafo que precede cabe todavía añadir algo. La solución que consiste en atribuir al Tribunal del concurso el conocimiento de

acciones relacionadas de manera no directa con la quiebra, como son las que sirven a reintegrar la masa, no tiene una acogida totalmente favorable en la doctrina. Las razones que la hacen sospechosa son de índole diversa: importante, la que la examina desde la perspectiva de su constitucionalidad, en términos de tutela judicial efectiva del tercero que contrató con quien ahora es quebrado. Este punto de vista, en realidad desarrollado para el análisis general de la llamada *vis atractiva concursus*, pero apto para ser proyectado sobre la cuestión que nos ocupa por ser su resultado el mismo, sostiene que al declararse competentes los jueces del concurso lo que sucede es que decaen, por virtud de una regla de organización procesal, otras reglas de competencia (las «normales») basadas en primer término en la tutela judicial –por lo que respecta al demandado, en que lo sea en condiciones que le permitan una defensa a un coste razonable y no desproporcionado (vide CARBALLO PIÑEIRO, L., *op. cit.*, núms. 79-83). Se hace preciso un análisis de constitucionalidad que excede de las posibilidades de este comentario: valga, pues, la remisión a lo ya escrito por otros (CARBALLO PIÑEIRO, L., *ibidem*, afirmando que la regla superaría el test, y razonándolo).

Una segunda vertiente de la crítica a la solución según la cual la jurisdicción que conoce de la quiebra también es competente para acciones relacionadas se limita al Reglamento núm. 1346/2000, señalando que atribuir competencia exclusiva para este tipo de acciones, que no son las nucleares de la quiebra, parece demasiado rígido; defiende por ello esta doctrina que la competencia judicial en este caso es «relativamente exclusiva», cualidad que vendría avalada –si bien en forma indirecta– por el propio tenor del Reglamento, en su artículo 25 (vide VIRGÓS SORIANO, M., y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Comentario al reglamento de insolvencia*, Civitas, Madrid, 2003, núm. 95-98; también lo afirma CARBALLO PIÑEIRO, L., *op. cit.*, núm. 84 en general para la regla derivada de la *vis atractiva concursus*). Qué duda cabe de que esta interpretación, aún razonable en la práctica, plantea dificultades: en primer término, la relativa a cuál debe ser la fuente en la que síndico busque la competencia alternativa; en segundo lugar, si el reconocimiento de las decisiones que esos Tribunales complementarios adopten goza o no del régimen privilegiado previsto en el Reglamento, que sólo corresponde en principio a las decisiones dictadas por jurisdicciones competentes en aplicación de los foros que él prevé.

6. El Auto de la Audiencia de León es completamente ajeno a las consideraciones anteriores. Siendo honestos, las dudas expresadas a propósito de ellas (aplicabilidad o no del Reglamento núm. 1346/2000 a acciones en el marco de concursos con conexiones extracomunitarias; en caso afirmativo, competencia exclusiva del Tribunal del lugar de apertura del concurso, o alternatividad con otras jurisdicciones) nos impiden criticarlo por ello (y es que en realidad, hasta podría haber ocurrido que en la fecha de apertura de la quiebra no se encontrara en vigor el Reglamento). Ahora bien, la decisión de la Audiencia sí presenta extremos que son discutibles si los analizamos a la luz de los pocos elementos que con el texto en la mano podemos dar por ciertos: que la demanda es anterior a la entrada en vigor de la Ley Concursal; que el domicilio de CEMISA está en España, y que ocupa una posición pasiva al lado de D. Iquino en la demanda. Pues bien, con esos datos a la vista hubiéramos aplaudido una explicación a que el Tribunal prefiera sobre el artículo 22.2 LOPJ el apartado tercero del mismo artículo (cuestión distinta es la de que el ordenamiento ofrezca fórmulas para resolver la competencia judicial internacional en caso de litisconsorcio pasivo, o de otras de presencia de terceros interesados en el proceso, cuando alguno de los sujetos implicados carece de vínculo con España); más, cuando se le está indicando al Tribunal que al celebrar su contrato en Santo Domingo, las partes estaban intentando precisamente sustraerse a la competencia de los jueces españoles. Pero ya antes de todo eso: encomiable habría sido alguna aclaración expresa acerca de las razones por las que el Tribunal y la Audiencia, ante la laguna legal que vendría a llenar más adelante la Ley Concursal hoy vigente, optaron por aplicar la LOPJ. En este punto, nuestro deseo de una exposición de motivos más prolija no debe interpretarse como rechazo a la solu-

ción: es más una petición de claridad en las razones, que tiene engarce constitucional; y la convicción de que cabe pedir a los Tribunales que sean didácticos, especialmente en los ámbitos donde la confusión predomina –o predominaba– por falta de la pertinente intervención legislativa (vide sobre las diferentes propuestas antes de la adopción de la Ley concursal, sintéticamente, ESPLUGUES MOTA, C., «Procedimientos concursales», cap. XVI en *Derecho del comercio internacional*, Eurolex, Madrid, 1996; de forma más amplia ESPLUGUES MOTA, C., *La quiebra internacional*, Bosch, Barcelona, 1993, Cap. II, p. III, pp. 170-189).

Marta REQUEJO ISIDRO

2006-3-Pr

**COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.–Aplicación del artículo 6.1 del CB. Posible demanda de conveniencia. Traspaso de futbolista profesional. Aplicación del foro especial en materia de contratos de trabajo. Emplazamiento del primer empleador ante los Tribunales del lugar en el que el trabajador realiza su actividad laboral para un segundo empleador.**

Preceptos aplicados: Artículos 6.1 y 5.1 CB.

[Sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha (Sala de lo Social), de 19 de julio de 2005. *Iván H.B. c. Albacete Balompié SAD y Club de Fútbol As Roma SPA*. Ponente: Ilma. Sra: D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> del Carmen Piqueras Piqueras.]

F.: Aranzadi Weslaw, AC, 2005/2583.

**Nota:** 1. *Cuestiones previas.* Una de las quejas que se repiten constantemente en los comentarios de Jurisprudencia publicados en esta sección es la completa ignorancia que muestran nuestros Tribunales hacia cuestiones básicas del DIPr. Y lo cierto es que las críticas suelen estar justificadas en la mayor parte de ocasiones. Sin duda, el desconocimiento de las soluciones normativas y la falta de «sensibilidad» hacia las particularidades que convergen en las situaciones de tráfico externo constituyen un mal generalizado en nuestro sistema judicial. Por todo ello, encontrarse una decisión como la que me dispongo a analizar constituye un motivo de especial satisfacción para cualquier comentarista. Es cierto, como tendremos oportunidad de comprobar, que la Sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha de 18 de julio de 2005 combina un acierto pleno en la aplicación de un foro de competencia tan complejo como el artículo 6.1 del CB con una interpretación a mi juicio errónea de las reglas de competencia en materia de contratos individuales de trabajo. Sin embargo, ello no resta un ápice a la positiva valoración que me merece esta resolución. Son muy escasas las ocasiones en las que se pueden hallar decisiones judiciales españolas con una argumentación tan sólida y bien fundamentada como la empleada por el TSJ de Castilla-La Mancha, algo que tiene todavía más mérito si uno de los foros de competencia judicial internacional (en adelante, CJI) cuya aplicación se discute posee una naturaleza tan controvertida como el de la pluralidad de demandados.

Los hechos fueron los siguientes. I. H. B. prestaba servicios como futbolista profesional para un equipo español, en concreto, para el *Albacete Balompié SAD*. El 24 de junio de 1997 fue traspasado («cedido definitivamente», en la terminología de la Sentencia) a un equipo italiano, el *AS. ROMA SPA*, conviniéndose además en el mismo contrato que, en el caso de que el mencionado jugador fuera cedido a un tercer equipo, la Roma debería abonar al Albacete el 25 por 100 del montante de tal operación. Y eso fue justamente lo que ocurrió poco tiempo después. Tras ser cedido temporalmente al *RCD Espanyol SAD* el 29 de junio de 1998, Iván H. B.

fue traspasado («cedido definitivamente») a este mismo equipo el 27 de noviembre de 1998. Entre el Albacete y la Roma se suscitó una disconformidad sobre la cantidad exacta que debía percibir el club español en pago del 25 por 100 del montante del traspaso al Espanyol, y que fue resuelto por la Comisión del Estatuto del Jugador a través de la concreción de tal cantidad en 5.000.000 dólares USA.

El litigio al que da respuesta esta sentencia tiene su origen en la reclamación que ejercita el futbolista frente al Albacete y la Roma ante el Juzgado de lo Social de Albacete, en reclamación del 15 por 100 del montante total de sus sucesivos traspasos, algo que a juicio del actor, le concede nuestra legislación, en concreto, el artículo 13 del RD 1006/1985. El futbolista emplazó conjuntamente a los dos clubes mencionados en aplicación del artículo 6.1 del Convenio de Bruselas de 1968, si bien, una vez iniciado el proceso, decidió desistir de la demanda frente al equipo español. El Juzgado de lo Social se declaró incompetente en 1.ª Instancia utilizando como argumento precisamente esta circunstancia: la retirada de la pretensión ejercitada contra el *Albacete Balompié SAD*, algo que para el órgano jurisdiccional podía entenderse como un indicio de utilización fraudulenta del foro de la pluralidad de demandados.

2. *La activación artificial del artículo 6.1.* Recuérdese que el foro de la pluralidad de demandados permite acumular dos o más pretensiones dirigidas frente a sujetos diferentes ante el Tribunal del lugar del domicilio de cualquiera de ellos, siempre que entre las pretensiones exista un vínculo cualificado (sobre este foro, vide *in extenso*, HEREDIA CERVANTES, I., *Proceso internacional y pluralidad de partes*, Granada, 2002; QUIÑONES ESCÁMEZ, A., *El foro de la pluralidad de demandados*, Madrid, 1996). La conexión existente entre las pretensiones cuya acumulación se solicita permite tramitar todas ellas ante un mismo órgano jurisdiccional —el del domicilio de cualquiera de los codemandados— pese a que si tales pretensiones se hubieran ejercitado por separado éste careciera de competencia sobre alguna de ellas.

El problema que se le suscita al TSJ de Castilla-La Mancha es el siguiente: ¿qué sucede cuando durante su tramitación, un proceso sobre el cual un órgano jurisdiccional hubiera basado su competencia en el foro de la pluralidad de demandados, deviniera en un simple proceso bilateral al quedar fuera (por allanamiento, transacción, etc.) aquel codemandado cuyo domicilio sirvió para fijar la competencia del órgano jurisdiccional. Dicho de otro modo, ¿qué sucede cuando desaparece del proceso aquel codemandado que sirve para «anclar» la competencia de un determinado Tribunal en aplicación del artículo 6.1?

*Prima facie* la circunstancia descrita no debería tener relevancia alguna ya que el principio de *perpetuatio fori*, al cual se encuentra adscrito tanto el CB como el R. 44/2001, impone la continuación del proceso (vide al respecto entre la jurisprudencia nacional: Sentencia de 6 de noviembre de 1975 de la *Corte di Cassazione* italiana (s.u.), *B.V. Handel-en Exploitatie Maatschappij «Selene» c. Philips SpA and Others*, en *Digest of case-law* I-6, B 2 y Sentencia Ruffini v. Fornano, en *E.C.C.*, 1981, p. 541). El TSJ de Castilla-La Mancha no tiene duda alguna al respecto, tal y como señala en el segundo párrafo del Fundamento cuarto.

El problema sin embargo, es que en muchos de estos casos, tras la retirada de alguna de las partes del proceso puede subyacer una intención de utilizar de forma fraudulenta del artículo 6.1, algo que, en opinión del Juzgado de lo Social de Albacete era, precisamente, lo que ocurría en este supuesto. La manipulación de los criterios de conexión que justifican la aplicación del artículo 6.1 y, en general, de cualquier foro por conexidad, es uno de los mayores peligros que plantean estas bases de competencia (sobre esta cuestión, vide *in extenso* HEREDIA CERVANTES, I., *op. cit.*, pp. 150-160). En ocasiones se trata simplemente de la modificación o falseamiento de los criterios de conexión mutables del litigio, como *vgr.*, el domicilio de uno de los demandados en aquellos foros por conexidad en los que, tal y como sucede con el propio artículo 6.1, se atribuye CJI sobre una pluralidad de sujetos al Tribunal del domicilio de uno de ellos. Sin embargo, junto a esta posibilidad, común por otro lado a la totalidad de foros de CJI, existe otra, exclusiva de los foros por conexidad y que es la que analiza el TSJ de Cas-

tilla-La Mancha, consistente en el ejercicio de una pretensión ficticia o de mera conveniencia frente a un sujeto contra el que no se tiene una seria intención de litigar.

La finalidad de esta argucia estriba en lograr el emplazamiento del sujeto contra el que en realidad se quiere litigar —el verdadero demandado— ante un Tribunal más favorable para sus intereses que aquellos designados por los foros de CJI «ordinarios», es decir, aquéllos que no recurren a la conexidad entre las pretensiones como criterio atributivo de competencia. La ventaja jurisdiccional que se persigue con el ejercicio de una pretensión de conveniencia puede ser de muy diversa naturaleza. En ocasiones el objetivo es litigar ante los Tribunales que garanticen un proceso menos oneroso, por lo que generalmente se perseguirá la competencia de los Tribunales del Estado de domiciliación del actor, beneficiándose éste además de la ventaja de litigar en el marco de un sistema judicial con el que se está más familiarizado. En otras, por el contrario, lo que se pretende es lograr la aplicación de un ordenamiento nacional que ofrezca una solución material más favorable que aquél que designarían las normas de DIPr del Tribunal designado por los foros «ordinarios» (QUIÑONES ESCÁMEZ, A., *op. cit.*, pp. 210-212). Incluso, es posible que lo que se persiga al incorporar al proceso a un demandado de conveniencia es simplemente prevalerse de las consecuencias derivadas de su participación en el proceso, a fin de facilitar una resolución favorable frente al verdadero demandado. La jurisprudencia inglesa nos proporciona un ejemplo inmejorable de esto último en un supuesto en el que se solicitó al Tribunal la autorización de un *discovery* frente al codemandado de conveniencia, con el objetivo de obtener documentos relevantes para la resolución de la pretensión frente al verdadero codeemandado y que no se encontraban en posesión de éste (Sentencia *Molnlycke A.B. v. Procter & Gamble Ltd.*, extractada en *C.J.Q.* 1993, pp. 2-4).

Como no podía ser menos, el CB y ahora el R. 44/2001 no permanecen ajenos al problema de la activación artificial de los foros por conexidad y a través del inciso final del artículo 6.2 de ambos textos se oponen a la aplicación del foro de la intervención de terceros cuando la pretensión inicial «*se hubiera formulado con el único objeto de lograr la intervención de un Tribunal distinto del correspondiente al demandado*». En términos similares se pronuncia el *Informe Jenard* al señalar que «*el Tribunal que conoce de la demanda principal no será competente para conocer del recurso de garantía, si la demanda original no ha sido presentada más que para citar en justicia al que ha sido requerido para prestar la garantía fuera del Estado en que tiene su domicilio*».

El artículo 6.2 *in fine* cumple, sin duda, un papel de enorme importancia de cara a la correcta integración en el sistema competencial del CB y del R. 44/2001 del foro de la intervención de terceros, por lo que resultaba sorprendente que el artículo 6.1 no contara con una prescripción de similar naturaleza. Es más, basta un somero repaso de las jurisprudencias nacionales —y el supuesto que analizamos da fe de ello— para apreciar que es precisamente en este precepto donde el problema de las pretensiones de conveniencia se manifiesta con mayor virulencia. De hecho, incluso, el propio *Informe Jenard* contradecía el silencio del texto convencional al señalar, en relación con el artículo 6.1, que: «*no puede formularse una demanda únicamente para sustraer a uno de los demandados a los Tribunales del Estado en que está domiciliado*».

Todo parecía indicar, por tanto, que se trataba más de un error de los redactores del Convenio que de un olvido intencionado (DROZ, G. A. L., *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le Marché Commun*, París, 1972, p. 71). Finalmente el TJCE despejó de forma definitiva cualquier tipo de dudas —si todavía era posible que existiera alguna— y en la Sentencia *Kalfelis* (As. 189/87, considerando núms. 8 y 9), tras recordar que el foro contenido en el artículo 6.1 constituía una excepción al principio general *actor sequitur forum rei*, señaló que tal principio sería vulnerado «*si un demandante fuera libre de formular una demanda dirigida contra varios codeemandados con el solo fin de que uno de ellos se sustraiga a la competencia de los Tribunales del Estado donde se encuentra su domicilio*». A pesar de todo ello, el artícu-

lo 6.1 del R. 44/2001 sigue sin hacer mención alguna a esta cuestión, pese a que ha sido una reivindicación constante de los diferentes proyectos de reforma del Convenio (vide vgr. la Propuesta de la Comisión Europea de 26 de noviembre de 1997, p. 27 y la propuesta del Grupo Europeo de Derecho internacional privado de 15 de abril de 1997).

Ahora bien, aunque la necesidad de extender la limitación del inciso final del artículo 6.2, no sólo al artículo 6.1 sino también al resto de los foros por conexidad contenidos en el CB y en el R. 44/2001 es una cuestión zanjada desde hace tiempo, un problema que ha permanecido abierta, por lo menos hasta fechas recientes, es la naturaleza que posee este límite.

Una primera posibilidad consiste en considerar la prohibición de ejercitar pretensiones ficticias como una concreción de la cláusula general de fraude procesal reconocida en los diferentes ordenamientos internos –en nuestro Derecho, artículos 6.4 CC y 11.2 LOPJ– para aquellos supuestos en los que, pese a cumplirse los requisitos de aplicación de la norma de cobertura (en este caso el foro por conexidad) el demandante pudiera obtener un resultado tan absolutamente contrario a los objetivos del CB o del R. 44/2001 como es la alteración del sistema competencial en ellos contemplado. A favor de esta interpretación se podría invocar la casi unánime oposición existente hacia cualquier tipo de flexibilización en la aplicación de los foros de competencia del CB y ahora del R. 44/2001, cuyo máximo exponente se encuentra en el rechazo de la figura anglosajona del *forum non conveniens*. Desde esta posición, el artículo 6.2 *in fine* constituiría la excepción expresa a la presunta interdicción del recurso a los mecanismos flexibilizadores de los derechos nacionales. Su función sería legitimar, autorizar con carácter excepcional, el recurso a la cláusula general de fraude procesal contenida en los ordenamientos nacionales.

Por el contrario, la segunda posibilidad partiría de una concepción amplia del concepto de conexidad, que obliga a considerar la prohibición de las pretensiones de conveniencia como un nuevo elemento integrador de la propia relación de conexidad, análogamente a lo que hace parte de la jurisprudencia inglesa en aplicación de su Derecho autónomo. Según esta concepción, no podría existir un vínculo suficiente entre las pretensiones cuando alguna de ellas tuviera una naturaleza ficticia y hubiera sido ejercitada con la finalidad de activar de forma artificial alguno de los foros por conexidad, ya que el único riesgo de contradicción relevante, y por tanto merecedor de una respuesta procesal especial a través de aplicación de una *forum connexitatis*, sería aquél que no hubiera sido voluntariamente creado por alguna de las partes mediante el ejercicio de una pretensión de conveniencia. En otros términos: el concepto de conexidad relevante para el CB/R. 44/2001 exigiría no sólo una contradicción «formal», sino también «real».

La cuestión, como ya se ha avanzado, parece haber sido resuelta recientemente por el TJCE a favor de la segunda alternativa en la Sentencia de 26 de mayo de 2005 (As. C-77/2004; sobre esta sentencia, vide HEREDIA CERVANTES, I., «Intervención provocada, demandas entre aseguradores y competencia judicial internacional tras la sentencia del TJCE de 26 de mayo de 2005», *Diario La Ley*, de 20 de septiembre de 2005, núm. 6330, pp. 6-10). Se trata, es cierto, de una resolución que da respuesta a una cuestión prejudicial planteada en interpretación del artículo 6.2, pero su traslación al foro de la pluralidad de demandados no creo que suscite problema alguno. Para la Corte de Luxemburgo la inexistencia de una intención de activar de forma artificial el artículo 6.2 por parte del demandado inicial constituye un elemento integrador de la conexión entre las pretensiones (vide cdo. núm. 32). El Tribunal de esta forma da carta de naturaleza a una alternativa que parece haber sido ya sostenida en el *Informe Jenard* cuando afirma que, «de la exigencia de un vínculo entre las pretensiones se desprende que no puede formularse una demanda únicamente para sustraer a uno de los demandados a los Tribunales del Estado en que está domiciliado» y por algunas sentencias nacionales (vide vgr., entre la jurisprudencia inglesa, las sentencias de la *Court of Appeal: The Owners of the Cargo lately laden on board the Rewia v. Caribbean liners (caribtainer) limited and others*, de 2 de

junio de 1991, *ILP*, 1993 (4), pp. 507-524; y *Douglas Gascoigne and another v. Malcolm Pyrah and another*, de 25 de mayo de 1993, *ILP*, 1994 (1), pp. 82-95).

En mi opinión la opción por la que ha optado el TJCE en la Sentencia de 26 de mayo de 2005 es la única posible. Considerar al inciso final del artículo 6.2 como una mera concreción de la cláusula de fraude obligaría al tercero o al codemandado –o incluso a una de las partes iniciales, si se acepta la extensión de la conexidad a la intervención voluntaria– a soportar la carga de la prueba del carácter ficticio o de conveniencia de la pretensión inicial. Por el contrario, elegir la segunda de las posibilidades supone, de un lado, que será el propio sujeto que invoque la conexidad quien debería convencer al órgano jurisdiccional de la seriedad de la totalidad de las pretensiones que pretende acumular; y de otro, que en caso de incomparecencia del «verdadero demandado» y siempre que éste estuviera domiciliado en un Estado contratante del CB/R. 44/2001, el órgano jurisdiccional estaría obligado (art. 20.1 CB/26.1 R. 44/2001) a verificar de oficio la seriedad de la otra pretensión. El carácter restrictivo que necesariamente ha de caracterizar la aplicación de cualquier foro que otorgue competencia a Tribunales diferentes a los del Estado de domiciliación del demandado, unido a la indudable ventaja que la aplicación de los foros por conexidad proporciona a quien los utilice, creo que justifican sobradamente la opción por la segunda de las posibilidades. Imputar al «demandado real» la carga de probar que una de las pretensiones posee un carácter ficticio, carga que puede hacerse insostenible cuando exige litigar en otro Estado, constituiría un enorme incentivo para la activación artificial de los foros por conexidad.

Cuestión distinta –y este es el problema clave al que debe enfrentarse el TSJ de Castilla-La Mancha– es el modo en que el órgano jurisdiccional pueda acreditar el carácter ficticio de la pretensión, una operación tremendamente compleja, como algún autor ya ha puesto de manifiesto (vide TARCIA, G., «Competenza internazionale e competenza giurisdizionale per connessione nelle convenzione dell'Aja e di Bruxelles», *Riv. dir. int. priv.proc.*, 1969, pp. 156-167, especialmente, pp. 162 y 164), si se tiene en cuenta que la labor del juez se encontrará sometida a dos limitaciones cuya compatibilidad en muchas ocasiones puede resultar harto complicada.

Por un lado, es necesario ser conscientes de la fase procesal en la que nos desenvolvemos: esto es, el juicio de previo de competencia. Razones de economía procesal, funcionales y de prevención de estrategias dilatorias de las partes obligan al órgano jurisdiccional a resolver sobre su competencia con la mayor brevedad posible. En esta fase el juez no podrá realizar un exhaustivo examen de todas las circunstancias concurrentes en el litigio, ni menos aún pronunciarse *in limine litis* sobre alguna de las cuestiones materiales ante él planteadas. El órgano jurisdiccional únicamente podrá exigir la presentación de un principio de prueba que le sirva para llegar al convencimiento de que existen posibilidades racionales del cumplimiento del criterio de conexión que justificaría su competencia (vide *vgr.* la Sentencia del TJCE en el Asunto *Custom Made*, C-288/92).

Ahora bien, por otro lado, en el juicio previo de competencia resulta absolutamente imprescindible garantizar un nivel mínimo de eficacia y garantizar un elevado número de posibilidades de que la solución que adopte el órgano jurisdiccional sobre su CJI sea la correcta. Dicho de otro modo, el órgano jurisdiccional ha de poseer un serio convencimiento sobre el cumplimiento del criterio de conexión que justificaría su CJI, dado que la velocidad inicial que puede imprimir al proceso un rápido juicio previo de competencia, puede degenerar en una lentitud inadmisible y en un sustancial incremento de los costes procesales si el Tribunal designado finalmente presentara una débil vinculación con el litigio. El juez debe tener siempre presente que una errónea asunción de CJI generalmente supone un aumento tanto de los costes de información, jurídicos y fácticos, como del número y la complejidad de las actuaciones procesales (notificaciones, actos de instrucción en el extranjero, traducciones, legalizaciones, etc.).

Compatibilizar estos dos imperativos dista de ser una tarea sencilla. Es cierto que el órgano jurisdiccional no podrá resolver a título definitivo sobre aquellas cuestiones que le inducirán a

considerar a una pretensión como de mera conveniencia (*vgr.* la existencia de un contrato entre el demandante y el presunto demandado de conveniencia, la efectiva condena del demandado controvertido de acuerdo a la *lex causal*, etc.), pero como elemento integrador de uno de los requisitos de aplicación del foro de CJI, a lo que sí estaría obligado el juez nacional es a exigir un principio de prueba, un *bonus fumus iuris* de la seriedad de la pretensión ejercida por el demandante y de su seria intención de litigar, so pena de convertir al inciso final del artículo 6.2 en una mera declaración de principios, un brindis al sol sin trascendencia práctica alguna.

El Juez nacional debería por tanto resolver la siguiente cuestión: ¿se habría ejercitado la pretensión controvertida si el órgano jurisdiccional designado hubiera sido ya competente para resolverla en aplicación de alguno de los foros «ordinarios» y, por tanto, de la acumulación de las pretensiones no se hubiera derivado modificación alguna de las reglas de CJI? En el caso de que la respuesta a esta pregunta fuera negativa, la acumulación de las pretensiones debería ser rechazada. Para resolver el test propuesto, al Juez le bastará en ocasiones con la prueba por parte del sujeto activo de la pretensión controvertida de la posibilidad (evidentemente no la seguridad) de obtener una resolución de fondo favorable, de acuerdo el derecho material designado por las normas de DIPr. del foro). En otras, en cambio, «el test de seriedad» necesariamente habrá de ser más exhaustivo ya que podrían darse diversas circunstancias en el litigio (vinculación económica previa entre demandante y demandado, subsanación de la falta de competencia del Tribunal a través de la sumisión tácita del demandado, emplazamiento de un sujeto insolvente, etc.), que indujeran al Tribunal a recelar de la existencia de una verdadera intención de litigar y le hicieran sospechar que, pese a existir serias posibilidades de obtener una respuesta judicial favorable, el actor en realidad no tiene ninguna voluntad de hacerla efectiva (así *vgr.* en la sentencia de 1 de febrero de 1983 del *Tribunale* de Génova, *Riv. dir. int. priv.proc.*, 1983, pp. 385-390).

Quede claro, no obstante, que ni el CB ni el R. 44/2001 se oponen a que un sujeto que pretende evitar un riesgo de contradicción, pueda obtener *además* la ventaja de ver resueltas las pretensiones ante los Tribunales de su domicilio y de acuerdo a un ordenamiento nacional más favorable para sus intereses, ya que ambas son consecuencias inherentes a la propia naturaleza de los foros por conexidad. A lo que se oponen ambos textos, como refleja el tenor literal del artículo 6.2 («*con el único objeto*»), es a la aplicación de los foros por conexidad cuando la obtención de esas ventajas procesales sea el *único motivo* en el que se fundamente el ejercicio de la pretensión controvertida.

El TSJ de Castilla-La Mancha entiende a la perfección el modo de verificar el carácter ficticio de la pretensión ejercitada frente al club español. El test que realiza para acreditar esta circunstancia es, precisamente, el que se acaba de proponer: se acude al Derecho aplicable al fondo de la pretensión «dudosa» y se analiza si ésta tendría posibilidades de prosperar. El Tribunal se comporta además de forma especialmente pulcra en su proceder. El penúltimo párrafo del Fundamento Jurídico 6.º es especialmente representativo de ello cuando pone de manifiesto con rotundidad que la remisión al derecho que resulta aplicable a la pretensión ejercitada por el futbolista frente al club español se ha hecho «única y exclusivamente para fundamentar la inexistencia de fraude de ley en la actuación del demandante».

3. *La aplicación del foro especial en materia de contratos individuales de trabajo.* Mucho más discutible resulta la interpretación que hace el TSJ de Castilla-La Mancha del foro especial diseñado para los contratos de trabajo que se contiene en el artículo 5.1 *in fine* del CB (arts. 18-21 R. 44/2001). Discutible e innecesaria, en la medida en que la competencia del Juzgado de 1.ª Instancia de Albacete estaba ya garantizada mediante la aplicación del artículo 6.1. La tesis que sigue la Sentencia es que nos encontramos ante un supuesto parangonable al que tuvo que resolver el TJCE en el Asunto *Pugliese* (Sentencia del TJCE, de 10 de abril de 2003, As. C 437/2000; con relación a esta sentencia vide la nota de PALAO MORENO, G., *REDI*, 2003, 2, pp. 907-913). Las similitudes que halla el Tribunal entre los dos supuestos de

hecho son muy numerosas ya que «en ambos concurren dos contratos de trabajo sucesivos en el tiempo; en ambos se demanda en un foro diferente al del domicilio del demandado y en ambos la causa de pedir deriva del contrato de trabajo suscrito con la primera empresa, aunque el lugar donde el trabajador presta sus servicios no coincide con la misma» (FJ 8.º).

En mi opinión, sin embargo, las conclusiones a las que llega la resolución comentada no son acertadas y no creo que el supuesto planteado en la Sentencia del TJCE a la que se hace referencia sea en absoluto equiparable al que debe resolver el TSJ de Castilla-La Mancha. Recuérdese brevemente el supuesto resuelto por la Corte de Luxemburgo: una mujer, tras trabajar durante un período de tiempo para una empresa italiana, decide solicitar una excedencia e incorporarse, con el permiso de aquélla, a una segunda empresa ubicada en Alemania y participada además por el primer empleador. La empresa italiana se comprometió a sufragar los gastos de alojamiento de la trabajadora mientras durara su estancia en Alemania y es, precisamente en el impago de estos gastos donde se encuentra el origen de la demanda que se plantea en Alemania frente a la sociedad italiana (en realidad frente a una segunda sociedad italiana que adquiere ésta), en aplicación del foro especial en materia de contratos individuales de trabajo del CB.

El elemento clave que utiliza el TJCE para atribuir competencia a los Tribunales alemanes sobre la pretensión dirigida frente a la empleadora inicial es que ésta tiene un «interés» (no un «interés *directo* como señala el TSJ) en la prestación que el trabajador realizará para el segundo empresario. Según la Sentencia *Pugliese*, a la hora de apreciar este interés, es necesario realizar una apreciación global y tomar en consideración todas las circunstancias del caso de autos, circunstancias entre las cuales el TJCE destaca: la modificación del primer contrato como consecuencia de la celebración del segundo, la existencia de un vínculo orgánico o económico entre ambos empresarios; la celebración de un acuerdo entre los dos empresarios por el que se establezca un marco para la coexistencia de ambos contratos; el hecho de que el primer empresario conserve una facultad de dirección sobre el trabajador; que la celebración del segundo contrato estuviera prevista cuando se celebró el primero o que el primer empresario pueda decidir respecto de la duración de la actividad del trabajador para el segundo empresario.

Es cierto que el propio TJCE señaló que no se trata de una lista cerrada y que habrá que atenderse siempre a las circunstancias concretas del caso de autos, pero ello nunca puede hacer olvidar que la operación que propone la Corte comunitaria tiene un objetivo muy concreto: verificar que pese a que el trabajador hubiera celebrado un segundo contrato de trabajo con un nuevo empleador. Dicho de otro modo, lo que persigue el TJCE es identificar aquellos casos en los que la primera relación laboral inicial incide en el contenido o, incluso, en la propia existencia de la segunda, tal y como sucede en los supuestos de movilidad geográfica de trabajadores dentro de un grupo de empresas (vide sobre estos supuestos: JUÁREZ PÉREZ, P., *Las relaciones laborales en los grupos internacionales de sociedades*, Granada, 2002, p. 98; PALAO MORENO, G., *Los grupos de empresas multinacionales y el contrato individual de trabajo*, Valencia, 2000, pp. 189-190 y 229-231). Sólo en estos casos estaría justificado no ofrecer en sede de CJU un tratamiento diferenciado para cada contrato y resultaría admisible que el primer empresario fuera emplazado ante los Tribunales competentes para conocer de la reclamación laboral frente al segundo.

Pues bien, no es ésta, desde luego, la situación que se plantea en el caso que analizamos. La referencia al «interés» del primer empresario en la ejecución de la prestación realizada por el segundo debe entenderse únicamente en los términos expuestos y no, como parece entender el TSJ, como un simple interés económico derivado de las eventuales ganancias que pudieran obtenerse del traspaso del jugador a un tercer equipo. Es indiscutible que existe una relación entre los dos equipos y que la cantidad reclamada deriva de ese acuerdo, pero se trata de un contrato de cesión definitiva del jugador cuya celebración significa la automática rescisión de la primera relación laboral y que, en consecuencia, no tiene intención alguna de mantener la

coexistencia de ésta con la segunda. La relación entre los dos equipos no justifica el recurso al foro especial en materia de relaciones individuales de trabajo sino únicamente, lo acabamos de ver, la activación del foro de la pluralidad de demandados.

Más aún, tampoco resulta admisible el argumento expuesto por el TSJ, según el cual resulta necesario, en aras a compensar la asimetría existente en el contrato, permitir al futbolista litigar en España al no residir ya en Italia en el momento de interponer la demanda. Este dato resulta absolutamente irrelevante. El jugador interpone su demanda en reclamación de una cantidad que él hace derivar de su relación contractual con sus dos primeros equipos. El hecho de que en el momento de acudir a los Tribunales desempeñe su actividad laboral para un tercer club en un lugar diferente no debe tener repercusión alguna a la hora de aplicar las reglas de CJI. Lo contrario supondría abandonar en manos del actor (por muy parte *débil* que sea) la determinación del Tribunal competente, algo que choca frontalmente con la lógica de previsibilidad que inspira tanto al CB como al R. 44/2001.

Iván HEREDIA CERVANTES

2006-4-Pr

**COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL TRIBUNALES ESPAÑOLES.—Atribución de guarda y custodia de menor hijo de pareja de hecho. Falta de competencia judicial internacional de los Tribunales españoles. No residencia habitual del menor en España. Calificación procesal de la pretensión: protección de menores. Sumisión tácita: inexistencia.**

Precepto aplicado: artículo 22.3.º.2 LOPJ.

[Auto AP Salamanca núm. 87/2005 (Sección 1.ª), de 30 noviembre. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Ramón González Clavijo]

F.: *Aranzadi (Westlaw)*, AC 2005/2334.

**Nota:** 1. Doña Mariana, nacional de Costa Rica y con residencia habitual en España, formula demanda ante el JPI de Béjar contra su pareja de hecho, D. Augusto, solicitando la guarda y custodia del hijo menor de ambos. El demandado es nacional español residente en Costa Rica y el menor parece residir también en Costa Rica junto a su padre. Existe una sentencia anterior dictada por los Tribunales costarricenses en la que se decide la suspensión de la patria potestad de la demandante. El demandado contesta al fondo de la demanda planteando con carácter previo la falta de competencia judicial internacional de nuestros Tribunales. El JPI se abstiene de conocer de la demanda apreciando la falta de competencia judicial internacional de los Tribunales españoles. La demandante formula recurso de apelación alegando error en la valoración de la prueba relativa al lugar de la residencia habitual del hijo e incorrecta aplicación de los artículos 22.1 y 22.3 de la LOPJ. La AP de Salamanca confirma la decisión apelada, resolviendo la cuestión sustantiva de competencia judicial internacional planteada (FJ 2.º) «copiando» la mayor parte del FJ 3.º de la SAP de Lleida de 10 de febrero de 2003, en su consideración de que se trataban de «supuestos idénticos».

2. La decisión objeto del presente comentario resuelve un sencillo problema de competencia judicial internacional que tiene la virtualidad de suscitar distintas cuestiones que afectan a la aplicación del sistema español de competencia judicial internacional en su dimensión procesal y sustantiva. Aunque la solución adoptada en ambas instancias en términos de resultado

sea correcta, sin embargo, ninguna de ellas puede erigirse como ejemplo de aplicación técnica y precisa del vigente DIPr. español.

3. Previamente al análisis de las cuestiones que suscita el asunto, han de realizarse dos observaciones que demuestran el estado de nuestra jurisprudencia en sede de competencia judicial internacional. En primer lugar, positivamente, ambas decisiones sintonizan con el cambio operado en la jurisprudencia española en la aplicación del sistema, en el sentido que la falta de competencia judicial internacional de nuestros Tribunales es considerada como un resultado normal en su aplicación. La abstención por falta de competencia judicial internacional no supone *in casu* una denegación de la tutela judicial efectiva, en tanto la demandante tiene la opción de obtener dicha tutela en otro Ordenamiento jurídico [vide ARENAS GARCÍA, R., «Falta e impugnación de la competencia judicial internacional en la LEC (2000)», *AEDIPr.*, t. 1, 2001, p. 192]. En segundo lugar, negativamente, el Auto del JPI, cuando tras apreciar la falta de competencia judicial internacional de nuestros Tribunales, añade que «corresponde conocer del asunto a los Tribunales de Costa Rica» vuelve a poner de relieve la falta de comprensión por parte de nuestros Tribunales de la naturaleza atributiva de las normas de competencia judicial internacional de origen autónomo. La bilateralización de las normas de competencia judicial internacional de origen interno, aparte de constituir un razonamiento jurídico incorrecto, conduce a un resultado totalmente inútil, pues el Tribunal extranjero designado no queda vinculado por tal mandato.

4. Pasando ya al primer conjunto de problemas que plantea el supuesto, las decisiones ponen de relieve dos cuestiones que se refieren al régimen procesal de verificación de la competencia judicial internacional existente en nuestro Ordenamiento jurídico tras la entrada en vigor de la LEC 1/2000.

En primer lugar, en la decisión de instancia se observa una incorrecta interpretación y aplicación del modelo. Una incorrecta interpretación en cuanto que en todo momento, habiendo comparecido el demandado e impugnado la competencia judicial internacional, la Juzgadora, en la línea que parece haberse instaurado en nuestra práctica judicial, asume y reitera incorrectamente «un principio de control de oficio en cualquier circunstancia», cuando es sabido que la LEC 1/2000 adopta como sistema de base un «modelo de abstención de oficio» (vide ARENAS GARCÍA, R., «Falta e impugnación...», *op. cit.*, pp. 155-199] o, en términos más explícitos, un principio de control de oficio «restringido» a los supuestos de abstención contemplados en el artículo 36. 2 (vide FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, 3.<sup>a</sup> ed., Civitas, 2004, p. 101). También se aprecia una incorrecta aplicación pues en ningún momento se denuncia que la forma en que el demandado había impugnado la competencia judicial internacional era absolutamente incorrecta, siendo el único cauce procesal oportuno la declinatoria internacional prevista en el artículo 39 LEC (vide ARENAS GARCÍA, R., «Falta e impugnación...», *op. cit.*, pp. 189-190). No es baladí insistir sobre la base del sistema elegido por la LEC, pues su deformación jurisprudencial en un sistema de verificación de oficio puede producir resultados perversos [como la práctica de los Juzgados de Instancia de abstención de oficio antes de dar traslado de la demanda al demandado [vide ARENAS GARCÍA, R., «Nota al AAP de Lugo (Sección 1.<sup>a</sup>), de 16 de enero de 2004», *REDI*, vol. LVII (2005), 1, pp. 333-336].

La segunda cuestión que plantea la decisión en el marco procesal del sistema español de verificación de la competencia judicial internacional surge por la forma que adopta la resolución de la AP de Salamanca al resolver el recurso de apelación. En este caso en concreto la Audiencia se equivocó al dictar la forma de Auto y la resolución desestimatoria del recurso debió haber adoptado la forma de Sentencia. La Audiencia al elegir la forma de auto impidió a la apelante poder formular recurso extraordinario por infracción procesal, cuando al tratarse de una decisión que confirma la incompetencia de los Tribunales españoles, poniendo fin al procedimiento, debe ser susceptible de tal recurso (art. 469. 1 LEC 2000). La cuestión es comple-

ja, como se refleja en el ATS de 30 de diciembre de 2002 (*Aranzadi Westlaw*, JUR 2003/15912), debido a las deficiencias de la LEC en materia de recursos y a la problemática derivada del régimen transitorio previsto en el mismo cuerpo legal [vide nota de ARENAS GARCÍA, R., *REDI*, vol. LV (2003), 1, pp. 368-375]. Teniendo en cuenta, no obstante, que las decisiones que niegan la competencia judicial internacional poniendo fin al procedimiento pueden ser objeto de recurso de apelación o extraordinario por infracción procesal y que el régimen provisional de tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal (Disp. Final Decimosexta LEC), en tanto no se atribuya la competencia para conocer del mismo a los TSJS, queda limitado sólo a las resoluciones susceptibles de casación *ex* artículo 477 LEC 2000, si la resolución hubiera adoptado la forma de Sentencia sería susceptible de incluirse en el artículo 477.2 LEC, pero al haber adoptado la de Auto en caso alguno podrá ser objeto de dicho recurso.

5. Centrándonos ya en el problema sustantivo de la competencia judicial internacional de los Tribunales españoles para conocer de la pretensión, la primera tarea que debió ser abordada en ambas instancias, y no se llevó a cabo, fue la identificación normativa. En este proceso, todavía frecuentemente olvidado en la práctica judicial del DIPr, debió insertarse la concreción de la cuestionada residencia habitual del menor a efectos de, en un primer momento, descartar la aplicación del Reglamento (CE) 2201/2003, de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y responsabilidad parental («Bruselas II bis»). Debió advertirse que el supuesto de hecho caía dentro de su ámbito de aplicación temporal (la demanda se interpuso en primera instancia con posterioridad al 1 de marzo de 2005), material (la acción queda materialmente cubierta por «Bruselas II bis» gracias a su ensanchamiento material respecto de su predecesor, Reglamento 1347/2000), y por tanto, la concreción de la residencia habitual del menor en uno o en otro país se erigía en elemento determinante a efectos de la aplicación espacial del sistema de competencia previsto en los artículos 8, 9, 10 y 11 del «Reglamento Bruselas II bis», que exige la residencia habitual del menor en un Estado miembro para su aplicación [vide FONT I SEGURA, A., «El progresivo avance del Derecho comunitario en materia de familia: un viaje inconcluso de Bruselas II a Bruselas II bis», *REDI*, vol. LVI (2004), 1, pp. 285-286].

En ambas instancias se llevó a cabo una correcta concreción de la cuestionada residencia habitual del menor, pues aunque técnicamente sea algo floja, hay que tener en cuenta dos datos para apreciar la labor judicial: en primer lugar, en términos procesales, en el momento de la verificación de la competencia judicial internacional la prueba sobre los hechos relevantes para la determinación de la misma se lleva a cabo a partir no de pruebas plenas, sino a través de «principios de prueba» (vide ARENAS GARCÍA, R., «Falta e impugnación...», *op. cit.*, p. 195), y en este caso existían además documentos contradictorios; en segundo lugar, en términos sustantivos, la dificultad de concretar el concepto de residencia habitual del menor es enorme, fundamentalmente por la ausencia de una definición específica en el marco comunitario, convencional y español (vide GARCÍA CANO S., *Protección del menor y cooperación internacional entre autoridades*, 2003, pp. 65-67). Acierta por tanto la AP cuando realiza esta concreción teniendo en cuenta las *circunstancias del supuesto* [el menor es de muy corta edad (aproximadamente 2 años) y el *tipo de litigio* [vide ESPINAR VICENTE, J. M., «Residencia habitual (DIPr)», *Enciclopedia Jurídica Básica*, 1995, pp. 5876-5880], y en función de ambos elementos se vale no sólo de datos que tienen cierta trascendencia jurídica (como un certificado de residencia expedido por las autoridades costarricenses o un pasaporte de Costa Rica), sino que concede especial relevancia a los datos médicos que en este caso revelaban con claridad que el menor tenía su centro de vida en Costa Rica (se atiende así al carné de vacunaciones con las sucesivas vacunas, control del peso en las sucesivas curvas de crecimiento, etc.). Resulta afortunada igualmente la apreciación de la Audiencia respecto a la existencia de un empadronamiento transitorio del menor en España pues, conforme a la jurisprudencia del TS, la inscrip-

ción en el padrón municipal es un elemento irrelevante, por sí mismo, para determinar la residencia habitual del menor en nuestro país.

Conforme al *iter* argumental lógico en sede de competencia judicial internacional, y siguiendo lo expuesto respecto a la aplicación del «Reglamento Bruselas II bis», una vez que la residencia habitual del menor se hubiera concretado en Costa Rica, el Tribunal debiera haber descartado la aplicación del citado Reglamento y, seguidamente, también la del Convenio de La Haya de 1961 sobre competencia de las autoridades y la ley aplicable en materia de protección de menores (pues el menor tiene su residencia habitual en un Estado que no es parte del mismo) y, sólo entonces, acudir a los foros de competencia previstos en la normativa autónoma.

6. En el proceso de aplicación de los foros del artículo 22 de la LOPJ por ambas instancias, aparte de concebirse erróneamente de manera jerárquica, se plantean cuestiones sustantivas de distinta relevancia, aunque es necesario recordar que la Audiencia se limitó a reproducir el FJ 3.º de la SAP de Lleida de 10 de febrero de 2003, cuando debió dictar su propia decisión, teniendo en cuenta que el caso de la Audiencia de Lleida estaba condicionado por un previo secuestro internacional de menores, aparte de caer en ámbitos temporales y espaciales distintos. Dado que la SAP de Lleida ya ha sido objeto de extenso comentario en esta Revista al cual me remito [vide FONTANELLAS I MORELL, J. M., *REDI*, vol. LV (2003), 2, pp. 946-953], me limitare a realizar dos reflexiones sobre las principales cuestiones que afectaban a ambos litigios y que son susceptibles de trascender a los supuestos concretos:

1.º) La AP de Lleida afrontó satisfactoriamente la cuestión en torno al concepto de la sumisión tácita del artículo 22.2 LOPJ, descartándolo como foro de competencia judicial internacional. Se adscribió a la tendencia de aplicar los parámetros del CB en detrimento del rigorismo interpretativo de la LEC 1881 o la aplicación analógica del artículo 56 LEC 2000. La AP de Salamanca, en primer lugar, no tuvo porqué entrar a abordar la cuestión, pues la apelante en su recurso sólo invocó la incorrecta aplicación del artículo 22.1 (?) y del 22.3, y no la del 22.2. En segundo lugar, si optó por abordarla pudo completar y no sólo copiar lo expuesto por la AP de Lleida, en cuanto ésta dejaba abierta la interesante cuestión de los límites de la *prorrogatio fori* en nuestro Ordenamiento Jurídico. Efectivamente si, como a continuación veremos, la AP de Salamanca asume la calificación procesal de la AP de Lleida que engloba la pretensión en la categoría de «medidas relativas a la protección de menores», hubiera sido una buena ocasión para que la Audiencia se hubiese pronunciado sobre la admisión/inadmisión de este foro *in casu*. En este punto, la doctrina mayoritaria coincide en descartar su posibilidad, salvaguardando así la directriz material del «interés superior del menor» que inspira el elegido foro de la residencia habitual del menor (vide VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2000, p. 164; CALVO CARAVACA, A. L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *DIPr*, vol. I, 6.ª ed., 2005, p. 133).

2.º) La cuestión principal abordada por la AP de Lleida, como se ha adelantado, fue la «calificación procesal» de la pretensión litigiosa en la categoría de «protección de menores» *versus* la de «relaciones paterno-filiales», a efectos de aplicar el foro tuitivo de la residencia habitual del menor (que no concurría) como fundamento de la falta de competencia judicial internacional de los Tribunales españoles, y descartar así los amplios criterios de competencia previstos en materia de relaciones paterno-filiales. De este modo se alineaba así la Audiencia a una parte de la doctrina que entiende que en los litigios surgidos tras las rupturas familiares las soluciones que se adopten en relación a los menores implicados deben estar incardinadas, en general, en el ámbito de la protección de menores, y en sede de competencia judicial internacional en el artículo 22.3.2 (vide FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *op. cit.*, p. 317). La AP de Salamanca al reiterar dicha argumentación sólo tiene el valor de contribuir a asentar la práctica entre nuestros Tribunales de declinar su competencia en los litigios relativos a guarda y custodia cuando el menor no tenga su residencia habitual en España sobre la base

del artículo 22.3.2, y es precisamente en este punto donde debe hacerse una llamada de atención, pues se trata de una materia en donde debe huírse de cualquier automatismo. Efectivamente, en el litigio que nos ocupa el razonamiento jurídico aplicado del Tribunal fue correcto dada la simplicidad de la *litis*, sin embargo hay que tener en cuenta que la mayoría de los pleitos en los que se ventilan cuestiones relativas a los derechos de custodia y visita de los menores son jurídicamente mucho más complejos, insertándose en litigios relativos a crisis matrimoniales y acompañadas en ocasiones de un secuestro internacional del menor susceptible de alterar ficticiamente la residencia habitual del menor [vide ARENAS GARCÍA, R., «Observaciones a la SAP de Barcelona de 1 de abril de 2003», *AEDIPr.*, t. IV (2004), pp. 956-959]. En definitiva, considero que la calificación procesal de las pretensiones relativas a custodia y visita que se ventilen ante nuestros Tribunales en la categoría de medidas de protección del menor, con la consecuente subsunción en el artículo 22.3.2, no debe asentarse en la práctica judicial de una manera automática, sino que el previo proceso de calificación procesal de la *causa petendi* ha de llevarse a cabo *in casu* atendiendo a las particulares del supuesto de hecho. No debe cerrarse, especialmente, la posible subsunción de tales pretensiones en la categoría de «relaciones paterno-filiales», no sólo porque la cuestión sigue siendo discutida [vide a favor de dicha adscripción en atención a su especialidad frente a la categoría más general de las medidas protectoras, VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *op. cit.*, pp. 163 y 169; MOYA ESCUDERO, M., *Aspectos internacionales del derecho de visita de los menores*, 1998, p. 57], sino fundamentalmente porque la exigencia de realizar el «valor material del interés superior del menor» así como el respeto al «principio de la tutela judicial efectiva» pueden exigir *in casu* abrir al Tribunal español la posibilidad de entrar a conocer de la *litis* en atención a foros distintos a los de la residencia habitual del menor.

7. En conclusión, el Auto de la AP de Salamanca de 30 de noviembre de 2005 contribuye a asentar en nuestro país la práctica judicial de declinar la competencia judicial internacional de los Tribunales españoles en los litigios relativos a derechos de custodia y visita de menores cuando el menor no tenga su residencia habitual en España *ex* artículo 22.3.2 LOPJ, pero destaca más por las cuestiones que no plantea (como la posible aplicación del «Reglamento Bruselas II bis» o la viabilidad de la *prorrogatio fori* en este tipo de litigios) al haber optado por copiar el fundamento jurídico de otra sentencia bajo la errónea consideración de que se trataban de supuestos idénticos. Por otra parte, la resolución del litigio en ambas instancias también pone de relieve las dificultades de adaptación de nuestros Tribunales al nuevo sistema de impugnación y verificación de la competencia judicial internacional previsto en la LEC 1/2000, así como las consecuencias derivadas del régimen transitorio previsto en el mismo cuerpo legal.

Sandra GARCÍA CANO

2006-5-Pr

**COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.—Promesa de premio. No existe celebración de contrato. Ausencia de contrato de consumo a efectos de la competencia. Existencia de obligación contractual en el marco del artículo 5.1.º Reg. 44/2001. Sumisión tácita del demandado. Ausencia de vulneración del Derecho comunitario.**

Preceptos aplicados: artículo 10 CE; artículos 15 y 5.1.º del Reglamento 44/2001.

[Sentencia TJCE (Sala 1.ª) Kapferer, de 16 de marzo de 2006. Asunto C-234/04. Ponente: Excma. Sra. N. Colneric.]

F.: <http://www.curia.eu.int/jurispr>

**Nota:** 1. En el año 2000, la Sra. Kapferer recibió en su domicilio de Hall en Tirol (Austria) una carta mediante la cual la empresa de venta por correspondencia Schlank & Schick GmbH, domiciliada en Alemania, le informaba de que tenía un premio en metálico a su disposición. Al poco tiempo, le fue enviado un formulario de pedido y una notificación en cuyo dorso se le indicaba la cantidad correspondiente, depositada en la entidad «Credit International», y las condiciones para obtenerla, entre las cuales figuraba la necesidad de realizar un pedido sin compromiso. En vista de ello, la Sra. Kapferer decidió devolver firmado el formulario de pedido, admitiendo tener conocimiento de las condiciones de participación junto con el cupón emitido a su nombre, sin que haya sido posible probar en juicio si en ese momento efectuó pedido alguno. En cualquier caso, el 27 de noviembre de 2002, la Sra. Kapferer demanda el pago del premio a la empresa alemana ante el *Bezirkgericht* de Hall sobre la base del artículo 5.j) de la ley austríaca de defensa de los consumidores. La empresa demandada planteó a su vez declinatoria por entender que no se había celebrado ningún contrato y, por tanto, no eran de aplicación los artículos 15 y 16 del Reglamento 44/2001. El Juez de Primera Instancia no apreció la excepción y entró a decidir sobre el fondo, aunque desestimando las pretensiones de la demandante, por lo que ésta apeló ante el *Landgericht* de Innsbruck. El Tribunal de apelación, ante la duda sobre la correcta actuación del Juez de Primera Instancia declarándose competente, decidió dirigir diversas cuestiones al Tribunal de Justicia, que se pueden resumir en dos: si debe interpretarse el principio de cooperación establecido en el artículo 10 CE en el sentido de que también un órgano jurisdiccional nacional está obligado, con arreglo a los requisitos expuestos en la Sentencia TJCE *Kühne & Heitz* [de 13 de enero de 2004, As. C-453/00 (*Rec. p. I-837*)] a examinar de nuevo y anular una decisión judicial firme cuando se pone de manifiesto que ha vulnerado el Derecho comunitario; y si el presente supuesto supone un contrato de consumo a los efectos del artículo 15 del Reg. 44/2001. Por razón de los límites de la extensión de este comentario y de interés para el Derecho internacional privado, dedicaremos más espacio a la segunda de las cuestiones planteadas.

2. El TJCE en su sentencia se ha limitado a contestar de forma negativa a la primera de las preguntas planteadas, sin entrar en el resto, con una leve modificación respecto de la conclusión final apotada por el Abogado General Sr. Tizzano en su informe, para quien el Derecho comunitario «no obliga a un órgano jurisdiccional nacional a examinar de nuevo y anular una decisión judicial *que ha adquirido fuerza de cosa juzgada* cuando se ponga de manifiesto que dicha decisión había vulnerado el Derecho comunitario» (cursivas nuestras) aunque la solución es, en esencia, la misma. Los dos puntos esenciales de la argumentación del Abogado General en sus conclusiones, que reiteran jurisprudencia comunitaria en este mismo sentido, son, en primer lugar, la idea de que la fuerza de cosa juzgada de las decisiones judiciales es necesaria para «garantizar tanto la estabilidad del Derecho y de las relaciones jurídicas como la buena administración de justicia» [Sentencia TJCE *Reynier*, de 9 de junio de 1964, As. 79/63 y 82/63 (*Rec. p. 511*)], principio que define de manera esencial a las resoluciones judiciales, por lo que es necesario que no puedan impugnarse. Ciertamente, existe algún caso en que este principio se ve excepcionado, como sucede con la modificación de resoluciones judiciales. Pero ello se debe a la presencia de un elemento típico, el cambio de circunstancias, que imposibilita la adopción de una decisión definitiva, ya que no cabe realizar un pronóstico sobre cierto tipo de relaciones, sujetas a la aparición de nuevos factores que puedan alterar los hechos tenidos en cuenta a la hora de dictar sentencia. Casos modelo son las obligaciones de alimentos o los derechos de custodia. Pero se trata de supuestos específicamente regulados por el Derecho de cada Estado miembro. Por eso parece mejor la referencia a las normas procesales internas de los Estados antes que al efecto de cosa juzgada, como sugería el Abogado General en sus conclusiones, ya que dicha referencia, a falta de un concepto uniforme del principio de cosa juzgada para todos los Estados miembros, podría dar lugar a un nuevo problema. Pero, por otra parte, la redacción finalmente escogida parece también mejor si tenemos en cuenta la

alusión a la Sentencia *Kuhne & Heitz* citada a la que se remiten tanto el Tribunal inquiriente como el Sr. Tizzano en sus conclusiones. En ella, la posibilidad de examinar de nuevo una resolución administrativa se sujeta a ciertos requisitos, entre los que se encuentra el hecho de que según su ordenamiento nacional, el órgano disponga de la facultad de reconsiderar la resolución. Independientemente de que tal circunstancia no concurra en el presente caso (lo que supone por otro lado un nuevo argumento general a favor del fallo), la solución finalmente adoptada parece más compatible con esta jurisprudencia, en la medida en que la remisión a las normas procesales internas permite incluir también dicho requisito, en contra de lo que podría suceder con la mera referencia al concepto de cosa juzgada. Por su parte, algún autor, buscando un equilibrio adecuado entre la primacía del Derecho comunitario y la necesidad de respeto a la eficacia de cosa juzgada de las resoluciones judiciales ha propugnado «la institución de un proceso similar a la casación ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de manera que este órgano pueda anular las sentencias que contengan vulneraciones manifiestas de Derecho comunitario». (NIEVA FENOLL, J., «Comentario a la STJCE Kapferer», en prensa al momento de escribir estas líneas).

3. En cualquier caso, como hace notar el Abogado General en sus conclusiones, la Sentencia TJCE *Kuhne & Heitz* no puede trasladarse al caso que nos ocupa, no sólo por lo inadecuado de su transposición desde el ámbito administrativo, del que procede, al civil; sino porque, aun admitiendo que ello fuera posible, los requisitos exigidos en aquélla no se cumplen en el presente caso, comenzando, como se acaba de exponer, por la ausencia de mandato de revisión en el Derecho interno austríaco, pues según la Ley de Enjuiciamiento Civil austríaca, una decisión judicial que ha adquirido fuerza de cosa juzgada sólo puede ser objeto de revisión cuando una de las partes i) lo haya solicitado y ii) alegue nuevos hechos o nuevas pruebas, tal y como han confirmado las alegaciones del Gobierno austríaco en el presente asunto. El segundo y tercer requisitos exigidos no parecen ser extrapolables al caso de autos, ya que se refieren, por un lado, a que la resolución esté basada en una interpretación del Derecho comunitario que, a la vista de una jurisprudencia del TJCE posterior a ella, sea errónea y que se haya adoptado sin someter la cuestión ante el Tribunal de Justicia, con carácter prejudicial, conforme a los requisitos previstos en el artículo 234 CE, apartado 3: como señala el Sr. Tizzano, no parece que «en la época en la que se presentó la presente petición de decisión prejudicial este Tribunal hubiera ya acogido una interpretación del artículo 15 o de cualquier otra disposición pertinente del Reglamento núm. 44/2001 que pudiera cuestionar la adoptada por el juez austríaco de Primera Instancia» [Conclusiones Sentencia *Kapferer*, pár. 32, con referencia a la Sentencia *Engler*, de 20 de enero de 2005, as. C-27/02 (*Rec. p. I-481*)]; y, por otro lado, se indica que la resolución judicial debe haber adquirido firmeza a raíz de una sentencia de un órgano jurisdiccional nacional que resuelva en última instancia, y aquí, la decisión de primera instancia de que se trata no ha adquirido firmeza en virtud de una sentencia de un órgano jurisdiccional nacional dictada en última instancia, sino por no haber sido impugnada en los plazos previstos en el Derecho austríaco. En último lugar, ninguna de las partes presentes en el litigio principal ha pedido la revisión o anulación de la sentencia, siendo el órgano remitente quien lo solicita, en contra de lo exigido precisamente por la Sentencia *Kuhne & Heitz*. Por todo ello, y en ausencia de mejores argumentos, cabe concluir con el TJCE que no existe motivo que justifique la extensión de la jurisprudencia aludida a este caso.

4. Con todo, parece oportuno también plantearse si la declaración de competencia del Juez de Primera Instancia se llevó a cabo correctamente, en cuyo caso la pregunta planteada al TJCE escondería en realidad un falso problema, ya que no habría habido vulneración del Derecho comunitario ni correspondería, de haber sido el caso, la revisión. Para resolver esto, debemos referirnos a la segunda cuestión planteada por el *Landgericht* austríaco (que, básicamente, se refiere a la naturaleza de la relación jurídica que da origen al litigio) y determinar si entra dentro del ámbito de aplicación del artículo 15 del Reglamento 44/2001, esto es, si se trata de

un contrato de consumo. Aquí, las respuestas difieren según provengan de los gobiernos alemán y austríaco, por una parte, y de la empresa demandada y la Comisión, por otra parte: los primeros responden de manera afirmativa, debido al carácter de especial protección que presentan las normas sobre consumo del Reglamento y que, a su entender, deben interpretarse de manera extensiva; en cambio, para los segundos, al no haberse podido demostrar que se haya realizado pedido alguno, no existe celebración de contrato, lo que es requisito imprescindible para la aplicación de dicho artículo. Esta misma cuestión se ha resuelto ya recientemente por el TJCE en la Sentencia *Engler*, en la cual una consumidora austríaca, basándose en el mismo precepto de su Derecho interno que el aquí alegado, reclama de una empresa alemana de venta por catálogo la entrega de un premio que pensaba le correspondía. El TJCE entendió en tal caso que no era posible considerar incluida la acción judicial en el marco del artículo 13 CB (hoy 15 del Reglamento 44/2001), solución con la que es difícil no concordar de entrada si simplemente se lee el texto del precepto, que exige de forma clara la celebración de un contrato (por todos en España, VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho procesal civil internacional*, Madrid, Civitas, 2000, marg. 138.). Como ha señalado el Abogado General Sr. Jacobs en sus conclusiones a la Sentencia *Engler*, cuando la notificación de un premio está tan íntimamente ligada a la celebración de un contrato por el consumidor (la realización de un pedido) debe ser posible ejercitar la acción judicial ante el Tribunal competente para conocer del contrato, evitándose así una situación en la que varios Tribunales puedan ser competentes para conocer de un mismo contrato [Sentencia TJCE *Gabriel*, de 11 de julio de 2002 (as. C-96/00, *Rec. I*-6367)]; pero este fundamento desaparece cuando, como en el caso *Engler* o en el presente, no se realiza ningún pedido y, por tanto, no existe contrato como tal, ya que la notificación del premio por sí misma no puede crearlo. Y, según ha señalado también el Abogado General Sr. Jacobs, las normas sobre consumo del CB (y ahora en el Reglamento 44) «tienen por finalidad proteger al consumidor, pero no facilitar su enriquecimiento» (pár. 29) por lo que deben ponerse límites a su interpretación (en este sentido, vide KROPHOLLER, J., *Europäisches Zivilprozessrecht*, 8.ª ed., Recht & Wirtschaft, Heidelberg, 2004, artículo 15, marg. 6). Por otra parte, tampoco cabría aquí entender que las modificaciones introducidas en el artículo 15 del Reglamento 44/2001 respecto del original 13 CB hayan alterado sustancialmente este punto, como pretenden los gobiernos alemán y austríaco, pues tales modificaciones se refieren más bien al ámbito de aplicación material de las disposiciones sobre consumo (conclusiones a la Sentencia TJCE *Kapferer*, *cit.*, pár. 54). Por todo ello, es razonable pensar que la acción solicitada no debe quedar cubierta por el artículo 15 del Reglamento 44/2001.

5. De todas formas, aunque no se trate de un contrato de consumo en el sentido del artículo 15, podríamos continuar enfrentados a un falso problema si la competencia se pudiese fundamentar sobre la base de otras normas del Reglamento. Y es que, efectivamente, la ratio del artículo 15 y del artículo 5.1.º son diferentes, por lo que es posible pensar que la falta de un contrato de consumo en el presente caso no imposibilita que podamos encontrarnos ante una relación obligacional subsumible en el marco del artículo 5.1.º del Reglamento. Este artículo, a diferencia de lo que sucede con el 15, no exige la celebración de un contrato, sino que se extiende también a relaciones y compromisos similares a los existentes entre las partes de un contrato, siempre que se pueda determinar «una obligación jurídica libremente consentida por una persona respecto a otra» (conclusiones Sentencia TJCE *Engler*, *cit.*, párs. 45, 50 y 51). En este sentido, lo que cabe preguntarse entonces es si de las actuaciones llevadas a cabo en el asunto que nos ocupa puede derivarse la existencia de una relación subsumible en el marco del 5.1.º. Más concretamente, si la acción que sirve de base a la demanda planteada por la Sra. Kapferer es una obligación contractual, algo que ya fue confirmado por el TJCE en la Sentencia *Engler*. Así, tal y como señaló el Abogado general en dicho asunto, al interpretar el artículo 5.1.º CB, el TJCE no ha estimado que el ámbito de aplicación de dicha disposición deba definirse de forma restringida, sino que la materia contractual incluye las obligaciones volun-

tarias vinculantes (conclusiones a la Sentencia TJCE *Engler*, cit., párs. 38 y 39) Y, en este sentido, parece que todos los argumentos conducen a apreciar que así sucede en el caso que nos ocupa: el propio anuncio de pago puede considerarse una obligación unilateral vinculante, sin que se pueda pensar, como pretende la empresa demandada, que las obligaciones derivadas del compromiso contraído vengán únicamente impuestas por ley. El artículo 5.j) de la Ley austríaca de protección de los consumidores no constituye la obligación, sino que se limita a facilitar la exigencia de su cumplimiento (conclusiones a la Sentencia TJCE *Engler*, cit., pár. 42). Por otra parte, la aceptación del premio, hecho que se produce sin lugar a dudas al reclamarlo judicialmente, presupone la existencia de reciprocidad. Y, en cualquier caso, el preguntarse si este tipo de compromisos dan o no lugar o no a una obligación, continúa siendo materia contractual en el sentido del artículo 5.1.º. Pero, de todas formas, no podemos olvidar que la empresa alemana demandada no reiteró en apelación la declinatoria, por lo cual existe sumisión tácita en el sentido del artículo 24 siendo el Juez entonces competente. Por tanto, hay que concluir que la cuestión planteada al TJCE no era de recibo en ningún caso.

Miguel Ángel MICHINEL ÁLVAREZ

## 2. Proceso con elemento extranjero

2006-6-Pr

**NOTIFICACIONES Y TRASLADOS DE DOCUMENTOS JUDICIALES.—Notificación a través de organismos. Notificación por correo. Relaciones entre las formas de transmisión y de notificación. Prioridad. Plazo para recurrir en apelación.**

Preceptos aplicados: Artículos 4 a 11 y 14 del Reglamento (CE) núm. 1348/2000, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil.

**[Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Sala 3.ª, de 9 de febrero de 2006, As. C-473/04, Plumex c. Young Sports NV. Ponente: Excmo. Sr. D. J. Malenovský.]**

F.: Aranzadi (*Westlaw*), TJCE 2006/39.

**Nota:** 1. La notificación de documentos judiciales en el extranjero es una cuestión ligada al principio *lex fori regit processum*, pero en la que la necesidad de asistencia judicial internacional obliga al establecimiento de convenios internacionales, como el Convenio relativo a la notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o comercial, hecho en La Haya el 15 de noviembre de 1965, que ha servido de inspiración al Reglamento (CE) núm. 1348/2000. Estos instrumentos internacionales no pretenden alterar la regla mencionada, según la cual la validez y eficacia de la notificación vienen determinadas por la ley del Estado de origen (vide STJCE 3 de julio de 1990, As. C-305/88, *Lancray c. Peters*, punto 29, y entre la doctrina, CAPATINA, O., «L'entraide judiciaire internationale en matière civile et commerciale», *R. des C.*, t. 179, 1983-I, pp. 303-412, pp. 332-335; MARCHAL ESCALONA, N., *Garantías procesales y notificación internacional*, Granada, 2001, pp. 160-165). Sin embargo, la práctica de la notificación en el extranjero exige, en función de la modalidad empleada, acudir a autoridades extranjeras que, a su vez, actuarán de acuerdo con su ley procesal, por lo que puede ser preciso atender también a la *lex loci executionis*, así como a los instrumentos internacionales que vinculen a ambos Estados (vide sobre el procedimiento de notificación

internacional, FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. Y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, 3.<sup>a</sup> ed., Madrid, 2004, pp.; VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho procesal civil internacional*, Madrid, 2000, pp. 311-331). El Reglamento núm. 1348/2000 no puede ni pretende armonizar el Derecho autónomo en esta materia, pero, dentro de los límites de la competencia legislativa de la Unión Europea, introduce garantías dirigidas a asegurar el principio del contradictorio. La decisión del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante, TJCE), de 9 de febrero de 2006, aborda la relación entre las modalidades de notificación previstas o admitidas por el mencionado Reglamento (2), así como la cuestión de la fecha a partir de la cual ha de empezar a computar el plazo cuando la notificación se ha practicado conforme a dos modalidades (3). En el supuesto de hecho *Plumex*, sociedad portuguesa con domicilio social en Portugal, fue notificada de la decisión pronunciada en su contra en Bélgica tanto a través de organismos como por correo. Presentado recurso de apelación, se desestima porque el Tribunal entiende que ha precluido el plazo para su interposición; el Tribunal toma en consideración a efectos de cómputo la notificación practicada en primer lugar, la practicada por correo.

2. La notificación de documentos judiciales en el extranjero ha de ser realizada en una forma tal, que permita al demandado conocer efectivamente del acto que se le notifica con tiempo suficiente para que pueda organizar su defensa (sobre los principios que han de regir la notificación internacional, vide MARCHAL ESCALONA, N., *op. cit.*, pp. 100-106). Del principio de regularidad dependen tanto la efectividad de la notificación como su temporalidad, por cuanto se garantiza al demandado un plazo en el cual organizar su defensa. El Reglamento núm. 1348/2000, siguiendo el ejemplo del CLH 1965, regula las distintas modalidades de notificación de documentos en el extranjero, en particular la notificación a través de organismos, que cuenta con un extenso desarrollo (arts. 4 a 11), frente al simple reconocimiento de la existencia de otras modalidades. Esta diferencia de tratamiento legislativo sirve de apoyo a la primera cuestión prejudicial planteada en *Plumex*, la de si existe una relación jerárquica entre la notificación a través de organismos y la notificación por correo, en otras palabras, si la primera es preferente respecto a la segunda.

Este planteamiento no es novedoso, sino que el carácter subsidiario de la notificación por correo respecto de la realizada a través de organismos ya ha sido planteado en el marco del CLH 1965. La notificación por correo presenta menos garantías para el demandado que otras formas de comunicación, por lo que el CLH 1965 permite reservar la aplicación de su artículo 10.a), donde se regula, a la vista de que muchos Estados no la reconocen como modalidad de notificación. El problema se plantea respecto de aquellos países que no han utilizado esa reserva, pero prohíben la notificación por correo en su territorio. En este contexto, existe jurisprudencia estadounidense que se decanta por el carácter subsidiario de la notificación por correo, dependiente de otra modalidad, si bien otro sector descarta la existencia de una relación jerárquica entre modalidades de notificación en el CLH 1965 [vide. sobre ambas posiciones y sus argumentos, MARCHAL ESCALONA, N., *op. cit.*, pp. 198-202, quien utiliza los criterios lógico-sistemático (la notificación por correo se inserta entre otras modalidades) y teleológico (se trata de dar conocimiento al destinatario para lo cual se prevén varias vías) para inclinarse por su consideración de forma principal]. Las menores garantías que ofrece la notificación por correo han evitado que se convirtiera en la forma ordinaria de comunicación entre las autoridades de los Estados miembros, pero el artículo 14 Reglamento núm. 1348/2000 ya no permite a los Estados miembros reservarse su aplicación, si bien pueden establecer condiciones de realización, de las que dependerá la validez de la comunicación así practicada.

En este contexto, los criterios de interpretación literal y teleológico del Reglamento núm. 1348/2000 guían la respuesta del TJCE a la cuestión de si existe relación jerárquica entre modalidades de notificación: en el Reglamento no se encuentra disposición ni indicación alguna de que la intención legislativa hubiera sido establecer una relación jerárquica entre las modali-

dades de notificación. Es más y como termina de concluir el TJCE, «tanto del espíritu como de la finalidad del Reglamento se desprende que éste pretende garantizar el cumplimiento efectivo de las notificaciones y de los traslados de los documentos judiciales, si bien respetando los intereses legítimos de sus destinatarios. Pues bien, si todas las formas de notificación previstas en el Reglamento pueden garantizar, en principio, el respeto de tales intereses, debe existir la posibilidad, habida cuenta de la mencionada finalidad, de recurrir a la forma de notificación, o incluso simultáneamente a dos o más formas, que resulten las más oportunas o las más apropiadas, a la vista de las circunstancias del caso» (vide STJCE 9 de febrero de 2006, punto 21). De hecho, habida cuenta los problemas que puede suscitar una notificación por correo, se aconseja que se intente de acuerdo con otra modalidad (vide LINKE, H., «Europäisches Zustellungsrecht», *ERA-Forum*, 2005, pp. 205-223, pp. 209-210, p. 212), pero ello no es óbice para que la realizada por correo sea regular y, por tanto, eficaz.

3. Una vez descartada la existencia de una relación jerárquica entre ambas modalidades de notificación, la respuesta a la segunda cuestión prejudicial, a qué notificación atender a efectos de cómputo de plazos, se alcanza a través del criterio de interpretación lógico-sistemático: si la notificación ha sido regular, con independencia de la manera en que ha sido practicada, atender a efectos de cómputo de plazo a la fecha en que se considera eficaz «no atenta en modo alguno contra los intereses del destinatario de un documento judicial en la medida en que la primera notificación válida le permite tener un conocimiento efectivo de tal documento y disponer de un plazo de tiempo suficiente para recurrir a los Tribunales» (vide STJCE de 9 de febrero de 2006, punto 32). Esta respuesta se desprende de la plena equiparación entre modalidades de notificación; sin embargo, esta interpretación autónoma recibe objeciones, por cuanto se entiende que es una cuestión de Derecho nacional decidir a qué notificación atender a efectos de cómputo del plazo. El TJCE descarta la interpretación por remisión, precisamente porque no deja de ser la consecuencia de la primera cuestión prejudicial, de las relaciones entre las distintas formas de notificar previstas por el Reglamento núm. 1348/2000 (vide STJCE de 9 de febrero de 2006, punto 26). Lo que sí depende del Derecho autónomo es la fecha a partir de la que una notificación se considera eficaz.

El principio de efectividad de la notificación concentra las grandes diferencias en Derecho comparado, concretamente, en torno a tres grandes sistemas [sobre los mismos, vide. CARELLA, G., «La disciplina delle notificazioni e comunicazioni intracomunitarie: dalla cooperazione intergovernativa all'integrazione europea?», *Diritto internazionale privato e diritto comunitario* (PICONE, P., Ed.), Padua, 2004, pp. 125-162, pp. 128-129; CAMPEIS, G. Y DE PAULI, A., *La procedura civile internazionale*, Padua, 1996, pp. 227-229; CAPATINA, O., *loc. cit.*, pp. 350-353; MARCHAL ESCALONA, N., *op. cit.*, pp. 9-11]. La notificación *au parquet*, propia de países como Francia, Bélgica o Italia, es la más característica, por cuanto considera que la notificación es eficaz, una vez que se han realizado en el Estado de origen las formalidades correspondientes. De este modo, evita la incertidumbre para el proceso pendiente del resultado de la notificación; es decir, una cosa es la efectividad de la notificación, que se produce en el Estado de origen, y otra su perfección, la transmisión internacional del acto a notificar, que se produce en el Estado de destino, pero que ya no incide en el tratamiento del rebelde: con independencia de que se perfeccione o no, de que llegue o no a conocimiento del demandado, la notificación es efectiva y, si no comparece, será tratado como un rebelde, lo que, obviamente, tiene importantes consecuencias para la audiencia y contradicción (vide CAPATINA, O., *loc. cit.*, p. 353). En cambio, de acuerdo con el modelo germánico, su eficacia depende de que el demandado haya recibido el acto de notificación. Entre ambos sistemas, el modelo anglosajón se caracteriza por los amplios poderes con que cuenta el órgano jurisdiccional para decidir, en cada caso, cuál es el mejor método para notificar al demandado.

El Reglamento núm. 1348/2000 no ha procedido a armonizar la fecha a partir de la cual puede el demandado ejercitar su derecho de defensa, atendida la base competencial conforme

a la que fue dictado (criticando estos límites, vide. CARELLA, G., *loc. cit.*, pp. 156-157). Pero tanto el CLH 1965 como el Reglamento núm. 1348/2000 introducen cautelas para evitar las divergencias y, en particular, la ficción que implica el sistema *au parquet*, como la obligación judicial de suspender el procedimiento en tanto no se acredite que el demandado ha recibido correctamente la notificación (arts. 15 CLH 1965/19 Reglamento núm. 1348/2000). Esta suspensión sirve a la buena administración de justicia, ya que la notificación garantiza principios jurídico-naturales del proceso, la dualidad de partes, la audiencia y contradicción, y la igualdad de armas procesales (vide sobre esta clasificación, BERZOSA FRANCO, V., «Principios del proceso», *Justicia*, 1992, pp. 553-620, pp. 553-560), sin los cuales no existe el *processus iudicii*. Pero no armonizan la fecha a partir de la cual es eficaz la notificación regular, es decir, la fecha a partir de la cual comienza el cómputo de los plazos y que, además, va a servir para medir el principio de temporalidad. Por ello, aun cuando existen pronunciamientos del TJCE de los que se desprende que mide si el demandado ha tenido tiempo para defenderse a partir de la notificación en forma regular (vide STJCE 16.6.1981, As. 166/80, *Kloms c. Michel*, punto 21), es decir, a partir de que el demandado ha recibido la notificación, ello sólo sirve a calibrar si ha habido indefensión material, pero no implica la armonización de la fecha de inicio del cómputo en los distintos Estados miembros. Este razonamiento sí es útil, en cambio, para justificar el que, en caso de acumulación de notificaciones, se atienda a la primera realizada en forma regular (vide STJCE de 9 de febrero de 2006, punto 31).

El artículo 9 Reglamento núm. 1348/2000 podría inducir a pensar que, efectivamente, se ha producido la armonización y depende de la ley del Estado requerido determinar el momento de inicio del cómputo (vide sobre la interpretación de este precepto, MARCHAL ESCALONA, N., *op. cit.*, pp. 279-285; ídem, «La fecha y el idioma en la notificación internacional: perspectivas de futuro», *AEDIPr.*, t. 0, 2000, pp. 299-309, pp. 300-303), o, directamente, fija el inicio del cómputo en la entrega de la notificación (vide CARELLA, G., *loc. cit.*, p. 142, para la que se trata de una norma material uniforme). Ahora bien, este precepto limita su ámbito de aplicación a la Sección 1.<sup>a</sup> del citado Reglamento, en tanto que la notificación por correo se regula en su Sección 2.<sup>a</sup> y a ésta se aplica la ley del Estado requirente en tanto que ley rectora del proceso en el que se ordena la notificación. En el supuesto de hecho, la ley aplicada es la belga, para la que rige el sistema *au parquet*, de manera que el cómputo del plazo comienza en el momento mismo en que se entrega en correos la cédula de emplazamiento. La aplicación de esta ley no es objeto de cuestión prejudicial alguna: de acuerdo con el Derecho portugués, artículos 1.1 y 1.3 del Decreto-Ley núm. 121/1976, de 11 de febrero, la notificación de decisiones no exige aviso de recepción, pero sí registro postal, porque las notificaciones así practicadas se presumen hechas en el tercer día posterior al del registro o en el primer día útil siguiente a ese, cuando no lo sea, produciendo efectos anteriores. Aplicando estas reglas al caso concreto, el plazo hubiera vencido el día 15 de diciembre, de manera que, aun aplicando la ley del Estado requerido, el plazo había precluido.

Laura CARBALLO PIÑEIRO

2006-7-Pr

**NOTIFICACIONES Y TRASLADOS DE DOCUMENTOS JUDICIALES.—Resolución por la que se otorga la ejecución de una resolución judicial dictada en otro Estado contratante. Notificación inexistente o irregular. Conocimiento extraprocesal. Plazo para recurrir.**

*REDI*, vol. LVIII (2006), 1

Preceptos aplicados: Artículos 26, 27.2, 31, 34, 35, 36 y 40.1 del Convenio relativo a la competencia judicial, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil, hecho en Bruselas el 27 de septiembre de 1968.

**[Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, 2.<sup>a</sup>, de 16 de febrero de 2006, As. C-3/05, Gaetano Verdoliva c. J. M. Van der Hoeven BV, Banco di Sardegna, San Paolo IMI SpA. Ponente: Excmo. Sr. D. J. Klučka.]**

F.: Aranzadi (Westlaw), TJCE 2006/42.

**Nota:** 1. La indefensión derivada de una incorrecta notificación de la cédula de emplazamiento o documento equivalente es la causa más alegada a la hora de objetar el reconocimiento de una decisión extranjera. Sorprendentemente, la decisión del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante, TJCE), de 16 de febrero de 2006, no discute sobre el artículo 27.2 del Convenio relativo a la competencia judicial, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil, hecho en Bruselas el 27 de septiembre de 1968 (en adelante, CB), sino sobre su artículo 36, aunque la doctrina del TJCE a propósito del mencionado motivo de denegación del reconocimiento juega un papel decisivo en la respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas. En el supuesto de hecho el Sr. Verdoliva había sido condenado por un Tribunal belga a pagar a Van der Hoeven una cantidad, cuya ejecución se intenta en Italia. A estos efectos, se inicia el procedimiento de exequátur ante la Corte d'appello de Cagliari, que declara la ejecutividad de la decisión. Intentada la notificación de la resolución de exequátur en el domicilio del deudor, ésta resulta infructuosa por cuanto se hace constar en el acta de notificación que, a pesar de que sigue censado en Capoterra (Italia), se había mudado a otro lugar hacía más de un año, sin que conste el nuevo domicilio. La segunda notificación se realiza de acuerdo con lo prescrito en el artículo 143 del *Código di procedura civile* italiano, por lo que el agente judicial deposita una copia del acta en el Ayuntamiento de Capoterra y coloca una segunda copia en su propio tablón de anuncios. Como el Sr. Verdoliva no presenta recurso dentro del plazo de 30 días contado a partir de dicha notificación, la declaración de ejecutividad de la decisión belga se convierte en firme y Van der Hoeven insta ejecución, interviniendo en el proceso que ya habían iniciado frente a él el *Banco di Sardegna* y *San Paolo IMI SpA*.

El Sr. Verdoliva se opone a la ejecución alegando, de una parte, que no le había sido notificada la resolución de exequátur, de otra, que esa resolución no había sido depositada en el Ayuntamiento de Capoterra, como alega el acta de notificación, falsa en consecuencia. La oposición a la ejecución es desestimada por el Tribunale civile di Cagliari, para el que ha prescrito: el artículo 650 del *Código di procedura civile* italiano permite que se interponga extemporáneamente si el recurrente demuestra que no ha tenido conocimiento en tiempo oportuno de la resolución de exequátur como consecuencia de una notificación irregular; pero el mismo precepto dispone como plazo máximo para hacer valer la irregularidad de la notificación y la oposición a la ejecución, diez días contados a partir del primer acto de ejecución que permitió al condenado conocer de la referida resolución de exequátur. Frente a esta decisión, el ejecutado plantea recurso de apelación, añadiendo a lo ya alegado que la notificación realizada conforme al artículo 143 de la Ley rituarial italiana era nula, por cuanto el agente judicial no realizó las indagaciones necesarias para verificar si el destinatario se encontraba efectivamente en paradero desconocido, indagaciones que, por tanto, no constan en el acta de notificación, tal y como exige la *Corte Suprema di Cassazione* italiana. Es el Tribunal de apelación el que decide plantear tres cuestiones prejudiciales ante el TJCE, reconduciéndose todas ellas a una sola, la de si el hecho de que la parte frente a la que se solicita el reconocimiento ha tenido conocimiento de la resolución de exequátur, a pesar de que la notificación ha sido irregular, basta para que corra el plazo previsto en el artículo 36 CB.

La respuesta a esta cuestión se enmarca en la doctrina sentada por el TJCE a propósito del artículo 27.2 CB (2), sin que quede claro si el Alto Tribunal es consciente del vuelco que en la misma ha producido el cambio en el tenor de su precepto homólogo, el artículo 34.2 del Reglamento núm. 44/2001, de 29 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil (3).

2. El artículo 36 CB se limita a señalar que «si se otorgare la ejecución, la parte contra la cual se hubiere solicitado podrá interponer recurso contra la resolución dentro del mes siguiente a la fecha de su notificación», plazo que se amplía si tuviere su domicilio en Estado distinto de dónde se plantea el exequátur. Pero no establece un concepto de notificación ni impone requisitos específicos de cómo se ha de practicar ésta, por lo que este precepto ha de ser interpretado a la luz del sistema y objetivos del CB. Sobre esta notificación, al igual que sobre la cédula de emplazamiento, pesa el derecho de defensa de la parte frente a la que solicita el exequátur, por cuanto es la que le permite interponer el recurso en el que se va a discutir de los motivos de denegación del reconocimiento, recurso al que se traslada el contradictorio en el exequátur (vide sobre la importancia de esta notificación, Conclusiones de la Abogado General Sra. J. KOKOTT, presentadas el 24 de noviembre de 2005, margs. 38-47. Vide sobre el procedimiento de exequátur en Derecho europeo, OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., «El reconocimiento en el «Sistema Bruselas I»: del Convenio de Bruselas de 1968 al Reglamento 44/2001», *REDI*, 2003, pp. 717-744, pássim, en esp. pp. 734-744. Desde otra perspectiva, GARAU SOBRIÑO, F. F., «La declaración de ejecutividad automática. ¿Hacia una nueva teoría general del exequátur?», *AEDIPr.*, t. IV, 2004, pp. 91-116). Como el CB busca facilitar la libre circulación de decisiones, pero no a costa del derecho de defensa, introduce sucesivos controles de la regularidad de la notificación. La notificación ha de ajustarse a una forma (principio de regularidad), que permita al demandado conocer efectivamente el acto que se le notifica (principio de efectividad) en tiempo oportuno (principio de temporalidad) y con el menor coste posible (principio de eficiencia) (vide MARCHAL ESCALONA, N., *Garantías procesales y notificación internacional*, Granada, 2001, pp. 100-106). Esta forma permite, de una parte, presumir que el demandado ha tenido conocimiento efectivo, de otra parte, iniciar el cómputo de los plazos dentro de los cuales tiene que ejercitar su derecho de defensa. Por ello, se establece un primer control en sede de admisión de la demanda (art. 20 CB): si el demandado no comparece, ha de suspenderse el proceso para comprobar que ha sido correctamente notificado y que ha tenido suficiente para defenderse; en otras palabras, que su ausencia es voluntaria.

Como el control de la regularidad de la notificación se practica cuando es internacional, pero no interna, se introduce un segundo control en sede de reconocimiento, donde también ha de controlarse que la notificación ha sido regular (BORRÁS RODRÍGUEZ, A., «La sentencia dictada en rebeldía: notificación y exequátur en el Convenio de Bruselas», *RIE*, 1991, pp. 39-60, pp. 45-46), de manera que se desarrolla la presunción de que, si la notificación es inexistente o irregular, se ha producido indefensión: «el reconocimiento en un Estado contratante de una resolución dictada en rebeldía del demandado en otro Estado contratante deberá denegarse cuando la cédula de emplazamiento no haya sido entregada o notificada al demandado de forma regular, aun cuando posteriormente éste haya tenido conocimiento de la resolución recaída y no haya utilizado los medios de impugnación disponibles» (vide STJCE de 16 de febrero de 2006, punto 29). La importancia de este control viene acentuado por el hecho de que la notificación regular permite establecer con exactitud la fecha de inicio del cómputo de los plazos para recurrir y ello sirve, no sólo a respetar el principio de temporalidad del que depende el derecho de defensa del demandado, sino también el interés en una buena administración de justicia, expresado en este caso en el interés en facilitar la libre circulación de decisiones, para lo que se establece un procedimiento de exequátur con plazos perentorios para la parte frente a la que se solicita el exequátur (vide STJCE 16 de febrero de 2006, puntos 34 y 35). De todo ello, el TJCE concluye que reglas de convalidación como la prescrita en el artículo 650

del *Código di procedura civile* se oponen al efecto útil del CB, del cual se desprende que la resolución de exequátur ha de ser objeto de notificación regular con arreglo a las normas procesales del Estado donde se sigue el proceso (vide CAPATINA, O., «L'entraide judiciaire internationale en matière civile et commerciale», *R. des C.*, t. 179, 1983-I, pp. 303-412, pp. 332-335; MARCHAL ESCALONA, N., *loc. cit.*, pp. 160-165).

3. *Verdoliva* se inserta en la doctrina del TJCE que exacerba el principio de regularidad, a la luz del tenor del artículo 27.2 CB. Directamente preguntado en *Minalment c. Brandeis* (STJCE de 12 de noviembre de 1992, As. C-123/91), el TJCE contesta, tal y como reproduce en *Verdoliva*, que el vicio en la notificación de la demanda no se sana, aunque el demandado hubiera tenido conocimiento posteriormente de la resolución recaída y no hubiera utilizado los medios de impugnación disponibles con arreglo al Derecho procesal del Estado de origen. En *Hendrikman c. Magenta* (STJCE de 10 de octubre de 1996, As. C-78/95), el TJCE pone también el acento en el efecto útil del CB, para insistir en que el control de la regularidad es otro motivo de denegación del reconocimiento que se acumula a la temporalidad de la notificación; es decir, si el demandado no ha sido correctamente notificado, no importa que hubiera tenido tiempo de defenderse, la decisión ha de denegarse. En el supuesto de hecho que subyace a esta decisión, el demandado había tenido la oportunidad de recurrir la sentencia definitiva, que sí fue correctamente notificada, pero no lo hizo, manteniéndose en rebeldía.

Sin embargo, el legislador comunitario, advertido de los abusos a que podía dar lugar una interpretación de este tipo, ha relativizado el control de la regularidad [vide. sobre la discusión que motivó el cambio de redacción, BORRÁS RODRÍGUEZ, A., *loc. cit.*, pp. 54-59; CARRASCOA GONZÁLEZ, J., «Art. 27» (CALVO CARAVACA, A. L., ed.), *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Madrid, 1995, pp. 478-498, pp. 486-487; RAUSCHER, TH., *Strikter Beklagenschutz durch Art. 27 Nr. 2 EuGVÜ*, *IPRax*, 1991, pp. 155-159, pp. 155-159; SCHUMACHER, K., «Zustellung nach Art. 27 EuGVÜ», *IPRax*, 1985, pp. 265-268, pp. 265-268; VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho procesal civil internacional*, Madrid, 2000, pp. 465-466]. El artículo 34.2 Reglamento núm. 44/2001 puntualiza que no se reconocerán las decisiones «cuando se dictaren en rebeldía del demandado, si no se hubiere entregado al mismo la cédula de emplazamiento o documento equivalente de forma tal y con tiempo suficiente para que pudiera defenderse, a menos que no hubiere recurrido contra dicha resolución cuando hubiere podido hacerlo» [vide sobre este cambio, CARELLA, G., «La disciplina delle notificazioni e comunicazioni intracomunitarie: dalla cooperazione intergovernativa all'integrazione europea?» (PICONE, P., Ed.), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Padua, 2004, pp. 125-162, p. 160; FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, 3.<sup>a</sup> ed., Madrid, 2004, p. 219; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *El título ejecutivo europeo*, Navarra, 2006, pp. 28-33; JIMÉNEZ BLANCO, P., «La redacción errónea del artículo 34.2) de la versión española del Reglamento (CE) 44/2001, relativo a la competencia judicial internacional, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil», *REDI*, 2001, pp. 742-745, pp. 744-745; MERLIN, E., «Riconoscimento ed esecutività della decisione straniera nel Regolamento Bruxelles I», *Rivdirproc.*, 2001, pp. 433-461, pp. 438-441; SÁNCHEZ LORENZO, S., «Competencia judicial y reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil: del Convenio de Bruselas al Reglamento Bruselas I» (BORRÁS, A., Dir.), *Cooperación jurídica internacional en materia civil. El convenio de Bruselas, Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 2001, pp. 181-228, pp. 216-217]. Relativiza la presunción de que la notificación irregular equivale a indefensión; sólo si ha producido, efectivamente, indefensión material y, además, el demandado no ha convalidado el defecto en la notificación.

La novedad de este precepto, que se reproduce en otros instrumentos de Derecho comunitario [cfr. artículos 22.b) y 23.c) Reglamento núm. 2201/2003, de 27 de noviembre de 2003,

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; 18 Reglamento (CE) núm. 805/2004, de 21 de abril de 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados], es que impone un deber de diligencia al demandado advertido de la existencia del proceso, del que se deriva que, si permanece inactivo y no denuncia la irregularidad, no puede prevalerse de la irregularidad para impedir el reconocimiento. Ello se opone frontalmente a la doctrina del TJCE aquí reproducida, que no examina el deber de diligencia de la parte frente a la que se solicita el reconocimiento, deber que nace con el conocimiento procesal de la resolución de exequátur a través del acto de ejecución. Trasladada la nueva filosofía al supuesto de hecho que subyace a *Verdoliva*, surgen dudas razonables sobre si la parte frente a la que solicita el exequátur ha cumplido con su deber de denunciar la nulidad procesal cuando conoció, a través del primer acto de ejecución, de la resolución de exequátur; al menos, surgen dudas razonables de que el artículo 650 de la Ley procesal italiana obstaculice el efecto útil del Derecho europeo.

Laura CARBALLO PIÑEIRO

### 3. *Reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras*

2006-8-Pr

**RECONOCIMIENTO SENTENCIA EXTRANJERA.**—Sistema general del artículo 954 LEC de 1881. **Ámbito material: resoluciones dictadas por Tribunales extranjeros en materia civil y mercantil. Resolución dictada en Argentina resolviendo incidente en proceso penal. Contradicción con lo decidido por los Tribunales españoles. No acreditación de la falta de emplazamiento.**

Precepto aplicado: Artículo 954 LEC de 1881.

**[Auto Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 15 de febrero de 2005. Exequátur núm. 121/2002. Ponente: Excmo. Sr. D. Román García Varela.]**

F.: Aranzadi (*Westlaw*), JUR, 2005/95271.

**Nota:** 1. Parafraseando el conocido dicho, podríamos afirmar que lo que mal empieza, mal acaba. En lo forense significaría que un proceso mal planteado acaba por hilvanar un rosario de despropósitos jurídicos. Y esto es lo que, en líneas generales, acabó ocurriendo en el caso al que se refiere la resolución objeto de comentario. Enhebrando ideas sueltas de aquí y de allá del Auto, pueden reconstruirse con mayor o menor fidelidad los hechos que desembocaron en sendos procesos judiciales en Argentina y España. Resumiendo, Ticio inicia ante los Tribunales españoles un procedimiento con el objeto de declarar la inexistencia o nulidad de un acuerdo liquidatorio suscrito entre Cayo y una compañía aseguradora, basándose en la falsedad del poder de representación otorgado por Ticio a favor de Cayo mediante escritura pública suscrita en Buenos Aires en el año 1990. Paralelamente, Ticio interpone en Argentina una querrela criminal contra Cayo por la presunta comisión de un delito de falsificación de documento público en concurso ideal con un delito de estafa. Ticio manifestó ante los Tribunales argentinos que existía un proceso pendiente ante los Tribunales españoles acerca de la declaración de ineficacia del acuerdo de liquidación por falsedad del apoderamiento, alegando que acudía a los Tribunales argentinos a causa de la preclusión de las fases procesales en el procedimiento

español. En febrero de 1997, Ticio obtuvo en Argentina una resolución por la que se resolvía un incidente denominado de redargución y en la que se declaraba falsa e inexistente la escritura pública de apoderamiento de Ticio a favor de Cayo (posteriormente, en 1999 y 2000, se dictarían sentencias en el procedimiento penal de origen). Por lo que se refiere al proceso iniciado en España, Ticio obtuvo resoluciones adversas en todas las instancias (años 1992, 1995 y 1999). Durante la tramitación del proceso ante los órganos jurisdiccionales españoles, éstos no sólo practicaron pruebas acerca de la falsedad e ineficacia de la escritura de apoderamiento, con resultados desfavorables para Ticio, sino que también examinaron a título incidental la concurrencia en la resolución argentina de los presupuestos para su reconocimiento en España, llegando a una conclusión negativa. Finalmente, Ticio solicita al TS el reconocimiento de la resolución argentina de 1997 por la que se resolvía el incidente de redargución y se declaraba la falsedad e inexistencia de la escritura de apoderamiento.

2. De la anterior maraña de procesos y resoluciones judiciales cabe extraer dos ideas básicas. La primera es que la resolución argentina para la que se solicita el exequátur emana de un proceso penal. En segundo lugar, existen hasta tres resoluciones judiciales españolas sobre el tema, que podrían verse afectadas por el reconocimiento de la resolución argentina.

Antes de pasar a comentar estos dos aspectos, me referiré brevemente a algunas afirmaciones remarcables contenidas en el Auto del TS. Dice el Tribunal que con el reconocimiento de la sentencia argentina se trata de «*hacer valer en el foro, ante todo y en primer lugar, el efecto de cosa juzgada que cabe anudar a la resolución extranjera –siempre con el contenido y alcance dispensado por el ordenamiento del Estado de origen, en tanto no sea desconocido por el del foro, y con el límite, claro está, de la adecuación al orden público entendido en sentido internacional–, y después, el efecto prejudicial y de tipicidad que puede derivarse de ella, que supone dotar de eficacia a la declaración de falsedad e inexistencia –en sentido jurídico, se ha de entender– del documento en que se formaliza el acto jurídico del apoderamiento, referida ya no solo a su aspecto extrínseco, sino extensiva también a su aspecto intrínseco*» (FD tercero). La primera frase está reconociendo explícitamente la adscripción del sistema de reconocimiento regulado en el artículo 954 LEC de 1881 a la *teoría de la extensión de los efectos*. En otras palabras, una sentencia extranjera produce en España tras su reconocimiento los efectos que le atribuye el ordenamiento del Estado de origen, y el contenido de dichos efectos es el regulado también por el ordenamiento del país de origen (sobre la teoría de la extensión de los efectos, GARAU SOBRINO, F., *Los efectos de las resoluciones judiciales extranjeras en España*, Madrid, 1992, pp. 30 y ss.). Por lo que respecta a la segunda parte de la cita, tengo ciertas reservas acerca de su significado. Se habla del «efecto prejudicial y de tipicidad», lo que plantea dudas sobre qué entiende el Ponente por dichos efectos. Como además utiliza la conjunción copulativa «y», presumo que se está refiriendo a efectos diferentes, con lo que aumentan mis dudas. ¿Qué es el efecto prejudicial? En el pasado he dedicado tiempo y esfuerzo a estudiar el tema y, a pesar de haber defendido la existencia de hasta cinco efectos derivados del reconocimiento (véase GARAU, F., *op. cit.*) –espero con ello no haberme convertido en el autor del Kamasutra de los efectos del reconocimiento–, ante esta denominación no me atrevo a aventurar si estamos ante el nacimiento de un nuevo efecto o si se trata de un mero *lifting* semántico, pudiendo reconducirlo a alguna de las figuras ya existentes. En cuanto a lo que el Ponente denomina *efecto de tipicidad*, no me parece que tenga cabida en este caso. Con esta denominación se hace referencia a la posibilidad de que una resolución extranjera pueda ser subsumida en el supuesto de una norma para poder aplicar su correspondiente consecuencia jurídica. Así, p.ej., cuando en el artículo 1971 Cc se establece que «el tiempo de la prescripción de las acciones para exigir el cumplimiento de obligaciones declaradas por sentencia, comienza desde que la sentencia quedó firme», el término «sentencia» comprende también las extranjeras, debiendo determinarse si éstas precisan ser reconocidas previamente para aplicar la consecuencia jurídica, esto es, la interrupción de la prescripción (sobre el efecto de tipicidad véase GARAU SOBRI-

NO, F., *op. cit.*, pp. 72 y ss.). Dicho lo cual, y leída la sentencia, no encuentro precepto legal en el que encajar la resolución argentina objeto del reconocimiento, no atreviéndome a aventurar interpretación alguna.

3. Hemos visto que la resolución argentina para la que se solicita el reconocimiento emana de un proceso penal y sus efectos, según se deduce de la documentación aportada, se circunscriben estrictamente al ámbito penal, no constando que sus pronunciamientos deban surtir efectos fuera de dicho ámbito. El TS se acoge a ello para denegar el exequátur, argumentando que tanto el sistema autónomo del artículo 954 LEC de 1881 como el sistema contenido en las normas de origen no interno diseñan exclusivamente un sistema de reconocimiento de resoluciones en materia civil y mercantil. Aun así, concede que también es posible el reconocimiento de los pronunciamientos civiles emanados de procesos penales (véase FD quinto, *in fine*). El TS, tras citar el Reglamento (CE) núm. 44/2001 –relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil– como argumento de autoridad a favor del carácter civil de las resoluciones objeto de reconocimiento (FD cuarto), lo obvia a la hora de apoyar el reconocimiento de los pronunciamientos civiles emanados de procesos penales. Si bien es cierto que esta norma comunitaria limita en principio su ámbito material de aplicación a las materias civiles y mercantiles, no es menos cierto que en ella tienen también cabida los pronunciamientos civiles emanados de procedimientos penales, tal como se desprende de su artículo 1, ap. 1.º, y de su artículo 5, ap. 4.º [así KROPHOLLER, J., *Europäisches Zivilprozessrecht*, 7.ª edic., Heidelberg, 2002, «Artikel 1», núm. 12; en relación con el Convenio de Bruselas, INFORME JENARD SOBRE EL CONVENIO DE BRUSELAS, *DOUE*, C 189, 28 de julio de 1990, p. 130; CALVO CARAVACA, A. L., «Artículo 1», en *íd.* (Ed.), *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Madrid, 1994, núm. 5; expresamente sobre este tipo de pronunciamientos, sentencia TJCE de 21 de abril de 1993, Asunto C-172/91 (Sonntag), *Rec.*, 1993, pp. 1963 y ss., núms. 13 a 29].

4. La existencia de procedimientos simultáneos en distintos procesos de diferentes países generó contradicciones. Ambas instancias examinaron por separado la validez del poder en cuestión, llegando a resultados distintos. Es más, en el Auto del TS se afirma que no sólo en el proceso español se practicaron pruebas sobre los hechos objeto de controversia, llegándose a resultados que no favorecían a la parte solicitante del reconocimiento, sino también que el órgano jurisdiccional español «llevó a cabo el examen incidental de la concurrencia de los presupuestos de homologación de los efectos de la resolución extranjera, análisis tras el que se concluyó que no cabía dotar de eficacia a la decisión foránea por no darse los requisitos a los que se subordina el exequátur» (FD sexto). El problema que plantea la vinculación positiva del efecto de cosa juzgada, por la cual los órganos jurisdiccionales españoles deben pasar por lo decidido en una resolución judicial firme anterior, es el de si el concreto pronunciamiento forma parte de los límites de la cosa juzgada material; en especial, de su límite objetivo, que son los aspectos del objeto u objetos del proceso sobre los que recae. En este sentido, la cosa juzgada comprende las acciones afirmadas por el actor –y también por el demandado en caso de reconvencción–, expresadas en las distintas pretensiones, junto con los elementos que las delimitan (DE LA OLIVA, A., «La cosa juzgada», en DE LA OLIVA, A. y Díez-PICAZO, I., *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, Madrid, sfp, § 48, núm. 38). A ello hay que añadir, simplíficamente, que sólo pueden producir cosa juzgada las resoluciones firmes sobre el fondo (DE LA OLIVA, A., «La cosa juzgada», núms. 20 y ss.). En resumen, en el caso que ahora nos ocupa habría que determinar el carácter del pronunciamiento del juez español. Si, tal como se dice en el Auto, el proceso sustanciado en España tenía por objeto «la declaración de inexistencia o nulidad del poder de representación», parece que lo decidido al respecto produciría cosa juzgada y afectaría directamente a la resolución argentina que se pretendía reconocer posteriormente.

Más discutible es el resultado del examen que se afirma realizó el órgano jurisdiccional español acerca de la concurrencia en la resolución extranjera de los presupuestos del reconocimiento (se me escapa cómo se articuló este examen y qué naturaleza tuvo). Solamente se nos dice que el Tribunal llevó a cabo un «examen incidental», por lo que no estaríamos ante una resolución sobre el fondo sino ante un pronunciamiento sobre una cuestión tratada *incidenter tantum* o a efectos exclusivamente prejudiciales y como antecedente obligado de la sentencia sobre el objeto del proceso. En este caso, el pronunciamiento del órgano jurisdiccional español no produciría cosa juzgada.

Cuestión distinta, aunque relacionada con el efecto de cosa juzgada material, es la denegación del reconocimiento de una resolución extranjera por posible contradicción con una sentencia española anterior. Es éste un motivo de denegación del reconocimiento. Obviamente, si existe una sentencia anterior firme que pudiera entrar en contradicción con la que se pretende ahora reconocer, debe procederse a denegar su reconocimiento, puesto que no pueden existir dos resoluciones válidas con pronunciamientos incompatibles. No es necesario que exista una identidad de objeto entre ambas resoluciones. De este modo, p.ej., puede denegarse el reconocimiento de una resolución extranjera que declara el divorcio entre dos personas, si en España ya se ha dictado entre las mismas personas una sentencia que declara la nulidad de ese matrimonio, puesto que el divorcio presupone un matrimonio válido (véase GARAU SOBRINO, F., *Lecciones de Derecho Procesal Civil Internacional*, Palma de Mallorca, 2003, p. 155). Incluso, en el ámbito del artículo 954 LEC de 1881, cabría denegar el reconocimiento ante una eventual inconciabilidad con una resolución que vaya a dictarse en un procedimiento pendiente ante un Tribunal español. El Auto del TS que ahora comento admite expresamente esta posibilidad: «si la pendencia en el foro de un proceso cuyo objeto se encuentra en relación de conexión con el propio de la resolución por reconocer se erige en un obstáculo para otorgar el exequátur de ésta».

Federico F. GARAU SOBRINO

2006-9-Pr

**COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES.—Solicitud de declaración de ejecutividad. Aplicación del artículo 22.5 del Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo que incorpora el «forum executionis». Recurso ante la AP frente a la decisión del JPI.**

Preceptos aplicados: artículo 22. 1.º LOPJ; artículos 22.5, 23.5, 36 y 39 Reglamento (CE) núm. 44/2001.

**[Auto Audiencia Provincial de Madrid núm. 56/2005 (Sección 11.ª), de 21 de marzo de 2005. Ponente: Ilma. Sra. D.ª Lourdes Ruiz de Gordejuela López.]**

F.: Aranzadi (*Westlaw*), AC 2005/882.

**Nota:** 1. El objeto del recurso planteado ante la AP de Madrid fue la interpretación de la eficacia y alcance de una cláusula de sumisión expresa a los Tribunales ingleses y si dicha sumisión expresa —concebida bajo el amparo del Reglamento 44/2001 como foro exclusivo— entra en conflicto con el foro exclusivo del artículo 22.5 del Reglamento 44/2001. Así se constata en el FD tercero, cuando se afirma que «es indudable que su objeto (del recurso) atañe a la cuestión de competencia internacional y su resolución pasa por la determinación de qué Tribunales son los competentes para conocer de la ejecución de la Orden del Tribunal inglés que homologa el acuerdo transaccional a que llegaron las partes en el litigio que les enfrentaba».

La parte apelante entendía que el Acta de Gravamen Legal que establecía: «Este acta estará sujeta a la Ley inglesa y las partes de la misma se someten irrevocablemente a la jurisdicción de los Tribunales de Inglaterra respecto a todas las controversias que surjan de o en relación con este acta», extendía la competencia a los Tribunales ingleses para conocer de la ejecución de la resolución de forma exclusiva. Por ello, la interpretación de la eficacia y alcance de dicha cláusula de sumisión expresa cobra protagonismo, llegando incluso a ser el objeto principal del recurso. Como se ha mencionado, la cuestión estribaba en determinar si el pacto de sumisión —concebido bajo el amparo del Reglamento 44/2001 como foro exclusivo— entraba en conflicto con el foro exclusivo del artículo 22.5 del Reglamento 44/2001. La AP razona con acierto al afirmar que el juego de la autonomía de la voluntad no puede desvirtuar los foros exclusivos (véase FD segundo: «los contenidos del artículo 22 del R. 44/2001, otorgan la competencia judicial internacional con carácter exclusivo imperativo, aunque las partes hayan pactado la sumisión del litigio, expresa o tácitamente, a favor de otro Estado, careciendo tal pacto de eficacia porque el artículo 16 del Convenio de Bruselas de 7 de septiembre de 1968 que encuentra su análogo en el artículo 22 del Reglamento es imperativo»). Siendo así, los Tribunales españoles hubieran sido competentes en virtud del artículo 22.5 R. 44/2001, dejando sin efecto el pacto de sumisión a los Tribunales de Inglaterra en lo que al proceso de ejecución forzosa de la Orden se refiere. No es que la cláusula atributiva de jurisdicción hubiera quedado sin efectos en su totalidad sino tan sólo en aquellas materias que fueran objeto de competencias exclusivas del artículo 22 R. 44/2001. Al razonamiento de la AP debe añadirse otro argumento de peso: la autonomía de la voluntad solamente es operativa en relación con el proceso principal de declaración, no siendo válida para el posterior proceso de ejecución forzosa ni para su presupuesto: el proceso de exequátur.

La argumentación jurídica del Auto objeto de este comentario versa en todo momento en torno a dicha cuestión pero lo cierto es que, según se deduce de los datos que nos proporciona la resolución de la AP de Madrid, nos encontramos ante un recurso mal fundamentado desde sus inicios, puesto que la competencia de los Tribunales españoles para conocer de una declaración de ejecutividad es basada en un artículo erróneo. La razón no es otra que el desconocimiento de la diferencia entre el *proceso de declaración de ejecutividad* o *exequátur* y el *proceso de ejecución forzosa* de un título ejecutivo. A partir de ahí cabe imaginar lo caótica que resulta la argumentación jurídica que justifica la competencia de los Tribunales españoles.

2. La declaración de ejecutividad es un acto procesal mediante el cual el Estado requerido concede a la resolución extranjera el efecto ejecutivo, convirtiéndola en título ejecutivo. Así, en el caso de que la parte condenada no cumpla voluntariamente lo decidido en el procedimiento extranjero se puede instar a la actividad coactiva del Estado mediante el proceso de ejecución forzosa. Por tanto, la declaración de ejecutividad es presupuesto del proceso de ejecución (véase GARAU SOBRINO, F., *Lecciones de Derecho Procesal Civil Internacional*, Palma de Mallorca, 2003, pp.119 y 120; (VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, J. F., *Derecho Procesal Civil Internacional*, Madrid, 2000, núm. 689).

El R. 44/2001 se ocupa de cada una de estas cuestiones en diferentes preceptos. Así, por un lado, la sección 2.ª, del capítulo III del R. 44/2001, artículos 38 y ss, regula el proceso de declaración de ejecutividad de las resoluciones extranjeras. El artículo 39 determina la competencia objetiva y territorial en dicha materia, de tal forma que, en el caso de se solicitara en España la declaración de ejecutividad de una resolución extranjera, serían competentes los Tribunales de primera instancia del domicilio de la parte contra la que se solicita la ejecución o los Tribunales de primera instancia del lugar de ejecución. Por otro lado, el artículo 22.5 R. 44/2001 se ocupa de la competencia judicial internacional en materia de ejecución de las resoluciones judiciales. Así, establece que los Tribunales del Estado del lugar de la ejecución de una resolución judicial —recordemos que previamente ha sido declarada ejecutiva— son los únicos competentes para proceder a la ejecución forzosa de dicha resolución judicial. Según

el Informe Jenard, el artículo engloba los litigios a los que pueda dar lugar el «recurso a la fuerza, al apremio o a la expropiación de bienes muebles e inmuebles con vistas a garantizar la ejecución material de las resoluciones, de los actos» (INFORME JENARD SOBRE EL CONVENIO DE BRUSELAS, *DOUE*, C 189, 28 de julio de 1990, p. 154). De esta forma, el artículo 22.5 Reglamento 44/2001 funda la competencia judicial internacional para los procedimientos de ejecución forzosa. Por tanto, los procedimientos de declaración de ejecutividad de resoluciones judiciales no están comprendidos en el ámbito del punto 5 del artículo 22, sino en los artículos 38 y ss. del R. 44/2001 (véase KROPHOLLER, J., *Europäisches Zivilprozessrecht*, 7.<sup>a</sup> ed., Heidelberg, 2002, «Artikel 22», núm. 5).

3. Una vez explicada la diferencia entre el proceso de declaración de ejecutividad de las resoluciones judiciales extranjeras y su proceso de ejecución, resulta sencillo entender que el supuesto contemplado en la resolución de la AP de Madrid no dejaba lugar a dudas: lo que se solicitaba ante los Tribunales españoles era la *declaración de ejecutividad* de la resolución dictada por el Alto Tribunal de Justicia de Londres. En ningún caso se estaba solicitando su ejecución forzosa, porque, como hemos visto, para ello era necesaria su previa declaración de ejecutividad. Si bien en el FD primero se deja constancia de que lo que se solicitaba era «el reconocimiento y ejecución de la resolución dictada el 16 de abril de 2002 por el Alto Tribunal de Justicia (Sala de la Cancillería) sito en Londres y autorizara la ejecución de dicha resolución», lo cierto es que el Auto demuestra que ni el JPI ni la AP utilizan tal distinción, de forma que los fundamentos de Derecho, utilizados en ambas instancias, dan a entender que se desconoce la teoría general del exequátur. Dicha confusión explicaría que, para fundamentar la competencia de los Tribunales españoles para lo que en realidad era un proceso de declaración de ejecutividad se apelase al artículo 22.5 R. 44/2001 así como al artículo 22.1.º *in fine* de la LOPJ, que declaran la exclusividad de los Juzgados y Tribunales españoles para la ejecución forzosa de la resolución extranjera, haciendo caso omiso de los artículos 38 y ss del Reglamento.

Como quiera que en el Auto se justifica la competencia de los Tribunales españoles en el artículo 22.5 R. 44/2001, la competencia territorial no puede fundamentarse en el artículo 39 R. 44/2001, tal y como alega la AP (véase FD primero, apartado 3.º). Como se ha mencionado anteriormente, se trata de preceptos que regulan ámbitos diferentes. El apartado 5.º del artículo 22 R. 44/2001 tan sólo fija la competencia judicial internacional, de tal forma que para determinar la competencia interna (objetiva y territorial) se debería acudir a las normas de origen interno del Estado que conoce del asunto –en España, artículo 545 LEC– y no al artículo 39 R. 44/2001, referido al proceso de declaración de ejecutividad o exequátur.

En aras a justificar la confusión, podríamos alegar que parte de culpa la tiene la terminología empleada en la versión oficial española del R. 44/2001, que utiliza el término «ejecución» indistintamente para referirse tanto al proceso de declaración de ejecutividad (arts. 38 y ss. R. 44/2001) como al proceso de ejecución forzosa de las resoluciones judiciales (art. 22.5 R. 44/2001). Aún así, del propio artículo 38 R. 44/2001 se desprende la diferencia entre la declaración de ejecutividad y la ejecución del título ejecutivo, cuando se afirma que «las resoluciones dictadas en un Estado miembro que allí fueran ejecutorias se ejecutarán en otro Estado miembro cuando, a instancia de cualquier parte interesada, se hubiere otorgado su ejecución [es decir, previamente se hubiera declarado ejecutiva] en este último». En este sentido, resultan más esclarecedoras tanto la versión alemana del artículo 38 R. 44/2001 («*Die in einem Mitgliedstaat ergangenen Entscheidungen, die in diesem Staat vollstreckbar sind, werden in einem anderen Mitgliedstaat vollstreckt, wenn sie dort auf Antrag eines Berechtigten für vollstreckbar erklärt worden sind*»), como la versión inglesa («*A judgment given in a Member State and enforceable in that State shall be enforced in another Member State when, on the application of any interested party, it has been declared enforceable there*»). Ambas versiones utilizan un término más apropiado para designar el proceso de declaración de ejecutividad (*vollstrec-*

*kbar erklärt, declared enforceable*). Igualmente, la versión alemana del artículo 22.5 R. 44/2001, utiliza un término más apropiado para designar el proceso de ejecución forzosa de las resoluciones extranjeras (*Zwangsvollstreckung*), a diferencia de la versión española que utiliza el término «ejecución» que, como se ha mencionado, puede llevar a la confusión entre el proceso de declaración de ejecutividad y el proceso de ejecución forzosa.

4. En resumen, el JPI no se hallaba ante un proceso de ejecución dictada por el Alto Tribunal de Justicia de Londres, sino ante un *proceso de declaración de ejecutividad*. No obstante, ni el JPI ni la AP de Madrid dieron importancia a tal distinción. El error de ambas instancias de entender que nos encontrábamos ante un supuesto que caía bajo el ámbito material del artículo 22.5 R. 44/2001, que en materia de ejecución forzosa de las resoluciones judiciales declara la competencia exclusiva de los Tribunales del Estado miembro del lugar de ejecución, llevó a ambas instancias a centrarse exclusivamente en la validez de una cláusula de sumisión a los Tribunales ingleses frente a la competencia de los Tribunales españoles, basada en el artículo 22.5 R. 44/2001. Y si bien el resultado alcanzado es el mismo –esto es, la competencia de los Tribunales españoles, en concreto el JPI núm. 72 de Madrid– no se puede fundar la jurisdicción de los mismos en el artículo 22.5 R. 44/2001. Así, en primer lugar se debería haber determinado la competencia judicial para conocer de la declaración de ejecutividad de la Orden dictada por el Tribunal inglés en virtud del artículo 39 R. 44/2001. Una vez declarada la Orden ejecutiva y ante el impago voluntario de la deuda por parte de la demandada, se debería haber acudido a la actividad coactiva del Estado español, que previamente había declarado su ejecutividad, instando el correspondiente proceso de ejecución forzosa, para el que eran exclusivamente competentes los Tribunales españoles (art. 22.5 R. 44/2001).

Silvia FELIU ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR

2006-10-Pr

**RECONOCIMIENTO Y DECLARACIÓN DE EJECUTIVIDAD SENTENCIA EXTRANJERA.–Solicitud de declaración de ejecutividad. Tramitación procesal del reconocimiento y de la declaración de ejecutividad a través del Reglamento (CE) núm. 44/2001. Recurso ante la AP frente a la decisión del JPI.**

Preceptos aplicados: artículos 32 a 58 Reglamento (CE) núm. 44/2001; Convenio hispano-portugués de 19-11-1997 relativo a la cooperación judicial en materia penal y civil; artículo 85.5 LOPJ.

**[Auto Audiencia Provincial de Vizcaya núm. 218/2005 (Sección 3.ª), de 22 de marzo de 2005. Ponente: Ilma. Sra. D.ª María Concepción Marco Cacho.]**

F.: Aranzadi (*Westlaw*), JUR, 2005/196678.

**Nota:** 1. Cómo se echa en falta en ocasiones que los Tribunales se apliquen la máxima de Baltasar Gracián «lo bueno, si breve, dos veces bueno, y aun lo malo, si breve, no tan malo». Y no es que la Sentencia que ahora comento sea mala. Sencillamente, le sobran dos terceras partes de los argumentos, por reiterativos y superfluos. Así, en el Fundamento de Derecho segundo se reproducen tres resoluciones judiciales con argumentos concurrentes: el Auto de la AP de Vizcaya de 16 de abril de 2002 –transcrito muy extensamente–, el Auto de la AP de Vizcaya de 17 de octubre de 2002 y la resolución de la AP de Barcelona de 5 de octubre de 2004. En todas ellas se resume la tramitación procesal de las solicitudes de exequátur al amparo del Convenio de Bruselas de 1968, relativo a la competencia judicial y a la ejecución

de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, y del Reglamento (CE) núm. 44/2001, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil –debido a la similitud y relación entre ambos textos, las consideraciones relativas al primero son aplicables en gran medida, aunque no totalmente, al Reglamento comunitario–. Tras ello, el Auto objeto de este comentario pasa a exponer su propio resumen del procedimiento a seguir, que no difiere del realizado en las citadas resoluciones (véase el FD tercero). A mi entender, la argumentación de la AP debería haberse reducido a lo contenido en los FFDD tercero a quinto (el sexto ha desaparecido o jamás ha existido), dispensándonos así de tener que leer casi nueve páginas de fundamentación jurídica que no aporta nada nuevo. Cuestión diferente es que la síntesis que la AP realiza del procedimiento de exequátur contenido en el Reglamento 44/2001 es básicamente correcta y puede ser de utilidad para un lector menos avezado en la cuestión, en cuyo caso su lectura es muy recomendable.

2. Como acabo de decir, la síntesis, contenida en el FD tercero, del sistema de exequátur diseñado por el Reglamento 44/2001 es esencialmente correcta, a pesar de ciertos errores menores, alguno de carácter formal. En este sentido, destacaría la timidez del Tribunal cuando afirma que «el reconocimiento se produce de manera *casi* automática, previo mero [*sic*] control formal de los documentos aportados». Sobre el adverbio «casi», pues el reconocimiento es sin ningún género de dudas automático (no me imagino cómo podría producirse el reconocimiento *casi automáticamente*), no quedando ello contradicho por el control de los documentos presentados por la parte solicitante del exequátur. El reconocimiento ya se ha producido de forma automática, extendiéndose los efectos del Estado de origen al resto de países comunitarios, al margen de la presentación o no de los documentos previstos en los artículos 53 y ss. En caso contrario, la sentencia extranjera no podría ser invocada ante los Tribunales del Estado requerido hasta tanto no hubiera sido sometida a un proceso judicial de reconocimiento. En segundo lugar, y posiblemente a causa de la inercia, la Audiencia cita el Reglamento (CE) núm. 1347/2000, obviando que, en la fecha de su resolución, ya había sido sustituido por el nuevo Reglamento (CE) núm. 2201/2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental –ciertamente, hacía solamente veintidós días que este último era aplicable–. Por lo que se refiere a las formalidades que deben revestir las solicitudes de auxilio judicial –tema del que no acabo de comprender por qué es traído a colación, ni siquiera como argumento *a fortiori*–, el Tribunal alude al convenio hispano-portugués de 1997, relativo a la cooperación judicial en materia penal y civil, sin plantearse en ningún momento su eventual colisión con el Reglamento (CE) núm. 1348/2000, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil (véase, en concreto, el art. 20 del Reglamento). Finalmente, el Tribunal no es muy cuidadoso a la hora de citar la jurisprudencia comunitaria adoptada en interpretación del Convenio de Bruselas. Así, en la sentencia de 28 de marzo de 2000 obvia parte de la numeración del caso (asunto C-7/98); existen reiterados errores en la denominación de las partes de las sentencias de 11 de mayo de 2000 y de 10 de octubre de 1996; en relación con esta última las equivocaciones son de mayor entidad, pues obvia el número de asunto (información importante a la hora de localizar la resolución), yerra la fecha (la data el 13 de julio de 1995) y se equivoca en la denominación de las partes.

Dejando a un lado estos errores de menor entidad, existe una cuestión de fondo sobre la que comete una inexactitud de mayor trascendencia. En el FD cuarto se afirma que «ante la oposición manifiestamente articulada de la parte ejecutada sobre la ausencia de los presupuestos establecidos para el despacho de ejecución instando la desestimación de la ejecución debe analizar el Juzgado si la resolución judicial dictada por el Estado miembro cumple a los efectos de su reconocimientos las previsiones establecidas en el artículo 34 y *siendo competente el propio Juzgado de Primera Instancia conforme se establece en el artículo 33.2 que remite al procedimiento de reconocimiento el establecido en las Secciones 2 y 3 del mismo capítulo*

—que regula la ejecución, otorgando competencia al Juzgado de Primera Instancia del domicilio del ejecutado—. La Audiencia equivoca *el contenido y significado* del apartado segundo del artículo 33 del Reglamento 44/2001 cuando cree que en este caso estamos ante el supuesto del artículo 33.2, así como cuando entiende que, en caso de que la parte frente a la que se solicita el exequátur se oponga a su concesión, el JPI es el único competente para examinar la concurrencia de motivos de denegación del reconocimiento.

3. El artículo 33.2 del Reglamento 44/2001 —art. 26, párrafo 2.º, de los Convenios de Bruselas de 1968 y de Lugano de 1988; igualmente, artículo 21.3 del Reglamento 2201/2003 y artículo 10.3 del Convenio hispano-alemán de 1983 sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones y transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva en materia civil y mercantil— regula un procedimiento específico que tiene por objeto *controlar a título principal el reconocimiento*, esto es, comprobar que en la resolución —reconocida automáticamente— concurren los presupuestos del reconocimiento y no existen motivos para su denegación. Desde la perspectiva del ordenamiento español, este precepto crea —pues no existe en nuestras normas de origen interno— un *procedimiento declarativo del reconocimiento* pensado básicamente para las resoluciones emanadas de acciones no susceptibles de ejecución —meramente declarativas y constitutivas— [véase, en relación con el Convenio de Bruselas, GARAU SOBRINO, F., «Artículo 26», en CALVO CARAVACA, A. L. (Ed.), *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Madrid, 1994, núm. 13]. Al tratarse de una acción meramente declarativa cuyo objeto es controlar las condiciones del reconocimiento, la sentencia que pone fin al proceso produce cosa juzgada, impidiendo que vuelva a discutirse nuevamente en el Estado requerido acerca de la concurrencia o no en la resolución extranjera de las condiciones del reconocimiento. Ello representa una indudable ventaja frente al control del reconocimiento realizado con carácter incidental (art. 33.3 del Reglamento 44/2001, artículo 26, párrafo 3.º, de los convenios de Bruselas y de Lugano; igualmente, artículo 21.4 del Reglamento 2201/2003, artículo 10.2 del Convenio hispano-alemán) o del control realizado con motivo de la solicitud de la declaración de ejecutividad. En estos dos últimos casos las resoluciones del Tribunal del exequátur acerca del cumplimiento de las condiciones del reconocimiento no producen cosa juzgada, no vinculando su decisión en litigios posteriores, puesto que no es una resolución sobre el fondo, sino sobre una cuestión procesal enjuiciada *incidenter tantum* (véase GARAU SOBRINO, F., *Lecciones de Derecho Procesal Civil Internacional*, Palma de Mallorca, 2003, pp. 146 y 147).

Cuando en la versión oficial en español del artículo 33.2 del Reglamento 44/2001 se dice «en caso de oposición», estamos ante una dudosa traducción copiada de las versiones en lengua francesa («*en cas de contestation*») e italiana («*in caso di contestazione*»). Las versiones oficiales en lengua inglesa y alemana, mucho más precisas, obvian dicho inciso: «planteándose a título principal en un proceso la cuestión de si debe reconocerse una resolución» («*Bildet die Frage, ob eine Entscheidung anzuerkennen ist, als solche den Gegenstand eines Streites*»); «*Any interested party who raises the recognition of a judgment as the principal issue in a dispute*»). Por tanto, el sentido del precepto no es que exista oposición al reconocimiento, sino que *se planteen dudas sobre si en la resolución concurren las condiciones del reconocimiento* (así Informe Jenard sobre el Convenio de Bruselas, DOUE, C189, 28 de julio de 1990, p. 160).

Está *legitimado activamente* para plantear el proceso declarativo del reconocimiento la parte interesada en obtenerlo («cualquier parte interesada que invocare el reconocimiento»), tratándose de una *solicitud positiva de reconocimiento*. Queda así descartada la petición de denegación del reconocimiento, que solamente será posible si el ordenamiento interno del Estado requerido la prevé —p.ej., el artículo 256 de la ZPO (Ley Procesal Civil alemana) regula una acción negativa— (véase INFORME JENARD, pp. 160 y 161). En principio, poseen legitimación las partes del proceso originario, aunque no se descarta que también puedan instar el

proceso las personas que les hayan sucedido o, incluso, terceros (así KROPHOLLER, J., *Europäisches Zivilprozessrecht*, 7.<sup>a</sup> ed., Heidelberg, 2002, «Artikel 33», núm. 3).

La acción declarativa del artículo 33.2 deberá desarrollarse según los trámites procedimentales establecidos en los artículos 38 y ss.; esto es, por el procedimiento previsto para la solicitud de declaración de ejecutividad. Ahora bien, en la medida en que ambos procesos tienen funciones diferentes, habrá que adaptar ciertas disposiciones a la acción regulada en el artículo 33.2 (en relación con el Convenio de Bruselas, GARAU SOBRINO, F., «Artículo 26», núm. 15). De este modo, la *competencia territorial* establecida en el artículo 39.2 habrá que entenderla modificada en favor del lugar del domicilio de la parte que solicita la acción declarativa y, en su defecto, por el lugar donde se localicen los intereses de la declaración de reconocimiento (si éstos se sitúan en varios sitios, el solicitante podrá elegir). En relación con los *plazos para la interposición del recurso frente a la decisión del JPI por la que se verifica negativamente el reconocimiento* de la resolución extranjera, su presentación debería quedar sometida al plazo de un mes, previsto únicamente para los casos en que se concede la declaración de ejecutividad (decisión positiva del JPI) (art. 43.5). De este modo, se evitaría la inseguridad que puede provocar en las partes a las que afecta la resolución extranjera el que el Reglamento no establezca plazo cuando el JPI deniega el exequátur, dejando al arbitrio exclusivo del solicitante la interposición del recurso en cualquier momento. Por lo que respecta al *examen de las condiciones del reconocimiento*, hay que tener en cuenta lo dispuesto en los artículos 41 y 45.1, en el sentido de que la determinación de la existencia de motivos de denegación del reconocimiento solamente podrá realizarse durante la tramitación del recurso ante la Audiencia Provincial (igualmente KROPHOLLER, J., «Artikel 33», *op. cit.*, núm. 9).

4. En resumen, de entrada no estamos ante un supuesto de proceso declarativo del reconocimiento del artículo 33.2 del Reglamento sino ante una simple solicitud de declaración de ejecutividad, que fue concedida por el JPI y posteriormente apelada ante la Audiencia por la parte frente a la que se solicitó. En segundo lugar, la AP de Vizcaya podría haber entrado a examinar la existencia de motivos de denegación del reconocimiento y la concurrencia de los presupuestos del reconocimiento, recogidos en los artículos 34 y 35 del Reglamento, en virtud del mandato que le impone expresamente el artículo 45.1. Su error, al malinterpretar el artículo 33.2 y entender que estaba ante un supuesto regulado en dicho precepto, le llevó después a tener que realizar una pirueta con doble salto mortal, forzando el texto del Reglamento, con el objeto de asumir la competencia para examinar las condiciones del reconocimiento. Así hay que entender el inciso final del FD cuarto, donde se afirma que «si bien en este sentido el recurso planteado por el apelante debía ser estimado, *entiende esta Sala que por mor de los principios de seguridad jurídica y economía procesal, el análisis en cuanto al fondo de si procede el reconocimiento, se efectuará por este Tribunal*».

Federico F. GARAU SOBRINO

## II. DERECHO CIVIL INTERNACIONAL

### 1. Protección de menores

2006-11-Pr

**DERECHO DE LOS MENORES A MANTENER CONTACTOS CON SUS PADRES. Establecimiento de un derecho de visita. Convenio de la Haya de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores: artículo 21. Idoneidad del instrumento**

**internacional para la regulación *ex novo* del derecho de visita. Competencia judicial internacional de los Tribunales españoles.**

Preceptos aplicados: Artículos 1.b), 5.b), 7.f) y 21 del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Artículo 22 LOPJ.

**[Sentencia Audiencia Provincial de Madrid núm. 323/2005 (Sección 24.<sup>a</sup>), de 25 de abril. Ponente: Ilma. Sra. D.<sup>a</sup> María José de la Vega Llanes.]**

F.: Aranzadi (*Westlaw*), JUR 2005/157727.

**Nota:** 1. Hace ahora veinte años vi mi mis primeras reflexiones sobre un tema de DIPr impresas en la Revista Poder Judicial [«Secuestro internacional de menores («legal kidnapping») y cooperación internacional: la posición española ante el problema», *Poder Judicial*, 2.<sup>a</sup> época, núm. 4, 1986, pp. 9-32]. Aspectos de intendencia, que nunca llegué a averiguar, hicieron que aquel trabajo sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores apareciese mutilado en referencias bibliográficas y jurisprudenciales que engordaban el pie de página quizá más allá de lo recomendable. No obstante, las ideas fundamentales quedaron reflejadas en el texto, dando una impresión un tanto escéptica y quizá radical en torno a las ¿virtudes? de la normativa internacional estudiada. Escepticismo y radicalidad que se correspondían con la realidad. El tiempo se encargó de mostrarme cómo el Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, de 25 de octubre de 1980 llegó a ser un «convenio estrella» en todos los aspectos: desde el número de Estados que se obligaron por sus soluciones, hasta la riquísima problemática que ha deparado en todos ellos. España no ha sido una excepción y son conocidos los problemas planteados por la ausencia de desarrollo normativo del Convenio, en un principio, y por la normativa de desarrollo del Convenio (arts. 1901 y siguientes de la LEC 1881) con posterioridad. Incluso el Tribunal Constitucional se ha hecho cargo de la tutela del derecho a la tutela judicial en un caso directamente vinculado con la aplicación del Convenio (STC 120/2002, de 20 de mayo, que comento en «Desplazamiento internacional de menores, procedimiento de retorno y tutela judicial efectiva», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 16, 2002, pp. 41-63).

Esta histórica introducción no es sino el prólogo a la ratificación sobre alguna de mis conclusiones de entonces y al saludo de la Sentencia comentada que incide indirectamente en una parte sustancial de aquéllas. Me manifesté en contra de mecanismos que trataban de dar solución a un problema cuando ya se había producido; un mecanismo que contemplaba el traslado ilícito *ex post*, cuando a mi juicio la adopción de medidas *ex ante* debía presidir todo nuevo intento de reglamentación del problema. Veinte años después (y sin duda no como consecuencia de mis denuncias), la Conferencia de La Haya trabaja (por fin) sobre «medidas de prevención» (resultado de la Comisión Especial de 2002; un «Document of reference» puede consultarse en [www.hcch.net/ftpDOC/prevmeas\\_backf.doc](http://www.hcch.net/ftpDOC/prevmeas_backf.doc)), aunque, desgraciadamente a mi juicio, dichas medidas se sitúan en el plano de la disuasión, sin abordar la eliminación de la causa o las causas de los desplazamientos (quizá dentro de otros veinte años...); mas no es este el problema que me interesa ahora. La Conferencia de La Haya trabaja, también por fin, en el tema de la organización de los derechos de visita y de mantener un contacto transfronterizo entre padres e hijos [vide Documento preliminar núm. 5 (julio de 2002) que incorpora el Informe Final «El derecho de visita – Derecho a tener un contacto transfronterizo y el Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores», realizado por W. Duncan, Secretario General adjunto, que puede consultarse en versión española en la página de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado]. Veinte años atrás denuncié lo cutre del Convenio de La Haya con este tema (¡un solo ar-

título sobre el derecho de visita!, el 21) y puse de manifiesto cómo actuar de forma satisfactoria sobre el derecho de visita podría evitar el desplazamiento ilícito. El miedo a no ver más, o no ver lo suficiente, a la persona querida es un motivo más que entendible (no lo estoy justificando) de actitudes como las que conducen al secuestro.

2. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 25 de abril de 2005 se centra en la organización de un derecho de visita solicitado a través de la Autoridad Central por el progenitor (parece que residente en el extranjero) que no posee la guarda de su hijo residente en España; aplica ese islote en el entramado del Convenio de La Haya constituido por el artículo 21; y lo hace de manera saludable. Digo saludable desde una perspectiva que fundamento en mis anteriores consideraciones, ajeno a las concretas vicisitudes procesales que el texto que manejo me escamotea. Y digo saludable, también, dentro de un panorama comparado en el que la interpretación del artículo 21 del Convenio dista de ser pacífica y, en un buen número de casos, ocupa en la mente de los jueces la importancia residual que tiene en el convenio. Porque lo cierto es que la Audiencia rechaza la tesis del Juzgado según la cual el Convenio de La Haya citado sólo sería operativo para la adopción de medidas oportunas para la efectividad del régimen de visita establecido por una decisión extranjera y no cuando se pidiese a título principal (pro futuro) el establecimiento de dicho régimen. Y lo hace sobre la base de los objetivos del Convenio, que sitúa tanto en el retorno del menor desplazado, cuanto en la efectividad del derecho de visita. Porque, y esto vuelvo a recalcarlo, una correcta y adecuada articulación de un derecho de visita efectivo es el mejor ungüento contra el desplazamiento ilícito.

Es verdad, por no ser crítico con la sentencia de instancia, que el tema no está claro. Ya lo he adelantado al referirme muy sucintamente a la práctica comparada. Un somero repaso a las 19 decisiones que, a 17 de mayo de 2006, aparecen recogidas bajo la rúbrica del derecho de visita en la base de datos *incadat* (gestionada por la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado: [www.indadat.com](http://www.indadat.com)), muestra un panorama desolador, desde la perspectiva de lo que cada jurisdicción estatal entiende y resuelve; es decir, cada Estado parte tiene su propia concepción de las posibilidades que abre (o que no abre) el susodicho artículo 21 del Convenio. Y en algunos casos la solución que se da es parecida a la que dio la sentencia de instancia: que el régimen del Convenio se ha de limitar a la adopción de las medidas oportunas para la efectividad de un régimen ya establecido (por ejemplo, *Family Court of Australia at Sydney*, 17 de marzo de 2000) en el extranjero (por ejemplo, *Unites States District Court for the Eastern District of Pennsylvania*, de 15 de diciembre de 1998 y *Unites States District Court for the Northern District of Illinois, Eastern Division*, de 22 de noviembre de 2000, rechazaron la ejecución de las medidas ya adoptadas, pero por Tribunales americanos). El particularismo en torno al tema es la nota dominante, aunque se percibe una cierta tendencia a asentar la idea de que el artículo 21 del Convenio no es base legal apropiada para una demanda tendente al establecimiento de un derecho de visita [Tribunales de los Estados Unidos de Norteamérica, ingleses y alemanes inciden en esta idea: una cierta apertura se ve, sin embargo, en *Court of Appeal* (Inglaterra) de 28 de julio de 2005]; se encuentran también casos en los que se niega la aplicación del precepto en ausencia de un desplazamiento o retención ilícitas (citadas sentencias americanas, por ejemplo); pero también se encuentran casos en los que el Convenio ha sido aplicado y se ha procedido a una «modificación» del régimen de visitas establecido por la sentencia extranjera [*High Court at Auckland* (Nueva Zelanda) de 6 de octubre de 1995; o *Family Court of Australia at Brisbane*, de 13 de julio de 1999]; en los que la sentencia extranjera sobre regulación del derecho de visita ha sido directamente reconocida sin el procedimiento previo de exequátur por el hecho de fundamentarse en el artículo 21 del Convenio [*Arrondissement judiciaire I Courterlary-Moutier-La Neuveville* (Suiza) de 11 de octubre de 1999]; casos en los que el desarrollo normativo interno permite el acogimiento de demandas de modificación de las medidas adoptadas relativas al derecho de visita o, simplemente, demandas tendentes a la organización totalmente distinta de tal derecho (en Escocia, *Outer House of the Court of Ses-*

sion, de 3 de marzo de 1999, ratificada por *Extra División, Inner House of the Court of Session*, de 6 de julio de 1999); y casos, en fin, como el resuelto por la Audiencia Provincial de Madrid: la Sent. del Tribunal civil regional de Graz (Austria) de 25 de mayo de 1988, estableció que el artículo 21 del Convenio imponía a las Autoridades centrales la cooperación para permitir la ejecución o el ejercicio del derecho de visita, tanto en los casos en los que el derecho de visita hubiera sido previamente acordado, cuanto en los que no se viese aún reconocido, revocando la sentencia de instancia que no consideraba aplicable el Convenio en este segundo caso (un caso paralelo a este y también al español, pero con resultado contrario es el de la *Full Court of the Family Court of Australia at Adelaide*, de 16 de mayo de 1997, según la cual el Convenio no permitiría a la Autoridad Central solicitar el establecimiento de un derecho de visita).

3. La decisión comentada viene pues a sumarse a las minoritarias en la práctica judicial comparada que consideran que los mecanismos del Convenio son perfectamente adecuados para que, al margen o con independencia de un desplazamiento ilícito, la cooperación a través de las Autoridades Centrales pueda determinar el establecimiento directo de un régimen de visitas que garantice el derecho de los menores a tener contactos con sus padres. La sentencia se alinea con el Auto de la Aud. Prov. de Barcelona (Sección 12) de 4 de diciembre de 2001 (*Aranzadi Westlaw*, AC 2002/857) que resolvió un caso parecido en un sentido muy similar. Y creo que esta visión minoritaria es realmente más respetuosa con lo que debe ser la finalidad última del Convenio. No obstante, precisa de alguna matización.

En primer lugar, aunque no creo que existan impedimentos para que se utilice el mecanismo convencional, lo cierto es que el artículo 21 no supone una regulación que por sí misma atribuya derechos o contenga criterios para ello. Como subyace en un buen número de las decisiones que he citado el artículo 21 del Convenio no es base legal para la determinación del régimen de visitas (aunque sí para que se canalice la cooperación que desencadene la misma). La Autoridad Central requerida se habrá de mover dentro de los parámetros «ordinarios» de su DIPr, tanto en lo que atañe a la competencia judicial internacional, cuanto a la ley aplicable y, claro está, al procedimiento. La sentencia austríaca citada es buen ejemplo de este dato: admite que el Convenio sobre secuestro active el procedimiento, pero luego decide en aplicación del Convenio de La Haya sobre competencia de autoridades y ley aplicable a la protección de menores, de 5 de octubre de 1961. La sentencia española también intuye este dato, al menos en cuanto a la competencia judicial internacional (con un discurso en términos de LOPJ y tutela judicial efectiva cuyo comentario obvio en el presente discurso). El tema de la ley aplicable lo soslaya; algo habitual en relación con la adopción de concretas medidas sobre guarda y custodia, que suelen resolverse en términos de decisión judicial al hilo de las concretas circunstancias.

Y en segundo término, consecuencia de lo anterior, habrá que concluir que el procedimiento específico contemplado por los artículos 1901 a 1909 LEC de 1881, sobre medidas relativas al retorno de los menores en los supuestos de sustracción internacional no es aplicable a estos casos [RODRÍGUEZ PINEAU, E., «Sustracción internacional de menores: una tarea para el legislador», *La Ley*, 2000, D-29, pp. 1749-1758 (Diario núm. 4986, de 7 de febrero de 2000), p. 1751], aunque quizá sea prematuro, dada la escasez de la práctica, tanto nacional como comparada, exigir un procedimiento ad hoc para la articulación de un derecho de visita auténticamente «internacional» (más matizada sobre la utilización del procedimiento de retorno, GONZÁLEZ BEILFUSS, C., «Sustracción internacional de niños y ejercicio transnacional de los derechos de visita», *Sustracción internacional de menores y adopción internacional*, Madrid, 2004, pp. 95-96).

4. Con esta resolución y los precedentes conocidos [al citado Auto de la AP de Barcelona habría que añadir el Auto del Juzgado de Primera Instancia de Hospitalet de Llobregat de 23 de noviembre de 1999 (que cita como inédito GONZÁLEZ BEILFUSS, C., «Internacional Child

abduction in Spain», *International Journal of Law, Policy and the Family*, 2001, pp. 327-349, pp. 334-335, y nota 39)] lo que puede afirmarse es que la práctica española –ciertamente escasa, pero escasa es también la comparada– se orienta en una dirección que aprovecha al máximo la flexibilidad del precepto: la Autoridad Central española recibe y tramita judicialmente solicitudes de organización de los derechos de visita sobre la base del artículo 21, parece que incluso al margen de una vulneración efectiva de los derechos de custodia o visita; y los Tribunales de justicia lo asumen, obviando eventuales objeciones formales que podrían derivar, por ejemplo, de una interpretación estricta del artículo 4 del Convenio de La Haya (recordemos que exige que «El convenio se aplicará a todo menor que haya tenido su residencia habitual en un Estado Contratante inmediatamente antes de la infracción de los derechos de custodia o de visita»).

Nada obliga a que así se haga, pero nada lo impide; o mejor, los inconvenientes han de ceder a la necesidad, cada día más acuciante, de una organización verdaderamente «internacional» del derecho de los niños a relacionarse con su padre y su madre (o sus madres, o sus padres) o con otras personas sobre las que confluyan tales derechos (abuelos, hermanos...). Si ello se puede hacer bajo la cobertura de un régimen de cooperación institucional que minimiza costes y facilita la consecución de resoluciones judiciales (o acuerdos extrajudiciales), sin necesidad de costosos desplazamientos, habrá que concluir valorando positivamente la limpieza de obstáculos realizada por las decisiones judiciales españolas que nos sirven de referencia; abogando, a la espera de una respuesta internacional articulada, porque soluciones como las otorgadas por las Audiencias de Madrid y Barcelona se repitan y el legislador estatal (el español) tome nota y nos sorprenda con una iniciativa que facilite un procedimiento ágil y adaptado a la actualidad y frecuencia del problema (vide estas conclusiones amparadas en un desarrollo mayor en mi trabajo, «Derechos de visita y Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores: la práctica española», *Dereito. Revista Xurídica de la Universidade de Santiago de Compostela*, 2006, pendiente de aparición).

Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ

2006-12-Pr

**SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES.–Denegación del retorno. Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Calificación de la «ilicitud del secuestro». Interpretación y aplicación de las excepciones al retorno: oposición del menor.**

Preceptos aplicados: Artículos 3, 12 y 13 del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.

[Auto AP Madrid núm. 606/2005 (Sección 24), de 19 de julio. Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Correas González.]

F.: Aranzadi (*Westlaw*), AC 2005/1630.

**Nota:** 1. El Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 19 de julio de 2005 resuelve un «presunto» supuesto de sustracción internacional de menores de manera, cuando menos, incompleta, confusa, e incorrecta respecto al espíritu y articulado del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (en adelante, Convenio de La Haya de 1980). La imprecisión en torno a ciertos antecedentes del supuesto de hecho no permite pronunciarnos sobre si procedía o no la devolución de la

menor conforme a la normativa convencional, aunque ello no obsta para que pueda comprobarse la incorrecta interpretación y aplicación que realizó el Tribunal del citado instrumento, contrastando así con la práctica jurisprudencial española en la materia que, en líneas generales, tras la superación de una incorrecta primera etapa, suele ser respetuosa con los objetivos convencionales (vide PALAO MORENO G., «La sustracción internacional de menores en la jurisprudencia española», *Revista de Derecho de familia*, núm. 16, 2002, pp. 251-282).

2. Los datos de los que disponemos son los siguientes: en mayo de 2004 se interpone ante el JPI de Madrid núm. 25 solicitud de restitución a Perú de la menor Fiorella de once años de edad, que había sido trasladada por su madre a España con autorización de la Jueza de Lima. La madre, como suele ser habitual, se opone a la restitución invocando distintos argumentos: integración familiar del menor, grave riesgo de que la restitución exponga a la menor a un peligro psíquico o físico, y oposición de la menor a vivir en Perú. El JPI, aplicando el Convenio de La Haya de 1980, deniega la restitución de la menor invocando la excepción del artículo 13.b) del Convenio. La Audiencia, por su parte, confirma el auto recurrido, reforzando la denegación de la devolución con dos confusas líneas argumentales: la inexistencia de traslado ilícito conforme al Convenio de La Haya de 1980 y la concurrencia de las excepciones al retorno previstas en los artículos 12 y 13 del citado Convenio.

Dos son las principales cuestiones que plantea el asunto: en primer lugar, determinar la «ilicitud» de la sustracción conforme al artículo 3 del Convenio de La Haya de 1980, como presupuesto de la aplicación del Convenio; en segundo lugar, la interpretación y aplicación realizada de las excepciones al retorno previstas en los artículos 12 y 13 del Convenio, prestando especial atención a la excepción relativa a la «oposición del menor», que fue la única en la que el Tribunal hubiera podido fundar correctamente su decisión.

3. Respecto a la primera de las cuestiones, aparte que el Tribunal antes de acudir al Convenio de La Haya de 1980 debió haber comprobado que el supuesto de hecho caía dentro de su ámbito de aplicación personal y espacial (labor que no llevó a cabo pero que sí concurría conforme a su artículo 4, pues la menor tenía menos de 16 años y tenía su residencia habitual inmediatamente antes de la sustracción en Perú, Estado parte del Convenio), la aplicación que hizo del artículo 3 del Convenio en cuanto a la apreciación de la inexistencia de traslado ilícito fue absolutamente incorrecta, al igual que incorrectamente tampoco aplicó las consecuencias que se derivaban de su calificación de «falta de ilicitud» en la *litis*.

La Audiencia fundamenta la inexistencia de traslado ilícito en el sentido del artículo 3 del Convenio en tanto considera que no existe infracción del derecho de custodia del padre, «pues no consta que la custodia la tuviera atribuida de manera definitiva y válida, y debe constituirse previamente antes de plantearse estas cuestiones». Dos son, al menos, las irregularidades que comete el Tribunal en esta fundamentación.

La primera es que el Tribunal parece desconocer que, como indica el artículo 3 *in fine* del Convenio, el derecho de custodia presuntamente infringido no sólo puede derivar de una decisión judicial o de un acuerdo *inter partes* con eficacia en el Estado de origen, sino también de una atribución por el Derecho del Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención [de este planteamiento deviene precisamente uno de los principales logros del Convenio *versus* el Convenio de Luxemburgo de 1980 que condiciona su actuación a una previa resolución judicial (vide REYMOND, P., «Convention de la Haye et Convention de Strasbourg. Aspects comparatives des convention concernant l'enlèvement d'un enfant par l'une de ses parents», *ZSR*, 1981-I, pp. 341-342], incluyendo también sus normas de DIPr (ANTON, A. E., «The Hague Convention on International Child Abduction», *ICLQ*, 1981, vol. 30, p. 545).

La segunda irregularidad del Tribunal en este previo proceso calificador de la conducta de la progenitora es que no tuvo en cuenta que la autorización judicial que la madre tenía para traer a la menor a España era el elemento clave en la determinación de la licitud o ilicitud de su

actuación. La Audiencia alude a tal autorización como un argumento más para rechazar el retorno de la menor a Perú, pero no la introduce (o no sabe introducirla) en el proceso calificatorio. Conforme a los parámetros interpretativos autónomos del concepto de «derecho de custodia» retenido por el texto (art. 5), es de sobra conocido que el derecho de custodia está especialmente referido a la facultad de decidir sobre el lugar de residencia del niño (vide GÓMEZ BENGOCHEA, B., *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Problemas de aplicación del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980*, Dykinson, 2003, pp. 69-76). Por tanto, el Tribunal español debió haber examinado el contenido de la autorización judicial, pues del mismo dependía, en última instancia, la existencia o inexistencia de retención ilícita. Si la autorización a la que se refiere la sentencia concedía a la madre la facultad de que la hija residiera junta a ella en España sin otorgar facultad alguna al otro progenitor en relación con la determinación de la residencia de la menor, no habría existido un traslado ilícito, pues la madre tendría atribuido un derecho de custodia en exclusiva limitado territorialmente a nuestro país en virtud de una decisión judicial del Estado de la residencia habitual de la menor, debiendo haber sido sólo comprobado por la Audiencia la validez de dicha decisión conforme al Derecho peruano, sin ser necesario entrar a comprobar a fondo la «regularidad» en su obtención [vide JIMÉNEZ BLANCO, P., «Nota a la SAP de Castellón de 24 de diciembre de 1994, *REDI*, 1996, p. 289]. Por el contrario, si la decisión judicial peruana sólo autorizaba a la progenitora a traer a su hija a España durante un período de tiempo limitado, el Tribunal sí hubiera debido apreciar la existencia de «retención ilegal» en el sentido del artículo 3 del Convenio, desde el momento en que la madre no procedió a la devolución de la niña una vez cumplido el plazo previsto en la decisión judicial, infringiendo así el reactivado derecho de custodia del padre.

Como se ha dejado constancia anteriormente, al no conocer el contenido de la citada autorización judicial peruana no podemos pronunciarnos sobre si existió *in casu* de una sustracción internacional de menores en el sentido del Convenio de La Haya de 1980, aunque sí podemos continuar apreciando la incorrecta aplicación del Convenio por parte de la AP de Madrid, en cuanto que una vez estimó la falta de ilicitud de la conducta de la demandada conforme a la normativa convencional procedió a examinar la posible concurrencia de las excepciones al retorno de la menor previstas en la norma. El Tribunal español ignora con esta errónea argumentación que la puesta en marcha del Convenio de La Haya de 1980 impone como presupuesto material indispensable la existencia de una sustracción ilícita en el sentido del artículo 3 del Convenio (vide PÉREZ VERA, E., «Rapport explicatif», *Conférence de La Haye, Actes et Documents de la Quatorzième Session*, t. III, La Haya, 1982, núm. 64). Por tanto, si la Audiencia había dado por probado en su FJ 1.º la ausencia de una sustracción internacional de menores por falta de ilicitud de la conducta de la demandada conforme al artículo 3 del Convenio de La Haya, no procedía la aplicación de la normativa convencional, debiendo haber denegado la solicitud de retorno con la exclusiva fundamentación de falta de los presupuestos de aplicación del Convenio de La Haya de 1980 [como acertadamente realiza *ad ex.*, el AAP de Baleares de 13 de marzo de 2003 (*Aranzadi Westlaw*, JUR 2003/197519)]. La AP de Madrid se equivocó al entrar a aplicar la normativa convencional, llevando a cabo, además, una interpretación y aplicación confusa e incorrecta de los motivos de denegación del retorno previstos en el Convenio.

4. La segunda cuestión que plantea esta decisión enlaza efectivamente con el espíritu y finalidad del texto convencional, en relación con las posibilidades que se otorgan al Juez del Estado requerido para denegar el retorno del menor. Todo el funcionamiento del Convenio de La Haya de 1980 se basa en la idea matriz de que en los supuestos de sustracción internacional de menores el interés del menor en aras a su estabilidad consiste en su restitución inmediata al Estado de su residencia habitual, cuyos Tribunales serán competentes para resolver sobre los derechos de custodia y visita (vide PÉREZ VERA, E., *op. cit.*, núms. 16-19). Junto a esta regla general, el Convenio reconoce que el propio interés del menor puede exigir en ocasiones su no

restitución prevé al efecto una serie de circunstancias que apreciadas por el Juez del Estado requerido facultan (que no obligan) a no proceder a la devolución del menor. Mientras la doctrina ha venido insistiendo desde la entrada en vigor del Convenio de La Haya en que el logro de los objetivos convencionales sólo puede lograrse si los Tribunales realizan una interpretación y aplicación restrictiva de las excepciones al retorno previstas en el texto convencional, nuestra jurisprudencia, por el contrario, no ha sido siempre ejemplo de esta filosofía restrictiva, y el auto que nos ocupa es muestra una vez más de la interpretación generosa y ajurídica que, en ocasiones, nuestros Tribunales realizan de los motivos de no retorno, desvirtuando así la fuerza convencional disuasiva de los secuestros internacionales de menores. En concreto, son tres los motivos de rechazo al retorno que se manejan en el asunto y dos los acogidos en apelación. Pasaremos a un breve examen crítico de la interpretación que se hizo de ellos:

En primer lugar, la progenitora que se opone al retorno se funda en el conocido artículo 13 b): «grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable». Se trata de la causa de denegación más frecuentemente empleada para denegar la restitución, generando una prolija jurisprudencia al respecto [en nuestro país, vide, FACH GÓMEZ, K., «Restitución conforme al Convenio de La Haya de 1980», *AEDIPr*, t. II (2002), pp. 1014-1016]. En el caso que nos ocupa en modo alguno concurría esta causa de rechazo conforme a los criterios interpretativos convencionales (peligro extremo, elevado y actual) y, por supuesto, no quedó probada por la progenitora (como exige el Convenio) ni fundamentada en el auto de primera instancia donde se acogió. No existía siquiera indicio alguno de peligro o conflictividad en el entorno de origen de la menor, el Juez de instancia únicamente apreció la excepción en su generosa interpretación de que el peligro para la menor consistía en «ser separada de su progenitora a la que se siente unida y feliz». El artículo 13.2.b), al menos, no prosperó en segunda instancia.

En segundo lugar, ambas instancias acogen con bastante peso en su argumentación al rechazo del retorno el motivo previsto en el artículo 12.2 del Convenio referido a la integración del menor a su nuevo medio. El Convenio exige, sin embargo, de manera taxativa para que pueda operar esta excepción ex artículo 12.1 que haya transcurrido más de un año entre la fecha en que se produjo el secuestro o retención y la iniciación del procedimiento, plazo temporal que *in casu* no concurría. Efectivamente, aunque el momento inicial del cómputo no puede concretarse (pues ni siquiera se ha podido comprobar que concurrió una retención ilícita), y todavía no existe unanimidad doctrinal y jurisprudencial en cuanto al momento final del cómputo [sobre todo en cuanto si el procedimiento al que se refiere el art. 12 coincide con la primera solicitud de retorno o con el posterior procedimiento administrativo o judicial de retorno en el Estado requerido (sobre la cuestión, y a favor de la segunda interpretación conforme a la práctica comparada, vide, GONZÁLEZ BEILFUS, C., «Observaciones a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Orense de 20 de septiembre de 2000», *AEDIPr*, t. II, 2002, p. 1028], de los datos de los que disponemos se comprueba que la menor no llevaba un año en nuestro país en el momento de la tramitación del procedimiento en instancia. Por tanto, con independencia que la integración de la menor quedara escasa y dudosamente probada en la litis (se echa en falta un informe pericial y se acuden a documentos tales como una certificación de la parroquia o un buen informe del colegio), y que la Audiencia intentara «camuflar» este dato, la decisión de no retorno no podía jurídicamente ampararse en el artículo 12 del Convenio de La Haya al no concurrir el presupuesto convencional para su operatividad.

En tercer lugar, finalmente, se acude a la oposición de la menor al retorno como motivo de denegación de la devolución (art. 13 2.º en párrafo separado). Si bien en el caso en concreto podía haber sido la única excepción al no retorno convencionalmente correcta (en el supuesto que hubiera existido retención ilícita), una vez más, la interpretación y aplicación que realiza el Tribunal de la misma es generosa y queda insuficientemente probada. El Convenio mediante esta excepción reconoce efectivamente el derecho del menor a ser oído en los procedimientos

que le afecten [sobre la opinión del menor en estos casos a favor de una interpretación restrictiva, MOYA ESCUDERO, M., «Nota al AAP de Cádiz de 17 de mayo de 2005», *REDI*, vol. XLVIII (1996), 2, pp. 292-297], pero exige una serie de condiciones para que la excepción pueda operar: debe quedar probado que el menor ha alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones. Es cierto que la lectura de la decisión desprende la voluntad de la menor de no querer regresar a Perú, pero esta voluntad sólo se deduce de una exploración efectuada a la niña, al parecer por el propio Juez de instancia que le tomó declaración. La menor no había alcanzado siquiera la edad de 12 años por la que nuestro Ordenamiento jurídico presume que tiene suficiente juicio y exige preceptivamente que deba ser oído en los procedimientos que le afecten. Esta circunstancia acrecentaba en este caso la importancia de la prueba en torno al grado de madurez. Para que la excepción de oposición del menor al no retorno hubiera podido operar conforme a los parámetros convencionales debería haber quedado sobradamente demostrado y probado la madurez de la menor para que su opinión fuera decisiva, pues no concurría ninguna otra excepción, y también su oposición tajante a regresar a su Estado de origen y no sólo, como se deduce, su preferencia por quedarse en España. Debería haberse acudido a un informe pericial realizado por psicólogos que acreditaran contundentemente la madurez de la menor y haberse recabado los informes de las autoridades de la residencia habitual del menor sobre la situación de la niña exigidos por el artículo 13.3 del Convenio (informes cuyo olvido parece ser una práctica habitual en nuestra jurisprudencia, vide, JIMÉNEZ BLANCO, P., «Nota...», *op. cit.*, p. 290).

En definitiva, se trata de una decisión que, desafortunadamente, demuestra las desviaciones e inflexiones que todavía experimenta la práctica judicial en España en materia de sustracción internacional de menores. Si en tiempos pasados se criticaba a la jurisprudencia española por su prisma nacionalista en la resolución de los casos de Legal Kidnapping, esta decisión parece colocarse en otra tendencia igualmente peligrosa, que consiste en la resolución de los supuestos de sustracción desde el prisma personal del juzgador, en detrimento de los planteamientos convencionales y de la objetivización que exige el interés del menor en estos casos.

Sandra GARCÍA CANO

## 2. *Matrimonio*

### A) *Celebración*

2006-13-Pr

**MATRIMONIO: NULIDAD.—Derecho fundamental de la persona al matrimonio. Matrimonios simulados. Falta de consentimiento: matrimonio de complacencia. Requisitos del matrimonio: derecho internacional privado. Prueba de la simulación: presunciones.**

[Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 31 de enero de 2006, sobre matrimonios de complacencia. Ponente: La Directora General, Pilar Blanco-Morales Limones.]

F.: *BOE* núm. 41, de 17 de febrero de 2006.

**Nota:** 1. En el contexto de una feraz actividad ordenadora de los aspectos registrales de situaciones internacionales, la DGRN se ha dirigido a los Encargados de los Registros para establecer orientaciones también en relación con los matrimonios «de complacencia». En concreto, a tenor de la doctrina que ha venido desarrollando en esta materia en los últimos años,

todo indica que con esta nueva Instrucción la DGRN perseguiría una doble finalidad. En primer lugar, pretendería justificar la adecuación de su práctica registral a las soluciones jurídicas del sistema español. Con ello, quizás podría aplacar las críticas de que ha sido objeto tal práctica por parte de la doctrina civilista y, especialmente, internacional privatista españolas; pero no es de esperar que tales críticas remitan, pues el tratamiento que la DGRN propone de los matrimonios de complacencia desde el punto de vista del DIPr no resulta ni convincente ni coherente con sus propios desarrollos (§2). En segundo término, procuraría poner coto a la proliferación de tales matrimonios, a cuyo fin se apartaría de su doctrina anterior en lo que respecta a ciertos matrimonios celebrados entre extranjeros ante autoridades extranjeras (§ 3) y dotaría a los operadores jurídicos registrales de medios más concretos o más definidos para la aplicación de la práctica que postula. Sin embargo, tampoco puede afirmarse que este objetivo pueda ser alcanzado con los medios que la Instrucción dispone (§ 4).

2. La DGRN dedica ocho de los nueve apartados en que se divide la Instrucción a fundamentar jurídicamente –primero desde el punto de vista del Derecho material, y después del DIPr– la práctica registral que viene desarrollando. En este sentido, puede verse como un complemento a la anterior Instrucción de 9 de enero de 1995, sobre normas relativas al expediente previo al matrimonio cuando uno de los contrayentes está domiciliado en el extranjero (BOE núm. 21, de 25 de enero de 1995), por cuanto ésta no entraba en el análisis de los aspectos sustantivos ni en los propios del DIPr, y conservará toda su vigencia a raíz de la publicación de la nueva. En la Instrucción de 31 de enero de 2006 la DGRN ahonda en ambas materias, pero, como he indicado, al hacerlo no termina de acertar. No lo hace, primero, porque ignora la principal consecuencia que deriva de la necesaria distinción –a efectos de su tratamiento jurídico– entre los matrimonios que se celebran con arreglo al Derecho español (que erróneamente denomina matrimonios celebrados en España) y los matrimonios celebrados al amparo de ordenamientos jurídicos extranjeros (a los que, también equivocadamente, llama «matrimonios celebrados en el extranjero»). Así, reconocer, como lo hace la DGRN, que éstos (los matrimonios «extranjeros») plantean un «problema de validez extraterritorial de *decisiones extranjeras*» (*sic*: sólo la cursiva es mía) conduce, de forma obligada, a negar que tal problema pueda resolverse en sede de Derecho aplicable. Las «decisiones» extranjeras han de sujetarse, desde la perspectiva del ordenamiento jurídico español, a normas de reconocimiento, y por tanto no es correcto postular un único tratamiento para ambos tipos de matrimonios. Pero, además, ni siquiera resultaría posible mantener la doctrina de la DGRN (*i.e.* el tratamiento conflictual que propone) únicamente en lo que respecta a los matrimonios «españoles», que sí plantean un problema de ley aplicable, puesto que cuando desarrolla tal doctrina incurriría en otra incoherencia, al calificar la cuestión controvertida.

En efecto, cuando la DGRN analiza qué leyes han de aplicarse a la celebración de un matrimonio español con elemento extranjero, sigue la distinción clásica entre capacidad, consentimiento y forma, y afirma que el consentimiento matrimonial debe regirse por la ley personal de cada contrayente, en tanto que cuestión vinculada al «estado civil», al que se refiere expresamente el artículo 9.1 CC. Y es en este punto en el que se contradice doblemente. Primero, porque con ello obvia que en los primeros apartados de la Instrucción ha incidido en la relación que existe entre el consentimiento *matrimonial* (y su inexistencia es lo que comporta que determinados matrimonios sean calificados de «simulados» o «de conveniencia») y el contenido del matrimonio. Y es que, como ocurre con cualquier otro negocio jurídico, para la válida conformación de un matrimonio no sólo han de concurrir unos determinados requisitos de capacidad y forma, sino también –o, más bien, especialmente en el matrimonio– de contenido (o fondo) [cf. ARENAS GARCÍA, R., «Algunos problemas relativos al consentimiento matrimonial en los supuestos internacionales (Matrimonios blancos y matrimonios convenidos en DIPr.)», *Dona i Vulneracions internacionals dels drets*, Barcelona, 2006, en prensa; vide, por otra parte, en este mismo trabajo una convincente explicación de las razones que pueden

subyacer a esta tradicional indiferencia por el contenido]. La propia DGRN pone de relieve que el matrimonio es un negocio jurídico en el que no cabe un consentimiento abstracto o descausalizado (vide Apartado IV de la Instrucción), sino que ha de referirse a una determinada caracterización legal. No hay matrimonio, conforme al Derecho español (es nulo, *ex* artículos 45 y 63 Cc) si no hay causa *matrimonial*, y la causa sólo es *matrimonial* si se refiere a los concretos derechos y deberes que un determinado ordenamiento jurídico anuda al vínculo matrimonial. Así, dicha causa concurre cuando los contrayentes asumen esos derechos y deberes, con independencia de los *motivos* que les mueven para celebrar el matrimonio. Resulta indiferente, en este sentido, que el vínculo se celebre porque los contrayentes quieren contentar a la familia o asegurar al otro una pensión de viudedad o una vía acelerada de obtener la nacionalidad española o la regularización de su situación en territorio español; y tampoco es causa de nulidad, en sí, que el matrimonio sea fruto de un acuerdo entre los familiares (o matrimonio convenido: cf. *ibidem*). En todos estos casos el matrimonio será válido –por lo que a la concurrencia de consentimiento matrimonial respecta, y conforme a lo previsto en nuestro Derecho– si los cónyuges no simulan cuando afirman, ante la autoridad pública competente, que cumplirán con los derechos y deberes a que ésta previamente ha hecho referencia. Por consiguiente, si el consentimiento recae necesariamente sobre un contenido, y éste lo ha de determinar un ordenamiento jurídico, el contenido del matrimonio que se celebre con arreglo al Derecho español (y la caracterización del consentimiento como *matrimonial*) sólo puede regirse por la ley española, en calidad de ley de conformidad con la cual se contrae el vínculo. De otro modo expresado, al contenido del matrimonio sólo le puede ser de aplicación la *lex auctoritatis* (cf. *id.*, *Crisis matrimoniales internacionales. Nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo Derecho internacional privado español*, Santiago de Compostela, Universidade de Santiago de Compostela, 2004, pp. 206-207 y 215-219). Por ello, en este punto, la DGRN incurriría en una segunda contradicción, al apartarse injustificadamente de su propia doctrina. Obsérvese que en su Resolución-Circular de 29 de julio de 2005 defiende la aplicación de la ley española (si bien es cierto que no como único argumento: vide la «Nota» a esta Resolución-Circular de ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., en el número anterior de esta *Revista*: REDI-2005-30-Pr) a un aspecto del matrimonio, cual es el sexo de los contrayentes, porque se refiere a «la propia naturaleza del derecho a contraer matrimonio», a pesar de que tradicionalmente se haya calificado tal cuestión como «de capacidad». De esta manera, reconoce que existen aspectos vinculados al contenido del matrimonio, y que han de sujetarse a una *lex matrimonii* (vide en este sentido, la «Note», también a esta Resolución-Circular, de QUIÑÓNEZ ESCÁMEZ, A. en *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2005, pp. 855-858, esp. p. 857). Si la DGRN hubiese atendido al análisis de la problemática de la concurrencia de consentimiento matrimonial que efectuó en esta misma Instrucción, habría calificado la cuestión como de contenido; y si hubiese tenido presente su propia doctrina, esbozada en esa Resolución-Circular de 29 de julio de 2005, habría llegado a la conclusión antes apuntada: la concurrencia de consentimiento *matrimonial* ha de sujetarse a la *lex auctoritatis*, de forma que, en la celebración de un matrimonio español, tal concurrencia es un requisito necesario, en tanto que dispuesto en la ley española.

Ciertamente, la DGRN también reclama la aplicación de la ley española a esta cuestión, pero, a mi juicio, lo hace a través de una argumentación jurídica que resulta errada desde sus propias raíces. Defiende que, en primer lugar, se aplique la ley nacional de cada contrayente (*ex* art. 9.1 CC), y que, sólo si ésta es extranjera y no contempla la nulidad del vínculo por simulación, sea desplazada por la ley española, en aplicación de la excepción del orden público (art. 12.3 CC). Para evidenciar el error de base de esta construcción, basta dejar apuntada la siguiente pregunta: ¿en qué consiste la aplicación de las respectivas leyes nacionales de los contrayentes al consentimiento matrimonial en el momento de la celebración del matrimonio? Para tratar de darle una respuesta, se ha de tener presente una distinción que puede parecer elemental, pero que la DGRN no toma en la debida consideración: se trata de la diferencia que

existe entre la autorización de un matrimonio y el eventual pronunciamiento judicial sobre su nulidad o validez. Se llegará, ciertamente, al absurdo de sostener que la aplicación de las leyes extranjeras ha de realizarse sólo para comprobar si existe un elemento (la nulidad del vínculo por simulación) que, de no existir, se aplicará igualmente, en atención a lo dispuesto en la ley española (vide un estudio de otras distintas respuestas a dicha pregunta –todas ellas descartables– en mi trabajo «Tratamiento registral de los matrimonios de complacencia: lectura crítica de la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 31 de enero de 2006», pendiente de publicación en *La Ley*).

3. Si se intenta dar una respuesta a esa misma pregunta, pero trasladada al trámite del reconocimiento de los matrimonios celebrados ante autoridad extranjera (y diferenciando también su problemática de la propia de la declaración de su nulidad o validez a través de un procedimiento judicial *ad hoc*), se comprobará que el enfoque es igualmente desafortunado en lo que respecta al tratamiento del consentimiento matrimonial. Sin embargo, es el que asume la DGRN, que apunta a que se han de aplicar las respectivas leyes nacionales de quienes contrajeron matrimonio ante una autoridad extranjera, para determinar la validez del consentimiento matrimonial (¿?), pero que estas leyes se verán desplazadas por la española en caso de que no sancionen con la nulidad la simulación del vínculo. Como en el caso de la autorización del matrimonio ante autoridad española, lo que la DGRN pretende es que se aplique en todo caso la ley española, aunque previamente haya rechazado y criticado «soluciones legeforistas». Obsérvese que no es más «legeforista» el tratamiento del matrimonio contraído ante autoridades extranjeras en clave de reconocimiento. Éste comportaría que el matrimonio se sujetase a las condiciones que el ordenamiento español prevea en aras de reconocer su eficacia. Así, cabría disponer su no-reconocimiento en caso de que se detecte que es simulado, es decir, que los contrayentes fingieron al afirmar que asumían los derechos y deberes que ese ordenamiento establece, aunque quepa presumir su validez con arreglo a tal Derecho extranjero. El resultado puede ser el mismo, pero la argumentación jurídica, a mi juicio, es incontestable bajo esta perspectiva, y equivocada desde la perspectiva conflictualista.

Respecto del tratamiento de los matrimonios extranjeros, en todo caso, conviene destacar que la DGRN altera la doctrina que venía sosteniendo en lo que respecta a algunos de ellos. En efecto, afirmar que si la(s) ley(es) extranjera(s) correspondiente(s) a la(s) nacionalidad(es) del (o de los) contrayente(s) no prevé(n) la nulidad del vínculo, el orden público reclama la aplicación de la ley española en su lugar, conduce a denegar la inscripción del matrimonio celebrado entre contrayentes de la misma nacionalidad extranjera (p.e., dominicana), correspondiente con el Estado bajo cuyo ordenamiento se celebró el matrimonio (República Dominicana), si se prueba su simulación. Bajo esa anterior doctrina, sin embargo, el Centro Directivo consideraba que la certificación registral de ese Estado permitía presumir la validez del vínculo de conformidad con la ley aplicada a la celebración (en el ejemplo, la dominicana) y, en consecuencia, al corresponderse esta ley con la de la nacionalidad de ambos contrayentes, no cabía sino inscribir estos matrimonios, con independencia de que se detectara que eran de complacencia [vide entre las más recientes, las Ress. de (1.<sup>a</sup>) y (2.<sup>a</sup>) de 13 de noviembre de 2003, *BIMJ*, núm. 1960, 2004, pp. 308-309 y 309-311; (4.<sup>a</sup>) de 2 de junio de 2004, *ibidem*, núm. 1969, 2004, pp. 2927-2928; (3.<sup>a</sup>) de 23 de febrero de 2005, *ibidem*, núm. 1992, 2005, pp. 2778-2780; (3.<sup>a</sup>) de 25 de febrero de 2005, *ibidem*, núm. 1992, 2005, pp. 2799-2800; (2.<sup>a</sup>) de 14 de junio de 2005, *ibidem*, núm. 2000, 2005, pp. 4263-4240; y de 3 de septiembre de 2006, *ibidem*, núm. 2006, 2006, pp. 602-604]. El cambio puede ser saludado, en la medida en que, al menos proporciona un tratamiento uniforme a todos los matrimonios extranjeros, pues la diversidad de nacionalidades en el momento de la celebración ya impedía la aplicación de la presunción y la aplicación del requisito español de concurrencia de consentimiento matrimonial.

4. Aunque mi interés apunte más a los aspectos de DIPr –y por ello les he dedicado una atención preferente en este comentario–, es probable que la cuestión de mayor repercusión en

la Instrucción sea la tratada en su Apartado IX, por lo que finalizaré con una breve referencia a ella. No cabe duda de que el problema fundamental que encierra cualquier intento de regular los matrimonios de complacencia es la prueba de la simulación, ya sea en el marco del expediente previo a su celebración, ya en el trámite de la inscripción del matrimonio celebrado. Y, al respecto, la DGRN mantiene su doctrina, consistente en el empleo de presunciones. Así, comienza justificando jurídicamente su empleo, y proporciona («hace públicas») tres orientaciones prácticas. La primera se refiere a los datos que han de tener en cuenta los Encargados de los Registros para inferir la simulación, la segunda recoge reglas adicionales de funcionamiento de las presunciones, y la tercera recuerda que el rechazo de la autorización o la inscripción del vínculo no empece a la posibilidad de volver a instarlos, al no regir el principio de cosa juzgada. En el marco de la primera orientación la DGRN clasifica los dos datos de los que cabe deducir que el matrimonio es de complacencia (el desconocimiento de los datos personales y familiares básicos del otro contrayente y la ausencia de relaciones previas entre sí), particularizando la manera de alcanzar cierto convencimiento de que ambos datos concurren; y añade una serie de elementos que también pueden ser denotativos de la ausencia de consentimiento matrimonial. Pues bien: a mi juicio, al margen de lo absurdo que resulta entrar en algunos de esos detalles («las relaciones personales pueden referirse a antes o después de la celebración del matrimonio...»; «el hecho probado de que los contrayentes... tienen un hijo en común es un dato suficiente que acredita la existencia de relaciones personales»), su excesiva concreción puede tener un efecto doblemente perverso. Por una parte, puede facilitar la preparación de la prueba a los simuladores (ahora saben qué datos son relevantes y cuáles no, y qué pruebas son «concluyentes» y qué otras sólo han de tomarse en cuenta). Por otra, encorsetan en exceso la realización de una prueba que, por definición, exige cierta discrecionalidad en el operador jurídico. La prueba de presunciones siempre entraña cierto peligro de que quien la aplica yerre; pero este riesgo se incrementa si la aplicación se realiza a partir de elementos prefijados y jerarquizados. Es cierto que la DGRN hace hincapié en la necesidad de que el Encargado del Registro «alcance una certeza moral plena de hallarse en presencia de un matrimonio simulado para acordar la denegación de la autorización o de su inscripción», pero no lo es menos que el mínimo exceso de trabajo de estos funcionarios puede convertir la entrevista personal y por separado de los contrayentes en un mero trámite, en el que se persigue constatar la existencia de algunos de esos indicios para resolver en sentido negativo. En suma, como adelantaba al inicio de este comentario, no creo que con esta Instrucción la DGRN vaya a conseguir adhesiones entre los detractores de su práctica; pero tampoco la más mínima reducción del número de matrimonios de complacencia.

Patricia OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS

## B) Nulidad, separación y divorcio

2006-14-Pr

**DIVORCIO. MODIFICACIÓN DE MEDIDAS.**—Solicitud de modificación de medidas acordadas en sentencia dictada en el extranjero. Competencia judicial. Improcedente declaración de incompetencia de la jurisdicción española por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, debiendo los Tribunales españoles pronunciarse sobre el presupuesto de la jurisdicción a la luz del principio *pro actione*. Necesidad de obtención del *exequatur* para que la sentencia extranjera pueda ser reconocida en España y obtener eficacia civil.

Preceptos aplicados: Artículo 955 LEC, artículo 775 LEC, artículo 61 LEC.

**[Auto de la AP de Madrid (Sección 24.ª) de 30 de noviembre de 2005. Ponente: Ilmo. Sr. D.ª Rosario Hernández Hernández.]**

F.: *Aranzadi* (Westlaw), AC 2006/49.

**Nota:** 1. De nuevo nos encontramos con el tema de modificación de medidas dictadas en resoluciones extranjeras, cada vez más frecuente en los Juzgados y Tribunales españoles. Los problemas que se generan en torno a estos procedimientos son diversos y las respuestas judiciales adoptadas hasta el momento carecen de cualquier criterio uniforme, produciéndose un importante déficit de seguridad jurídica que empieza a necesitar una urgente corrección. Los citados problemas son dos. El primero de ellos, aparentemente ya superado, es la inadmisión a trámite de la demanda de modificación de medidas por carecer los jueces españoles de competencia para la modificación de una sentencia extranjera, correspondiendo la competencia a Tribunales extranjeros que dictaron la misma. El segundo, es la necesidad de obtención del exequátur de la sentencia extranjera para proceder a la modificación de los efectos en ella recogidos.

2. Acerca de la primera cuestión, competencia de los Tribunales españoles para conocer de la modificación de los efectos de sentencias extranjeras, no hay mucho que añadir tras la ya veterana sentencia del TC (Sala 1.ª) de 13 de marzo 2000 y las referencias bibliográficas al respecto (vide entre otras, CARBALLO PIÑERO, L. «Competencia judicial internacional y modificación de prestaciones de ejecución continuada: más allá de la STC 61/2000», *AEDIPr*, t. I, 2001, pp. 463-482). En la citada sentencia, los argumentos aportados por el TC ante un supuesto similar a éste son muy claros: el rechazo de estas demandas vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva teniendo además los jueces españoles, en función de las normas de competencia judicial internacional existentes en nuestro ordenamiento, competencia para conocer de estos supuestos.

No parecen tener tan clara esta competencia el Juzgado núm. 75 de Madrid, ni el Ministerio Fiscal, que vuelven de nuevo a argumentos ya superados utilizando los artículos 771 LEC y 61 LEC para señalar que del procedimiento de modificación de medidas debe conocer el Tribunal que conoció del proceso principal, en este caso el ecuatoriano. Por su parte la AP de Madrid, se muestra dubitativa: en su «primer» Fundamento de Derecho cuarto, «comparte, suscribe y hace propio íntegramente» el criterio de la primera instancia y del Ministerio Fiscal, desestima el recurso y confirma el auto disidente. Posteriormente, en «otro» Fundamento Jurídico cuarto analiza la sentencia del TC señalada, que, por cierto, también surge a raíz de una resolución de la AP Madrid, concluyendo esta vez, en «su segundo» Fundamento Jurídico quinto que sí tienen competencia los jueces españoles pero que al no haber obtenido la sentencia el exequátur, se desestima el recurso y se confirma la resolución apelada (que recordemos decía: «se inadmite la demanda por falta de competencia internacional correspondiendo la competencia a los Tribunales de la República de Ecuador»). Es decir, como no se ha pedido el exequátur, no tienen competencia los Tribunales españoles. La confusión entre las dos cuestiones y la falta de rigor son evidentes ya que, si bien podía tener fundamento la necesidad de exequátur, debería haberse estimado el recurso admitiendo la competencia de los Tribunales españoles y advirtiendo a las partes de la necesidad de obtener el exequátur previo a la modificación de los efectos. Por tanto parece que estamos ante otro nuevo supuesto de vulneración a la tutela judicial efectiva garantizada a través del artículo 24 de la Constitución.

3. Superada, como hemos señalado la cuestión de la competencia judicial internacional y siendo de aplicación las normas de competencia judicial internacional existentes al efecto, no figura tan resuelto el segundo de los problemas señalados; la vía concreta para modificar los

efectos y la exigencia por parte del Tribunal de la solicitud de exequátur de la sentencia extranjera cuyos efectos pretenden ser modificados. En este punto surgen posturas tanto doctrinales como jurisprudenciales para todos los gustos. Doctrinalmente se han apuntado varias vías; se puede iniciar un procedimiento *ex novo*, a través de una nueva demanda, por ejemplo de alimentos, evitando el trámite del exequátur (vide ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., *Crisis matrimoniales internacionales y prestaciones alimenticias entre cónyuges*, Madrid, Civitas, 1996, p. 227 y ss.) o se puede solicitar la modificación de medidas de sentencia extranjera previo exequátur de la misma o la modificación de medidas sin necesidad del exequátur por entender que no hay nada que ejecutar [cf. ESPINOSA CALABUIG, R., «Nota a la Sentencia AP Barcelona de 30 de septiembre de 2003», *REDI*, vol. LVI, 2004, 1, p. 382, y bibliografía allí citada]. Jurisprudencialmente esta cuestión también ha recibido respuestas diversas: en ocasiones los jueces han tenido en cuenta la sentencia extranjera, modificando sus efectos sin exequátur previo –al menos a través del procedimiento existente al efecto en la LEC– (AP Barcelona de 30 de septiembre de 2003 o AP de la Rioja, de 7 de octubre de 2004), mientras que en otras ocasiones, como en la sentencia aquí comentada, consideran imprescindible la homologación de la resolución.

4. Las vías por tanto para modificar el contenido de una sentencia extranjera parecen ser dos, solicitud de procedimiento *ex novo* o solicitud de modificación de medidas, con el problema en ambos casos de la necesidad o no de petición previa del exequátur. Sin pretender aportar solución novedosa alguna debido al detallado tratamiento doctrinal que han tenido estas cuestiones, vamos no obstante a analizarlas de manera algo más detenida.

5. La solicitud *ex novo* a través de una nueva demanda puede ser más ventajosa, aunque no más correcta, que la solicitud del exequátur de la sentencia extranjera para posteriormente pasar a un procedimiento de modificación de medidas. De hecho, esta vía se busca porque la segunda alternativa es demasiado larga y gravosa, sobre todo para procedimientos de alimentos y de relaciones paternofiliales, que son los que habitualmente aparecen en la pretensión de modificación de sentencia. Esta vía *ex novo* parece eximir del exequátur de la sentencia pudiendo el Tribunal simplemente «tomar en consideración» la misma (vide ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., *op. cit.*, p. 227 y ss.) o como «*effet de fair*», según la terminología francesa (vide GARAU SOBRINO, F. F., *Los efectos de las resoluciones extranjeras en España*, Madrid, Tecnos, 1992, p.126).

Esta vía, sin embargo, ni es la correcta, ni tiene por qué eximir del exequátur, por lo que su utilización debería quedar para casos concretos donde la sentencia extranjera sea necesitada únicamente como prueba de hechos y no como constitutiva de relaciones jurídicas, y estos casos, son los menos.

Que no es la vía más correcta ya ha sido puesto de relieve por algún autor. Se ha hecho referencia a que se promoverían conductas fraudulentas, a que al no poder tener en cuenta el efecto vinculante de cosa juzgada el Juez nacional deberá entrar en cuestiones ya decididas en vez de limitarse a la modificación y además podrían plantearse problemas de reconocimiento de la sentencia modificadora en el Estado de origen de la decisión modificada [vide con más detalle, MICHINEL ÁLVAREZ, M. A., «La sentencia extranjera ante el cambio de circunstancias (con especial referencia a la condena de prestación periódica de alimentos)», *REDI*, vol. LIV, 2002, 2, pp. 641-668].

Por otro lado, si bien la doctrina ya citada deja claro que los objetos de los procesos son distintos (y así lo ha corroborado el ATS de 6 de junio de 2000, aunque en un supuesto real de modificación), este objeto es precisamente distinto porque en el segundo proceso se modifica el primero partiendo ya de circunstancias sustancialmente diferentes en ambos casos. Precisamente, las circunstancias son diferentes en la parte del objeto cuya modificación se solicita. Ahora bien, si en vez de una modificación es un proceso nuevo, y hay que entrar en cuestiones

ya decididas, el objeto sí sería coincidente y la inmunidad de la nueva demanda frente a la cosa juzgada dejaría de existir en el nuevo procedimiento.

Por último, también se puede afirmar que, en muchas ocasiones, el inicio de un procedimiento nuevo no exime de exequátur. Esa «toma en consideración» de la sentencia extranjera evitando el exequátur, que parece resolver todos los problemas, en realidad sólo permite utilizarla como documento probatorio de su existencia, su fecha, su autenticidad y los hechos a los que se refiere. Salvo eso, la resolución extranjera carecerá de todo valor sin que pueda ser tenida en cuenta por el órgano jurisdiccional español ante el que se haya presentado (vide GARAU SOBRINO, F. F., *Los efectos de las resoluciones...*, pp. 125-126). Como es obvio, la obligación que se reclama surge de una relación jurídica que da lugar a dicha obligación (pensemos en una acción de filiación iniciada en el extranjero que concluye con la declaración de paternidad del demandado y por tanto con la obligación por parte de éste de pagar alimentos al hijo). Si la sentencia extranjera no tiene validez en España, no existe la situación jurídica (que no es un simple hecho, sino una relación de paternidad constituida a través de sentencia judicial), y si no existe la situación jurídica, no puede haber un efecto vinculado a la misma (ni *ex novo*, ni modificado). Ni siquiera sería posible la admisión del procedimiento *ex novo*. El propio Cc requiere para la concesión de alimentos que tengan causa, al señalar su artículo 143 la relación previa de parentesco. Igualmente, el artículo 250.1.º.8 LEC introduce la necesidad de alimentos debidos por disposición legal u otro título y el 266.2.º LEC exige que se acompañen a la demanda los documentos que justifiquen cumplidamente el título en cuya virtud se piden los alimentos, que, en nuestro ejemplo, sería la sentencia extranjera de declaración de paternidad, y que, obviamente, no vale con tenerla en cuenta sino que hay que dar efecto a la relación jurídica constituida por el Tribunal extranjero. Sin esa «relación jurídica previa» generada a través de la sentencia extranjera la vía de solicitud deviene ineficaz, al menos en algunos casos. Igualmente en unas visitas *ex novo* o en una custodia *ex novo*, es indispensable, según los artículos 90 o 91 CC, que exista una sentencia de separación o divorcio, sin la cual, tiene poco sentido reclamar unas visitas.

Es, por tanto, una vía, que, además de los inconvenientes que ya hemos señalado, puede estar próxima al fraude ya que busca modificar sentencias por una vía distinta a la existente en nuestro ordenamiento, para evitar con ello trámites legales incómodos.

6. Parece por tanto más correcta la vía de solicitud de modificación de efectos, planteándose aquí nuevamente la cuestión de si necesitamos exequátur de la sentencia extranjera o no. La necesidad del exequátur, además de ser la postura doctrinal más defendida (vide bibliografía citada por MICHINEL ÁLVAREZ, M. A., *loc. cit.*, p. 654, nota 44), se puede argumentar con las mismas razones expuestas en el párrafo anterior: si no existe la situación jurídica en España, no puede modificarse ningún efecto vinculado a la misma. Esta solicitud de homologación tiene sin embargo un efecto perverso, cual es la excesiva dilación del procedimiento, dado que hay que instar un procedimiento aparte y distinto. Debido a las materias tratadas, alimentos, muchas veces para menores y relaciones parentales, podría considerarse que esta dilación afecta al interés del menor que debe de primar sobre cualquier otro interés legítimo. Aparte de la dilación, también puede señalarse la incoherencia que supone tener que solicitar el exequátur de una sentencia cuando lo que se pretende es dejar sin efecto parte de su contenido (cf. MICHINEL ÁLVAREZ, M. A., *loc. cit.*, p. 654).

7. Ambos motivos, la dilación en una materia como la que nos ocupa así como la contradicción que supone dotar de efecto permanente a una sentencia a la que el reclamante quiere quitar efecto, nos conduce a tener que buscar una vía diferente, más rápida (que podría conseguirse uniendo ambas cuestiones en un solo procedimiento) y que no produzca los efectos permanentes propios del exequátur tradicional, en los que nadie está interesado y que nadie está solicitando. La solución podría pasar por alguna suerte de reconocimiento incidental (idea que ya ha sido apuntada por varios autores, CARBALLO PIÑEIRO, L., *loc. cit.*, p. 470; MICHINEL

ÁLVAREZ, M. A., *loc. cit.*, p. 656, entre otros). Como es sabido, éste no sería un reconocimiento nuevo en nuestro ordenamiento (está previsto en los Reglamentos comunitarios así como en algunos convenios bilaterales firmados tanto con Estados comunitarios como con terceros Estados (vide el artículo 10.2.º del Convenio sobre reconocimiento de decisiones judiciales entre España y Alemania de 14 de noviembre de 1983 o el art. 24.1 del Convenio entre España y la URSS de 26 de octubre de 1990 sobre asistencia judicial en materia civil). Estos textos, que prevén el reconocimiento incidental, no contienen, sin embargo, procedimiento específico para llevarlo a cabo. Esto implica que hay que acudir a nuestra regulación interna como vía de aplicación de estas previsiones normativas. El cauce procesal utilizado normalmente debería de ser el creado para las cuestiones incidentales (arts. 387 y ss. LEC).

Una vez utilizada esta vía para implementar el reconocimiento incidental recogido en regulaciones internacionales, todo aconseja y nada impide, a la vista de las motivaciones expuestas, que la misma vía sea utilizada para el reconocimiento incidental de sentencias procedentes de países no comunitarios o con los que no hay convenio internacional. El reconocimiento incidental de estas sentencias podría, además, encajar en el procedimiento citado de nuestra LEC, que requiere que la cuestión surja en un proceso como mero antecedente lógico de su objeto y que esté en conexión inmediata con la pretensión principal del proceso, ambas condiciones cumplidas por la sentencia extranjera. Por otro lado, hay que añadir a favor de la posibilidad de un reconocimiento incidental que uno de los mayores problemas que existían, el de la competencia, ha quedado resuelto con la modificación del artículo 955 LEC tras la Ley 62/2003 que otorga la competencia para el exequátur a los jueces de primera instancia. Por último, señalar que toda cuestión incidental lo es con relación a un proceso, de modo que ese procedimiento no otorgaría valor de cosa juzgada a la sentencia extranjera, lo que eliminaría, además, la incongruencia señalada entre la cosa juzgada y la modificación de la misma y colmaría los intereses de las partes. La cuestión sólo sería resuelta como antecedente lógico para resolver, ahora sí con efectos de cosa juzgada, sobre el objeto del proceso de modificación de medidas (vide MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional II*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 170 a 176).

8. En estas condiciones se respetarían los deseos de las partes que únicamente pretenden modificar los efectos de la sentencia extranjera y no ejecutar el conjunto de la misma, se conseguiría la armonía de soluciones, no se facilitaría el fraude y no se incurriría en vicio alguno que impidiera el reconocimiento de las modificaciones en el Estado de procedencia de la sentencia que se modifica. Podría, por los motivos expuestos, ser ésta una vía para aclarar y solucionar un tema frecuente cuyo resultado es, en el mejor de los casos, un procedimiento excesivamente largo que perjudica, dentro de la legalidad, los intereses jurídicos de las partes y, en el peor, sentencias insostenibles como la que, de nuevo, nos ocupa.

Yolanda DUTREY GUANTES

2006-15-Pr

**NULIDAD, SEPARACIÓN Y DIVORCIO.—Divorcio de matrimonio marroquí residente en España. Determinación de los efectos respecto a los hijos y pensión alimenticia de la esposa. Aplicación del derecho español en primera instancia. Aplicación del nuevo Código del Estatuto Personal marroquí (Mudawana, 2004), en apelación.**

Preceptos aplicados: Artículos 9.2 y 107 Código Civil.

**[Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Civil) núm. 718/2005 (Sección 12.<sup>a</sup>), de 17 de noviembre de 2005. Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón.]**

F.: Aranzadi (Westlaw), JUR 2006/66471.

**Nota:** 1. *Primeras aplicaciones del Nuevo Código de Familia marroquí (2004):* La sentencia que comentamos estima el divorcio de un matrimonio de nacionales de Marruecos residentes en España conforme a las disposiciones del nuevo Código del Estatuto Personal y de la Familia marroquí (*Mudawana*, 2004). Es esta, pues, una de las primeras aplicaciones del nuevo Código, y en el ámbito polémico del divorcio y sus efectos respecto a la guarda de los hijos y las pensiones de alimentos. Hay otra decisión, pero sólo menciona el nuevo texto. Es el caso de la SAP de Huesca, de 14 de diciembre de 2005, relativa a los efectos sobre el régimen económico matrimonial de una separación, ya declarada, entre ciudadanos de Marruecos. En ésta última decisión, el Tribunal atiende al Derecho extranjero marroquí, sobre la base del artículo 9.2 del Código Civil, conforme al cual los efectos del matrimonio se regirán por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo. Invocando el nuevo Código de la Familia y del Estatuto Personal marroquí (2004) considera que rige entre los cónyuges el régimen de separación, lo que excluye el régimen de gananciales; y, por ende, impide incorporar al inventario, para la liquidación de los bienes, el inmueble comprado constante matrimonio. Esta era ya la interpretación sostenida (entre otras, la SAP Tenerife 7 de febrero de 2000) con anterioridad a la reforma del Código marroquí (2004) O, mejor dicho, la interpretación a la que se viene recurriendo, a falta de otra mejor. Y es que, se habla de «separación de bienes absoluta», no porque haya un régimen económico matrimonial sino, al no existir siquiera el concepto de régimen económico matrimonial. Lo que tiene hasta cierto punto su lógica, si pensamos que el sistema islámico permite la poligamia y el repudio, y que estas instituciones pueden hacer añicos cualquier patrimonio marital si hubiere que dividirlo o liquidarlo. Breve, cuando se quiere buscar un equivalente a nuestros términos jurídicos, se recurre a la idea de la más absoluta separación de bienes entre los esposos. En consecuencia, el que la vivienda adquirida durante el matrimonio corresponda a ambos esposos —o a uno de ellos— es, en tal contexto, en definitiva, una cuestión de prueba acerca de la propiedad del bien. Pienso, empero, que se podría haber tirado del hilo que ofrece el nuevo artículo 4 del Código marroquí (2004), que establece la dirección conjunta de la familia por parte de los esposos para tener en cuenta la gestión y compra común de los bienes durante el matrimonio, olvidando la falacia legal, anterior, de que sólo al marido, como «mantenedor de la esposa y los hijos», corresponde hacer frente a tales cargas, mientras que la mujer que administra sus propios bienes sin hacerse cargo de las necesidades comunes de la familia ni responder frente a terceros (a fin, en cierto modo, de preservar la dote y sus bienes privativos para el caso de que fuere repudiada). La realidad corrobora que tal lógica anterior es obsoleta y falaz, pues la mujer compromete sus haberes y su trabajo en la compra de bienes tan importantes como la vivienda familiar que, además, debe merecer una especial protección. Estas consideraciones, empero, no se desprenden de la SAP de Huesca de 14 de diciembre de 2005 que se limita a constatar la equivalencia con el régimen de separación haciendo mención al Código reformado marroquí.

La AP de Barcelona, en la decisión que nos ocupa, también tiene en cuenta el nuevo Código marroquí, sin entrar en la cuestión de que estuviera o no vigente al tiempo de presentarse la demanda. De hecho, aplica el derecho extranjero marroquí cuando no se tuvo en cuenta en primera instancia, pues es éste un caso, no infrecuente, en el que el juzgador aplica la ley española, sin tener en cuenta la ley nacional común, reclamada por los artículos 9.2 y 107 del C. civil. La aplicación, en apelación, del artículo 98.2 del CEP marroquí permite declarar el divorcio al concurrir una de las causas por las que puede solicitarlo la esposa: el perjuicio. Perjuicio consistente en violencia o malos tratos y sevicias, probados por sentencia penal. La Audiencia invoca

el nuevo Código y, en concreto el «...artículo 99 de tal legislación que proclama la justificación del divorcio por comportamiento infamante por parte del esposo, frente a su consorte, y contrario a los buenos modales...». Sin embargo, tal divorcio por sevicias o malos tratos también hubiera podido obtenerse al amparo del Código marroquí anterior a la reforma. No es ésta, pues, la razón que motivó al Juez de Primera Instancia a omitirlo. Fue seguramente el hábito de invocar el derecho español por parte del abogado (quizás de oficio) y del Juez de Primera Instancia que tomaron el atajo más fácil del derecho español, que, hoy, facilita el artículo 107 del Código Civil, si se quiere soslayar el recurso al derecho extranjero de corte islámico para disolver el matrimonio, aunque tal proceder pueda tener consecuencias negativas *a posteriori* (como ya apuntamos en nuestra nota conjunta a varias decisiones de AA PP en esta Revista, 2003-1, pp. 418-422) Respecto a los efectos, la decisión se limita a corroborar las medidas adoptadas en primera instancia (atribución a la madre de la guarda y custodia de la hija y concesión del uso del domicilio familiar en favor del esposo), dada la conformidad de las partes, y procediendo a mantener la pensión en favor de la esposa de acuerdo con el artículo 84 del CEP marroquí. Pero se incurre, aquí, en error, pues este último precepto es aplicable al repudio, y sirve para frenar su carácter abusivo. Error, no es del todo imputable a la Audiencia, pues las autoridades de Marruecos para convencer de las bondades de la reforma en Europa han procedido a ofrecer «traducciones oficiales» del Código (es el caso de la traducción oficial al francés) que suprimen la palabra «repudio» (aun que éste no se ha suprimido) por las de «divorcio judicial». Proceder que lleva a confusión (vide nuestra traducción por repudio y sus razones en, GRUP D'ADVOCATS JOVES/DONES ADVOCATES, *La Mudawana. El nou Codi de Família marroquí*, texto bilingüe árabe/catalán, Ed. Mediterránea, 2005, en la nota introductoria, pp. 7-8).

En todo caso, la Audiencia podría haber llegado a una conclusión parecida atendiendo al artículo 101 del nuevo Código («En el caso de que se dicte resolución otorgando el divorcio por perjuicios, el Tribunal habrá de fijar en la misma resolución el importe de la indemnización a la que tenga derecho la esposa por causa de los perjuicios»). También podría haberse tirado de ese hilo, para no olvidar –lo que la aquiescencia de la esposa ha podido hacer pasar inadvertido– que hay disposiciones que afectan a la vivienda familiar tras la disolución del matrimonio, y que van destinadas a evitar que los menores se vean privados de un techo (la vivienda familiar u otra adecuada) lo que corresponde garantizar al padre como tutor legal. A través de esta exigencia, la madre no propietaria de la vivienda puede beneficiarse, indirectamente, de la misma al atribuírsele por ley, prioritariamente, la guarda (cuidado) de los hijos.

2. *Ultimas reflexiones*: Lo dicho hasta aquí, va destinado a espolear la lectura atenta (u otra lectura) del Código marroquí, a fin de dar a los interesados –si es posible– decisiones justas y eficaces en ambas orillas del Mediterráneo, pero sin pretender que el lector se quede con la idea (o, peor, la propaganda) de que el nuevo texto eliminará todos los problemas de orden público internacional en el futuro (lo que ha llegado a decirse no sin ligereza en España). Tal conclusión sería una simplificación tan errónea y peligrosa como la de optar por inaplicar el Código por considerarlo en bloque contrario al orden público internacional (lo que se ha llegado también a decir). Sin duda el esfuerzo y la voluntad reformadora han sido considerables, pero los resultados son modestos (SAHERANE, F., «Le nouveau Code marocain de la famille», *Gaz. Pal.*, 2004, p. 2. Manifestando cierta prudencia a la espera de su aplicación práctica FLOBETS, C. y CARUER, J.-Y., *Le Code marocain de la famille*, Bruylant 2005, p. 129, y, aunque con tono moderado, indicando que se «enorme progreso» LAROCHE-GISSEROT, F., «Le nouveau Code marocain», *RDI et Comp.*, 2005, pp. 335-336). Cabe recordar que no ha colmado las expectativas iniciales, pues poco después de acceder Mohamed VI al trono de Marruecos, se elaboró un *Plan nacional de acción en vistas a la integración de la mujer en el desarrollo*, que reemplazaba realmente el repudio por el divorcio judicial, y ampliaba el concepto de pensión alimenticia a fin de comprender el domicilio conyugal cuando la madre tiene atribuido (con carácter prioritario por ley) el derecho de guarda de sus hijos, y se acordaba a la mujer

divorciada la mitad de los bienes adquiridos durante el matrimonio. Si tal reforma hubiera claramente llegado a ver la luz (lo que no era fácil) los llamados «conflictos de civilizaciones» hubieran dejado de plantearse con Marruecos. Tales expectativas no se han colmado suficientemente. Pero, entre la «propaganda oficial» y la realidad de la reforma, es posible alentar una interpretación sabia y adaptada del Código marroquí, si necesario, con la mira puesta en los derechos individuales. Esta conclusión podría desprenderse de la decisión que hemos seleccionado para este comentario.

Pero el debate no está cerrado sino abierto de par en par. El TEDH (*D.D. c. Francia*, 8.2.2006) ha reforzado recientemente la jurisprudencia de la *Cour de Cassation* francesa con respecto al reconocimiento (mejor dicho el rechazo) de los repudios marroquíes o argelinos (QUIÑONES, A., «La réception du nouveau Code de la famille marocain en Europe», *RDIPP*, 2004, pp. 891), acaecidos al amparo del anterior Código, pero por motivos que no es evidente que desaparezcan con el nuevo. Como apuntamos en otras ocasiones, cabe ser beligerante, teniendo en cuenta cierta función pedagógica del derecho, con instituciones que conculcan el principio de igualdad como el repudio y la poligamia, pero sin perder de vista los intereses de las personas que *in casu* acuden a los Tribunales, y que, cuando viajan a uno u otro país, pueden verse, a su pesar, atrapadas por dos lógicas jurídicas distintas.

Ana QUIÑONES ESCÁMEZ

### 3. Documentos públicos extranjeros

2006-16-Pr

**DOCUMENTOS EXTRANJEROS.—Escritura notarial de compraventa otorgada por Notario alemán. Bien inmueble situado en España. Inscripción en el Registro de la Propiedad español.**

Preceptos aplicados: Artículos 49, 53 y 56 del TCE; 9.3 y 24 de la CE; 1, 3, 4.3, 9 y 11 del CR; 4, 19 bis, 325, 326, 327 de la LH, 17 bis de la LN, 1.5.º, 9, 10, 609, 1216 y 1462.2 del CC; 36, 37 y 38 RH.

**[Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Santa Cruz de Tenerife de 9 de marzo de 2006. Magistrado-Juez Ilmo. Sr. D. Juan Luis Lorenzo Bragadol.]**

F.: *Aranzadi (Westlaw)*, AC 2006/244.

**Nota:** 1. En el mes de febrero de 2005 la DGRN nos sorprendía con una Resolución en la que ratificaba una decisión del Registrador de la Propiedad de Puerto de la Cruz, en Tenerife, por la que éste denegaba la inscripción de una escritura de compraventa de un inmueble sito en el ámbito de su Registro y que había sido otorgada por un Notario alemán. El Registrador justificó su decisión en dos circunstancias: que el documento alemán carecía de plena fuerza legal en España y que el sistema español de transmisión de la propiedad por contrato es muy diferente del alemán. Esta decisión fue recurrida ante la DGRN quien, resolvió mediante Resolución de 7 de febrero de 2005 (*BOE*, 6 de abril de 2005, *Aranzadi Westlaw*, RJ 2005/2452), en la que mantuvo el mismo criterio que el Registrador, aunque con un desarrollo argumental mucho más elaborado. La doctrina sentada en esta Resolución, y reiterada en la de 20 de mayo de 2005 (*BOE*, 1 de agosto de 2005, *Aranzadi Westlaw*, RJ 2005/5645), ha sido causa de un intenso debate doctrinal, siendo ya varias las contribuciones que se han ocupado de estas Reso-

luciones (vide GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., «Traditio y escritura pública (Reflexión crítica a propósito de la doctrina de la DGRN contenida en las Resoluciones de 7 de febrero y 20 de mayo de 2005)», *La Ley*, núm. 6322, de 20 de septiembre de 2005, D-208, vol. 4, pp. 1585-1589; SÁNCHEZ LORENZO, S., «La eficacia registral de las escrituras públicas de compraventa de inmuebles otorgadas ante notario extranjero a la luz de la doctrina reciente de la Dirección general de los Registros y del Notariado», *ibídem*, núm. 6425 de 20 de febrero de 2006, pp. 1-14; AÑOEROS TERRADAS, B., «Effects in Spain of a deed of sale and Purchase of a Property, Located in Spain, Authorised by a German Notary Public», *Yearbook Private International Law*, 2005, vol. 7, pp. 277-282; ARENAS GARCÍA, R., «Denegación de la inscripción de un documento en el Registro de la Propiedad español por el hecho de ser extranjero», *AEDIPr*, 2005, vol. V, pp. 337-349; HEREDIA CERVANTES, I., *CCJC*, 2006, núm. 70 (enero/abril), pp. 122-138). La causa del interés despertado por estas Resoluciones es que en ellas se ha formulado con claridad la doctrina de que no es posible la inscripción en el Registro de la Propiedad español de documentos públicos extranjeros, a salvo de aquellos supuestos en los que el documento se limite a realizar una mera constatación fáctica. Tal como se ha destacado este resultado choca con nuestra tradición jurídica y plantea no pocos problemas en la práctica. Además, y aunque de forma tangencial, esta doctrina incide en un debate largo y profundo que se viene desarrollando desde hace años en el mundo jurídico español: las relaciones entre Notarios y Registradores o, más precisamente, la forma en que debe articularse el doble control de legalidad que deben realizar ambos en las operaciones que acceden al Registro a través de un documento público.

El iter procesal del caso que dio origen a la Resolución de 7 de febrero de 2005 siguió, sin embargo, su curso, alejado –en principio– del intenso debate que había originado. En el curso de este proceso la parte que había solicitado la inscripción del documento notarial alemán impugnó ante el Juzgado de Primera Instancia de Santa Cruz de Tenerife la calificación hecha por el Registrador y la Resolución de la DGRN que la confirmaba, acudiendo al procedimiento previsto en los artículos 324 a 328 de la LH. La Sentencia que aquí se comenta resuelve en primera instancia sobre dicha petición y a ella se limitará este comentario.

2. Vaya por delante que, tal como habrá advertido el lector que se haya detenido en el extracto de la Sentencia que se encuentra inmediatamente antes de este comentario, el Magistrado encargado del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Tenerife mantiene un criterio contrario a la DGRN en el asunto que nos ocupa, habiendo declarado la nulidad de la Resolución de 7 de febrero de 2005 y ordenando la inscripción del documento notarial alemán en el Registro de la Propiedad de Puerto de la Cruz, tal como se había pretendido inicialmente. Dada la importancia de esta Resolución, la Sentencia que la anula no puede dejar de despertar un profundo interés jurídico, incluso asumiendo que se trata de una decisión que carece de firmeza. Ahora bien, tampoco cabe desconocer que, curiosamente, pese a que el fallo anula la Resolución de la DGRN de 7 de febrero de 2005, la argumentación del Tribunal se centra en la calificación del Registrador, y no en la Resolución de la DGRN. Así se mantiene en el Fdo. de Derecho Segundo, donde se afirma que «Se impugna la resolución pero sólo cabe discutir sobre la calificación». Como veremos un poco más adelante, sin embargo, el Juez no sigue estrictamente su propio postulado y en algún punto se refiere a la Resolución de la DGRN; aunque bien es cierto que siempre al hilo del análisis de la calificación negativa del Registrador de la Propiedad de Puerto de la Cruz. Merece, sin embargo, un mínimo comentario esta interpretación del Juez, pues podría ser objeto de alguna crítica, tal como veremos inmediatamente.

La decisión que comentamos anula, por tanto, la Resolución de la DGRN de 7 de febrero de 2005; pero, tal como se ha indicado, sin cuestionar directamente su contenido, limitándose al análisis de la calificación del Registrador antecedente de la Resolución. Se trata de un resultado sorprendente que encuentra su explicación en el sistema de recursos contra la calificación del Registrador introducidos en la LH por el artículo 102 de la Ley 24/2001, de 27 de diciem-

bre de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (BOE, 31 de diciembre de 2001). De acuerdo con este sistema (arts. 322 a 328 de la LH) la calificación negativa del Registrador puede ser impugnada ante la DGRN o, bien, ante los Juzgados de la capital de la provincia en que está situado el inmueble al que se refiere la inscripción (art. 324 de la LH). Este recurso ante la calificación del Registrador se regula en los artículos 324 a 327 de la LH, preceptos en los que fundamenta la sentencia que comentamos el que su análisis se limite a la calificación del Registrador. El recurso que se plantea ante el Juzgado de Primera Instancia, sin embargo, no es el regulado en estos artículos de la LH, sino el previsto en el artículo 328 de la LH, resultando dudoso que la limitación que se prevé en el artículo 326 de la LH a la que se refiere la Sentencia del JPI de Santa Cruz de Tenerife de 9 de marzo («El recurso deberá recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionan directa e inmediatamente con la calificación del Registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma») pueda interpretarse como limitativa del examen de la Resolución de la DGRN que confirma la calificación negativa del Registrador, máxime cuando el objeto del recurso es la anulación de dicha Resolución. Esta limitación más bien parece referirse a la imposibilidad de juzgar sobre la cuestión de fondo que se encuentra vinculada a la solicitud de inscripción, manteniéndose de esta forma la distinción entre las cuestiones propiamente registrales, aquellas sobre las que se pronuncia el Registrador y, en su caso, la DGRN, y las relativas al derecho objeto de registro, que deberían ventilarse ante los Tribunales en un juicio ordinario (vide sobre esta distinción en relación al sistema de recursos contra la calificación introducido por la Ley 24/2001 FIGUEIRAS DACAL, M., «Recurso gubernativo *versus* judicial», *RCDI*, 2003, año LXXIX, núm. 680 (nov./dic.), pp. 3291-3335; PARDO NÚÑEZ, C., «La revisión jurisdiccional de las calificaciones registrales: problemática del nuevo recurso judicial», *ibídem*, pp. 3337-3360).

Ciertamente, puede aducirse en apoyo de la Sentencia que comentamos que el tenor de los artículos 322 y ss. de la LH dista de ser suficientemente claro, superponiendo la regulación del recurso administrativo contra la calificación con la impugnación judicial de la misma, unida o no a la Resolución de la DGRN que la confirme. En el marco confuso que ofrecen estos preceptos no es extraño que se produzcan ciertas vacilaciones, como muestra esta decisión; pero no debe dejar de señalarse que resulta anómalo que pueda anularse una Resolución administrativa sin que sea dado debatir sobre ella, basándose únicamente en el acto previo a la misma, tal como sostiene la Sentencia que nos ocupa. Resultaría deseable que se consolidase una interpretación que mantuviera que cuando se ha optado por recurrir la calificación del Registrador ante la DGRN (lo que no resulta obligado), si esta confirma la calificación negativa y se hace preciso, por tanto, impugnar judicialmente no solamente la calificación, sino también la Resolución, los órganos jurisdiccionales han de conocer plenamente sobre esta última, toda vez que la anulación de ésta no puede ser solamente un resultado derivado de la rectificación de la calificación del Registrador que realice la sentencia. Una mejor sistemática y redacción de los artículos 322 a 328 de la LH contribuiría a conseguir este objetivo.

3. Entrando ya en el fondo del asunto, la Sentencia que nos ocupa rectifica el criterio del Registrador y de la DGRN, tal como se ha adelantado. A este resultado llega mediante la consideración de los dos argumentos presentes en la calificación negativa realizada por el Registrador de la Propiedad de Puerto de la Cruz. Tales argumentos son el de que la escritura alemana carece de plena fuerza legal en España y que el sistema de transmisión de los derechos reales español es muy diferente del alemán.

En lo que se refiere al primer punto la Sentencia que comentamos acierta al afirmar sin ambages que el argumento del Registrador, desarrollado posteriormente por la DGRN, conduce «en la práctica, a la inviabilidad absoluta de los títulos extranjeros para acceder al Registro de la Propiedad». Este resultado es incompatible con la regulación hipotecaria, tal como señala esta Sentencia (Fdo. de Derecho Tercero) y había destacado la doctrina que se ha ocupado de

la Resolución de la DGRN de 7 de febrero de 2005 (vide AÑOVEROS TERRADAS, B., *loc. cit.*, pp. 280-281; SÁNCHEZ LORENZO, S., *loc. cit.*, p. 3; ARENAS GARCÍA, R., *loc. cit.*, pp. 340-341). Es interesante destacar este punto, pues supone la anulación concisa y radical de la consecuencia más trascendente de la doctrina sentada por la DGRN en su Resolución de 7 de febrero: la reserva a los Notarios españoles del monopolio en la producción de los documentos que han de acceder al Registro de la Propiedad español. En el Fdo. de Derecho Quinto se incide de nuevo en la falta de fundamento legal para este monopolio al negar que pueda interpretarse que los documentos públicos a los que se refiere el artículo 1216 del C.c sean únicamente los producidos por un Notario español, tal como pretende la DGRN. La Sentencia que comentamos apunta, también, que esta limitación a la eficacia en España de los documentos producidos por Notarios de otros Estados miembros de la UE supone una vulneración de la normativa comunitaria en materia de libre prestación de servicios, extremo que también había adelantado la doctrina que se ha ocupado de esta cuestión (vide SÁNCHEZ LORENZO, S., *loc. cit.*, p. 13).

El segundo de los argumentos empleados por el Registrador es la diferencia entre los sistemas alemán y español de transmisión de los derechos reales. También aquí el Juez indica con razón que no basta con una referencia genérica a la diferencia entre los sistemas de transmisión del dominio alemán y español para justificar la denegación de la inscripción del documento notarial alemán. La falta de ninguna otra argumentación del Registrador sobre este punto debería ser suficiente para la estimación del recurso, tal como señala la Sentencia que comentamos en su Fdo. de Derecho Cuarto; pero esta ausencia no es aprovechada por el Juez para escatimar en su argumentación, sino que, yendo más allá de lo que sería preciso a la luz de la calificación registral que, en teoría, se limita a enjuiciar, muestra como, pese a lo que parece sobreentender la Res. de la DGRN de 7 de febrero de 2005, no cabe presumir que el Derecho español sea el único que rige el contrato de compraventa documentado por el Notario alemán. Así, explica cómo tanto la capacidad de los contratantes como ciertos aspectos formales habrían de regirse por el Derecho alemán. Es cierto que en el contexto del recurso jurisdiccional que resuelve esta decisión, y dentro de los límites que se ha fijado el Juez a los que nos referíamos en el número 1 anterior, no tiene excesiva transcendencia este excursus sobre la determinación de la ley aplicable al contrato de compraventa que fundamenta la transmisión de la propiedad que pretende acceder al Registro de la Propiedad español; pero resulta muy relevante en relación a la doctrina sentada por la DGRN en sus Resoluciones de 7 de febrero y 20 de mayo de 2005; ya que en éstas se dio por sentado que tratándose de la transmisión de bienes inmuebles situados en España debería ser el Derecho español el que rigiese el contrato de transmisión de los mismos. Evidentemente, se trata de un error grueso que desconoce la posibilidad de que los contratos relativos a bienes situados en España puedan regirse por Derechos diferentes del español y que indica una cierta confusión entre los aspectos obligacionales y reales que se encuentran presentes en las operaciones de transmisión del dominio y otros derechos reales (vide SÁNCHEZ LORENZO, S., *loc. cit.*, pp. 10-11; ARENAS GARCÍA, R., *loc. cit.*, p. 344). Las consideraciones de la Sentencia en este punto son, desde luego, mucho más acertadas que las vertidas por la DGRN en las mencionadas Resoluciones del año 2005.

4. En conclusión, la Sentencia que comentamos supone la introducción de un nuevo actor, el poder jurisdiccional, en un intenso debate en el que hasta ahora el único punto de referencia había sido la DGRN. Hemos de aguardar a nuevos pronunciamientos de los Tribunales en relación a la cuestión de la eficacia registral en España de los documentos públicos extranjeros; y como no sabemos que dirán esas decisiones futuras conviene que nos apresuremos a loar esta primera que, a juicio de este comentarista, es casi tan buena como mala es la Resolución de 7 de febrero de 2005. En cualquier caso, y sea cual sea el contenido de las decisiones judiciales que sigan a ésta, conviene saludar positivamente que, finalmente, y gracias al sistema de recurso judicial contra la calificación negativa de los Registradores de la Propiedad introducido en la LH, sea posible que los Jueces y Tribunales puedan construir también doctri-

na en materia registral, reduciendo el absurdo monopolio del que en este punto gozaba, dentro del Ministerio de Justicia, el departamento encargado de la administración de los Registros Públicos y del Notariado.

Rafael ARENAS GARCÍA

#### 4. *Sucesiones*

2006-17-Pr

**SUCESIONES.—Pretendida declaración de derechos sucesorios como cónyuge viuda. Marido emigrante a Venezuela país en el que obtuvo la mencionada nacionalidad y donde no reanudó la convivencia marital. Sentencia de divorcio dictada en Venezuela (cuestión previa). Pronunciamiento no reconocido en España.**

**[Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 5.ª de 29 de julio de 2005, núm. 301/2005. Ponente: Ilma. Sra. D.ª. María José Pueyo Mateo.]**

F.: Aranzadi (*Westlaw*), JUR 2005/206766.

**Nota:** 1. El interés principal de la sentencia objeto de este comentario radica en las diferentes soluciones que dan al problema de la cuestión previa en primer lugar, el órgano juzgador en instancia que se hace eco, sin razonarlo, de la teoría del «orden competente» y, posteriormente la Audiencia que opta por la aplicación del Derecho español a la misma; si bien es cierto que en ambos pronunciamientos el resultado final es el mismo.

2. Nos encontramos ante un problema de la sucesión de un nacional venezolano, casado con una española el 30 de julio de 1952 y divorciado por sentencia venezolana, dictada en 1975, no reconocida e imposible de que lo fuera en España (según afirma la demandante, por causa de la rebeldía de demandado). La demandante solicita la declaración de sus derechos sucesorios como cónyuge viuda en la sucesión, así como la nulidad de la aceptación, adjudicación de la herencia y simultánea compraventa de los bienes del causante por parte de los hijos declarados herederos abintestato en Venezuela.

3. Ni en primera instancia ni en apelación se cuestiona la competencia judicial internacional del Tribunal español que bien puede ser que sea competente por la existencia de bienes inmuebles en España o por simple sumisión tácita a nuestros Tribunales. En cualquiera de los dos casos previstos en la LOPJ, el primero atendiendo a un foro especial en materia de sucesiones (art. 22.3) y el segundo en atención a la autonomía de la voluntad de las partes (art. 22.2), el Tribunal español podría tener competencia para conocer. En relación a los demás foros de competencia no se cumple ninguno: ni el domicilio del demandado está en España, ni lo está el último domicilio del causante (art. 22 LOPJ). La demandante reside en España y es nacional Argentina país al que emigró (no se especifica la fecha); si bien es cierto que ninguno de estos puntos de conexión se recogen como criterios de competencia en la LOPJ para la materia objeto del litigio. Por tanto, la vinculación con nuestro país es muy débil, a salvo la existencia de una serie de fincas en Luarca (localidad en cuyo Registro de la Propiedad se ha procedido a las inscripciones de compraventa) conexión que otorgaría competencia al Tribunal español en lo referente a la sucesión.

4. Respecto a la nacionalidad del causante la sentencia al afirmar que de conformidad con el artículo 24 CC «...tenía doble nacionalidad, dado que al adquirir la venezolana no cons-

ta que hubiera renunciado a la española» y que «siendo la primera de las citadas la última adquirida y la coincidente con su residencia habitual – art.9.9 CC–», concluye que la nacionalidad a tener en cuenta es la venezolana y, por tanto, ese ordenamiento el que resulta aplicable. Sin embargo, tomando como referencia la legislación española en materia de nacionalidad en el momento en que el causante adquirió la nacionalidad venezolana (28 de noviembre de 1957) era aplicable la Ley de 15 de julio de 1954 por la que se reforma el título Primero del Libro primero del Código Civil denominado «De los españoles y extranjeros» que disponía: «No obstante lo dispuesto en el párrafo primero, la adquisición de la nacionalidad de un país iberoamericano o de Filipinas no producirá la pérdida de la nacionalidad española cuando así se haya convenido expresamente con el Estado cuya nacionalidad se adquiera».

Dado que no existía Convenio de doble nacionalidad con Venezuela está claro que el causante (D. Gabino) perdió su nacionalidad española de origen y, además, no consta su recuperación más adelante. Pero incluso en el supuesto de haber mantenido las dos, es dudoso que la nacionalidad preferida fuera la venezolana ya que la DGRN, en varias de sus Resoluciones, ha declarado la prioridad de la nacionalidad española frente a otra en cualquier supuesto excepto cuando exista Tratado de doble nacionalidad. Incluso en el de doble nacionalidad «previsto en las leyes españolas» (art. 9.9 del CC párrafo primero y Resoluciones de la DGRN de 15 de marzo de 2005, de 12 de febrero de 2002, etc.).

Respecto a la nacionalidad de la demandante se entiende que esta ostenta la nacionalidad argentina, no obstante es posible plantear otras posibilidades: a) si su adquisición se hubiera producido, como parece deducirse de los hechos, entre el año 1954 y el año 1982 resultaría la misma situación que en el caso anterior, es decir, pérdida de la nacionalidad española a no ser que se hubiera acogido al Convenio de doble nacionalidad con la República Argentina de 14 de abril de 1969; b) si la adquisición de la nacionalidad Argentina se hubiera producido con posterioridad a 1982 no hubiera perdido la española en virtud de la redacción del artículo 23 párrafo cuarto del CC tras la Ley 51/1982, de 13 de julio, de modificación de los artículos 17 al 26 del CC, que extiende la posibilidad de doble nacionalidad (conforme a la Constitución española art. 11.3) a cualquier adquisición de la nacionalidad de países iberoamericanos hubiera o no Convenio con los mismos (ABARCA, A. P.; ESPLUGUES, C.; VARGAS, M., y DE LORENZO, M., *Legislación de derecho de la nacionalidad y derecho de extranjería*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006).

5. Conforme a lo dicho en materia de nacionalidad queda claro que el causante únicamente ostentaba la venezolana cuando falleció por tanto, en virtud del artículo 9.8 del CC, es el ordenamiento jurídico de este país el aplicable a la sucesión. En el momento de su muerte (1988) todavía no existía en ese mismo artículo el párrafo que se refiere a los derechos que se atribuyen por ley al cónyuge superviviente, y que ordena la aplicación a ese supuesto de la ley aplicable a los efectos del matrimonio (en aquel tiempo ley nacional del marido al tiempo de su celebración, esto es, de la ley española). Sin embargo, la sentencia, haciéndose eco de la Resolución de la DGRN de 11 de marzo de 2003 (que resuelve en un recurso interpuesto a efectos doctrinales una sucesión hereditaria, sin que en principio tenga semejanzas con la que estamos tratando) y refiriéndose a este concreto párrafo incluido en la reforma del Código civil de 1990, afirma que dada la ausencia de disposición transitoria al respecto se han de aplicar las contenidas en el Código civil; en particular, lo previsto para los derechos sucesorios en la disposición transitoria número doce. Conforme a la misma, y siguiendo la postura de la autoridad registral en la mencionada Resolución, el órgano juzgador determina que la normativa aplicable al supuesto en este aspecto será la ley vigente en el momento de aceptación de la herencia. En la sentencia se da por probado que la apertura de la sucesión se produce el 17 de diciembre de 1998, por tanto ya en vigor el párrafo citado. Todo ello resulta confuso ya que, por una parte la citada disposición transitoria no se refiere en absoluto a la norma vigente en el momento de aceptación de la sucesión y, por otra, no es de aplicación al caso que ha de resolverse por el derecho aplicable en el momento de la muerte. Pero aún más inexplicable resulta la afirmación

de que «... la ley vigente en el momento de producirse aquella –la apertura de la sucesión 1998– no contenía la excepción introducida por la Ley 11/1990 y, en consecuencia, hay que entender que la sucesión se regía en su totalidad por la ley venezolana». La explicación de este último error del órgano juzgador estriba, a nuestro entender, en una confusión al transcribir la fecha (1998 por 1988).

6. La aplicación por el Tribunal español del artículo 9.8 del CC en su primer párrafo nos remite a la ley venezolana, como ley nacional del causante, para regir toda la sucesión. Si la ley venezolana llamara a suceder a la esposa estaríamos ante una cuestión principal, la sucesión, y una cuestión previa, la existencia o no de un divorcio; por tanto, habría de cuestionarse la validez del mismo bien en Venezuela, donde sí lo es ya que allí se dictó, bien en España, donde no existe al no haber obtenido el reconocimiento de la sentencia. La solución que diéramos a tal cuestión cambiaría el resultado final. En definitiva la pregunta, general a toda cuestión previa de Derecho internacional privado, sería cual de los dos sistemas de Derecho internacional privado debe aplicarse, si a las dos cuestiones el sistema español (a la sucesión y al divorcio), en cuyo caso el divorcio no existe al no haber sido reconocido, o si remitimos esta última al ordenamiento que rige la cuestión principal (el venezolano) y, por tanto, el divorcio es válido y no habría derecho a la sucesión por parte de la ex esposa.

7. Al tratarse en este caso la cuestión previa de un reconocimiento de sentencia dictada en el país al que nos conduce la cuestión principal y no de una cuestión de ley aplicable, la opción para determinar si la ahora demandante es o no cónyuge si lo hiciéramos conforme al derecho español su tratamiento variaría en función de la hipótesis de partida:

a) Para el supuesto en el que ninguno de los cónyuges sea ya español es evidente que la sentencia de divorcio no necesita de inscripción alguna en el Registro y, por tanto, no es necesario el reconocimiento de la sentencia, ni tan siquiera el incidental si lo hubiera. De hecho, el Tribunal que está conociendo de la sucesión, y ante el que se le presenta la sentencia de divorcio como prueba, habría de limitarse a comprobar que se dan los requisitos de los documentos públicos extranjeros (art. 323 LEC).

b) Ahora bien, la cuestión se complica si la ahora demandante conserva la nacionalidad española (junto con la nacionalidad argentina que sí ostenta). En este supuesto sería necesaria la inscripción de la sentencia de divorcio previo reconocimiento de la misma, que podría no otorgarse si, como afirma la demandante, se hubiera dictado en rebeldía.

8. El alejamiento del supuesto con el foro obliga a dar otra solución basada en la aplicación del ordenamiento extranjero para resolver la totalidad de la cuestión. Pues, si bien en el momento de la celebración del matrimonio (1952) ambos eran españoles y el matrimonio se celebró en España y no existía ningún elemento de internacionalidad, con el paso del tiempo sus contactos con el ordenamiento español se limitan a determinados inmuebles situados en nuestro país (y quizá a la doble nacionalidad de la demandante).

Repárese pues que un problema en principio nacional (cónyuges españoles, celebración del matrimonio en España, etc.) se transforma en internacional (cambio de nacionalidad del marido y de la esposa, residencia de ambos fuera de España, testamento en el extranjero). Como ya hemos dicho, la cuestión previa gira en torno a la validez o no de una situación jurídica ya creada por el ordenamiento material aplicable que, conforme a lo previsto en la norma de conflicto, resuelve la cuestión principal. Esta última solución es la que aplica la sentencia en instancia respecto a la condición de casada de la demandante al disponer: «porque la norma de conflicto remite a la ley venezolana y conforme a ella el divorcio del causante es totalmente válido» (sobre esta situación en concreto vide PICONE, P., «La méthode de la référence à l'ordre compétent», *R. des C.*, t. 197, 1986-II, pp. 303-312).

9. La sentencia en apelación otorga al tema del divorcio venezolano un tratamiento diferente al resuelto en instancia. Así, a pesar del reconocimiento de la competencia de la ley

venezolana, al afirmar que «no ha acreditado que conforme a la ley venezolana se le hubiese privado de derecho sucesorio alguno», desestima la pretensión de la demandante en base al Derecho español ya que considera que pierde todo derecho a la herencia por el largo tiempo transcurrido sin convivencia en interpretación del artículo 834 del CC. En definitiva lo cierto es el que el órgano juzgador a lo largo de su pronunciamiento no aborda el tema de la sentencia de divorcio venezolana.

Ana Paloma ABARCA JUNCO  
Mónica HERRANZ BALLESTEROS

### III. DERECHO DEL COMERCIO INTERNACIONAL

#### 1. *Quiebra*

2006-18-Pr

**INSOLVENCIA COMUNITARIA.—Reconocimiento y ejecución de una resolución judicial inglesa por la que se declara la insolvencia del deudor así como la designación de un administrador de la misma. Aplicación de los artículos 16 y 25 del Reglamento 1346/2000.**

Preceptos aplicados: Artículos 2, 3, 11, 16, 17, 24 y 25 del Reglamento 1346/2000; artículos. 38-58 del Reglamento 44/2001.

**[Auto del Juzgado de lo Mercantil de Málaga, núm. 1. Núm. 142/2005, 2 de septiembre.]**

F.: *Aranzadi (Westlaw)*, AC 2005/1250.

**Nota:** 1. La resolución que se comenta tiene como origen la solicitud del reconocimiento y la ejecución de varias decisiones judiciales dictadas por los Tribunales ingleses: una relativa a la declaración de quiebra, otra que designa al administrador del concurso y, por último, la que se refiere al reconocimiento de deuda por parte del quebrado. El solicitante de exequátur invoca la aplicación del Reglamento 1346/2000, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia (*DOCE* núm. 160, 30 de junio de 2000 e *ibid.* núm. L 176, 5 julio 2002) al tratarse, entiende, de un «procedimiento de insolvencia comunitario». Aplicación que, en su caso, se vería reforzada por lo establecido por el artículo 199 de la Ley 22/2003, de 9 julio, Concursal (*BOE*, 10 julio 2003).

2. El punto de partida del sistema de reconocimiento del Reglamento de insolvencia es el reconocimiento automático de las resoluciones, judiciales o no, dictadas al amparo del mismo y, por tanto, sólo se reconocerán y ejecutarán conforme a él aquéllas que hayan utilizado como criterio de competencia el previsto en su artículo 3: el centro de intereses principal del deudor. De cumplirse este requisito serán de aplicación el artículo 16 para la declaración de insolvencia y el artículo 25 para el resto de resoluciones. Este último remite a los artículos 31 a 51 del Convenio de Bruselas (que deben entenderse sustituidos por los arts. 38 a 58 del Reglamento 44/2001, conforme a lo establecido en el art. 68 de este texto, si bien en el presente Auto no se hace la mención «ajustada» de los citados preceptos) que establecen las condiciones para la ejecución (declaración de ejecutabilidad) de las resoluciones.

Dicha remisión, sin embargo, excluye la aplicación de las excepciones para el reconocimiento y la ejecución (art. 34. pfo. 2.º del Convenio de Bruselas y art. 45.1.º del Reglamen-

to 44/2001), es decir, las causas previstas en los artículos 27 y 28 del Convenio de Bruselas y 34 y 35 del Reglamento 44/2001. Así, se establece como única excepción al reconocimiento y la ejecución es la prevista en el artículo 26 del Reglamento de insolvencia: que la resolución extranjera sea contraria al orden público del Estado miembro de destino de la misma.

Todo ello conduce a que el Juez español deba limitar su labor fiscalizadora a comprobar que la petición de reconocimiento y ejecución se haya presentado ante el órgano judicial pertinente, conforme a lo previsto en el Anejo II del Reglamento 44/2001, comprobar que concurren los presupuestos de aplicación del Reglamento (materia, tiempo y espacio) y, finalmente, aplicar las normas para dar eficacia a la resolución inglesa.

3. Verificada la primera condición procede examinar el resto. Primeramente, el Tribunal español comprobó que el órgano que dictó la resolución es o no un órgano judicial o asimilado conforme a lo previsto en el artículo 2 del Reglamento. La duda surgió porque en la petición se hacía mención del «Registro del Distrito de Manchester». No obstante, ésta se disipa al entender que éste se encuentra incluido en las previsiones del apartado d) del artículo 2 del Reglamento.

En segundo lugar, se verifica que el objeto del litigio se encuadra en el ámbito material del Reglamento. La conclusión a la que se llega es que, en efecto, se trata de un procedimiento para la declaración de insolvencia. Sin más comprobaciones se considera aplicable el Reglamento a la resolución proveniente de Inglaterra y se acepta el reconocimiento y ejecución en territorio español.

Sin embargo, el Tribunal español obvió la comprobación de que temporal y espacialmente fuese aplicable el Reglamento al presente supuesto. Para valorar convenientemente las cuestiones no afrontadas es preciso analizar algunas de las resoluciones dictadas por los Tribunales ingleses en este asunto en las que se aportan datos reveladores. Así, destacaremos la Sentencia de la *Court of Appeal (Civ. Division)* de 20 de julio de 2004, Asunto *Rio Properties Inc. v. Gibson Dunn & Crutcher and other* y la Sentencia de la *High Court of Justice Chancery Division*, de 7 de diciembre de 2005, Asunto *Buchler v. Al Midani* [ambas en *Westlaw internacional*, 2004 WL 1476784 (CA Civ Div) y 2005 WL 3734079 (Ch D), respectivamente].

4. Del asunto que dio origen a la resolución que comentamos podemos destacar que el procedimiento para la declaración de insolvencia se promueve por un casino situado en Nevada (Estados Unidos) y otros situados en otras partes del mundo. El primero reclama el pago de una deuda que asciende a unos 1,8 millones de dólares. El total reclamado asciende, aproximadamente, a 10 millones de dólares.

Los acreedores acuden a los Tribunales ingleses para que se adopten las medidas oportunas con el fin de que no se dilapiden ciertos bienes situados en Inglaterra y que podrían ser de titularidad del deudor. Por ello presentan en diciembre de 2001 una petición para la declaración de insolvencia así como para el nombramiento, con carácter de urgencia, de un administrador provisional. Se refuerza la situación de riesgo que justificaría esta medida con el hecho de que el deudor es uno de los herederos de una importante fortuna que, en el momento de iniciarse el procedimiento de declaración de quiebra estaba pendiente la asignación de cuotas, a causa de las dificultades encontradas para elaborar el inventario de los bienes de la sucesión (véase la Sentencia *Queen's Bench Division (Commercial Court)* de 22 de febrero de 1999, *Lloyd's Reports*, 1999-1, pp. 923 y ss., en el Asunto *Al Midani and others v. Al Midani and others*). Dicha dificultad obligó a que en el procedimiento de quiebra se solicitase, además, una «disclosure» para consultar los archivos familiares así como para tomar declaración a testigos con el fin de determinar qué bienes pertenecían o podrían ser asignados al quebrado y poder así ejecutar las resoluciones sobre la quiebra.

5. A pesar de la urgencia de la petición, el nombramiento del administrador provisional no se lleva a cabo hasta julio de 2002. Se abre aquí una interrogante: ¿el procedimiento que nos

ocupa entraría dentro del ámbito temporal y espacial del reglamento 1346/2000? Y, en tal caso, ¿qué criterio de competencia se utilizó por los Tribunales ingleses?

Por lo que respecta a la primera cuestión, según se menciona en la sentencia de 2004, la petición para la declaración de insolvencia se presenta en diciembre de 2001, pero los Tribunales ingleses no adoptan ninguna decisión hasta julio de 2002. Según establece el artículo 43 del Reglamento éste se aplicará «únicamente a los procedimientos de insolvencia que se abran con posterioridad a su entrada en vigor», es decir, a partir del 31 de mayo de 2002. Para determinar el momento de apertura del procedimiento debemos considerar el artículo 2.f) del mismo texto en el que se indica que la apertura del procedimiento se concreta en el «momento en el cual la decisión de apertura produce efectos».

Según se ha interpretado recientemente por el Tribunal de Justicia, el artículo 43 debe interpretarse «en el sentido de que se aplica si antes de su entrada en vigor, el 31 de mayo de 2002, no se ha dictado ninguna resolución de apertura de un procedimiento de insolvencia, aunque la presentación de la solicitud de apertura sea anterior a esa fecha» (Sentencia del Tribunal de Justicia, Asunto C-1/04, de 17 de enero de 2006, en el procedimiento *Susanne Staubitz-Schreiber*, § 21). De lo anterior podemos concluir que en el presente caso sería de aplicación el Reglamento.

6. En relación con el ámbito espacial, la «conexión comunitaria» se establece por la existencia en la Comunidad de un centro de intereses principal del deudor (art. 3), entendido éste como el «lugar donde el deudor ejerce de modo habitual, y, por tanto, reconocible por terceros, la administración de sus intereses» [Informe del Convenio relativo a los procedimientos de insolvencia, de 23 de noviembre de 1995, elaborado por M. VIRGÓS y E. SCHMIT (en adelante, Informe Virgós/Schmit), § 75]. Por tanto, el Reglamento sólo se aplica respecto de los deudores domiciliados en la Unión. Así, el domicilio/establecimiento del deudor en la Comunidad no sólo define el ámbito de aplicación espacial sino que también se erige como la regla que determina competencia única de los Tribunales del Estado donde aquél se encuentre. En otro caso, para los no domiciliados, se estará, en su caso, a lo dispuesto por las normas nacionales (arts. 10-11 y 200 de la Ley Concursal).

En el presente asunto, de las sentencias mencionadas, podemos concluir que el deudor está domiciliado en un tercer Estado y que carece de actividad económica alguna en la Comunidad (en este caso, en Inglaterra). De todas las circunstancias descritas cabe concluir que fue la petición de la adopción de una medida de urgencia inicial para que se designase un administrador provisional de los bienes situados en Inglaterra lo que, finalmente, justificó la competencia de los Tribunales ingleses para decidir sobre la insolvencia. En efecto, los Tribunales ingleses se consideran competentes para designar un administrador provisional de bienes situados en Inglaterra de un deudor frente al que sus acreedores han planteado un procedimiento de insolvencia. Entienden que existe competencia conforme a la regla de la «inherent jurisdiction» justificada por «the particular circumstances of the instant case» (Sentencia de 2004, § 7) conforme a lo previsto en la Sección 37 (1) de la *Supreme Court Act* de 1981 y a las secciones 285 a 287 de la *Insolvency Act* de 1986, secciones 285 a 287 (texto que puede consultarse en [www.insolvencyhelpline.co.uk/insolvency-act/p09c2x.htm](http://www.insolvencyhelpline.co.uk/insolvency-act/p09c2x.htm)). Posteriormente, el Tribunal «extiende» su competencia también al nombramiento del administrador definitivo y a la declaración de insolvencia.

De todo lo anterior, cabe afirmar que las resoluciones fueron adoptadas conforme a la legislación interna inglesa porque no sería de aplicación el Reglamento a falta de la «conexión comunitaria». En tal caso, el procedimiento de insolvencia dictado al amparo de las normas nacionales no podría beneficiarse de las regla de reconocimiento y ejecución previstas en los artículos 16 y 25 del Reglamento (Informe Virgós/Schmit, § 145).

8. Si no es aplicable el Reglamento ¿qué otras normas podría haber utilizado el Juez español para dar eficacia a la resolución inglesa? Según establece el artículo 220 de la Ley

Concursal se reconocerán las resoluciones extranjeras relativas a un procedimiento principal de insolvencia que hayan sido adoptadas por los Tribunales del Estado donde el deudor tenga su centro de intereses principales» (art. 220.2.º1). Como hemos indicado anteriormente, no es éste el criterio utilizado. En tal caso, tampoco parece aplicable el régimen de reconocimiento y ejecución previsto por nuestra Ley Concursal. Entonces ¿qué otras opciones habría? Descartada la aplicación de las reglas específica en materia de insolvencia sólo quedaría el régimen común previsto en los artículos 952 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento civil (en este mismo sentido, véanse el Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Única), de 17 de junio de 2003; 31 de julio de 2003 y el Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, sección 1.ª), de 28 de diciembre, todos ellos pueden consultarse en [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es)).

9. Por último, quisiéramos hacer referencia al reconocimiento de la figura del fideicomisario como titular registral.

El Juzgado malagueño realiza una labor de «asimilación» de esta figura a situaciones previstas en las normas españolas. Concluye que puesto que nuestro ordenamiento admite la posibilidad de la sucesión fideicomisaria, el fideicomisario, actúe en el supuesto que sea, no infringe nuestro orden público y, por tanto, puede actuar con plenos efectos.

La duda que nos surge es si la cuestión del fideicomisario fue correctamente planteada. Como sabemos en el procedimiento de insolvencia inglés se designa un síndico que puede tener denominaciones diversas, entre ellas la de «trustee». En el Anejo C del Reglamento de insolvencia se nos indica que éste tendrá la consideración «equivalente» del síndico en la quiebra. Si tal circunstancia no se tiene en cuenta y se hace una traducción literal del término indicado el resultado es que en lugar de indicarse la inscripción del administrador de la quiebra en el registro para que éste pueda, en su caso, actuar sobre los bienes del quebrado, se haga referencia al «fideicomisario» con una cierta nota de exotismo.

10. A modo de conclusión, conviene indicar lo «paradójico» del caso que nos ocupa. Por una parte, si valorásemos exclusivamente el Auto por el que se reconoce y se procede a la ejecución de las sentencias inglesas, deberíamos calificar la actuación del Tribunal español como acertada en el modo de aplicar los artículos 16 y 25 del Reglamento comunitario.

Si, por el contrario, el análisis se realiza a partir de la reconstrucción de toda la tramitación del asunto que comentamos, la conclusión a la llegamos es que el Juez español no actuó convenientemente al no verificar la existencia de «conexión comunitaria» y, finalmente, utilizar una norma inaplicable al asunto que se le planteó.

María Jesús ELVIRA BENAYAS

2006-19-Pr

**CONCURSO INTERNACIONAL.—Competencia judicial internacional. Normativa aplicable: ley concursal. Centro de intereses principales: presunción del domicilio social y desvirtuación de ésta.**

Preceptos aplicados: artículo 10 LC.

**[Auto de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria de 1 de diciembre de 2005. Ponente: Sra. D.ª Carmen María Simón Rodríguez.]**

F.: Aranzadi (*Westlaw*), AC 2006/108.

REDI, vol. LVIII (2006), 1

**Nota:** 1. Comienzan a llegar a los Tribunales españoles los primeros asuntos relativos a la insolvencia transfronteriza. Los órganos jurisdiccionales españoles deben enfrentarse, al igual que ocurre en otros Estados miembros de la Comunidad Europea, a la noción de «centro de intereses principales» del deudor. El auto objeto de esta nota ofrece un interesante supuesto en el que existe una dispersión de los elementos que pueden ser tenidos en cuenta a la hora de determinar dónde se localiza el centro de intereses principales de una sociedad que pretende ser declarada en concurso en España. Es precisamente esta dispersión la que lleva a la Audiencia de Las Palmas a declararse incompetente, al entender que la presunción del domicilio social debe ceder a favor del centro de intereses principales de la deudora (v. *infra* 3). Esta negativa a asumir la competencia por la Audiencia está razonablemente motivada y el auto no merecería tal vez ulteriores comentarios si no fuera porque fundamenta la (in)competencia de los órganos jurisdiccionales españoles con base en la Ley Concursal (LC) en lugar de las disposiciones del Reglamento comunitario de insolvencia, 1346/2000 (RI) (v. *infra* 2). La errónea asunción de base legal no sólo es reprochable por el desconocimiento de las normas vigentes sino por las consecuencias que se derivan de una incorrecta aplicación de las normas a efectos del reconocimiento de la decisión española en el extranjero y, en particular, de un potencial conflicto negativo de competencias como el que puede generar este caso (v. *infra* 4).

2. En el asunto planteado ante la Audiencia Provincial de Las Palmas se recurre el auto del Juzgado de lo Mercantil por el que éste se declara incompetente para conocer del concurso frente a *Sissy Verzendhuis S. L.*, sociedad con domicilio social en Puerto del Rosario, Las Palmas. En este auto se había considerado que la deudora carecía de centro de intereses principales en esa localidad, por lo tanto en España, y, en aplicación de la normativa española sobre concurso internacional, *i. e.* la LC en su artículo 10, debía declararse incompetente. El auto de la Audiencia confirma punto por punto el razonamiento del Juez de lo Mercantil. Resulta llamativo que la Audiencia no haya corregido el auto apelado por error en la normativa aplicable. En efecto, si el centro de intereses principales del deudor se localiza en España, estamos en territorio comunitario y, por tanto, no es aplicable la normativa española (LC) sino la comunitaria. Así resulta claramente de la disposición del artículo 199 LC, que abre el título dedicado a las reglas de Derecho concursal internacional en la norma española y que debe extenderse también a las reglas de competencia judicial internacional, ubicadas fuera de dicho título. Pero incluso si no existiera dicha disposición, y aunque las partes no invoquen el Reglamento, los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros están obligados a aplicarlo. En otros términos, si el centro de intereses principales del deudor se localiza en territorio comunitario, la normativa estatal ‘cede’ su aplicación a favor de la normativa comunitaria: no hay posibilidad de abrir un procedimiento principal en España conforme al artículo 10 LC (o dicho de otra manera, cuando se localice en España el centro de intereses principales del deudor, sólo se podrá abrir un procedimiento de insolvencia universal con base en el artículo 3 del RI). E igualmente se sigue de lo anterior que la declaración de incompetencia porque el centro de intereses principales se localiza en otro Estado miembro tampoco puede derivar de la LC, sino necesariamente del RI.

El hecho de que la norma española se haya elaborado a la luz de la comunitaria y que los criterios de determinación de la competencia judicial internacional de nuestros Tribunales sean los mismos que en el RI podría suscitar un juicio más benevolente sobre la «confusión» de la Audiencia. Pero esta es una falsa impresión: errar en el fundamento normativo de la competencia internacional tiene consecuencias de alcance a los efectos del reconocimiento de la decisión: si se trata de una decisión basada en el RI, el reconocimiento es automático en todos los demás Estados miembros de la Comunidad, no así si el título que fundamenta la (in)competencia de los Tribunales españoles es la LC. En otros términos, cuando un Tribunal comunitario, en nuestro caso, el español, se declara incompetente, los demás Estados reconocen inmediatamente (cfr. art. 16 RI) esa decisión, aceptando que el centro de intereses principales del deudor no está en ese Estado miembro. La decisión del órgano español acerca de su competencia

determina la competencia de los demás Tribunales del espacio judicial europeo. Pero una decisión dictada conforme a la LC no goza del beneficio del reconocimiento automático en los demás Estados miembros. Y en este sentido sí es grave que la Audiencia declare su incompetencia conforme a la LC, en un procedimiento que no puede reconocerse en los demás Estados comunitarios conforme a las reglas del RI. No podemos menos que lamentar el desconocimiento de unas reglas que están vigentes desde hace ya casi cuatro años, así como de la abundante bibliografía que ha explicado la correcta relación entre LC y RI durante este período. Vide en este sentido, VIRGÓS, M. y GARCIMARTÍN, F. J. «Artículo 10», en ROJO, A. y BELTRÁN, E. (eds.) *Comentario de la ley concursal*, Civitas, 2004, pp. 319 y ss., p. 325; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., «Las normas de DIPr de la Ley Concursal: algunas pautas para un correcto entendimiento», *Rev. Jur. Cat.* 2004, pp. 301-323; RODRÍGUEZ PINEAU, E., «El Derecho concursal internacional español: unidad en la pluralidad», *Bol. ICAM*, vol. 32, 2005, pp. 120-148; CALVO CARAVACA, A. L., *Derecho concursal internacional*, 2004, pp. 205 y ss., etc.

3. Sentado el error de la Audiencia en cuanto a la base legal aplicable, podemos pasar a analizar la interpretación de la concreta regla que confiere la competencia judicial internacional, es decir, el centro de intereses principales del deudor, entendido como el lugar donde se adoptan las decisiones administrativas y que puede ser reconocido como tal por terceros (cfr. considerando 13 del RI), o en términos más gráficos, el cerebro de la empresa. Este es el criterio que instauró el RI en su artículo 3, con una presunción para las personas jurídicas conforme a la cual, debe entenderse que dicho centro se localiza en el domicilio social de la deudora. Ahora bien, esta presunción puede desvirtuarse si se prueba que no es éste el lugar en el que se está gestionando realmente la empresa. Idéntico criterio adopta el legislador español en el artículo 10 LC, que establece la presunción del domicilio social así como la posibilidad de desvirtuarla. Se verifica así la ya referida concurrencia entre los criterios adoptados por el legislador español, siguiendo de manera estrecha el marco fijado con anterioridad por el Reglamento comunitario. A primera vista, y salvando la errónea elección de base legal, el desarrollo argumental de la Audiencia en este punto resulta correcto, pues se articula en torno a la doble pauta de la concreción de la regla del centro de intereses principales y la desvirtuación de la presunción para los deudores personas jurídicas.

Buena parte de las decisiones que se están produciendo en los países comunitarios en aplicación del RI tienen como punto esencial de discusión la localización del centro de intereses principales del deudor. Ciertamente cuanto más compleja es la estructura empresarial del deudor más posibilidades hay de que exista realmente una divergencia entre el domicilio social y el lugar desde donde se administra la sociedad (así se ha verificado en los grandes asuntos que involucran a grupos de sociedades, como *Parmalat* o *Rover*). Al contrario, cuanto más sencilla es la estructura empresarial del deudor, más difícil resulta desvirtuar la presunción. En cualquier caso, la presunción se impone *salvo que de manera evidente* pueda resultar desplazada por otros elementos. En otros términos, si éstos no son suficientemente contundentes, debe prevalecer la presunción, aunque pueda existir la tentación de «revisarla». La jurisprudencia del TJCE al interpretar el artículo 3 RI en el asunto *Eurofood* (C-341/04 de 2 de mayo de 2006), ha dejado claro este criterio: «al determinar el centro de intereses principales de una sociedad deudora, la presunción *iuris tantum* que establece el legislador comunitario en favor del domicilio social de dicha sociedad sólo puede desvirtuarse si existen elementos objetivos que puedan ser comprobados por terceros que permitan establecer que la situación real no coincide con la situación que aparentemente refleja la ubicación del citado domicilio social» (FJ 1.º). En este sentido, la presencia de intereses de la deudora distribuidos por distintos Estados miembros puede hacer pensar en un primer momento en la necesidad de corregir la presunción, pero esta corrección sólo será razonable desde el punto de vista del artículo 3 RI cuando permita identificar con claridad *un* lugar en el que se localiza el centro de intereses principales. En caso contrario, debe prevalecer la regla del domicilio social.

Pues bien, en el caso planteado ante la Audiencia de Las Palmas, el análisis de los hechos permite asegurar al órgano jurisdiccional que existe esa distribución de elementos por varios Estados miembros: España, donde se localiza el domicilio social, Alemania, donde la deudora tiene sus intereses económicos y donde dispone de los activos patrimoniales, y Bélgica, donde se contrata la publicidad y suministro de catálogos de la empresa y donde tiene su residencia habitual la administradora. Resulta curioso observar cómo la Audiencia valora estos elementos, considerando la primacía de los intereses económicos como reflejo de la administración de los intereses de la empresa y dejando abierta la posibilidad de que, en segundo lugar, sea Bélgica el país donde se localice el centro de intereses principales de la deudora. La Audiencia estima que estos elementos permiten desvirtuar la presunción y que son significativamente más relevantes que la situación del domicilio en España. Ciertamente, en este caso la conexión con el domicilio social parece la más débil y, en consecuencia, debería ceder, dejando inaplicada la presunción para volver a las reglas generales de identificación del centro de intereses principales. Ahora bien, lo que no queda tan claro en el razonamiento de la Audiencia es dónde se localiza *el* centro de intereses principales de la deudora. Es decir, se descarta que dicho centro (*i. e.* el que puede identificarse por terceros como aquel en el que se lleva a cabo la administración de la empresa) esté en España, pero no se decanta claramente por otro Estado. Y tan importante a efectos de la asunción de competencia es desvirtuar la presunción del artículo 3 como la identificación del *único* centro de intereses principales del deudor. Podrá argüirse que para declararse incompetente basta con la constatación de que dicho centro de intereses no se localiza en España, pero cierto es que lo que decida el órgano español trasciende la jurisdicción española.

4. En efecto, al plantearse esta dispersión de centros de intereses principales, la Audiencia puede estar favoreciendo un conflicto negativo de competencias dentro de territorio comunitario. Si la Audiencia se declara incompetente al considerar que la presunción resulta desvirtuada, y la deudora decidiera plantear la solicitud de apertura del procedimiento ante los Tribunales alemanes o belgas, éstos podrían valorar que los elementos identificados por la Audiencia no constituyen base suficiente para abrir el procedimiento en su territorio, generando entonces un conflicto negativo de competencias dentro del territorio comunitario. Ciertamente es que la hipótesis debería ser reducida en la medida en que el segundo y tercer Tribunal deberían tener en cuenta lo que ya han decidido otros Tribunales de Estados comunitarios, evitando en lo posible que un supuesto claro de insolvencia comunitaria quede sin decidir conforme a las reglas del RI (cfr. VIRGÓS, M. y GARCIMARTÍN, F. J., *Comentario al Reglamento europeo de insolvencia*, p. 60). En este sentido, el hecho de que la Audiencia se haya declarado incompetente en virtud de la LC introduce un factor de distorsión en el supuesto pues, como se indicó *supra*, la decisión española no debería gozar de reconocimiento (ni siquiera a estos efectos) en el resto de los Estados miembros y ello, *a pesar de que nos hallamos claramente ante un supuesto de concurso comunitario*. En este contexto se aprecia con mayor claridad, si cabe, la importancia de la base legal sobre la que se asume la competencia dentro de la Comunidad. Sólo cabe esperar que los Tribunales alemanes o belgas valoren de manera similar los elementos planteados ante los órganos jurisdiccionales españoles para evitar el conflicto negativo.

Elena RODRÍGUEZ PINEAU

2006-20-Pr

**DERECHO CONCURSAL INTERNACIONAL.—Reglamento núm. 1346/2000, sobre procedimientos de insolvencia. Ámbito de aplicación temporal. Traslado del centro de los**

*REDI*, vol. LVIII (2006), 1

**intereses principales del deudor después de presentada la solicitud de apertura del procedimiento de insolvencia.**

Preceptos aplicados: artículos 1.1, 2, 3, 4.1, 16.1, 17.1, 38, 43, 44, 47 Reglamento núm. 1346/2000, sobre procedimientos de insolvencia.

**[Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 17 de enero de 2006, As. C-1/04, Susanne Staubitz-Schreiber. Ponente: Excmo. Sr. D. J. P. Puissechot.]**

F.: Aranzadi (*Westlaw*), TJCE 2006/19.

**Nota:** 1. La aplicación del Reglamento núm. 1346/2000, de 29 de mayo, sobre procedimientos de insolvencia (en adelante, RI), se está caracterizando por los conflictos positivos de jurisdicción que genera la interpretación del concepto «centro de los intereses principales del deudor», concepto que sirve como foro de competencia judicial internacional para la apertura de un concurso universal. No ha de extrañar, entonces, que las primeras sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante, TJCE) tengan por objeto esta cuestión (SSTJCE 17 de enero de 2006, As. C-1/04, *Staubitz-Schreiber*; 2 de mayo de 2006, As. C-341/04, *Eurofood IFSC Ltd*). La primera de estas decisiones es importante, por cuanto fija, al menos, el momento temporal al que ha de atenderse en la comprobación de la competencia judicial internacional. En el supuesto, Susanne Staubitz-Schreiber, quien regentaba un comercio de apartados de telecomunicaciones y accesorios en Alemania, presenta solicitud de apertura del concurso el 6 de diciembre de 2001 en Wuppertal (Alemania). La petición se deniega por auto de 10 de abril de 2002, al entender el Tribunal de instancia que la deudora carece de activos suficientes para que se pueda autorizar el procedimiento de saneamiento solicitado (*Rechtschuldbefreiung*). La deudora recurre el auto, pero sin éxito, argumentando las siguientes resoluciones, de 14 de agosto de 2002 y de 15 de octubre de 2003, que su centro de intereses principales ya no se localiza en Alemania, sino en España, al haber trasladado allí su residencia desde el 1 de abril de 2002. La deudora llega al Tribunal Supremo alemán y éste decide preguntar al TJCE por su competencia, es decir, si sigue siendo competente para comenzar el procedimiento de insolvencia el Tribunal del Estado miembro al que se haya dirigido la solicitud de apertura, cuando el deudor traslada el centro de sus intereses principales al territorio de otro Estado miembro después de haber presentado la solicitud, pero antes de la iniciación del procedimiento o, en ese caso, si la competencia se transfiere al Tribunal de otro Estado miembro (2). Antes de dar respuesta a la cuestión planteada, el TJCE debe resolver sobre el ámbito de aplicación temporal del RI, por cuanto la solicitud de apertura fue presentada antes de su entrada en vigor, el 31 de mayo de 2002. Sin embargo, por lo que se dirá a continuación, parece más lógico decidir sobre la cuestión prejudicial y luego sobre la aplicabilidad del RI (3).

2. Los términos en los que se plantea la cuestión prejudicial tienen su lógica, ya que el RI carece de reglas de litispendencia. Sólo establece una regla de prioridad, presuponiendo que es suficiente para solventar los conflictos positivos de jurisdicción. Esta regla, confirmada por el TJCE (vide STJCE 2 de mayo de 2006, As. C-341/04, *Eurofood IFSC Ltd*, punto 43), se construye sobre la base del reconocimiento automático de la resolución de apertura del procedimiento de insolvencia (arts. 16 y 17 RI): en el momento en que un Tribunal de un Estado miembro decida la apertura de un concurso universal, los demás habrán de abstenerse y, en su caso, proceder a cerrar las actuaciones que tuvieren pendientes [sobre el funcionamiento de esta regla, vide Informe sobre el Convenio de Bruselas relativo a los procedimientos de insolvencia, de 23 de noviembre de 1995, firmado por M. VIRGÓS y E. SCHMIT, marg. 79; CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho concursal internacional*, Madrid, 2004, pp. 94-95; DE CESARI, P., «Giurisdizione, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni

nel Regolamento comunitario relativo alle procedure di insolvenza», *Riv. dir. int. pr. proc.*, 2003, pp. 55-84, pp. 64-65; DUURSMA, D.; DUURSMA-KEPLINGER, H. C., «Gegensteuerungsmaßnahmen bei ungerechtfertigter Inanspruchnahme der internationalen Zuständigkeit gemäß Art. 3 Abs. 1 EuInsVO», *DZWIR*, 2003, pp. 447-452, pp. 447-450; HERCHEN, A., «International-insolvenzrechtliche Kompetenzkonflikte in der Europäischen Gemeinschaft», *ZinsO*, 2004, pp. 61-66, pp. 63-64; íd., «Das Prioritätsprinzip im internationalen Insolvenzrecht», *ZIP*, 2005, pp. 1402-1406; MOSS, G., FLETCHER, I. e ISAACS, S. (Eds.), *The EC Regulation on Insolvency Proceedings. A Commentary and Annotated Guide*, Oxford, 2002, p. 75; PAULUS, Ch. G., «Zuständigkeitsfragen nach der Europäischen Insolvenzverordnung», *ZIP*, 2003, pp. 1725-1729, pp. 1726-1728; SMID, S., «Vier Entscheidungen englischer und deutscher Gerichte zur europäischen internationalen Zuständigkeit zur Eröffnung von Hauptinsolvenzverfahren», *DZWIR*, 2003, pp. 397-404, pp. 400-402; VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Comentario al Reglamento europeo de insolvencia*, Madrid, 2003, pp. 50-51, 59]. La lógica del sistema pivota, en consecuencia, sobre la resolución de apertura del procedimiento de insolvencia, que el artículo 2.e) RI define como, «en relación con la apertura de un procedimiento de insolvencia o el nombramiento de un síndico, la decisión de cualquier Tribunal competente para abrir un procedimiento o para nombrar un síndico», precisando además como «momento de apertura del procedimiento» «el momento a partir del cual la decisión de apertura produzca efectos, independientemente de que la decisión sea o no definitiva» [art. 2.f) RI].

Sin embargo, para llegar a la resolución de apertura del procedimiento de insolvencia, es preciso que se enjuicie, además de la propia competencia, si concurren los requisitos de apertura del procedimiento dispuestos por la ley concursal aplicable, esto es, si el deudor es sujeto concursal, presupuesto subjetivo, y si existe situación de insolvencia, presupuesto objetivo. Hay, por tanto, un período previo a la apertura del procedimiento de insolvencia y que podríamos denominar «fase de preapertura», en el cual no hay, obviamente, resolución de apertura y, en consecuencia, puede haber Tribunales concurrentes. Esta concurrencia es factible en tanto que el centro de intereses principales del deudor es un concepto fáctico, que exige un análisis de las circunstancias del caso, y que puede dar lugar a conflictos de jurisdicción, positivos y negativos. Para solventar este peligro, la mejor solución apunta al desarrollo de reglas de litispendencia. El diseño de un foro exclusivo de competencia judicial internacional para la apertura de un concurso universal responde a un modelo de insolvencia transfronteriza fundado en los principios de unidad y universalidad (sobre los distintos modelos y sus razones, vide extensamente, ESPLUGUES MOTA, C., *La quiebra internacional*, Barcelona, 1993, pássim), que, finalmente, no se plasma en el RI, al permitirse la posibilidad de abrir procedimientos territoriales. Pero sí lo hace en alguna medida, al establecerse un foro exclusivo para el concurso universal, que tiene en cuenta la ineficiencia generada por la división del patrimonio de un único deudor. En estas circunstancias, no arbitrar una regla de coordinación de Tribunales durante la fase de preapertura implica que dos o más Tribunales pueden estar decidiendo sobre la declaración de insolvencia de un mismo deudor, lo que, además, suele conllevar la adopción de medidas cautelares; en consecuencia, se multiplican los costes procesales y se resta eficiencia a los objetivos concursales.

La litispendencia funciona tanto *ad intra* como *ad extra*, esto es, consiste en la fijación temporal de los elementos esenciales del litigio para que la dilación implícita al proceso no conlleve un perjuicio a quien tiene que acudir al proceso para que se le reconozca su derecho, por ejemplo, abriendo otro proceso sobre lo mismo. Concretamente, en lo que atañe al concurso de Susanne Staubitz-Schreiber, el problema que se plantea concierne a la *perpetuatio iurisdictionis* [vide CARBALLO PIÑEIRO, L., *Acciones de reintegración de la masa y Derecho concursal internacional*, Santiago de Compostela, 2005, pp. 80-81, nota 139; MANKOWSKI, P., «Entwicklungen im Internationalen Privat- und Prozessrecht 2003/2004 (Teil 2)», *RIW*, 2004, pp. 587-602, p. 599; VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *op. cit.*, 2003, p.

57]: el Tribunal ha de decidir sobre su competencia judicial internacional atendiendo a las circunstancias fácticas existentes en el momento en el que se plantea la demanda; en otro caso, atender a circunstancias posteriores, «obligaría a los acreedores a perseguir en cada momento al deudor allí donde tuviera a bien establecerse con carácter más o menos definitivo y, en la práctica, podría traducirse a menudo en una prolongación del procedimiento» (vide STJCE 17.1.2006, punto 26. En general, sobre la *perpetuatio iurisdictionis*, MÁLAGA DIÉGUEZ, F., *La litispendencia*, Barcelona, 1999, pp. 207-224). Atender al traslado del centro de intereses principales tras la presentación de la solicitud de apertura del concurso conlleva tolerar el *forum shopping*, lo cual es radicalmente contrario a los objetivos del RI, dictado, precisamente, para combatirlo (vide Considerando 4 RI y STJCE 17 de enero de 2006, punto 25). Por todo ello, el TJCE concluye que ha de atenderse al momento de presentación de la solicitud para determinar dónde se localiza el centro de los intereses principales del deudor (vide STJCE 17 de enero de 2006, punto 29).

En la sentencia comentada se pone el acento en que esta interpretación busca evitar el *forum shopping*, pero evita referirse a la litispendencia. Dado que el concurso se considera en muchos ordenamientos jurídicos un proceso de ejecución colectiva, la litispendencia se presenta, en principio, como innecesaria, ya que la ejecución procesal se caracteriza, precisamente, porque allí no funciona la litispendencia. Ahora bien, desde el momento en que se articula un foro exclusivo de competencia, una regla de litispendencia revela su utilidad (vide desarrollando esta idea, CARBALLO PIÑEIRO, L., Traslado del centro de los intereses principales y protección de acreedores», *ADCo.*, núm. 9, 2006, en prensa). Lo cierto es que no lo entiende así el TJCE que, si bien acepta la *perpetuatio iurisdictionis*, no consagra la litispendencia *ad extra*: en la sentencia dictada tras la que aquí se comenta se trataba, justamente, esta cuestión, ya que dos Tribunales estaban conociendo del concurso universal sobre una filial de *Parmalat*, *Eurofood*, con sede en Irlanda. Se presenta la solicitud de apertura del concurso en Dublín el 27 de enero de 2004, donde se procede al nombramiento de un síndico provisional, y, el 19 de febrero de 2004, el Tribunal Civil y Penal de Parma, donde se lleva la insolvencia de la sociedad matriz, dicta resolución de apertura de concurso universal sobre *Eurofood* [*I.L.Pr.*, 2004, pp. 273-279. También [www.rws-verlag.de](http://www.rws-verlag.de). Vide el comentario de ESPINIELLA MENÉNDEZ, A., «Los procedimientos de insolvencia y los grupos multinacionales: reflexiones a la luz del caso *Parmalat*», *Actas del Congreso sobre La gestión del Riesgo financiero y la nueva Ley Concursal, organizado por la Asociación Española de Contables y Auditores celebrado en Oviedo los días 18 y 19 de noviembre de 2004* (CD-ROM, editado por AECA y Universidad de Oviedo); Resumen en *Revista AECA*, núm. 69, 2004, pp. 38-40, *pássim*, quien analiza la interpretación que allí se hace de «centro de intereses principales»]. Los Tribunales irlandeses se niegan a reconocer la decisión del Tribunal italiano y abren concurso en Irlanda, porque entienden que su procedimiento es prioritario [vide *High Court Dublín*, de 23.3.2004 ([www.bailii.org](http://www.bailii.org)), *Supreme Court* de Irlanda, 27 de julio de 2004 ([www.bailii.org](http://www.bailii.org))]. El TJCE asume este planteamiento y equipara la resolución irlandesa por la que se nombra síndico provisional a la resolución de apertura del procedimiento, ya que implica el desapoderamiento del deudor. Esta solución renuncia a la litispendencia, a la coordinación de autoridades, y se limita a jugar con la regla de prioridad, lo que implica, en realidad, eludir el problema a través de una solución puntual teniendo en cuenta una legislación concreta. Otro camino hubiera sido aplicar las reglas de litispendencia previstas en el Reglamento núm. 44/2001, sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil (Sección 9.<sup>a</sup>, capítulo II), en tanto que este instrumento es susceptible de ser considerado Derecho supletorio al RI: el propio RI contiene una remisión expresa en su artículo 25 al Convenio de Bruselas de 1968, precedente del actual Reglamento, y el Informe Virgós/Schmit, apunta como vía para solucionar los conflictos positivos de jurisdicción que se tengan en cuenta «los principios generales de Derecho procesal válidos en todos los Estados contratantes. Entre dichos principios se encuen-

tran los derivados de otros convenios comunitarios, como el Convenio de Bruselas de 1968» (vide Informe VIRGÓS, M. y SCHMIT, E., marg. 79).

3. En la medida en que es indispensable para que se pueda dictar la resolución de apertura del procedimiento, la fase de enjuiciamiento previa también ha de calificarse de concursal y, por tanto, entra dentro del ámbito de aplicación material del RI. Aparte no hay otro camino, puesto que es en esa fase donde se ha de decidir qué Tribunal es competente (art. 3 RI) y conforme a qué ley se ha de decidir sobre la apertura del procedimiento (art. 4 RI). Concretamente, este último precepto señala expresamente que «la ley del Estado de apertura del procedimiento de insolvencia determinará las condiciones de apertura...del procedimiento de insolvencia» y, en particular, «a) los deudores que puedan ser sometidos a un procedimiento de insolvencia en calidad de tales» (art. 4.2 RI), a lo que se añade la posibilidad de adoptar «cualquier medida de conservación o protección sobre los bienes del deudor situados en otro Estado miembro, prevista por la Ley de dicho Estado para el período comprendido entre la solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia y la resolución de apertura» (art. 38 RI. El subrayado es mío). Como se desprende de esta frase, así como de las disposiciones antes mencionadas, el propio RI reconoce la existencia de la fase preapertura y que también es aplicable a la misma. Siendo así, sorprende que el TJCE señale que el artículo 43 RI «debe interpretarse en el sentido de que se aplica (el RI) si antes de su entrada en vigor, el 31 de mayo de 2002, no se ha dictado ninguna resolución de apertura de un procedimiento de insolvencia, aunque la presentación de la solicitud sea anterior a esa fecha» (vide STJCE 17 de enero de 2006, punto 21). En la fase de enjuiciamiento sobre la apertura del procedimiento de insolvencia también han de aplicarse disposiciones del RI. Seguir lo indicado por el TJCE implica que el Tribunal que conoce debería hacer una prospección de futuro: si considerase que va a dictar la resolución antes del 31 de mayo de 2002, decidir sobre la apertura conforme al Derecho concursal autónomo; si creyese que la iba a dictar después, conforme al RI. Aunque la distancia en el tiempo ya ha prácticamente eliminado esta contradicción, cabe reseñar que el artículo 43 RI también hubiera debido ser interpretado tomando como referencia la fecha de la solicitud de apertura del procedimiento de insolvencia.

Laura CARBALLO PIÑEIRO

2006-21-Pr

**INCOMPATIBILIDAD DE PROCEDIMIENTOS DE INSOLVENCIA EN EL ESPACIO EUROPEO.—Reglamento (CE) núm. 1346/2000, sobre procedimientos de insolvencia.—Competencia para abrir un concurso principal. Momento de apertura del procedimiento de insolvencia. Ausencia del control de la competencia del Juez de origen en sede de reconocimiento. Vulneración de las garantías procesales: denegación de reconocimiento.**

Preceptos aplicados: artículos 2, 3, 16, 26, 29 y 38 del Reglamento (CE) núm. 1346/2000.

**[Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 2 de mayo de 2006 (Gran Sala). Asunto C-341/04, Eurofood IFSC Ltd. Ponente: Excmo. Sr. P. Jann.]**

F.: <http://www.curia.eu.int>

**Nota:** 1. Aunque el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas interpreta cuestiones relativas a la competencia judicial internacional para la apertura de un concurso principal, al momento de apertura de dicho procedimiento, y al reconocimiento de decisiones concursales en el marco del Reglamento (CE) núm. 1346/2000, del Consejo, de 29 de mayo, sobre

procedimientos de insolvencia (*DOCE* núm. L 160, 30-VI-00; corr. err., *ibídem* núm. L 176, 5 de julio de 2002), todas ellas se subsumen en un único problema. Éste no es otro que la pendencia de dos concursos incompatibles en distintos Estados, concretamente, sendos procedimientos de insolvencia sobre la sociedad *Eurofood*, uno de liquidación forzosa en Irlanda y otro de administración extraordinaria en Italia. Con la finalidad de dar orden y claridad a la Sentencia, debe partirse de las distintas situaciones que se pueden originar y que, de hecho, se originaron en este litigio: una única solicitud de concurso principal como situación «lógica» dada la exclusividad del foro, y ya como «anomalías», la pendencia de dos solicitudes incompatibles de concurso y la denegación del reconocimiento de una resolución de apertura del procedimiento si es inconciliable con una solicitud de concurso u otra resolución de apertura.

2. *Una única solicitud de concurso en Irlanda de 27 de enero de 2004.* En el espacio de justicia europeo sólo puede existir un único procedimiento principal, es decir, un concurso que afecta a los bienes del deudor dondequiera que se encuentren. En este sentido, el Tribunal de Justicia parte de que el concurso principal debe abrirse allí donde el deudor tiene su centro de intereses principales, presumiendo que éste se encuentra en el Estado del domicilio social (art. 3.1 Reg. Insolv.); pero también admite que hay excepciones a esta regla de base, respecto de las sociedades «fantasmas» cuya localización real no se corresponde con el Estado en el que se halla el domicilio social (FFJJ 34-35). La cuestión a determinar es si, en el presente caso, la sociedad *Eurofood* puede calificarse como fantasma, dada la divergencia en la calificación de los hechos: el Tribunal dublinés entiende que se trata de una sociedad con plena autonomía empresarial y que, por tanto, es exclusivamente competente al encontrarse el domicilio en Irlanda (vide la Resolución de la Corte Suprema de 27 de julio de 2004, *In Re Eurofood IFSC, Riv. dir. int. priv. proc.*, XLI, 2005, pp. 209-230), mientras que el órgano parmesano asume que *Eurofood* es una mera apariencia vacía y totalmente absorbida por la gestión de *Parmalat Spa* desde Italia, de modo que decae la presunción a favor del Estado del domicilio social (vide su Sentencia de 19 de febrero de 2004, texto en *I.L.Pr.* núm. 5, 2004, pp. 273-279). Atendiendo a la definición del centro de los intereses recogida en el Considerando 13 de la norma comunitaria, el Tribunal italiano no debía estimarse competente, pues no se observaba ninguna circunstancia suficiente para destruir la presunción del domicilio social. No concurría una disfunción material que podría atribuir competencia a los Tribunales del Estado en el que opera la matriz como empresario oculto; ni una disfunción orgánica que permitiera estar al lugar desde el que el administrador de hecho gestionaba habitualmente y de forma reconocible por terceros la actividad social, dada la manifiesta inactividad de los administradores legales de la sociedad; ni una disfunción espacial que dejara entrever que los administradores de derecho realizaban sus funciones habituales desde Italia (por más que el Tribunal parmesano recordara de forma superflua que dos de los cuatro administradores eran italianos y residían habitualmente en Italia).

Pero la «prevención» de conflictos de competencia falló en el caso por las divergencias en la interpretación de las normas y en la calificación de los hechos, de modo que se solicitó un segundo concurso principal en Italia sobre un mismo deudor —no sólo sobre otras sociedades vinculadas—. A partir de este hecho debió articularse una serie de soluciones «reparadoras» de la incompatibilidad, proceder que ni siguieron los Tribunales implicados ni el Tribunal de Justicia ha recordado convenientemente.

3. *Solicitud pendiente en Irlanda y nueva solicitud en Italia de 5 de febrero de 2004.* Pendientes dos solicitudes de concursos en dos Estados miembros, debió estarse a una solución similar a la litispendencia. En efecto, el Tribunal ante el que se interpuso la segunda solicitud debió suspender su tramitación hasta que el Tribunal que conocía de la primera decidiera sobre su competencia: si éste se declarara competente, el segundo Tribunal debería archivar su solicitud; cuando éste se considerase incompetente, el segundo Tribunal podría seguir conociendo de la solicitud (vide VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Comentario*

al Reglamento europeo de insolvencia, Civitas, Madrid, 2003, p. 59; CAMPUZANO DÍAZ, B., *Aspectos internacionales del Derecho Concursal*, Laborum, Murcia, 2004, p. 113). A tal fin, debe darse una interpretación uniforme sobre la fecha de presentación de la solicitud, quizás extraíble del artículo 30 del Reg. 44/2001 (CARBALLO PIÑEIRO, L., «Traslado del centro de los intereses principales del deudor y protección de acreedores», *ADCo.*, 2006, en prensa). En el caso, además, concurre un matiz especial, como es que el procedimiento de insolvencia abierto en Italia parte de una tramitación administrativa. En este sentido, la fecha de solicitud por la que se inicia esta tramitación administrativa, *in casu*, 5 de febrero de 2004, puede ser tomada como referencia, siempre que con posterioridad se completen los actos necesarios ante el órgano jurisdiccional. Esta interpretación sería coherente con el ámbito material del Reglamento, que sí se aplica al procedimiento de administración extraordinaria, aunque presuponga un acto administrativo. También sería conforme a la naturaleza mixta de esta regulación, pues la actuación administrativa deriva necesariamente en un procedimiento jurisdiccional [vide arts. 2 a 4 del Decreto Ley núm. 347, de 23 de diciembre de 2003, *Gazzetta Ufficiale* núm. 298, 24 de diciembre de 2003, convertido en Ley núm. 39, de 18 de febrero de 2004, *ibídem*, núm. 42, 20 de febrero de 2004]. Evitaría, además, comportamientos oportunistas y en particular que, decretado administrativamente el procedimiento y publicado en el diario oficial del Estado, rápidamente se presentara una segunda solicitud en otro Estado que resolviera de forma más ágil el procedimiento.

Pero la solución expuesta falló en el caso y seguirá fallando, dado el silencio del Tribunal de Justicia al respecto, por lo que el litigio entró en una nueva fase cuando el Tribunal Civil y Penal de Parma abrió el procedimiento de administración extraordinaria respecto de *Eurofood*, estando todavía pendiente la solicitud cursada en Irlanda.

4. *Resolución italiana de apertura de 19 de febrero de 2004 pendiente la solicitud en Irlanda.* A partir de ese momento el asunto debe ser analizado desde la perspectiva del reconocimiento (vide Cdo. 22 del Reglamento comunitario de insolvencia y, en la doctrina, HERCHEN, A., «Das Prioritätsprinzip im internationalen Insolvenzrecht», *ZIP*, vol. 26, 2005, pp. 1401-1406; ISRAËL, J., *European Cross-Border Insolvency Regulation*, Intersentia, Antwerpen y Oxford, 2005, pp. 261-262) y, en este sentido, la solicitud pendiente en el foro o en otro Estado miembro susceptible de un hipotético reconocimiento puede obstaculizar el reconocimiento de la decisión de apertura siempre que sea anterior a la que originó la resolución que se trae al reconocimiento. Debe, entonces, suspenderse el reconocimiento hasta que se declare o no la apertura del concurso; la resolución extranjera podría tener plenos efectos sólo en el caso de no admitirse la apertura de un procedimiento en el Estado requerido. Bien es verdad que esta solución ni se recoge en otros instrumentos comunitarios ni se desprende claramente del tenor literal del Reglamento de insolvencia; es más, obliga a flexibilizar su artículo 16, que extiende los efectos del concurso en los demás Estados desde el mismo momento de apertura, y su artículo 26, que señala que el reconocimiento de la resolución de apertura sólo puede ser denegado por manifiesta vulneración del orden público del Estado requerido. Aun así, debe ser sostenida porque previene comportamientos estratégicos que inciten a presentar una segunda solicitud en otro Estado con la esperanza de que se resuelva antes y, en consecuencia, pase a ser preferente (vide BUREAU, D., «La fin d'un îlot de résistance. Le Règlement du Conseil relatif aux procédures d'insolvabilité», *Rev. crit. dr. int. pr.*, vol. 91, 2002, pp. 613-679, p. 633).

No obstante, el Tribunal de Justicia tampoco recoge esta solución porque no se solicitó el reconocimiento de la decisión italiana estando pendiente la solicitud en Irlanda, sino que, una vez que el Tribunal irlandés decidió la apertura de la liquidación forzosa, el síndico del procedimiento italiano recurrió dicha decisión alegando el reconocimiento de la resolución italiana.

5. *Resolución irlandesa de 23 de marzo de 2004 incompatible con la decisión italiana.* Comparto con el Tribunal de Justicia que la resolución irlandesa de 23 de marzo impedía el

reconocimiento de la decisión italiana de 19 de febrero con independencia de las respectivas fechas de aprobación, pero discrepo en los fundamentos. El argumento definitivo era que la decisión irlandesa incompatible tenía su origen en una solicitud anterior a la del procedimiento a reconocer (27 de enero de 2004 y 5 de febrero de 2004 respectivamente); lejos de ello, el Tribunal de Justicia basa la prioridad temporal del procedimiento irlandés en una criticable lectura funcional del concepto de «apertura del concurso». De un lado, en virtud del artículo 2.f) del Reglamento comunitario, remite a la legislación irlandesa que retrotrae la apertura del concurso al momento de la solicitud del concurso, lo que dista de los objetivos de interpretación uniforme de la norma comunitaria y obliga a analizar las distintas legislaciones al respecto. De otro, entiende que la solicitud de concurso unida al nombramiento de un síndico provisional que pasa a gestionar la sociedad (toma posesión de los activos, abre una cuenta en nombre de la sociedad deudora y contrata un abogado) equivale a la propia apertura de un procedimiento de insolvencia. Esta argumentación es discutible porque ignora que esa medida provisional no guarda identidad de objeto y causa con un procedimiento de insolvencia *stricto sensu*. Prueba de ello es que la medida provisional no supone una liquidación de los activos sino su gestión hasta que se acuerde la apertura del procedimiento de liquidación. Iguales conclusiones se extraen de estar a la legislación irlandesa: si ésta establece la retroacción de la apertura del procedimiento de liquidación hasta la fecha de solicitud (Sec. 220.2 del Acta sobre Compañías de 1963) es porque las medidas provisionales, en sí mismas consideradas, no equivalen a la apertura de un procedimiento de insolvencia.

El Tribunal completa su argumentación con una declaración de que la vulneración de las garantías procesales y, en concreto, del derecho a ser oído puede ser motivo para denegar el reconocimiento si es contrario a los principios fundamentales del Estado requerido (FFJJ 66-68). Acaso en tal interpretación falta una alusión a que la vulneración del derecho a ser oído de un síndico en otro Estado también afecta al «orden público comunitario». Aunque esta afectación no aparece expresamente recogida en el Reglamento comunitario de insolvencia, de él se desprende un claro deber de cooperación entre síndicos que avalaría esta conclusión.

6. En resumen, ante distintas manifestaciones de un mismo problema, la incompatibilidad concursal, se requiere una misma solución en función de la solicitud presentada en primer lugar. Ello implica dar prioridad a la primera solicitud frente a posteriores y negar el reconocimiento de una decisión si es incompatible con un procedimiento solicitado con anterioridad en el Estado requerido o en otro Estado miembro. Con ello se evitan comportamientos oportunistas y soluciones particulares a la luz de las distintas legislaciones nacionales, si bien es verdad que obliga al Tribunal a indagar en los «recovecos» del Reglamento comunitario de insolvencia, lo que no ha hecho en esta ocasión.

Ángel ESPINIELLA MENÉNDEZ

## IV. PRÁCTICA

### CRÓNICA DE LA POLÍTICA EXTERIOR ESPAÑOLA (enero-junio 2006)

Elaborada por:

María Isabel CASTAÑO GARCÍA

Profesora titular de Escuela Universitaria  
Universidad Complutense

Irene RODRÍGUEZ MANZANO

Profesora titular de Universidad  
Universidad de Santiago de Compostela

José Ángel SOTILLO LORENZO

Profesor titular de Universidad  
Universidad Complutense

#### SUMARIO

1. CUESTIONES GENERALES.—2. ADMINISTRACIÓN.—3. DEFENSA. PARTICIPACIÓN DE TROPAS ESPAÑOLAS EN MISIONES INTERNACIONALES.—4. SEGURIDAD, COOPERACIÓN CONTRA EL TERRORISMO.—5. COMUNIDADES AUTÓNOMAS.—6. EUROPA: 6.1 *Consejo de Europa*. 6.2 *Unión Europea*. 6.3 *Alemania*. 6.4 *Estonia*. 6.5 *Francia*. 6.6 *Italia*. 6.7 *Lituania*. 6.8 *Polonia*. 6.9 *Portugal*. 6.10 *Reino Unido*. 6.11 *Otros países europeos*: 6.11.1 Noruega. 6.11.2 Rumania. 6.11.3 Rusia. 6.11.4 Santa Sede. 6.11.5 Turquía. 7. MEDITERRÁNEO: 7.1 *Marruecos/Sáhara Occidental*. 7.2 *Mauritania*.—8. ORIENTE PRÓXIMO. 9. AMÉRICA: 9.1 *Estados Unidos de América*. 9.2 *América Latina*. 9.3 *Centroamérica*. 9.4 *Argentina*. 9.5 *Bolivia*. 9.6 *Chile*. 9.7 *Haití*. 9.8 *México*. 9.9 *Venezuela*.—10. ÁFRICA.—11. ASIA.—12. ORGANIZACIONES INTERNACIONALES: 12.1 *Naciones Unidas*: 12.1.1 Consejo de Seguridad. 12.1.2 Asamblea General. 12.1.3 Comité Especial de Descolonización. 12.1.4 Consejo de Derechos Humanos. 12.1.5 Comisión de Desarrollo Social. 12.1.6 Comisión de Población y Desarrollo. 12.1.7 Organismo Internacional de la Energía Atómica. 12.2 *Organización del Tratado del Atlántico Norte*.—13. ALIANZA DE CIVILIZACIONES. 14. TEMAS TRANSVERSALES: 14.1 *Derechos humanos*. 14.2 *Migraciones*. 14.3 *Cooperación para el desarrollo*. 14.4 *Medio ambiente*. 14.5 *Control de armamento*. 14.6 *Educación y cultura*. 14.7 *Economía y comercio mundial*.—15. OTROS.

#### 1. Cuestiones generales

Tras los ataques a embajadas europeas en países islámicos por las protestas contra las viñetas satíricas de Mahoma en varios medios de comunicación, el Presidente

Rodríguez Zapatero y el Primer Ministro turco, Recep Tayyip Erdogan, publican un artículo en el *International Herald Tribune*, el 5 de febrero, en el que afirman que «Todos saldremos perdiendo si no desactivamos inmediatamente esta situación que sólo puede provocar un foco de desconfianza e incompreensión entre unos y otros» (el artículo puede consultarse en: <http://www.ihf.com/articles/2006/02/05/opinion/edprimes.php>).

El Consejo de Ministros aprueba la remisión a las Cortes Generales, el 13 de enero, del Proyecto de Ley de Estatuto de los ciudadanos españoles en el exterior. El Estatuto trata de garantizar el ejercicio de los derechos y deberes constitucionales de los emigrantes españoles que residen en el exterior (el texto de este Proyecto de Ley puede consultarse en: BOCG/Congreso, serie A, núm. 75-1, de 27 de enero de 2006).

El 1 de marzo, la Comisión de Asuntos Exteriores del Congreso de los Diputados aprueba una proposición no de ley relativa al régimen de visados, con el fin de facilitar la realización de estudios en España (Debate en DS/Congreso, Comisión de Asuntos Exteriores, núm. 492, de 1 de marzo de 2006; y texto aprobado en BOCG/Congreso, serie D, núm. 354, de 17 de marzo de 2006).

La Sección Segunda de lo Penal de la Audiencia Nacional decide el 10 de marzo archivar el caso de la muerte de José Couso, periodista de Tele 5, el 8 de abril de 2003, en el Hotel Palestina de Bagdad, por los disparos efectuados desde un tanque del Ejército de Estados Unidos. La Audiencia interpreta que no es un asesinato, sino «un acto de guerra contra un enemigo aparente erróneamente identificado». Se ordena al juez que archive el caso por entender que la justicia española no tiene jurisdicción para investigar los hechos y revoca las órdenes de búsqueda y captura de los tres soldados implicados –Thomas Gibson, Philip Wolford y Philip de Camp– que dispararon o autorizaron el disparo contra el hotel.

El Presidente del Gobierno afirma, durante su presencia en el Senado el 22 de febrero, que comprende «que Alemania quiera tener una empresa fuerte en el mercado internacional», como la que daría lugar si triunfa la OPA de E.ON sobre Endesa; «España también quiere tenerla», «Nuestra posición en Latinoamérica es una cuestión de Estado».

El 23 de mayo, el Ministro de Asuntos Exteriores y de Cooperación hace balance de la política exterior española tras dos años de legislatura (DS/Congreso, Comisiones, núm. 583, de 23 de mayo de 2006).

Se celebra, los días 30 y 31 de mayo, el debate sobre el estado de la nación, centrado en cuestiones de seguridad e inmigración. Como en el conjunto del debate, la política exterior es escenario de confrontación ente el Presidente Rodríguez Zapatero y el líder del PP Mariano Rajoy que le acusa de haber hecho desaparecer a España del mapa o de que sus amigos nacionalicen las empresas españolas (caso de Bolivia); entre otros argumentos, Zapatero cuestiona a Rajoy, en momentos en los que Bush y Blair reconocen los errores cometidos en la guerra de Iraq. El 6 de junio, el Congreso debate y aprueba las propuestas presentadas por los grupos parlamentarios (DS/Congreso, Pleno, números 182, 183 y 184, respectivamente).

En el referéndum celebrado el 18 de junio sobre el Estatuto de Cataluña, con una participación del 49.41 por 100, el resultado es de 73.9 por 100 a favor del sí y el 20.7 por 100 en contra.

## 2. Administración

El Consejo de Ministros acuerda, el 24 de febrero, crear misiones diplomáticas permanentes de España en Nueva Zelanda («por su significativa apertura a Asia y una considerable influencia en los Estados-islas del Pacífico»), Sudán (el país más extenso de África, con un importante potencial económico), Trinidad y Tobago y Yemen.

El 7 de abril el Presidente Rodríguez Zapatero anuncia la primera remodelación de su gabinete. Hay cambios en las carteras de Defensa, tras la renuncia de José Bono, ocupando su cartera José Antonio Alonso, Ministro del Interior, cargo que pasa a ser ocupado por Alfredo Pérez Rubalcaba. También deja su cargo la Ministra de Educación y Ciencia, María Jesús San Segundo, sustituida por Mercedes Cabrera Calvo-Sotelo (la declaración del Presidente Rodríguez Zapatero con el anuncio de la remodelación del gobierno puede consultarse en: <http://www.la-moncloa.es/Presidente/Intervenciones/Discursos/Rdez.Zapateroremodelación070406.htm>). El 11 de marzo los nuevos ministros toman posesión de sus cargos. En su discurso como nuevo Ministro de Defensa, José Antonio Alonso, señala la continuidad con respecto a la política de su predecesor e incide en las dimensiones de política exterior de su Ministerio, aludiendo al impulso a una «auténtica política europea de seguridad y defensa», al fortalecimiento de la presencia de España en la OTAN, así como a la presencia de militares españoles en misiones internacionales.

## 3. Defensa. Participación de tropas españolas en misiones internacionales

El 7 de febrero el Ministro de Defensa, Bono Martínez, presenta los resultados del informe final elaborado por la Comisión para la investigación técnica de los accidentes de aeronaves militares (Citaam), en relación con el siniestro de dos helicópteros Cougar españoles en Afganistán el 16 de agosto de 2005. La conclusión de dicho informe permite despejar las siguientes dudas: se han descartado el ataque, el fallo del material, la explosión interior y el choque entre los helicópteros. El informe especifica que no hay una causa precisa y única determinante del accidente y que lo más probable es que concurrieran una serie de factores que expliquen lo sucedido tales como: el perfil del vuelo, las condiciones meteorológicas y orográficas y la posible maniobra a muy baja altura del suelo (DS/Congreso, Comisiones, núm. 470, de 7 de febrero de 2006).

El Ministro Bono interviene en la Comisión del Defensa del Congreso de los Diputados el 14 de marzo, donde afirma que «quizá» sea necesario aumentar el número de soldados en Afganistán; «si hubiera que hacer algún incremento por razones de seguridad de nuestras tropas o de nuestros cooperantes, en cuanto me lo propusiera el Jefe del Estado Mayor de la Defensa convocaría a esta comisión con carácter urgente». «En temas de seguridad no pienso hacer ningún remate en corto». España tiene en Afganistán 572 soldados, cifra que supera el máximo de 540 aprobado por el pleno del Congreso en julio de 2004. También habló de la misión de apoyo a las elecciones de junio en la República Democrática de Congo, para lo que pediría autorización al Congreso, «si la UE nos hace una propuesta fundada, con objetivos claros».

Aprovechó para defender la retirada, el 4 de abril, de las tropas en Haití (200 infantes de Marina) y se mostró partidario de la salida de las tropas españolas en Kosovo si se declara independiente («España no debe ser parte del Ejército, ni siquiera provisional, de un nuevo Estado») (DS/Congreso, Comisión del Defensa, núm. 509, de 14 de marzo de 2006).

El Secretario de Estado de Defensa de Alemania, Meter Eickenboom, llega a Madrid el 22 de marzo, donde se reúne con su homólogo español, Francisco Pardo, y con Francisco Torrente (Secretario General de Política de Defensa). Con ellos trata la preparación de la misión de la UE en la República Democrática del Congo, cara a las elecciones del 18 de junio. La UE acuerda el mismo día enviar un mínimo de 450 soldados para garantizar la seguridad de dichas elecciones.

El 6 de abril se publica una declaración conjunta sobre la cooperación entre el Reino de España y el de Marruecos sobre la participación en la misión de estabilización de las Naciones Unidas en Haití (MINUSTAH), establecida por la Resolución 1542 del Consejo de Seguridad de la ONU. Tras la celebración del proceso electoral en Haití, el 26 de marzo, ambos Gobiernos deciden conjuntamente la finalización de su misión, relegando sus contingentes de forma coordinada, el 30 de marzo de 2006, y relegando su equipo y material en los días siguientes (el texto de la declaración puede consultarse en: <http://www.mae.es/es/menupp/actualidad/comunicado+s+dg+com+exterior/20060406com1.htm>) (véase Consejo de Seguridad).

En respuesta a una pregunta presentada por Izquierda Unida en noviembre de 2005, el Gobierno responde –el 12 de abril– a cuál fue el coste de la misión de las tropas españolas en Iraq. El «coste económico final» es de 259,55 millones de euros; además, «las tropas españolas sufrieron un total de 90 ataques reseñables entre el 20 de agosto de 2003 y el 20 de mayo de 2004, con el resultado de nueve militares españoles fallecidos y 18 heridos»; con respecto a las bajas iraquíes, «se ha podido determinar que hubo al menos 10 fallecidos y 21 heridos iraquíes». Por otro lado, el grupo parlamentario IU-Iniciativa per Catalunya Verds, solicita la comparecencia del nuevo Ministro de Defensa, José Antonio Alonso para que explique la situación de las tropas españolas en Afganistán, solicitando no sólo que no se aumente el contingente actual –540 personas– sino reiterando la exigencia de que regresen «todos nuestros soldados».

El Ministro de Defensa, José Antonio Alonso, estrena su cargo visitando, el 25 de abril, a las tropas españolas estacionadas en Afganistán, junto al General Félix Sanz, jefe del Estado Mayor de la Defensa. Tras su visita de nueve horas, Alonso anuncia que pedirá el aumento de tropas en su comparecencia ante la Comisión de Defensa el 9 de mayo. El objetivo es dar seguridad a las obras civiles que realiza la AEIC en Qala-e-Naw (visitada por el Presidente afgano Hamid Karzai el fin de semana anterior) e incrementar la capacidad de transporte de efectivos entre esta localidad y Herat.

El Consejo de Ministros acuerda, el 28 de abril, pedir al Congreso de los Diputados la autorización para enviar 150 militares más a la misión española en Afganistán.

La Mesa del Congreso aprueba el 3 de mayo (a propuesta de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya, con los votos del PP), por cuatro votos contra tres, que el Gobierno explique en el Pleno del Congreso, el 11 de mayo, el aumento de tropas a Afganistán. Ese día, en medio de una bronca monumental, que lleva al Presidente del Congreso Manuel Marín a expulsar al diputado del PP Martínez Pujalte por pedir de

forma exabrupta la dimisión del Ministro de Defensa José Antonio Alonso, el Pleno del Congreso aprueba, según regula la Ley Orgánica de la Defensa, el envío de 150 soldados a Afganistán (283 votos a favor, seis en contra y dos nulos) (Debate en DS/Congreso, Pleno, núm. 175, de 11 de mayo de 2006; y autorización en BOCG/Congreso, serie D, núm. 380, de 5 de mayo de 2006).

El 9 de mayo, el Ministro de Defensa (Alonso Suárez) informa en la comisión correspondiente del Congreso de los Diputados de las líneas generales de política de su departamento. Así mismo da cuenta de las operaciones de las fuerzas armadas en el exterior (DS/Congreso, Comisión del Defensa, núm. 569, de 9 de mayo de 2006).

El ministro de Defensa, José Antonio Alonso, participa por primera vez en una reunión del Consejo de Ministros de Defensa de la UE (Bruselas, 15 de mayo), donde se trata del envío de tropas a la República Democrática del Congo para garantizar las elecciones. Alonso argumenta que la participación de militares españoles se debe al «elevado interés geopolítico que tiene para la Unión Europea esta parte del mundo»; las tropas españolas se desplegarán en Kinshasa.

El 19 de mayo, el Consejo de Ministros aprueba un acuerdo por el que se solicita autorización al Congreso de los Diputados para la participación de un contingente español integrado en la operación de la Unión Europea en apoyo de la misión de las Naciones Unidas en el Congo. La solicitud, explicando las características del contingente y los antecedentes que llevan a esta decisión, está publicada en BOCG/Congreso, serie D, núm. 394, de 26 de mayo de 2006. El 30 de mayo, la Comisión de Defensa aprueba, con el voto favorable de todos los grupos salvo el de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds, que se abstiene, el envío de 130 legionarios a la RD del Congo; el Ministro Alonso cifra el coste de la misión en 19 millones de euros (Debate en DS/Congreso, Comisión de Defensa, núm. 590, de 30 de mayo de 2006; y autorización en BOCG/Congreso, serie D, núm. 400, de 5 de junio de 2006).

El 29 de mayo los Reyes y otras autoridades rinden homenaje, en Madrid, a los 124 militares españoles fallecidos en operaciones internacionales y de paz desde 1987. Hay un recuerdo especial para los 62 militares muertos en el accidente del Yak-42.

#### 4. Seguridad, cooperación contra el terrorismo

El Ministro del Interior, José Antonio Alonso, participa el 23 de enero en la inauguración del cuartel general de la Fuerza de Gendarmería Europea en Vicenza (Italia), en la que participan Francia, Italia, Portugal, Holanda y España. España ejercerá la presidencia del Comité Interministerial de Alto Nivel durante 2006; la Guardia Civil organizará el ejercicio EGEX-06 y el ministro anuncia que la futura Agrupación Exterior de la Guardia Civil contará con 1.200 efectivos y reforzará la calidad española de actuación en crisis internacionales. Para Alonso, «La Fuerza de Gendarmería Europea dará seguridad y estabilidad en cualquier lugar del mundo».

El 22 de marzo, ETA hace público un comunicado por el que «ha decidido declarar un alto el fuego permanente a partir del 24 de marzo de 2006». Líderes mundiales, especialmente europeos como Chirac y Blair muestran su satisfacción por la decisión, como un camino para conseguir la paz.

## 5. Comunidades Autónomas

La Presidenta de la Comunidad de Madrid, Esperanza Aguirre realiza una visita oficial a Rumania, el 30 y 31 de enero. Aguirre promoverá la cooperación cultural y social; de Rumania procede, con 121.000 personas, el segundo mayor grupo de inmigración en Madrid.

La Presidenta Aguirre viaja a Florida (Estados Unidos) el 3 y 4 de abril. En una agenda con contenido económico y político, Aguirre inaugura la sede de la Cámara de Comercio y de Ifema y participa en un desayuno de trabajo en el Instituto de Estudios Cubanos y de Cuba-América, en la Universidad de Miami, con presencia de representantes del exilio cubano. Allí declara: «Como madrileña, como española y como amante de Cuba, desde un inequívoco compromiso con la libertad, siempre podrán ustedes contar con mi adhesión y apoyo a una Cuba libre y democrática».

La Presidenta de la Comunidad de Madrid, Esperanza Aguirre, visita Israel el 27 y 28 de junio, acompañada, entre otros, por una delegación del Canal de Isabel II, para tratar las medidas que lleva a cabo ese Gobierno para aumentar las reservas de agua, como las técnicas de lluvia artificial. Además, entre otros actos, Aguirre visita el Museo del Holocausto.

## 6. Europa

### 6.1 CONSEJO DE EUROPA

La Comisión Permanente de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa aprueba, el 17 de marzo, por unanimidad de sus 43 miembros, la primera gran condena internacional contra el régimen de Franco, instando al Gobierno español a erigir monumentos en memoria de las víctimas del franquismo y a instalar una exposición permanente en el Valle de los Caídos para recordar que lo construyeron presos republicanos. Propone fijar el 18 de julio de 2006 como fecha internacional de condena del franquismo. Se condena con firmeza las múltiples y graves violaciones de los derechos humanos cometidas en España entre 1939 y 1975 (véase: <http://assembly.coe.int/Main.asp?link=http://assembly.coe.int/Documents/AdoptedText/ta06/EREC1736.htm>).

### 6.2 UNIÓN EUROPEA

Los Jefes de Estado o de Gobierno de los 25 miembros de la UE se reúnen en Bruselas el 23 y 24 de marzo, mostrando su respaldo al proceso del fin de la violencia en España tras el anuncio de ETA del día anterior y su apoyo al Gobierno español para poner término «a la última organización terrorista de Europa». El Consejo dedica sobre todo su atención a las cuestiones energéticas. En el ámbito exterior, muestra su preocupación por la situación en Bielorrusia y, a demanda de España, concede dos millones de euros a Mauritania para la atención de los 3.500 inmigrantes procedentes

de ese país que se encuentran en Canarias; supone la primera acción del Fondo de Actuación Rápida, creada en el marco de la nueva política europea de inmigración (el texto de la conferencia de prensa del Presidente Zapatero tras la reunión de este Consejo Europeo puede consultarse en: <http://www.la-moncloa.es/Presidente/Intervenciones/ConferenciasdePrensa/Rdez.ZapateroBruselas240306.htm>). El 29 de marzo, el presidente del Gobierno informa al Pleno del Congreso de los Diputados del Consejo Europeo celebrado en Bruselas los días 23 y 24 de marzo (DS/Congreso, Pleno, núm. 165, de 29 de marzo de 2006).

El 30 de marzo comparecen en la Comisión Mixta para la UE el Director general juriconsulto del Consejo de Ministros de la UE (Jean-Claude Piris) y el asesor especial de asuntos parlamentarios del Presidente de la Comisión Europea (Bo-Manderup Jensen), en el marco de actividades del grupo de trabajo creado para estudiar la aplicación por las Cortes Generales del Sistema de Alerta Temprana previsto en el Protocolo de Subsidiariedad que acompaña al Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa (DS/Congreso, Comisión Mixta para la Unión Europea, núm. 62, de 30 de marzo de 2006). Para debatir sobre esta misma cuestión, especialmente para reflexionar sobre la posible participación de los parlamentos autonómicos en este procedimiento de alerta temprana, comparecen el 27 de abril Enoch Alberti Rovira, Catedrático de la Universidad de Barcelona y Francina Esteve García, titular de la Universidad de Girona y, el día 11 de mayo, José Martín y Pérez de Nanclares, Catedrático de la Universidad de La Rioja y Javier Díez-Hochleitner, Catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid. (DS/Congreso, Comisión Mixta para la Unión Europea, núm. 67 y 68).

La Mesa del Parlamento Europeo decide, el 26 de abril, por siete votos a seis, no aceptar el uso de las lenguas cooficiales españolas (catalán, gallego, valenciano y vasco) en las comunicaciones escritas de los ciudadanos. Con relación a esta cuestión, el ministro Moratinos responde el 21 de junio a una pregunta del Senador Luís Ángel Lago Lage, del grupo parlamentario socialista, sobre las actuaciones que está realizando el Gobierno para garantizar el reconocimiento y uso de las lenguas oficiales de España en el ámbito de la Unión Europea. En su respuesta, el ministro afirma que, en este momento, «existen acuerdos con el Consejo, el Comité de las Regiones, la Comisión Europea y el Comité Económico y Social». Paradójicamente, apostilla, «con el único que no existe acuerdo es con el Parlamento Europeo, que es la casa de los ciudadanos europeos» y, por lo tanto, «es de lamentar que precisamente en la Mesa del Parlamento Europeo un representante español, del Grupo Popular, rechazase la petición del Gobierno». Para finalizar, el Ministro Moratinos subraya que «seguimos trabajando y vamos a hacer todo lo posible para que el Parlamento Europeo reconozca lo que es un derecho y, desde luego, acerque a los ciudadanos europeos al Parlamento Europeo» (DS/Senado, Pleno, núm. 89, de 21 de junio de 2006).

La Comisión Europea abre, el 3 de mayo, la primera fase del expediente sancionador a España por «restringir indebidamente la libre circulación de capitales y el derecho de establecimiento de las empresas en su territorio, libertades que se recogen en los artículos 43 y 56 del Tratado de la UE»; medida que se adopta por el Decretoley del 24 de febrero que reforzaba las competencias de la Comisión Nacional de la Energía (CNE) tras la presentación de la OPA por el grupo alemán E.ON contra Endesa. El Gobierno español tiene dos meses para justificar esa ampliación. La semana

anterior la Comisión había autorizado «sin condiciones» esa OPA, aunque el Gobierno español apoya la operación entre Gas Natural y Endesa. Para el presidente del Gobierno la decisión «entra dentro de lo previsible», mientras que para el dirigente del PP, Eduardo Zaplana, es «gravísima».

Aprovechando su estancia en Estonia, el Ministro Moratinos asiste, el 4 de mayo, a la Cumbre sobre Vecindad organizada por la UE; Moratinos participa en el panel dedicado a «Nuevas democracias: cómo mantener el impulso en entorno incierto», destacando las relaciones con los países del Mediterráneo.

El 6 de junio, con motivo del debate del estado de la nación, el Congreso de los Diputados aprueba una resolución instando al Gobierno a dar un nuevo impulso a la construcción política de Europa. En este orden de cosas se pide que el Gobierno continúe con los esfuerzos para lograr la entrada en vigor de la Constitución; que vele por la incorporación, en la fecha prevista, de Rumanía y Bulgaria; porque los procesos de negociación con Croacia y Turquía se desarrollen de tal modo que tengan un nivel de preparación adecuado antes de incorporarse a la Unión; por mantener la perspectiva europea para los Balcanes Occidentales. Que promueva una amplia cooperación con el Magreb, que incluya un tratamiento integral de la cuestión migratoria e impulse el diálogo político y la cooperación con América Latina y el Caribe. Considerando que el desarrollo económico es la mejor base de las reformas sociales, el Congreso de los Diputados, que considera una prioridad el cumplimiento de la Estrategia de Lisboa, pide al Gobierno que siga apoyando la reforma del Pacto de Estabilidad. Por último, el Congreso se felicita de que los ciudadanos españoles puedan dirigirse a las instituciones europeas en las lenguas cooficiales e insta al Parlamento Europeo a incluir este derecho en su funcionamiento (BOCG/Congreso, serie D, núm. 406, de 14 de junio de 2006).

El 14 de junio, comparece el Secretario de Estado para la Unión Europea, Navarro González, para informar, en la Comisión Mixta para la Unión Europea, del orden del día del Consejo Europeo a celebrar los días 15 y 16 de junio. Destaca las siguientes cuestiones: el futuro de la Unión; el desarrollo del espacio de libertad, seguridad y justicia, con especial atención a la inmigración; el desarrollo sostenible y la revisión de la Estrategia de Lisboa; una política energética para la Unión y la ampliación de la Unión; También hay una serie de anexos con declaraciones, ya consensuadas en el Consejo, sobre transparencia, los Balcanes, Irán, Iraq, Oriente Próximo, África y Líbano (DS/Congreso, Comisión Mixta para la Unión Europea, núm. 70, 14 de junio de 2006).

Se celebra, el 15 y 16 de junio, la reunión del Consejo Europeo que cierra la presidencia de Austria. Se trata la situación de la Constitución Europea: en junio de 2007, el Consejo aprobará un documento de la presidencia alemana sobre la propuesta de reforma; tras las negociaciones necesarias, el resultado deberá estar listo «a más tardar» para la presidencia francesa, en el segundo semestre de 2008. Sobre este aspecto el Secretario de Estado Alberto Navarro afirma que «lo que España defiende es el contenido del Tratado, no el continente. El contenido es objeto de un equilibrio muy delicado y debe ser preservado»; el contenido abarca cuatro puntos: «La Europa política, la Europa de los ciudadanos, la presidencia estable y el Ministro de Exteriores». Con respecto a futuras ampliaciones, se condicionan las nuevas incorporaciones a la capacidad de absorción económica y política (Bulgaria y Rumania están cerrando las negociaciones a la espera de ingresar el 1 de enero de 2007; Croacia y Turquía comenzaron las negociacio-

nes el 3 de octubre de 2006; otros países han firmado acuerdos de asociación y estabilización –Albania, Macedonia, Bosnia-Herzegovina y Serbia y Montenegro–; luego quedan países como Moldavia, Ucrania o Kosovo). Otro tema tratado es el de la inmigración, donde España ha tomado la iniciativa para preparar la cumbre Europa-África a celebrar en Rabat el 10 de julio y la que se propone para Lisboa en 2007. Los 25 respaldan estas iniciativas y, además, el Presidente de Finlandia –que ejercerá la presidencia en el segundo semestre de 2006– se compromete a mantener el interés por esta cuestión; de este modo, el Presidente Zapatero afirma que «la UE se ha puesto al frente del problema de la inmigración y de la cooperación con África» y agradece la colaboración de los países que vienen prestando ayuda en el control de fronteras. Por otro lado, los 25 respaldan un plan para hacer llegar fondos a la Administración de Palestina. Además, se acuerda reanudar negociaciones con Serbia «tan pronto como coopere plenamente con el Tribunal Penal Internacional de La Haya» (el día 15 Serbia reconoce oficialmente la independencia de Montenegro).

El 21 de junio, el Presidente del Gobierno informa al Congreso sobre los resultados del Consejo Europeo, asegurando –frente a las críticas del Secretario general del PP, Mariano Rajoy– que el tratamiento de la inmigración ha dado «un salto cualitativo»; aporta datos con respecto a la financiación, que ha crecido en un 117 por 100 en los últimos presupuestos y destacó que, por primera vez, funcionarios y medios técnicos europeos ayudarán a España a tratar la situación de la llegada de indocumentados a Canarias (DS/Congreso, Pleno, núm. 186, 21 de junio de 2006).

### 6.3 ALEMANIA

Tras algunos encuentros esporádicos, el Presidente Rodríguez Zapatero viaja a Berlín para reunirse, el 20 de abril, con Angela Merkel. Se trataron la situación de la Constitución Europea (donde Zapatero habló de «la voluntad constitucional europeísta» de ambos países, y de los trabajos para «recuperar ese proyecto»), de Irán (donde se manifestó el deseo común de llegar a una «solución razonable») y, sobre todo, de la política energética europea, sobre lo que Zapatero destacó «que hay mucho que hacer», con la situación de la OPA de la alemana E.ON sobre Endesa, sobre la que también ha hecho una OPA Gas Natural. Se destaca por parte de Merkel que «las relaciones son muy buenas y muy amistosas», y se convoca la cumbre anual para el 12 de septiembre en Alemania (el texto de la conferencia de prensa entre ambos mandatarios puede consultarse en: <http://www.la-moncloa.es/Presidente/Intervenciones/ConferenciasdePrensa/Rdez.Zapatero-Merkel200406.htm>).

### 6.4 ESTONIA

Proveniente de Lituania, el Ministro Moratinos viaja a Estonia donde el 4 de mayo, se reunirá con el Presidente Arnold Rüütel, el Primer Ministro Andrés Ansip y el titular de Exteriores Urmas Paet. Es la primera visita de alto nivel tras la incorporación de Estonia a la UE y a la OTAN. Se pretenden reactivar las relaciones bilaterales, fomentando la presencia de empresas españolas en los planes de infraestructuras de Estonia.

## 6.5 FRANCIA

El Presidente Rodríguez Zapatero recibe en La Moncloa, el 13 de marzo, al Primer Ministro francés, Dominique de Villepin. Sobre la posibilidad de un acuerdo para poner fin al terrorismo, Villepin compromete el apoyo del Gobierno francés («apoyará todas las acciones que puedan ir en esa dirección»), aunque «no interferirá en una cuestión que afecta a la soberanía española». También trataron sobre la cuestión energética, con la mirada puesta en la reunión del Consejo Europeo que se reúne el 23 de marzo en Bruselas. Ambos Gobiernos quieren que se creen grandes grupos energéticos europeos, pero siempre que se hagan mediante el consenso y la negociación, y no en función de la mecánica del mercado. Zapatero señala tres objetivos: garantizar la seguridad, aumentando las interconexiones transfronterizas; creación de grandes grupos europeos; y aplicación del método comunitario, es decir, el diálogo y el consenso (el texto de la conferencia de prensa entre ambos mandatarios puede consultarse en: <http://www.la-moncloa.es/Presidente/Intervenciones/ConferenciasdePrensa/Rdez.+Zapatero-Rueda+Villepin+130306.htm>).

Los Reyes realizan su tercera visita oficial a Francia, que comienza en París el 27 de marzo. El Rey Juan Carlos y el Presidente Chirac destacan los avances conjuntos sobre cuestiones como la tolerancia entre las culturas, la política migratoria y, sobre todo, el terrorismo. Chirac celebra el anuncio del alto el fuego de ETA y el Rey agradece la ayuda de Francia en el «duro y largo desafío» en la lucha contra el terrorismo (véase: <http://www.casareal.es/esp/cronicas/Acto.jsp?acto=3192>).

El Ministro de Interior, Alfredo Pérez Rubalcaba, que participa en Niza, el 12 de mayo, en la XII Conferencia de Ministros de Interior del Mediterráneo Occidental, se reúne con su colega francés Nicolás Sarkozy, tratando la cooperación en la lucha contra el terrorismo, la situación tras el alto el fuego de ETA, la inmigración ilegal y la lucha contra el crimen organizado transfronterizo.

Con motivo de la reunión del Consejo de Ministros de Defensa de la UE (Bruselas, 15 de mayo), en la que participa por vez primera, el Ministro José Antonio Alonso se reúne con su colega francesa Michelle Alliot-Marie, con quien acuerda la constitución del Consejo hispano-francés de Defensa. Alonso se vuelve a reunir, esta vez en París, el 26 de junio, con su colega francesa, con el objetivo esencial de conseguir el apoyo de Francia para que Zaragoza –que compite con Sigonella (Italia)– sea la base principal de vigilancia de la OTAN.

## 6.6 ITALIA

El Ministro Moratinos viaja a Roma, el 30 de junio, donde mantiene una entrevista con el Presidente del Consejo de Ministros, Romano Prodi y una reunión de trabajo con el Vicepresidente y Ministro de Asuntos Exteriores, Máximo D'Alema. Ambos acaban de tomar posesión de sus cargos tras las recientes elecciones. Se tratan asuntos de la agenda bilateral, de la europea (con especial mención a la cuestión migratoria) y de la internacional, como la situación en los Balcanes, en Iraq, Irán, Afganistán u Oriente Próximo.

## 6.7 LITUANIA

Con motivo de su visita a España, el Ministro de Asuntos Exteriores de Lituania, Antanas Valionis, mantiene un almuerzo y una reunión de trabajo, el 8 de marzo, con el Ministro Moratinos, abordándose las relaciones bilaterales y diversas cuestiones que se tratarán en el próximo Consejo Europeo, como la política energética, el estado de la Constitución Europea o la situación en Europa Central y Oriental.

Moratinos viaja a Lituania (en una gira por países Bálticos que le llevará también a Estonia), donde el 3 de mayo se reunirá con el Presidente Valdas Adamkus, el Primer Ministro Algirdas Mykolas Brauzaskas y su colega Antanas Valionis, con el objetivo de reforzar las relaciones bilaterales.

## 6.8 POLONIA

El Presidente Rodríguez Zapatero se reúne en Granada, el 9 de marzo, con su colega polaco Kazimierz Marcinkiewicz, con motivo de la tercera cumbre bilateral. En la agenda figuran asuntos como la cuestión energética y la situación de los trabajadores polacos en la Unión Europea. Zapatero anuncia que España levantará la restricción actual (siete años) para aplicar la libre circulación desde el 1 de mayo (para Polonia, con una cifra de unos 35.000 y para los otros siete países del Este que ingresaron el 1 de mayo de 2004).

## 6.9 PORTUGAL

Los Príncipes de Asturias asisten en Lisboa, el 9 de marzo, a la toma de posesión de Aníbal Cavaco Silva como Presidente de Portugal.

La Vicepresidenta Primera M.<sup>a</sup> Teresa Fernández de la Vega se reúne en Lisboa, el 8 de mayo, con el Presidente Cavaco Silva, destacando el clima de «extraordinaria sintonía» en las relaciones bilaterales. También lo hace con el Primer Ministro José Sócrates con quien coordina dos asuntos de interés común vinculados a los flujos migratorios. La reunión euroafricana que tendrá lugar en Rabat los días 10 y 11 de julio y la que se celebrará en Madrid, en este caso en el marco iberoamericano, el 17 y 18 del mismo mes.

Se celebra en Zamora, el 29 de mayo, una reunión institucional de Cooperación Transfronteriza, en la que participa el Ministro Moratinos y su colega portugués Freitas do Amaral. Asisten también los presidentes de las Comunidades Autónomas de Castilla y León, Andalucía, Extremadura y Galicia, así como los representantes de cuatro Comisiones de Coordinación y Desarrollo Regional de Portugal (Norte, Centro, Alentejo y Algarve) (el texto del discurso pronunciado por el Ministro en esta reunión puede consultarse en: [http://www.mae.es/es/menuppal/actualidad/declaraciones+y+discursos/20060529\\_disc1.htm](http://www.mae.es/es/menuppal/actualidad/declaraciones+y+discursos/20060529_disc1.htm)).

## 6.10 REINO UNIDO

El Secretario de Estado Bernardino León y el Director general para Europa y América del Norte, José Pons, participan en Chevenin House (Kent), en las conversa-

ciones celebradas el 20 y 21 de febrero, junto a representantes de Gibraltar (Peter Caruana, Ministro principal) y del Reino Unido (Dominic Chilcott). El Gobierno español exigirá que se resuelva la cuestión de la nueva Constitución de Gibraltar antes de llegar a acuerdos sobre el aeropuerto, pensiones, submarinos nucleares, telecomunicaciones y otras materias. Es la cuarta reunión tripartita.

El Ministro de Asuntos Exteriores británico, Jack Straw da garantías por escrito, el 7 de marzo, de que no volverá a repetirse en Gibraltar un incidente como el protagonizado en el año 2000 por el submarino nuclear *Tireless*. El día 9, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea anuncia la desestimación de la demanda que la Comisión Europea interpuso contra Londres, derivada del conflicto por el *Tireless*, ya que el Reino Unido actuó conforme a la legislación vigente, ya que la obligación comunitaria de comunicar planes preventivos ante alarmas radiológicas no es aplicable al uso militar de la energía atómica. El Ministro Moratinos acepta las garantías de su colega británico, lo que se considera como un paso hacia el acuerdo de cooperación bilateral, que se negocia desde marzo de 2005, aunque el Gobierno británico no renuncia a efectuar reparaciones nucleares en Gibraltar, como pide España.

Tras cerrarse las negociaciones entre Londres y Gibraltar para reformar la constitución del Peñón de 1969, el Ministro Moratinos, desde Córdoba, se felicita —el 17 de marzo— porque «el Reino Unido ha respetado y cumplido la palabra dada al Gobierno español y no ha sobrepasado las líneas rojas que habíamos marcado... La situación de la colonia de Gibraltar se mantiene tal y como aparece definida en las resoluciones de Naciones Unidas, de forma que tampoco sufre variaciones». El nuevo texto introduce el derecho de autodeterminación de los gibraltareños, pero lo hace condicionándolo a «los tratados existentes», tal como pedía España.

Tras reunirse en Madrid, el 20 de junio, con su colega británico Geoff Hoon, el Secretario de Estado de Asuntos Exteriores, Bernardino León, se muestra «convencido de que, en las próximas semanas», España, Reino Unido y Gibraltar cerrarán el acuerdo para el uso conjunto del aeropuerto del Peñón y otros proyectos de cooperación que se vienen negociando desde enero de 2004.

## 6.11 OTROS PAÍSES EUROPEOS

### 6.11.1 *Noruega*

El Ministro Moratinos se reúne el 13 de marzo, con su homólogo noruego, Jonas Gahr Store. De las relaciones bilaterales destaca el encargo para la construcción de cinco fragatas para la Marina Real Noruega por parte de la empresa española NAVANTIA. Con respecto al litigio pesquero en la zona de protección de las Svalbard, Moratinos manifiesta el deseo de llegar a una fórmula multilateral basada en la cooperación y el diálogo. También tratan la «crisis de las viñetas», agradeciendo Moratinos el apoyo de Noruega a la Alianza de Civilizaciones (el audio de la rueda de prensa entre ambos mandatarios puede escucharse en: <http://www.mae.es/NR/rdonlyres/B3275874-E830-48D6-8CDD-753AAF116689/0/RPESPAÑANORUEGA.mp3>).

El Primer Ministro noruego, Jens Stoltenberg —presente en Madrid para asistir a la reunión convocada por el Secretario general de la ONU—, expresa —el 7 de abril— su

«gran confianza» en la tarea de Rodríguez Zapatero para llevar a cabo el proceso iniciado tras la declaración de alto el fuego permanente anunciado por ETA el 22 de marzo. Según informan los medios de comunicación, en Oslo se celebraron encuentros entre representantes de esa organización y un enviado de Partido Socialista de Euskadi, aunque Stoltenberg no comentó nada a este respecto. En cuanto a la agenda bilateral, Stoltenberg destacó que «ha sido un encuentro muy bueno. Hemos discutido de las relaciones bilaterales entre Noruega y España y estamos interesados en la construcción de barcos en España» (cinco fragatas de la clase F-1000, un contrato de 3.000 millones de dólares), y la posible visita de los Reyes a Noruega en junio. Visita que comienza el 6 de junio, acompañados por el Ministro Moratinos, con una agenda marcada por la cuestión energética y la compra de naves de guerra. Tanto el Rey Juan Carlos como el Rey de Noruega Harald V hacen referencia en sus discursos a esta cuestión; también el Rey de Noruega resalta la opción de España por el multilateralismo, valorando muy positivamente la Alianza de Civilizaciones y el Proceso de Barcelona. Al día siguiente, en un almuerzo ofrecido por el Primer Ministro Jens Stoltenberg, el Rey Juan Carlos pide al Gobierno noruego diálogo para resolver los problemas de la pesca (véase: <http://www.casareal.es/esp/cronicas/Acto.jsp?acto=3360>). El 8 de junio concluye la visita con un viaje a Bergen, a las instalaciones de la mayor plataforma marítima de extracción de gas del mundo.

#### 6.11.2 *Rumania*

El Presidente Rodríguez Zapatero se reúne en La Moncloa, el 8 de junio, con el Primer Ministro rumano Calin Popescu-Tariceanu, con quien trata sobre la integración de Rumania en la UE el 1 de enero de 2007, la lucha contra la delincuencia organizada y la inmigración. Los rumanos son el tercer grupo de población inmigrante en España, tras marroquíes y ecuatorianos, con 317.000 personas (el texto de la declaración del Presidente del Gobierno y el Primer Ministro rumano puede consultarse en: <http://www.la-moncloa.es/Presidente/Intervenciones/ConferenciasdePrensa/Rdez.Zapatero-PMRumania080606.htm>).

#### 6.11.3 *Rusia*

El 1 de marzo, la Comisión de Asuntos Exteriores del Congreso de los Diputados aprueba una proposición no de ley instando al Gobierno a realizar ante las autoridades rusas las gestiones pertinentes para que el señor Mikhail Khodorkovsky y los ejecutivos de la empresa Yukos tengan un juicio justo, transparente y con las garantías propias de un Estado de derecho. (Debate en DS/Congreso, Comisión de Asuntos Exteriores, núm. 492, de 1 de marzo de 2006 y texto aprobado en BOCG/Congreso, serie D, núm. 354, de 17 de marzo de 2006).

#### 6.11.4 *Santa Sede*

La Vicepresidenta Primera, M.<sup>a</sup> Teresa Fernández de la Vega, asiste en Roma, el 24 de marzo, a la investidura por el Papa Benedicto XVI del Arzobispo de Toledo, Antonio Cañizares, como cardenal. En la cena homenaje que ofrece la vicepresidenta

expresa su «profundo respeto» por la Iglesia y sus deseos de mantener «una fructífera cooperación» con la jerarquía católica española. Están presentes también el Ministro de Defensa, José Bono, y los dirigentes del PP Eduardo Zaplana y Ángel Acebes. Al día siguiente, Fernández de la Vega se reúne con el número dos de la jerarquía vaticana, el Cardenal Angelo Sodano, Secretario de Estado del Vaticano, en la recepción ofrecida por el embajador Jorge Dezcallar, que próximamente regresa a España. Para Sodano «Todos tenemos buena voluntad para resolver los problemas y con España debería ser fácil».

El nuevo embajador ante la Santa Sede, Francisco Vázquez (alcalde de La Coruña durante veintitrés años), presenta el 20 de mayo sus cartas credenciales ante el Papa Benedicto XVI, que pide la religión católica se enseñe «en condiciones equiparables a las demás disciplinas fundamentales». En la conversación se tocaron temas como la financiación de la Iglesia católica o el proceso de paz en el País Vasco.

#### 6.11.5 *Turquía*

El Ministro Moratinos se reúne, el 3 de marzo, con Abdullah Gull, Viceprimer Ministro y Ministro de Asuntos Exteriores de Turquía (el audio de la rueda de prensa entre ambos mandatarios puede escucharse en: <http://www.mae.es/NR/rdonlyres/03829AFD-7CE1-4612-9C0A-8160D3B56977/0/20060303Tur.mp3>).

### 7. **Mediterráneo**

Los 26 ministros de Defensa de la OTAN se reúnen en Taormina (Italia), el 10 de febrero, con los siete países del Diálogo Mediterráneo (Argelia, Egipto, Israel, Jordania, Marruecos, Mauritania y Túnez). Se trata la situación en Oriente Próximo tras la victoria de Hamás en Palestina y la crisis de las viñetas (véase Organización del Tratado del Atlántico Norte)

Como se señaló, el Ministro de Interior, Alfredo Pérez Rubalcaba, participa en Niza –el 12 de mayo– en la XII Conferencia de Ministros de Interior del Mediterráneo Occidental, que reúne a 10 países, que tiene como asunto principal la cooperación en la lucha contra la inmigración ilegal.

Con motivo de la inauguración de la Exposición que conmemora el sexto centenario de la muerte de Ibn Jaldún (Sevilla, 18 de mayo), el Presidente Rodríguez Zapatero intenta reactivar la política española en el Mediterráneo. En un acto que inicialmente iba a ser con intervenciones públicas, pero que se convirtió en encuentros bilaterales en un hotel, Zapatero se reúne con el Presidente egipcio Hosni Mubarak y con el argelino Abdelaziz Buteflika.

#### 7.1 **MARRUECOS / SÁHARA OCCIDENTAL**

La visita del Presidente Rodríguez Zapatero a Melilla y Ceuta, el 31 de enero y 1 de febrero –la segunda tras la realizada por Adolfo Suárez en 1980– es calificada por

el portavoz del Gobierno marroquí –que no emite comunicado oficial–, Nabil Benabdálá, como «inoportuna»: «Es una visita que consideramos inoportuna, no cambia nada la naturaleza del problema... Rabat reivindica la marroquinidad de los presidios y, como las posiciones son conocidas, sólo podemos lamentar esa visita». Por parte española se destacan las excelentes relaciones con Marruecos. Rodríguez Zapatero pide la colaboración de Marruecos para luchar contra la inmigración irregular.

Las autoridades marroquíes impiden una vez más, el 24 de febrero, que una delegación española visite el Sáhara Occidental. En este caso se trata de siete diputados de Baleares, que ni siquiera pudieron embarcar en el avión desde Las Palmas, al denegar el embarque la compañía marroquí Regional Air. El Gobierno de Marruecos impide la entrada de representantes políticos españoles y de otros países europeos, aunque el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación anunció en junio de 2005 un viaje de una delegación de las Cortes, viaje que no se ha realizado.

El 5 de abril, la Comisión de Asuntos Exteriores del Congreso de los Diputados debate y aprueba una proposición no de ley instando al Gobierno a agilizar los trámites para conceder visados a niños y niñas saharauis enfermos, procedentes de Argelia (Debate en DS/Congreso, Comisión de Asuntos Exteriores, núm. 547, de 5 de abril de 2006 y texto aprobado en BOCG/Congreso, serie D, núm. 378, de 3 de mayo de 2006).

El Secretario general del Frente Polisario, Mohamed Abdelaziz, declara en Madrid, el 21 de abril, su rechazo a la propuesta del Secretario general de la ONU, Kofi Annan, para desbloquear el conflicto del Sáhara Occidental por medio de la negociación directa entre ambas partes.

Tiene lugar en Madrid, el 21 de abril, la séptima reunión del Grupo de Trabajo Permanente Hispano Marroquí sobre Migración. Entre los presentes, Antonio Camacho, Secretario de Estado de Seguridad, anuncia la voluntad de Marruecos de aceptar la devolución de los *sin papeles* subsaharianos que llegan a España desde territorio marroquí, ejecutando el acuerdo de 13 de febrero de 1992 relativo a la readmisión de nacionales de terceros países.

El Juez de la Audiencia Nacional Juan del Olmo, acompañado por la fiscal Olga Sánchez y por el magistrado enlace en Marruecos, Ángel Llorente, viaja a Marruecos el 23 de abril para llevar a cabo nuevas investigaciones sobre los atentados del 11-M. Preguntado si la colaboración judicial marroquí con España es satisfactoria, responde que «absolutamente».

El 6 de junio, con motivo del debate del estado de la nación, el Pleno del Congreso aprueba las siguientes resoluciones, publicadas en el BOCG/Congreso, serie D, núm. 406, de 14 de junio, instando al Gobierno a:

1. *Transmitir al Gobierno de Marruecos la petición del respeto de los derechos individuales de detenidos y procesados y la exigencia de la debida transparencia en las situaciones de detención y procesamiento.*

2. *Solicitar la intervención de la ONU, de la Unión Europea y de la Unión Africana para que se establezca la legalidad internacional y el respeto a los derechos humanos en los territorios ocupados del Sáhara Occidental.*

3. *Instar al Gobierno de Marruecos a permitir el acceso permanente de observadores internacionales, representantes de organizaciones de defensa de los derechos humanos y prensa internacional al territorio del Sáhara Occidental.*

4. *Apoyar los legítimos derechos de la población saharauí, a ejercer su reconocido y reiterado derecho de autodeterminación, mediante un referéndum libre y sin coacciones de ningún tipo. Expresar el total apoyo a la Resolución 1495, del Consejo de Seguridad de la ONU, aprobada por unanimidad, y que constituye el consenso de la Comunidad Internacional, para poner fin a esta tragedia, que ya dura más de 30 años.*

5. *La defensa activa de los puntos anteriores, en los foros internacionales, ante las partes implicadas, ante los países de la región y, expresamente, ante el Gobierno de Marruecos. Es la única manera de saldar una deuda histórica, jurídica y moral con los inocentes de esta tragedia, la población saharauí, respetar la legalidad internacional y propiciar en la región un clima de seguridad, desarrollo social y de respeto a la democracia y a los Derechos Humanos.*

Asimismo, el Congreso de los Diputados insta a que:

*El Gobierno apoyará la labor del Secretario General de las Naciones Unidas, y de su Enviado Personal para el Sahara Occidental así como de la MINURSO, y defenderá la necesidad de alcanzar, en el marco de Naciones Unidas, y de acuerdo con los términos de la Resolución 1675 de 28 de abril de 2005, una solución política justa, duradera y mutuamente aceptable, que prevea la autodeterminación del pueblo del Sahara Occidental.*

*El Gobierno promoverá el respeto de los Derechos Humanos en el territorio del Sahara Occidental y en los campamentos de refugiados, y continuará prestando su apoyo al desarrollo de medidas de confianza tales como las visitas de familiares.*

*El Gobierno incrementará la ayuda humanitaria y la cooperación técnica a los campamentos de refugiados saharauís, utilizando y coordinando a los efectos todos los instrumentos disponibles de la cooperación pública, incluyendo la Agencia Española de Cooperación Internacional, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales, así como las organizaciones no gubernamentales españolas.*

El 20 de junio, la Secretaría de Estado de Cooperación Internacional informa de los proyectos de cooperación que el Gobierno tiene previsto llevar a cabo en Marruecos (DS/Congreso, Comisiones, núm. 612, de 20 de junio de 2006).

## 7.2 MAURITANIA

El 16 de marzo los Secretarios de Estado de Interior, Antonio Camacho, y de Exteriores, Bernardino León, junto al representante de la Unión Europea, Meter Bosch, se reúnen en Nuakchot con representantes del Gobierno de Mauritania, para tratar la situación del aumento de la migración hacia Canarias; según fuentes policiales, habría una «lista de espera» de entre 10.000 y 15.000 personas. Otros cálculos hablan de medio millón de subsaharianos que esperan para intentar llegar a Europa. Tras el Consejo de Ministros de 17 de marzo, la Vicepresidenta Fernández de la Vega, afirma que «El Gobierno de Mauritania está dispuesto a cumplir el acuerdo firmado

con España en 2003 para readmitir a los inmigrantes irregulares» procedentes de las costas de ese país.

El 21 de marzo, un grupo de 35 militares españoles prepara en Nuadibú un centro de acogida de inmigrantes indocumentados; al día siguiente, la Guardia Civil comienza a realizar el patrullaje marítimo conjunto con la Gendarmería mauritana, «con el fin de controlar el flujo de los barcos dedicados a la inmigración irregular con destino a Canarias»; la operación durará tres meses.

En Pekín, el Ministro Moratinos se reúne, el 22 de marzo, con el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, António Guterres, para que ACNUR intervenga en esa situación, implicando también a la Organización de Migraciones Internacionales.

El 20 de junio, la Secretaria de Estado de Cooperación Internacional informa en la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados del papel de la AECI en la crisis de los emigrantes en Mauritania (DS/Congreso, Comisiones, núm. 612, de 20 de junio de 2006).

## 8. Oriente Próximo

Tras la victoria de Hamás en las elecciones al Parlamento palestino (76 escaños de un total de 132), el 25 de enero, el Ministro Moratinos, desde Bruselas, donde asiste a la reunión del Consejo de Asuntos Generales y Relaciones Exteriores, afirma que «La UE debe reflexionar para buscar una estrategia. Estamos ante una nueva situación. No debemos precipitarnos». Los 25 piden que el nuevo Parlamento «apoye la formación de un Gobierno comprometido con una solución pacífica y negociada del conflicto con Israel, basada en los acuerdos existentes y en la Hoja de Ruta». Sobre esa base, «la Unión Europea está dispuesta a mantener su apoyo» a la Autoridad Nacional Palestina.

Tras visitar varios países asiáticos (Dubai, Afganistán y Pakistán), el Ministro Moratinos llega a Siria —el 7 de marzo— para realizar una escala técnica, entrevistándose con su colega sirio Wallid Moallem. Ante diversas explicaciones pedidas por Estados Unidos (por el embajador en Madrid, Eduardo Aguirre y por Shirin Tahir Kheli, asesora del Gobierno), el Gobierno responde que fue una simple escala técnica y que, en opinión del Director general de Política Exterior, Jorge Dezcallar, no se debe aislar al régimen sirio.

El 1 de marzo, la Comisión de Asuntos Exteriores del Congreso de los Diputados, al celebrarse el 20 aniversario de las relaciones diplomáticas entre España e Israel, aprueba una proposición no de ley instando al Gobierno a fortalecer e intensificar las relaciones diplomáticas entre ambos países (Debate en DS/Congreso, Comisión de Asuntos Exteriores, núm. 492, de 1 de marzo de 2006 y texto aprobado en BOCG/Congreso, serie D, núm. 354, de 17 de marzo de 2006). En esta sesión se aprueba también una proposición no de ley instando al Gobierno a favorecer el desarrollo social y la seguridad de Jordania (Texto aprobado en BOCG/Congreso, serie D, núm. 354, de 17 de marzo de 2006).

El 2 de marzo, el Ministro de Asuntos Exteriores y de Cooperación analiza en la Comisión de Asuntos Exteriores del Congreso de los Diputados la nueva situación creada en Oriente Medio por la victoria del grupo terrorista Hamás en las elecciones palestinas (DS/Congreso, Comisión de Asuntos Exteriores, núm. 495, de 2 de marzo de 2006). El Ministro afirma que esa victoria configura un nuevo escenario en la región; hace referencia al resultado electoral, que ha sido considerado suficientemente libre y democrático, lo que proporciona indudable legitimidad a los resultados; reconoce, no obstante, que el sistema electoral ha favorecido a Hamás, que ha obtenido la mayoría absoluta, pero no ha alcanzado la de dos tercios, necesaria para modificar los poderes presidenciales; esta situación hace difícil el equilibrio entre las competencias del Presidente de la Autoridad Nacional Palestina y el Gobierno; recuerda que también hay otras formaciones que han logrado poco más del 5 por ciento y cuentan con cierto respaldo social y son de carácter laico y moderado. Recuerda que Hamás es un movimiento que figura en la lista europea de organizaciones terroristas, pero deja constancia de su evolución hacia posiciones más pragmáticas. Pero sus dirigentes han declarado que por ahora no piensan reconocer al Estado de Israel, por eso España, la Unión Europea y la comunidad internacional han establecido tres condiciones básicas que Hamás debería cumplir para obtener el reconocimiento internacional: rechazar la violencia, reconocer a Israel y aceptar los acuerdos y obligaciones previos firmados entre Israel y la Autoridad Nacional Palestina, incluida la Hoja de Ruta.

El Ministro Moratinos realiza una gira de seis días por Oriente Próximo. Viaja a Amán, el 22 de abril, para visitar en su residencia al Presidente palestino Mahmud Abbás (*Abu Mazen*), prometiendo que «España y la Unión Europea no van a cesar en su ayuda al pueblo palestino ... Los europeos siempre hemos apoyado a los palestinos, incluso hoy, con todas las dificultades, la Unión Europea es el principal donante y vamos a continuar ayudándoles»; ese mismo día cena en El Cairo con su homólogo egipcio, Abdul Gheit, para ir al día siguiente a Israel donde se reúne, en Jerusalén, con el Primer Ministro en funciones de Israel, Ehud Olmert, quien resalta: «Apreciamos la postura de Moratinos, que ha reiterado en más de una ocasión ante interlocutores de países árabes que Europa no puede dialogar ni ayudar al Gobierno terrorista de Hamás que sigue sin renunciar a la violencia ni reconocer al Estado de Israel». Desde allí se traslada a Amán para acompañar a los Reyes en su visita a Jordania, en apoyo a las reformas emprendidas por el Rey Abdalá; representantes de 24 empresas viajan en la comitiva. Los Ministros de Exteriores de los dos países firman la Declaración de Amán, inspirada en la Alianza de Civilizaciones y en el Mensaje de Amán, que «muestra la auténtica imagen del islam y sus nobles principios de paz y tolerancia», así como que «el terrorismo no tiene religión ni rostro» y que «nada justifica las reacciones violentas contra personas inocentes», instando «a resolver los problemas políticos que contribuyen a promover la cultura de la violencia». El texto apuesta por la plena integración de los inmigrantes y rechaza la intolerancia y el fanatismo: «las civilizaciones no deben entenderse como entes competitivos o en conflicto, sino, por el contrario, como realidades complementarias en proceso constante de diálogo y cooperación».

Los Reyes realizan una visita oficial a Jordania que comienza el 24 de abril, siendo recibidos por el Rey Abdalá. El Rey Juan Carlos recuerda los atentados terroristas del 11 de marzo de 2004 en Madrid y el de Ammán de 9 de noviembre de 2005 «cau-

sados por la barbarie terrorista», que «refuerzan el compromiso solidario de los ciudadanos y Gobiernos de ambos países para erradicar la inaceptable lacra del terrorismo» (véase: <http://www.casareal.es/esp/cronicas/Acto.jsp?acto=3256>). Moratinos firma junto al Ministro jordano de Industria y Comercio, Sharif Subí, el acta de la IV Comisión mixta de cooperación bilateral, que permitirá a Jordania disponer de 11 millones de euros durante el período 2006-2008 (siete millones en ayuda no reembolsable y cuatro en microcréditos), para demostrar el compromiso español con el proceso de paz en la región. Al día siguiente, Don Juan Carlos asiste a un foro empresarial hispano-jordano y la Reina Sofía visita la organización benéfica que preside la Reina Rania. Asisten al almuerzo que les ofrece el Primer Ministro Marouaf Al Bakhit; además de condenar el terrorismo (tras el atentado de Dahba, en Egipto, que causa al menos 30 muertos), el Rey manifiesta el apoyo de España al amplio proceso de cambio y reformas políticas y económicas emprendidas por Jordania (véase: <http://www.casareal.es/esp/cronicas/Acto.jsp?acto=3258>). Viajan a Aqaba para desde allí partir hacia Qatar.

El 26 de abril, en Doha, Don Juan Carlos se reúne con el emir Hamad bin Jalifa Al-Thani (miembro del Grupo de Alto Nivel de la Alianza de Civilizaciones), a quien traslada su deseo de elevar las relaciones bilaterales económicas, aumentando la presencia de las empresas españolas, como ya las tienen las políticas, aunque se destaca que Qatar apoya financieramente a la organización Hamás —cuestión que debatió Moratinos con su colega Hamad bin Jasim bin Jabor Al-Thani, a quien pidió coherencia para garantizar el proceso de paz en Oriente Próximo— y patrocina la cadena de televisión Al Yazira. El 27 de abril la comitiva regresa a España.

El 6 de junio, en el curso del debate sobre el estado de la nación, el Congreso aprueba una resolución, publicada en el BOCG/Congreso, serie D, núm. 406, de 14 de junio, en la que insta a:

1. *Impulsar al nuevo gobierno de Hamas a aceptar las condiciones que exige la comunidad internacional de renuncia a la violencia, reconocimiento del Estado de Israel y aceptación de los acuerdos firmados.*

2. *Promover el diálogo entre el Ministro israelí Ehud Olmert y el Presidente palestino Mahmud Abbas, máximo representante de la Autoridad Palestina y por lo tanto el único legitimado para firmar acuerdos.*

3. *Continuar e intensificar la ayuda a la población palestina.*

4. *Promover todos los medios de negociación posibles para que la Comisión Europea canalice con la máxima rapidez los 34 millones de euros de ayuda humanitaria ya aprobados.*

5. *Hacer, en el marco de la UE, las gestiones oportunas ante el Gobierno de Israel para que éste no retenga por más tiempo los impuestos palestinos.*

6. *Rechazar las medidas unilaterales del Gobierno israelí de fijación de fronteras que harían prácticamente imposible el proceso de paz para la región y reclamar el cese de las medidas de violencia y la plena aplicación del Acuerdo sobre Movimientos y Accesos a los territorios aprobado en noviembre de 2005.*

7. *Impulsar tanto bilateralmente como ante el «cuarteto» y en el marco de la UE y de la ONU todas las actuaciones necesarias para favorecer el proceso de paz en Oriente Medio.*

## 9. América

### 9.1 ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

El Secretario de Estado adjunto para Asuntos del Hemisferio Occidental en el Departamento de Estado estadounidense, Thomas Shannon, realiza una visita de dos días a Madrid, el 30 y 31 de enero. Shannon trata sobre la agenda bilateral hacia América Latina, donde hay discrepancias importantes, como la venta de armamento español a Venezuela, respecto a la que Estados Unidos ha prohibido que se venda con componentes de ese país. Aunque también ha habido cooperación, como en el caso de Bolivia. Shannon se reúne con el asesor internacional del Presidente Zapatero, Carles Casajuana, con el Secretario de Estado de Asuntos Exteriores, Bernardino León; con el Director general de Iberoamérica, Javier Sandomingo; y con el Director general de Política Exterior, Jorge Dezcállar. Se entrevistó con el ex presidente Felipe González y con miembros de la FAES.

El embajador de Estados Unidos, Eduardo Aguirre, impone el 30 de enero la «Legion of Merit», la máxima condecoración del Ejército estadounidense, al general José Antonio García, jefe del Estado Mayor de la Defensa.

El 16 de febrero, la Secretaria de Estado Condoleezza Rice envía al Ministro Moratinos una carta en la que muestra su colaboración en la Alianza de Civilizaciones con el objeto de que ayude a promover «las reformas democráticas, la paz y la estabilidad en Oriente Próximo». Rice asegura que espera «con impaciencia» el informe final del grupo de alto nivel y sus propuestas de trabajo para que EEUU pueda conocer «los proyectos específicos» para que «pueda hacer su contribución».

El Ministro de Justicia, Juan Fernando López Aguilar declara el 26 de abril, desde Santo Domingo (República Dominicana), que tiene la intención de escribir una carta a las autoridades de Florida para «incidir sobre el entendimiento» de la condena a muerte –el 28 de agosto de 2000– del preso español Pablo Ibar. López Aguilar se reúne con el fiscal general de EEUU, Alberto Gonzales.

El Ministro de Defensa, José Antonio Alonso, mantiene una charla con el Secretario de Defensa de EEUU, Donald Rumsfeld, en Bruselas, el 8 de junio, con motivo de una reunión de la OTAN, con quien acuerda reunirse el próximo otoño en Washington.

El Ministro Moratinos viaja a Estados Unidos. El 18 de junio asiste en Tampa (Florida), a la reunión anual del Consejo España-EEUU; allí destaca que «las relaciones se están consolidando en los contactos políticos y en acciones conjuntas», como en Afganistán, Iraq, Oriente Próximo y América Latina, y en cuestiones como la lucha contra el terrorismo y en cooperación policial y judicial. Para Moratinos, «todo ello demuestra que somos socios y aliados estratégicos». Sobre América Latina, dijo que «tenemos una voluntad de complementariedad, aunque aún hay algunas diferencias que hay que saber conciliar. Cada uno tenemos nuestras capacidades, y tenemos que jugar el papel que nos corresponde. No queremos sustituir a EEUU; necesitamos más EEUU en Latinoamérica, pero también necesitamos que España pueda aportar una proyección de futuro que dé estabilidad real a la región» (véase: <http://www.mae.es/es/menuppal/actualidad/declaraciones+y/discursos/reunión+del+cons>

ejo+de+españa+estados+unidos.tampa.htm). Al día siguiente, en Washington, Moratinos se reúne con la Secretaria de Estado Condoleezza Rice, en un momento calificado como de «intensificación de las relaciones». Hablaron sobre diversas cuestiones, como la situación en Iraq («España juega un papel extraordinariamente importante allí», dijo Rice), de Oriente Próximo, de Irán, de Marruecos y Argelia, y de Latinoamérica, subrayando ese papel complementario de España con EEUU, y destacando los casos de Venezuela y Cuba. También trataron la polémica sobre los vuelos de la CIA, sobre lo que Moratinos dijo que «Le he hablado de la preocupación sobre el supuesto sobrevuelo de aviones de la CIA y ella me ha vuelto a reiterar sus garantías de que en cualquier país aliado, amigo y soberano, como es España, no se ha cometido ningún acto ilegal». Y también sobre la prisión de Guantánamo, calificada por Moratinos como «anomalía»; la respuesta de Rice fue que «no queremos que Guantánamo esté abierto ni un día más de lo necesario». Moratinos valoró la relación como «muy fluida, muy positiva, cada vez más consensuada»; «desde el principio, el Gobierno ha mostrado voluntad de trabajar con un aliado estratégico e importante como EEUU... la coreografía a veces es peor y a veces mejor, y en esta ocasión ha sido muy adecuada, muy satisfactoria». Por último, Rice anuncia que viajará a España «después del verano y antes de fin de año». Al mismo tiempo, en el Congreso de EEUU se reactiva el *caucus* de los Amigos de España.

## 9.2 AMÉRICA LATINA

El 2 de marzo, el Ministro de Asuntos Exteriores y de Cooperación informa en la Comisión de Asuntos Exteriores del Congreso de los Diputados de los nuevos retos de la política exterior española en Iberoamérica. El ministro describe, en primer lugar el escenario de la región y afirma que 2006 puede ser un año decisivo para la región, que a los retos heredados de Estados débiles –pobreza, desigualdad, exclusión– tiene que añadir que hay relevos presidenciales en una decena de países, en una tendencia que apunta a importantes desplazamientos políticos; esta situación se produce cuando la región acumula el cuarto año consecutivo con un crecimiento económico superior al 4 por ciento de su producto interior bruto. Todo esto, indica el Ministro, es un desafío para la política exterior española y sería necesario afrontarlo con el mayor consenso posible. Con relación al reto de la pobreza y la desigualdad, afirma que las políticas de liberalización económica, conocidas como el consenso de Washington, se han agotado sin ser capaces de reducir la brecha de la pobreza y han traído, como consecuencia, un descrédito de las instituciones democráticas, que han de recuperar su legitimidad; por el momento no hay unanimidad en Iberoamérica en cuanto a la forma de afrontar ese reto. Reconoce que España tiene influencia en la región, pero hay que buscar la concertación con otros actores regionales y extrarregionales, en este sentido, recuerda que Estados Unidos sigue siendo el primer inversor y, de lejos, el primer socio comercial; alude a la reciente irrupción de China y al papel de la Unión Europea, cuyo interés por la región ha de estimular España. En este contexto, la política española va a atender a la lucha contra la pobreza y la desigualdad, al fortalecimiento de las instituciones democráticas y a la defensa de los intereses de nuestras empresas. El Ministro hace una mención especial a las cumbres iberoamericanas y a la recién

creada Secretaría General Iberoamericana, que entiende ha de contribuir a fortalecer las relaciones en todos los órdenes (DS/Congreso, Comisión de Asuntos Exteriores, núm. 495, de 2 de marzo de 2006).

El 21 de marzo, el Pleno del Congreso de los Diputados debate una proposición no de ley sobre impulso de las relaciones de la Unión Europea con América Latina y el Caribe, con vistas a la preparación de la IV Cumbre a celebrar en Viena (Debate en DS/Congreso, Pleno, núm. 161, de 21 de marzo de 2006; y texto acordado en BOCG/Congreso, serie D, núm. 360, de 29 de marzo de 2006).

Antes de acudir en Viena a la IV Cumbre Unión Europea – América Latina y Caribe, el 10 de mayo, el Presidente Rodríguez Zapatero, que se había reunido en Madrid con la Presidenta chilena Michelle Bachelet, afirma que piensa reunirse con el Presidente boliviano Evo Morales, aunque «con distinto alcance de tiempo y formato» del que dedicará al Presidente de México (Vicente Fox) y de Brasil (Lula da Silva) (véase también Chile).

El 11 de mayo, también en Madrid, el Presidente se reúne con representantes del CARICOM con motivo de la celebración de la III Cumbre España-CARICOM, el grupo de países del Caribe donde la presencia española es cada vez mayor. En su comparecencia ante los medios de comunicación, Rodríguez Zapatero reitera el interés de España en aproximar a los países del CARICOM al espacio latinoamericano y en favorecer el diálogo y la cooperación del Caribe con la Unión Europea. El Presidente del Gobierno destaca también el «pleno apoyo» de los países caribeños a la Alianza de Civilizaciones, cuya próxima reunión se celebrará en Santa Lucía, a propuesta del Ministro Miguel Ángel Moratinos, y subraya la suscripción de una declaración conjunta en la que se recogen los compromisos de «relanzar el diálogo político» entre ambas partes, «incrementar los intercambios comerciales y las inversiones, en particular, en el sector del turismo» y apoyar la difusión del idioma español en la zona, donde es la primera lengua extranjera. Asimismo, durante esta reunión, España se compromete a fortalecer e impulsar programas de apoyo a las distintas culturas y pueblos indígenas existentes en el área y a contribuir al Fondo del Banco de Desarrollo del Caribe. Por su parte, los miembros del CARICOM ofrecen seguridad jurídica para las inversiones de las empresas españolas en la zona (véase: <http://www.lamoncloa.es/Presidente/Intervenciones/Discursos/Rdez.ZapateroCaricom110506.htm>) (véase también: [http://www.mae.es/es/menuppal/actualidad/declaraciones+y+discursos/20060510\\_disc1.htm](http://www.mae.es/es/menuppal/actualidad/declaraciones+y+discursos/20060510_disc1.htm)).

Ya en Viena, Rodríguez Zapatero maneja una intensa agenda de reuniones y encuentros bilaterales. Destaquemos las reuniones con el Presidente de Uruguay, Tabaré Vázquez, con la mirada puesta en la próxima Cumbre Iberoamericana que se celebrará en octubre en Montevideo. Con el Presidente de México, Vicente Fox, constatando las magníficas relaciones bilaterales. Con el Presidente de Argentina, Néstor Kirchner, repasando la agenda bilateral cara a su visita a España en junio. Con el Presidente de Brasil, Lula da Silva, hablando de la agenda bilateral y de la situación general de Latinoamérica. Mención especial merece también el encuentro con el Presidente de Bolivia, Evo Morales, que había criticado la política española hacia su país, especialmente en el ámbito de la ayuda al desarrollo, aunque el día 11 Morales había enviado una carta en la que se producían determinadas precisiones sobre la posición de Bolivia en relación a España. Con respecto a la decisión del Gobierno

boliviano de nacionalizar los hidrocarburos, Zapatero afirma que «Bolivia tiene derecho a tener una política en torno a sus recursos naturales», y muestra su confianza en que «el proceso de negociación que se va a abrir directamente, de manera bilateral, sea un proceso que podamos concluir en un acuerdo. Sería bueno para Bolivia y sería bueno para España. Creo que tanto los ciudadanos de Bolivia como seguramente la sociedad española, y por supuesto las empresas afectadas, en este caso Repsol, es lo que desean». Rodríguez Zapatero también trata con Morales la cooperación española para el desarrollo, que se concretará en una próxima reunión de la Comisión Mixta (toda la información relativa a esta cumbre puede consultarse en: [http://www.eu2006.at/en/Meetings\\_Calendar/Dates/May/1105EU\\_LAK.html](http://www.eu2006.at/en/Meetings_Calendar/Dates/May/1105EU_LAK.html)).

Rodríguez Zapatero expresa su satisfacción por los resultados de esta cumbre. Para las relaciones de España con la región, expresa que «ésta es una Cumbre de especial relevancia, porque subraya dos objetivos fundamentales de la política exterior española: en primer lugar, nuestra vocación europea y una vocación para que Europa sea un continente, una unión política, que tenga una presencia, una vinculación, una relación con el mundo en general y muy en particular con Latinoamérica que constituye uno de los objetivos históricos básicos de la política exterior, de los intereses y de las relaciones culturales de nuestro país, de España» (véase: <http://www.la-moncloa.es/Presidente/Intervenciones/ConferenciasdePrensa/Rdez.ZapateroViena120506.htm>).

A petición del Grupo Parlamentario Popular, el 13 de junio comparece –ante la Comisión de Asuntos Iberoamericanos del Senado– el Ministro de Asuntos Exteriores y Cooperación para informar sobre las relaciones bilaterales y multilaterales de España y los países iberoamericanos. En la comparecencia señaló que es voluntad del Gobierno mantener y desarrollar consultas «frecuentes» con Estados Unidos para «identificar ámbitos de cooperación en la lucha contra la pobreza y la defensa de la democracia» en América Latina, la región que más sinsabores ha suscitado entre Madrid y Washington, sobre todo en relación con Venezuela. Creemos, afirmó, «que, en la perspectiva latinoamericana, el deseo de autonomía y de independencia no exige necesariamente confrontación. Es, por el contrario, compatible con cierto nivel de cooperación. Asimismo, el Ministro Moratinos se remontó al análisis de la situación sobre la que se sustenta la acción del ejecutivo español, un contexto en el que el Gobierno se propone reforzar la democracia, lo que implica «respeto y reconocimiento de los resultados de procesos electorales», así como apoyar el desarrollo de las instituciones, fomentar la construcción de consensos y apoyar los procesos de concertación e integración regionales (DS/Senado, Comisión de Asuntos Iberoamericanos, núm. 346, de 13 de junio de 2006).

El 26 de junio se aprueba una proposición no de ley instando al Gobierno a negociar en el seno de la Unión Europea un aumento de fondos de cooperación para América Latina (DS/Congreso, Comisiones, núm. 613, de 26 de junio de 2006).

### 9.3 CENTROAMÉRICA

El Príncipe Felipe asiste el 27 de enero a la toma de posesión de José Manuel Zelaya Rosales como Presidente de Honduras, vencedor al frente del Partido Liberal

en las elecciones celebradas en noviembre. El 21 de abril, el Ministro Moratinos recibe a su homónimo hondureño Milton Jiménez Puerto, tratando distintos asuntos de la agenda bilateral. Honduras es uno de los principales destinos de la ayuda española al desarrollo. Se trata también la situación de la integración centroamericana y la próxima cumbre eurolatinoamericana de Viena.

El 8 de mayo, el Príncipe Felipe asiste a la toma de posesión de Óscar Arias como nuevo Presidente de Costa Rica; es la segunda ocasión en la que desempeña el cargo.

#### 9.4 ARGENTINA

El presidente Néstor Kirchner recibe en su despacho, el 3 de mayo, al Presidente de Repsol YPF, Antoni Brufau, analizando el nuevo escenario energético tras la decisión del Gobierno de Bolivia de nacionalizar sus hidrocarburos. La prensa publica la intención de Repsol de sacar a Bolsa entre el 15 y el 20 por 100 de YPF, la filial argentina que compró en 1999.

El Presidente argentino viaja a España, llegando a Madrid el 20 de junio, acompañado por los miembros más relevantes de su equipo de gobierno. Es la cuarta visita a España, la tercera de carácter oficial, y viene marcada por los asuntos económicos (renegociación de la deuda, conflictos con empresas: España es el segundo inversor en Argentina y Argentina es el principal deudor de España, con cerca de 1.300 millones de dólares consolidados). Entre los actos del 21, destaca las reuniones de Kirchner con empresarios españoles, a los que recibe en el palacio del Pardo y, sobre todo, su visita al Rey en La Zarzuela. Durante el brindis, el Rey destacó los logros argentinos para salir de la crisis económica, el apoyo español en esos momentos difíciles y pide «el mayor empeño» para preservar «los importantes lazos económicos» bilaterales. Por su parte, Kirchner reconoce el apoyo español y recalca la coincidencia en cuestiones como la Alianza de Civilizaciones (véase: <http://www.casareal.es/esp/cronicas/Acto.jsp?acto=3402>). Al día siguiente se celebra la reunión de Kirchner con Rodríguez Zapatero, destacando la sintonía política entre ambos, en línea con la Asociación Estratégica que ambos países tienen desde 2005, desarrollada con un plan de acción para 2006-2007 (el texto de la conferencia de prensa entre ambos mandatarios, puede consultarse en: <http://www.la-moncloa.es/Presidente/Intervenciones/ConferenciasdePrensa/220606RuedaZapatero-Kirchner.htm>).

#### 9.5 BOLIVIA

El Presidente electo de Bolivia, Evo Morales, al frente del Movimiento Al Socialismo, viaja a España en su gira por varios países antes de tomar posesión el 22 de enero. En su estancia de día y medio, el 4 de enero, se reúne con el Ministro de Exteriores y de Cooperación (Moratinos), con el de Industria y Comercio (José Montilla), con el Presidente Rodríguez Zapatero, con el Secretario general iberoamericano (Enrique Iglesias), con el ex Presidente Felipe González, con una representación de empresarios –entre ellos de Repsol YPF, con la asistencia de su Presidente, Antonio Brufau, una de las principales en el negocio del gas–, a quienes «ofreció un diálogo

abierto y fluido» resaltando que Bolivia necesita socios para invertir, y es recibido por el Rey Juan Carlos. Ante la incertidumbre que crea sobre sus decisiones económicas y sus simpatías por Fidel Castro y Hugo Chávez —a los que ha visitado antes de llegar a Madrid—, Morales aclara que «El Estado va a ejercer el derecho de propiedad sobre sus recursos naturales. Va a nacionalizar, pero eso no quiere decir que vaya a confiscar o expropiar las empresas». Zapatero le muestra su apoyo y el compromiso de condonar la mayor parte de la deuda de Bolivia con España para dedicar esos fondos a programas de alfabetización, según lo acordado en la Cumbre Iberoamericana de Salamanca. Tras el encuentro de Zapatero con Morales, el Secretario de Estado de Comunicación, Fernando Moraleda, destaca que «El Gobierno español está convencido de que serán plenamente compatibles los intereses de las empresas españolas con los proyectos del Gobierno boliviano», en «condiciones de seguridad jurídica». El día 5 se reúne con los representantes de UGT (Cándido Méndez) y con el de Comisiones Obreras (José María Hidalgo), da una conferencia en el Real Instituto Elcano y se reúne con el coordinador general de Izquierda Unida, Gaspar Llamazares. No hay reunión con el líder el PP, Mariano Rajoy, ausente de Madrid. Morales viajará a Bruselas, Francia, África del Sur, Brasil y China.

El Príncipe de Asturias asiste en La Paz, el 22 de enero, a la toma de posesión del presidente Evo Morales.

Se celebra en La Paz, el 3 de marzo, una entrevista entre el Presidente Evo Morales y el Presidente de Repsol YPF Antonio Brufau, el 3 de marzo. Brufau declara el compromiso de la compañía con ese país, que mantendrá las inversiones y expresa su predisposición a iniciar de inmediato la negociación para la migración de contratos en el marco de la nueva Ley de Hidrocarburos.

La justicia boliviana ordena la detención de dos altos responsables de Repsol YPF (el español Julio Gavito y el argentino Pedro Sánchez), acusados de contrabando de petróleo a Chile y Argentina. Desde Salzburgo, el Ministro Moratinos declara —el 10 de marzo— que «No podemos aceptar que la imagen de una compañía española se vea afectada por este tipo de actitudes y creemos que tampoco hacen un favor al nuevo Gobierno boliviano». Moratinos afirma que respeta pero no comparte la decisión judicial.

El Secretario de Estado de Asuntos Exteriores, Bernardino León, tiene ocasión de trasladarle estos argumentos al Presidente Evo Morales, con motivo de su presencia en Santiago de Chile —el 11 de marzo— para asistir a la toma de posesión de la Presidenta chilena Michelle Bachelet. Morales reitera su voluntad de que España sea un gran socio de Bolivia y se muestra consciente del problema que ha generado el conflicto con Repsol YPF.

El 25 de abril el Secretario de Estado de Asuntos Exteriores y para Iberoamérica (León Gross) comparece en la Comisión de Asuntos Exteriores del Congreso de los Diputados para informar sobre los efectos que algunas medidas y actuaciones tomadas por el Gobierno de Evo Morales han tenido en la empresa Repsol (DS/Congreso, Comisión de Asuntos Exteriores, núm. 556, de 25 de abril de 2006). El Secretario de Estado se refiere, en primer lugar, a la nueva Ley de Hidrocarburos aprobada en mayo de 2005 durante el Gobierno de Carlos Mesa.; esta ley fija un tipo de 18 por ciento en concepto de regalías y del 32 por ciento en concepto de impuestos sobre la producción, obligando a las empresas a renegociar los contratos con el Gobierno; en el mes

de diciembre, el nuevo Gobierno anuncia cambios regulatorios hasta llegar a una nacionalización de los recursos naturales, sin que ello implique necesariamente, según dicen reiteradamente los responsables gubernamentales, confiscación o expropiación de los bienes de las empresas petroleras. El 17 de febrero la Aduana Nacional, en su informe de fiscalización de las exportaciones de crudo, establecía la existencia de indicios de contrabando entre junio de 2004 y julio de 2005 en las exportaciones de Andina, la empresa boliviana que cuenta con un 50 por ciento de participación de Repsol-YPF, acusando a esta última de no contar con la documentación pertinente para proceder a la venta de crudo. Más adelante, el señor León hace referencia a las entrevistas mantenidas por el Presidente de Repsol, Antonio Brufau, con el Presidente Morales y con el Presidente de YPFB, Jorge Alvarado; Antonio Brufau consideró muy positiva la visita. Inesperadamente, una semana después, la situación tomó un nuevo giro ante la orden de allanamiento de los locales de Repsol en Santa Cruz, emitida por el Juzgado de Instrucción número 10 de esa ciudad, que pretendía requisar documentos de la compañía y detener al presidente y al gerente de la misma y que el Vicepresidente de la República dijo ser una actuación independiente del poder judicial. Los abogados de Repsol interpusieron un recurso de *habeas corpus* pidiendo el amparo constitucional por las irregularidades habidas en el proceso; la Segunda Sala de lo Civil de la Corte Superior de Santa Cruz declaró improcedente el recurso porque tanto el señor Gavito como el señor Sánchez no se encontraban detenidos. La actuación del Gobierno español la resume el Secretario de Estado en los siguientes puntos: gestiones al más alto nivel para limitar los efectos perniciosos del conflicto; trasladar a las autoridades bolivianas que en una relación estrecha, como la que propone España, pueden ganar los intereses de ambos países; las decisiones judiciales han de ser respetadas y, en su caso, respondidas con los instrumentos que la ley boliviana establece; el Gobierno español ha reclamado a las autoridades bolivianas que los imputados gocen de todas las garantías que la normativa de ese país establece.

Tras el decreto del Gobierno boliviano, de 1 de mayo, por el que se nacionaliza el sector de los hidrocarburos, el Gobierno responde emitiendo un comunicado ese mismo día en el que «manifiesta su más profunda preocupación por el «decreto supremo» que nacionaliza y da al Estado el control absoluto de todos los hidrocarburos. El Gobierno espera que en el plazo de 180 días anunciado por el Presidente de Bolivia a las empresas extranjeras para regularizar sus actuales contratos abra un proceso se auténtica negociación y diálogo entre Gobierno y empresas en el que se respeten los intereses de uno y otros y se evite el envío de una señal negativa hacia la comunidad inversora internacional que sigue con atención el desarrollo de los acontecimientos. El Gobierno español sigue muy de cerca la situación y seguirá trabajando en coordinación con el conjunto de países que mantienen relaciones más intensas con Bolivia para que se llegue a una solución satisfactoria para las partes». Al día siguiente se convoca al encargado de negocios de Bolivia en Madrid, Alvaro del Pozo, que es recibido por el Director general para Iberoamérica, Javier Sandomingo; se advierte de las «consecuencias para las relaciones bilaterales» que puede tener la aplicación del decreto. Las autoridades bolivianas establecen un plazo de 180 días para que las empresas, entre ellas Repsol YPF, se adapten a las nuevas reglas. Desde Buenos Aires, el Presidente de la empresa Antoni Brufau expresa su «consternación» por la «preocupante y triste» decisión del Gobierno boliviano. Por su parte, la Vicepresidenta

Fernández de la Vega da cuenta de que el Ministro de Industria, José Montilla, convocará a las empresas españolas con intereses en el país, y se reúne con varios Secretarios de Estado, de Economía (David Vega), Exteriores y Cooperación (Bernardino León), de La Moncloa (Miguel Sebastián) y el Secretario general de Industria (Joan Trullen).

El Gobierno de Bolivia decreta, el 15 de mayo, que las administradoras de pensiones (el banco español BBVA y el suizo Zurich) entreguen en el plazo de tres días, a título gratuito, las acciones que gestionan –en un fondo colectivo– de las empresas petroleras nacionalizadas el 1 de mayo (Andina, filial de la hispano-argentina Repsol YPF; Chaco, de la British Petroleum; y Transredes, de la holandesa Shell), que pasan a manos de la estatal Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos (YPFB). Mientras, en su intervención ante el Parlamento Europeo –en la que están ausentes los diputados del Grupo Popular–, el presidente Evo Morales insiste en que «no se expropiará nada a nadie».

El 21 de junio se debate en el Pleno del Congreso de los Diputados una interpelación sobre la política que va a seguir el Gobierno para defender los intereses de las empresas españolas en Bolivia (DS/Congreso, Pleno, núm. 186, de 21 de junio de 2006). La interpelación da origen a una moción que se aprueba el 27 de junio (Debate de la moción en DS/Congreso, Pleno, núm. 188, de 27 de junio de 2006).

## 9.6 CHILE

El Príncipe de Asturias asiste, el 11 de marzo, a la toma de posesión de Michelle Bachelet como nueva Presidenta de Chile. Felipe de Borbón había sido recibido el día anterior por Bachelet y por el todavía Presidente Ricardo Lagos, quienes manifestaron su deseo de que España mantenga las tropas que participan en la misión en Haití.

El Presidente Rodríguez Zapatero recibe en La Moncloa, el 27 de abril, a Ricardo Lagos, ex Presidente de Chile, que acaba de ser nombrado Presidente del Club de Madrid, organización dedicada al fortalecimiento de la democracia en el mundo.

Camino de la Cumbre de Viena y en su primera visita como Presidenta a un país europeo, Michelle Bachelet llega a Madrid el 9 de mayo. Ese mismo día el Rey ofrece una cena de gala en el Palacio Real, donde brinda por las «muy estrechas relaciones de afecto, respeto y creciente cooperación» entre los dos países (Véase: <http://www.casareal.es/esp/cronicas/Acto.jsp?acto=3287>). Al día siguiente Bachelet se reúne con Rodríguez Zapatero, quien señala a Chile como ejemplo de país «serio y moderno», donde «nuestras empresas están a gusto», tanto para América Latina como para el resto del mundo. Para Bachelet, «España y Chile tenemos una sintonía de cómo nos insertamos en la globalización». Sobre la crisis desatada por la decisión del Gobierno boliviano de decretar la nacionalización de los hidrocarburos, Bachelet afirma que «en Chile somos respetuosos con los procesos de cada país». Para Zapatero, el camino pasa por la integración regional y por el reforzamiento de los vínculos con la Unión Europea, con dos grandes objetivos, «fortalecer la democracia y reducir las desigualdades sociales. Lo segundo dependerá de lo primero». Se firma un Plan de Asociación Estratégica –que supone el grado más elevado en las relaciones bilatera-

les—, para coordinar esfuerzos en el plano multilateral, contribuir a la paz en el mundo con iniciativas como la Alianza de Civilizaciones, la cooperación económica y el diálogo permanente, que contará con, al menos, una reunión anual de presidentes y un contacto permanente entre los respectivos Ministros de Exteriores (véase: <http://www.la-moncloa.es/Presidente/Intervenciones/ConferenciasdePrensa/Rdez.Zapatero-Pta.Chile100506.htm>). Por la noche, Bachelet asiste a una cena ofrecida por la Vicepresidenta Fernández de la Vega —que le había entregado el Premio Nueva Economía Fórum 2006— y a la que sólo asisten mujeres. Antes de la cena, Bachelet había recibido al líder del PP Mariano Rajoy.

## 9.7 HAITÍ

El Ministro Moratinos mantiene un encuentro, el 1 de marzo, con Juan Gabriel Valdés, representante especial del Secretario general de la ONU y jefe de la Misión de Naciones Unidas para la Estabilización de Haití (MINUSTAH). Ambos tratan la situación en ese país tras el triunfo de René Preval en las elecciones de 7 de febrero. Valdés agradece la contribución española y la labor realizada por los efectivos militares y policiales en Haití, país prioritario para la cooperación española. Valdés reitera el deseo de Naciones Unidas de que continúe la presencia española hasta el próximo verano. Moratinos responde que, aun poniendo fin a la presencia militar, España seguirá comprometida con la MINUSTAH, en la reconstrucción de Haití y con las tareas de policía civil y ofrece España como sede de la próxima Conferencia de Donantes. Las tropas españolas, junto a las marroquíes, se retiran de Haití el 30 de marzo.

Coincidiendo con la visita del Secretario general de la ONU, Kofi Annan, el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación anuncia, el 6 de abril, que España ampliará el número de policías y guardias civiles en Haití hasta superar el medio centenar; del contingente también formarán parte gendarmes de Marruecos (en esa fecha España tiene 19 guardias civiles y 11 policías nacionales). También se recuerda la aportación española al desarrollo de Haití: los compromisos financieros españoles ascienden a más de 12 millones de euros, el triple de lo que se asumió en la conferencia de donantes celebrada en Washington (véase: <http://www.mae.es/es/menuppall/actualidad/comunicados+dg+com+exterior/20060406com2.htm>) (véase Consejo de Seguridad).

## 9.8 MÉXICO

El apoyo del ex presidente Aznar al candidato del Partido de Acción Nacional, Julio Calderón («estoy aquí para decir que espero, que deseo, que Felipe Calderón, sea el nuevo presidente de México, por el bien de los mexicanos»), en declaraciones hechas en la capital mexicana el 22 de abril, causan gran revuelo. La Cámara de los Diputados pide al día siguiente al Gobierno que «reconvenga» a Aznar por sus declaraciones.

La Corte Suprema de Justicia de México autoriza, el 7 de abril, la extradición a España de seis ciudadanos vascos acusados de terrorismo. El tribunal rechaza por ocho votos contra tres el recurso de amparo presentado por los abogados de la defensa. Los seis extraditados salen para España el 18 de mayo.

## 9.9 VENEZUELA

El 2 de marzo el Ministro de Asuntos Exteriores y de Cooperación (Moratinos Cuyaubé) comparece en la Comisión de Asuntos Exteriores del Congreso de los Diputados para informar de la política exterior española hacia Venezuela (DS/ Congreso, Comisión de Asuntos Exteriores, núm. 495, de 2 de marzo de 2006). Afirma que se trata de un actor fundamental, con una gran capacidad de acción y de influencia en el conjunto de América Latina. España considera conveniente trabajar y no aislar al Presidente Chávez, pero hay preocupación por la vigencia de los derechos fundamentales que afecta, entre otras cuestiones, a los procesos electorales, la libertad de prensa y el libre juego de otros actores de la sociedad civil. Recuerda que el Presidente venezolano ha sido elegido democráticamente, pero afirma el Ministro que la democracia exige que se produzca la necesaria dialéctica poder-oposición, estando el Gobierno venezolano obligado a abrir y fomentar el diálogo con otros actores y la oposición a legitimar sus posiciones políticas en las urnas. Con relación a la denominada venta de armas a Venezuela, el Ministro afirma que se han firmado dos protocolos (especifica su contenido) y que el Gobierno español desearía que esos contratos llegaran a buen término.

## 10. África

El Ministro Moratinos recibe, el 2 de febrero, a su colega Pastor Michá, al que reitera «el compromiso con el proceso de democratización y de modernidad política e institucional y económica de Guinea Ecuatorial», afirmando también un «absoluto rechazo a cualesquiera actividades de desestabilización o intentos de toma de poder al margen de los cauces legales y democráticos». El Gobierno español retiró el estatuto de refugiado a Severo Moto, por haber aparecido implicado en varios intentos de golpe de Estado contra el régimen del Presidente Teodoro Obiang Nguema. El 17 de marzo, el Consejo de Ministros desestima el recurso de reposición que Severo Moto interpuso contra la revocación de su estatuto de asilado, acordado el 30 de diciembre de 2005.

La Vicepresidenta Fernández de la Vega y la Secretaria de Estado de Cooperación Internacional, Leire Pajín, viajan a Kenia y Mozambique. En Maputo, Fernández de la Vega mantiene una breve entrevista –el 7 de marzo, con el Presidente Armado Emilio Guebuza. Desde Kibera, un suburbio dentro de Nairobi, Pajín anuncia que el Gobierno español aumentará su ayuda a África, duplicando las cifras actuales para colaborar en el cumplimiento de los Objetivos del Milenio. Asisten en Maputo (Mozambique), el 8 de marzo, a actos celebrados con motivo del Día Internacional de la Mujer, clausurando el encuentro «España-África. Mujeres por un mundo mejor» y anuncia que España aportará 10 millones de dólares al Fondo Central de Respuesta a Emergencias de Naciones Unidas.

El 5 de abril, la Comisión de Asuntos Exteriores del Congreso aprueba una proposición no de ley relativa a la situación en la República Democrática del Congo. En el acuerdo se insta al Gobierno español a reconocer los esfuerzos hechos por el

Gobierno y el Parlamento de este país; a impulsar la adopción de medidas para la reconstrucción y la conciliación; continuar apoyando la misión de las Naciones Unidas (MONUC), reforzar las capacidades de la sociedad civil congoleña; apoyar la acción de las ONGD en la zona, incrementar la cooperación española; integrar en el Acuerdo Cotonou estrategias de cooperación para la República Democrática del Congo, así como Burundi y Ruanda (Debate en DS/Congreso, Comisión de Asuntos Exteriores, núm. 547, de 5 de abril de 2006; y texto del acuerdo en BOCG/Congreso, serie D, núm. 378, de 3 de mayo de 2006).

El Primer Ministro de Níger, Hama Amadou, realiza una visita oficial a España. En el marco de sus encuentros, se reúne –el 8 de mayo– con el Ministro Moratinos, que destaca la importancia que el Gobierno español concede a Níger para asegurar la estabilidad de la región del Sahel y del África Occidental, especialmente por su proceso de transición democrática. Dada la importancia que está teniendo, un punto central del encuentro es la cuestión migratoria y las medidas conjuntas que se deben adoptar, especialmente para controlar la inmigración irregular. En este sentido, se acuerda iniciar negociaciones sobre un acuerdo global de inmigración. Tratan también la situación de la integración en la región, dado que Níger desempeña la presidencia de la CEDEAO (Comunidad Económica de Estados del África Occidental). En lo que se refiere a las relaciones de la UE con la región, Moratinos afirma que España ha participado activamente en la elaboración del documento «La Unión Europea y África, hacia un partenariado estratégico», documento marco que reforzará las relaciones para la adaptación de una Estrategia Conjunta de la UE y África, que pueda ser adoptada en la II Cumbre birregional que debe tener lugar en Lisboa.

El 10 de mayo, el Ministro Moratinos responde a la pregunta del Senador Víctor Bravo Durán, del grupo parlamentario de senadores nacionalistas vascos sobre las medidas que piensa adoptar el Gobierno para proteger a los buques de bandera española frente a la acción armada de grupos piratas que operan en aguas somalíes y aguas internacionales próximas a Somalia. En su respuesta subraya que se están realizando gestiones con distintas organizaciones internacionales y negociando con otros países una serie de acuerdos para garantizar la seguridad de los buques españoles que faenan en el Índico, pero que también se está analizando la posibilidad de enviar una fragata española y un helicóptero para atender a la protección y la seguridad de los buques y barcos pesqueros españoles (DS/S, Pleno, núm. 83, de 10 de mayo de 2006).

El Consejo de Ministros de 19 de mayo adopta varias decisiones, conocidas como el «Plan África», que incluye el aumento significativo de la presencia diplomática en el África Subsahariana (abriendo nuevas embajadas y realizando visitas para favorecer el diálogo), nuevos acuerdos de readmisión y aumentando la ayuda al desarrollo. El despliegue diplomático –que tendrá como centro de operaciones Senegal– lo inaugura –el 21 de mayo– la delegación encabezada por Miguel Ángel Fernández de Mazarambroz (embajador especial para las migraciones) y continuará con el viaje del Secretario de Estado de Asuntos Exteriores, Bernardino León, que visitará varios países del África Occidental del 29 de mayo al 2 de junio (véase: <http://www.mae.es/NR/rdonlyres/C4C81869-0E32-470D-8D5F-7A49AD84D5C0/0/planafrica.pdf>) (véase migraciones).

El 25 de mayo, se celebra en Madrid, organizada por las Naciones Unidas, una Mesa Redonda de Países del África Central y Occidental sobre el Marco Legal de la

Lucha Antiterrorista, con la presencia del Ministro Moratinos. Se ofrece ayuda técnica a los 27 países africanos para luchar contra el terrorismo.

El Presidente Rodríguez Zapatero, junto al Presidente francés Jacques Chirac y el portugués José Sócrates, pide por carta –el 9 de junio– la celebración de otra cumbre entre la UE y África, en la que se replanteen los aspectos fundamentales de la política de desarrollo europea hacia el continente, vinculándola a las cuestiones migratorias. Sería complementaria a la que tendrá lugar en Rabat el 10 y 11 de julio y podría celebrarse en Lisboa, en el segundo semestre de 2007, con motivo de la presidencia portuguesa de la UE.

El Ministro Moratinos realiza su segunda gira africana –la primera la realizó en diciembre de 2005–, comenzando –el 26 de junio– en Cabo Verde. Antes de partir, Moratinos firma, en Las Palmas, el Convenio constitutivo de la Casa África, en un acto en el que está el Presidente de la Comunidad Autónoma de Canarias, Adán Martín. Visitará también Gambia (donde aprovechará que en su capital, Banjul, se reúne la Organización para la Unidad Africana para entrevistarse con colegas de otros países africanos), Guinea-Bissau y finaliza en Nuakchot, la capital de Mauritania, donde manifiesta el apoyo de España al proceso de transición política, tras el referéndum constitucional del 25 de junio, tratando también temas de interés común como la pesca, la cooperación cultural o el contencioso del Sáhara Occidental. Moratinos continúa así el diálogo con gobiernos africanos para tratar distintas cuestiones vinculadas a los flujos migratorios (véase Migraciones).

El 26 de junio se aprueba una proposición no de ley relativa a la adopción de medidas extraordinarias en la región de Katanga, para contribuir a paliar la alta tasa de mortalidad infantil por desnutrición en menores de cinco años (DS/Congreso, Comisiones, núm. 613, de 26 de junio de 2006).

## 11. Asia

El 10 de enero la Diputación Permanente debate y aprueba una petición formulada por los grupos parlamentarios de Izquierda Verde– Izquierda Unida– Iniciativa per Catalunya Verds y Mixto solicitando la celebración de una sesión extraordinaria de la Comisión de Defensa. Se trata de que el ministro correspondiente informe sobre los acontecimientos ocurridos durante la presencia de las tropas españolas en Irak y explique las informaciones sobre la presencia de la fragata «Álvaro de Bazán» en la zona (DS/Congreso, Pleno y Diputación Permanente, núm. 142, de 10 de enero de 2006). Para responder a esta petición el Ministro de Defensa, Bono Martínez, comparece el 24 de enero (DS/Congreso, Comisiones, núm. 467, de 24 de enero de 2006). Comenzando por la cuestión relativa a la fragata indica que las condiciones de su participación en el grupo aeronaval estadounidense eran conocidas porque se emitió un comunicado de prensa explicándolas y, además, refiere diferentes visitas y respuestas a preguntas formuladas en sede parlamentaria donde se explica el tipo de participación de la misma; de manera que no ha habido ocultación sino publicidad. El único dato nuevo que ahora aporta es que el gobierno anterior, del Partido Popular, había decidido una fase de adiestramiento y otra de despliegue operativo y el gobier-

no actual ha modificado esa decisión cambiando la segunda fase por otra denominada adiestramiento avanzado; para ello el gobierno actual propuso y la Armada de Estados Unidos aceptó las siguientes condiciones: que el despliegue era técnico y no operativo, que el mando de la fragata quedaba siempre retenido por el Almirante jefe del Estado Mayor de la Armada, almirante Zaragoza, y que cualquier otra operación, mientras navegase en el área de la V Flota, requeriría la autorización previa del Gobierno español. En conclusión, es falso que la fragata haya participado en operaciones de guerra o de protección o apoyo a las mismas.

Con relación al asunto de la presencia de tropas en Irak y las circunstancias en las que se desarrolló su trabajo el Ministro aporta datos contenidos en documentos del ejército español. En este sentido, cita un documento editado en junio de 2003 por el Servicio Geográfico del Ejército de Tierra que, textualmente, dice: «Ante la prolongación de las inspecciones en el tiempo, sin resultados en la búsqueda de armas prohibidas, finalmente, el 19 de marzo de 2003, fuerzas acorazadas y mecanizadas de Estados Unidos y del Reino Unido iniciaron sin aprobación del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, la operación *Iraqi Freedom* que finalizó con la caída del régimen de Sadam Husein quince días después». El ministro pregunta entonces ¿cuál es el origen de la presencia de los militares españoles en Irak? y responde «sin duda alguna el compromiso muy activo del presidente de entonces con una guerra que el Secretario General de las Naciones Unidas, Kofi Annan, calificó de ilegal». Por otro lado afirma que los militares cumplieron órdenes y no infringieron las reglas que se les daban desde España; que, en ocasiones eran reclamados para acciones que no se correspondían con la misión que tenían encomendada y se negaron a obedecerlas y que actuaron con profesionalidad digna de elogio. Finalmente, hace referencia a un informe del Estado Mayor de la Defensa en que se dan detalles de los incidentes, aproximadamente 90, en que hubo enfrentamientos entre fuerzas españolas y fuerzas hostiles, destacando que la situación se agravó a partir de abril de 2004; en dicho informe se da cuenta de las bajas nacionales que se produjeron y se afirma que «la misión que recibió la unidad de proporcionar estabilidad y seguridad y facilitar la reconstrucción de Irak y los cometidos que se establecieron para las unidades subordinadas no estaban adaptadas a la situación real del conflicto armado».

El Ministro Moratinos asiste a la reunión de la conferencia de donantes para impulsar el desarrollo político y económico de Afganistán (Londres el 31 de enero y 1 de febrero). Asisten representantes de 60 países y está copresidida por el Secretario General de la ONU, Kofi Annan; el Primer Ministro británico, Tony Blair, y el Presidente afgano, Hamid Karzai.

Los Reyes, acompañados por el Ministro de Asuntos Exteriores y de Cooperación, Miguel Ángel Moratinos, inician —el 19 de febrero— una visita oficial a Vietnam que continua con otros dos días a Tailandia. En la comitiva viajan 40 empresarios, lo que revela el claro contenido económico del viaje, en el marco del segundo Plan Asia que el Presidente Zapatero presentó en enero para intensificar la presencia de España en la región. Vietnam es uno de los países prioritarios para la cooperación española, lo que se refleja en la inauguración en Hanoi de una Oficina Técnica de Cooperación. El día 20, el Presidente de la República Socialista de Vietnam, Tran Duc Luang, se compromete a facilitar las inversiones extranjeras y, en concreto, las españolas; para el Primer Ministros Van Khai, «hoy día España es un importante socio de Vietnam en la

Unión Europea». Por su parte, el Rey Juan Carlos elogia las reformas políticas y económicas emprendidas por el Gobierno vietnamita (véase: <http://www.casareal.es/esp/cronicas/Acto.jsp?acto=3105>) (véase también: <http://www.casareal.es/esp/cronicas/Acto.jsp?acto=3107>). Se firma un Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones, y otros dos sobre cooperación deportiva y para elaborar el primer diccionario español-vietnamita. El 21, los Reyes viajan a Tailandia, donde el Rey Juan Carlos se reúne con el Rey Bhumibol Adulyadej, y con el Primer Ministro Taxi Shinawattra, hablando sobre cooperación antiterrorista y con un agenda también marcadamente económica, para fomentar las inversiones si se encuentra un marco jurídico estable y en posibles contratos a la empresa NAVANTIA para la modernización del ejército tailandés. Se negocia también un Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones. El Primer Ministro Shinawattra recibe a cerca de 30 empresarios que participan en un encuentro bilateral.

El Ministro Moratinos realiza una gira por varios países asiáticos –Dubai, Afganistán, Pakistán y Siria– entre el 5 y el 8 de marzo. En Afganistán, Moratinos visita las tropas españolas y se reúne con su homólogo afgano y con el Presidente Karzai. En Islamabad, el 7 de marzo, se entrevista con el Presidente pakistaní Pervez Musharraf y con su colega Mahmud Kasuri y recibe el apoyo para la Alianza de Civilizaciones; a su vez, Moratinos apoya la celebración de una conferencia internacional en la capital de Pakistán sobre los problemas que separan al Este del Oeste.

El 14 de marzo, Moratinos se reúne con el Jeque Hamad Bin Jasim Bin Jabor Al Thani, primer Viceprimer Ministro y Ministro de Asuntos Exteriores de Qatar.

El Ministro Moratinos realiza una visita de tres días a China, del 20 al 22 de marzo, reuniéndose con el Primer Ministro Wen Jiabao y con el responsable de Exteriores, Li Zhaoxing. Con ellos trató sobre la necesidad de luchar conjuntamente contra la pobreza y unir esfuerzos para colaborar con el continente africano. El Ministro chino de Exteriores mostró su apoyo a la Alianza de Civilizaciones: «Se ha demostrado que en el mundo del siglo XXI, el multilateralismo, y por tanto los esfuerzos que están llevando a cabo China y otros países como España o la UE, para utilizar los marcos regionales y multilaterales como foros esenciales para resolver los conflictos y buscar una relación más positiva, son fundamentales. Y, por ello, la alianza de civilizaciones ha sido objeto de discusión y de apoyo». En otro orden de cosas, se anuncia que España abrirá un consulado en Guangzhou (Cantón) y un centro del Instituto Cervantes en Shanghai, además del que se inaugurará en julio en Pekín, con la presencia del Príncipe Felipe.

Durante esta visita, el Ministro Moratinos inaugura el III Foro China-España, en el que participa también la Ministra de Fomento, Magdalena Álvarez, quien se reúne con el Ministro de Infraestructuras, Li Shenglin. En este foro, el Gobierno trata de impulsar la presencia de las inversiones españolas al calor de las demandas chinas en sectores estratégicos e impulsar el comercio. Hasta el momento España ha invertido 1.050 millones de euros; el comercio es muy escaso: España exporta a China mercancías por valor de 1.499 millones de euros (el 0,32 por 100 del total) e importa por valor de 11.640 millones de euros (véase: <http://www.mae.es/es/menuppal/actualidad/declaraciones+y+discursos/discurso+del+maec+en+el+acto+inaugural+del+iii+foro+españa-china+shanghai+21+de+marzo+de+2006.htm>).

El Primer Ministro de Pakistán, Shaukat Aziz, visita España –el 7 de abril– para asistir en Segovia, como copresidente del plan de reforma de la ONU, a las jornadas presididas por Kofi Annan.

Los Reyes viajan a Arabia Saudí, acompañados por los Ministros de Asuntos Exteriores y de Cooperación (Moratinos), por el de Industria y Comercio (José Montilla) y por representantes de nueve grandes empresas españolas. Junto al contenido económico, en plena crisis energética mundial, se destaca el proceso de reformas que está llevando a cabo la monarquía Wahabí. El 8 de abril, el Rey Juan Carlos se reúne en Riad con el Rey Abdalá Bin Abdelaziz, para quien Arabia Saudí está «totalmente comprometida en la lucha contra el terrorismo», indicando al mismo tiempo que hay que dar «una oportunidad a Hamás» para evitar su aislamiento, una vez que ya se ha formado el Gobierno palestino. Se trata también el diálogo con Siria, la situación de Irán y la crisis de las caricaturas de Mahoma, alabando la Alianza de Civilizaciones. Con respecto al proceso de reformas, el príncipe Saud al Faisal dijo que «tienen que ser progresivas, seguras y siempre adecuadas a la realidad del país». Al día siguiente, la agenda es marcadamente económica, tratándose la propuesta saudí de crear un fondo mixto de inversión dotado con unos 4.125 millones de euros; por parte española, la entidad encargada de esta cuestión será COFIDES (Compañía Española de Financiación del Desarrollo). El 10 de abril, la delegación española regresa a Madrid. Los representantes de las empresas que participaron en el viaje –Cepsa y Repsol, entre otras– se muestran satisfechos a la espera de cerrar contratos en pocas semanas.

El Ministro Moratinos visita la República de Yemen y el Sultanato de Omán, del 18 al 20 de abril, siendo la primera visita oficial a esos países de un Ministro español de Asuntos Exteriores. En Yemen, el país más pobre de la península arábiga, Moratinos –tras inaugurar la Embajada española en Sanáa– se compromete con las autoridades del país a incluirlo en el plan director de la cooperación española en 2007. Se tratarán asuntos de la agenda bilateral, tanto política como económica, así como la situación del proceso de paz en Oriente Próximo, la crisis nuclear con Irán, la situación en Iraq o la iniciativa de la Alianza de Civilizaciones.

El 25 de abril, el Secretario de Estado de Asuntos Exteriores y para Iberoamérica, León Gross, expone, en la Comisión de Asuntos Exteriores del Congreso de los Diputados, las principales líneas de actuación de la nueva política exterior española hacia Asia y el Pacífico (DS/Congreso, Comisión de Asuntos Exteriores, núm. 556, de 24 de abril de 2006).

En un artículo conjunto de los Ministros de Exteriores y de Cooperación (Moratinos) y el de Defensa (Alonso), publicado por *ABC* el 18 de mayo («Afganistán: año III de un desafío»), argumentan que «sin seguridad no hay desarrollo, pero sin un Afganistán desarrollado tampoco hay seguridad. España apuesta por la paz mundial mediante acciones respetuosas con la legalidad internacional» y reafirman los compromisos contraídos en la Conferencia Internacional de Londres, celebrada el 31 de enero y 1 de febrero (el texto del artículo puede consultarse en: <http://www.mae.es/es/menupp/actualidad/declaraciones+y+discursos/afganistan+aÑo+iii+de+un+desafio+abc.htm>).

Tras las actuaciones de la Audiencia Nacional con respecto a presuntos casos de genocidio en Tibet y contra el movimiento Falun Gong, las autoridades de China convocan, el 8 de junio, al embajador español en Pekín, José Pedro Sebastián de Erice.

Para el Gobierno chino, según el portavoz de Exteriores Jiang Yu, «China tiene una posición muy clara en lo que respecta a Falun Gong, y rechazamos cualquier intromisión extranjera en los asuntos internos de China bajo el pretexto de los derechos humanos» (véase Derechos Humanos).

El Ministro de Exteriores de Irán, Manucher Mottaki, viaja a Madrid –el 14 de junio– para entrevistarse con el Ministro Moratinos, al que califica de «amigo» y de «buen conocedor de la situación de Oriente Próximo», señalando que España ocupa «un lugar importante dentro de la UE». Mottaki confía en una solución negociada al problema nuclear iraní, al calor de la «nueva etapa diplomática».

Moratinos recibe en Madrid –el 23 de junio– a su homólogo de Corea del Sur, Ki-moon, con quien examina las relaciones bilaterales y otros asuntos de la agenda multilateral en el marco de la importancia que España viene concediendo al desarrollo de sus relaciones con el continente asiático, tal como contempla el Plan de Acción Asia-Pacífico vigente hasta 2008. Ambos Ministros destacan su plena coincidencia en el rechazo frontal a eventuales pruebas de lanzamientos de misiles de largo alcance por Corea del Norte.

## 12. Organizaciones Internacionales

### 12.1 NACIONES UNIDAS

El Ministro Moratinos asiste en Doha (Qatar), el 25 de febrero, al encuentro organizado por el Secretario General de la ONU, Kofi Annan, entre organizaciones europeas e islámicas para tratar el asunto de las caricaturas de Mahoma, en la que destacó la ausencia de los representantes de la UE, aunque Annan habla por teléfono con Ursula Plassnick (Ministra de Exteriores de Austria, que ejerce la presidencia) y con Javier Solana (Alto representante para la PESC). Moratinos afirma que tiene el encargo de la presidencia de informar al Consejo de Asuntos Generales que se celebra al día siguiente sobre el comunicado elaborado en Doha, que apremia el diálogo entre civilizaciones, en línea con la iniciativa, presentada conjuntamente con Turquía, del Presidente Zapatero.

El 9 de marzo, el representante permanente de España en las Naciones Unidas anuncia –con motivo de la presentación del Fondo Central para la Acción en caso de Emergencias– que el Gobierno contribuirá a dicho fondo con diez millones de dólares. Para Juan Antonio Yáñez-Barnuevo, este fondo supone para España «un hito en la concepción y en el desarrollo de la asistencia humanitaria urgente» en el marco de la organización y una mejora sustancial en la eficacia y rapidez de la asistencia frente al antiguo Fondo Renovable Central para Emergencias. En último término, recuerda también que, durante el pasado año, España financió a las agencias de Naciones Unidas consagradas a la asistencia humanitaria con un total de 17 millones de dólares, incluyendo 850.000 euros entregados a la Oficina para la Coordinación de Asuntos Humanitarios (OCHA) (el texto de la intervención puede consultarse en: <http://www.spainun.org/pages/viewfull.cfm?ElementID=2234>).

El 6 de abril, Kofi Annan llega a Madrid para presidir una reunión que se celebrará con los principales administradores de la ONU (jefes ejecutivos de 28 organismos, haciendo de anfitriona la Organización Mundial del Turismo, que cuenta con la presencia de los Primeros Ministros de Noruega (Jens Stoltenberg) y Pakistán (Shaukat Aziz). Annan se reúne con Rodríguez Zapatero y con Moratinos. En su reunión con Zapatero, Annan manifiesta su esperanza y deseo de que todos los partidos políticos e instituciones «aprovechen la oportunidad» de lograr una paz consolidada tras el anuncio de alto el fuego indefinido por parte de ETA. Uno de los principales temas tratados fue la situación en el Sahara Occidental. Zapatero reiteró el apoyo español al multilateralismo, a las reformas en curso de la ONU y su satisfacción por el respaldo a la iniciativa Alianza de Civilizaciones. El Presidente anunció que España va a aumentar en 2006 su aportación un 50 por 100 como mínimo a cada programa de la ONU y un 100 por 100 en algunos casos, lo que supondrá un desembolso adicional de unos 100 millones de euros (el texto de la conferencia de prensa entre el Presidente Rodríguez Zapatero y el Secretario General de las Naciones Unidas puede consultarse en: <http://www.la-moncloa.es/Presidente/Intervenciones/ConferenciasdePrensa/Rdez.Zapatero-Annan060406.htm>). El Rey Juan Carlos ofrece una cena en el Palacio de La Zarzuela. El día 7, Moratinos ofrece una cena en el Palacio Real de La Granja (Segovia).

El 17 de mayo, el representante permanente adjunto –Iñigo de Palacio– interviene ante la quinta sesión del Foro Permanente de Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas, recordando que el Plan Director de la Cooperación Española para el período 2005/2008 confiere renovada y singular importancia a la cooperación con los pueblos indígenas. Tal cooperación es incluida específicamente entre una de sus prioridades sectoriales: «el respeto a la diversidad cultural». Para Iñigo de Palacio, este impulso se refleja «no sólo en un aumento de la cantidad, sino también de la calidad de la ayuda destinada a la cooperación con los pueblos indígenas». El representante permanente adjunto de España ante las Naciones Unidas señala también que, recogiendo la necesidad –plantuada en el referido plan– de articular una estrategia transversal que incorpore la singularidad de los pueblos indígenas, se publicará próximamente la estrategia de la cooperación española con los pueblos indígenas, «cuyo objetivo fundamental será contribuir al reconocimiento y al ejercicio efectivo de su derecho a articular sus propios procesos de desarrollo social, económico, político y cultural» (el texto de la intervención puede consultarse en: <http://www.spainun.org/pages/viewfull.cfm?ElementID=2239> y el del plan director en: [http://www.aeci.es/03coop/6public\\_docs/2seci/2doc\\_coop\\_esp/index.htm](http://www.aeci.es/03coop/6public_docs/2seci/2doc_coop_esp/index.htm)).

#### 12.1.1 *Consejo de Seguridad*

El 27 de marzo, el representante permanente de España ante las Naciones Unidas interviene ante el Consejo de Seguridad en la sesión abierta sobre Haití. Suscribiendo plenamente la intervención del representante de Austria en nombre de la Unión Europea, Juan Antonio Yáñez-Barnuevo señala entonces que «España tiene la firme voluntad de mantener y reforzar su compromiso a largo plazo con la estabilización y la reconstrucción de Haití». En tal sentido, apunta también que, aunque las limitaciones vigentes para el despliegue de tropas españolas en el exterior –acordadas por el Parla-

mento– impiden una nueva prórroga de la presidencia del contingente español en MINUSTAH, el gobierno está estudiando activamente con la Secretaría de las Naciones Unidas la manera de incrementar el apoyo al contingente policial del MINUSTAH, «en el entendimiento de que este componente va a cobrar una importancia aún mayor en el período en el que ahora nos adentramos». En último término, Juan Antonio Yáñez-Barnuevo reconoce que se está analizando la posibilidad de poner en marcha un programa de becas y cursos de formación en España para miembros de las fuerzas de seguridad haitianas a fin de contribuir a mejorar su nivel de capacitación en el contexto de la necesaria reforma y fortalecimiento de la Policía Nacional haitiana como solicitó el Consejo de Seguridad en la resolución 1608 (2005) (el texto de esta intervención puede consultarse en: <http://www.spainun.org/pages/viewfull.cfm?ElementID=2235> y el de la resolución apuntada en: <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05/395/60/PDF/N0539560.pdf?OpenElement>).

El 21 de junio, el Ministro Moratinos responde a una pregunta del Senador Iñaki Mirena Anasagasti Olabeaga, del grupo parlamentario de senadores nacionalistas vascos, sobre si el Gobierno piensa tomar alguna iniciativa para restituir la verdad, tras las declaraciones realizadas por el ex embajador de España en las Naciones Unidas, según las cuales «fue una pifia en toda regla» la resolución 1530 (2004) del Consejo de Seguridad sobre los atentados terroristas ocurridos en Madrid el día 11 de marzo de 2004. En su respuesta, Moratinos indica que «no existen antecedentes en el Consejo de Seguridad sobre resoluciones que corrijan textos anteriores», además, apostilla, «en estos momentos España no es miembro del Consejo de Seguridad, y cualquier iniciativa que pudiese tomar el Gobierno la debería tomar un tercer país, miembro del Consejo de Seguridad, que pudiese volver a suscitar la cuestión». En este contexto, el Gobierno sólo contempla como posibilidad, y a simple título informativo, remitir al Consejo de Seguridad las conclusiones parlamentarias alcanzadas en la Comisión de Investigación de los atentados del 11 de marzo (DS/Senado, Pleno, núm. 89, de 21 de junio de 2006).

### 12.1.2 *Asamblea General*

El 20 de abril, el representante permanente adjunto –Iñigo Palacio España– interviene en la Asamblea General en el debate sobre la ampliación del Consejo de Seguridad, señalando que la reforma de este órgano es una cuestión de «vital importancia para el futuro de la organización». En tal sentido, subraya la participación española en el movimiento «Uniéndonos por el Consejo», en el que se promueve que las Naciones Unidas dispongan de un Consejo de Seguridad «renovado, más eficaz y representativo de un mundo en constante evolución». La postura de este movimiento sobre la reforma del Consejo de Seguridad está contenida en el proyecto de resolución A/59/L.68, cuyas características fundamentales pueden resumirse en: 1) la ampliación del Consejo en tan solo la categoría de miembros no permanentes para que la organización tenga un órgano más transparente, democrático y representativo; 2) la inmediata reelección de los miembros no permanentes; 3) la atribución a las regiones de la capacidad de decidir sobre los mecanismos de rotación y eventual reelección de sus miembros; 4) la promoción de una reforma de los métodos de trabajo del Consejo para lograr una mayor participación en los debates de los Estados no miembros (el texto de

esta intervención puede consultarse en: <http://www.spainun.org/pages/viewfull.cfm?ElementID=2237> y el del proyecto de resolución señalado en: <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/LTD/N05/434/79/PDF/N0543479.pdf?OpenElement>).

La ministra de Sanidad, Elena Salgado, participa –el 4 de junio– en el Plenario de la Asamblea General de las Naciones Unidas con motivo de la Reunión de Alto Nivel sobre el VIH/SIDA. En su discurso, la ministra señala que «el sida no es sólo un problema sanitario», es también «un problema social que requiere nuevas políticas, nuevos compromisos», señalando dos elementos, a su juicio, centrales del texto adoptado. Por un lado, la prevención y, por otro, el relativo a los derechos humanos. En referencia al primero, Elena Salgado subraya la necesidad de ampliar las estrategias de prevención en todo el mundo con el fin de evitar más de la mitad de las infecciones en el próximo decenio. Para ello, insiste en priorizar la eliminación de «las barreras que impiden o limitan el acceso a medidas de prevención que han demostrado ser efectivas: especialmente el uso de preservativo y las estrategias de reducción de daños asociados al consumo de drogas por vía intravenosa». Respecto a la cuestión de los derechos humanos, la Ministra Salgado entiende que estos deben conformar el marco en el que se definan las respuestas a la infección del VIH, evitando el estigma y la discriminación de las personas que viven con ella, «así como de los grupos de población más vulnerables (usuarios de drogas inyectables, hombres que tienen relaciones sexuales con hombres, personas que ejercen la prostitución, presos, inmigrantes y transexuales)». Para la ministra, «estas poblaciones deben participar en el diseño, ejecución y evaluación de las intervenciones preventivas» (el texto del discurso puede consultarse en: <http://www.spainun.org/pages/viewfull.cfm?ElementID=2240&searchstring=elena%20salgado>).

### 12.1.3 *Comité Especial de Descolonización*

El 15 de junio, Juan Antonio Yáñez-Barnuevo interviene sobre la cuestión de Gibraltar ante el Comité Especial de Descolonización, subrayando que España es la primera interesada en avanzar en la descolonización de Gibraltar sobre la base del respeto a lo establecido por la doctrina de las Naciones Unidas al respecto. En tal sentido, afirma que el «segundo decenio internacional para la erradicación del colonialismo debería ofrecernos un aliciente adicional para avanzar en la descolonización de los territorios que aún siguen en la lista del Comité Especial», aunque para ello –apostilla– «tiene que existir un clima favorable que permita abordar de una manera serena todas las cuestiones» (el texto de la intervención puede consultarse en: <http://www.spainun.org/pages/viewfull.cfm?ElementID=2241>).

Pocos días después, el 15 de junio, se repite la intervención del representante permanente de España en las Naciones Unidas ante dicho comité, si bien para tratar la cuestión de las islas Malvinas. Juan Antonio Yáñez-Barnuevo recuerda entonces el comunicado especial sobre la referida cuestión adoptado en la XV Cumbre Iberoamericana de Salamanca, en el que se afirma que: «Los Jefes de Estado y de Gobierno de los países iberoamericanos, reunidos en Salamanca, España, en ocasión de la XV Cumbre Iberoamericana, reafirmamos la necesidad de que los Gobiernos de la República Argentina y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte reanuden, a la

brevedad posible, las negociaciones tendentes a encontrar una pronta solución a la disputa de soberanía referida a la cuestión de las Islas Malvinas, de conformidad con las resoluciones de las Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos y las disposiciones y objetivos de la Carta de las Naciones Unidas, incluyendo el principio de integridad territorial». Para el representante permanente de España en las Naciones Unidas, este comunicado evidencia el deseo del Gobierno español, así como el de todos los países iberoamericanos, de que «se reanuden cuanto antes tales negociaciones entre países que son para nosotros amigos y socios», esperando, además, que el Comité Especial y el conjunto de las Naciones Unidas contribuyan eficazmente a ese objetivo (el texto de la intervención puede consultarse en: <http://www.spainun.org/pages/viewfull.cfm?ElementID=2244>).

#### 12.1.4 *Consejo de Derechos Humanos*

La Vicepresidenta Primera del Gobierno, Fernández de la Vega, asiste en Ginebra –el 19 de junio– a la primera sesión del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, compuesto por representantes de 47 Estados y presidido por el mexicano Luis Alfonso de Alba.

#### 12.1.5 *Comisión de Desarrollo Social*

El 9 de febrero, el representante permanente de España en las Naciones Unidas interviene ante la Comisión de Desarrollo Social, reiterando el compromiso del Gobierno español con los principios sobre los que debe edificarse el desarrollo social en el mundo. Juan Antonio Yáñez-Barnuevo señala entonces que España considera que para la consecución de tal desarrollo hay que partir de una noción integral de pobreza, entendida como «aquella situación de carencia de oportunidades, capacidad y diálogo para sostener un nivel de vida digno». A su juicio, el desafío de la pobreza debe considerarse desde un doble enfoque: horizontal (integrando la perspectiva de lucha contra la pobreza en todas las actuaciones) y sectorial (a través de medidas en diversos ámbitos) (el texto de la intervención puede consultarse en: <http://www.spainun.org/pages/viewfull.cfm?ElementID=2233>).

#### 12.1.6 *Comisión de Población y Desarrollo*

El representante permanente adjunto de España ante las Naciones Unidas interviene, el 5 de abril, en el debate general de la Comisión de Población y Desarrollo sobre experiencias nacionales de migración internacional y desarrollo. En su intervención hace un balance de los fenómenos migratorios en España, de las medidas adoptadas en relación con la regularización e integración de los inmigrantes y de la cooperación establecida con terceros países. Iñigo de Palacio concluye su intervención recordando las grandes líneas de acción emprendidas por la cooperación española para promover el desarrollo de los países emisores y maximizar los beneficios económicos del fenómeno migratorio (el texto de la intervención puede consultarse en: <http://www.spainun.org/pages/viewfull.cfm?ElementID=2236>).

### 12.1.7 *Organismo Internacional para la Energía Atómica*

El Director general del Organismo Internacional para la Energía Atómica, Mohamed el Baradei, se entrevista en Madrid –el 6 de abril– con el Ministro Moratinos. Como no podía ser menos, se trató de la crisis iraní; El Baradei aseguró que no hay indicios de que Irán busque el arma atómica, ni de que haya desviado material nuclear para desarrollar ese armamento.

## 12.2 ORGANIZACIÓN DEL TRATADO DEL ATLÁNTICO NORTE

Los Ministros de Defensa de la OTAN se reúnen en Taormina (Italia), el 9 de febrero para tratar sobre la presencia en Afganistán, mediante la Fuerza Internacional de Asistencia a la Seguridad (ISAF) que tomará el mando en verano, relevando a la Operación *Libertad Duradera* bajo el mando de Estados Unidos. El Ministro Bono charla durante el encuentro con el Secretario de Defensa de Estados Unidos, Donald Rumsfeld. El Consejo Atlántico acepta emprender acciones contra Chapman Freeborn, la empresa adjudicataria del Yak-42 que se estrelló en Trabzon (Turquía), en el que murieron 62 militares españoles; para el Ministro Bono, «Los aliados ya nos dieron el pésame, ahora nos han venido a dar la razón». Bono muestra su queja por la escasa colaboración en la operación de auxilio a las víctimas del terremoto en Pakistán, el 8 de octubre. Al día siguiente se reúnen con los ministros de siete países del Mediterráneo (toda la información relativa a esta reunión puede consultarse en: <http://www.nato.int/docu/update/2006/02-february/e0210b.htm>).

El Ministro de Defensa, José Antonio Alonso, charla por teléfono, el 1 de junio, con el Secretario General de la OTAN Jaap de Hoop Scheffer. En esta primera conversación hablan sobre la petición española de aumentar la financiación común en varias acciones, de la presencia en Afganistán, Kosovo y sobre la operación Esfuerzo Activo de control naval antiterrorista en el Mediterráneo.

El Ministro Alonso asiste, por primera vez, a una reunión de Ministros de la OTAN celebrada en Bruselas el 8 de junio. Esta reunión se centra fundamentalmente en las operaciones a realizar en Afganistán. El Ministro realiza declaraciones sobre las implicaciones de España en los vuelos de la CIA (véase Derechos Humanos) y mantiene una charla con su colega de EEUU Donald Rumsfeld (toda la información relativa a esta reunión puede consultarse en: <http://www.nato.int/docu/update/2006/06-june/e0608a.htm>; <http://www.nato.int/docu/update/2006/06-june/e0608b.htm>).

## 13. Alianza de Civilizaciones

Máximo Cajal, delegado del Gobierno para la Alianza de Civilizaciones, explica en Bruselas, el 3 de mayo, a los representantes de los países miembros de la OTAN esta iniciativa del Presidente Rodríguez Zapatero, que cuenta con el respaldo de Turquía.

Con motivo de la inauguración de una exposición sobre el pensador árabe Ibn Jaldún, el 17 de mayo, el Presidente del Gobierno impulsa la iniciativa de la Alianza

de Civilizaciones, en presencia del Presidente egipcio, Hosni Mubarak, el de Argelia, Abdelaziz Buteflika, el Príncipe Mulay Rachid, hermano de Mohamed VI de Marruecos, entre otros.

## 14. Temas transversales

### 14.1 DERECHOS HUMANOS

El 4 de abril se da a conocer un Informe de Amnistía Internacional («EEUU Fuera del radar: vuelos secretos a la tortura y la «desaparición»») sobre las «rendiciones» –entrega extrajudicial de detenidos ilegalmente por EEUU en su guerra contra el terrorismo– que revela que aviones fletados por la CIA utilizaron los aeropuertos de Barcelona y Málaga, además de los ya conocidos de Baleares y Canarias (el texto del informe puede consultarse en: <http://t2web.amnesty.r3h.net/library/Index/ESLAMR510512006?open&of=ESL-2M4>). Sobre estos vuelos informó el Ministro Moratinos en su comparecencia ante el Congreso el 24 de noviembre de 2005. Un portavoz del Ministerio indica que el Ministro ofreció el Congreso «toda la información de que disponía en ese momento». Al día siguiente, la Comisión de Asuntos Exteriores del Congreso acuerda, por unanimidad, pedir al Gobierno «la elaboración de un informe detallado en el que se incorporen todas las nuevas informaciones en su poder» sobre dichos vuelos, para su remisión al Congreso, como a las comisiones de investigación del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa. En el informe, remitido por el Gobierno a este último el 21 de febrero, el Ministerio indicaba que «No es posible deducir acción u omisión por parte de las autoridades españolas por el mero hecho de que, en un limitado número de vuelos, pudiera sospecharse que se ha trasladado a personas detenidas». Moratinos asegura que dichos vuelos no se investigaron porque «nadie podía sospechar» de qué se trataba y se compromete a responder en breve a la petición de la Comisión de Asuntos Exteriores, y a «que este tipo de actuaciones no se vuelvan a repetir».

Tras la petición del Secretario general del Consejo de Europa, Ferry Davis, el 10 de marzo, para que los Gobiernos de los 37 Estados miembros le facilitaran información sobre los vuelos de la CIA, el Ministerio español envía un nuevo escrito, el 7 de abril, explicando los mecanismos de control sobre las actividades de la Agencia de EEUU, que corresponde al Centro Nacional de Inteligencia (CNI).

Desde Bruselas, donde asiste por primera vez a una reunión de la OTAN, el Ministro de Defensa, José Antonio Alonso, asegura, el 8 de junio, que «el Gobierno no tiene ninguna evidencia de que en territorio español se haya cometido ningún tipo de ilegalidad»; hace referencia al informe del Consejo de Europa que incluye a España entre los 14 países europeos que consintieron en mayor o menor medida que la CIA secuestrara, trasladara y encaralara a sospechosos de terrorismo tras los atentados del 11-S. Tras la reunión del Consejo de Ministros, de 9 de junio, la Vicepresidenta Fernández de la Vega anuncia, entre otras iniciativas, que el Ministro Moratinos «va a solicitar la comparecencia urgente ante el Parlamento Europeo», para que «nadie tenga absolutamente ninguna duda» de que el Gobierno «ni ha tolerado, ni tolera, ni

tolerará nunca ninguna vulneración de derechos humanos y fundamentales de las personas, se produzcan donde se produzcan». El 12 de junio, el Juez de la Audiencia Nacional, Ismael Moreno, considera que se investigará si hubo delito en los 27 vuelos secretos de la CIA que hicieron escala en España en 2004 y 2005, en los que «se habrían llevado a cabo detenciones de presuntos terroristas en otros países y, utilizando distintas aeronaves, los habrían retenido ilegalmente y trasladado hasta determinados lugares, también en países extranjeros». El Juez considera que la Audiencia es competente en aquellos delitos que los tratados internacionales atribuyen a la justicia española, entre ellos la tortura. Desde Bruselas, el 13 de junio, donde acude para tratar asuntos de inmigración irregular, la Vicepresidenta Fernández de la Vega niega las acusaciones de falta de apoyo por las autoridades españolas con respecto a los vuelos de la CIA. Para la Vicepresidenta, «la posición del Gobierno español es de absoluta transparencia: no hay problemas del Gobierno de España de comparecer en ningún sitio», recordando que el Consejo de Ministros del viernes anterior autorizó a Moratinos a comparecer ante el Parlamento Europeo.

Tras las actuaciones de la Audiencia Nacional con respecto a presuntos casos de genocidio en Tíbet y contra el movimiento Falun Gong, las autoridades de China convocan —el 8 de junio— al embajador español en Pekín, José Pedro Sebastián de Erice. Fuentes del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación destacan que el Gobierno «mantiene un escrupuloso respeto por las decisiones judiciales y espera que este asunto se pueda resolver de una forma comprensible para todas las partes».

Tras la reunión del Consejo de Ministros de 16 de junio, el Presidente Rodríguez Zapatero hace frente a las críticas sobre por qué no se trató en el Consejo Europeo celebrado días antes la cuestión de «los vuelos de la CIA». Zapatero afirmó contundente que «Reitero una vez más que el Gobierno que yo presidido ni conocí ni dio permiso para lo que pudieran ser vuelos de ninguna agencia de espionaje, de ningún servicio de información que representaran una violación de nuestra legalidad»; también dijo que «Creo que los informes que han emitido el Consejo de Europa y el Parlamento Europeo, algunos estrictamente personales, serán sometidos a una evaluación y un contraste, que, por supuesto, va a hacer el Gobierno de España, con la comparecencia que el día 5 de julio va a tener el Ministro de Exteriores en el Parlamento Europeo» (véase: <http://www.la-moncloa.es/Presidente/Intervenciones/Rdez.Zapatero-ConsejoEuropeoBruselas160606.htm>).

Todos los grupos políticos apoyan en la Comisión de Asuntos Exteriores del Congreso, el 21 de junio, la propuesta de IU-ICV, con alguna corrección del PP, que «expresa su condena a los actos de tortura reiterados en la prisión extrajudicial de Guantánamo y, en consecuencia, pide el cierre de la misma y exige el respeto a la legalidad, al trato humanitario de los prisioneros y al respeto de los derechos humanos en la lucha contra el terrorismo». En Guantánamo hay más de 700 presos detenidos por EEUU. En la reciente cumbre UE-EEUU el presidente Bush anunció su intención de cerrar la prisión en cuanto sepa qué hacer con los presos (DS/Congreso, Comisión de Asuntos Exteriores, núm. 614, de 21 de junio de 2006).

El Juez Santiago Pedraz, acompañado por el fiscal Jesús Alonso, llega —el 24 de junio— a Guatemala para interrogar a los ocho acusados (entre ellos los gobernantes Efraín Ríos Montt y Óscar Humberto Mejía) y a once testigos de cargo acusados de

genocidio entre 1978 y 1986. La justicia guatemalteca paraliza provisionalmente esos interrogatorios.

## 14.2 MIGRACIONES

La Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, organismo del Consejo de Europa, destaca en un informe, hecho público el 21 de febrero, los progresos de España en la lucha contra el racismo y la xenofobia, vinculados al proceso de regulación de inmigrantes, aunque también incluye comportamientos discriminatorios por parte de la policía española (el texto del informe puede consultarse en: [http://www.coe.int/t/e/human\\_rights/ecri/1-ecri/2-country-by-country\\_approach/spain/Spain%20third%20report%20-%20cri06-4%20spanish.pdf](http://www.coe.int/t/e/human_rights/ecri/1-ecri/2-country-by-country_approach/spain/Spain%20third%20report%20-%20cri06-4%20spanish.pdf)).

Ese mismo día, el Pleno del Congreso de los Diputados aprueba una proposición no de ley instando al Gobierno a estudiar las medidas necesarias para avanzar en el reconocimiento de derecho de sufragio activo y pasivo de los ciudadanos extranjeros en España (Debate en DS/Congreso, Pleno, núm. 152 y texto aprobado en BOCG/Congreso, serie D, núm. 345, de 2 de marzo de 2006).

El Ministro Moratinos interviene en la Comisión de Asuntos Exteriores del Senado –el 14 de marzo– para explicar la actuación del Gobierno ante la crisis migratoria abierta con la llegada masiva de barcas procedentes de Mauritania –dado el mayor control por las autoridades de Marruecos–, donde, según algunos cálculos, medio millón de subsaharianos esperan para intentar llegar a Europa vía Canarias. Moratinos anuncia «medidas específicas», para identificar las vías adecuadas para reforzar la cooperación en materia migratoria. Junto a las medidas a corto plazo, Moratinos avanza que «estamos gestionando lo que es una crisis evidente y previniendo lo que puede ser en el futuro nuevas posibilidades de intento de llegar a las costas canarias». Recuerda que el Gobierno ha firmado acuerdos de inmigración y readmisión con países como Ghana, Malí, Nigeria, Marruecos, Argelia y Guinea-Bissau, con el objetivo de «optimizar la inmigración legal y con garantías», a la vez que se combate la ilegal «mediante un incremento de la cooperación y de la acción concertada». Respondiendo a las críticas de algunos senadores, el Ministro dijo también que la política migratoria «debe ser prioritaria, pero no es el objetivo número uno de la política exterior», objetivo que es la lucha contra la pobreza (DS/Senado, Comisión de Asuntos Exteriores, núm. 285, de 14 de marzo de 2006).

El Consejo Europeo de 23 de marzo trata la situación de los inmigrantes subsaharianos que se encuentran en Canarias procedentes de Mauritania. Se confirma que la Conferencia Euroafricana sobre inmigración promovida por España y Marruecos se celebrará en julio en Rabat.

Los Ministros de Interior de la UE, con la presencia del Secretario de Estado de Seguridad, Antonio Camacho, acuerdan en Luxemburgo, el 27 de abril, realizar conjuntamente la repatriación de los inmigrantes ilegales. El proceso será coordinado por Frontex (Agencia Europea de Fronteras Exteriores) y responde, según la presidencia austriaca, «al compromiso de la Unión Europea en relación a una mejor utilización de los recursos, lo que aumentará la tasa de reenvío de los Estados miembros». También se acuerda la subida del precio del visado para entrar en terri-

torio UE, que pasa de 35 a 60 euros. La Comisión Europea, por su parte, dio a conocer los proyectos de repatriación de los inmigrantes que cofinanciará con cargo al presupuesto de 2005, de los que ninguno corresponde a España; de los 14,8 millones de euros presupuestados, la mayoría se destinarán a Italia (seis proyectos), mientras que cinco se destinan a Bélgica, tres a Alemania y uno a Portugal, Reino Unido, Dinamarca, Holanda y Eslovenia.

Ante la llegada masiva a Canarias de inmigrantes subsaharianos procedentes de las costas de Senegal (se calcula que 6.000 en los últimos cinco meses), la Vicepresidenta Fernández de la Vega reúne —el 15 de mayo— a miembros del Gobierno y anuncia un plan de acción contra la inmigración ilegal, que incluye medidas de seguridad (incrementando el control aéreo y marítimo y el empleo de un satélite; envío de patrulleras a Mauritania), económicas y diplomáticas (un grupo de diplomáticos visitará los países de origen; agilización de los convenios de repatriación).

El Ministro Moratinos interviene —el 17 de mayo— en el Congreso para tratar la cuestión de la creciente inmigración irregular que llega a las costas de Canarias. Para el Ministro, la inmigración subsahariana plantea un «problema serio, gravoso y que no va a tener solución inmediata... no se puede resolver en 48 horas. Necesita tiempo». Habla de corresponsabilidad para dar a esta cuestión una «política integral», que combina flujos ordenados, integración social y represión de las actividades ilegales. Cifra el número de inmigrantes en 3,7 millones de personas, y de un censo de 115.000 subsaharianos del total de 2.800.000 extranjeros que han obtenido la residencia. Para Moratinos, el problema de la inmigración procedente de África no es el número de personas, «sino las circunstancias muchas veces trágicas» que la rodean. Moratinos responde a la pregunta sobre la posición del Gobierno sobre la Conferencia Regional Euroafricana sobre inmigración que se celebrará en Rabat en julio (DS/Congreso, Pleno y Diputación Permanente, núm. 117, de 17 de mayo de 2006).

El Consejo de Ministros de 19 de mayo adopta varias decisiones, conocidas como el «Plan África», encaminadas a frenar la inmigración irregular; en 24 horas llegan a Canarias 647 personas «sin papeles». Entre el conjunto de medidas se incluye una ofensiva diplomática (con la apertura de embajadas en Malí, Sudán y Cabo Verde, así como oficinas de cooperación en Cabo Verde, Etiopía y Malí, y oficinas comerciales en Angola, Kenia, Nigeria, Senegal y Sudáfrica; se abrirán agregadurías de Interior en Ghana, Nigeria y Senegal; se diseñará un plan de contactos regulares con las autoridades africanas); medidas para el control migratorio; medidas para la gestión de conflictos (participando en el afianzamiento de la democracia, la paz y la seguridad, con atención especial a los casos de Sudán-Darfur y República Democrática de Congo; medidas para luchar contra la pobreza (España contribuirá al nuevo Fondo de Naciones Unidas para Emergencias, al Fondo Global de Lucha contra el Sida, la Malaria y la Tuberculosis; habrá canje de deuda por desarrollo para países del África Subsahariana por una cantidad de 200 millones de dólares). Se solicitará a la UE, por medio de la Agencia Europea de Control de Fronteras (Frontex) más colaboración para coordinar el despliegue de medios aéreos y terrestres para el control de fronteras, el rescate de inmigrantes irregulares y atención humanitaria. La Vicepresidenta Fernández de la Vega viajará a Bruselas para tratar este asunto con los comisarios implicados y con el Presidente Durao Barroso. Para Fernández de la Vega, esta situación «es un problema de todos», asegurando que el Gobierno actuará «con calma y tranquilidad», aun-

que «sin minimizar en absoluto el problema». El Presidente del Gobierno canario, Adán Martín, se plantea llevar esta cuestión al Rey. Para Ángel Acebes, Secretario General del PP, el «Plan África» es «un fracaso», y el Gobierno está «desbordado y descontrolado» por una situación frente a la que «no sabe lo que hacer «ni cómo responder».

El Parlamento canario, en un pleno extraordinario sobre inmigración, celebrado el 22 de mayo, solicita (a petición del PP, con el apoyo de los demás grupos, excepto el PSOE), entre otras cuestiones, que la Armada «blinde» las costas canarias.

El 23 de mayo, la Vicepresidenta Fernández de la Vega viaja a Bruselas donde se entrevista con el Presidente de la Comisión Europea (Durao Barroso), con la Comisaria de Exteriores (Benita Ferrero Waldner) y con el Alto Representante para la Política Exterior (Javier Solana). Tras reunirse con el Comisario Franco Frattini, se anuncia que la UE pondrá en acción 15 medidas urgentes para frenar la llegada de inmigrantes irregulares, entre otras que la Agencia Europea de Control de Fronteras (Frontex) instale en Canarias un centro de coordinación de todos los medios, expertos y equipos de reacción rápida para afrontar esta situación. Ese mismo día, el Senado aprueba una moción de Coalición Canaria, suscrita por todos los grupos, en la que se insta al Gobierno a poner en marcha «una verdadera acción de Estado», con medidas consensuadas con la UE; se propone la convocatoria de una reunión extraordinaria en Canarias de Ministros de Exteriores y de Interior de la UE (BOCG/Senado, núm. 484, de 29 de mayo de 2006).

El Ministro de Trabajo, Jesús Caldera, responde en el Congreso, el 24 de mayo, a las preguntas de Ángel Acebes sobre la política migratoria del Gobierno. El Presidente Rodríguez Zapatero delega en Caldera las respuestas, dada la ausencia del líder del PP Mariano Rajoy, que asiste al funeral por el padre del Diputado Javier Arenas. Ese mismo día, Rodríguez Zapatero interviene ante el pleno del Senado para contestar una pregunta del Senador del PP Pío García Escudero sobre la capacidad de su gobierno para afrontar por sí solo los problemas relacionados con la inmigración. En su respuesta, el Presidente del Gobierno subraya que, en este tema, es imprescindible el esfuerzo no sólo del Gobierno sino también de la Unión Europea, las comunidades autónomas, las organizaciones no gubernamentales, los sindicatos, los empresarios y, por supuesto, «de los países de origen, de los países donde se produce la salida de inmigrantes» (DS/Senado, Pleno, núm. 85, de 24 de mayo de 2006).

Con motivo de la reunión auspiciada por Naciones Unidas de la Mesa Redonda de Países del África Central y Occidental sobre el Marco Legal de la Lucha Antiterrorista (Madrid, 25 de mayo), a la que asiste el Ministro Moratinos, cinco países africanos (Guinea-Bissau, Cabo Verde, Guinea-Conakry, Sierra Leona y Camerún) se comprometen a negociar con España acuerdos de readmisión.

El 25 de mayo, el Pleno del Congreso de los Diputados, en el curso del debate de una moción, consecuencia de la interpelación urgente presentada por el Grupo Parlamentario Catalán (Debate de la interpelación en DS/Congreso, Pleno, núm. 177, de 17 de mayo de 2006, debate de la moción en DS/Congreso, Pleno, núm. 181, de 25 de mayo de 2006), adopta un acuerdo relativo a la posición que piensa defender el Gobierno en la cumbre euro-africana a celebrar los días 10 y 11 de julio de 2006 en Rabat, sobre Migraciones y Desarrollo. El acuerdo insta al Gobierno a impulsar el Plan de Acción de la UE y los países africanos para organizar la movilidad de las per-

sonas que provengan de estos últimos; controlar el tráfico ilegal; combatir la mafias; impulsar los acuerdos de readmisión; incrementar la cooperación técnica y financiera; cumplir con la legislación vigente en materia de asilo; incrementar la Ayuda Oficial al Desarrollo bilateral bruta hacia los más desfavorecidos hasta un 20 por 100, facilitar el acceso e los productos africanos a la UE; orientar el ahorro de los inmigrantes africanos en el marco de una política de codesarrollo; impulsar la condonación de la deuda vinculada a destinar estos recursos a políticas de prevención y tratamiento del Sida; incorporar a la delegación española a representantes de la sociedad civil organizada, el Congreso de los Diputados y el Gobierno de Canarias; vincular la política de inmigración con la política de desarrollo, impulsando los cambios legislativos y administrativos necesarios. (BOCG/Congreso, serie D, núm. 398, de 1 de junio de 2006).

Para poner en marcha los compromisos acordados el 23 de mayo en Bruselas, el Secretario de Estado de Interior, Antonio Camacho, –junto a la Secretaria de Estado de Inmigración, Consuelo Rumí, el Secretario de Estado de Defensa, Francisco Pardo, un representante de la Comisión Europea y otro de Frontex– se reúne en Madrid el 29 de mayo con los embajadores de nueve países de la UE (Alemania, Austria, Finlandia, Francia, Grecia, Italia, Países Bajos, Portugal y Reino Unido) para poner en marcha la operación de ayuda a España en materia de vigilancia y control de las costas de Mauritania, Senegal y Cabo Verde. La operación, la primera de este tipo realizada por socios de la UE, se realizará a partir del 10 de junio. Se destaca que todos los medios que se dispongan serán de carácter policial.

Ese mismo día, el Secretario de Estado para Asuntos Exteriores, Bernardino León, comienza su viaje a Sierra Leona, Guinea-Bissau, Camerún, Senegal, Gambia, Guinea Ecuatorial y Liberia.

Mientras, centenares de personas siguen llegando en cayucos a Canarias al mismo tiempo que se producen las repatriaciones. El 30 de mayo, son repatriados 433 personas en cuatro aviones fletados por Marruecos.

El 31 de mayo comienza la repatriación a Senegal de 623 inmigrantes que llegaron a Canarias; Bernardino León y el Presidente senegalés Abdoulaye Wade alcanzan en Dakar un «compromiso» para devolver a los inmigrantes. Al día siguiente, el Gobierno de Senegal suspende «temporalmente» su compromiso de aceptar la repatriación de las 800 personas que han llegado clandestinamente a Canarias. El Gobierno del Presidente Abdoulaye Wade lo justifica por «irregularidades en el traslado» y denuncia engaños y maltrato a 99 personas. Entre otras gestiones, Bernardino León regresa a Dakar para aclarar la situación. Las autoridades de Senegal aceptan como «suficientes» las explicaciones de León, aunque mantiene suspendidas las repatriaciones, mientras se negocian medidas para reforzar la colaboración bilateral, entre ellas la concesión de cupos para que los senegaleses puedan viajar legalmente a España.

En el debate sobre el estado de la nación, todos los grupos políticos menos el PP, pactan el 1 de junio, medidas para combatir la inmigración ilegal.

El 6 de junio, en el curso del debate del estado de la nación, el Congreso de los Diputados aprueba una resolución sobre inmigración en la que se insta al gobierno a abordar cuestiones como las siguientes. Impulsar el Plan África elaborado por el Gobierno y el enfoque aprobado por el Consejo Europeo de 2005 para afrontar la

erradicación de la pobreza en África Subsahariana; adoptar medidas para anticiparse a la llegada de inmigrantes ilegales, contando con la ayuda de la Agencia de control de fronteras exteriores de la UE; solicitar un papel más decidido de la UE en el control de las fronteras, velando por el cumplimiento del Código de fronteras Schengen; hacer un esfuerzo diplomático para reactivar los convenios de readmisión y suscribir otros nuevos; prestar atención a las condiciones humanitarias de los centros de internamiento; incrementar la ayuda a los países emisores, especialmente africanos; dinamizar el Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración y fomentar la comprensión del hecho migratorio por parte de la sociedad española; continuar trabajando contra la economía sumergida; implicar a las Comunidades Autónomas, en particular a Canarias, para intercambiar información respecto de los flujos; reforzar las medidas tendentes a impedir los matrimonios de conveniencia y otras formas fraudulentas de adquisición de nacionalidad, adoptar las reformas necesarias para fortalecer el ejercicio del derecho de asilo y refugio. (BOCG/Congreso, serie D, núm. 406, de 14 de junio de 2006).

En respuesta a una pregunta del Senador José Mendoza Cabrera, del Grupo Parlamentario de Coalición Canaria, sobre las medidas que pretende impulsar su Gobierno para frenar los movimientos migratorios irregulares hacia el archipiélago canario, el Presidente Rodríguez Zapatero interviene en el pleno del Senado el 7 de junio. En su respuesta afirma que, como se ha explicado en las últimas semanas, el Gobierno ha desplegado un conjunto de iniciativas políticas al máximo nivel para buscar la cooperación plena de la Unión Europea, de las Comunidades Autónomas, de las entidades no gubernamentales, de los sindicatos, de los empresarios y de los países de origen de los movimientos migratorios; «cuestión que, como todos conocemos muy bien, adquiere una relevancia singular». En particular, hace referencia entonces a la próxima entrada en funcionamiento del dispositivo de emergencia de la Agencia Europea de Fronteras (FRONTEX) en Canarias, con la colaboración de medios aéreos y marítimos de nueve países de la Unión, que pretende reforzar el control de las aguas que atraviesan las embarcaciones irregulares. Asimismo, señala también la acción diplomática en el África Occidental, aprobada por el Consejo de Ministros de 19 de mayo y concentrada en la visita del Secretario de Estado de Asuntos Exteriores a diversos países para exponer a sus autoridades la visión española del problema migratorio y solicitar e incentivar su cooperación para resolver la grave situación creada en las Islas Canarias. En último término, el Presidente Rodríguez Zapatero se refiere al intenso trabajo de preparación de la Conferencia Ministerial Euro-Africana sobre Migración y Desarrollo, que se reunirá en Rabat los próximos 10 y 11 de julio, y al incremento de la Ayuda Oficial al Desarrollo total de España en África Subsahariana, la cual «ha pasado, desde que estamos en el Gobierno, de 123 millones de euros en 2003 a 450 millones de euros a finales de 2005, incluido un considerable esfuerzo de condonación de deuda» (DS/Senado, Pleno, núm. 87, de 7 de junio de 2006).

En Bruselas, el 13 de junio, la Vicepresidenta Fernández de la Vega se reúne con representantes de las instituciones europeas para tratar asuntos de inmigración irregular. Al día siguiente, el Secretario de Estado de Asuntos Europeos, Alberto Navarro, explica ante la Comisión Mixta Congreso-Senado para la UE, la colaboración de países de la UE para controlar la emigración a Canarias, destacando la de Finlandia, Reino Unido, Portugal, Francia y Alemania. Ese mismo día, el Consejo Europeo de

Bruselas trata asuntos relativos a la política europea de inmigración. (DS/Comisiones Mixtas, Comisión Mixta para la Unión Europea, núm. 70, de 14 de junio de 2006).

Se celebra en Rivas (Madrid), del 22 al 24 de junio, el II Foro Social de las Migraciones, con presencia de unas 1.800 personas de prácticamente todo el mundo.

El Plan de integración de los inmigrantes –cuyo nombre oficial es Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración– se presenta al Consejo de Ministros el 23 de junio. Es el resultado de un proceso de consultas multilateral en el que han participado las Comunidades Autónomas, los Ayuntamientos, los agentes sociales, las asociaciones de inmigrantes y las organizaciones no gubernamentales. Las aportaciones realizadas al texto colgado en la página web darán, según el Gobierno, «aún más, una mayor transparencia y consenso al resultado final». El Ministro de Trabajo, Jesús Caldera, destaca que en cuatro años se destinarán 2.000 millones de euros y los compara con los siete que destino el PP a estos fines en 2004 (véase África, Mauritania y Comisión de Población y Desarrollo).

El 28 de junio, el Pleno del Congreso de los Diputados debate una interpelación urgente sobre medidas de control de inmigrantes irregulares que llegan por puertos, aeropuertos y fronteras terrestres (DS/Congreso, Pleno, núm. 189, de 28 de junio de 2006).

#### 14.3 COOPERACIÓN PARA EL DESARROLLO

El Ministro Moratinos participa en París en la Conferencia sobre financiación y desarrollo de los países pobres que se inaugura el 28 de febrero de 2006.

El director del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, Kemal Dervis, visita España a comienzos del mes de marzo, entrevistándose con los Ministros de Economía, Pedro Solbes, y con el de Exteriores y Cooperación, Moratinos.

La Secretaria de Estado de Cooperación Internacional, Leire Pajín, y el Presidente de la Coordinadora de ONGD, David Álvarez, firman –el 21 de abril– un convenio de colaboración para impulsar la sensibilización de la sociedad española contra la pobreza.

Ese mismo día, la Dirección General de Planificación y Evaluación de Políticas para el Desarrollo (DGPOLDE) de la Secretaría de Estado de Cooperación Internacional presenta, en la Casa de América, las Evaluaciones de la Cooperación Española 2004/2005 con el objeto de dar a conocer las conclusiones y recomendaciones establecidas en cada una de ellas (los informes correspondientes a estas evaluaciones pueden consultarse en: [http://www.aeci.es/03coope/6public\\_docs/2seci/3inf\\_eval/index.htm](http://www.aeci.es/03coope/6public_docs/2seci/3inf_eval/index.htm)).

El Consejo de Ministros aprueba, el 28 de abril, el Estatuto del Cooperante, que regula la situación laboral y jurídica de más de 1.400 españoles que trabajan en el extranjero (Real Decreto 519/2006, de 28 de abril, por el que se establece el Estatuto de los cooperantes, BOE, núm. 114, de 13 de mayo de 2006).

El 1 de marzo, la Secretaria de Estado de Cooperación Internacional presenta en la Comisión de Cooperación Internacional para el Desarrollo el Plan Anual de Cooperación para el 2006. Señala que se ha elaborado con la implicación de todas las admi-

nistraciones y de todos los agentes sociales; en este sentido, hace referencia a una reunión, celebrada el 23 de diciembre, en la que los tres órganos consultivos, Consejo de Cooperación, Comisión Interterritorial y Comisión Interministerial, dieron su respaldo unánime al Plan. La Secretaría de Estado destaca los siguientes puntos. El objetivo general del Plan es la mejora de los procesos de coordinación entre los agentes de la cooperación española, como medio para aumentar la calidad y eficacia de las ayudas. Refleja un aumento de la Ayuda Oficial al Desarrollo; en 2004 la AOD se situó en el 0,24 de la renta bruta, en 2005 se llegó al 0,31 y el Plan 2006 pretende alcanzar el 0,35. Hay mayor implicación de España en los esfuerzos internacionales para alcanzar los Objetivos de Desarrollo del Milenio. Aumento de la participación de los países menos adelantados en las ayudas; en este sentido, se mantienen como regiones preferentes a América Latina y el Mediterráneo, pero se incluyen a Malí y a Níger en razón de sus indicadores de pobreza. El Plan aborda los esfuerzos de la cooperación española que inciden directamente en las metas de la Declaración del Milenio. Contempla destinar más el 20 por ciento a la dotación de servicios sociales básicos. Aborda la reestructuración de la acción humanitaria española. En cuanto a la gestión de la deuda externa se establecen unos principios de conversión. Otro aspecto hace referencia al papel de las remesas como codesarrollo. Finalmente destaca el esfuerzo realizado para aportar 23 documentos de estrategia-país que permitirán alinearse con las prioridades del país socio y armonizar las iniciativas de otros donantes. (DS/Congreso, Comisión de Cooperación Internacional para el Desarrollo, núm. 525, de 1 de marzo de 2006) El 2 de marzo, la misma Comisión examina las propuestas de resolución presentadas por los grupos parlamentarios y emite un dictamen sobre el Plan anual de Cooperación Internacional para 2006 (DS/Congreso, Comisión de Cooperación Internacional para el Desarrollo, núm. 526, de 2 de marzo de 2006).

El 29 de marzo comparece en la Comisión de Cooperación Internacional para el desarrollo del Congreso de los Diputados don Gonzalo Fanjúl, coordinador de investigaciones de Intermón Oxfam, para informar sobre la situación de las negociaciones comerciales en la Organización Mundial del Comercio tras la Conferencia de Hong Kong (DS/Congreso, Comisión de Cooperación Internacional para el desarrollo, núm. 552, de 29 de marzo de 2006).

La Fundación Bill y Melinda Gates obtiene –el 4 de mayo– el Premio Príncipe de Asturias de Cooperación Internacional. El jurado destaca desde Oviedo la «generosidad y filantropía ante los males que siguen asolando al mundo; el Premio está dotado con 50.000 euros y una escultura de Joan Miró. La Fundación, creada en 2000, ha destinado en los últimos cinco años más de 10.000 millones de dólares (8.000 millones de euros) a proyectos de desarrollo y programas de salud en el Tercer Mundo.

El Consejo de Ministros, de 19 de mayo, adopta varias medidas para luchar contra la pobreza en África, con el objetivo de atender a la creciente inmigración irregular.

El 30 de mayo, la Comisión de Asuntos Exteriores del Congreso de los Diputados emite dictamen favorable, a la vista del informe elaborado por la ponencia, sobre la proposición de ley reguladora del tratamiento de la deuda externa (Texto originario de la proposición de ley en BOCG/Congreso, serie B, núm. 33-I, de 23 de abril de 2004; dictamen de la Comisión en DS/Congreso, Comisión de Asuntos Exteriores,

núm. 589, de 30 de mayo de 2006). El 22 de junio el Pleno del Congreso aprueba el dictamen (DS/Congreso, Pleno, núm. 187, de 22 de junio de 2006).

El 6 de junio, con motivo del debate del estado de la nación, el Pleno del Congreso aprueba una resolución sobre la cooperación con África, publicada en el BOCG/Congreso, serie D, núm. 406, de 14 de junio de 2006, en los siguientes términos:

1. *Con vistas a impulsar la relevancia internacional de Canarias, la Casa de África impulsará la cooperación con la Comisión Europea en los temas de emigración y cooperación para el desarrollo, e impulsará la coordinación con los programas de la Casa de América para alentar los estudios y la cooperación triangular entre la Unión Europea, África y América Latina, como punto de encuentro permanente del Estado junto a la Comunidad Autónoma y la Comisión Europea, aprovechando la presencia de la Agencia Europea de Fronteras, FRONTEX, teniendo como funciones estudiar, analizar y proponer políticas sobre emigración, comunicaciones, transportes, cooperación al desarrollo, políticas comerciales y aduaneras, etc. – seguimiento del Acuerdo de COTONU, etc. – entre Europa, África y América.*

2. *Que, en la elaboración del Plan África, establezca mecanismos de consulta con la Comunidad Autónoma de Canarias y promueva el partenariado de dicha Comunidad en las políticas de cooperación al desarrollo con los países de África occidental próxima dando cumplimiento a lo previsto en los arts. 37 y 38 del vigente Estatuto de Autonomía.*

3. *Que, en la cumbre Euro-Africana sobre Migraciones y Desarrollo, a celebrar en Rabat, en julio de 2006, el Gobierno de Canarias y la Junta de Andalucía participe formando parte de la delegación española.*

4. *Defender en las instituciones internacionales y en la Unión Europea la convocatoria de una conferencia internacional.*

En la misma sesión se aprueba otra resolución en virtud de la cual se insta al Gobierno a presentar y, en su caso aprobar, en la presente legislatura un proyecto de ley regulando el Fondo de Ayuda al Desarrollo (FAD).

El 22 de junio, el Pleno del Congreso aprueba una Ley por la que el Gobierno deberá presentar, antes de un año, un plan para renegociar la deuda exterior de los países más pobres altamente endeudados (conocidos bajo la sigla inglesa HIPC), contraída con España antes del 31 de diciembre de 2003. Se aprueba con el apoyo de PSOE, PP, CiU y PNV; IU-ICV y ERC se oponen, al considerarla insuficiente. La Ley, promovida por el diputado de CiU Carles Campuzano logra el compromiso del PSOE por medio del Diputado Eduardo Madina.

El 20 de junio la Secretaria de Estado de Cooperación Internacional, Pajín Iraola, hace balance de la política de cooperación al desarrollo tras dos años de legislatura; en la misma sesión informa sobre el Estatuto del Cooperante, aprobado por el Consejo de Ministros (DS/Congreso, Comisiones, núm. 612).

La Secretaria de Estado de Cooperación Internacional, Leire Pajín, firma en Madrid el 26 de junio, con la Coordinadora para la Campaña del Milenio, Eveline Herfkens, la Declaración de Intenciones por la que España se compromete a participar activamente en la Campaña de los Objetivos del Milenio.

Ese mismo día, se aprueba una proposición no de ley sobre emisión de un informe no vinculante del Gobierno para informar sobre los instrumentos de cooperación al desarrollo en los planes anuales de cooperación (DS/Congreso, Comisiones, núm. 613).

#### 14.4 MEDIO AMBIENTE

Representantes de 81 países se reúnen en Madrid en el marco del órgano rector del Tratado para la Defensa de la Biodiversidad de los Cultivos, aprobando, el 13 de junio, un compromiso para favorecer la diversidad agrícola. La titular española de Agricultura, Ángeles Espinosa, destaca la importancia del acuerdo y la prioridad que supone este asunto. El director general de la FAO, Jacques Diouf, recuerda a los países que todavía no han ratificado el Tratado y llamó a cambiar la tendencia de la década de los noventa, en la que «la cuota de la agricultura en la ayuda al desarrollo se vio reducida en un 50 por 100», recordando que «el 70 por 100 de los pobres están en el sector rural» y es ahí donde hay que intervenir para sacar del hambre a 850 millones de personas.

#### 14.5 CONTROL DE ARMAMENTO

España participa, por medio de Ángel Lossada (Director General de Asuntos Internacionales de Terrorismo, No Proliferación y Defensa, del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación), en la reunión –celebrada en Nueva York, del 25 de junio al 7 de julio– para defender la ampliación de las medidas para combatir y erradicar el tráfico ilegal de armas pequeñas y ligeras.

#### 14.6 EDUCACIÓN Y CULTURA

Se celebra en Granada, el 27 y 28 de abril, la Cumbre de Ministros Europeos por el Diálogo Intercultural, con representantes de la Unión Europea, del Consejo de Europa y de la UNESCO. La Ministra española de Cultura, Carmen Calvo, inaugura el evento y presenta, junto a su colega francés Renaud Donnedieu, la iniciativa Patrimonio de Europa, con el propósito de fomentar la identidad cultural europea.

#### 14.7 ECONOMÍA Y COMERCIO MUNDIAL

El Director General de la Organización Mundial de Comercio, Pascal Lamy, pide en Madrid –el 8 de marzo– que los grandes bloques que negocian la liberalización del comercio mundial pongan números concretos sobre la mesa, cara al encuentro que mantendrán pocos días después en Londres, para cumplir con los compromisos acordados en la reunión ministerial de Hong Kong del pasado diciembre. Lamy se reúne con los Ministros de Economía (Pedro Solbes), Industria y Comercio (José Montilla), Exteriores y de Cooperación (Miguel Ángel Moratinos). Se entrevista con el Presidente Rodríguez Zapatero y es recibido por el Rey Juan Carlos.

Con motivo de la reunión en Madrid del Consejo de Gobierno del Banco Central Europeo, tiene lugar una cena, el 7 de junio, convocada por el Presidente Rodríguez Zapatero. El Gobernador del Banco de España, Jaime Caruana, destaca el crecimiento de la economía española, aunque advierte de algunos riesgos que pueden generar desequilibrios. Se anuncia que Caruana será nombrado consejero del Fondo Monetario Internacional, dirigido por Rodrigo Rato (véase: <http://www.la-moncloa.es/Presidente/Intervenciones/Discursos/Rdez.ZapateroBancoCentralEuropeo070606.htm>).

## 15. Otros

Los Reyes, el Presidente del Gobierno, la Ministra de Cultura, el Presidente de la Generalitat de Cataluña y el Alcalde de Barcelona, asisten en París, el 17 de mayo, a la victoria del Barcelona sobre el Arsenal, que le proclama campeón de Europa.

Mary Robinson, Presidenta de Irlanda entre 1990 y 1997, Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, obtiene, el 8 de junio, el Premio Príncipe de Asturias de Ciencias Sociales, por «promocionar principios humanistas en un mundo globalizado» y por «su comportamiento ético en los campos de la política y el trabajo intelectual». Robinson preside el proyecto Ethical Globalization Initiative.

## V. INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN

Selección y coordinación a cargo de:

Esther BARBÉ IZUEL

Alegría BORRÁS RODRÍGUEZ

y Cesáreo GUTIÉRREZ ESPADA

### XXI JORNADAS DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE PROFESORES DE DERECHO INTERNACIONAL Y RELACIONES INTERNACIONALES (A CORUÑA, 22-24 DE SEPTIEMBRE DE 2005)

La Universidad de A Coruña acogió los días 22, 23 y 24 del mes de septiembre del pasado año las XXI Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales. El tema científico de estudio y discusión retenido fue el de «Mares y océanos en un mundo en cambio: tendencias jurídicas, actores y factores» que, como viene ocurriendo desde las Jornadas celebradas en el País Vasco en 1985, fue abordado desde la triple perspectiva del Derecho internacional público, el Derecho internacional privado y las Relaciones internacionales. A su estudio se le dedicaron las sesiones de mañana y tarde del jueves día 22, correspondiendo la coordinación científica de las mismas, en las respectivas áreas, a los Profesores José Manuel Sobrino Heredia, Juan José Álvarez e Irene Rodríguez Manzano.

Por otro lado, y como ya viene siendo tradición en las Jornadas de nuestra Asociación, se destinó una sesión, la de la mañana del viernes día 23, a la discusión de un tema académico y profesional, referido esta vez, actualidad obligaba, a los planes de estudios, el Espacio Europeo de la Enseñanza Superior y la europeización de los títulos, cuya coordinación corrió a cargo del Profesor Fernando Mariño Menéndez.

La asistencia a las mismas así como a las actividades sociales que se desarrollaron en paralelo y a lo largo del sábado día 24 de septiembre reunió a un número muy elevado de asociados que superó la cifra de 200, por lo que creo que podemos todos felicitarnos.

Para la preparación de estas Jornadas se formó una Comisión formada por los Profesores José Manuel Sobrino Heredia, Eloy Rodríguez Gayan, Adela Rey Aneiros, Marta Sobrino Prieto, Hilda Aguilar Grieder, Belén Sánchez Ramos, Jorge Quindimil Castro y Gabriela Oanta. Esta Comisión consideró que una vía atractiva para abordar el tema elegido sería la de formar mesas de trabajo que permitieran una más alta participación de ponentes, de lo que venía siendo habitual en las Jornadas, y un mayor dinamismo en el desarrollo de las sesiones incrementando el tiempo para el debate.

Esta posibilidad se puso en conocimiento de la Junta Directiva de nuestra Asociación que aceptó la propuesta, de manera que las sesiones se organizaron por grandes temas correspon-

dientes a las tres disciplinas y en torno a dos mesas de trabajo por cada una de ellas, en reuniones de mañana y tarde.

El acto de inauguración de las Jornadas se celebró el Salón de Actos de la Facultad de Derecho, bajo la presidencia del Sr. Rector de la Universidad de A Coruña, Dr. José María Barja Pérez, que compartió mesa con el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sr. Jesús Souto, con el Juez del Tribunal Internacional de Derecho del Mar, Sr. Tullio Treves, con el Secretario General de la Consellería de Pesca de la Xunta de Galicia, Sr. Miguel Ángel López Sierio, con el por entonces Presidente de la AEPDIRI Dr. Diego J. Liñan Nogueras, con el Decano de la Facultad de Derecho, Sr. Eloy Rodríguez Gayán y con el Prof. José Manuel Sobrino Heredia coordinador de estas Jornadas.

Levantada la mesa de presidencia, se iniciaron, seguidamente, las sesiones científicas. Estas comenzaron, de manera conjunta para las tres áreas, con una Conferencia de presentación sobre «La mar, un escenario abierto», donde el Dr. José Manuel Sobrino Heredia, profesor de la Universidad anfitriona, busco establecer el marco de reflexión general, apuntando como tras un largo período de calma y estabilidad jurídica el escenario marítimo comenzó a transformarse rápida y radicalmente y como los esfuerzos de codificación del Derecho del Mar aunque importantes y universales, no han detenido su evolución, de manera que, por un lado, algunas instituciones y mecanismos previstos en esta codificación se han visto cuestionados en la práctica y, por otro lado, esta práctica ha producido nuevas situaciones que entonces no fueron presentadas o, sólo, parcialmente reguladas.

Precisamente, estas instituciones, mecanismos y prácticas que configuran los mares y océanos como un escenario jurídico abierto, fueron las que, luego, serían examinadas y debatidas en los distintos foros de trabajo en que se estructuró la sesión científica. Y, así, tras finalizar la conferencia de presentación, se instalaron las tres primeras mesas de trabajo, correspondientes cada una de ellas a Derecho internacional público, Derecho internacional privado y Relaciones internacionales respectivamente.

La primera mesa de trabajo de Derecho internacional público trató sobre el «Régimen jurídico de los espacios y recursos marinos», su moderador fue el Sr. Javier Garat Pérez, Secretario General de la Federación de Organizaciones de Pesca (FEOPE), que a lo largo de sus intervenciones en las presentaciones y moderando el debate vertió sus conocimientos prácticos al tiempo que nos hacía partícipe de las preocupaciones del importante sector pesquero español respecto a los temas discutidos. Esta perspectiva profesional, que sin duda enriqueció las discusiones, acompañó a las ponencias presentadas y debatidas que fueron las siguientes: «Delimitación de los espacios marítimos españoles» de la Dra. Esperanza Orihuela Calatayud, Catedrática de Derecho internacional público de la Universidad de Murcia, «Nuevas tendencias en materia de conservación y gestión de los recursos acuáticos vivos», del Dr. Rafael Casado Raigón, Catedrático de Derecho internacional público de la Universidad de Córdoba, «España y la Unión Europea en la evolución de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar». Como se puede observar, estos trabajos abordaron cuestiones cruciales para España y la UE y en absoluto cerradas por la propia evolución del Derecho del Mar. Finalizada la exposición de las ponencias se pasó a la presentación de Comunicaciones relacionadas con el tema de trabajo de la mesa. Las Comunicaciones expuestas fueron las siguientes: «El Acuerdo pesquero entre la UE y Marruecos de 28 de julio de 2005» (T. Atmane), «Los espacios marítimos del Istmo y Peñón de Gibraltar: cuestiones en torno a su delimitación» (I. González García), «Análisis del sistema de líneas de base español a la luz de la CNUDM de 1982» (V. L. Gutiérrez Castillo), «El Derecho internacional en los artículos 74 y 83 de la Convención de Montego Bay» (J. M. Laclea Muñoz); «El derecho reenvía a la geografía: cayos y bancos en la delimitación interestatal» (A. Pastor Palomar) y «La regulación jurídica de los recursos vivos en alta mar: perspectivas de cambio en la práctica legislativa de los países en América Latina» (C. S. Villasante).

La segunda mesa de trabajo de Derecho internacional público se desarrolló durante la tarde del día 22, el tema elegido fue «Régimen jurídico de la navegación marítima y protección del medio ambiente», y estuvo moderado por el Dr. Tullio Treves, Profesor de Derecho internacional público de la Universidad de Milán y Juez del TIDM, que con su amabilidad natural hizo gala de un gran dominio teórico y práctico de la materia analizada ofreciendo un brillante marco introductorio donde afloraron datos procedentes de su experiencia personal como Juez y como investigador. A continuación se presentaron las siguientes ponencias: «Libertad de navegación e intereses de los Estados ribereños», por el Dr. José Juste Ruiz, Catedrático de Derecho internacional público de la Universidad de Valencia, «Investigación científico marina y Derecho del Mar» por el Dr. Manuel Pérez González, Catedrático de Derecho internacional público de la Universidad Complutense de Madrid; y «Protección del medio ambiente marino» por el Dr. Jaume Saura Estapá, Profesor Titular de Derecho internacional público de la Universidad de Barcelona. Sin duda, lo reciente de los desastres marinos en las costas atlánticas europeas, su reiteración en las proximidades de la ciudad que acogía las Jornadas, recordemos las catástrofes ecológico-marinas del Urquiola, del Mar Egeo o del Prestige, hacía necesario el que se afrontasen, desde la óptica del Derecho internacional público, estas cuestiones, tal y como se hicieron en las mencionadas ponencias cuyas reflexiones nos permitieron conocer mejor como está dicho Ordenamiento ante tales desgraciados y reiterados acontecimientos. Seguidamente, tuvo lugar la presentación de comunicaciones que abordaron las siguientes cuestiones: «El régimen jurídico de la navegación en las aguas interiores marítimas españolas» (J. F. Escudero Espinosa), «El control por el Estado del puerto: cambios de rumbo en el Derecho internacional del mar» (T. Fajardo del Castillo), «El procedimiento de pronta liberación de los buques y su tripulación ante el Tribunal Internacional del Derecho del Mar» (T. Lázaro Calvo) y «La revisión de las normas en materia de seguridad marítima y la protección del medio ambiente» (E. Ruiloba García).

En el bloque del área de Derecho internacional privado, las Jornadas vinieron marcadas por un pronunciado dinamismo, fruto de la combinación de un más que sugerente aporte doctrinal y la vertiente práctica, aportada mediante la presencia activa de letrados en ejercicio de reconocida competencia y prestigio en el ámbito marítimo.

La primera mesa de trabajo de esta área se centró en el análisis de «Cuestiones de Derecho internacional privado relativas a la seguridad marítima», estuvo moderada por el Dr. José María Espinar Vicente, Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad de Alcalá de Henares, quién formuló a modo de pórtico introductorio unas brillantes reflexiones sobre la proyección de la disciplina y de sus instrumentos normativos en el ámbito material de la seguridad marítima. Esta primera sesión vino acompañada por dos ponencias: «Contaminación por hidrocarburos y responsabilidad: quién, cuánto y por qué», por la Dra. Marta Requejo Isidro, Profesora Titular de Derecho internacional privado de la Universidad de Santiago de Compostela; y «Novedades recientes en materia de política comunitaria de seguridad marítima» por el Dr. José Manuel Martín Osante, Profesor Titular de Derecho mercantil de la Universidad del País Vasco. En el marco de esta mesa de trabajo se presentaron las siguientes comunicaciones que aportaron reflexiones complementarias a los temas troncales abordados previamente: «La incidencia de la evolución normativa sobre seguridad marítima internacional en la protección de los derechos sociales de la gente del mar» (O. Fotinopoulou Basurko), «La inspección de las mercancías en la compraventa marítima: aspectos de competencia judicial internacional en el sistema institucional» (P. Orejudo Prieto de los Mozos) y «Problemas actuales del arbitraje comercial internacional administrado por instituciones permanentes y su incidencia en el Derecho marítimo» («J. A. Rueda García).

La sesión vespertina de Derecho internacional privado centrada en el «iter judicial del caso Prestige» proyectó, bajo la siempre sutil orientación del Prof. Dr. Julio D. González Campos, la dimensión específica de este apasionante pleito sobre el plano general del Derecho

internacional privado frente a los supuestos de contaminación marítima internacional. Y la en principio heterodoxa composición de la mesa, frente a la tradición estrictamente académica de anteriores Jornadas, dio un juego realmente importante: Junto a las apostillas llenas de incitación al debate por parte del moderador, el Prof. Eloy Rodríguez Gayan, los letrados Srs. José Luis Goñi Etchevers y José María Ruiz Soroa, y el Abogado del Estado, Sr. Oscar Maceiras, quienes desmenuzaron los entresijos procesales y sustantivos del litigio. El debate fue intenso, con ambiente de oposición... y las comunicaciones mantuvieron el alto tono reflexivo de las sesiones, tratando de: «Catástrofes ambientales y Derecho internacional privado: el Caso Boliden continúa» (G. Esteban de la Rosa) y «Reflexiones en torno a la transformación del marco jurídico que regula el vertido de hidrocarburos al mar desde buques» (E. Domínguez Porta).

Por lo que se refiere a las Relaciones Internacionales, las dos mesas reservadas a esta disciplina giraron en torno a la «Cooperación y conflicto en los mares y océanos». La primera de ellas, desarrollada durante la mañana, fue moderada por el Dr. José Ángel Sotillo Lorenzo, Profesor Titular de Relaciones Internacionales de la Universidad Complutense de Madrid, mientras que las ponencias presentadas trataron sobre: «Conflicto y cooperación en la gestión de los recursos pesqueros» de la Dra. Irene Rodríguez Manzano, Profesora Titular de Relaciones Internacionales de la Universidad de Santiago de Compostela; «Sistemas de expertos y proceso político en la gestión multilateral de los fondos marinos: condicionamiento político y pretensiones de autonomía de la investigación científica marina», del Dr. Noé Cornago Prieto, Profesor Titular de Relaciones Internacionales de la Universidad del País Vasco. En estas ponencias se avanzaron cuestiones tan sugerentes como las implicaciones y convergencia de las fuerzas opuestas en la gestión internacional de los recursos pesqueros (extensión de los espacios sometidos a la jurisdicción nacional frente a unidad del ecosistema marino) o la importancia creciente que adquieren los sistemas de expertos en el momento de establecer criterios para la gestión responsable de los recursos marinos, la creación de verdaderas comunidades epistémicas transnacionales y los límites de la ciencia y su inevitable compromiso con la política.

Por la tarde de ese día, la segunda mesa de Relaciones Internacionales que siguió trabajando sobre «Cooperación y conflicto en los mares y océanos», fue moderada por la Profesora Irene Rodríguez Manzano, y las ponencias presentadas se refirieron a: «Geopolítica y geoecología en las relaciones internacionales contemporáneas: cooperación y conflicto en el Mar de la China», por la Dra. Caterina García Segura, Profesora Titular de Relaciones Internacionales de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona; «Bolivia: la vía pacífica en su búsqueda de acceso al mar», por el Dr. José Ángel Sotillo Lorenzo; y «La cooperación marítima en el Mediterráneo en el ámbito de la seguridad», por el Dr. Carlos Echeverría Jesús, Profesor Titular de Relaciones Internacionales de la UNED. En ellas se analizaron cuestiones diversas como el camino hacia acuerdos para la gestión conjunta de los recursos energéticos en el que se está avanzando en el Mar del Sur de la China, a pesar de las dificultades, o la utilización de vías pacíficas para resolver la histórica reivindicación de Bolivia de un acceso soberano al mar, o, en fin los escenarios para la cooperación internacional en materia de seguridad y defensa en el Mediterráneo, frente a nuevos desafíos como los tráfico ilícitos o el terrorismo transnacionalizados. Estas ponencias fueron completadas por dos comunicaciones, presentada una por el Prof. Pablo Pareja sobre «El Ártico como espacio de cooperación: evolución, contenido y límites», y otra por el Prof. Pedro Lozano Bartolozzi titulada «De Van Bynkeshoek al ciberespacio».

La sesión donde se debatieron cuestiones académico-universitarias candentes sobre nuestras especialidades tuvo como marco el Paraninfo de la Universidad, sito en el Edificio de la Maestranza, sede del Rectorado de la Universidad de A Coruña. Allí y durante la mañana del viernes 23, se abordó la problemática de «Los planes de estudios, el espacio europeo de estudios universitarios, la europeización». Las presentaciones estuvieron moderadas por el Dr. Fernando Mariño Menéndez, y en ellas se plantearon una serie de dudas e interrogantes sobre

la larga marcha de la reforma universitaria y las inquietudes que suscita respecto al Grado y al Postgrado y el lugar que nuestras disciplinas tendrán en los mismos. Inquietudes, desafíos y alternativas que fueron enumeradas desde las Relaciones Internacionales por los Drs. Francisco Aldecoa Luzarraga, Catedrático de Relaciones Internacionales de la Universidad Complutense de Madrid y Rafael Grassa, Profesor Titular de Relaciones Internacionales de la Universidad Autónoma de Barcelona; desde el Derecho internacional público por el Dr. Alejandro del Valle Gálvez, Catedrático de Derecho internacional público de la Universidad de Cádiz; y desde el Derecho internacional privado por el Dr. Rafael Arenas García, Profesor Titular de Derecho internacional privado de la Universidad Autónoma de Barcelona. Profesores todos ellos que por sus cargos académicos o por sus ocupaciones nos ofrecieron una aproximación lo más completa posible a un proceso aún hoy por hoy muy complejo e inconcluso.

Durante la tarde del viernes 23 tuvo lugar la Asamblea General de nuestra Asociación, presidida por su Presidente el Prof. Diego J. Liñán Noguera y donde se hizo un balance de las actividades desarrolladas entre las precedentes Jornadas de Jaén de 2003 y las de A Coruña y se eligió la Universidad de Murcia como sede de las XXII Jornadas a celebrar en 2007. Tal y como resulta de los Estatutos de la Asociación se procedió a la renovación de los cargos de la Junta Directiva en los casos en los que se finalizaba el mandato y, también, los relativos a las Revistas científicas publicadas bajo el resguardo científico de la Asociación. De estas elecciones resultó la siguiente Junta Directiva: Presidente: Profesor Francisco Aldecoa Luzarraga; Vocales: Profesores José Manuel Sobrino Heredia, Joaquín Juan Corner Delagüa, Cristina González Beilfuss, Luis Norberto González Alonso; Tesorera: Inmaculada González García. Tras finalizar la Asamblea se inició el Acto del Clausura en el que intervinieron, además de los Presidentes, entrante y saliente, de la Asociación, el Vicerrector de calidad y armonización europea de la Universidad de A Coruña, Dr. Manuel Peralbo Uzquiano, el Consejero jurídico de la Dirección General de Pesca de la Comisión de la UE, Sr. Fernando Cardoso y la Teniente de Alcalde del Ayuntamiento de A Coruña, Dña. Mar Barcón.

Las sesiones científicas y académicas se completaron con una serie de recepciones formales y visitas a lugares de interés que se fueron desarrollando de manera coetánea y en paralelo a las mismas. Así, durante el mediodía del 22 de septiembre se celebró una comida de confraternización en el comedor universitario del Campus de Elviña, donde estaban transcurriendo los trabajos del primer día de las Jornadas. Tras finalizar estos, los asistentes se trasladaron al Palacio Municipal de María Pita donde la Teniente de Alcalde del Ayuntamiento de A Coruña, Dña. Nieves Vázquez Novo presidió la recepción.

En la mañana del día 23 de septiembre, con antelación al inicio de la sesión académica, los participantes tuvieron la oportunidad de asistir a una subasta de pescado fresco en la Lonja del Puerto de A Coruña, donde fueron amablemente recibidos por su Gerente D. José Luis Otero. Durante la recepción que se ofreció, a mediodía, en el Club Universitario de la Universidad de A Coruña en el Dique de Abrigo del puerto, los asistentes tuvieron la ocasión de visitar la Torre de Control del Tráfico Marítimo del Puerto de A Coruña, donde fueron atendidos por el equipo de la Capitanía portuaria y el Responsable del Servicio de Salvamento Marítimo de la Zona Noroeste, D. Heliodoro Rey. Finalizada la comida, la amenaza de lluvia no impidió a los más intrépidos asociados, realizar una ruta náutica por la Ría de A Coruña a bordo de una lancha reservada a tal efecto por la organización. Finalizados los trabajos se celebró una cena de clausura en el Hotel Barceló de la ciudad herculina.

El tardío final de esta cena no impidió a muchos participantes en las Jornadas disfrutar de una excursión a la Costa da Morte durante el sábado 24 de septiembre. Tras la visita al Pazo Torres do Alto en Vimiaz, los miembros de la Asociación tuvieron la ocasión de conocer la piscifactoría Stolt Sea Farm, la mayor y más moderna del mundo en cría del lenguado. Por último después de ver el Santuario Virxe da Barca y el Punto Cero Prestige en Muxía, la excursión concluyó, tras la recepción por el Alcalde de Finisterre, en el legendario faro de dicha

localidad y la comida ofrecida a continuación en el Semáforo anexo al mismo. De manera que estas XXI Jornadas de la AEPDIRI consagradas a los mares se cerraron en uno de los más hermosos balcones que la costa gallega abre al Océano Atlántico.

Las últimas líneas de esta crónica quisiera reservarlas a agradecer, en nombre de la Comisión organizadora, a todas las personas e instituciones que posibilitaron el buen desarrollo de nuestras Jornadas. A la Universidad de A Coruña, anfitriona de la misma. Al Ayuntamiento de La Coruña-Concello de A Coruña, a la Autoridad Portuaria de A Coruña, al Instituto Universitario de Estudios Europeos «Salvador de Madariaga» de la Universidad de A Coruña, a la Comisión Europea, a las Consellerías de Educación e Ordenación Universitaria y de Innovación, Industria e Comercio de la Xunta de Galicia, y al Ministerio de Educación y Ciencia, muchas gracias por todo y a todos.

José Manuel SOBRINO HEREDIA

## A) DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

### 1. ASPECTOS RELEVANTES PARA EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO EN LA FUTURA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN JAPONESA

La vigente Constitución japonesa de 1947, una norma que no ha dejado de ser polémica desde su promulgación, parece que va a ser reformada. El Comité de Revisión de la Constitución de la Dieta ha emitido en 2005 su informe final sobre los problemas básicos a que se enfrenta la Carta Magna y lo ha enviado a su Presidente. Según este informe la nueva Constitución debe mostrar al pueblo japonés y al exterior que ama la paz, defender la soberanía y la independencia del Estado (en este punto, hay que tener en cuenta que la actual Constitución japonesa, en puridad, no fue elaborada por el pueblo japonés, como se sabe, y, por lo tanto, una aspiración lógica sería redactar la nueva afirmando así su soberanía), afirmar que Japón posee una organización de defensa nacional, capaz de repeler y prevenir los ataques de otros Estados o de grupos terroristas y de colaborar en el mantenimiento de la paz y el orden de la comunidad internacional y, por último, debe contener regulación expresa de las situaciones de emergencia (vide información más detallada en O. Nishi, «Adaptación del artículo 9 al siglo XXI», *Cuadernos de Japón*, núm. 3, 2005).

Pero a nuestro entender resulta, sin duda, más trascendente que el Partido Liberal Demócrata (Jimintō), con Koizumi a la cabeza, haya hecho público el 22 de noviembre de 2005, coincidiendo con el quincuagésimo aniversario de su fundación, un borrador de reforma, de la pacifista Constitución del país, tal y como ya había anunciado en agosto de 2003. Este documento será enviado próximamente a la Dieta para su debate (el original en lengua japonesa del borrador en cuestión puede consultarse en [www.jimin.jp/jimin/shin\\_kenpou/shiryoutu/pdf/051122\\_a.pdf](http://www.jimin.jp/jimin/shin_kenpou/shiryoutu/pdf/051122_a.pdf)). La autora agradece la traducción de las fuentes japonesas a Francisco Barberán, de Nichiza S.L. –EU & Japan Business Consulting–).

No olvidemos que el lema del Primer Ministro Koizumi cuando ascendió al poder fue «reforma sin vacas sagradas» y una de estas «vacas sagradas» en Japón es, precisamente, su Constitución. Por otra parte, la opinión pública japonesa va siendo cada vez más proclive a admitir la necesidad de una reforma constitucional, si la misma alcanza a su polémico artículo 9. Efectivamente, los principales periódicos de Japón (*Asahi Shimbun*, *Nihon Keizai Shimbun*, *Mainichi Shimbun* o *Sankei Shimbun*) han ido realizando sondeos sobre el particular en estos últimos años y de ellos se desprende que en torno a un 55 por 100 de la población japonesa es favorable a la reforma, frente a las encuestas del año 2001 que revelaban un escueto 4 por 100 de apoyo a la misma. Este giro tan radical se explica por el cambio generacional, pues

es innegable que cada vez son más los japoneses que no han vivido ni la guerra ni la ocupación estadounidense y, además, subyace en él la idea de que sea Japón quien escriba su propia Constitución, armonizando la situación legislativa actual con el texto constitucional (vide sobre este último aspecto C. Tirado, «La renuncia a la guerra en la Constitución japonesa y sus repercusiones en las relaciones exteriores de Japón», *Revista Española de Derecho Militar*, junio/dic. 2000).

Las reformas constitucionales deben iniciarse por los votos favorables de 2/3 de cada una de las Cámaras, someterse a la ratificación popular mediante referéndum y, por último, ser objeto de proclamación solemne por parte del Emperador (artículo 96). Pero hay que advertir que el borrador de nueva Constitución es sólo el resultado del debate en el seno del partido gubernamental de dos textos previos (de fechas 1 de agosto de 2005 y 12 de octubre de 2005) y, aunque se le quiere dar la tramitación de una reforma constitucional, lo cierto es que el documento del *Jimintō* lleva por título «Borrador de nueva Constitución», lo que da idea por sí sólo de la magnitud de los cambios que contiene. El propio Preámbulo deja constancia igualmente de que lo que se está estableciendo es una nueva Constitución, más que una mera reforma de la existente.

En lo que se refiere a los aspectos de la reforma relevantes para nuestra disciplina, destaca la conocida polémica sobre el artículo 9, que afecta no sólo a esta concreta disposición sino también al Preámbulo de la nueva Carta Magna. Del mismo se suprimen expresiones como «... *resueltos a evitar los horrores de una nueva guerra como resultado de la acción del gobierno*», «... *hemos resuelto preservar nuestra seguridad y existencia, confiados en la justicia y la buena fe de los pueblos amantes de la paz*» o «*Reconocemos que todos los pueblos de la tierra tienen el derecho de vivir en paz, libres del miedo y las necesidades...*», supresiones que a su vez conllevan, al decir de los críticos, las de ideas profundamente arraigadas en la cultura política nipona desde el fin de la Segunda Guerra Mundial, como lo es la de la coexistencia pacífica, lo que en nuestra opinión es una afirmación excesiva, ya que Japón es un Estado democrático y la supresión se debe, creemos, más bien a la consideración de estas ideas como algo inherente, que no es necesario repetir, que al olvido de los citados principios.

En su lugar se introducen ahora nuevas expresiones como «*El pueblo japonés (...) llevará a cabo denodados esfuerzos para erradicar las tiranías y las violaciones de los derechos humanos*», susceptibles de ser usadas para justificar potenciales intervenciones del ejército japonés junto al de los Estados Unidos, y otras que, al decir de los críticos, encierran un retorno al «patriotismo de preguerra» que podría acabar siendo conectado con el sistema de reclutamiento forzoso: «*El pueblo japonés comparte la obligación de proteger por sí mismo, con valor, sentido de la responsabilidad y amor, el país y la sociedad que le son propios*». Estos elementos, junto con la posterior reestructuración del artículo 9, constituyen el núcleo de una reforma que aspira a instaurar un sistema constitucional que justifique la existencia de fuerzas armadas y posibilite su participación en conflictos internacionales, algo que, si bien no se compadece con el sentir de un sector importante de la población, le viene siendo exigido a Japón por la comunidad internacional desde hace tiempo.

El aspecto más importante de la polémica constitucional en los últimos años ha sido, sin duda, el artículo 9 de la vigente Constitución, que inicia el capítulo II de la misma titulado «Renuncia a la guerra». Pero el nuevo borrador lo sustituye por «Preservar la seguridad». Veamos ahora por qué esto puede suponer un cambio esencial en la seguridad del país: en primer lugar, hay que tener en cuenta que esta disposición establece la negación del derecho de beligerancia del Estado y de la tenencia de fuerzas de guerra. Por otra parte, no existe regulación sobre las declaraciones de guerra y paz, la obligación de defensa nacional, el servicio militar obligatorio o el derecho del Estado a declarar los estados de emergencia y el artículo 76.2 de la Carta Magna declara prohibidos los tribunales de excepción. Por ello, puede afirmarse que la estructura de la norma constitucional japonesa excluye la guerra como premisa y su actual

artículo 9 constituye, por tanto, el núcleo de una Constitución pacifista que, mediante la renuncia a la guerra, muestra la determinación del pueblo japonés de garantizar su seguridad por medios pacíficos y establece el derecho a una existencia pacífica. En relación con ello, la «preservación de la seguridad» de la nueva redacción se define como «el hecho de garantizar la seguridad de los ciudadanos y del Estado frente a una invasión externa» (Diccionario *Kōjien*, 5.<sup>a</sup> ed., 1998) y, en el sentido tradicional del término, supone la posibilidad de llevar a cabo acciones de repulsa de ataques o de contención del enemigo, principalmente mediante alianzas militares o la utilización del equilibrio de fuerzas. Por ello, el cambio en el título del artículo 9, en tanto en cuanto pasa de la negación del uso de la fuerza a la consideración del ejercicio de la misma como premisa natural del «mantenimiento de la paz por la fuerza», implica un giro de 180° respecto de la situación anterior.

En lo que se refiere al contenido, el párrafo 1 del artículo 9 se ha mantenido en la redacción que en su día se elaboró calcando los artículos 1 del Tratado de París de renuncia a la guerra de 1928 o Pacto Briand-Kellog y 2.4 de la Carta de Naciones Unidas de 1945, por lo que puede decirse que su mantenimiento supone la ratificación de los fundamentos internacionales sobre el principio del pacifismo.

En cambio, el artículo 9.2 de la vigente Constitución es totalmente suprimido en el borrador, lo que ha sido acogido de manera muy crítica por los partidos japoneses en la oposición. Aducen que, como quiera que la Carta de Naciones Unidas recoge el derecho inmanente a la legítima defensa en su artículo 51 (vide A. Randelzhofer, «Article 51», en B. Simma, *The Charter of the United Nations. A Commentary*, 1995), cabe pensar que el principio de pacifismo contenido en el artículo 9.1 de la Constitución japonesa tampoco niega por sí mismo la posibilidad de la guerra defensiva, pero, si se piensa que en la práctica totalidad de las guerras se aduce como excusa la autodefensa, el resquicio legal resulta demasiado grande, así que el artículo 2.4 de la Carta de Naciones Unidas y el 9.1 de la Constitución japonesa resultan insuficientes para apoyar la renuncia a la guerra en todas sus formas, siendo necesario por tanto el apartado 2 que se pretende suprimir. La Constitución japonesa, combinando el principio del pacifismo de su artículo 9.1 con la cláusula de restricción armamentística a que se refiere su artículo 9.2 cuando dice «... *no se dispondrá de ningún tipo de fuerza armada, sea de tierra, mar o aire. No se reconoce el derecho de beligerancia del Estado*», ha venido funcionando como norma fuertemente limitadora de la existencia de fuerzas armadas, y es precisamente este apartado 2 el que posibilita que, por ahora y al menos formalmente, no se considere al *Jieitai* (fuerzas de autodefensa japonesas) como una fuerza de guerra (*senryoku*). También por él se viene restringiendo la tenencia de armas ofensivas y existe en Japón el límite autoimpuesto de la «seguridad estrictamente defensiva» (*senshu bōei*). Por ello, con ocasión del envío de tropas a Irak, Japón tuvo que aclarar denodadamente que no utilizaría la fuerza de las armas y que no intervendría en zonas de combate (la Dieta japonesa autorizó el envío de unos mil efectivos el 26 de julio de 2003 a pesar de la seria oposición de los Partidos Socialdemócrata y Comunista –126 votos contra 102–, que alegaban que este envío era contrario a la Constitución e incluso «retaron» al partido en el Gobierno a que citara algún ejemplo de «zonas de no combate» en territorio iraquí –sobre este particular vide *Tropas japonesas parten hacia Irak en labor humanitaria*, 26 de diciembre de 2003, [www.voanews.com/spanish/archive/2003-12/a-2003-12-26-2-1.cfm](http://www.voanews.com/spanish/archive/2003-12/a-2003-12-26-2-1.cfm)).

En sustitución del apartado 2 del artículo 9, con la reforma aparece un nuevo artículo 9-bis que consta a su vez de cuatro apartados que pasamos a analizar:

El artículo 9-bis.1 establece claramente la tenencia de lo que denomina ya un *Jieigun* o «ejército de autodefensa» (el cambio terminológico es evidente: de «Fuerzas de autodefensa» se pasa a «Ejército de autodefensa»). En nuestra opinión esto no hace sino reflejar en la realidad legislativa algo que es perfectamente constatable en la práctica desde hace tiempo: que las fuerzas de autodefensa son un verdadero ejército en toda regla.

No faltan voces críticas que afirman que el *Jieitai*, a pesar de lo que diga la Constitución vigente, es tenido por constitucional siquiera sea a través de las forzadas interpretaciones gubernamentales, por lo que, según estas voces, carece de todo sentido llevar a cabo un cambio sustancial del texto constitucional para aclararlo. Además, argumentan que el hecho de que en Japón se haya podido venir manteniendo una política de defensa tan restrictiva de lo militar, más propia de un pequeño país que de un gran Estado como el japonés, con elementos como la prohibición de salida de las tropas fuera de Japón, los principios de exportación de armas (Japón no se ha convertido en proveedor de armas ni se lucra con el comercio de las mismas), los tres principios no-nucleares (Japón no tiene, no fabrica y no permite la entrada de armas nucleares), el no ejercicio de la autodefensa colectiva o el principio de seguridad estrictamente defensiva, se debe precisamente a que el *Jieitai* no es un ejército normal al uso, sino la «organización armada mínimamente indispensable para poder ejercer la autodefensa», lo que, como ya hemos anticipado, es una opinión que no se corresponde en absoluto con los datos objetivos (según la propia Agencia Nacional de Defensa japonesa –vide *The Asahi Shimbun Japan Almanac 2005*–, el *Jieitai* tiene actualmente unos 240.000 efectivos y unos recursos armamentísticos y presupuestarios superiores a la mayoría de ejércitos del mundo). Además, el borrador otorga el mando del *Jieigun*, que con la actual Constitución corresponde al Gabinete, directamente al Primer Ministro, siendo éste un importante cambio cuya necesidad tampoco se justifica.

El artículo 9-bis.2 regula el control de las actividades no militares del nuevo *Jieigun*, pero a decir verdad resulta demasiado vaga, pues con la expresión «...estará sometido a la aprobación de la Dieta y a las demás directrices contempladas en la legislación al efecto» se delegan todos los aspectos concretos del control en la ley. El que un tema tan importante se regule directamente por normas de rango legal, sustrayéndolo casi por completo al texto constitucional, se antoja, cuando menos, sorprendente, dada la importancia del mismo en el caso concreto de Japón.

A continuación, el artículo 9-bis.3 regula las tareas de mantenimiento de la seguridad y cooperación internacionales. El alcance de lo que en este apartado se denomina «*cooperación para garantizar la paz y la seguridad en la sociedad internacional*» es incierto, pero parece claro que no se limita a las actividades de garantía de la seguridad colectiva que tienen su fundamento en la Carta de Naciones Unidas, sino que da cabida también a la participación en las actividades de la denominada legítima defensa preventiva que, bien de modo unilateral, bien mediante cooperación internacional, han llevado a cabo los Estados Unidos y sus aliados en alguna ocasión (vide entre la abundante bibliografía, las contribuciones de A. Remiro Brotons, «Universalismo, multilateralismo, regionalismo y unilateralismo en el nuevo orden internacional», *R.E.D.I.*, núm. 1, 1999; C. Gutiérrez Espada, «Sobre la respuesta armada contra Afganistán tras los actos terroristas del 11-S», *Anales de Derecho* (Universidad de Murcia), núm. 19, 2001; L. I. Sánchez Rodríguez, «Una cara oscura del Derecho Internacional: legítima defensa y terrorismo internacional», *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz 2002*; así como M. Pérez González «La legítima defensa puesta en su sitio: observaciones críticas sobre la doctrina Bush de la acción preventiva», *R.E.D.I.*, núm. 1, 2003). Según el partido socialista japonés en la oposición, ésta es la razón fundamental que subyace en el cambio constitucional: posibilitar que Japón tome parte activa, como miembro de una fuerza multinacional, en operaciones militares e incluso de guerra destinadas a «erradicar las tiranías del mundo» como las que promueve Estados Unidos. En el mismo apartado se establece el derecho del Estado al «mantenimiento del orden público en situaciones de emergencia», lo que unido al exceso de delegación en la ley de temas que tal vez debieran ser tratados directamente por la Constitución, puede permitir que el ámbito de actuación del *Jieigun* se expanda todavía mucho más.

Finalmente, el artículo 9-bis.4 complementa el apartado 2 del mismo artículo remitiendo nuevamente a la Ley para la regulación de la organización y dirección del *Jieigun*. Pero teniendo en cuenta que la Constitución debería ser el marco limitativo de las facultades y poderes del Estado, resulta criticable que la forma de organizar y gobernar el ejército se delegue global e íntegramente en la ley, pues se corre el riesgo de que las diversas fuerzas políticas que bajo el sistema parlamentario controlan las leyes y las Administraciones acaben manejando con entera libertad y a su antojo el ejército. Los detractores del nuevo texto advierten de que, si esta posibilidad se pone en relación con la obligación del pueblo japonés de «*proteger por sí mismo, con valor, sentido de la responsabilidad y amor, el país y la sociedad que le son propios*» a que se refiere el Preámbulo, existe el riesgo de que el camino hacia el sistema del servicio militar obligatorio vuelva a reabrirse.

Según el Subdirector de Gabinete del Comité elaborador del borrador constitucional, en el nuevo texto hay que entender incluidos, tanto el derecho a la autodefensa individual, como a la colectiva, pues en puridad los dos forman parte del concepto de autodefensa. Por lo tanto, habrá que entender que el ejercicio de la fuerza fuera de las fronteras de Japón también es posible, siempre que se trate de «*actividades relacionadas con la cooperación internacional*». Por otra parte, las fuerzas norteamericanas afincadas en Japón pueden, con fundamento en el artículo 6 del Tratado de Seguridad Mutua USA-Japón, usar las bases de que disponen en territorio japonés siempre que sea para «*contribuir a la seguridad de Japón o al mantenimiento de la seguridad y la paz internacionales en Extremo Oriente*». Esto se debe a que, como el actual artículo 9.2 de la Constitución prohíbe la tenencia de fuerzas armadas, el Gobierno japonés ha venido justificando la existencia del Tratado de Seguridad Mutua mediante una interpretación extensiva del derecho a la autodefensa individual que considera a éste como un derecho natural no susceptible de ser restringido ni tan siquiera por la norma constitucional. Con el nuevo borrador, suprimido ya el apartado 2 del artículo 9 para instaurar en su lugar el nuevo artículo 9-bis, deviene en primigeniamente constitucional la cooperación militar con otros ejércitos, en especial con el estadounidense y, con ello, se desvanece la posibilidad de que las tropas norteamericanas afincadas en territorio japonés salgan de él. Por el contrario, con el actual artículo 9.2, por muy forzadas que hayan venido siendo hasta el día de hoy sus interpretaciones, la permanencia de las tropas norteamericanas en territorio japonés sólo resulta justificada en tanto «*contribuyan a la seguridad de Japón y de Extremo Oriente*», siendo éste el aspecto problemático a debatir en cada caso concreto.

Si se examina el proceso que ha llevado a la elaboración del borrador y las polémicas habidas durante su confección, lo cierto es que con la acumulación de normas que ya contravienen el espíritu del vigente artículo 9, tales como las Nuevas Directrices de Defensa, la Ley de Medidas Antiterroristas, la Ley de Reforma de las PKO, la Ley de medidas en relación con el conflicto de Irak, etc., el ámbito material de actuación del *Jieitai* se ha ampliado tanto que, en nuestra opinión, rebasa ampliamente el de la «seguridad estrictamente defensiva». El actual *Jieitai* es ya un auténtico ejército. Pero no puede «ejercer la fuerza fuera de las fronteras de Japón» sin variar la Constitución. Y ésta es, según los detractores del borrador, la verdadera razón de ser de la reforma del artículo 9: hacer del *Jieitai* un «auténtico ejército» que pueda usar la fuerza fuera de las fronteras japonesas e intervenir de modo conjunto con otros ejércitos y, en este sentido, el actual apartado 2 del artículo 9 supone un obstáculo. En nuestra opinión, sin embargo, este modo de ver las cosas es un tanto radical. Creemos que una reforma de la Constitución japonesa era necesaria desde hace tiempo y que contribuiría a reforzar el papel de Japón en la escena internacional (por ejemplo, M. Bernad y Álvarez de Eulate hacía referencia ya en 1993 a ese papel, concretamente a la reclamación por parte de Japón de un puesto permanente en el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas y predecía la inminente petición de Alemania en el mismo sentido –vide *El Derecho internacional en la nueva situación*, RIEE,

1993–). Mas de ahí a considerar que la única razón de la reforma es posibilitar el ejercicio de la fuerza por parte del ejército nipón fuera de sus fronteras, media un abismo.

Precisamente ahora está sobre el tapete la reestructuración de las bases norteamericanas en Japón y, en la misma línea que el nuevo borrador, se encuentran las decisiones adoptadas, en relación con las bases norteamericanas en Japón, por los responsables norteamericanos y japoneses de defensa en los encuentros bilaterales que se han celebrado a principios de 2006. Se ha determinado reducir la presencia estadounidense en el archipiélago nipón, de modo que alrededor de 8.000 marines van a trasladarse de Okinawa a la isla de Guam, la base aérea de Kadena va a reducir sus efectivos y la de Futenma va a ser reubicada (vide D. Gollust *US and Japan Finalize Force Realignment Deal*, 1 de mayo de 2006, en [www.voanews.com/english/US-and-Japan-Finalize-Force-Realignment-Deal.cfm](http://www.voanews.com/english/US-and-Japan-Finalize-Force-Realignment-Deal.cfm))

Así, si la reforma constitucional se produce, será el *Jieigun* el que se ocupe de muchas de las tareas que antes venían encomendadas a las fuerzas norteamericanas radicadas en territorio japonés, lo que conllevará igualmente la adopción de numerosas previsiones complementarias, algunas de las cuales ya han comenzado a producirse. El propio borrador prevé en su artículo 76.3 la creación de tribunales militares, lo que se interpreta por sus detractores como la confirmación de que a los miembros del *Jieigun* se les va a juzgar de forma distinta que al resto de los ciudadanos, hecho que, a su vez, induce a sospechar que el uso de la fuerza por parte del ejército va a ser efectivo y real. Sobre este particular, no hay que olvidar que Japón, si bien fue uno de los 120 Estados que votó a favor de la creación de la Corte Penal Internacional en 1998, todavía no ha firmado ni ratificado el Estatuto de Roma. Su ausencia conlleva no pocas consecuencias negativas indirectas, como la pérdida de su importante contribución financiera (aunque hay que decir que Japón ya contribuye al presupuesto de los tribunales penales *ad hoc*) o la falta del estímulo que sin duda supondría su adhesión para otros Estados de la región.

Reformas como las expuestas han comenzado ya a producir reacciones de alerta en los países que antaño sufrieron el expansionismo militar japonés (fundamentalmente China y Corea), a los que los responsables políticos japoneses han intentado tranquilizar declarando que Japón no tiene capacidad militar para enfrentarse a ellos (*vid.* las manifestaciones de Yoichi Masuzoe, uno de los artífices de la potencial reforma constitucional, en S. Herman, «Japan Mulls Constitutional Reform», 15 de febrero de 2006, –[www.voanews.com/english/archive/2006-02/2006-02-15-voa12.cfm](http://www.voanews.com/english/archive/2006-02/2006-02-15-voa12.cfm)–.)

En conclusión, acciones como la reorganización de las bases americanas, la unificación operativa entre el *Jieitai* y el ejército norteamericano derivada del uso conjunto de las bases, la relajación en la interpretación de los tres principios de importación de armas, el establecimiento de una ley permanente que posibilita el envío de tropas fuera del país o el movimiento a favor de transformar la Agencia Nacional de Defensa en Ministerio constituyen un todo tendente a reforzar progresivamente el *Jieitai* para convertirlo en *Jieigun*. El artículo 9, tal y como está actualmente redactado, es el último dique de contención que impide su transformación en un ejército corriente, y ello a pesar de la labor de desgaste llevada a cabo a lo largo de los años por las sucesivas interpretaciones gubernamentales. En nuestra opinión, el *Jieitai* ya es un verdadero ejército, tanto en términos presupuestarios, como armamentísticos o de número de efectivos (tal y como avanzábamos en «La renuncia a la guerra...», *op. cit.*) y el último paso para corroborarlo es la reforma constitucional que propugna el *Jimintō*. Pero, en nuestra opinión, la reforma que se está fraguando supone una revolución en relación con el tradicional pacifismo que caracteriza a la Carta Magna nipona y los cambios que afecten a principios esenciales que, como éste, la informan, en tanto sobrepasan los límites de una simple reforma constitucional, deberían tramitarse como si de una nueva Constitución se tratara y no como meras enmiendas. Según los partidos de la oposición, no puede admitirse un retroceso en la filosofía del artículo 9, pues éste no es sino la conclusión alcanzada en el campo del Derecho internacional que considera a la guerra como algo ilícito y entiende que apelar al uso de la

fuerza armada para la resolución de los conflictos internacionales no es un derecho legítimo de los Estados soberanos (J. A. Carrillo Salcedo nos recuerda que esta prohibición se ha transformado en una regla general de Derecho internacional consuetudinario, más aún, incluso en un principio fundamental o esencial de ese Derecho –vide *Discurso de investidura como Doctor Honoris Causa por la Universidad de Córdoba*, Córdoba, 2005). Con ser cierto esto, no puede tampoco obviarse que la reforma planteada ayudaría a Japón a establecer una posición en las relaciones internacionales más acorde con su potencial global, fortaleciendo su reivindicación de un puesto permanente en el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas (vide sobre el particular J. M. Faramiñán Gilbert, «Las necesarias modificaciones de las Naciones Unidas en un mundo globalizado», *REEI*, núm. 10, 2005, quien destaca el apoyo parcial de Estados Unidos, Francia y Gran Bretaña a esta reivindicación que, por el contrario, es rechazada de plano por China) y facilitando su progresiva independencia de la política exterior norteamericana.

Carmen TIRADO ROBLES

## 2. EL NUEVO CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS DE LA ONU: ¿UNA REFORMA COSMÉTICA?

La Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó por una amplia mayoría la resolución 60/251 de 15 de marzo de 2006, por la que se crea un Consejo de Derechos Humanos que remplazará oficialmente a la Comisión de Derechos Humanos el 16 de junio de 2006. Este nuevo Consejo será «responsable de promover el respeto universal y la protección de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas, sin distinción de ningún tipo y de una manera justa y equitativa» (pár. 2 de la resolución). Todas sus actuaciones han de inspirarse en los principios de universalidad, imparcialidad, objetividad y no selectividad, diálogo internacional constructivo y cooperación a fin de impulsar la promoción y protección de todos los derechos humanos, es decir, los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo (pár. 4).

Como era de esperar desde todos los órganos e instancias onusianas se ha alabado la creación de este nuevo órgano, que supone la realización de una de las pocas reformas institucionales de la ONU aprobadas en Cumbre de Mundial de septiembre de 2005. Recuérdese como dicha Cumbre tenía por objeto el debate final y, en su caso, la aprobación del paquete de reformas institucionales y sustantivas propuestas por el Grupo de Alto Nivel, por el Secretario General y los Estados miembros, con el fin de adaptar la Organización a las nuevas exigencias de la comunidad internacional. Tras la aprobación de este nuevo Consejo de Derechos Humanos, el Sr. Kofi Annan declaró en rueda de prensa que «la verdadera prueba de la credibilidad del Consejo será el uso que los Estados Miembros hagan de él». Si en lo sucesivo los Estados actúan conforme a los compromisos que recoge la resolución, el Secretario asegura que el Consejo servirá para dar nueva vida al trabajo de defensa y promoción de los derechos humanos, y de ese modo se ayudará a mejorar las vidas de millones de personas en todo el mundo. También la Alta Comisionada para los Derechos Humanos, Sra. Arbour, aplaudió este nuevo órgano calificando su creación como «una oportunidad histórica para mejorar la protección y promoción de las libertades fundamentales de las personas a través del mundo».

La necesidad de reformas sustanciales en los instrumentos de derechos humanos de la ONU se venía denunciando desde diversos foros de la Organización. El mismo Secretario General lo señalaba en su informe de marzo de 2005, *Un concepto más amplio de la libertad: desarrollo, seguridad y derechos humanos para todos* (A/59/2005). En su párrafo 166 invita a los Estados a restablecer el equilibrio institucional de modo que los Consejos se ocupasen, respectivamen-

te, de la paz y la seguridad internacionales, de las cuestiones económicas y sociales, y de los derechos humanos. Los dos primeros Consejos ya existen, sin embargo, el tercero, relativo a los derechos humanos exige –según palabras textuales del Secretario– una *reestructuración de gran alcance* y una potenciación del actual mecanismo, por lo que, los Estados deberían reemplazar la Comisión de Derechos Humanos por un Consejo de Derechos Humanos (pár. 183). La nota explicativa de mayo 2005 (A/59/2005/Add.1) subraya la importancia de los derechos humanos en todas las declaraciones institucionales e insiste en «elevar la Comisión de Derechos Humanos a la categoría de Consejo». De esta forma, en efecto, quedaría claro el alto grado de prioridad que los derechos humanos revisten en la Carta de las Naciones Unidas. En la Cumbre Mundial de septiembre de 2005 se invitaba a los Estados a adoptar las reformas propuestas, a cumplir las expectativas y a asignar a la causa de los derechos humanos la misma importancia que a las causas de la seguridad y el desarrollo. Por fin, en marzo de 2006, la Asamblea General aprueba (pár. 1) la creación de un Consejo de Derechos Humanos... en sustitución de la Comisión de Derechos Humanos. Conviene resaltar los términos utilizados a lo largo de este camino: reemplazar, elevar, y sustituir, porque, aunque no significan lo mismo, parecen marcar la pauta de la anunciada reestructuración de gran alcance.

El por qué de la necesidad de cambios en la Comisión se recoge con claridad en el preámbulo de la resolución, ya que buscar «eliminar la aplicación del doble rasero y la politización» de la antigua Comisión. Es innegable que, en efecto, la acción de la Comisión se teñía de motivaciones políticas y no sólo humanitarias. Su politización se manifestaba en la pugna de los Estados por llegar a ser miembros de la Comisión y evitar que sus Gobiernos fuesen investigados, pero sobre todo en el momento de adoptar decisiones incómodas contra un Estado. Desde la doctrina se denunciaba el descrédito de la Comisión por su selectividad práctica a la hora de decidir qué países serían objeto de un procedimiento público especial, en el entendido que esta selectividad era negativa o por omisión, más que positiva o por inclusión. Conviene resaltar, no obstante, que con esta crítica a la selectividad no se cuestionaron los procesos incoados, pues eran absolutamente necesarios, sino que se planteaba si por razones políticas se dejaron de instruir otros respecto a situaciones que hubiesen requerido una acción semejante. Sólo en este contexto se explicaba el doble rasero de la Comisión y con él, la merma de la credibilidad y de la efectiva protección de los derechos humanos.

Por otra parte, no se puede olvidar la labor positiva de la Comisión en el desarrollo de instrumentos convencionales de protección de derechos humanos. Pues bien, el nuevo Consejo ha de seguir en esta línea en el desarrollo de instrumentos convencionales, continuar con los logros alcanzados y remediar las deficiencias para garantizar la universalidad, la objetividad y no selectividad en examen de las cuestiones de derechos humanos, (pár. 2). Junto a esta labor «codificadora y de desarrollo progresivo del Derecho», al Consejo se le asignan otras funciones de índole política y de gestión como promover una coordinación eficaz y la incorporación de los derechos humanos en la actividad general del sistema (pár. 3), promover la educación y el aprendizaje en esa materia [pár. 5.a)] o servir de foro para el diálogo [pár. 5.b)]. Sería fundamental que el Consejo pudiera asumir responsabilidades de supervisión con medios efectivos que le permitiesen evaluar la práctica de los Estados y actuar en consecuencia, pues resulta incontestable que los resultados de los mandatos por países de la antigua Comisión eran poco satisfactorios. El nuevo mecanismo de control previsto en la resolución [pár. 4.e)] consiste en «un *examen periódico universal*, basado en información objetiva y fidedigna, sobre el cumplimiento por cada Estado de sus compromisos en materia de derechos humanos de una forma que garantice la universalidad del examen y la igualdad de trato respecto de todos los Estados». Este examen está pensado como mecanismo cooperativo, es decir, basado en un diálogo interactivo, con la participación plena del país examinado y como mecanismo complementario –no sustitutivo–, que no duplicará labor de los órganos creados en virtud de tratados. Estas formulaciones requieren de mucha concreción y será el propio Consejo quien determine las modalidades de este examen. Sin embargo, no se

descarta que haya que convenir a priori –para que el sistema sea justo– en la cantidad y calidad de la información utilizada como referencia para el examen. Este tipo de examen parece tener grandes similitudes con el sistema de informes establecido por el artículo 40 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. Precisamente por ello subraya la Asamblea que este nuevo examen tiene carácter complementario y que no reemplaza a los mecanismos existentes. Es más, en este mismo sentido el Plan de acción presentado por la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (A/59/2005/Add. 3 de 26 de mayo de 2005), plantea la posibilidad de unificar en un órgano permanente el examen de los informes estatales en cumplimiento de las obligaciones que se derivan de los acuerdos internacionales de derechos humanos. Si se quiere que el nuevo *examen periódico universal* asuma las funciones de control unificado con capacidad para exigir a los Estados ciertos informes, se requieren previamente modificaciones sustantivas en los tratados existentes en materia de derechos humanos. Por otra parte, conviene mantener el logro de la Comisión de gozar de una facultad de revisión extraconvencional, como complemento a los mecanismos convencionales de control, cuando haya que actuar en defensa de los derechos humanos más fundamentales más allá de la voluntariedad y consentimiento de los Estados.

En la resolución no se establece con claridad el alcance de este nuevo sistema de control y tampoco se pronuncia sobre las consecuencias jurídicas del examen. Sin embargo, el resto de sus funciones y mandatos son elocuentes y ayudan a despejar esta duda. El Consejo podrá formular recomendaciones a la Asamblea en la esfera de los derechos humanos [p. 5.f)] y otras recomendaciones respecto de la promoción y protección [p. 5.i)] y asume las funciones de la Comisión en relación con la labor del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos. La resolución mantiene los puntos fuertes de la Comisión, incluido su sistema único de expertos independientes, conocidos como procedimientos públicos especiales, y las prácticas para la participación de ONG. Si la Comisión de Derechos Humanos debía ser reemplazada por otro órgano con autoridad para la protección real y eficaz de los derechos humanos no tiene mucho sentido transferir al nuevo órgano las mismas competencias bajo estructuras de trabajo también muy semejantes. La falta de un control más incisivo y de una clara capacidad decisoria reflejan un Consejo «de talla media» como opina el profesor suizo, Walter Kälin, autor del anteproyecto del Consejo de Derechos Humanos. Hubiera sido deseable un órgano capaz de reaccionar rápidamente ante los nuevos casos de violaciones de derechos humanos y con mayor autoridad para poder imponer sanciones y soluciones.

Según la propuesta del Secretario, el Consejo debía ser un órgano permanente y de composición reducida y sus miembros deberán elegirse directamente por la Asamblea General por mayoría de dos tercios de los presentes y votantes. Sin embargo, dejaba abierta la cuestión de su estatuto jurídico, aunque partía de la idea de una «equiparación de los Consejos». Ahora bien, se ha creado un Consejo que se reunirá periódicamente a lo largo del año y celebrará como mínimo tres períodos de sesiones por año, incluido un período de sesiones principal, que tendrá una duración total no inferior a diez semanas, y podrá celebrar períodos extraordinarios de sesiones, cuando sea necesario, a solicitud de un miembro del Consejo con el apoyo de un tercio de los miembros de éste, (pár. 10). Parece una forma *sui generis* de entenderse el carácter permanente de una institución y de garantizar su profesionalidad. Tendrá su sede en Ginebra –aprovechando las instalaciones de la antigua Comisión– lo que le permite, en palabras del Secretario, seguir colaborando estrechamente con la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (A/59/2005/Add.1, p. 5).

Desde un principio estaba claro que se buscaba un órgano manejable, lejos de la politización y eficaz. La resolución establece un procedimiento electoral que, si los Estados lo toman en serio, puede dotar al Consejo de una membresía mucho más comprometida con la promoción y la protección de los derechos humanos que la que ha compuesto la Comisión en sus últimos años. En lugar de que se adopten por aclamación listas cerradas de candidatos, como sucedía en la Comi-

sión, cada miembro del Consejo deberá ser elegido individualmente. Se aplicará un umbral de votos más elevado: al menos 96 votos individuales de los 191 Estados miembros. El nuevo Consejo está integrado por cuarenta y siete Estados que serán elegidos de forma directa e individual en votación secreta por mayoría de los miembros de la Asamblea General, (pár. 7). Es decir, no se ha superado el carácter intergubernamental, pero sí se ha reducido el número de miembros. Mucho se había debatido anteriormente acerca del «perfil del Estado candidato» a ser miembro del Consejo, pero al final se optó como criterio para la elección, por el principio de distribución geográfica equitativa. Así, por decisión de la Asamblea de 30 de marzo de 2006, los puestos se distribuirán entre los grupos regionales de la manera siguiente: Grupo de Estados de África, trece; Grupo de Estados de Asia, trece; Grupo de Estados de Europa oriental, seis; Grupo de Estados de América Latina y el Caribe, ocho; y Grupo de Estados de Europa occidental y otros Estados, siete. Debido a la polémica suscitada en las negociaciones previas a la Cumbre de septiembre sobre «el perfil del candidato», la resolución de la Asamblea recalca que el Consejo está abierto a las candidaturas de cualquier Estado miembro, pero que para la elección, se tendrá en cuenta la contribución del candidato a la promoción y protección de los derechos humanos. De hecho, los Estados que cometan violaciones graves y sistemáticas de derechos humanos podrán ser excluidos como miembros del Consejo por una mayoría de dos tercios de la Asamblea General, (pár. 8). En la teoría, todo indica que este Consejo nace con fuerza y decisión. Sin embargo, durante las votaciones del 9 de mayo de 2006 apenas cabía gran selección. Así por ejemplo, para el grupo de Estados de África había que proveer trece puestos se presentaron trece candidatos, entre ellos, Marruecos, Argelia, Nigeria o Camerún y lógicamente todos ellos se sientan hoy en el Consejo. Para los ocho puestos de América Latina y Caribe se presentaron diez candidatos entre ellos Venezuela, que se abstuvo en la votación de marzo, pero que lógicamente no ha sido elegido. En cambio son miembros del Consejo Cuba, Guatemala o el Perú. De forma semejante transcurrió el resto de votaciones hasta completar los cuarenta y siete representantes con China, Indonesia, Azerbaiyán, República de Corea, Francia y Suiza entre otros. Sin duda alguna la falta de interés por parte de muchos Estados para presentar candidatos merma la credibilidad de la institución. Los miembros del nuevo Consejo prestarán sus servicios por un período de tres años y no podrán optar a la reelección inmediata después de dos períodos consecutivos. Los mandatos serán escalonados para que la renovación del Consejo sea paulatina en el tiempo y no altere su actividad. En una valoración de conjunto, es iluso ignorar un futuro poco halagüeño para el nuevo Consejo, teniendo en cuenta el elevado número de críticas a la Comisión por la situación de los derechos humanos en algunos de sus miembros como Sudán, China, Cuba o Zimbabwe, ya que algunos de ellos repiten cargo.

En cuanto al estatuto jurídico del Consejo, el Secretario propone la «equiparación de los Consejos», pero no convence a los miembros permanentes del Consejo de Seguridad ni a algunos países africanos y asiáticos. En la Cumbre de septiembre todo parecía indicar que el nuevo Consejo sería un órgano subsidiario de la Asamblea General. En efecto, se ha creado como órgano subsidiario de la Asamblea General quien podrá revisar, no obstante, tal situación a los cinco años de su creación (pár. 1). Además, se le aplicará el reglamento establecido para las comisiones de la AG, salvo que se decida otra cosa, (pár. 11). Es evidente que no se equilibran los consejos y tampoco se le eleva de rango. El nuevo instrumento pasa de ser un órgano subsidiario del Consejo Económico y Social a serlo de la Asamblea General, transmitiéndose también la obligación de presentar informes anuales sobre sus actuaciones para el debate en el pleno de la Asamblea. Por otra parte, esto implica que la AG no simplifica su estructura de seis comisiones ni se reducen o limitan las deliberación de debates plenarios como se sugería en las propuestas de reforma del Grupo de Alto Nivel y por el Secretario General. Además, el hecho de que el nuevo Consejo tenga ciertas competencias en la elaboración de los futuros acuerdos internacionales de protección de derechos humanos, hace que sea necesario coordinar sus actuaciones con las de la Sexta Comisión de la AG y la Comisión de Derecho Internacional.

Estas rebajas en las propuestas del nuevo Consejo explican la trastienda política de la votación del 15 de marzo. La decisión de crear el Consejo de Derechos Humanos fue aprobada, no obstante, por mayoría abrumadora. Los votos en contra y las abstenciones son significativos. En efecto, 170 Estados votaron a favor de este nuevo órgano, 4 en contra: Estados Unidos, Israel, Islas Marshall y Palau y 3 abstenciones: Venezuela, Irán y Bielorrusia. La ausencia norteamericana ha sido muy criticada hasta el punto que el embajador John Bolton en su explicación de voto en la Asamblea aseguró que su país trabajaría con el nuevo Consejo para hacerlo «lo más fuerte posible». Por lo tanto, no lo considera lo suficientemente fuerte y sólido para albergar la tarea que se le encomienda. En su opinión, la reforma supone una operación de maquillaje, pero no sustancial, ya que no se han establecido garantías para que en el Consejo sólo se sienten Estados respetuosos y comprometidos con los derechos humanos. En la actualidad —una vez elegidos a los Estados miembros— se aprecian mejor tales carencias. En su momento las declaraciones norteamericanas generaron cierta desconfianza en Latinoamérica. Los dos países más críticos han sido los de Cuba y Venezuela. El embajador de Cuba, Rodrigo Malmierca, afirmaba que Estados Unidos y sus aliados se empeñaban en que en el nuevo Consejo prevaleciese el enfoque punitivo y sancionador, por lo que se agravaba más la capacidad de suspender los derechos de aquellos que cuestionasen o molestasen a los proyectos de dominación hegemónica del Imperio. El embajador cubano comentaba que la resolución no reflejaba las soluciones negociadas, como contrapeso al reflejo negativo del mundo unipolar de la administración Bush. Tampoco faltaron críticas a la cláusula de suspensión de los miembros que podrá ser activada con el apoyo de los dos tercios de los presentes y votantes de la Asamblea General, sin establecer un límite mínimo de votos requeridos. Venezuela, que se abstuvo en la votación, explicó, que sólo no votó en contra para no sumarse a la posición de Estados Unidos. Frente a las insinuaciones de que Cuba, su socio, había apoyado la propuesta, el representante venezolano se defendió con argumentos de fondo para no minar la estrecha relación de ambos gobiernos. Hizo alusión a los peligros que encierra la resolución, en particular, la ambigüedad de ciertos párrafos que permitirían —en su opinión— la formación de expedientes para la intervención en los asuntos internos de los Estados y la utilización de criterios discriminatorios en las modalidades del control del Consejo para ser utilizados contra los países del Sur.

Estas apreciaciones dejan entrever una «brecha evidente» entre quienes ven a los derechos humanos como un motor para impulsar la dignidad y la ampliación de las libertades, y quienes los ven como una «obligación incómoda». De ahí que el siguiente reto para la comunidad internacional, que tendrá como escenario al nuevo Consejo, será el de reducir esta brecha para lograr la universalidad y la promoción efectiva de los derechos humanos.

En un principio, las propuestas del nuevo órgano eran ambiciosas, sin embargo, en las negociaciones y aprobaciones se han ido rebajando las exigencias y mermando las expectativas de un órgano con autoridad, de talla grande y en igualdad de condiciones que otros órganos principales. Existen, sin duda alguna, elementos positivos en este nuevo Consejo: sus sesiones más largas y más regulares distribuidas en todo el año, que permitirán llevar un seguimiento continuo de la situación de los Derechos Humanos en el mundo, aunque no goce de la permanencia del Consejo de Seguridad. Por otra parte su procedimiento de convocatoria de sesiones de emergencia es más flexible que bajo la antigua Comisión, por lo que se dota al Consejo de una capacidad de reacción superior en caso de situación grave. Es cierto, que la posibilidad de adoptar recomendaciones y transmitirlos al resto del sistema de Naciones Unidas no vinculan al igual que una resolución del capítulo VII de la Carta. El nuevo Consejo adquiere un status institucional de mayor importancia que la antigua Comisión, pero no equiparable al Consejo de Seguridad.

### 3. GUERRA Y PAZ (EL PALO Y LA ZANAHORIA) EN LA NUEVA ESTRATEGIA DE SEGURIDAD NACIONAL DE LOS ESTADOS UNIDOS DE MARZO DE 2006

La nueva Estrategia de Seguridad Nacional (ESN) de los Estados Unidos de América, publicada el 6 de marzo de 2006 (Cfr. <http://usinfo.state.gov>), no ha suscitado las duras reacciones que suscitó la anterior de 2002, sin que se pueda detectar entre una y otra grandes divergencias de fondo. Quizás se deba esto a que muchos países han ido reconociendo a la luz de determinadas experiencias que las nuevas amenazas requieren nuevas respuestas, lo que trae consigo nuevas reflexiones que llevan a reconsiderar el alcance que hasta ahora se daba a determinadas normas. Y es que, desde el 20 de septiembre de 2002, fecha en la que se publicó la primera Estrategia de Seguridad Nacional, muchos acontecimientos han salpicado el plácido o convulso mundo de las relaciones internacionales, entre ellos la criticada guerra de Iraq, pero también las matanzas de Darfur (Sobre Darfur, cfr. DECAUX, E., «La crise du Darfour. Chronique d'un génocide annoncé», *AFDI*, 2004, pp. 731-754. Ver también CERVELL HORTAL, M.<sup>a</sup> J., «Darfur, otra crisis olvidada», *R.E.D.I.*, 2004, pp. 1046-1051; y nuestro trabajo, realizado en colaboración con la Profesora Pilar Pozo Serrano: «El conflicto de Darfur o la pasividad de la comunidad internacional», *Tiempo de Paz*, primavera 2006, en prensa). Y es que, aunque haya habido en este último caso muchas más víctimas que en Iraq, reconocidas incluso por las propias Naciones Unidas, los críticos del sistema, es decir aquellos que reivindican a bombo y platillo un mundo más justo, pacífico y equitativo, parecen mirar hacia otro lado y dormir el sueño de los justos. ¿Será porque en este caso los que matan sin piedad no son occidentales ni cristianos? ¿O es que se trata pura y simplemente de que no quieren que se derrumben los regímenes tiránicos que hacen de su lucha una guerra contra las libertades? Vivimos en un mundo de paradojas y, obviamente, ésta es una, ya que los masacrados de Darfur no han tenido el honor de desaparecer de este mundo en medio de unas voces que reivindiquen la injusticia de esas muertes, muertes que son el resultado de un sistema político tiránico en el que todo vale, incluyendo la muerte y persecución de los infieles.

De todo esto habla la ESN de marzo de 2006, de Darfur y de Iraq, pero también de otras muchas cosas más que interesan a la seguridad de los Estados Unidos, ya que precisamente ha sido redactada por Stephen Hadley, asesor de Seguridad Nacional, y su equipo en el Consejo de Seguridad Nacional. Y es que la «Guerra» y la «Paz» se encuentran en muchos aspectos interrelacionadas en esta Estrategia, algo por otro lado bastante lógico si se piensa que después del 11-S los Estados Unidos han lanzado al mundo dos retos importantes: la lucha contra el terrorismo y la lucha por la democracia y la libertad. No se trata en estas breves páginas de analizar al detalle la complejidad de todas las cuestiones que allí se mencionan, sino sólo de extraer algunas consecuencias de lo que piensa en materia de política exterior la primera potencia mundial. Y es que no estamos ante un instrumento jurídico, sino político, que va a servir de guía a los Estados Unidos a la hora de hacer frente a los retos que la comunidad internacional tiene planteados. Desde esta perspectiva, no es extraño que el primer punto que trata la ESN es enumerar los pasos más importantes que deben dar los Estados Unidos con el fin de terminar de una vez por todas con la tiranía en este mundo. Para ello, los Estados Unidos deben centrarse en adoptar las medidas siguientes: promover las aspiraciones por la dignidad humana; reforzar las alianzas para derrotar al terrorismo global y trabajar para prevenir ataques contra nosotros y nuestros amigos; trabajar con otros para desactivar conflictos regionales; evitar que nuestros enemigos nos amenacen a nosotros y a nuestros aliados con armas de destrucción masiva; alumbrar una nueva era de crecimiento económico global a través de la liberación de los mercados y del comercio; ampliar el círculo de desarrollo mediante la creación de sociedades abiertas y de infraestructura democrática; desarrollar agendas de acción cooperati-

va con otras principales instituciones de poder global; transformar las instituciones de seguridad nacional estadounidenses para resolver los retos y las oportunidades del siglo XXI; y aprovechar las oportunidades y hacer frente a los desafíos de la globalización (p. 1).

Conviene apuntar que el tenor literal de estas medidas coincide, excepto la última, con las que ya figuraban en la ESN de 2002. Y es que, quizás para sorpresa de algunos, la ESN de 2006 no modifica sustancialmente las premisas de las que partía la de 2002 (a este respecto, cfr. DE CASTRO RUANO, J. L., «La relación transatlántica UE-EEUU: un debilitamiento estructural», en LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ, E. (Coord.), *Seguridad y Defensa en Europa*, Pamplona, Eunsa, 2006, en prensa; y KERN, S., «Where are the Neo-Cons?», *ARI*, 42/2006, p. 2). Desde este prisma, no hay que olvidar que ambas Estrategias se han adoptado con el Presidente Bush, reelegido en noviembre de 2004 contra el deseo de muchos europeos (políticos, artistas, intelectuales de primer y segundo nivel, etc.), convirtiéndose así en el primer Presidente republicano en ser reelegido con mayoría en el Congreso y en el Senado desde hace más de cien años (Cfr. KERN, S., «¿Por qué sigue importando el Presidente Bush?», *ARI*, Real Instituto Elcano, núm. 29, febrero de 2006, pp. 4-9). La guerra de Iraq no se lo he llevado pues por delante como muchos auguraban.

A) La Guerra en la ESN de 2006. La ESN, objeto de estos comentarios, está precedida de una carta del Presidente Bush en la que no deja lugar a dudas a la hora de calificar el momento en la que este instrumento se adopta, al señalar lo siguiente: «América está en guerra. Esta es una estrategia de seguridad nacional para tiempos de guerra, necesaria por el gran desafío al que nos enfrentamos, el auge del terrorismo impulsado por una ideología agresiva de odio y muerte, revelada plenamente a los americanos el 11 de septiembre de 2001. Esta estrategia refleja nuestra obligación más solemne: proteger la seguridad del pueblo americano» (pár. primero). Pero el Presidente Bush no sólo se queda en constatar esta situación, sino que además ya plantea la reacción que su país está dispuesto a adoptar para hacer frente a los retos que tiene la comunidad internacional, al declarar que «combataremos a nuestros enemigos fuera en vez de esperar que ellos lo hagan en nuestro país». Dicho de otra forma, hay que combatir al enemigo en su casa en vez de esperar y hacerlo en la nuestra, lo que trae a colación la cuestión de los ataques preventivos o legítima defensa preventiva, elemento que va a estar presente en la ESN de 2006, como ya estuvo en la de 2002. Es más, se podría incluso afirmar que este concepto ha estado siempre presente de una forma o de otra cuando se habla en los Estados Unidos de la defensa de los «intereses vitales» (Para más detalles sobre este concepto, cfr. nuestro estudio «Comentarios en torno a la resolución del Congreso y del Senado de los Estados Unidos, de 2 de octubre de 2002, por la que se autoriza el uso de la fuerza contra Iraq», *R.E.D.I.*, 2003, p. 524).

En efecto, el punto V de la ESN, trata de «prevenir que nuestros enemigos amenacen» no sólo a los Estados Unidos sino también a nuestros aliados y amigos con armas de destrucción masiva (Sobre las armas de destrucción masiva, ver el trabajo reciente de CERVELL HORTAL, M.<sup>a</sup> J., «Las armas de destrucción masiva y el nuevo milenio: conclusiones del Informe del Secretario General de marzo de 2005», *ADI*, 2005, pp. 69-87). Desde esta perspectiva la ESN recuerda que la proliferación de las armas nucleares plantea la amenaza más grande para la seguridad nacional (p. 19), lo que implica un doble objetivo: a) colmar la laguna existente en el Tratado de no Proliferación Nuclear (TPN) para que se prohíba a determinados regímenes producir material fisible que puede ser usado para producir armas nucleares bajo la cobertura de un programa nuclear civil; y b) intentar por todos los medios que el material fisible nuclear caiga en las manos de Estados fallidos y terroristas. Y la ESN no deja de recordar que hoy por hoy es Irán el país que representa el mayor reto a este respecto: «*We may face no greater challenge from a single country than from Iran. For almost 20 years the Iranian regime hid many of its key nuclear efforts from the international community*» (p. 20. Sobre la crisis nuclear iraní, cfr. GUTIÉRREZ ESPADA, C., y BERMEJO GARCÍA, R., «El programa nuclear

iraní en el ojo del huracán», *R.E.D.I.*, 2005, pp. 105-120; OJEDA, J., «EEUU en pie de guerra. La Estrategia de Seguridad Nacional 2006 apunta a Irán como la mayor amenaza para EEUU», *Política Exterior*, mayo/junio 2006, núm. 111, pp. 7-12). Conviene apuntar que si en la ESN de 2006 Irán es denunciado por ser un enemigo de la libertad y un aliado del terror, figurando varias veces, en la ESN de 2002 tan sólo era citado una sola vez, y sólo para mencionar que había sido víctima de los ataques iraquíes con armas químicas durante la guerra que les opuso en la década de los ochenta. Evidentemente, el tema nuclear iraní ha dado pasos de gigante y ha alertado a la comunidad internacional, por lo que es lógico que la ESN de 2006 se ocupe del caso.

Pero no sólo las armas nucleares plantean serios problemas sino también las armas biológicas y las armas químicas [A este respecto, cfr. CERVELL HORTAL, M.<sup>a</sup> J., «La supervivencia de la Convención sobre armas químicas (a propósito de su primera Conferencia de revisión en abril-mayo de 2003)», *R.E.D.I.*, 2003, pp. 849-864], lo que lleva a la ESN a reconocer la necesidad de adoptar una acción creíble con el fin de disuadir a los potenciales enemigos, siendo a este respecto la fuerza nuclear la que puede representar un papel más activo para disuadir y para protegerse a sí mismo y a los enemigos. Resulta curioso, pues, constatar que el mejor arma contra la no proliferación nuclear y otras armas de destrucción masiva es el propio arma nuclear, pero así es el mundo de las relaciones internacionales. Y refiriéndose al tema iraquí, la ESN recoge unas opiniones del Grupo de Verificación, cuyos inspectores entraron en el país después de la caída del régimen de Saddam Hussein, haciendo hincapié en las actividades ilícitas de Iraq, entre las cuales figuran las siguientes: «*Saddam continued to see the utility of WMD. He explained that he purposely gave an ambiguous impression about possession as a deterrent to Iran. He gave explicit direction to maintain the intellectual capabilities. As U.N. sanctions eroded there was a concomitant expansion of activities that could support full WMD reactivation. He directed that ballistic missile work continue that would support long-range missile development. Virtually no senior Iraqi believed that Saddam had forsaken WMD forever. Evidence suggests that, as resources became available and the constraints of sanctions decayed, there was a direct expansion of activity that would have the effect of supporting future WMD reconstitution*» (p. 23).

Para hacer frente a esta clase de situaciones, la ESN no propone sin más una intervención armada ni parte sin más de una ideología belicista. Es más, se reconoce expresamente que el hecho de que se tenga que actuar no implica que se recurra automáticamente a la fuerza militar, ya que la principal preferencia y la práctica más común es tratar la cuestión de la proliferación a través de la diplomacia internacional en compañía de los principales aliados y socios regionales. Sin embargo, lo cierto es que aunque se parta de esta premisa, no se excluye el uso de la fuerza en legítima defensa, incluso preventiva, al señalar lo siguiente: «*... If necessary, however, under long-standing principles of self defense, we do not rule out the use of force before attacks occur, even if uncertainty remains as to the time and place of the enemy's attack. When the consequences of an attack with WMD are potentially so devastating, we cannot afford to stand idly by as grave dangers materialize. This is the principle and logic of preemption. The place of preemption in our national security strategy remains the same. We will always proceed deliberately, weighing the consequences of our actions. The reasons for our actions will be clear, the force measured, and the cause just*» (p. 23).

Así pues, nada nuevo bajo el sol en relación con la ESN de 2002 (p. 15), siendo ambas en esta materia casi idénticas, y recogiendo en algunos casos los mismos términos como la frase siguiente: «*... even if uncertainty remains as to the time and place of the enemy's attack*».

La cuestión importante que la ESN de 2006 deja en el aire es saber si avala la legítima defensa preventiva sólo en caso de ataque inminente o si reconoce ese derecho también en caso de amenaza latente. Y es que, como es sabido, tanto el Informe del Grupo de Alto Nivel de 2 de diciembre de 2004 (A/59/565) como el Informe del Secretario General de las Naciones Unidas

de 21 de marzo de 2005 (A/59/2005) reconocen la legítima defensa preventiva en caso de ataque inminente diciendo además que eso está amparado en el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas [Sobre estos Informes, cfr. GUTIÉRREZ ESPADA, C., «El “uso de la fuerza” en los Informes del Grupo de Alto Nivel (2004) del Secretario General (2005) y, a la postre, en el documento final de la cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno (Naciones Unidas, Nueva York, septiembre de 2005)» *ADI*, 2005, pp. 13-49; y BERMEJO GARCÍA, R., y LÓPEZ-JACOISTE DÍAS, E., «El uso de la fuerza a la luz de los conflictos recientes: análisis de los Informes del Grupo de Alto Nivel (2 de diciembre de 2004) y del Secretario General (21 de marzo de 2005), en RAMÓN CHORNET, C., *Uso de la fuerza y protección de los derechos humanos en un nuevo orden internacional*, Valencia, Tirant lo Blanc, 2006, pp. 37-91]. Sin embargo si se trata de amenazas «latentes» pero no inminentes, la respuesta estará en manos del Consejo de Seguridad que puede «autorizar o ratificar» el uso de la fuerza armada incluso de forma preventiva con el fin de mantener la paz y la seguridad internacionales. Desde esta perspectiva, no cabe duda de que la ESN de 2006, como lo hacía la de 2002, recoge la defensa preventiva en caso de amenazas latentes, y no sólo en caso de amenazas inminentes.

No es aquí el momento de abordar al detalle ni las divergencias doctrinales sobre esta cuestión de la legítima defensa preventiva ni todos los problemas que suscita una distinción clara entre las amenazas inminentes y latentes. No obstante, lo que está claro es que hoy en día la práctica de muchos países tiende a reconocer en ciertos casos la validez de la defensa preventiva en caso de amenazas o ataques inminentes en materia de terrorismo, lo que trae consigo que ya no sea una doctrina heterodoxa como la consideraban muchos autores de nuestra doctrina y del exterior, sobre todo después de que la haya avalado hasta el mismo Secretario General de las Naciones Unidas. Pero es que, además, no son sólo los Estados Unidos e Israel los que avalan esta doctrina preventiva en caso de amenazas inminentes, sino también Rusia, el Reino Unido y la Francia de Chirac, quien la ha defendido en materia nuclear, algo que al que suscribe estas páginas no le parece nada raro ni extraño. Dicho esto, hay que reconocer que como ha señalado Henry Kissinger (cfr «La estrategia estadounidense y la guerra preventiva», *ABC* de 17 de abril de 2006, pp. 34-35), la estrategia preventiva plantea en la práctica un dilema inherente, al basarse en suposiciones que no se pueden probar en muchos casos cuando se realizan. «Cuando la posibilidad de acción es mayor, el conocimiento se encuentra en el mínimo. Cuando el conocimiento es elevado, a menudo han desaparecido las posibilidades de acción. Si se hubiera prestado atención a Churchill, podría haberse destruido la plaga nazi con un coste relativamente reducido. Una década después, decenas de millones de muertos, pagaron el precio por la búsqueda de certidumbre de los estadistas de los años treinta» (ibídem p. 34). Así las cosas, el dilema está en saber qué medidas conviene adoptar para anticiparse a que una amenaza que todavía no es inminente, pero que tiene rasgos de convertirse con gran potencialidad en inminente, lo sea. O lo que es lo mismo, tratar de impedir que se produzca una situación que al final se sabe casi con certeza que se convertirá en inminente, lo que requerirá llegado el caso una acción armada preventiva por amenaza inminente. Por lo tanto, frente a las amenazas latentes hay que estar vigilante para poder actuar cuando se considere que la amenaza en cuestión ya es inminente, lo que trae consigo un cierto margen de discrecionalidad.

Es obvio que la estrategia de defensa preventiva plantea una serie de cuestiones que la doctrina que la rechaza ha puesto de manifiesto. Pero también es cierto que rechazarla sin más suscita innumerables problemas que no son fáciles de cuantificar en una época en la que la comunidad internacional tiene ante sí dos grandes retos: el terrorismo y la proliferación de armas de destrucción masiva, cuestión esta última ya mencionada. Y es que no se puede hoy en día luchar eficazmente contra el terrorismo internacional y proteger la vida en muchas ocasiones de sus ciudadanos sin plantear determinadas estrategias preventivas, sobre todo cuando se sabe que hay Estados que sirven de refugio a ciertos grupos terroristas o (y) apoyan sus actividades en el exterior, como antes lo hacía Iraq con los grupos terroristas palestinos y como

ahora lo siguen haciendo Irán y Siria (p. 9). Y es que la ESN mete en el mismo saco tanto a los que cometen los actos terroristas como a los que los apoyan, poniendo como ejemplos precisamente a Irán y Siria: «*The United States and its allies in the War on Terror make no distinction between those who commit acts of terror and those who support and harbor them, because they are equally guilty of murder. Any government that chooses to be an ally of terror, such as Syria or Iran, has chosen to be an enemy of freedom, justice, and peace. The world must hold those regimes to account*» (ibídem).

No es extraño pues que la ESN tome cartas en el asunto reconociendo igualmente esta estrategia preventiva para «prevenir ataques por las redes terroristas antes de que estos tengan lugar», partiendo de la premisa siguiente: «A government has no higher obligation than to protect the lives and livelihoods of its citizens. The hard core of the terrorists cannot be deterred or reformed; they must be tracked down, killed, or captured» (p. 12. A este respecto, cfr. TRAGER, R. F., y ZAGORCHERA, D. P., «Detering Terrorism. If Can Be Done», *International Security*, Winter 2005/06, vol. 30, núm. 3, pp. 87-123. Sobre el terrorismo y el Derecho Internacional Humanitario, cfr. RODRÍGUEZ VILLASANTE, L., «Terrorist Acts Armed Conflicts and International Humanitarian Law», en *The New Challenges of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, edited by Pablo A. Fernández Sánchez, 2005, Nijhoff, pp. 13-47). Ni que decir tiene que el tema de la fuerza preventiva es un ejemplo de la agitación que reina actualmente en el sistema internacional, aunque como ya hemos apuntado siempre haya estado en realidad presente en la sociedad internacional. Además, no hay que olvidar que la jurisprudencia de la CIJ parece atrincherarse en los últimos asuntos de una forma similar a como lo hizo en el Asunto de Nicaragua, yendo así contracorriente de estos planteamientos, lo que no deja de profundizar el foso que separa en muchas ocasiones entre la teoría que defiende la Corte y la realidad internacional, y ejemplos no faltan. Y es que cualquier estrategia preventiva debe ser la excepción, y no la regla, aunque hay que reconocer que toda norma conlleva excepciones (De esta premisa, parten los autores siguientes en materia nuclear: LIEBER, K. A., y PRESS, D. G., «The Rise of U.S. Nuclear Primacy», *Foreign Affairs*, March/April 2006, pp. 43-54, especialmente pp. 43-44).

B) Paz en la ESN de 2006. En efecto, no sólo hay guerra en la ESN, sino también paz, aunque viniendo este documento de los Estados Unidos, algunos mirarán hacia otro lado, ya que la *pax americana* para ellos no es paz. Sin embargo, es obvio que la paz figura como un elemento motor en toda la ESN, aunque, eso sí, no puede haber paz sin libertad, democracia y dignidad humana, valores que, según la carta del Presidente Bush, han inspirado la historia del gigante americano. Por eso, no es extraño que base la ESN en los dos pilares siguientes: «*The first pillar is promoting freedom, justice, and human dignity –working to end tyranny, to promote effective democracies, and to extend prosperity through free and fair trade and wise development policies. Free governments are accountable to their people, govern their territory effectively, and pursue economic and political policies that benefit their citizens. Free governments do not oppress their people or attack other free nations. Peace and international stability are most reliably built on a foundation of freedom. The second pillar of our strategy is confronting the challenges of our time by leading a growing community of democracies*».

Desde esta perspectiva, la ESN pasa revista a los progresos que en estos aspectos se han realizado en el mundo, como en Afganistán y en Iraq, cuyos regímenes tiránicos han sido reemplazados por democracias, sin olvidar las «revoluciones naranja» de Georgia, Ucrania y Kyrgyzstan. El espíritu triunfante de la ESN en estos aspectos queda plasmado cuando dice que «el deseo humano por la libertad es universal» (p. 2), aunque reconoce a renglón seguido que el incremento de la libertad no es algo que ya esté conseguido, por lo que es necesario el apoyo de las naciones libres a este proceso, ya que los retos a los que se tiene que hacer frente son varios y diversos, como los siguientes: a) muchos gobiernos se encuentran en una situación política frágil y necesitan consolidar las instituciones democráticas; b) algunos gobier-

nos no sólo no han reforzado la democracia, sino que la han erosionado, reduciendo las libertades de sus pueblos; c) otros no han querido conceder a sus pueblos los beneficios de una democracia efectiva, dejando a sus anchas a demagogos; d) otros buscan separar la libertad económica de la libertad política, buscando sólo una cierta prosperidad económica mientras niegan a su pueblo los derechos y libertades más básicos; y e) no hay que olvidar que la tiranía persiste de una forma cruel en un cierto número de Estados.

Para hacer frente a estos retos, la promoción de la libertad y la democracia se ha convertido en el tema central de la política exterior de los Estados Unidos y constituye un hilo conductor en la ESN. Y es que la paz y la seguridad internacionales se fundamentan en la existencia de naciones libres; por eso promover la democracia es la medida más eficaz a largo plazo para reforzar la estabilidad internacional, reducir los conflictos regionales, contrarrestar el terrorismo y ampliar la paz y la prosperidad. Esto requiere terminar con la tiranía que es «la combinación de brutalidad, pobreza, inestabilidad, corrupción y sufrimiento, aspectos olvidados de los déspotas y de los sistemas despóticos... como Corea del Norte, Irán, Siria, Cuba, Bielorrusia, Birmania y Zimbabwe» países citados como ejemplos en la ESN (p. 3. El 1 de febrero de 2006, en su discurso sobre el estado de la Unión, el Presidente Bush citó a Birmania, Corea del Norte, Irán, Siria y Zimbabwe como ejemplos de países tiránicos. Cfr. <http://usinfo.state.gov>). En esta lista de la ESN no figura Sudán ¿Se trata de una laguna? Sin embargo, no olvida el tema de Hamás, organización terrorista que ha ganado las elecciones palestinas y que sigue planteando serios problemas tanto para los propios palestinos como para Israel. También se menciona en varias ocasiones a lo largo y ancho de la Estrategia a Iraq y la necesidad de ganar ahora la batalla por la paz en este país. Pero deja claro los riesgos que acarrearán estos regímenes dictatoriales al señalar lo siguiente: «... Saddam's strategy of bluff, denial, and deception is a dangerous game that dictators play at their peril. The world offered Saddam a clear choice: effect full and immediate compliance with his disarmament obligations or face serious consequences. Saddam chose the latter course and is now facing judgment in an Iraqi court» (p. 24).

Sin embargo, en toda esta cuestión relacionada con la democracia, hay que reconocer por un lado que la ESN no escatima esfuerzos a la hora de criticar determinados países como Venezuela, a cuyo Presidente se le acusa de demagogo y de desestabilizador de la región. Pero también salen a relucir Rusia y China: al primero se le pide que respete los valores de la libertad y de la democracia a nivel interno y que no lo impida en las zonas limítrofes (p. 39, núm. 5); al segundo se insiste en que asuma y respete las reglas internacionales para contribuir a la estabilidad internacional, incluidas las reglas del sistema económico internacional, y que no continúe con su expansión militar de una manera poco transparente (p. 41). Por otro lado, es evidente que en toda la ESN hay un espíritu de complacencia un poco desmedido, ya que en Afganistán sería utópico pensar que se trata de una sociedad democrática, a pesar de que se hayan celebrado unas elecciones democráticas. Respecto a Iraq, es cierto que se han hecho progresos importantes, pero también graves errores que deberían estar reflejados, por mucho que la *National Strategy for Victory in Irak*, de 30 de noviembre de 2005 (ver el texto en <http://whitehouse.gov>) defienda que la estrategia utilizada era la más adecuada. También ha habido «sombras» en la lucha contra el terrorismo internacional, aunque algunos sólo se centran en ellas, y no en las «luces», que también las ha habido (A este respecto, la reciente muerte del líder de Al Qaida en Iraq, Al-Zarqawi, es un buen ejemplo de ello, como la ha señalado José M. Santos Blanco en su conferencia titulada «¿Se puede vencer al terrorismo?» en la Facultad de Historia de León, 9 de junio de 2006). Por eso, se echa de menos en esta materia algo de auto-crítica y un poco más de pragmatismo y de realismo, algo que siempre parece que ha tenido la política exterior de los Estados Unidos. Es más, un poco de autocritica daría al Presidente Bush una cierta aureola incluso entre los que le denigran, que son muchos. Y es que también puede poner sobre la mesa algunos éxitos evidentes recogidos en la propia Estrategia (por ejemplo, cfr. pp. 8-9 y 14-15).

Por último, no conviene olvidar que esta ESN reconoce la importancia de reforzar el multilateralismo a todos los niveles, actuando en cooperación con toda clase de organizaciones internacionales tanto universales (OMC, Naciones Unidas, instituciones financieras, etc.) como regionales (OTAN). Es lo que el punto VIII de la Estrategia define como «desarrollar agendas para una acción cooperativa con otros centros importantes de poder global» (pp. 35 y ss.). Se pone así un freno al unilateralismo reinante en las ESN de 2002, y que ha sido tantas veces denunciado. Se habla de principios que deben regir los pasos a seguir por los Estados Unidos en este marco de cooperación en las diferentes regiones del mundo (Hemifresio Occidental, África, Medio Oriente, Europa, Rusia, Asia del Sur y Central y Asia del Este, pp. 37 y ss.), destacando a este respecto el papel importante que la Estrategia otorga a Asia (sobre todo a Asia del Este en donde se destaca a China, la APEC, la ASEAN, etc.), y la poca importancia que se da a Europa, a pesar de que el Reino Unido merece una cita especial al recordar «los lazos especiales» que tiene este país con los Estados Unidos (p. 39), algo por otro lado sabido, pero que revela que la alianza angloamericana sigue firme como una roca. Inútil de señalar que esto constituye un aviso para navegantes a determinados países europeos, sobre todo de la «vieja Europa».

Pero los Estados Unidos no se atan las manos en la Estrategia, ya que después de dejar clara su voluntad de reforzar la cooperación con las instituciones internacionales universales y regionales, esto no es óbice para poner sobre la mesa el hecho de que en muchos casos «las coaliciones voluntarias pueden revelarse más capaces y responder de una manera más inmediata y creativa, al menos a corto plazo» (p. 48), lo que quiere decir que los Estados Unidos se reservan un cierto margen discrecional a este respecto. Pero hay más aún, ya que la Estrategia prevé también que el gran Hegemón puede actuar como un llanero solitario en determinadas circunstancias, como las señaladas a continuación: «... *We must be prepared to act alone if necessary, while recognizing that there is little of lasting consequence that we can accomplish in the world without the sustained cooperation of our allies and partners*» (p. 37).

Por eso, la Estrategia no olvida la cuestión del genocidio. Y es que promover la paz, la libertad, la democracia y la cooperación no quiere decir que se tenga que tolerar lo intolerable, ya que todo tiene un límite. Como recoge la Estrategia, «*Patient efforts to end conflicts should not be mistaken for tolerance of the intolerable*», y el genocidio no se puede tolerar. No es extraño, pues, que se diga contundentemente que: «*It is a moral imperative that states take action to prevent and punish genocide. History teaches that sometimes other states will not act unless America does its part... Where perpetrators of mass killing defy all attempts at peaceful intervention, armed intervention may be required, preferably by the forces of several nations working together under appropriate regional or international auspices. We must not allow the legal debate over the technical definition of 'genocide' to excuse inaction. The world must act in cases of mass atrocities and mass killing that will eventually lead to genocide even if the local parties are not prepared for peace*» (p. 17).

Como conclusión, solo queremos apuntar que la Estrategia objeto de estos comentarios no es en sí muy distinta a la de 2002. Sin embargo, sí que adopta algunos rasgos específicos debido a la nueva situación internacional que se ha generado tras la guerra de Iraq y la crisis nuclear iraní, aspectos que son importantes. A nuestro entender, es lógico que las desavenencias en torno a Iraq haya reforzado el deseo de un mayor multilateralismo por parte americana, pero también hemos visto que esto no excluye otras opciones más restrictivas (*coalitions of the willing*) o incluso unilaterales. Por lo demás, la estrategia de defensa preventiva sale reforzada. Y es que ¿cómo se va a criticar a los Estados Unidos por adoptar esta tesis, cuando también la defiende, es cierto que con algunos matices, el propio Secretario General de la ONU?

Romualdo BERMEJO GARCÍA

#### 4. LA OPERACIÓN «RESPUESTA SOLIDARIA II» EN PAKISTÁN Y SU RELEVANCIA PARA ESPAÑA Y LA OTAN

El 21 de octubre de 2005, la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN) aprobaba el envío de elementos de su Fuerza de Reacción Rápida a Pakistán, para colaborar en la mejora de las condiciones de vida de los damnificados por el terrible terremoto que asoló el país el día 8 del mismo mes, dejando a su paso 73.000 víctimas mortales, 69.000 heridos y tres millones de habitantes sin hogar.

La misión «*Pakistan Earthquake Relief*», que se prolongó desde el día 29 de octubre hasta el 1 de febrero de 2006, se basó en cinco componentes: 1) la coordinación de las donaciones de la OTAN y sus países asociados a través del «*Euro-Atlantic Disaster Relief Co-ordination Centre*» (EADRCC), situado en Bruselas; 2) dos puentes aéreos, uno desde Turquía y el otro desde Alemania, por los que se transportaron los bienes de primera necesidad a las zonas afectadas de Pakistán –fundamentalmente Bagh, en la Cachemira pakistaní–; 3) cinco helicópteros para la distribución de bienes de auxilio y primera necesidad a las zonas más apartadas y agrestes del territorio pakistaní; 4) apoyo médico a la población civil mediante un hospital de campaña y unidades móviles adicionales; 5) la movilización de un amplio destacamento de ingenieros para la reparación y acondicionamiento de carreteras, alojamientos, escuelas e instalaciones médicas.

La misión contaba sobre el terreno con un elemento de tierra y otro aéreo. El elemento de tierra estuvo liderado por los españoles, que establecieron su cuartel general en Darja. Su comandante, el General Javier Aguirre, dispuso de dos unidades ligeras de ingenieros –una polaca y otra española–, una unidad de ingenieros italiana con equipos de construcción pesada, otra unidad de ingenieros británica especializada en trabajos en altitud y un hospital de campaña de la OTAN, provisto por el ejército holandés, y nutrido de un equipo médico multinacional de checos, franceses, portugueses y británicos. En cuanto al elemento aéreo de la operación, lo aportó Francia e incluyó una modesta participación alemana y luxemburguesa. En su momento más álgido, la misión contó con la participación activa de un millar de ingenieros y personal de apoyo, y de dos centenares de médicos y personal sanitario de asistencia.

Evaluados a la luz del socorro brindado a la población afectada, los resultados de la misión son valiosos, pero modestos: la operación significó 168 vuelos desde Europa en los que se transportaron unas 3.500 toneladas de ayuda; unos 4.890 pacientes fueron tratados en el hospital de campo, donde además se llevaron a cabo unas 160 operaciones quirúrgicas; el equipo de helicópteros evacuó alrededor de 8.000 personas y transportó 1.745 toneladas de ayuda humanitaria a las zonas más remotas; los ingenieros de la OTAN repararon unos 60 km de carreteras y removieron en torno a 41.500 metros cúbicos de desechos que obstruían las vías de comunicación.

Pero si modesta se presenta la misión en cuanto a tamaño, duración e impacto –ya que las fuerzas armadas pakistaníes y agencias de Naciones Unidas sobrellevaron el peso de la reconstrucción y la asistencia–, tal vez resulte llamativa la valoración política de la operación efectuada por el máximo responsable civil de la OTAN: el Secretario General de la Alianza, el holandés Japp de Hoop Scheffer, la calificó como «*sin precedentes*»; y no cabe duda de que lo era a cuatro títulos diversos: en primer lugar, se trataba de la primera «*misión humanitaria*» en la historia de la OTAN, organizada a petición de Naciones Unidas; en segundo lugar, era la primera vez que se hacía uso –con una cierta magnitud y escala de exigencia– del nuevo modelo de fuerzas de reacción rápida –NATO Response Force (NRF)–, en torno al cual pivota hoy la transformación, agilización y abaratamiento de la estructura militar de la Organización; en tercer lugar, se trataba de la primera intervención de la OTAN ampliada: veintiséis embajadores adoptaron una resolución cuyos fundamentos e inspiración política la sitúan muy lejos de

aquellos que alentaron la acción disuasiva de la Alianza durante medio siglo; por último, la operación estaba liderada por un destacamento español formado por unos 370 hombres: tras la retirada de las tropas de Irak, la misión se presentaba como una muestra tangible de la voluntad española de contribuir a la seguridad occidental, como un indicio de su pretensión de recuperar el buen tono en las relaciones con los Estados Unidos y, fundamentalmente, como ejemplo de las nuevas condiciones que el Gobierno socialista entiende habrán de concurrir en adelante para que los soldados españoles sean autorizados a tomar parte en misiones en el exterior lideradas por la UE, la OTAN o la ONU, todo ello al socaire de la nueva Ley Orgánica de la Defensa Nacional 5/2005, de 17 de noviembre, que tiene como anti-modelo la misión de «paz» española en Irak.

En resumen, la Operación de Pakistán asumida por la OTAN, y liderada por España, es significativa tanto por tratarse de la primera misión humanitaria de la OTAN en uso de su nuevo modelo de fuerzas, como por ser ésta la primera misión de paz post-Irak liderada por España.

Respecto a la Alianza, y en perspectiva, el elemento más destacable de esta misión –que simboliza el pago de los países occidentales al General Musharraf por el enorme riesgo personal que asumió al colaborar abiertamente con europeos y americanos en la invasión del Afganistán talibánizado–, es que representa un giro de tuerca más en el proceso de transformación de la Alianza que comenzó a principios de los noventa, y que ha estado alimentado en su incesante evolución por la profunda crisis de identidad que generó la pérdida de su archi-rival.

Por muy enconadas que sean las afirmaciones de que «*collective defense remains the core purpose of the Alliance*» –como apunta la Declaración de Estambul–, lo cierto es que el artículo 5 del Tratado del Atlántico Norte ha entrado en un irrefrenable proceso de obsolescencia, inevitable a pesar de su invocación en el año 2001 por los Estados Unidos –como respuesta simbólica a los atentados– y que no cesará hasta que, o bien China se convierta en una gran potencia con ambiciones desmedidas fuera de su territorio; o bien la Federación rusa caiga en manos de nostálgicos de la grandeza nacional; o, en una tercera variable no tan hipotética y lejana, Irán desaire la política europea conciliatoria y muestre desdén ante el desenlace bélico que le auguran los Estados Unidos, de seguir adelante con sus planes nucleares.

La OTAN de finales de 2006 es, sin duda, una organización ampliamente renovada, necesaria, más versátil que nunca y sin embargo en crisis y, para muchos observadores, moribunda. Como comentó el Alto Representante para la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC), D. Javier Solana, «*Some recent articles read like obituaries for a once thriving partnership*». Esta opinión contrasta con el que es, objetivamente, el período de mayor actividad operativa de la Alianza en toda su historia. Según el General Jones, Comandante Supremo de las Fuerzas Aliadas en Europa (SACEUR), la Organización «*has never been busier*». Si bien el comentario es ajustado a la realidad –puesto que la OTAN tiene hoy día cinco operaciones en marcha–, esa activación operativa de la OTAN, evidente y continuada desde el año 1998, esconde la búsqueda un tanto apresurada de un renovado protagonismo en un panorama estratégico radicalmente distinto al que predominó durante casi medio siglo de Guerra fría. Esa transformación apresurada de la OTAN tiene como precio una pérdida evidente de prestigio y respetabilidad como alianza militar: su carácter disuasorio se ha evaporado y, con ello, su aparente unidad, su monolítico liderazgo americano y su monopolio como única organización de defensa colectiva en el mapa europeo (que se perdería de aprobarse definitivamente la Constitución Europea).

En términos prácticos, la OTAN ha migrado de la defensa colectiva a la gestión de crisis humanitarias. Las competencias que parece ha asumido en los últimos años, tales como la lucha antiterrorista –que la vigorizó por el fuerte influjo norteamericano–, la batalla contra la proliferación, la estabilidad extramuros de Europa –misiones no artículo 5– y, ahora, la gestión de catástrofes humanitarias, son un botón de muestra de la «*travesía del desierto*» que ha

implicado esa decisiva transformación en búsqueda de una nueva razón de ser para una Alianza desmesurada, obsoleta y costosa, pero no por ello inútil, a pesar de todo.

La superación y relectura del artículo 5 comenzó sutilmente en el año 1992, cuando la OTAN distinguió por primera vez entre misiones artículo 5 –las clásicas de defensa colectiva– y misiones no-artículo 5 –proyección de fuerza más allá del perímetro del Atlántico Norte–. La misión no-artículo 5 más contundente tuvo lugar en Kosovo en el año 1998. Desde ese año, la OTAN ha actuado como pacificador en lugares como Bosnia-Herzegovina, Kosovo, Macedonia o Afganistán.

Como resultado de este recurrente modelo de crisis, y para darle respuesta, la OTAN modificó sus prioridades: de una fuerza estática para hacer frente al coloso soviético, ahora se requerían fuerzas de reacción rápida, móviles, «*proyectables*» a lejanos escenarios, pequeñas, «*modulares*», inter-operativas y fuertemente coordinadas. Como declaró el Comandante Supremo Aliado en Europa (SACEUR) y líder militar de la Alianza, el General James L. Jones, «*NATO will no longer have the large, massed units that were necessary for the Cold War, but will have agile and capable forces*».

Esta dinámica transformadora se consolidó y aceleró tras los atentados del 11-S: en la Cumbre de Praga, en noviembre de 2002, la OTAN decidió constituir una «*Fuerza de Respuesta OTAN*» (NRF). La NATO Response Force nace, una vez más, del empeño y liderazgo norteamericano –como diría Rumsfeld, «*We recommended the NATO Response Force, to make NATO a more relevant Institution*»– y de su filosofía de que «*fighting terrorism, which has been so clearly link to weapons of mass destruction, is part of NATO's basis job description: collective defense*» –como declararía el Subsecretario de Defensa, Paul Wolfowitz.

En sintonía con estos argumentos, la NRF tiene como competencias la lucha antiterrorista, la lucha contra la proliferación de armas de destrucción masiva y la prevención de conflictos. Sin embargo, esa fuerza en estado constitutivo, inaugurada en el año 2003, que alcanzó un cierto nivel de operatividad en el año 2004 –con 17.000 soldados– y que se espera sea plenamente operativa con un dispositivo de 25.000 soldados en el año 2006 –tras llevarse a cabo un ejercicio militar, «*Steadfast Jaguar 06*», en las Islas de Cabo Verde–, a lo que en realidad se ha dedicado hasta ahora es a la protección de grandes eventos –como las Olimpiadas de Atenas, la boda real en España o el funeral del Papa Juan Pablo II–, a lo que se ha sumado, desde mediados de 2005, dos misiones humanitarias: la primera activación de la NRF tuvo lugar en septiembre de 2005 para ayudar a las víctimas del huracán Katrina, seguido de una segunda misión humanitaria en Pakistán que, como la primera en los Estados Unidos, tampoco estaba contemplada entre los cometidos iniciales de la NRF. Muy oportunamente, el General Jones, SACEUR, declaraba en rueda de prensa el 19 de octubre que «*humanitarian assistance may not appear to be a NATO role, but we can do this, and do it very well*».

De todo lo anterior parece deducirse, primero, que el rosario de cambios necesarios para adaptar la Alianza al nuevo panorama de la seguridad euro-atlántica no han concluido, sino que la Organización parece haberse especializado en la adaptación continua más que en ninguna misión específica. Segundo, que esos cambios, en la dirección siempre de preparar a la Alianza para intervenciones exteriores e impregnadas de una filosofía «preventiva» e «intervencionista», tropiezan con la genética de la OTAN, que es, desde su constitución en el año 1951, una Organización con fines disuasorios. Tercero, y lo que también nos reveló Irak, es que los europeos «*europelistas*» no aceptan que la OTAN se convierta ni en «*trampolín*» geográfico, ni en «*monaguillo*» militar del «*Séptimo de Caballería norteamericano*». Al final, la relación entre OTAN e Irak ha quedado limitada a una raquítica colaboración en el entrenamiento de las fuerzas iraquíes, siempre fuera de Irak.

Como resultado de la creciente influencia europea en la OTAN –que es numérica, económica y política–, de la pura aritmética asociada al veto y de la apertura a la Federación Rusa, la OTAN difícilmente podrá ser el «*Séptimo de Caballería de los Estados Unidos*», pues cues-

ta imaginar que pueda intervenir al unísono en conflictos que se resuelvan «a tiros» en el mundo –por los diametrales puntos de vista de sus miembros–, y le espera un futuro de mayor colaboración con Naciones Unidas, en misiones primordialmente humanitarias, de asistencia ante posibles ataques terroristas con armas de destrucción masiva o desastres naturales a gran escala que los Gobiernos, probablemente, no puedan gestionar en solitario. No en balde, la OTAN se dotó recientemente de un «*Euro-Atlantic Disaster Response Coordination Centre*» que juega un rol protagonista en la misión en curso en Pakistán.

Por supuesto, la NRF podría ser muy útil en labores mucho más ofensivas, como fuerza de entrada inicial en una ofensiva, parte de una fuerza mayor que pretendiese invadir, por ejemplo, Irán; aunque para ese estadio, la posición antibelicista europea debería, para entonces, haber variado de manera notable.

Es obvio que los Estados Unidos no van a condicionar su política o acción exterior a una OTAN con este nuevo «*mode d'emploi*»: la OTAN seguirá su camino, como una herramienta útil que cumplió su misión y cumple hoy otras; y los Estados Unidos el suyo, más allá de la OTAN. En consecuencia, un último problema, tal vez el mayor, que aqueja a la Alianza del siglo XXI es la sensación, compartida por europeos y americanos, de que esa Institución ha dejado de ser el foro principal donde se toman las decisiones sobre su defensa: el gigante norteamericano ha comenzado a percibirla únicamente como una organización «*supermercado*». El célebre adagio que condensa esta aproximación lo acuñó el Secretario de Defensa norteamericano, Donald Rumsfeld, para quien «*la misión determina la coalición*. *La coalición no determina la misión*». Quién en realidad determina tanto «la misión» como «la coalición» es Washington. Por su parte, para los europeos, la OTAN «*ya no es el principal foro donde los socios europeos y americanos coordinan sus políticas*». Esta frase, enunciada sin rubor por el Canciller alemán, Gerhard Schröder, durante la 41 Conferencia de Política de Seguridad de Munich –2 de febrero 2005–, marca para muchos el final de la OTAN, aunque no su desaparición.

La Alianza se ha convertido en algo así como un «*seguro de vida*» para una Comunidad de naciones transatlántica; «*el ágora inevitable*» de las relaciones euro-americanas; y continúa sirviendo como la principal «*base de operaciones*» de los Estados Unidos. Pero la OTAN como «*seguro de vida*» hasta la crítica hora en que, en efecto, emerge un peligro patente y medible que devuelva de nuevo la razón de ser al artículo 5 –el corazón de la Alianza–, o la OTAN interpretada como nexo de unión y comunidad de valores imprescindible entre americanos y europeos, y ni siquiera la OTAN como «*base de operaciones*», han sido, por sí mismos, argumentos suficientes para evitar la crisis existencial de la Alianza durante los últimos quince años, y dudamos mucho que lo sea su incursión en el ámbito de la gestión de catástrofes humanitarias como la acontecida en Pakistán.

En cuando al análisis de esta misión desde la óptica de la participación de España, como país líder y con creces su mayor contribuyente, habría que comenzar señalando que «*Respuesta Solidaria II*» es la última de las 47 operaciones militares llevadas a cabo en el exterior por soldados españoles desde el año 1998. De un análisis superficial de esas misiones rápidamente se deduce que la de Pakistán no se distingue ni por su duración –tres meses frente a los seis años de la misión en Kosovo, todavía activa–, ni por la envergadura del dispositivo –un cuartel general y unidad de cuartel general; la plana mayor de un batallón de ingenieros y una compañía de ingenieros; un elemento de apoyo nacional y una unidad sanitaria tipo Role 2–, ni por sus efectivos –370 frente a los 1.300 de desplazados a Irak, los 1.200 a Kosovo o los 1.087 a Afganistán–, ni por su peligrosidad o número de bajas sostenidas –que han sido de cero frente a las 80 de la ISAF en Afganistán–, aunque sí por ser la más alejada del perímetro nacional, y de aquello que podríamos calificar como el «*perímetro del interés nacional*». Este elemento ya serviría, de por sí, para darnos algunas pistas en cuanto al carácter muy político de la presencia española en un país al que no nos unen lazos históricos, culturales o económicos relevantes,

pero que al mismo tiempo es el más relevante de los nuevos aliados de Washington en su «guerra global al terrorismo». En efecto, el carácter altamente político, tanto de la participación como del protagonismo asumido por España en la operación, está relacionado con los daños en la relación bilateral hispano-norteamericana producidos por el abandono de Irak, por posteriores manifestaciones de «antiamericanismo» del Presidente del Gobierno, así como por los nuevos aliados estratégicos de España en Ibero-América, en posiciones claramente contestatarias respecto a Washington. Esta tesis estaría avalada, además, por otros argumentos adicionales: si bien no se trata de la primera empresa militar española en el exterior autorizada por el Gobierno Zapatero, sí es la primera bajo liderazgo de nuestro país y, en esta condición, la misión tiene un valor ejemplificador y modelizante, ya que en ella concurren por primera vez todos los condicionantes y requisitos que la Nueva Ley de Defensa Nacional impone al ejecutivo a la hora de comprometer a las Fuerzas Armadas españolas en misiones internacionales.

Desde su llegada a la Moncloa, el Presidente Zapatero ha autorizado, *ex novo*, una decena de misiones en el exterior –las más importantes en Haití, Bosnia, Indonesia y Pakistán–. Esas 10 misiones, desplegadas en apenas 24 meses, superan todas las autorizadas por el anterior Presidente durante su segundo mandato, siete en total. Así, teniendo como telón de fondo el contra-modelo de «Libertad Iraquí», junto a un esfuerzo por paliar los daños de la salida de Irak, las nuevas misiones –tres de ellas de carácter humanitario–, configuran el «nuevo modelo» al que se ajustará la participación de tropas españolas en el exterior, y que ha pasado tal cual a la nueva Ley de Defensa aprobada unos días después de iniciada la misión en Pakistán. Los dos ejes centrales de la reforma presente en esa Ley orgánica se sustancian en que, por un lado, eleva el perfil de las Cortes Generales –que habrán de ser consultadas con carácter previo al envío de tropas españolas– y, por el otro, establece condiciones a la participación española en misiones internacionales, condiciones que harían imposible comprometer a España en una nueva «Libertad Iraquí».

En cuanto a las Cortes Generales, ya en la «*exposición de motivos*» se señala que «*debe tener una mayor participación y protagonismo*», lo que se traducirá en el artículo 3 en que le corresponde «*examinar, con carácter previo, la participación de las Fuerzas Armadas en misiones fuera del territorio nacional*». En el artículo 16 el sujeto activo es el Gobierno, que estará obligado a «*realizar una consulta previa para recabar el parecer del Congreso de los Diputados*», cuando se trate de ordenar operaciones en el exterior. En lo relativo a las condiciones impuestas a las misiones de las Fuerzas Armadas españolas en el exterior, aparecen insertas en el artículo 18, y son tres: la primera, que la misión se realice por petición expresa del Gobierno del Estado en cuyo territorio se desarrollen, o estén autorizadas en Resoluciones del Consejo de Seguridad, o acordadas en su caso por organizaciones internacionales de las que España forma parte, particularmente la Unión Europea o la OTAN: esta primera condición estaría ausente en la intervención española en Irak. La segunda condición se refiere a que cumplan con los fines defensivos, humanitarios, de estabilización o de mantenimiento y preservación de la paz, previstos y ordenados por las mencionadas organizaciones: puesto que, en Irak, España se sumó a una coalición *ad hoc*, tampoco concurrió esta segunda condición. Finalmente, el «modelo» agota el «anti-modelo» iraquí al señalar como tercera condición que las operaciones «*sean conformes con la Carta de las Naciones Unidas y que no contradigan o vulneren los principios del derecho internacional convencional (...)*» que España ha incorporado a su ordenamiento.

Asumidos estos cambios, la misión liderada por España en Afganistán, autorizada por la OTAN en conjunto y por Naciones Unidas es, además de la primera misión humanitaria en la historia de la Alianza, la primera misión española en aplicación de la nueva Ley de Defensa Nacional. En estos dos factores políticos se resume su relevancia, más bien modesta, como misión militar de carácter humanitario.

## 5. LA IV CUMBRE UNIÓN EUROPEA-AMÉRICA LATINA-CARIBE (VIENA, 12-13 MAYO DE 2006). ¿HACIA LA CONSOLIDACIÓN DE LA ASOCIACIÓN ESTRATÉGICA BIRREGIONAL?

La Unión Europea viene manteniendo y desarrollando vínculos en los diferentes ámbitos comerciales y de cooperación con América Latina y el Caribe (ALC) desde la década de 1960. Hasta la adhesión de España y Portugal en 1986, la intensidad de tales relaciones era muy escasa pues prácticamente ALC no existía en la agenda comunitaria, salvo la cooperación con los países del Caribe en el marco de los Convenios de Lomé. A partir de ese momento, América Latina ha ido cobrando un mayor peso en la política comercial y exterior de la Unión Europea, siendo, sin lugar a dudas España la principal impulsora de esa nueva orientación que ha tenido, hasta el momento, una serie de hitos principales como el Acuerdo de Asociación con México en 1997, el Acuerdo de Asociación con Chile en 2002, y las cuatro ediciones de la Cumbre UE-ALC destinadas a la creación de una asociación estratégica birregional.

El objetivo de crear una asociación estratégica birregional, lanzado en Río de Janeiro en 1999 durante la Primera Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno de la UE-ALC, implica desarrollar una estrecha relación en los ámbitos político, económico y cultural, dado el hecho de que ambas regiones comparten valores comunes, como el compromiso con los derechos humanos y libertades fundamentales, la democracia y el multilateralismo. Las referencias en el ámbito de la historia y la cultura, igualmente compartidas en buena medida por la UE y ALC, permiten a ambas regiones partir de una posición privilegiada para multiplicar su capacidad de acción y de relación a todos los niveles. La adopción de sistemas democráticos por la mayoría de los países de ALC, así como de ambiciosas reformas económicas y sociales, han dado una mayor presencia a la región en la esfera internacional. En efecto, su enorme potencial de desarrollo (cfr. América Latina y el Caribe: proyecciones 2006-2007. Naciones Unidas, CEPAL. Santiago de Chile, 2006), la riqueza de la región en materias primas y el lugar cada vez más importante que América Latina ocupa en el abastecimiento de productos agrícolas de la UE, constituyen razones más que suficientes para reforzar la asociación birregional.

No obstante, conviene señalar que junto a una cierta parálisis que afecta a la UE, tras el resultado de los referenda francés y holandés sobre el proyecto de Constitución europea, la asimilación de la última ampliación o las relaciones de vecindad, existen igualmente una serie de factores que desestabilizan a la región latinoamericana, en particular desde unos meses antes de celebrarse la IV Cumbre UE-ALC en Viena durante los días 12 y 13 de mayo de 2006. En efecto, a las serias y simultáneas crisis que afectan a la estabilidad e incluso a la viabilidad futura de los dos principales bloques de integración en la región, Mercosur y Comunidad Andina de Naciones (CAN), se han añadido las turbulencias desatadas por el anuncio de la nacionalización de los hidrocarburos en Bolivia, y todo ello con la perspectiva de las próximas convocatorias electorales en Perú, México, Ecuador y Nicaragua (el caso de Colombia era diferente por el triunfo prácticamente seguro de Álvaro Uribe), que medirán las posibilidades de expansión del neopopulismo indigenista inspirado por el presidente venezolano Hugo Chávez.

Ante otros factores más endémicos, pero no por ello menos proclives a generar inestabilidad, como son la desigualdad social, la pobreza y la exclusión, que determinan que, según la CEPAL, el número de personas que en 2003 vivían en condiciones de pobreza en América Latina alcanzó al 44,4 por 100 de la población, lo que aleja irremediablemente a la región de los Objetivos de Desarrollo del Milenio (cfr.: MACHINEA, J. L.; BÁRCENA, A; y LEÓN, A. (Coords.): *Objetivos de Desarrollo del Milenio: una mirada desde América Latina y el Caribe*, Naciones Unidas, CEPAL Santiago de Chile, 2005), la UE está en condiciones de contribuir al fortalecimiento de la estabilidad, la seguridad y el desarrollo sostenible de América Latina. Sin lugar a dudas, la UE tendrá ocasión de demostrar no tan sólo su capacidad, suficientemen-

te contrastada, sino también su disponibilidad para asignar recursos importantes a la región latinoamericana en las Perspectivas Financieras 2007-2013, en la recta final de las negociaciones del Acuerdo de Asociación con el Mercosur y en las relativas a los futuros Acuerdos de Asociación con la CAN, América Central y con los países del Caribe. En todas ellas la UE puede actuar con generosidad, en particular en el tema de los subsidios a la agricultura, ofreciendo un modelo alternativo –basado no sólo en la lógica estrictamente comercial– al norteamericano, que con el lanzamiento de la iniciativa del Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA), pretende imponer su hegemonía en lo que considera su patio trasero.

Ante las resistencias de Argentina y sobre todo de Brasil, Estados Unidos ha cambiado la estrategia multilateral por la bilateral, a través de la firma de tratados de libre comercio con Colombia y Perú (con Ecuador y después de dos años de negociaciones, éstas han sido recientemente suspendidas por Estados Unidos tras rescindir el Gobierno ecuatoriano el contrato de explotación que permitía a la petrolera norteamericana Occidental Petroleum –Oxy–, operar en dicho país andino). Tampoco hay que olvidar la presencia, cada vez más activa, de China en la región, como lo demuestra el hecho de que el volumen global del comercio entre América Latina y China está aumentando vertiginosamente en los últimos años, siendo un caso especialmente significativo, aunque no único, el de Brasil.

No obstante, la UE sigue siendo el principal socio comercial de muchos países de la región latinoamericana, en particular de los países miembros del Mercosur, la primera fuente de cooperación y el primer inversor. A pesar de ello, conviene señalar que aunque los flujos comerciales absolutos entre ambas regiones han aumentado significativamente en los últimos quince años, en particular a principios de la década de los noventa, se observa una cierta desaceleración en los primeros años de la década presente. En cualquier caso, las relaciones comerciales entre ambas regiones presentan una profunda asimetría pues mientras la cuota de mercado de América Latina en el comercio total de la UE se encuentra en torno al 5 por 100, la UE es, como advertimos, el principal socio comercial de numerosos países de la región. En cuanto a las inversiones, y aunque la UE continúa siendo el primer inversor en América Latina, con un volumen acumulado de inversión extranjera directa (IED) de 90.000 millones de euros en 2003, el nivel ha descendido de forma muy significativa con respecto a los primeros años de la década de los noventa y de la actual [Cfr. Comisión Europea: Una asociación reforzada entre la Unión Europea y América Latina. Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo. Doc. COM (2005) 636 final, pág. 7].

Sin embargo, siendo muy importantes las relaciones económicas y comerciales, el modelo comunitario de «asociación birregional estratégica» va más allá, pues persigue, asimismo, potenciar la cooperación en una serie de ámbitos, en particular el científico y el tecnológico, además de una intensificación del diálogo político. Sin lugar a dudas, las cuatro ediciones de las Cumbres UE-ALC llevadas a cabo hasta el momento presente, han contribuido a crear el clima adecuado para que las relaciones integrales entre ambas regiones puedan continuar desarrollándose en el futuro.

La Primera Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno de la UE-ALC se celebró en Río de Janeiro, Brasil, durante los días 28 y 29 de junio de 1999 y tuvo como principal objetivo fortalecer las relaciones en los ámbitos político, económico y de cooperación, como pilares de una nueva fase basada en una serie de valores compartidos y en la profunda y diversa herencia cultural que une a ambas regiones. Al concluir la Cumbre, los 48 mandatarios asistentes a la misma emitieron dos documentos: la Declaración de Río y las Prioridades para la Acción. El primero de ellos, constituye un pronunciamiento de 69 puntos que establece los principios generales de las relaciones entre la UE y ALC. Con el propósito de avanzar en este proceso y poner en práctica los compromisos contenidos en la Declaración de Río, los Mandatarios aprobaron un segundo documento denominado «Prioridades para la Acción», que contiene 55 ini-

ciativas repartidas en tres ámbitos diferentes: *a)* el político; *b)* el económico; y *c)* el cultural, educativo, científico, tecnológico, social y humano.

Los Jefes de Estado y de Gobierno decidieron también crear un Grupo Birregional de Altos Funcionarios con el fin de supervisar y estimular desde el punto de vista político, la concreción de las prioridades para la acción. El Grupo, que se ha venido reuniendo regularmente durante estos años, adoptó en su Primera Reunión (Tuusula, Finlandia, 4-5 de noviembre de 1999) un programa de once áreas con el objetivo de plantear acciones concretas y dar cumplimiento al documento de Prioridades para la Acción (cooperación en foros internacionales; derechos humanos; igualdad hombre-mujer; medio ambiente y desastres naturales; lucha contra las drogas; cooperación económica y financiera; comercio; educación, investigación y nuevas tecnologías; cultura; sociedad de la información y procesos de integración).

Con el objeto de avanzar en el cumplimiento de los compromisos adoptados en la Cumbre de Río de Janeiro, se convocó en Madrid la II Cumbre con el lema «UE-ALC: impulsando la asociación estratégica para el siglo XXI», que se desarrolló durante los días 17 y 18 de mayo de 2002, coincidiendo con la presidencia española de la UE. La Cumbre de Madrid contó con la presencia de cuarenta y ocho mandatarios de los países de ambas regiones, cuyas conversaciones giraron en torno al modo de profundizar la asociación estratégica creada en Río de Janeiro tres años antes. La Cumbre se estructuró en tres ámbitos: el político; el comercial y económico; y el de la cooperación. En el ámbito político, se hizo énfasis en la cooperación internacional contra el terrorismo (no hay que olvidar que esta II Cumbre se desarrolló tan sólo unos meses más tarde del 11-S); y se abordaron temas internacionales de interés mutuo, como la lucha contra el tráfico de drogas y la delincuencia organizada, la protección de derechos humanos, el fomento de la democracia y del Estado de Derecho, o la lucha contra las desigualdades sociales, la prevención de conflictos y el desarrollo sostenible.

En el ámbito comercial y económico, los Jefes de Estado y de Gobierno tras reconocer que el objetivo final de las negociaciones comerciales es mejorar el acceso a sus respectivos mercados sobre la base de la liberalización progresiva de intercambios comerciales de acuerdo con las normas del GATT y de la OMC, se comprometieron a favorecer el crecimiento, a luchar contra la pobreza y a promover los intercambios y las inversiones en un entorno jurídico y económico más estable, abierto y seguro. En el ámbito de la cooperación, los participantes en la Cumbre se comprometieron a intensificar las acciones en los sectores de la educación y los intercambios universitarios, la diversidad cultural, la emigración y la cooperación contra las catástrofes naturales.

Al término de las sesiones de trabajo, los Jefes de Estado y Gobierno adoptaron tres documentos relativos a los tres ámbitos mencionados: la Declaración Política, de 33 puntos, en el que figura el compromiso claro de consolidar la asociación estratégica birregional; el segundo, los Valores y Posiciones Comunes, de 83 puntos, que recoge los temas en los que ambas regiones comparten un interés común y en los que se basa la asociación; y el tercero, el Informe de Evaluación, que contiene una apreciación general de las acciones realizadas desde la Cumbre de Río de Janeiro, en particular en los 11 ámbitos clave consensuados en la, anteriormente citada, primera reunión del Grupo Birregional en Tuusula (Finlandia) y posteriormente en Vilamoura (Portugal).

La III Cumbre UE-ALC se celebró en Guadalajara, México, durante los días 28 y 29 de mayo de 2004. Aunque la Cumbre se había convocado con idéntico fin que las anteriores, es decir consolidar la asociación birregional, existían algunos factores que la diferenciaban de las citas de Río de Janeiro y de Madrid: en primer lugar el hecho de que acabara de producirse la ampliación de la UE a 25 miembros, aportaba una nueva dimensión, no tan sólo cuantitativa, a la Cumbre. En efecto, y a pesar de que las nuevas incorporaciones pudieran complicar la toma de decisiones en el seno de la UE, en particular en materias de interés para los países de ALC como los subsidios a la agricultura y al comercio en general, y de la escasa tradición de las

relaciones de los nuevos países con ALC, el hecho de que el primer encuentro internacional de los 25 Jefes de Estado y Gobierno de la UE ampliada tuviera lugar con los países de la región latinoamericana, concedía un alto efecto simbólico a aquél. Por otro lado, tanto el contexto político, con la profunda división causada por la guerra de Irak en la comunidad internacional y en la propia América Latina, como el económico, dada la situación más favorable existente en 2004 que en la cumbre anterior de Madrid motivada por el modesto pero positivo crecimiento económico en la región latinoamericana, concedían a esta cumbre unas características específicas (cfr. NAVARRO, A.: «UE-América Latina: la cumbre de Guadalajara», *Política Exterior*, núm. 99, Mayo/Junio 2004, págs. 141 y 142).

Los temas prioritarios de la Cumbre: multilateralismo, cohesión social y relaciones birregionales se incorporaron en el Documento Final, la «Declaración de Guadalajara», que fue adoptado por los 58 Jefes de Estado y Gobierno asistentes a la misma. Por lo que respecta al primero de ellos, el Documento recoge la necesidad de promover el multilateralismo efectivo y de fortalecer el sistema de Naciones Unidas, aunque sin propuestas específicas. De destacar es la denuncia genérica a la situación de las cárceles iraquíes, muy lejos de la condena expresa que propuso Cuba. En cuanto a la cohesión social, sin duda uno de los temas «estrella» de la Cumbre, conviene señalar la adopción del programa Eurososial, cuyo objetivo es promover intercambios de experiencias y conocimiento especializado entre ambas regiones, en particular en los sectores educativo y sanitario. Hay que subrayar, asimismo, el compromiso adoptado por ambas Partes para erradicar la pobreza, la desigualdad y la exclusión social, así como el llamamiento efectuado a las instituciones financieras internacionales para alcanzar dichos objetivos.

Finalmente, y por lo que respecta a las relaciones birregionales, con la cuestión de la integración regional como telón de fondo, lo más significativo de la Cumbre es que se anunció la apertura del proceso de negociación de la UE con Centroamérica y la CAN para la conclusión de sendos Acuerdos de Asociación, aunque sin fijar fecha concreta y sometiendo dicha apertura a la condición de que se valorara conjuntamente el estado del proceso de integración en ambas regiones, y circunscribiendo su concreción futura al marco de la Ronda de Doha. Por lo que respecta a las negociaciones del Acuerdo de Asociación con Mercosur, el Documento Final expresa el deseo —finalmente no materializado— de que las negociaciones concluyeran en octubre de 2004, destacándose, asimismo, la importancia de las relativas al Acuerdo de Asociación Económica entre los países del Caribe y la UE, en el marco del Acuerdo de Cotonú. Sin duda, en el «haber» de la Cumbre de Guadalajara, debe figurar, no sólo el apoyo explícito —con un enfoque descentralizado— a los programas y proyectos de cooperación, como AL-Invest, @Lis, URB-AL, ALFA y ALBan (anunciado con ocasión de la anterior Cumbre de Madrid), sino también la ampliación hasta 2008 del Plan de Acción 2002-2004 para construir un Espacio Común de Educación Superior entre ALC y UE, haciendo un llamamiento expreso a las instituciones de educación superior e investigación de ambas regiones a participar en el Programa *Erasmus Mundus*.

La IV Cumbre UE-ALC, que con el lema «Fortalecimiento de la Asociación Estratégica Birregional» se ha desarrollado en Viena el 12 y 13 de mayo de 2006, ha estado precedida por el trabajo del Grupo Birregional de Altos Funcionarios, que en su XVII Reunión definió los 12 temas de la agenda, que más tarde serían incluidos en el Documento Final. Sin lugar a dudas esta Cumbre se ha caracterizado por las grandes expectativas que ha generado debido a los acontecimientos producidos durante los meses anteriores a su desarrollo, y que han afectado en particular a determinados países de la región latinoamericana. En primer lugar, el anuncio de la entrada de Venezuela en el Mercosur y, con posterioridad, de su retirada de la CAN, efectuada por Hugo Chávez con ocasión de una reunión celebrada en Asunción el 19 de abril de 2006 con sus homólogos de Bolivia, Paraguay y Uruguay, que tenía por objeto analizar la posible construcción de un gasoducto entre Bolivia y Uruguay, con financiación parcial de Venezuela. La

causa esgrimida por Venezuela para justificar su salida de la CAN es el perjuicio que para dicho país causarían los Tratados de Libre Comercio firmados por Colombia y Perú con Estados Unidos, al posibilitarse de esta forma la entrada masiva de productos norteamericanos en el mercado venezolano. Sin lugar a dudas, el principal perjudicado de la salida de Venezuela de la CAN sería Colombia, ya que aquél es su segundo socio comercial después de Estados Unidos, y con quien mantiene un importante superávit en la balanza comercial (en 2005 Colombia exportó a Venezuela por valor de 2.097 millones de dólares e importó por valor de 1.022 millones. Cfr. MALAMUD, C.: «La salida venezolana de la Comunidad Andina de Naciones y sus repercusiones sobre la integración regional», *ARI*, núm. 54/2006, p. 4. Disponible en <http://www.realinstitutoelcano.org/analisis/970.asp>).

A las inquietudes creadas por el anuncio de la salida de Venezuela de la CAN y del abandono del G3 (formado además por México y Colombia), se añadieron el efectuado por el recién elegido presidente de Bolivia, Evo Morales, de sumarse a las iniciativas impulsadas por Venezuela y Cuba, como el ALBA (Alternativa Bolivariana para las Américas) o el TCP (Tratado de Comercio de los Pueblos), así como de nacionalizar los hidrocarburos, mediante el Decreto Supremo núm. 28701. Aunque Bolivia manifestó igualmente su desacuerdo con los Tratados de Libre Comercio firmados con Estados Unidos, en particular por Colombia por afectarle más directamente, no ha tomado todavía una posición definitiva sobre su permanencia o su salida de la CAN, de cuyos mercados depende mucho más que Venezuela. En cualquier caso, la irrupción de Venezuela en el Mercosur, y el abrupto anuncio de su salida de la CAN, amenaza directamente la viabilidad de ambos bloques y abre, al mismo tiempo, un interrogante sobre el futuro de la Comunidad Sudamericana de Naciones.

En efecto, no parece que la entrada de Venezuela en el Mercosur vaya a concederle mayor estabilidad, precisamente en un momento en que la necesita con cierta urgencia, dadas las divisiones internas en el bloque, no sólo entre grandes y pequeños, sino en particular entre Argentina y Uruguay, cuyo enfrentamiento por la construcción de las fábricas de celulosa en el lado uruguayo de la frontera fluvial, ha llevado a Argentina a plantear el caso ante la Corte Internacional de Justicia el pasado 4 de mayo de 2006 (por las pretendidas violaciones por parte de Uruguay de las obligaciones derivadas del estatuto del río Uruguay, según el tratado firmado por ambas partes el 26 de febrero de 1975) en lugar de buscar una solución multilateral dentro del propio bloque. La iniciativa ha sentado muy mal en Uruguay que ha reaccionado reforzando sus lazos comerciales con Estados Unidos en un proceso que podría configurar una futura negociación para un Tratado de Libre Comercio, como reclaman algunos sectores económicos y empresariales uruguayos que se sienten marginados dentro del Mercosur, e incluso a tantear una posible salida del bloque como miembro de pleno derecho y pasar a la condición de asociado.

Con este ambiente enrarecido por los acontecimientos de las últimas semanas que había causado perplejidad en numerosas instancias comunitarias se llegó a la cumbre de Viena. Ante este panorama de incertidumbre, existían serias dudas de que se culminara la negociación del Acuerdo de Asociación con Mercosur, ni tampoco de que se otorgara a la Comisión un mandato expreso para iniciar negociaciones con la CAN con el mismo objetivo. Incluso algunos países comunitarios empezaban a manifestar su preferencia de que, ante la crisis abierta de la CAN, se planteara la posibilidad de negociar acuerdos país por país, abandonando la tradicional postura de la UE basada en la negociación con el bloque conjuntamente. Sí parecía más probable que se concediera a la Comisión un mandato formal para abrir negociaciones para un Acuerdo de Asociación con Centroamérica.

Por otra parte, la UE acudía a Viena sumida en una cierta parálisis política desde que descarriló el tratado constitucional europeo en los referenda francés y holandés, aunque el tren siguiera a duras penas en pie aderezado por el goteo de nuevas ratificaciones. A su firme determinación por consolidar la asociación estratégica con ALC y seguir apoyando los procesos de

integración en la región latinoamericana, se enfrentaban las serias crisis del Mercosur y de la CAN, que por primera vez se producían de forma simultánea, y ante las cuales la UE debía mostrarse conciliadora huyendo al mismo tiempo de cualquier actitud que pudiera ser tildada de paternalista. La Cumbre, que venía precedida por una serie de encuentros bilaterales previos, tenía además la particularidad de ser la primera de las celebradas entre la UE y ALC que no se llevaba a cabo ni en América Latina ni en España. La Declaración Final de la IV Cumbre UE-ALC, «Declaración de Viena», incorpora los doce temas definidos por el Grupo Birregional de Altos Funcionarios en su XVII Reunión. Entre ellos y por su especial importancia, destacaremos los siguientes:

En cuanto al relativo a «Democracia y Derechos Humanos», los Jefes de Estado y de Gobierno, tras reafirmar que la democracia es un valor universal, declaran que «no existe un modelo único de democracia», no siendo ésta «exclusiva de ningún país o región». La Declaración acoge muy positivamente el establecimiento del Consejo de Derechos Humanos en el ámbito de las Naciones Unidas, así como el fomento y protección de los derechos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas a nivel local, nacional, regional, e internacional, y «toma nota» de la propuesta de crear una Asamblea Euro-Latinoamericana, surgida de la XVII Conferencia Interparlamentaria ALC-UE desarrollada en Lima del 13 al 18 de julio de 2005, por iniciativa del Parlamento Europeo. La Asamblea constaría de un número igual de miembros del Parlamento Europeo, por una parte, y de diputados del Parlantino, del Parlacen, del Parlandino, y de la Comisión Mixta de México y de Chile, por otra.

Por lo que respecta al tema «Fortaleciendo el enfoque multilateral para promover la paz, la estabilidad y el respeto del Derecho internacional», y tras reafirmar el compromiso a favor de un sistema multilateral fuerte y eficaz basado en el Derecho internacional y en las Naciones Unidas como centro, la Declaración acoge con satisfacción el establecimiento de la Comisión para la Consolidación de la Paz y manifiesta su apoyo a la Misión de Estabilización de las Naciones Unidas en Haití. De destacar es, asimismo, el rechazo a «todas las medidas de carácter unilateral y efecto extraterritorial contrarias al Derecho internacional y a las normas generalmente aceptadas de libre comercio» en clara alusión a la Ley Helms-Burton, así como el llamamiento a todos los Estados a recurrir con mayor frecuencia a las instituciones internacionales para la solución de controversias, en particular a la Corte Internacional de Justicia y a ratificar o adherirse al Estatuto de la Corte Penal Internacional a aquellos Estados que todavía no lo hayan hecho. La Declaración destaca igualmente la creación de la Secretaría General Iberoamericana (SEGIB) en la XV Cumbre Iberoamericana de Salamanca de octubre de 2005, dotada de personalidad jurídica propia y órgano de apoyo de la Conferencia Iberoamericana.

En relación con el tema de la «Energía», se reconoce la necesidad de una colaboración regional e internacional más estrecha en el sector energético, para lo cual tras hacer un llamamiento al diálogo y la cooperación birregionales, la Declaración acoge las iniciativas de integración energética en América Latina y Caribe. Aunque no se mencionan específicamente, tales iniciativas son de índole muy diversa, pues van desde el llamado gasoducto del Sur, un macro-proyecto de gigantesco coste que pretende llegar desde Venezuela hasta Argentina, atravesando Brasil y Bolivia, hasta otro de menor alcance que uniría Uruguay, Paraguay y Bolivia, pasando por otras propuestas destinadas a la creación de un «anillo energético» en la región. De interés es, asimismo, el reconocimiento expreso que efectúa la Declaración al derecho soberano de los países a gestionar y regular sus recursos naturales, resaltando igualmente la necesidad de seguir cooperando para establecer marcos comerciales y regímenes normativos más equilibrados y compatibles.

En el apartado «Acuerdos de Asociación, integración regional, comercio, conectividad (inversión, infraestructura y sociedad de la información)», la Declaración se limita a tomar nota de los progresos realizados en las negociaciones entre el Mercosur y la UE para la celebración de un Acuerdo de Asociación Interregional, y se congratula de los resultados de la sesión

ministerial de septiembre de 2005, lo cual no deja de ser paradójico, al menos por dos razones diferentes pero estrechamente relacionadas entre sí: en primer lugar por el ya espectacular retraso en la conclusión del Acuerdo, que como se anunció en la anterior Cumbre de Guadalajara, debía haberse concluido en octubre de 2004, lo cual demuestra la complejidad del proceso negociador, en particular en el capítulo agrícola, como ya analizamos hace ahora exactamente un año (Cfr. BLANC ALTEMIR; A., «¿Hacia la conclusión definitiva del Acuerdo de Asociación Interregional UE-Mercosur? El largo y tortuoso proceso negociador». *R.E.D.I.*, vol. LVII, 2005-1, págs. 503-512). En segundo lugar, por la no menos sorprendente satisfacción que demuestran los Jefes de Estado y de Gobierno por los resultados de la citada sesión ministerial de septiembre de 2005 (Cfr. «Joint Communiqué. Mercosur-UE Negotiators Meeting at Ministerial Level». Brussels, 2 september 2005. Disponible en <http://www.mebf.org/en/news/NextNegotiations.html>), la cual, a pesar de sus genéricas y bienintencionadas declaraciones, no ha logrado desbloquear definitivamente la negociación y establecer una fecha para la conclusión del Acuerdo.

Sin embargo, la Declaración sí acoge la decisión tomada por la UE y Centroamérica de entablar negociaciones, aunque sin especificar fechas concretas, relativas a un Acuerdo de Asociación, una vez cumplido el requisito previo de la evaluación de la integración económica regional en Centroamérica que figuraba en la Declaración de Guadalajara. Idéntico compromiso se incorpora en la Declaración en relación con la decisión adoptada por la UE y la CAN de iniciar durante 2006 el proceso de negociaciones conducente a un Acuerdo de Asociación, en este caso especificando, además, el 20 de julio de 2006, como fecha límite para clarificar y definir las bases de negociación. Sin lugar a dudas, la inclusión de la referencia explícita al inicio de negociaciones con la CAN debe interpretarse como un apoyo también explícito al propio bloque, o a lo que quede de él tras el anuncio de salida de Venezuela y el «impasse» abierto por Bolivia, así como una cesión a las insistentes peticiones de Perú, Colombia y Ecuador de que se concretara tal inicio pues en caso contrario podría interpretarse que la UE cedía ante los planes de Venezuela y Bolivia contra el libre comercio. La Declaración acoge, asimismo, de forma positiva los progresos realizados en las negociaciones entre la UE y el Foro de los Estados del Caribe (CARIFORUM) sobre un Acuerdo de Asociación Económica.

Todo ello, incluidas las nuevas iniciativas como la Comunidad Sudamericana de Naciones o la entrada en vigor del mercado único de la CARICOM que los Jefes de Estado y Gobierno de la IV Cumbre UE-ALC acogen positivamente, debe inscribirse en el convencimiento que la UE profesa acerca de la integración regional como elemento clave para la estabilidad, el crecimiento económico y la inversión. Tal convicción se concreta en el apoyo decidido por parte de la UE a ALC para proseguir con sus respectivos procesos de integración regional, en el marco de las negociaciones de la Ronda de Doha y el compromiso adquirido por la OMC en la Conferencia Ministerial de Hong-Kong de concluir con éxito tales negociaciones a lo largo de 2006.

La Declaración incorpora otros temas, como la «Cooperación para el desarrollo y financiamiento internacional del desarrollo», en el que los Jefes de Estado y Gobierno valoran positivamente el compromiso de los Estados miembros de la UE de llegar a una asistencia oficial para el desarrollo equivalente al 0,56 por 100 del PIB para el año 2010 y del 0,7 por 100 para el año 2015, o el relativo al «Conocimiento compartido y desarrollo de capacidades humanas: educación superior, investigación, ciencia y tecnología, y cultura» en el que se concede prioridad a la creación del Espacio Común en materia de Educación Superior ALC-UE orientado hacia la movilidad y la cooperación, dándose acogida a la iniciativa de la Comisión Europea de aumentar sustancialmente el programa de intercambios.

En líneas generales, puede afirmarse que el resultado de la Cumbre de Viena fue modesto, como podía esperarse de las especiales circunstancias en que se encontraban ambas Partes, en particular la crisis que afectaba a los principales procesos de integración latinoamericanos,

como ya ha sido analizado. Una vez más ha quedado patente la necesidad de establecer mecanismos de seguimiento, como la creación de una Secretaría Permanente Euro-Latinoamericana, iniciativa que ya fue lanzada con ocasión de la anterior Cumbre de Guadalajara por el presidente brasileño, Lula da Silva, y que ha sido retomada por el Parlamento Europeo con el objetivo de impulsar los trabajos de la Asociación en el período entre Cumbres (Cfr. Resolución sobre una Asociación reforzada entre la UE y América Latina, de 26 de abril de 2006), pero que finalmente no ha sido aprobada. En cuanto a otras propuestas recogidas en la citada Resolución del PE, para crear nuevos mecanismos institucionales, la Declaración Final de la Cumbre de Viena, o bien se limitó a «tomar nota» como es el caso de la creación de una Asamblea Transatlántica Euro-Latinoamericana, o bien optó por el silencio más absoluto, como fue el caso de la puesta al día del diálogo político ministerial mediante la celebración de reuniones frecuentes de los Ministros de Defensa, Justicia y Asuntos de Interior, Asuntos Sociales, Medio Ambiente, Desarrollo..., o la institucionalización de un diálogo birregional regular entre gobiernos locales y regionales con el auspicio del Comité de las Regiones.

Tampoco fueron recogidas en la Declaración Final, otras propuestas del PE como la adopción de una Carta Euro-Latinoamericana para la Paz y la Seguridad, que amparándose en la Carta de las Naciones Unidas, permitiría concretar propuestas políticas estratégicas y de seguridad de interés para ambas regiones, o la creación de un Centro Birregional de Prevención de Conflictos. Por último, conviene señalar que la Declaración Final de Viena tampoco recoge una antigua propuesta, incorporada en la citada Resolución del PE, como es la creación de un Fondo de Solidaridad Birregional, orientado a la gestión y financiación de programas sectoriales relacionados con la lucha contra la pobreza, la exclusión social, salud, educación e infraestructuras en los países y regiones de menor índice de renta per cápita y de mayores desigualdades sociales. El Fondo, que sería coordinado por la Comisión, o en su caso por la SEGIB, en colaboración con los organismos y países contribuyentes, incluiría la puesta en marcha de una «Facilidad América Latina», sobre la base de las aportaciones financieras del BEI y de otras instituciones interesadas.

En definitiva, y aún reconociendo la dificultad de lograr resultados notables dada la asimetría que preside las relaciones entre ambas regiones, y el valor intrínseco que ofrece este tipo de convocatorias en aras a favorecer el diálogo entre las Partes, la Cumbre de Viena ha puesto de manifiesto que el objetivo europeo de fomentar la integración regional en América Latina a través de la creación de bloques cohesionados con los que poder dialogar, cooperar y comerciar mejor, está lejos de alcanzarse, pero también que las Cumbres UE-ALC constituyen una pieza importante en las relaciones entre ambas regiones en un entorno global cada vez más complejo y cambiante.

Antonio BLANC ALTEMIR



## B) DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

### 1. CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: COMISIÓN SOBRE LOS ASUNTOS GENERALES Y LA POLÍTICA DE LA CONFERENCIA (3-5 DE ABRIL DE 2006)

1. La Comisión de Asuntos Generales y Política de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado tuvo lugar entre los días 3 a 5 de abril de 2006. Preside con acierto la reunión la Sra. Monique Jametti-Greiner (Suiza). Las actas de las reuniones de la Comisión de Asuntos Generales y Política de la Conferencia, las conclusiones de la reunión y los documentos preliminares que a continuación se mencionan pueden encontrarse en la página web de la Conferencia, <http://www.hcch.net>.

2. En una primera parte de la reunión se realizó un seguimiento de los resultados de la XX Sesión Diplomática (junio 2005), en la que se aprobaron dos textos, el Convenio sobre cláusulas de elección de foro (vide Nota de A. Borrás, en *R.E.D.I.*, 2005, 1 y en *Anuario Español de Derecho internacional privado*, 2005) y las modificaciones al Estatuto de la Conferencia (vide nota de Julio D. González Campos en *R.E.D.I.*, 2005.2). En lo que se refiere al Convenio sobre cláusulas de elección de foro, se informa que estaba aún en elaboración la versión definitiva del Informe explicativo, redactado por los Profs. T. Hartley y M. Dogauchi, que facilitará el proceso de firma y ratificación del Convenio. En relación a la aprobación de las enmiendas al Estatuto de la Conferencia para hacer posible la entrada de la Comunidad Europea como miembro de pleno derecho, se recordó que es necesaria la aprobación por 44 Estados miembros de la Organización. En aquel momento, el número de Estados que habían aprobado las enmiendas alcanzaba el número de 30.

3. A continuación, el Secretario General adjunto de la Conferencia, Prof. W. Duncan, dio cuenta del estado en que se encuentra la elaboración del nuevo Convenio en materia de alimentos y al que se refiere el Documento Preliminar núm. 7. Señala que todavía quedan numerosos temas abiertos y que se espera un avance importante en la Comisión especial que tendría lugar en junio de 2006 (vide nota de A. Borrás en esta misma *Revista*). Se tiene la intención de que el Convenio pueda aprobarse en 2007. En las conclusiones de la Comisión especial se pone el acento en la necesidad de terminar este Convenio, destacando la necesidad de que se trate de un proceso abierto a todos. El Prof. Duncan expresó su agradecimiento a España y a Estados Unidos por la ayuda para disponer de traducción al español y al Reino Unido y a Canadá por su contribución para financiar los viajes de determinados delegados.

4. Como otro punto del orden del día figura la realización de un «*tour de table*» sobre la ratificación o adhesión a determinados Convenios elaborados en otras Sesiones de la Conferencia.

a) Convenio sobre la ley aplicable a ciertos derechos sobre valores depositados en un intermediario. Por parte del Secretario primero de la Conferencia, C. Bernasconi, se dio cuenta de la publicación del informe explicativo al Convenio y de las diversas reuniones que han tenido lugar en distintas partes del mundo para dar conocimiento del Convenio. Suiza y Estados Unidos subrayan el interés de la industria financiera en el Convenio. Por su parte Canadá señala que necesitará aún un tiempo para ratificarlo. La Comunidad Europea se limitó a decir que el estudio de impacto aún no estaba realizado, por lo que no puede todavía pensarse en la firma del Convenio, continuando así en la postura mantenida con anterioridad en relación a este Convenio.

b) Convenio de 1996 sobre protección de niños. Tras dar cuenta de que el Convenio se encuentra en vigor en 12 Estados y que 18 más lo han firmado, se señala el problema que significa la paralización de la ratificación por los Estados miembros de la Comunidad por el problema de Gibraltar, con lo que, en palabras del Secretario General de la Conferencia, «se está dando una imagen negativa» a otras áreas geográficas. La presidencia austriaca de la Comunidad subrayó que da prioridad al tema y que está buscando una solución. Ni España ni el Reino Unido intervinieron en este punto. Holanda y Alemania muestran su disgusto por el retraso en la ratificación y señalan que están preparando normas internas para su aplicación conjunta con el Reglamento 2201/2003. Diversos Estados intervienen para señalar que están preparando la firma y/o la ratificación del Convenio.

c) Convenio de 2000 sobre protección de adultos. El Secretario General subraya el interés de este Convenio, que cumple una necesidad, ya que en veinte años en Europa se producirá un aumento importante del número de personas de edad superior a sesenta años, lamentando que no haya más ratificaciones por el momento. Canadá, Alemania y Suiza indicaron que están examinando las posibilidades de ratificación del Convenio.

d) Convenio de 1985 sobre ley aplicable al *trust* y su reconocimiento. Diversos Estados señalan el interés que el Convenio tiene para los Estados de Derecho civil, que no conocen en general esta figura jurídica y que, sin embargo, se encuentran frecuentemente confrontados a problemas derivados de la necesidad de reconocer *trust* constituidos en otros países. Por el Secretario General se recuerda la utilidad del Convenio, que contiene normas de conflicto de leyes y sirve para el reconocimiento de la figura, con lo que puede ser un complemento para el Reglamento comunitario 44/2001 y para el Convenio de Lugano, que contienen normas de competencia judicial internacional y de reconocimiento y ejecución de decisiones relativas al *trust*.

e) Convenio de 1980 sobre acceso internacional a la justicia. Se señala el interés que tendría una más amplia aceptación de este Convenio, del que España ya es parte.

f) Convenio de 1971 sobre ley aplicable a los accidentes de circulación. El Secretario General señala la utilidad del Convenio para las compañías de seguros, ya que aunque es complejo, da previsibilidad. Para determinados Estados el Convenio resulta muy complejo y, por tanto, no lo consideran útil. Por otra parte, la Comisión recuerda la preparación en el seno de la Comunidad Europea de un Reglamento sobre ley aplicable a las obligaciones no contractuales (el denominado «Roma II»), que será más simple que el Convenio de La Haya de 1971, subrayando además que la adopción del Reglamento comportará que la materia se convierta en competencia exclusiva de la Comunidad. España, parte en el Convenio de 1971, se verá, por tanto, afectada en este ámbito.

g) Convenio de 1970 sobre reconocimiento de divorcio y separación. Siendo su éxito relativo (sólo 18 Estados parte), se subraya el interés del Convenio incluso para los Estados

miembros de la Comunidad Europea, ya que el Reglamento 2201/2003 se aplica sólo a los supuestos intraeuropeos, pero no para los casos de decisiones dadas en terceros Estados.

*h)* Convenio de 1961 sobre forma de los testamentos. Se trata, sin duda, del Convenio de La Haya en materia de ley aplicable que ha tenido mayor éxito y que ha probado ser muy útil. Diversos Estados muestran su interés en ser parte en el mismo. De la misma forma, la Comisión Europea indica que puede constituir uno de los Convenios anteriores respecto al cual tenga interés en llegar a ser parte, teniendo en cuenta la iniciación de trabajos en materia de sucesiones.

5. Como una de las características de la Conferencia de La Haya en los últimos tiempos puede señalarse la importancia dada al seguimiento (*monitoring*) de los Convenios y, en particular, de aquellos que comportan cooperación de autoridades. El tema se divide en dos partes, dedicada la primera a los Convenios en materia de protección de la persona y la segunda dedicada a los Convenios de cooperación judicial.

*a)* Presenta la primera parte, relativa a la protección de la persona, el Secretario General adjunto, Prof. W. Duncan, basándose esencialmente en el Documento preliminar número 2 (Proyectos relativos a los Convenios sobre niños, alimentos, adultos y cohabitación) y en el anexo A del Documento preliminar núm. 6 (trabajos vinculados al seguimiento de los Convenios), destacando que para la correcta aplicación de los Convenios participa tanto la Oficina permanente, como las autoridades centrales, los jueces, los académicos y otros profesionales. De suerte que no puede separarse el seguimiento de los Convenios existentes de los trabajos futuros, poniendo como ejemplo que el Convenio ahora en elaboración en materia de alimentos surgió de las dos Comisiones especiales de 1995 y 1999 sobre la aplicación de los Convenios existentes.

En relación al Convenio en materia de adopción de 1993, se da cuenta de la Comisión especial que tuvo lugar en septiembre de 2005 (nota de A. Borrás en *Anuario español de Derecho internacional privado*, 2005).

Por lo que se refiere al Convenio sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, se informó que la tercera Comisión especial sobre su aplicación tendrá lugar entre los días 30 de octubre a 9 de noviembre de 2006. Se puso especialmente el acento en la necesidad de que participen las autoridades centrales. Suiza presenta el documento de trabajo núm. 1, que no es favorablemente acogido, ya que propone ciertas modificaciones al Convenio, cuando se trata de un Convenio que funciona bien y que, por tanto, se prefiere no cambiar. En todo caso, se examinarán las propuestas en la Comisión especial del mes de octubre. Se destaca asimismo la utilidad de la «Guía de buenas prácticas» relativa al Convenio.

Se presenta a continuación el Documento Preliminar núm. 3 relativo a la tecnología de la información al servicio de los Convenios de La Haya, con referencia específica al INCADAT y al INCASTAT.

También se subrayan los seminarios realizados y otras actividades de formación, así como los programas regionales en general y, en particular, el programa especial para Latinoamérica, a que se refiere el anexo C del Documento preliminar núm. 6. Ello debe ponerse en relación con los temas relativos a la utilización del español, a que se hace referencia más adelante. Se destaca asimismo la importancia del proceso de Malta, con la reciente celebración de la segunda Conferencia y que constituye un excelente punto de encuentro de los países de las dos riberas del Mediterráneo.

*b)* Respecto a los Convenios relativos a la cooperación procesal, se trata, en primer lugar, de la presentación del programa piloto relativo a la apostilla electrónica, a que se refiere el Documento preliminar núm. 10, que es minuciosamente presentado por el Primer secretario Sr. C. Bernasconi y el Notario Sr. R. J. Hansberger (National Notary Association). Se trata de una evolución del Convenio de La Haya de 1961 (del que son parte 86 Estados), sin necesidad

de modificación alguna. Pretende la creación de una apostilla más efectiva y más segura, mediante la utilización del mecanismo electrónico. En la Comisión especial de 2003, a la que asistió el Prof. González Campos, se trató por primera vez del tema, constatándose que el Convenio lo permite. Tras la celebración del I Foro sobre el tema en Las Vegas (mayo de 2005), se celebrará un segundo foro en Washington entre los días 27-29 mayo 2006. Para la aplicación práctica del sistema se establece un calendario en cuatro etapas: 1.<sup>a</sup> hasta abril de 2007, que se interesen 3 Estados en el sistema y lo empiecen a aplicar; 2.<sup>a</sup> etapa hasta 2008, en que participen 5 Estados y se cumplimente un cuestionario; 3.<sup>a</sup> etapa, hasta 2009, con participación de 20 Estados y la celebración de una Comisión especial sobre funcionamiento del sistema; 4.<sup>a</sup> etapa, hasta 2010, en que cabría pensar que la mayoría de Estados parte en el Convenio de 1961 pudieran aceptarlo.

En este ámbito se presenta también la 3.<sup>a</sup> edición del manual práctico sobre la aplicación del Convenio en materia de notificaciones de 1965, publicada en las dos lenguas oficiales de la Conferencia, en francés y en inglés, acompañada de un CD y posible de consultar también en la página web de la Conferencia. Anuncia asimismo que ya está en preparación una traducción al ruso y al chino. En relación a la posibilidad de traducción al castellano, se hará referencia a ello más adelante.

6. Un tema esencial dentro de las reuniones de la Comisión de Asuntos Generales y Política de la Conferencia es la fijación de los trabajos futuros. Una cuestión particularmente delicada en este momento por dos razones. En primer lugar, porque se ha terminado el Convenio sobre cláusulas de elección de foro y está en preparación el Convenio en materia de alimentos. En segundo lugar, por las materias que han sido comunitarizadas o van a serlo en plazo breve, lo que incide negativamente en los trabajos de la Conferencia. Este tema fue objeto de examen en el primer día de trabajo, para volver sobre él al término de la reunión y constituir la parte esencial de las recomendaciones y conclusiones de la reunión. Como anexo al orden del día figuraban los temas que se consideraron como posibles trabajos futuros de la Conferencia en la XIX Sesión y en la reunión de esta Comisión en 2003. En relación a ellos, se mantienen sin prioridad los siguientes:

Cuestiones de Derecho internacional privado derivadas de la sociedad de la información, incluido el comercio electrónico. Se considera que es un tema importante, pero que no debe tener prioridad, teniendo en cuenta que se está trabajando en diversos foros.

Conflictos de competencia, ley aplicable y cooperación administrativa y judicial respecto a la responsabilidad civil por daños al medio ambiente.

Competencia, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de sucesiones por causa de muerte.

Competencia, reconocimiento y ejecución de decisiones respecto a parejas no casadas. Se trata de un tema discutido y sobre el que se dispondrá de un estudio de Derecho comparado antes del verano.

Evaluación y análisis de las cuestiones transfronterizas suscitadas por los títulos depositados en un intermediario, teniendo en cuenta los trabajos realizados en el seno de otras Organizaciones internacionales, en particular en UNIDROIT.

Se suprime el tema de la ley aplicable a la competencia desleal, ya que no se está haciendo nada específico y, además, está vinculado al tema de la sociedad de la información.

En el mencionado anexo al orden del día figura también una relación de temas que se han sugerido al Secretario General.

Una primera cuestión que se plantea es si en este momento es urgente la determinación de nuevos temas de trabajo o es preferible centrarse en la aplicación de los Convenios existentes. Aún dando mucha importancia a este último aspecto, se considera que deben adoptarse temas para futuros Convenios.

Una segunda cuestión es la adopción de temas nuevos sobre los que fuera interesante trabajar. La Presidencia de la Comunidad Europea subrayó su interés en tres temas: los principios de las normas de conflicto en materia de contratos, la mediación familiar y la aplicación del Derecho extranjero, sin que sobre ello hubiera un acuerdo de los Estados miembros, por lo que España precisó que es un tema abierto, siendo necesario realizar estudios sobre las propuestas, sin perjuicio de que surja otro tema que suscite un mayor entusiasmo. España hizo notar que es difícil la elección de un tema sobre la base de un simple título, sin que se haya hecho un estudio sobre los mismos, que es la técnica habitualmente utilizada en relación a anteriores Convenios. La postura española recibió amplio apoyo, expresado especialmente por Suiza, Finlandia y Reino Unido. De otro lado, España manifestó sus reservas tanto sobre la eventual elaboración tanto de los principios sobre conflicto de leyes en materia de contratos (sugerido al parecer por UNIDROIT) como de leyes modelo (propuestas por Canadá y Nueva Zelanda) pues ello entrañaría un gran esfuerzo para la Conferencia cuando su resultado sería un simple *soft law* cuya utilidad práctica era dudosa. El resultado de las discusiones, incorporadas a las conclusiones finales, es encargar a la Oficina Permanente que se estudie la posibilidad y conveniencia de elaborar un Convenio en determinadas materias, sin que ello implique que deba escogerse entre uno de ellos, sino que se trata de un tema abierto y que, por tanto, puede surgir cualquier otro tema que concite un mayor entusiasmo. Por el momento, los temas que se han seleccionado son los siguientes:

1) Elección de la ley aplicable en materia de contratos internacionales, subrayándose que el estudio debe examinar en particular si la elaboración de tal instrumento responde a una verdadera necesidad práctica.

2) Mediación familiar transfronteriza, tema que recibió bastante apoyo. En este caso, el estudio deberá seguir a la celebración de la Comisión especial sobre el funcionamiento del Convenio de 1980 sobre sustracción de menores, en la que también se examinarán determinados aspectos del Convenio de 1996 sobre protección de niños, ya que en ella surgirán temas vinculados a la utilidad de la mediación.

3) Colaboración transfronteriza relativa al Derecho extranjero, teniendo en cuenta la limitación del Convenio de Londres y su falta de adaptación a los Estados de *Common Law*.

Debe señalarse que una parte importante de Estados se manifestaron contrarios a retomar el tema de reconocimiento y ejecución de sentencias, considerando que tras la adopción en junio de 2005 del Convenio sobre cláusulas de elección de foro, es necesaria una pausa en la materia. Del mismo modo, tampoco fue favorablemente acogida la propuesta del Secretario General contenida en el Documento preliminar núm. 8 en relación a la aplicación de las técnicas de la Conferencia de La Haya a los problemas que plantea la emigración, que, no obstante, recibió el apoyo de México, Brasil y Perú. La Presidencia entendió que los métodos de Derecho internacional privado no son adecuados para las migraciones, pues se trata de un tema terriblemente político.

7. Otro punto del orden del día se refiere a la organización del trabajo de la Conferencia. De forma breve, se trata de la revisión del plan estratégico, a que se refiere el Documento Preliminar núm. 1.

En este apartado cabe también incluir los temas relativos al presupuesto ordinario (documento preliminar núm. 4) y al presupuesto complementario (documento preliminar núm. 5), sobre los que se informa a la Comisión, aunque su aprobación corresponde a la reunión de Embajadores que tiene lugar en julio. Algunos Estados (en particular, China y Brasil) hacen constar que desearían recibir más de la Conferencia, teniendo en cuenta las aportaciones que les corresponde hacer en su condición de miembros.

8. Como siempre, se ha destacado la importancia de la utilización del español para llegar más fácilmente a los países de América Latina. Debe recordarse al respecto que sólo el francés

y el inglés son lenguas oficiales de la Conferencia de La Haya y que fue en el Acta final de la XIX Sesión (2002) cuando se indicó, por primera vez, el interés que tendría la posibilidad de interpretación y traducción al castellano durante la elaboración del Convenio en materia de obligaciones alimenticias. Se ha destacado en relación a este tema la contribución realizada por Estados Unidos, que se hizo cargo de los gastos de interpretación y de España, que entregó una cantidad para ser aplicada a gastos de traducción u otros vinculados a la participación de los países americanos.

En este caso, merecen destacarse dos datos: a) Aún continuando sin ser lengua oficial, el español ha adquirido el rango de tercera lengua de la Conferencia, lo que se ha traducido en la elaboración por la Oficina Permanente de unas «reglas de estilo» en esta lengua, similares a las existentes para el francés y el inglés. b) La Oficina Permanente de la Conferencia estaría dispuesta a hacerse cargo de la publicación en español del Manual práctico para la aplicación del Convenio sobre notificaciones de 1965, pero no dispone de los medios necesarios para efectuar la traducción. La obra es de un evidente interés para nuestros operadores jurídicos y, más en general, para todos los hispanoparlantes.

Julio D. GONZÁLEZ CAMPOS  
Alegría BORRÁS

## 2. CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: COMISIÓN ESPECIAL PARA LA PREPARACIÓN DE UN CONVENIO EN MATERIA DE ALIMENTOS (19-28 DE JUNIO DE 2006)

1. La Comisión Especial sobre cobro internacional de alimentos con respecto a los niños y otras formas de manutención de la familia, de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, ha tenido lugar entre los días 19 a 28 de junio de 2006. El número de participantes fue elevado, habiendo sido invitados, no sólo Estados miembros de la Conferencia sino también Estados parte en el Convenio de Nueva York de 1956 y otros países cuya participación en la Comisión se consideró de interés. Es de destacar la presencia de un número importante de Estados latinoamericanos, representados en la mayoría de los casos por su personal diplomático destinado en Europa, ya que la larga distancia y la fuerza del euro, impide la presencia de un mayor número de expertos. No obstante agradecieron la traducción simultánea que la Conferencia ha otorgado para el uso del español. En este sentido se constata un avance de la lengua española que a pesar de no ser lengua oficial, cada vez cobra mayor importancia en los trabajos de la Conferencia. Parte de la documentación ha podido ser entregada, además de francés e inglés, en español.

Se disculpó la presencia del Presidente de la Comisión Especial Prof. F. Pocar, por tener dificultades para participar debido a su condición de Presidente del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, siendo sustituido en su cargo por la Vicepresidenta Sra. M. Kurucz (Hungría), quedando como Vicepresidentes la Sra. M. H. Carlson (Estados Unidos), y el Sr. Jin Sum (China). Sobre reuniones anteriores, vid. notas en *R.E.D.I.* de A. Borrás y C. González Beilfuss, 2003.1 y de A. Borrás y C. Parra, 2004.1, 2005.1.

Todos los documentos que se mencionan pueden consultarse en <http://www.hcch.net>.

2. El Secretario General de la Conferencia de La Haya, Sr. J. H. A. van Loon presentó el Documento preliminar núm. 21, preparado por la Oficina Permanente, y en el que se recogen las cuestiones que surgen en relación al borrador del Convenio, que se contiene en el Documento preliminar núm. 16 elaborado por el Comité de redacción en su reunión celebrada en La Haya del 5 al 9 de septiembre de 2005 y dio cuenta del esfuerzo realizado desde entonces

por los Grupos de Trabajo, que han generado, asimismo, los documentos que se han enviado a los delegados por correo electrónico, que son el documento preliminar núm. 22 sobre ley aplicable y el documento preliminar núm. 17 sobre cooperación administrativa, que ha contado con una subcomisión para elaboración de propuestas de formularios. Las relatoras, Prof. A. Borrás y la Sra J. Degeling, expusieron las líneas generales del borrador de Informe Explicativo, que se ha considerado no debe distribuirse a las delegaciones, teniendo en cuenta su provisionalidad.

3. La Presidenta del Comité de redacción, Sra. J. M. Doogue, expuso las líneas generales del texto articulado elaborado como propuesta. El resultado de la primera lectura del texto fue plasmado por el Comité de redacción en el Documento de trabajo núm. 98, en sus dos versiones lingüísticas y apareciendo señaladas las modificaciones respecto al texto contenido en el Documento preliminar núm. 16. En la segunda parte de la reunión se realizó una segunda lectura, cuyos resultados se plasmarán en el texto por el Comité de redacción en la reunión a que se hace referencia más adelante. No se han examinado en esta ocasión todos los artículos, sino sólo algunos aspectos, haciéndose referencia a continuación a los más destacados.

4. El ámbito de aplicación del Convenio sigue constituyendo uno de los aspectos más discutidos. En efecto, se pretende que el Convenio tenga vocación de ser aplicado a todos los parientes pero, por otra parte, hay clara conciencia de que no todos los Estados están dispuestos a aceptar tal posibilidad. De ahí que en la redacción con la que se inició el debate el ámbito de aplicación fuera amplio, con posibilidad de formular reservas. No obstante, en el curso de la discusión se fue creando otra posición, que consiste en establecer un núcleo mínimo y una posibilidad de realizar declaraciones que permitieran extender el ámbito a otros parientes. El núcleo mínimo estaría constituido por las obligaciones de alimentos respecto a los niños que no alcancen la edad de 21 años, con lo que se mantiene la coherencia con los actuales Convenios de La Haya y se supera la edad de 18 años, a la que muchos Estados eran favorables. Junto a ello, los alimentos entre cónyuges quedan sujetos al Convenio, con excepción de los capítulos II y III que se refieren a la cooperación administrativa, con lo que la aplicación del Convenio se limita, en realidad, al reconocimiento y ejecución. En relación a cualquier otro pariente, es necesaria una declaración. Se aclara que, en cualquier caso, el ámbito del Convenio se extiende a las instituciones públicas que prestan alimentos en lugar del deudor. Pero, con la intención de poner de manifiesto la vocación de aplicar el Convenio a todas las obligaciones alimenticias llevó a una redacción que se inicia diciendo que «*This Convention may be applied to maintenance obligation in respect of a child, as well as maintenance obligations arising from other family relationships, parentage, marriage or affinity*», fórmula que genera ambigüedad y no es apropiada para delimitar el ámbito de aplicación del Convenio. De ahí, pues, que el Comité de redacción deba trabajar nuevamente sobre este artículo.

5. La tradición de la Conferencia de La Haya es utilizar como conexión la residencia habitual. Esta tradición se rompió en el reciente Convenio sobre cláusulas de elección de foro, dándose como razón que no se refería a temas de familia y que, por tanto, era suficiente referirse a «residencia». Pero en este caso, se trata de un tema vinculado a la situación de las personas y nuevamente ha surgido el tema de la utilización del término «residencia « o «residencia habitual». La duda se plantea porque algunas delegaciones entienden que el término residencia habitual es especialmente difícil de delimitar por las autoridades administrativas o bien porque pudiera dar lugar a que el Estado requerido rechazara su competencia por entender que la residencia habitual no se encuentra en su territorio. De ahí que se propusieran definiciones alternativas como «Estado en el que vive el solicitante», «un acreedor en un Estado requiriente», la residencia que excluye la mera presencia o la residencia que se refiere a períodos de duración inferior a tres meses. El acuerdo alcanzado es que basta la mera residencia para la cooperación, mientras que se exige la residencia habitual para reconocimiento y ejecución y en materia de ley aplicable. Por el momento, en las definiciones (art. 3) se dice que la «residencia

excluye la mera presencia», sin definirse la residencia habitual, como es habitual en los Convenios de La Haya. La solución es difícil, puesto que habrá que clarificar bien la distinción entre residencia y residencia habitual en el informe explicativo.

6. La parte relativa a la cooperación de autoridades constituye, hasta el momento, el aspecto sobre el que existe un acuerdo más amplio para su inclusión en el futuro Convenio, quedando abierto para el debate aquellos puntos para los que no hubo acuerdo en la Comisión especial anterior. Su importancia también quedó reflejada en el tiempo dedicado al debate por parte de las delegaciones y su importancia en el conjunto del orden del día. Debe destacarse el hecho de que se ha añadido un nuevo artículo 13 bis al capítulo relativo a la posibilidad de utilizar cualquier otro procedimiento existente en el Derecho nacional, para tratar así de subrayar que lo que se pretende es la utilización de los medios más expeditos posible. Esta cooperación se estructura a través de los capítulos II (cooperación administrativa) y III (solicitudes a través de las autoridades centrales).

a) El eje del Convenio es la designación de unas autoridades centrales y de ahí que el debate en esta materia se centrara en las funciones de las autoridades centrales, siendo significativo, en particular, que se haya optado por decir que tomarán «todas las medidas apropiadas» (*all appropriate measures*) en vez de «las medidas más efectivas disponibles (*the most effective measures available*)», lo que significa que no basta cualquier medida, sino que es necesario que se adopten todas las medidas que sirvan para iniciar y facilitar todos los procedimientos que se tramiten a través de ellas. La enumeración de las funciones es amplia y muestra la importancia del correcto funcionamiento de las autoridades centrales.

b) El capítulo III se dedica a las solicitudes a través de las autoridades centrales, enumerándose (art. 10) cuales sean las solicitudes que pueden recibir curso a través de las Autoridades centrales. En torno a esta disposición se discutió si la autoridad central actuaba sólo en interés del acreedor, puesto que para algunos el objetivo del Convenio era defender lo justo y, por tanto, no se debería diferenciar entre la protección al acreedor y al deudor. Tras un amplio debate, se dio mandato al Comité de redacción para que el deudor también pudiera utilizar la protección del Convenio en materia de cooperación.

Vinculado a estas solicitudes se encuentra el tema de la utilización de formularios, que pueden facilitar en gran medida el funcionamiento del Convenio. Por el momento, no obstante, el artículo 11 sigue manteniendo dos opciones, la primera, para el supuesto de que no existan formularios obligatorios y la segunda para el caso de que tales formularios existan, no habiéndose tomado una decisión al respecto, aunque parece que las posturas se van inclinando hacia la utilidad que tendría la existencia de formularios obligatorios.

7. El tema del acceso efectivo a la justicia (art. 13) ha sido uno de los más debatidos, dada la relevancia económica que supone su alcance y extensión. Una de las delegaciones que mayor número de enmiendas presentó fue la de la Comunidad Europea ya que según sus argumentaciones este artículo no está en el lugar que le corresponde ya que se va a utilizar para todos los ámbitos del Convenio. La mayoría de las delegaciones se manifestaron a favor de la regla general de la gratuidad con la posibilidad de establecer excepciones, acogiendo positivamente la propuesta de la Comunidad Europea. Aunque se preparó un documento conjunto sobre el tema por las delegaciones de la Comisión Europea, Estados Unidos y Canadá, la discusión no quedó concluida. La importancia y las discrepancias entre las diferentes delegaciones, ha hecho que la cuestión quede abierta para una posterior discusión en la Comisión Especial que se celebrará en la primavera de 2007, previa a la presentación de documentos de trabajo por parte de las delegaciones.

8. El otro gran bloque del contenido del Convenio está constituido por el reconocimiento y la ejecución de decisiones. Una de las novedades que incorpora este texto en relación a Convenios anteriores es que realiza una distinción entre reconocimiento y ejecución (Capítulo V), que incluye lo que clásicamente y referido a sentencias se conoce como *exequatur*, y el recono-

cimiento *stricto sensu* (Capítulo VI) para reforzar la idea de que el objetivo del Convenio es que los alimentos efectivamente se paguen. Aceptado, como se ha dicho antes, que esta parte del Convenio la conexión debe ser la residencia habitual, el tema ya no volvió a discutirse.

9. Por lo que se refiere al reconocimiento y ejecución, puede decirse que el capítulo V es otro de los capítulos básicos en el Convenio, ya que de su correcta delimitación dependerá la creación de un sistema rápido y seguro para la consecución de obligaciones alimenticias.

Fundamental en este sentido es el artículo 16 en relación a las bases para el reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de obligaciones alimenticias. Los problemas planteados básicamente en torno a esta materia se refieren a aquellas bases que no son aceptadas por todos los Estados y, en particular, el apartado c), que se refiere a la decisión dictada en el Estado de la residencia habitual del acreedor de alimentos, algo bien conocido en los instrumentos europeos pero inaceptable para Estados Unidos, habiéndose optado por la posibilidad de incluir una reserva excluyendo esta base. Por el momento, está entre corchetes y también están entre corchetes la posibilidad de formular una reserva a los supuestos de acuerdo de elección de foro y a los supuestos de decisión dada por una autoridad que ejerza competencia en una materia de estatuto personal. Ya sin corchetes aparece en el párrafo 3 que el Estado que hace la reserva puede reconocer la decisión si en circunstancias similares se hubiera dado competencia a sus autoridades para adoptar tal decisión (el denominado *factual approach*) y, si no pudiera reconocerse, tomará todas las medidas posibles para que se adopte una decisión.

Uno de los problemas más difíciles es precisamente el hecho de que en el apartado 5 se pretende limitar a los 18 años la posibilidad de establecer una decisión sobre alimentos cuando no se ha podido reconocer una sentencia extranjera únicamente en virtud de una reserva, frente a la disposición del artículo 2, que determina la aplicación del Convenio a los menores de 21 años. La razón de la diferencia estriba en que los Estados Unidos podrían reconocer una sentencia extranjera en relación a un menor de 21 años, si no hubiera lugar a aplicar la reserva, pero no podría establecer una decisión después de los 18 años. La regla resultante y el juego conjunto de estas disposiciones es bastante confuso. Por esta razón el Comité de Redacción revisará este párrafo para una posible enmienda.

Habiéndose discutido largamente en ocasiones anteriores las causas para el no reconocimiento y ejecución, el artículo 18 únicamente fue objeto de dos modificaciones. La primera, para quitar los corchetes al apartado b) y, al igual que en el Convenio sobre cláusulas de elección de foro, entender que una decisión puede no ser reconocida y ejecutada si fue obtenida por fraude en conexión con una cuestión de procedimiento, lo que fue posible tras diferenciarlo del orden público y del fraude de ley. La segunda, para modificar el apartado e) en el que se admitió el reconocimiento y la ejecución si el demandado hubiera tenido adecuado aviso de la demanda y oportunidad de contestar o adecuado aviso de la decisión y oportunidad de impugnarla.

Gran confusión causó el artículo 19, que pretende establecer un procedimiento para dar curso a una solicitud de reconocimiento y ejecución. El punto de partida es que el Convenio pretende abaratar costes y acelerar los procedimientos y para ello el Comité de redacción ha intentado hacer un texto flexible que se adaptase a los sistemas nacionales, para lo que se han establecido unos principios básicos que los Estados deben acatar. La creación de un procedimiento común y los posibles recursos no es un tema fácil y menos aún si se tiene en cuenta la existencia de sistemas administrativos junto a los sistemas judiciales y, por tanto, debe encontrarse un denominador común aceptable. Por esta razón, y a petición de China, una nueva discusión sobre este tema tendrá lugar en la Comisión especial de mayo de 2007.

Vinculado al anterior tema aparece el de los documentos que debían acompañar a la solicitud de reconocimiento y ejecución en dicha fase. Para ello el Grupo de trabajo de formularios presentó el documento preliminar núm. 17. La cuestión básica es si es necesaria la copia de la

decisión completa o es posible aceptar un resumen, algo también vinculado al coste de las traducciones, tema a que se refieren, en particular, los artículos 39 y 40.

9. Aunque el capítulo VI, relativo a la ejecución *stricto sensu*, contiene diversas disposiciones, toda la discusión se centró en el artículo 29 relativo a las medidas de ejecución. La Comunidad no intervino directamente en la discusión. Para unos Estados (Alemania, Austria, Chile, Eslovaquia, Rusia) no era adecuado introducir una lista ejemplificativa de las posibles medidas que pudieran adoptarse y debería limitarse a la regla general del artículo 27 (aplicación del Derecho interno) o, como máximo, dejar sólo la introducción, para decir que los Estados contratantes adoptarían las medidas más eficaces para la ejecución *stricto sensu* (Francia). Por el contrario, para otros (en particular Estados Unidos y Reino Unido) la disposición debería mantenerse sin corchetes para dar idea de la importancia dada a la ejecución, aunque las normas no fueran obligatorias. En esta situación, la Presidenta decidió dejar la lista de posibles medidas entre corchetes, pero quitar los corchetes a la frase que indica que los Estados contratantes pondrán a disposición las medidas de ejecución más eficaces para reconocer y ejecutar decisiones de acuerdo con el Convenio.

10. Las dificultades que para algunos Estados tiene el tema de la introducción de unas disposiciones en materia de ley aplicable condujeron a crear un grupo especial de trabajo. La discusión abarca tanto el contenido mismo de las disposiciones como el tipo de instrumento en que tales disposiciones deberán incluirse.

Por lo que se refiere al contenido, el Prof. A. Bonomi (Presidente del Grupo de Trabajo) presentó el documento preliminar núm. 22, distinguiendo entre las dos partes, una opcional (art. A a K) y una obligatoria a incluir en el cuerpo principal del Convenio (art. 16, apartado 5, artículo 27, apartados 2 y 3, artículo 32, apartado 2).

Para la parte opcional se estableció una regla general en el artículo C que incluía un mecanismo en cascada que actuaría en defecto de resultado de obtención de alimentos según la conexión principal. Los puntos de conexión son la residencia habitual del acreedor de alimentos, la ley del foro y en último lugar la ley de la nacionalidad común. Como puede observarse se invirtieron los criterios del Convenio sobre la ley aplicable de 1973. Siendo la primera vez que discutía estos artículos la Comisión especial, la norma más discutida es la que se refiere a las obligaciones alimenticias entre esposos o ex esposos, partiendo de una compleja propuesta del Grupo de Trabajo que modifica la conexión del artículo 8 contenida en el Convenio de 1973. No hay acuerdo sobre el resultado y deberá seguirse trabajando en el tema, ya que mientras unos eran partidarios de aplicar la regla general contenida en el artículo C, otros prefieren una conexión particular en base a la residencia habitual común o la ley de la última residencia habitual común.

En relación a la forma que debía tener el instrumento en el que se contuvieran las normas de ley aplicable, la Comisión Especial de la sesión del 2005 dio mandato a la Oficina Permanente para preparar un documento con las propuestas posibles. Este mandato se recogió en el Documento preliminar núm. 20 que fue presentado por la Sra. C. Harnois, *Legal Officer* de la Oficina Permanente. En concreto las formas propuestas fueron la de incluir las normas bien en un Protocolo Facultativo o bien en un capítulo facultativo dentro del Convenio. Tras la exposición de las diferentes opciones la mayor parte de los países se decantaron por la fórmula del Protocolo Facultativo, ya que para delegaciones como la de la Comunidad Europea, era la única solución viable. Quedaron no obstante cuestiones abiertas como la relativa a la relación entre el Convenio y el Protocolo y, en particular, la pretensión de algunos de que fuera posible ser parte en el Protocolo sin serlo en el Convenio. La celebración de una Comisión Especial sobre la materia hizo que la Presidenta considerara abierta la cuestión sobre la elección del instrumento hasta tener un texto definitivo en materia de ley aplicable.

11. En la brevedad de esta nota se han pretendido poner de relieve los puntos más discutidos en el momento actual pero, para terminar, es preciso hacer referencia a las conclusiones de la Presidenta, Sra. M. Kurucz, transmitiendo diversos mandatos en relación al trabajo futuro.

A) Mandato al Comité de redacción. Constituye el eje del trabajo durante los próximos meses y consiste, esencialmente, en continuar su trabajo sobre la modificación del borrador de Convenio a la luz de las discusiones y de las instrucciones que se le han ido dando a lo largo de la reunión, teniendo en cuenta el documento preliminar núm. 23, en que constan las observaciones de los Estados, los documentos de trabajo y los trabajos de los distintos grupos. Especial mención se hace de la necesidad de completar el preámbulo y el artículo relativo al objeto del Convenio, así como las definiciones. El Comité de redacción se reunirá entre los días 11 y 15 de septiembre de 2006. Antes de fin de 2006 se distribuirá el texto del proyecto de Convenio en las dos lenguas oficiales y, si es posible, también en español. Asimismo, se intentará distribuir simultáneamente el informe explicativo redactado por las relatoras.

B) Mandato al Grupo de trabajo sobre ley aplicable. Este Grupo deberá continuar su trabajo, revisando el Documento preliminar núm. 22 para que se someta a los Estados y Organizaciones antes de una Comisión especial que se celebrará sobre este tema en la primavera de 2007, previsiblemente entre los días 8 y 12 de mayo. Antes del fin de este año, probablemente en octubre, deberá tener una reunión de trabajo para preparar dicho texto revisado, sin perjuicio de continuar trabajando por vía electrónica. Además de trabajar sobre la parte opcional, deberá también revisar el apartado 3 del artículo 27, que continúa planteando dudas.

C) Mandato para una reunión de la Comisión especial sobre acceso a la justicia. Las dificultades en torno al artículo 13 del Convenio y la importancia del tema conduce a plantear la necesidad de una reunión de la Comisión especial de dos días de duración, que se situaría inmediatamente antes o después de la de ley aplicable, previsiblemente para los días 14 y 15 de mayo. Se tratará, en particular, de encontrar un equilibrio entre, por una parte, la necesidad de asegurar que el acceso a los procedimientos establecidos en el Convenio, especialmente en los casos de alimentos respecto a los niños, no se ve impedida por factores de coste y, por otra parte, evitar excesivas cargas a los Estados.

A petición de China, en estos dos días también se incluirá una breve discusión sobre el artículo 19, relativo al procedimiento de reconocimiento y ejecución.

D) Mandato al Grupo de trabajo sobre cooperación administrativa. En este caso, se trata de continuar su trabajo en relación a la preparación de una ficha sobre las características legislativas de cada Estado. Se le encarga también que desarrolle, conjuntamente con la Oficina Permanente, planes para la correcta aplicación y revisión del futuro Convenio, incluyendo la posibilidad de preparar una Guía de buenas prácticas, la realización de estadísticas y la formación de autoridades centrales.

E) Mandato al Grupo de trabajo sobre formularios. Siguiendo la técnica que han venido siguiendo hasta ahora, continuarán trabajando por teleconferencia, si bien tendrá una reunión presencial antes de la primavera de 2007. La Oficina permanente insiste en la necesidad de que haya un equilibrio en la participación de representantes de países con sistema judicial y de países con sistema administrativo. Los formularios existentes han de ser revisados, teniendo en cuenta el nuevo texto de borrador del Convenio.

Alegría BORRÁS  
Carmen PARRA

### 3. LA TARDÍA (Y PROBLEMÁTICA) ADAPTACIÓN DEL ORDENAMIENTO ESPAÑOL A LOS REGLAMENTOS (CE) NÚM. 2201/2003 Y NÚM. 805/2004.

1. Con evidente retraso, España se ha adaptado a las previsiones contenidas en los dos últimos Reglamentos comunitarios que tienen por objeto cuestiones de Derecho Procesal Civil

Internacional: el Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental [*DOUE*, L 338, de 23-12-2003, modificado por el Reglamento (CE) núm. 2116/2004 del Consejo, de 2 de diciembre de 2004, *DOUE*, L 367, 14-12-2004] y el Reglamento núm. 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados (*DOUE*, L 143, de 30-4-2004). El núcleo fundamental de ambas normas es aplicable desde el 1 de marzo y el 21 de octubre de 2005, respectivamente. Cada Reglamento prevé la expedición por las autoridades de los Estados miembros de Certificados modelo, cuya finalidad es facilitar y simplificar los trámites para la ejecución en otro país comunitario de la correspondiente resolución, transacción judicial o documento público con fuerza ejecutiva. Esta previsión genérica precisa de desarrollo: autoridad competente para emitirlo, procedimiento de emisión, procedimiento para la rectificación de errores, emisión de certificados sustitutorios ante determinadas contingencias. Pues bien, transcurridos más de 15 meses (Reglamento 2201) y casi ocho meses (Reglamento 805) desde la fecha en que empezaron a aplicarse podemos contar finalmente con las correspondientes disposiciones de adaptación del Derecho español (tarde también nos metimos en faena, puesto que el Proyecto de Ley se publicó en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, iniciando así su tramitación parlamentaria, el día 28-10-2005, una semana después de empezarse a aplicar el Reglamento 805). Pero por si esto fuera poco, como seguidamente veremos, la normativa aprobada también plantea algunas sombras.

La adaptación de nuestro ordenamiento se ha realizado mediante la Ley 19/2006, de 5 de junio, por la que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y se establecen normas procesales para facilitar la aplicación de diversos reglamentos comunitarios, que entró en vigor el 7 de junio (*BOE* de 6-6-2006, esperemos que la fecha de publicación, que los supersticiosos consideran maldita, no encierre ningún mal presagio para estas normas). La primera impresión que esta Ley produce es que parece tratarse de una reforma vergonzante, pues no se ha tenido mejor idea para regular estas importantes cuestiones que hacerlo en una disposición final, que, a su vez, ha introducido dos disposiciones finales en la Ley de Enjuiciamiento Civil: la nueva DF 21.<sup>a</sup> de la LEC contiene las medidas para facilitar la aplicación del Reglamento 805 y la nueva DF 22.<sup>a</sup> las relativas al Reglamento 2201. No entiendo por qué se ha adoptado esta vía cuando en el articulado de esta Ley se modifican otros textos legales (la LEC, la Ley de propiedad intelectual, la Ley de patentes, la Ley de marcas y la Ley de protección jurídica del diseño industrial). ¿Hubiese sido un dislate formal dedicar un precepto más para introducir las mencionadas disposiciones finales de la LEC? El resultado recuerda a esas «leyes de acompañamiento» de la Ley de presupuestos generales del Estado que hace unos años modificaban medio ordenamiento jurídico y que, con eufemismo, se las denominaba «ley de medidas fiscales, administrativas y del orden social».

2. Por lo que se refiere a la *adaptación del Reglamento 2201/2003*, en su artículo 39 se prevé la expedición de un Certificado modelo con mención de los principales extremos de la resolución dictada en el Estado de origen, con el objeto de proporcionar la mayor información posible a los tribunales de Estado miembro requerido para que puedan decidir lo más rápidamente posible sobre el examen de la concurrencia de las condiciones del reconocimiento y acerca de la declaración de ejecutividad. Por otro lado, el Reglamento introduce la novedad de la declaración de ejecutividad automática para las resoluciones sobre derecho de visita o sobre restitución de menores que sean ejecutivas en el Estado de origen, que pueden así ser ejecutadas en otro Estado miembro sin necesidad de obtener judicialmente el exequátur en el país requerido, siendo suficiente con la presentación de un certificado emitido por el tribunal de origen. Se ha pasado con ello del tradicional control de la resolución en el Estado requerido a su control en origen (sobre el tema, GARAU, F., La declaración de ejecutividad automática.

¿Hacia una nueva teoría general del exequátur?, *AEDIPr.*, 2004, pp. 108 y ss.). La vía del exequátur automático se configura como una alternativa a la vía tradicional de la solicitud judicial de exequátur (art. 40.2), siendo necesario que el juez de origen expida un Certificado modelo, que permitirá instar directamente en el Estado requerido el correspondiente proceso de ejecución forzosa de la sentencia (véanse artículos 41, aps. 1.º y 2.º, y 42, aps. 1.º y 2.º).

La nueva DA 22.ª, ap. 1.º, LEC se limita a establecer que estos Certificados se expedirán de forma separada y mediante providencia. En cuanto a la forma, se ha optado por la *providencia*, esto es, por una resolución que se refiere a cuestiones procesales que requieren una decisión judicial y que, por tanto, no supone la aplicación de normas de mero impulso procesal (art. 206.2, 1.º, LEC) —la LOPJ afirma que tienen por objeto la ordenación material del proceso [art. 245.1, a), LOPJ]—. Al tratarse de una providencia, ésta deberá limitarse a expresar, además del lugar, fecha, órgano jurisdiccional y composición, que se expide la Certificación en virtud de lo dispuesto en el artículo 39, en el artículo 41.1 o en el artículo 42.1 —según el tipo de Certificado— del Reglamento 2201 y en la DF 22.ª, aps. 1.º, 2.º ó 3.º, LEC, no cabiendo contra ella recurso alguno, según lo dispuesto en la DF 22.ª, ap. 4.º, LEC (véase artículo 208 LEC). Una segunda cuestión sobre la nueva DA 22.ª, aps. 1.º, 2.º y 3.º, es que nada dice sobre la *competencia para su expedición*. ¿Quién debe expedir entonces el Certificado? Al exigirse la forma de providencia se sustrae la competencia a los Secretarios, debiendo ser el titular del órgano jurisdiccional quien lo haga. Pero es que tampoco regula qué órgano jurisdiccional de los que pueden tener alguna relación con la resolución en cuestión tiene competencia para hacerlo. Por el contexto del Reglamento cabe deducir que compete a *cualquier órgano jurisdiccional que haya emitido una resolución sobre el fondo* —sea firme o no— que se pretenda reconocer y declarar ejecutiva en otro Estado miembro. Abona esta afirmación el que uno de los extremos del Certificado se refiere a la recurribilidad de la resolución (punto 7 del Anexo I, punto 8 del Anexo III, punto 10 del Anexo IV) o a su ejecutividad (punto 9 del Anexo II), de modo que se puede certificar una resolución que se halle recurrida. Además, el Reglamento admite expresamente la posibilidad de controlar las condiciones del reconocimiento o de examinar la declaración de ejecutividad de resoluciones no firmes (aunque sí ejecutivas) en el Estado de origen (véanse artículos 27 y 35). De este modo, el certificado en nuestro país lo expedirá el JPI que ha dictado la resolución que pretende ejecutarse en otro Estado miembro, aunque haya sido recurrida ante la AP; o lo expedirá la AP si su resolución es la que pretende ejecutarse, aun cuando haya sido recurrida ante el TS; o, finalmente, lo expedirá el TS cuando su resolución sea la que se quiere ejecutar.

Existe la posibilidad de *rectificar los Certificados* emitidos al amparo de los artículos 41.1 y 42.1, lo que se realizará de acuerdo al Derecho del país de origen (art. 43.1 Reglamento). La nueva DF 22.ª, ap. 4.º, LEC establece que la rectificación se realizará según los trámites previstos para el procedimiento de aclaración o rectificación de sentencias (art. 267, aps. 1.º a 3.º, LOPJ). Lo primero que llama la atención de la solución adoptada por nuestro legislador es por qué a un proceso de *rectificación* (la propia DF 22.ª lo denomina «procedimiento para la *rectificación de errores*») le es también aplicable el procedimiento para la *aclaración* de las resoluciones judiciales (art. 267.2 LOPJ). En estos Certificados poco habrá que aclarar, pues se trata de rellenar unos campos preestablecidos de información, pareciéndome superflua la referencia al proceso de aclaración. Al tratarse de una corrección de errores, ésta puede realizarse, de oficio o a instancia de parte, en cualquier momento —la aclaración está sometida a un plazo de dos días hábiles siguientes a la publicación de la providencia— (art. 267, aps. 2.º y 3.º, LOPJ; en igual sentido artículo 214, aps. 2.º y 3.º, LEC). El segundo aspecto que llama la atención de la nueva regulación de la DA 22.ª LEC es que hace extensivo este procedimiento de rectificación de errores (¿también de «aclaración»?) al Certificado expedido al amparo del artículo 39 del Reglamento, precepto este último que no prevé dicha posibilidad. Establecer un procedimiento para la rectificación de este Certificado no creo que sea incompatible con lo dispuesto en el

Reglamento, pues sus silencios deben suplirse con el ordenamiento interno de cada Estado miembro, siempre que éste no contradiga su objeto y el sistema en él diseñado. Aquí me parece claro que no existe tal contradicción, por lo que será aplicable la regla general de nuestro ordenamiento sobre la corrección de los errores (y aclaración) de las resoluciones judiciales.

Finalmente, la *denegación de la expedición* de cualquiera de estos Certificados se adoptará de forma separada y mediante providencia, pudiendo plantearse frente a ella recurso de reposición (DA 22.<sup>a</sup>, ap. 5.º, LEC). De nuevo el Reglamento nada dice sobre esta posibilidad, estableciendo únicamente que no cabe recurso *contra la expedición* de los Certificados previstos en los artículos 41.1 y 42.1 (resoluciones sobre derecho de visita y sobre restitución de un menor) –me malicio que para legislador comunitario es impensable que la autoridad nacional no cumpla con lo establecido en el Reglamento, mientras que el legislador español, mejor conocedor del terreno que pisa, prefiere adelantarse a esta posibilidad–. Por las razones que acabo de apuntar, es admisible la existencia de un recurso frente a la denegación de la expedición, al no contrariar el objeto y sistema del Reglamento. Atendiendo a la mecánica de la expedición de estos Certificados, este recurso está justificado frente a la no expedición del relativo a la resolución en materia matrimonial, en materia de responsabilidad parental, así como del correspondiente al derecho de visita cuando la situación adquiere carácter transfronterizo con posterioridad a la adopción de la resolución, pues en todos estos casos se expide siempre a instancia de parte (véanse artículos 39 y 41.3, *in fine*). Ahora bien, los Certificados relativos a resoluciones sobre derecho de visita cuando la situación tiene en el momento de dictarse carácter transfronterizo, así como el de todas las resoluciones sobre restitución de un menor deben ser expedidos de oficio, por lo que en estos supuestos más que un recurso *frente a la denegación de la expedición* será *contra la no expedición*. El recurso de reposición deberá interponerse en el plazo de cinco días ante el órgano jurisdiccional que se niegue a expedirlo (arts. 451 y 452 LEC), plazo que, se supone, se inicia en el momento en que dicho órgano jurisdiccional hace pública la providencia en la que se niega a emitir el Certificado. Cuando la expedición deba realizarse de oficio, no parece exigible ese plazo, pues no existe providencia denegatoria, tratándose de un incumplimiento por parte del órgano jurisdiccional de lo establecido en el Reglamento. Así, en este caso parece que el recurso debería admitirse en cualquier momento. Contra el auto que resuelve el recurso de reposición no cabe interponer recurso alguno (art. 454 LEC).

3. Por su parte, el *Reglamento 805/2004* prevé que puedan certificarse como título ejecutivo europeo (TEE) determinadas resoluciones judiciales, transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva que se refieran a créditos no impugnados (art. 2, e.r. con los artículos 5, 24 y 25). Todos estos documentos, pueden ser ejecutados en otro Estado miembro sin tenerse que solicitar un exequátur jurisdiccional en el Estado requerido, siendo suficiente con que en el Estado de origen se certifiquen como TEE. Esta manera de declarar ejecutivo el documento, mediante un control en el país de origen, no excluye la posibilidad de solicitar en el Estado requerido su declaración de ejecutividad jurisdiccional a través del procedimiento de exequátur regulado en los artículos 38 y ss. del Reglamento 44/2001 (art. 27 Reglamento 805). La nueva DF 21.<sup>a</sup> LEC ha procedido a adaptar, con alguna laguna, el ordenamiento español a las previsiones de este Reglamento: su expedición, rectificación y revocación de los Certificados correspondientes, así como la ejecución en España de los TEE de otro Estado miembro.

Cuando el TEE se contenga en una *resolución judicial* o en una *transacción judicial* –de acuerdo con la DF 21.<sup>a</sup>, ap. 2.º, la certificación de estas últimas se rige por las mismas normas que las resoluciones judiciales–, el certificado se expedirá en forma separada y mediante providencia de acuerdo con el modelo contenido en los Anexos I (resolución) y II (transacción) del Reglamento. En este caso, y a diferencia del Reglamento 2201, la DF 2.<sup>a</sup>, ap. 1.º, contiene una norma de *competencia objetiva*: corresponde certificarlo al mismo tribunal que dictó la resolución u homologó la transacción. Por lo que se refiere a los aspectos formales de la provi-

dencia, ésta deberá expresar, además del lugar, fecha, órgano jurisdiccional y composición, que se expide la Certificación en virtud de lo dispuesto en el artículo 6.1, e.r. con el artículo 9.1, del Reglamento 805 y en la DF 21.<sup>a</sup>, ap. 1.º, LEC –en el caso de transacción judicial, la base legal es el artículo 24.1 del Reglamento y la DF 21.<sup>a</sup>, ap. 2.º, LEC–, no cabiendo contra ella recurso alguno, según lo dispuesto en el artículo 10.4 del Reglamento 805 (véase artículo 208 LEC) –a pesar de lo que dispone el Reglamento, la DF 21.<sup>a</sup> LEC nada dice sobre la imposibilidad de recurrir contra la expedición del Certificado–. La *rectificación* del Certificado, prevista en el artículo 10.1, a), del Reglamento, se realizará de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 267, aps. 1.º a 3.º, LOPJ. Valgan aquí las consideraciones realizadas en relación con este procedimiento en el ámbito del Reglamento 2201 (*supra* número 2). Aunque la rectificación puede realizarse en cualquier momento y a instancia de parte (art. 10.1), utilizando el formulario modelo contenido en el Anexo VI del Reglamento, nada impide que también pueda ser realizada de oficio por el tribunal que lo ha emitido. El Certificado puede también ser *revocado* [art. 10.1, b), del Reglamento], sustanciándose este trámite de acuerdo con lo previsto para el recurso de reposición, con independencia del orden jurisdiccional al que pertenezca el tribunal (el artículo 10.2 se remite a las normas de cada Estado miembro). Esto es, la solicitud de revocación deberá aludir a los requisitos del Reglamento que han sido incumplidos y que impiden la emisión del Certificado. Habrá que dar traslado del escrito por cinco días a la parte en cuyo favor se ha expedido el Certificado –no parece que sea ésta quien alegue la revocación–, tras lo cual el tribunal resolverá en el plazo de cinco días, sin que su decisión pueda ser apelada (véanse artículos 452 a 454 LEC). El plazo de cinco días para su interposición (art. 452 LEC) parece que debe computarse desde el momento en que la parte que solicita la revocación ha tenido noticia de la expedición del Certificado. Se prevé también en este caso la *denegación de la emisión* del Certificado, que se adoptará de forma separada y mediante providencia, pudiendo impugnarse mediante los trámites previstos para el recurso de apelación. Aunque el Reglamento prevé solamente que no cabe recurso contra la expedición del Certificado, establecer un recurso frente a la denegación de la emisión no contraría su objeto ni el sistema en él diseñado. En estos casos, el plazo de cinco días para su interposición se computará desde la adopción de la providencia por la que se deniega la emisión del Certificado. Para concluir, cabe destacar que en la DF 21.<sup>a</sup> LEC nada se diga acerca del certificado que puede emitirse, a instancia de parte, cuando la resolución que ya ha sido certificada como TEE haya *cesado de ser ejecutiva* o su ejecutividad se haya *suspendido o limitado* (art. 6.2 Reglamento) –este nuevo Certificado se emitirá en el formulario modelo del Anexo IV y es distinto al que certifica la resolución como TEE–. ¿Un olvido?, pues se regulan solamente los supuestos de rectificación y de revocación del Certificado (art. 10.1). Hasta tanto se subsane este error, o se aclare este punto, creo que la emisión del Certificado del Anexo IV debería realizarse aplicando analógicamente lo dispuesto para la revocación del Certificado; esto es, utilizando los cauces del recurso de reposición con las modificaciones pertinentes. Así, este Certificado se expedirá a instancia de parte, quien alegará los motivos por los que se ha suspendido o limitado la ejecutividad (no parece que deba exigirse el cumplimiento del plazo establecido en el artículo 452 LEC, pues será la parte deudora la que por propia conveniencia instará la emisión de este Certificado en cuanto tenga noticia de la existencia de las causas que lo originan); a continuación se dará traslado por cinco días a quien beneficia el Certificado original –no creo que éste solicite la certificación de pérdida de ejecutividad– para que en el plazo de cinco días pueda alegar lo que estime por conveniente; transcurrido este plazo, el tribunal dictará auto, que será inapelable, resolviendo el tema y, en caso de aceptar la solicitud, emitirá el correspondiente Certificado.

El Reglamento permite también certificar, mediante el formulario normalizado del Anexo III, como TEE los *documentos públicos con fuerza ejecutiva* que cumplan con las exigencias del artículo 25. De acuerdo con la DF 21.<sup>a</sup>, ap. 3.º, LEC compete al notario autorizante

del documento, o a quien le sustituya o suceda en su protocolo, certificar el documento como TEE. A él también le corresponde realizar la rectificación o la revocación del TEE, prevista en el artículo 10.1, así como certificar la suspensión o limitación de ejecutividad del documento, contemplada en el artículo 6.2. Ahora bien, cuando la pérdida de ejecutividad derive de una resolución judicial, la certificación se realizará de conformidad con lo dispuesto en el ap. 1.º de la DF 21.ª LEC. En todo caso, en la matriz o póliza deberá dejarse constancia de la rectificación, de la revocación, así como de la falta o limitación de ejecutividad del documento. El principal inconveniente de esta regulación es la remisión, en caso de *pérdida de ejecutividad por decisión judicial*, a lo dispuesto en el ap. 1.º, puesto que, como hemos visto, allí no se regula este supuesto. Hasta tanto se subsane el error, o se aclare este extremo, esta laguna puede colmarse mediante la aplicación analógica de lo dispuesto para la revocación del certificado (DF 21.ª, ap. 1.º, párrafo 4.º, LEC) (véase *supra*). Si el notario *se niega a expedir el Certificado*, el interesado podrá recurrir su decisión ante la DGRN por los trámites del recurso de queja (audiencia al notario y a la junta directiva del Colegio correspondiente). Contra la resolución de la DGRN cabe recurso en única instancia ante el JPI de la capital de la provincia donde esté domiciliado el notario. Este recurso se resolverá por los trámites del juicio verbal (véanse artículos 437 y ss. LEC).

En el artículo 6.3 del Reglamento se prevé la emisión de un *Certificado sustitutorio* del original basado en una resolución que resuelve un recurso planteado contra una resolución judicial, una transacción judicial o un documento público con fuerza ejecutiva ya certificados como TEE. Este nuevo Certificado, que se ajustará al modelo del Anexo V, se expedirá a instancia de parte y siempre que la resolución que resuelve el recurso sea ejecutiva en el Estado de origen. En España, la emisión de este Certificado corresponderá al órgano que hubiere dictado la resolución (DF 21.ª, ap. 4.º, LEC).

Finalmente, el ap. 5.º de la DF 21.ª contiene una norma de *competencia territorial* para la ejecución en España de los TEE certificados en otros Estados miembros. Su ejecución corresponde al JPI del domicilio del demandado o del lugar de ejecución.

4. Dejando a un lado las observaciones que acabo de realizar acerca de la DF 21.ª LEC, existe un tema sobre el que tengo serias dudas, si no de legalidad estricta sí de oportunidad o conveniencia. Me refiero al hecho de atribuir a los notarios la competencia para certificar los documentos públicos con fuerza ejecutiva. El artículo 25.1 Reglamento habla con carácter general de «la autoridad designada por el Estado miembro de origen» y el Anexo III, punto 3, se refiere al «Órgano jurisdiccional/autoridad que expide el certificado», por lo que puede ser certificada tanto por la autoridad que ha intervenido en su otorgamiento como por una autoridad judicial. En la propuesta de Reglamento, la Comisión pretendía que el certificado fuera emitido por la misma autoridad que había intervenido el documento público (art. 26.1 de la Propuesta), justificándolo en que el documento no había sido intervenido por ninguna autoridad judicial y en que así se evitaba «la participación de una institución adicional y el consiguiente riesgo de demoras» [véase COM(2002) 159 final, p. 15]. Esta propuesta no fue aceptada, dejándose en el texto aprobado a cada Estado miembro la facultad para que designe el órgano competente, admitiendo la posibilidad de que lo haga un órgano jurisdiccional.

Se ha optado en la DF 21.ª por atribuir competencia a la autoridad notarial, estableciendo contra sus decisiones un recurso de queja ante la DGRN, cuya decisión es revisable judicialmente. Aparece, por tanto, una doble vía para la obtención de la certificación. Si el TEE se basa en una resolución o en una transacción judicial, el certificado se obtiene exclusivamente por vía jurisdiccional. Cuando se trata de un documento público con fuerza ejecutiva, existe en principio una vía no jurisdiccional, que puede acabar convirtiéndose en judicial si es recurrida la no expedición del Certificado (en este caso, se alarga la tramitación con un recurso ante la DGRN y un posterior recurso jurisdiccional sustanciado por los trámites del juicio verbal). Esto alarga innecesariamente los trámites para los documentos públicos con fuerza ejecutiva

–inconveniente éste que ya quiso evitar la Comisión en su Propuesta–, con el paralelo encarecimiento de costes: quien tenga el documento público deberá pagar nuevamente por obtener el Certificado correspondiente –nada se dice sobre la exención de aranceles para este supuesto–, mientras que quien posea un título judicial se ahorrará este gasto. Creo que la solución debería haber pasado por atribuir en todos los casos la competencia para la emisión del Certificado a los órganos jurisdiccionales, solución que permite el Reglamento 805, abarata costes y unifica el sistema para la certificación del TEE. La emisión por la autoridad judicial del Certificado para los documentos públicos con fuerza ejecutiva no tiene por qué alargar necesariamente el proceso de obtención, puesto que se podría sustanciar por los trámites del recurso de reposición, otorgando al notario que intervino el documento un plazo de cinco días para que aporte, utilizando firma electrónica, al tribunal la información que obra en su poder correspondiente al documento que va ser certificado como TEE.

Finalmente, creo que también existen otros argumentos de peso. Con la solución adoptada se deja en manos de la autoridad extrajudicial (el notario), que es parte en su expedición, la Certificación de un documento como TEE; certificación que, no lo olvidemos, le dispensa de la obtención judicial del exequátur. De este modo, el deudor pierde la importante garantía del control jurisdiccional del título, máxime si tenemos en cuenta que no cabe recurso alguno contra la expedición del Certificado (art. 10.4 Reglamento). La UE siempre ha buscado en el Derecho Procesal Civil Internacional un equilibrio entre las partes. Así, por ejemplo, en el Reglamento 44/2001, la primera fase del exequátur es *inauida parte* y, si se obtiene una resolución favorable y el «deudor» la recurre, el «acreedor» puede adoptar las correspondientes medidas cautelares (lo que favorece al «acreedor»); ahora bien, como contrapartida otorgada al «deudor», no se puede ejecutar la sentencia hasta tanto la resolución de concesión del exequátur sea definitiva. Este equilibrio se ha intentado igualmente mantener en el Reglamento 805, pues, p.ej., frente al privilegio de la declaración de ejecutividad automática que se otorga al acreedor, en el capítulo III se establecen unas garantías mínimas en el proceso de origen para proteger al deudor. A mi entender, este equilibrio se rompe con la certificación notarial, pues, en principio y salvo que se deniegue la emisión del Certificado y la parte solicitante recurra y tampoco esté conforme con la decisión de la DGRN, desaparece todo control judicial de la declaración de ejecutividad. Existe también otra razón de índole dogmático: hasta el momento, la declaración de ejecutividad siempre ha sido un acto reservado a las autoridades judiciales. En este sentido, el Reglamento 44/2001 otorga a la autoridad judicial el exequátur de las transacciones judiciales y de los *documentos públicos con fuerza ejecutiva* (art. 57), sucediendo lo mismo en el Reglamento 2201 (art. 46). La DF 21.<sup>a</sup> viene a romper sin más, y sin razones que lo justifiquen, con este principio general del Derecho Procesal Civil Internacional.

Federico F. GARAU

#### 4. LA TRANSMISIÓN DE LOS BIENES INMUEBLES EN EL DERECHO EUROPEO (CONGRESO INTERNACIONAL, COLEGIO DE REGISTRADORES DE ESPAÑA. MADRID, 1 A 3 DE JUNIO DE 2006)

1. Entre los días 1 a 3 del mes de junio de 2006 tuvo lugar en la sede del Colegio de Registradores de España en Madrid un congreso internacional bajo el nombre «La transmisión de los bienes inmuebles en el Derecho europeo», que congregó a un elevado número de profesionales y académicos nacionales y extranjeros. El congreso quedaba inaugurado el día 1 a las 11 h. bajo la presidencia de la Directora General de la Dirección General de los Registros y el Notariado, D.<sup>a</sup> Pilar Blanco Morales-Limones, dando comienzo a continuación las exposiciones a cargo de los distintos ponentes. Cada una de las conferencias (cinco en total, más una

mesa redonda) fue seguida de un estimulante –en ocasiones hasta enconado– debate entre los miembros del auditorio y el ponente, quedando así acreditados la oportunidad y el carácter provocador del tema elegido como objeto del congreso.

Pasamos a continuación a resumir el contenido de las intervenciones.

2. Bajo el título «La transmisión de la propiedad de los inmuebles en el Derecho francés. Unas notas comparatistas en relación con el régimen vigente en algunas provincias francesas», el profesor P. Thèry de la Universidad París II describió el sistema francés de transmisión de la propiedad (tanto mueble como inmueble), presidido, como indica el artículo 1538 Cc galo, por el principio de mero consentimiento: el simple acuerdo sobre la cosa y el precio produce el cambio de titularidad entre las partes, con la correspondiente consecuencia en términos de transmisión del riesgo.

La sencillez de la teoría expuesta se ve desmentida en la práctica por diversos motivos: por la necesidad de respetar una serie de disposiciones imperativas de variado alcance (planes de urbanismo; protección del consumidor que adquiere a crédito), por el recurso a un precontrato, o por la voluntaria inclusión de cláusulas que difieren el momento del traspaso de la propiedad. Ahora bien, por más que duren estos preliminares el traspaso tiene lugar de manera instantánea entre las partes: si, por ejemplo, las partes han introducido una condición en su acuerdo, una vez cumplida la transmisión de la propiedad es automática. Por el contrario, la posibilidad de oponer el traspaso a terceros depende del registro: la inscripción, sin embargo, no tiene la finalidad de convertir la nueva titularidad en indiscutible, sino sólo la de permitir su invocación frente a terceros (entendiendo por «terceros» no cualquier sujeto ajeno al contrato, sino aquellos a los que se refiere el artículo 30 del Decreto de 4 de enero de 1955). Consecuencia de esta función limitada es que en caso de controversia acerca de la titularidad del bien entre quien lo posee materialmente, y quien alega la inscripción del derecho de propiedad, opera una presunción a favor del primero, y no del segundo.

El registro inmobiliario desempeña en Francia una segunda finalidad, que es la de informar a terceros interesados acerca de la «historia» legal del inmueble: esto es, acerca de los actos con trascendencia jurídica de los que ha sido objeto. La ausencia de inscripción de estos actos no da lugar a la inoponibilidad de la adquisición, sino a otras sanciones, como por ejemplo la responsabilidad del Notario si de la falta se derivan daños para alguien.

Del sistema tan someramente descrito se separan los Departamentos de Alsace-Moselle por razones ligadas a la historia. La recuperación de los territorios tras la Primera Guerra Mundial no produjo la evicción total del sistema alemán en vigor desde 1870, de manera que aunque actualmente rige también allí el principio de transmisión *solo consensu*, se mantiene la organización administrativa de los registros, así como el control del contenido y otros extremos del acto a inscribir, lo que permite la presunción (no irrefutable, sin embargo) de titularidad a favor de quien ha inscrito.

3. La conferencia de la Profesora E. J. Cooke, de la Universidad de Reading, «La nueva Land Registration Act inglesa», abrió la sesión de tarde del día 1 de junio. La exposición dio comienzo con una serie de consideraciones tendentes a introducir al auditorio en el sistema inglés, en varios pasos: primero, con unas pinceladas sobre su historia y evolución; luego, con la descripción de las pautas habituales de tenencia de bienes inmuebles en Inglaterra, a modo de propiedad sin límites (*freehold*) o de larga duración (*long lease*); esta última fórmula es la que ha prevalecido hasta hace poco, viéndose sustituida por la primera en la segunda mitad del siglo xx como consecuencia del impulso gubernamental a la ocupación de las viviendas en términos de *ownership* (entendiéndose por ello el *freehold* o el *lease* de más de 99 años).

La ponente pasó a continuación a explicar el proceso de inscripción registral: sus antecedentes (el registro de *deeds* de comienzos del siglo xviii, con una eficacia y expansión geográfica limitadas; el registro de títulos conforme al sistema ideado por Sir Robert Torrens en

Australia, intentado sin éxito en Inglaterra; la Land Registration Act de 1925), y la situación actual en virtud de la Land Registration Act de 2002.

La LRA 2002 no ha pretendido introducir en Inglaterra y Gales un sistema absolutamente novedoso, sino más bien mejorar el ya existente en virtud de la Ley de 1925, mejorando su eficacia y la realidad de la protección de los *property rights*. La profesora Cooke enunció los rasgos más sobresaliente de la reforma:

- Derechos inscribibles (los *freehold estates* y los *leases* de más de siete años).
- Cargas inscribibles (legales; los *equitable interests* no suelen ser registrables, por su propia esencia).
- Efectos, en términos de facultades, reconocidos al propietario que ha inscrito (absolutas; si bien ha quedado sin solución expresa el caso de la adquisición –con posterior inscripción– de quien constaba como propietario y no lo era en realidad).
- Actos de disposición sobre el bien que deben quedar registrados a fin de vincular a terceros (acreedores hipotecarios, sujetos con interés en adquirir la finca. Debe repararse en que estos terceros también están vinculados por cargas que no son susceptibles de inscripción, como los arrendamientos inferiores a siete años, u otras que se crean de modo informal –por ejemplo, por prescripción).
- Limitado rol de la *adverse posesión* (ocupación de la tierra en violación de los derechos del auténtico propietario y sin su consentimiento), que queda ahora limitado a dos casos: aquel en que el propietario no plantea objeciones a la ocupación, o si se ha producido un error genuino en la delimitación de la cabida de la finca.
- Informatización del registro

La profesora E. Cooke terminó su precisa y clara intervención con una brevísima referencia comparativa entre sistema vigente en Inglaterra y el sistema Torrens, en vigor en otros países de *common law*; lo mismo, en relación con el caso escocés, próximo al *civil law* de la vecina Europa.

4. En su conferencia titulada «El sistema alemán de transmisión de la propiedad de los bienes inmuebles. Cuestiones básicas y notas de Derecho comparado», el Profesor U. Drobnig, Director del Max Plack Institut für ausländisches und internationales Privatrecht de Hamburgo, nos ilustró en primer término con la descripción de los tres modelos que en Europa responden a la pregunta sobre la relación entre el contrato de compraventa y la transmisión de propiedad. El primer modelo, vigente en Grecia, Austria, Suiza y Alemania (presentando este país, no obstante, elementos diferenciales respecto a los otros tres), sigue la tradición romana de título y modo, exigiendo dos actos distintos para el traspaso de propiedad, que no será efectivo ni entre las partes ni frente a terceros hasta el acto final de la transacción –en el caso de la venta de inmuebles, el registro. El segundo modelo, en vigor en países como Francia, Italia o Portugal, diferencia el momento del traspaso *inter partes* (que tiene lugar desde la conclusión de su contrato) y de cara a los terceros (cabe invocar la transmisión frente a ellos desde la inscripción). El tercer modelo sería la solución inglesa, si bien la Land Conveyancing Act de 2002 arroja dudas sobre la actualidad de esta conclusión.

Tras la somera revisión de los modelos el profesor Drobnig procedió a indicar los rasgos más destacados del sistema alemán. En primer término, por lo que respecta al contrato de compraventa el conferenciante reseñó la ausencia de normativa específica, que obliga a proyectar sobre él normas generales; y la necesidad de dotarle de forma notarial. En segundo término, el profesor Drobnig abordó la transmisión de la propiedad, regulada en el Libro II del Código Civil alemán, señalando que requiere la realización de dos pasos: primero, de la *Auflassung* o acuerdo abstracto que recoge la voluntad del vendedor de transmitir la propiedad y la del comprador de devenir en propietario, que debe ser realizada ante Notario y no cabe sujetar a condición, y cuya finalidad dentro del sistema es exonerar al registrador de la carga de indagar la

validez o circunstancias en que se celebró el contrato de compraventa. El segundo paso es la inscripción en el registro o *Grundbuch*, acto que determina el perfeccionamiento de la transferencia; la entrada registral se presume correcta y goza de fe pública, salvo que la incorrección esté igualmente inscrita, o fuera conocida por el adquirente.

5. En su exposición a propósito del Derecho de los países nórdicos, titulada «La transmisión de la propiedad en los países escandinavos. Dos modelos: los sistemas danés y noruego, los sistemas sueco y finlandés», el Profesor U. Jensen de la Universidad de Lund enunció los rasgos centrales de un conjunto de sistemas que, por razones históricas, presentan concomitancias en lo relativo a la transmisión de propiedad –si bien, a diferencia de lo que ha sucedido en muchos otros ámbitos, nunca han suscrito entre sí tratados internacionales en la materia–. Característica común a los cuatros ordenamientos es la preocupación por la simplicidad en el traspaso de la propiedad inmobiliaria: buen ejemplo de ello es el caso sueco, regido por el Land Code de 1972, donde la transmisión se produce sin más en virtud del contrato, formalizado y con un contenido mínimo obligatorio. Debe repararse, no obstante, en que esta transmisión se mantiene provisional hasta el momento en que el vendedor otorga el *deed* o recibo contra el pago; en cualquier caso, el registro posterior carece de cualquier efecto constitutivo, siendo su función la de otorgar un derecho de prioridad a quien ha inscrito su derecho frente al adquirente anterior que no lo ha hecho (lo que provoca el fenómeno conocido como *race-notice*).

A salvo el caso de Finlandia, la intervención de un Notario no es precisa para el traspaso de propiedad en los países nórdicos: una propuesta en este sentido fue discutida en Suecia en los años 70, sin éxito. Así pues, la transferencia de la propiedad puede ser simplemente privada. En la práctica, no obstante, los particulares suelen requerir los servicios de agentes inmobiliarios, profesionales dotados de una preparación específica –más o menos exigente según el país considerado–, y cuyas obligaciones y responsabilidad se regula por ley –con un mayor o menor grado de detalle en cada uno de los países considerados.

El Profesor Jensen terminó su intervención aludiendo a la protección que las leyes sueca, finlandesa y danesa deparan al adquirente en caso de vicios en el inmueble. En Suecia (y en el similar caso finés) la puesta en práctica de este aspecto de la ley de 1972 ha decantado la balanza a favor de los intereses del vendedor, dado que resulta muy difícil al comprador probar la concurrencia simultánea de los requisitos que conforme a la ley le otorgarían derecho a indemnización: que el defecto es de cierta entidad, pero que no pudo ser apreciado en el examen de la finca previo a su adquisición. En comparación, el sistema danés resulta notablemente más protector, existiendo en Dinamarca desde 1995 una ley específica para la protección del consumidor adquirente de inmuebles que, entre otras cosas, prevé el derecho del adquirente de revocar el contrato en el plazo de una semana, debiendo pagar sólo un 1 por 100 del precio al vendedor.

6. La última de las intervenciones programadas corrió a cargo del Profesor U. Mattei, actualmente en activo en la Universidad de California. Bajo el título «La transmisión de la propiedad de los inmuebles en el Derecho europeo, ¿una posible armonización? Los objetivos del *common core*», el profesor Mattei llevó a cabo una exposición fresca en el tono y provocadora en el contenido, en la que resaltaron dos aspectos: la importancia del contexto social y cultural en el que opera cada concreto sistema legal (lo que el profesor Mattei ilustró a través del ejemplo de la adquisición de una propiedad inmobiliaria en EEUU); y la metodología que emplea el *Common Core Project* para sus fines. Mérito de este método inaugurado por R. Schlessinger y perfeccionado por R. Sacco es haber comprendido un dato fundamental, como es que para poseer una visión correcta del sistema jurídico realmente vigente en un país es preciso asumir su carácter dinámico y complejo: entender que es el resultado de la suma (ponderación) de un conjunto de factores (los «legal formants»), que acogen el derecho positivo, la doctrina de los autores, el «case law», y otros, como, por ejemplo, las influencias (el «background»; procedencia del ámbito académico o de la abogacía, etc.) que pesan sobre

los jueces a la hora de la toma de decisiones. Con este modo de operar el Proyecto de *Common Core* pretende ofrecer un cuadro lo más exacto y fiable posible del Derecho existente en los sistemas europeos, en grandes áreas como los contratos, responsabilidad extracontractual y el derecho de propiedad, a fin de desenterrar las profundas analogías que quedan ocultas tras las divergencias formales.

7. Uno de los datos que es preciso destacar del Congreso es la riqueza de los coloquios que siguieron a cada ponencia, moderados sucesivamente por D. S. Cámara Lapuente, de la Universidad de La Rioja, y D.<sup>a</sup> L. M. Martínez Velencoso, de la de Valencia. Gran controversia suscitó entre el auditorio el que en el sistema de transmisión de inmuebles francés la circunstancia (el *hecho*) de la posesión pueda prevalecer sobre la tenencia de un título formal, si bien a esta observación contestó el profesor P. Thèry indicando que nos hallamos ante un hecho dotado de consecuencias jurídicas, y que no cualquier posesión desencadena el efecto descrito, sino sólo una cualificada. También a propósito del sistema francés se discutió en varias ocasiones a lo largo de estos dos días el limitado rol de los encargados de los registros franceses, quienes, a diferencia de lo que sucede en España, no ejercen control sobre el acto notarial que se les presenta para ser registrado.

Los turnos de preguntas fueron también fructíferos en tanto en cuanto sirvieron al intento de hallar puntos de encuentro entre los sistemas: en este sentido se pronunciaba la profesora E. Cooke a propósito de los ordenamientos alemán, e inglés tras la Land Registration Act; relacionaba las soluciones francesas y alguna de las vigentes en los países nórdicos el profesor Thèry; o mostraba las concomitancias del caso español con el francés y el alemán la profesora Matilde Cuenca. Evidentemente, la posibilidad de comparar sirvió también a mostrar las divergencias sistemáticas: por ejemplo, señalaba el profesor U. Jensen cómo la posesión carece de relevancia en el esquema de adquisición de la propiedad inmobiliaria seguido en Suecia; se sorprendían los registradores españoles de que entre las menciones mínimas que debe contener el contrato en aquel ordenamiento no deba figurar la fecha de adquisición; y el encargado del registro de la City, en Londres, manifestaba su estupor ante la inexistencia del contrato de opción de compra, inconcebible en su contexto de trabajo habitual.

8. El tono dialogante entre público y ponentes se mantuvo en la mesa redonda que moderada por D. F. de la Puente Alfaro tuvo lugar el viernes por la tarde, con presencia de representantes de los organismos registrales de Escocia, Holanda, Grecia, Baviera, Bélgica y Lituania. D. F. de la Puente introdujo la mesa con la pregunta sobre las posibilidades de armonizar el Derecho sustantivo de los Estados miembros de la UE; en su defecto enunciaba la conveniencia de hacer converger los sistemas de propiedad sin acercamiento entre los Derechos civiles (al modo en que se ha procedido, entre otros, con los Registros Mercantiles). Cuestión ineludible tras la anterior es la de la competencia comunitaria en materia registral, sobre la que pesan bastantes dudas en virtud de lo dispuesto por el artículo 259 TCE; dudas que a juicio del moderador probablemente podrían ser solventadas por la «puerta de atrás» de la protección de los consumidores y la regulación del mercado interior. A partir de esta intervención, y una vez que los invitados a la mesa hubieron expuesto de forma muy resumida algunos aspectos de la práctica de los registros en sus respectivos países, el auditorio tomó de nuevo la palabra para pronunciarse sobre el modelo considerado como más apropiado de cara a la armonización en Europa, así como acerca de la técnica normativa más oportuna.

9. La clausura del Congreso corrió a cargo del profesor D. J. Orduña, de la Universidad de Valencia, quien enunció las siguientes conclusiones: la actualidad y trascendencia del asunto objeto del congreso; la importancia de superar la discusión sobre sistemas conceptuales de transmisión de la propiedad, que son parte de las diferentes tradiciones jurídicas; la necesidad de contar con fórmulas de protección de los consumidores-adquirentes a fin de dotar de seguridad a las transacciones transfronterizas (la Comunidad posee competencia en este ámbito y la Directiva aparece como el instrumento adecuado, por ágil y poco intrusivo); y, por último, la

oportunidad de mantener la publicidad registral, e incluso la inscripción constitutiva, como mecanismos para la seguridad en las transacciones.

10. Tras la entrega de diplomas tuvo lugar a puerta cerrada la Sesión de trabajo de los integrantes del Grupo de Trento sobre la transmisión de la propiedad de los bienes inmuebles en el Derecho Europeo, al que pertenecen todos los ponentes que intervinieron en el Congreso, con el fin de solventar cuestiones metodológicas y organizativas en relación con el *meeting* previsto para los días 30 de junio a 1 de julio.

Marta REQUEJO

## 5. ACTO RELATIVO AL ACCESO DE DOCUMENTOS EXTRANJEROS EN LOS REGISTROS PÚBLICOS ESPAÑOLES, ORGANIZADO POR LA ASSOCIACIÓ D'ESTUDIS JURÍDICS INTERNACIONALS (29 DE JUNIO DE 2006)

1. El pasado 29 de julio de 2006 se celebró en el salón de actos del *Deganat autonòmic dels Registradors de Catalunya* un acto relativo al acceso de documentos extranjeros en los registros públicos españoles. El acto, que contó con una notable asistencia y con un nivel de participación verdaderamente inusitado, fue buena muestra del interés que despierta esta cuestión, especialmente desde las ya famosas resoluciones dictadas por la DGRN (RRDGRN de 7-2-2005, 20-5-2005). Como es de sobra conocido, la DGRN ha establecido en distintas resoluciones que el acceso de documentos extranjeros que tengan por objeto la adquisición de un inmueble situado en España debe estar necesariamente intervenido por Notario español. Las resoluciones han provocado tanto revuelo como la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Sta. Cruz de Tenerife de 9-3-2006 que declara la nulidad de una de tales resoluciones, la primera, estando todavía el asunto *sub iudice*. Se trata, en consecuencia, de un problema todavía abierto que interesa a todos aquellos profesionales que trabajan en temas que caen de lleno en el derecho internacional privado. Este interés motivó que la recién creada *Associació d'Estudis Jurídics Internacionals* (AEJI; <http://www.juridicsinternacionals.org>) propusiera al *Deganat autonòmic dels Registradors de la Propietat, Mercantils i de Béns Mobles de Catalunya* la organización del acto que nos ocupa. La AEJI es una asociación creada en el año 2005 en Barcelona y que pretende ser punto de encuentro de profesores y profesionales del Derecho interesados en el tráfico jurídico internacional. Este es el segundo acto que organiza desde su constitución, habiéndose ocupado en el primero de ellos, organizado conjuntamente con el Colegio de Notarios de Catalunya, del título Ejecutivo Europeo.

2. El acto estuvo estructurado en tres bloques. En primer lugar, se presentó el acto por parte del Sr. Antonio Giner Gargallo, Registrador de la Propiedad de *L'Hospitalet de Llobregat* y director del *Servei d'Estudis Registrals de Catalunya*, y de la Dra. Cristina González Beilfuss, Profesora titular de Derecho internacional privado de la Universidad de Barcelona y presidenta de la *Associació d'Estudis Jurídics Internacionals*, para dar paso a la ponencia expuesta por el Dr. Sixto Sánchez Lorenzo, Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad de Granada.

3. Sixto Sánchez Lorenzo se mostró crítico con la doctrina reciente de la DGRN en materia de acceso al Registro español de documentos extranjeros. Destacó la importancia de la dimensión comunitaria en este problema y destacó que la inadmisibilidad de los documentos notariales extranjeros implica una limitación al derecho a la libre prestación de servicios no en su vertiente de prestación de servicios, sino de recepción de los mismos. Señaló también que las recientes Resoluciones de la DGRN «derogan» los artículos 4 de la LH y 36 del RH y concluyó pormenorizando las confusiones que se detectaban en la doctrina del Centro Directivo:

mantiene la aplicación imperativa de la ley española a la forma del contrato como requisito imperativo derivado de la ley rectora del fondo (art. 11.2 del C.c. y 9 del Convenio de Roma) cuando, de acuerdo con el Derecho español, la escritura pública no es un requisito para la validez del contrato de compraventa de inmuebles; confunde la exigencia de documentación pública con la necesidad de que el documento público sea producido por una autoridad española; desconoce que el Notario extranjero puede realizar el mismo control de legalidad que realiza el Notario español; dota de relevancia al hecho de que la escritura de compraventa no transmite la propiedad de acuerdo con el Derecho extranjero, cuando esto es completamente irrelevante en relación a la inscripción de la escritura en el Registro español; y, finalmente, atribuye al Notario la garantía de los efectos *erga omnes* del contrato, cuando tales efectos reales del contrato se derivan fundamentalmente de la inscripción en el Registro de la Propiedad y, por tanto, de la calificación del Registrador. Concluyó su intervención afirmando que la clave para una correcta resolución del problema se encuentra en la determinación de la equivalencia entre la escritura notarial extranjera y la producida por un Notario español. Si esta equivalencia existe no debe rechazarse el acceso al Registro español del documento extranjero.

4. Tras la ponencia del profesor Sánchez Lorenzo, se presentaron unas ponencias más breves, en forma de mesa redonda, moderada por el Dr. Rafael Arenas García, Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad Autónoma de Barcelona y tesorero de la citada Asociación. Los invitados a la mesa redonda eran el Sr. Francisco García Más, Notario y Letrado adscrito a la DGRN, el Sr. Alfonso Candau Pérez, Registrador de Arévalo y el Dr. Peter Paul Gantzer, Notario y presidente de la Asociación hispano-alemana de juristas. A continuación de estas ponencias se desarrolló el tercero de los bloques establecidos, que consistió en un encendido y vivo debate en el que se hizo honor al significado que deben tener este tipo de actos. Efectivamente, el acto concluyó mucho más tarde de lo convenido con una buena parte de los asistentes formando corros en los que se mantenía todavía viva la discusión, lo que da buena muestra de la pasión que provoca este tema.

5. A continuación dejaremos constancia únicamente de los argumentos aportados más que de las personas que los expusieron, no sin antes reflejar una realidad manifiesta que el acto puso en evidencia, y esta realidad no es otra que el enfrentamiento cuasi-corporativo abierto entre Notarios y Registradores acerca de esta cuestión. Concluido el acto, pueden señalarse como cuatro los principales argumentos que se usaron para defender o rebatir las posiciones: la función pública que el Notario desempeña, el control de legalidad que éste lleva a cabo según el Derecho español, los límites de las funciones notarial y registral y, por fin, la particular incidencia del Derecho comunitario sobre lo anterior.

6. El Notario está autorizado por la Ley del Notariado como funcionario público para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales. Por consiguiente, el Notario español, de raíz latino-germánica, aparte de poder aconsejar a los particulares en su calidad de profesional del Derecho, ejerce la función pública de certificar acerca de los hechos, actos o negocios que tengan lugar ante él. Esta función desplegada por el Notario español únicamente puede ser desempeñada por el mismo y, por consiguiente, ningún Notario extranjero tiene atribuida esta función pública por parte del Estado español. La condición de funcionario público garante de la legalidad atribuida al Notario en el ordenamiento español le permite otorgar actos y contratos que, por lo que se refiere a los contratos traslativos del dominio, tienen eficacia traslativa, fundiéndose por consiguiente en la escritura pública título y modo. Este es un punto de partida incontrovertido sobre el que los distintos ponentes estaban de acuerdo. Se discutió, sin embargo, sobre el alcance de esta función con vistas al acceso de documentos extranjeros en los registros públicos españoles. Si, por una parte, se defendió la intervención del Notario español como una muestra del ejercicio de la soberanía estatal que no puede ser desplegada por un funcionario público o profesional extranjero; por otra parte, se admitió el acceso de los documentos extranjeros a los registros públicos españoles cuando la función

realizada por el funcionario público o profesional extranjero sea equivalente a la que realiza usualmente el Notario español. La intervención del Notario español, según esta posición, no se estima imprescindible, primero, porque una función equiparable ha sido ya ejecutada por otro Notario, aunque sea extranjero, y, especialmente, y en segundo lugar, porque el acceso al registro español y la consiguiente eficacia del título extranjero no deja de estar sometido al control que lleva a cabo el Registrador español. La eficacia de una sentencia extranjera en calidad de título inscribible en el registro público español, fue un ejemplo que se puso como supuesto en el que la intervención del Notario español no es precisa.

7. Íntimamente vinculado a la cuestión anterior resulta preciso aludir al control de legalidad que lleva a cabo el Notario español. Se puso de relieve, en efecto, que el Notario establece un control, en cumplimiento de su deber como funcionario, con el fin de garantizar la legalidad de la relación jurídica mantenida ante el mismo. Paralelamente, el Notario efectúa un control del cumplimiento de las obligaciones fiscales y otras, así como para evitar el blanqueo de dinero. Los ponentes analizaron, por una parte, el mencionado control de legalidad apuntándose en diversas ocasiones que el monopolio a que esto da lugar no tiene sentido cuando la ley aplicable no es la ley española, puesto que ciertos aspectos del acto pueden regirse por una ley extranjera, especialmente si hay una cláusula de elección de ley que así lo estipula. Todo ello sin perjuicio, como tuvo que puntualizarse, de que los efectos reales de la relación jurídica queden sin lugar a dudas regidos por la ley española, en la medida en que el bien inmueble esté situado en España. Los efectos traslativos se producen en cuanto se cumplen los requisitos exigidos en la ley española. Así, aunque en Derecho alemán pueda exigirse un acuerdo abstracto de transmisión de la propiedad, el traslado del dominio se realiza por la mera elevación a escritura pública del contrato traslativo, conforme al Derecho español, al estar situado en España el inmueble objeto del contrato de adquisición. La discusión se centró en si el control supone garantizar que el contrato se ha celebrado de acuerdo con una forma establecida, aquella que le confiere un carácter público. Si se admite ello, lo que no fue evidente por parte de todos, las solemnidades seguidas ante Notario extranjero, o figura equivalente, pueden ser suficientes puesto que, en realidad, para proceder a la inscripción del título extranjero se lleva a cabo un control formal. Respecto al control fiscal que realiza el Notario español se llegó incluso a dudar que éste fuera realmente realizado en la práctica. en especial en los supuestos en que el control corresponde al Registro porque la justificación del cumplimiento de las obligaciones fiscales es requisito de inscripción y el plazo de cumplimiento corre a contar del otorgamiento del documento notarial.

8. No resulta ajeno a la cuestión anterior el delimitar las funciones de Notarios y Registradores. Como es sabido, en España existe un sistema de doble control. El planteamiento giró en torno al carácter del control que realiza el Registrador frente al que emprende el Notario español. Este punto fue uno de los centros del debate que tuvo lugar como colofón del acto.

9. Finalmente, hubo asimismo discusión respecto a la incidencia del Derecho comunitario, lo que debe enlazarse con el primero de los puntos tratados. Efectivamente, dada la cualidad de funcionario público del Notario español, no cabría hablar de libre prestación de servicios. Según esta perspectiva, el Notario español no queda sometido a las libertades comunitarias dado que precisamente el ejercicio de una función pública queda excluido de su ámbito de aplicación. Este argumento se quiso reforzar con la propuesta de Directiva sobre la libre prestación de servicios en la que, de modo explícito, se excluye esta cuestión. Asimismo se citaron resoluciones del Parlamento Europeo que demostraban que no se había conseguido la libre circulación de documentos notariales, aunque ello fuera deseable. Se opuso a tales consideraciones que no se trata tanto de la consideración de la intervención del Notario como de una prestación de un servicio, cuanto del derecho que tienen los ciudadanos a la libre recepción de servicios. Impidiendo la libre elección de Notario se está restringiendo o dificultando, aunque

sea indirectamente, el acceso a todos los servicios que se prestan en el país en el que está situado el inmueble.

10. No puede por menos que concluirse felicitando a todos aquellos que intervinieron en el acto y, de modo particular, a los organizadores del mismo. Este tipo de actos muestran la vitalidad de la que goza el Derecho internacional privado en la sociedad española. Percibirlo y aprovecharlo como instrumento de difusión y debate es mérito de los organizadores.

Albert FONT



## VI. BIBLIOGRAFÍA

Sección coordinada por A. MANGAS MARTÍN (Derecho Internacional Público) y S. SÁNCHEZ LORENZO (Derecho Internacional Privado)

### A) RECENSIONES

CASADO RAIGON, R., (Ed.), *L'Europe et la Mer. Pêche, Navigation et Environment Marin/Europe and the Sea. Fisheries, Navigation and Marine Environment*, Bruselas, Ed. Bruylant/Université de Bruxelles, 2005, 521 pp.

La obra objeto de esta reseña, dirigida por el Profesor Rafael Casado Raigón, constituye un trabajo de primer orden en materia del Derecho Internacional del Mar, materia que continúa estando de suma actualidad en la práctica internacional y en la actividad investigadora de los internacionalistas. Buena prueba de ello, ha sido la creación en 2001 de la Asociación Internacional sobre el Derecho del Mar y la realización por la misma de un coloquio sobre Europa y el Mar, celebrado en la Facultad de Derecho de Córdoba, los días 16, 17 y 18 de octubre de 2003, cuyos resultados se contienen en el volumen objeto de referencia. Consecuente con la estructura en tres sesiones del citado coloquio, el libro se estructura en tres apartados, consagrados cada uno de ellos a la pesca marítima, a la navegación marítima y al medio ambiente marino. Cada apartado está compuesto por un informe general y varias ponencias sobre aspectos y problemas específicos dentro de la temática de cada apartado. Estos trabajos se encuentran precedidos por una introducción redactada por los moderadores de cada sesión (Juan Antonio Carrillo Salcedo, Tullio Treves y Alexander Yankov, respectivamente). Además,

el libro cuenta con unas interesantísimas conclusiones generales elaboradas por el presidente de la Asociación, el Profesor Daniel Vignes, así como por doce informes complementarios.

1. El primer apartado, titulado *Europe et la pêche maritime*, cuenta con ocho contribuciones y se inicia, tras la introducción, con el Informe General presentado por el Sr. Carlos Domínguez sobre la Política Común de Pesca. Por su parte, el profesor Luís Ignacio Sánchez Rodríguez aborda el tema de los intereses pesqueros españoles en su intervención *La Pêche et les intérêts espagnols*. El interés de Marruecos en recuperar para sus propios nacionales un mayor acceso a sus recursos pesqueros justifica la intervención del profesor M. Abdelkader Lahlou en su trabajo *Une nouvelle approche de la relation halieutique Union européenne-Maroc: d'un accord de dimension politique à une convention à vocation économique*. En *OMC et développement durable de l'activité de pêche en Europe*, Annie Cudennec, se centra en uno de los principios de base tanto para la OMC como para la Unión Europea, el desarrollo sostenible y su conexión con el comercio

internacional de pescado. La prohibición de toda discriminación basada en la nacionalidad de los ciudadanos de los Estados miembros ha sido ampliamente analizada por M. Serge Beslier en su estudio *Les réserves de pêche au profit des Etats côtiers et le problème communautaire de la non discrimination entre pêcheurs des Etats membres*. En el estudio del Profesor Francisco Orrego Vicuña sobre *Les nouvelles tendances du droit de la mer en Amérique latine et leurs effets à l'égard des pêcheurs européens*, el autor nos muestra su visión optimista, especialmente en cuanto a la conservación de los recursos vivos marinos en alta mar. Gemma Andreone analiza la aplicación del principio de precaución en su estudio sobre *Le principe de précaution en matière de pêche après l'Accord sur les stocks chevauchantes et sur les espèces hautement migratrices*. Finalmente, Ernesto J. Rey Caro, examina la postura de Argentina ante los acuerdos pesqueros bilaterales adoptados entre este país y Alemania, Bulgaria y la URSS, así como el Acuerdo de cooperación con la Comunidad Europea de 1992. (*Fishing Agreements between Argentina and Europe*).

2. Bajo el título de *Europe et la navigation maritime*, el segundo bloque de aportaciones se inicia con una introducción y un informe general a cargo del profesor Giuseppe Cattaldi (*Problèmes généraux de la navigation en Europe*), en el que aborda los problemas generales que se derivan de la navegación en Europa, distinguiendo los distintos espacios marítimos. *Le Détroit de Gibraltar* es el estudio realizado por el profesor Rafael Casado Raigón junto con varios miembros del Departamento de Derecho Internacional de la Universidad de Córdoba. Este segundo apartado cuenta también con un informe específico sobre el estrecho de Ormuz, geográficamente situado fuera de Europa, elaborado por el profesor Djamchid Momtaz. (*Le régime de passage dans le détroit d'Ormuz*). Del mismo modo, el capitán de la Armada Rusa Sergei Aprelev, analiza las características del Mar Báltico en su estudio *Legal aspects of definition of anchorage areas in the Baltic (as element of safety navigation)*. Finalmente, el profesor Hüseyin Pazarcı nos explica en su estudio *La navigation par les détroits*

*turcs et sa spécificité par rapport aux autres détroits*, el régimen de navegación establecido por el Convenio de Montreux para los llamados estrechos turcos.

3. El tercer y último apartado de este volumen lleva por título *Europe et l'environnement marin*. Este bloque de estudios se inicia con el informe general, a cargo del Sr. Laurent Luccini sobre *Les contradictions potentielles entre certaines mesures de protection de l'environnement et la liberté de navigation*. En el estudio del profesor Sobrino Heredia sobre el asunto del Prestige (*L'affaire du Prestige: cadre juridique communautaire*), se analizan de forma precisa y clara todas las medidas comunitarias relativas a la seguridad de la navegación. El Sr. Françoise Odier expone la postura del Comité Francés de Armadores con respecto a las medidas tomadas tras el accidente del Prestige en *La position des armateurs après l'accident du Prestige. Freedom of navigation versus pollution by oil from vessels: the point of view of coastal states*, es el título del trabajo del profesor Bou Franch, en el que realiza un recorrido por las distintas medidas (unilaterales, regionales y multilaterales) adoptadas para prevenir la contaminación marina tras los accidentes del Erika y del Prestige. La reforma de la política pesquera común y la integración en la misma de los principios de la política medioambiental es el tema del informe particular que realiza el Sr. Juan Ojeda Sanz, en *L'intégration des exigences environnementales dans la PCP*. En último lugar, el profesor Yoshio Otami, expone las medidas de prevención de la contaminación marina adoptadas, en especial en relación a la zona costera de Japón en su trabajo *Les problèmes actuels de la prévention de la pollution de la mer dans la zone littorale du Japon*.

Se trata en suma, de un conjunto de aportaciones muy interesantes, que ayudan a paliar muchas lagunas sobre el objeto de estudio, cubriendo un vacío en la literatura jurídico-internacional. Sin ninguna duda, este volumen dedicado al tema de Europa y el mar, constituye una obra fundamental, siendo imprescindible su consulta para toda aquella persona interesada en el estudio del Derecho Internacional del Mar.

Margarita BADENES CASINO

DÍAZ PÉREZ DE MADRID, A., *La protección de las minorías en Derecho internacional*, Granada, Universidad de Granada, 2004, 370 pp.

La delicada cuestión de la protección de las minorías a nivel internacional ha vuelto a resucitar de sus cenizas en las dos últimas décadas debido a los numerosos conflictos étnicos y religiosos que se han desarrollado a lo largo y ancho del planeta. Como se sabe, Europa no ha quedado al margen de este tema, ya que como señala el prologoista de la obra, el desmembramiento de la antigua URSS y de Yugoslavia han puesto de nuevo aquel viejo problema de las nacionalidades, que encendería los Balcanes a finales del siglo XIX y principios del siglo XX, en el tapete de la actualidad internacional. Y es que, por mucho que se insista en los aspectos jurídicos de esta cuestión, nunca hay que olvidar que cualquier análisis relacionado con las «minorías» encierra también complejas cuestiones de índole política, de ahí que su estudio requiera que se tenga que recurrir a un método pluridisciplinar, algo que la autora reconoce precisamente en su introducción.

La obra, dividida en tres partes, está bien estructurada y el hilo conductor seguido es coherente, cosa que no es fácil en un tema tan polivalente como es éste. Es cierto que hay líneas de investigación que no han sido quizás lo suficientemente exploradas, pero esto es una elección que en una investigación de este calibre hay que hacer si se quiere seguir un procedimiento riguroso. Desde esta perspectiva, nos parece sumamente acertado que la autora se haya centrado en la Primera Parte en el análisis «de las claves político-jurídicas» de las minorías, analizando primero las claves políticas, para centrarse después en las claves jurídicas. Así, después de abordar el tema espinoso de la definición, que como recoge la autora «no hay ningún instrumento internacional jurídicamente vinculante que incorpore una definición» (p. 29), de ahí la amplia variedad terminológica existente entre los Estados en esta materia (p. 30, nota 6), se pasa a tratar las razones tanto teóricas como prácticas de la protección de las minorías en el Derecho internacional, destacando a este respecto el plano meta-jurídico y el plano jurídico-inter-

nacional, centrado este último en la preocupación de la comunidad internacional por el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. A este respecto, no parece la autora muy receptiva a que se recurra de una forma interesada «al principio de libre determinación para justificar intentos secesionistas» ni a «los peligros provenientes de injerencias en los asuntos internos, incluso las aparentemente amparadas en razones humanitarias» (p. 49). En nuestra opinión, estas afirmaciones hubieran merecido un poco más de desarrollo, ya que, como se sabe, las intervenciones armadas por razones humanitarias se han llevado a cabo invocando graves violaciones de los derechos de las minorías, y algunas de ellas no eran sólo «aparentes», sino reales. Y es que no se puede hablar en sentido estricto de «injerencias en los asuntos internos» de un Estado si éste viola flagrantemente los derechos humanos de las minorías. El segundo capítulo trata de las claves jurídico-políticas, analizando pormenorizadamente conceptos como la nacionalidad, la ciudadanía y la cuestión de la auto-identificación como medio para determinar la pertenencia a la minoría.

La Segunda Parte se centra en cómo todo lo relacionado con las minorías se ha ido insertando en el Derecho internacional, sobre todo en el ámbito de los derechos humanos. El hilo conductor utilizado por la autora es ver si la protección de las minorías trae consigo un marco jurídico de especificidades a la hora de elaborar las normas internacionales (convenios) en esta materia, tanto a nivel multilateral como bilateral. Pero la autora no sólo se detiene en ese estudio formal sino que va más lejos al analizar también los aspectos materiales en el capítulo IV, partiendo de una triple dimensión subyacente en las normas relativas a las minorías: la del interés general (Estado), la del interés particular (persona que forma parte de esa minoría) y la del interés colectivo (la minoría en sí misma). Para ello parte del artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de la práctica del Comité de Derechos Humanos (pp. 210-223).

La Tercera Parte es quizás la más sustantiva jurídicamente hablando, al tratar del inevitable dilema derechos individuales/derechos colectivos para las personas pertenecientes a minorías. Se pasa así revista a la articulación de los derechos colectivos tomando en consideración sus implicaciones políticas, la protección de las minorías en función del titular de los derechos, el bien jurídico protegido, así como la perspectiva material de los derechos inespecíficos o específicos, decantándose claramente la autora por estos últimos. La obra termina con unas conclusiones (seis) que recogen las tesis de la autora, aunque en nuestra opinión se hubiera podido

establecer una sola conclusión, ya que el hilo conductor es claro y las distintas tesis están interrelacionadas.

No podemos terminar esta reseña sin felicitar a la autora por este trabajo que ha sido llevado a cabo con rigor. De lectura amena, uno reconoce las profundas convicciones que parece compartir la autora, de ahí que en algunos puntos uno saca la impresión de que no quiere abordar algún tema que no responda a esas convicciones. Dicho esto, sólo espero y deseo que esta obra tenga mucho éxito de público y crítica.

Romualdo BERMEJO GARCÍA

*El Derecho Internacional: normas, hechos y valores. Liber amicorum José Antonio Pastor Ridruejo.* Comité organizador: Lucius Caflisch, Romualdo Bermejo García, Javier Díez-Hochleitner, Cesáreo Gutiérrez Espada. Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 2005, 727 pp.

La literatura jurídico internacional española se ha visto en estos últimos años enriquecida por la aparición de obras que rinden homenaje a algunos de los más insignes ius-internacionalistas que «abandonan» (es un decir) su actividad universitaria. Es la manera tradicional del mundo académico de hacer público el reconocimiento y la gratitud debida a quienes han ejercido su magisterio durante años. Sus compañeros, amigos y discípulos cumplen así un honroso deber. Lamento que en este caso, y en algún otro, circunstancias personales me impidieran colaborar como habría sido mi deseo. Vaya desde aquí mi reconocimiento y afecto al Profesor D. José Antonio Pastor Ridruejo a quien se dedica esta importante obra. Justa, merecida y con toda la dignidad que corresponde, el *Liber amicorum* al Profesor Pastor, gracias a sus coordinadores y a la calidad de las aportaciones que la nutren, es una obra importante en el ámbito doctrinal del Derecho Internacional español.

La obra a lo largo de sus 727 páginas acoge las aportaciones de muy notables juristas de diversa procedencia como corresponde a la proyección internacional de la personalidad del Profesor Pastor. Tras la sentida pre-

sentación del ilustre jurista Lucius Caflisch y un breve historial personal y académico de lo más significativo de las aportaciones del Profesor Pastor, el libro se estructura en seis partes que, amén de permitir una cierta ordenación lógica de los contenidos, no siempre fácil en este tipo de obras, tienen la virtud de expresar los ámbitos en los que la labor del homenajeado ha destacado de manera especial.

La primera y segunda partes están dedicadas a la *Protección Internacional de los Derechos Humanos* y al *Derecho Internacional Humanitario*. Aproximaciones amplias hechas por autores como Caflisch, Cançado Trindade, Carrillo Salcedo, Rozakis y Widhaber y el análisis de más concretos aspectos como los abordados por las profesoras Abellán, Andrés, Escobar, Ramón y los profesores Bermejo, Casadevante, Costa, Fernández Sánchez, Gros Espiell, Mariño y Pérez González permiten una muy notable perspectiva de la evolución de esta materia y de aquéllos aspectos más específicos en los que se centra buena parte de las preocupaciones jurídicas actuales. Su lectura es realmente provechosa y proporciona elementos relevantes para la reflexión jurídica.

La tercera parte, dedicada al *Estado y el Nuevo Orden* contiene dos reflexiones de alcance general muy relevantes: la de Bedjaoui sobre el futuro del sistema de seguridad colectiva y la de A. Remiro, una mirada crítica sobre la Carta de Naciones Unidas y el desafío de un problemático contexto internacional. Completan esta parte dos análisis sobre aspectos más concretos de Dominicy y Pastor Palomar del mayor interés.

Seis estudios sobre el *Derecho del Mar y Recursos Naturales* constituyen la parte cuarta de la obra. Este importante mundo de la dedicación del profesor Pastor, cuenta con las aportaciones de tres miembros del Tribunal Internacional del Derecho del Mar (Vicente Marota Rangel, Tulio Treves y Budislav Vukas), de J. Barberis, de un muy completo estudio sobre los problemas de explotación y conservación de recursos biológicos en el Mediterráneo de Juste y una aproximación general de Herrero de la Fuente a los problemas del agua en el Derecho internacional.

Estudios de los profesores Díez-Hochleitner, González Campos, Gutiérrez Espada, Pérez-Prats y las profesoras Orihuela y Riquelme articulan la quinta parte que bajo el título *Fuentes, controversias y responsabilidad internacional*, tal vez la más heterogénea desde el punto de los diferentes temas que alberga. Pero hay en ella estudios de una relevancia extraordinaria. Aparte de la aportación de Pérez-Prats, en su línea de desvelar los problemas ocultos de categorías y conceptos

clave del Derecho internacional y el muy interesante trabajo de Díez Hochleitner sobre las insuficiencias de la protección diplomática en la protección del inversor extranjero y el arbitraje, los autores de esta parte dibujan una revisión de problemas jurídico internacionales de primer orden: la costumbre y los tratados internacionales en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional de González Campos, los aspectos de la responsabilidad internacional vinculados a la imputación de hechos ilícitos al Estado de Gutiérrez Espada, los problemas que plantean tratados, cláusulas compromisorias y declaraciones en la aceptación de la jurisdicción del TIJ de Orihuela y la relectura del complejo mundo de las reservas de Riquelme. Difícil será que un internacionalista no encuentre aquí motivos para detenerse y enriquecerse con tan sustanciosas aportaciones.

Finalmente, cierra el libro una parte dedicada a algunos aspectos relacionados con la *Integración regional*. Tres dedicados específicamente a la Unión Europea de Alegría Borrás, Puissochet y Moura Ramos y uno sobre las políticas educativa y cultural en la integración latinoamericana de Díaz Barrado ponen fin al homenaje.

En fin, lo dicho: una obra de las que se llaman «imprescindibles». Lo es por su justificación de fondo, rendir el debido homenaje al Profesor Pastor, y lo es por su contenido y la calidad de sus autores.

Diego J. LIÑÁN NOGUERAS

EZQUERRA UBERO, J. J., *La Jurisprudencia «Cassis-Keck» y la libre circulación de mercancías*, Madrid, Marcial Pons, 2006, 423 pp.

El estudio monográfico del Dr. Ezquerra, Profesor de Derecho internacional privado de la Universidad Pontificia Comillas, tiene su origen en la tesis doctoral que le sirvió para la obtención del grado de doctor en Derecho con la máxima calificación.

La obra gira en torno a los obstáculos a la libre circulación de mercancías entre los Estados miembros, a través del análisis exhaustivo de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia

de las Comunidades. El autor analiza la evolución de los planteamientos en las Sentencias *Cassis de Dijon*, *Dassonville*, hasta llegar a la doctrina que inspiró la Sentencia *Keck*, y es a partir de aquí dónde, el Prof. Ezquerra, inicia una novedosa construcción, sirviéndose del método inductivo fundamentalmente, que le conduce a una propuesta normativa de carácter conflictual, en un modelo de integración y coordinación.

El autor concibe la norma de conflicto como el vehículo más adecuado en búsqueda de la unificación del mercado comunitario, caracterizado por la pluralidad normativa y por la resistencia de los Estados a incorporar efectivamente el principio del reconocimiento mutuo de las reglamentaciones nacionales. Para ello, el estudio se estructura en cinco capítulos. En el primero de ellos, analiza el cambio de planteamiento que supuso la Sentencia *Keck*, dictada por el Tribunal de Justicia en 1993 en relación a una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de *grande instance* de Estrasburgo. La cuestión controvertida era si la disposición de la legislación francesa que prohíbe la reventa a pérdida, constituía una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa a la importación que establece el artículo 28 del TCE. La conclusión a la que llega el Tribunal, recogiendo y ampliando lo establecido en *Dassonville*, es que había que considerar que constituye una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa, «... toda medida que pueda obstaculizar, directa o indirectamente, real o potencialmente, el comercio intracomunitario», pero avanza en la construcción, al admitir el Tribunal que la citada prohibición se encuadraba en determinadas modalidades de venta y, en la medida, en que se aplicaba tanto en la comercialización de productos nacionales, como de aquellos procedentes de otros Estados miembros, no se podía entender como una restricción a la libre circulación de mercancías. El capítulo finaliza con la decantación clara por parte del autor de los beneficios de la Sentencia *Keck* en la construcción del Derecho conflictual en el ámbito de la libre circulación de mercancías, al delimitar el ámbito de eficacia de las normas nacionales, por un lado, a las características que deben cumplir las mercancías y, por otro lado, a las limitaciones o prohibiciones relacionadas con las modalidades de venta.

A continuación, el Dr. Ezquerro en el Capítulo segundo, precisa el concepto de medida de efecto equivalente que aparece en *Dassonville* y cómo en esta Sentencia se entiende que puede constituir un obstáculo al comercio comunitario cualquier reglamenta-

ción comercial, concepto que se ampliaría en otras Sentencias por el de «medidas». En este asunto se alegaba incumplimiento de la normativa belga (lugar de comercialización) que exigía que los licores con denominación de origen incorporaran un certificado oficial de autenticidad. La mercancía que *Dassonville* comercializaba era whisky escocés, importado de Francia, sin certificado de origen expedido por las autoridades británicas. El Tribunal de Justicia, en este caso concreto, señaló que el citado certificado resultaba más difícil de obtener por los importadores de un Estado miembro, distinto del país de origen, por lo que concluyó que esta exigencia sí constituía una medida de efecto equivalente a una restricción a la libre circulación.

Por su parte en el Capítulo tercero de la obra, se avanza en la Jurisprudencia relativa a las medidas que producen «efectos demasiado aleatorios e indirectos» y que por tanto, no suponen un obstáculo a la libre circulación de mercancías, como en la Sentencia *Krantz*, en la que una Sociedad alemana vende unas máquinas a plazos, con pacto de reserva de dominio. Debido a deudas fiscales se le embargan al comprador, entre otros bienes, las máquinas cuyo precio no había sido totalmente satisfecho, motivo por el cual la parte vendedora solicita la nulidad del embargo por incompatibilidad con el artículo 28 del TCE. Por otro lado, el autor reflexiona sobre la incidencia que tiene que los Estados adopten o no, medidas que tienen por objeto la regulación del comercio comunitario (competencia comunitaria), pudiendo en el primer caso suponer un obstáculo al comercio. De ahí, la importancia del caso *Keck*, cuando delimita los ámbitos de competencia estatal en las modalidades de venta y, la competencia comunitaria en las características de los productos.

En este proceso de construcción europea pero de diversidad normativa, como señala el Dr. Ezquerro, los ordenamientos de los Estados miembros se deben adaptar para la consecución de uno de los pilares básicos como es el de la libertad de circulación de mercancías. Para conseguir este objetivo, es preciso delimitar la normativa rectora de las caracte-

rísticas de los productos y de las modalidades de comercialización hasta llegar a la Sentencia *Keck*. Al hilo de la Sentencia *Cassis*, se analiza en el Capítulo cuarto de la obra, a mi juicio el más riguroso y constructivo, como pueden constituir medidas de efecto equivalente, la aplicación, a mercancías procedentes de otros Estados, de normas relativas a sus características en el Estado de comercialización, siempre que no exista un objetivo de interés general que lo recomiende. Si el comerciante tiene que adaptar por ejemplo, el etiquetado de sus productos, para vender en otro Estado miembro, puede generarse un coste adicional, que repercute indiscutiblemente en el comercio intracomunitario. Del mismo modo, se hace referencia a la abundante Jurisprudencia en materia de precios, en las que se señala que las medidas sobre precios que sitúan a los productos importados en situación de desventaja respecto de los nacionales, suponen una restricción a la importación. El Capítulo finaliza con un estudio pormenorizado de las reglamentaciones nacionales relativas a las modalidades de venta, incluidas la publicidad, promoción y actividad económica dominical.

Del Capítulo quinto y último de la monografía, tomando como modelo la Jurisprudencia *Keck*, el Dr. Ezquerro infiere, para evitar los obstáculos comunitarios, la aplicación de normas de conflicto en el comercio intracomunitario. Distingue por un lado, las características que deben cumplir los productos, cuya ley rectora sería la del Estado miembro de origen; de las circunstancias de comercialización de los mismos. La aplicación de la ley de origen al producto conllevaría que éste se adecuara a las disposiciones vigentes del Estado de producción, de tal manera, que éstos pudieran comercializarse tanto en país de origen como de destino. No obstante, se introduce una válvula de escape para el supuesto de que la mercancía al fabricarse se adapte a las exigencias previstas en la ley del país de destino, en cuyo caso, se aplicará esta ley, así como en el caso de que peligre el interés general, de modo similar a la excepción de orden público. Además, dado que los produc-

tos originarios de terceros países, legalmente comercializados en un Estado miembro, se benefician de la libre circulación, se decanta por la sustitución de la ley de origen por la ley de procedencia. En este sentido, y como elemento de crítica, la obra hubiera resultado más completa si se hubiera profundizado colateralmente en la reglamentación de las características de los productos procedentes de terceros Estados que pretenden comercializarse en el mercado comunitario.

De acuerdo con el planteamiento sostenido y, desarrollando la Sentencia *Keck*, el autor finaliza proponiendo una doble reglamentación conflictual que partiría de conceptos o categorías jurídicas, siguiendo la denominación de ZITELMANN, en el ámbito de la libre circulación de mercancías. Por lo que respecta a la norma reguladora de las características de los productos, el autor utiliza una calificación amplia en la que incluye la denominación, peso, composición, presentación, etiquetado y acondicionamiento. En cuanto al factor de localización entiende que se deben regir por la ley del Estado miembro de procedencia, pero consciente de que el principio rector es la libre circulación de mercancías en los Estados miembros, condiciona la aplicación de dicha ley a que el Estado miembro de destino lo permita y, en caso negativo, resultará de aplicación la ley del Estado miembro de destino. No obstante, limita esta posibilidad a la existencia de un objetivo de interés general que pueda prevalecer sobre el principio anteriormente enunciado. Por otro lado, en relación con la norma reguladora de las circunstancias de comercialización de los productos, también se parte de una concepción extensa que se conecta con la ley del Estado miembro de destino que sólo quedará desvirtuada (por motivos de interés general) cuando no se aplique a todos los operadores jurídicos, o no afecte, de hecho o de derecho, a la comercialización de los productos nacionales y de otros Estados miembros, impidiendo o dificultando el acceso de los productos de estos últimos.

Ahora bien, se podrían plantear ciertas objeciones, por un lado, respeto a la funciona-

lidad del tipo de norma propuesto y, por otro lado, respecto a la formulación de los puntos de conexión. En cuanto a la primera de las cuestiones, la norma de colisión parte de una confrontación entre diferentes leyes, difícilmente sostenible en el ámbito comunitario inmerso en un proceso de unificación material en el que se consagran unos principios y valores en este ámbito, como es la libre circulación de mercancías, la protección al consumidor y, la objetivación de la responsabilidad extracontractual. En segundo lugar, y consecuencia de la anterior reflexión, la rigidez de la norma de conflicto, en mi opinión, no se adecua a los intereses del legislador comunitario. De este modo, el elemento formal de la norma de conflicto obliga al autor a la búsqueda de una conexión principal, de difícil aplicación por las excepciones planteadas. En efecto, cuando se propone que las características de las mercancías se rigen por la ley de su procedencia, siempre que la ley del Estado miembro de destino lo permita y, que

además esta ley es la rectora de las circunstancias relacionadas con la comercialización de los productos, hay que concluir que el fabricante de los productos, si quiere ampliar mercado en otro Estado tendrá que adaptarse a la normativa del lugar de comercialización. Y a partir de aquí, hay que compeler a los Estados miembros, en cumplimiento de la normativa comunitaria, a que remuevan cualquier obstáculo que suponga una restricción a la libre circulación de mercancías en el ámbito comunitario.

En cualquier caso, se recomienda vivamente la lectura de la obra del Profesor Ezquerro, por el exhaustivo, tratamiento metodológico y, por su valiente aportación a nuestra disciplina. Además intencionadamente, en estas últimas líneas, me refiero a su faceta docente, porque hay que destacar la claridad expositiva de su trabajo y el importante esfuerzo de sistematización realizado.

Montserrat GUZMÁN PECES

FORLATI, S., *Diritto dei trattati e responsabilità internazionale*, Dott. A. Guffrè Editore, Milano, 2005, 202 pp.

De los muchos enfoques a los que se puede recurrir para abordar el estudio del Derecho de los tratados, la profesora Forlati, investigadora de la Universidad italiana de Ferrara, ha optado por analizar su relación con las reglas sobre la responsabilidad internacional de los Estados y, en particular, los efectos que pueden provocar en dicho ámbito la nulidad, terminación o suspensión de un tratado, cuando venga motivada por la conducta ilícita de alguna de las partes en el mismo, según lo previsto en la Convención de Viena, de 23 de mayo de 1969, teniendo en cuenta que, conforme a su artículo 73, las disposiciones de dicha Convención no prejuzgarán ninguna cuestión relativa a la responsabilidad internacional que pueda surgir respecto de un tratado, poniendo de este modo de manifiesto que el Derecho de los tratados no constituye un régimen cerrado e impermeable a la interacción recíproca con otras normas internacionales.

Para examinar la rica e interesante problemática jurídica planteada por dicha relación, la

presente monografía está estructurada en tres Capítulos, precedidos de la correspondiente Introducción, el primero de los cuales trata acerca de las causas de nulidad de los tratados que, como ocurre con el dolo, la corrupción del representante del Estado, la violencia ejercida sobre el mismo, el uso de la fuerza contra el propio Estado o la incompatibilidad con alguna norma imperativa de Derecho internacional general vigente, se caracterizan porque en todas ellas el hecho internacionalmente ilícito que permite solicitar la nulidad es cometido por alguno de los Estados partes en el tratado —o su contenido ilegal es acordado entre ellos— durante la fase de celebración del mismo. De modo que en tales supuestos la declaración de nulidad no sólo garantiza la libre manifestación del consentimiento en obligarse por el tratado, privando de operatividad a los vicios que pudieran afectarle, sino que también constituye en sí misma una forma de reparación del daño causado por el comportamiento ilícito de alguno de los Estados nego-

ciadores. Por su parte, el Capítulo II se refiere al caso en que, resultando el tratado perfectamente válido desde el punto de vista de su celebración, la responsabilidad internacional vinculada a la terminación o la suspensión de la aplicación del mismo se produce como consecuencia de la violación grave de las estipulaciones en él establecidas, en los términos y con las excepciones previstas en el artículo 60 de la Convención de Viena, supuesto que mantiene una afinidad evidente con la institución de las contramedidas, cuya adopción es admitida por el ordenamiento internacional como reacción legítima frente al hecho ilícito de otro Estado cuando tengan por objeto inducir a éste a cumplir las obligaciones que le incumban, sin que por ello ambas figuras lleguen a confundirse, ni una haya absorbido a la otra, pues lo cierto es que, más allá de sus similitudes, presentan claras diferencias, puestas de manifiesto por la autora, tanto en lo que se refiere a los presupuestos materiales para la aplicación de cada una ellas, como en lo relativo a sus efectos y objetivos. Para terminar, en el Capítulo III se analizan algunas cuestiones de responsabilidad internacional suscitadas por la terminación o suspensión de los tratados debido a la imposibilidad de su cumplimiento, incidencia que puede ser considerada un supuesto de fuerza mayor de los codificados en el Proyecto de Artículos de la Comisión de Derecho Internacional como causa de exclusión de la ilicitud, o al cambio fundamental de las circunstancias existentes en el momento en que fueron adoptados, que es lo que, en opinión de la profesora Sereni, necesariamente ocurre en los casos en que cabe alegar el estado de necesidad para justificar la violación de una obligación internacional, pues de no ser así resultaría que el Estado habría acordado a sabiendas un tratado cuyo cumplimiento pone en peligro grave e inminente alguno de sus intereses esenciales, actitud que, a pesar de resultar poco razonable, no siempre puede ser descartada, como lo demuestra, sobre todo, la práctica en materia de asunción de deudas y otros compromisos financieros.

En las conclusiones de su investigación, la autora constata la que había sido su premisa de partida, es decir, que el Derecho de los tratados

y el Derecho de la responsabilidad internacional no son compartimentos estancos dentro del ordenamiento internacional, sino que forman parte de un sistema jurídico coherente, cuya cohesión se pone de manifiesto mediante hechos tales como el que en ambos sectores se ha codificado un régimen específico para la protección de los intereses colectivos representados por las normas de carácter imperativo o por el reconocimiento de la existencia de obligaciones *erga omnes*; motivo por el cual propugna que los conceptos y principios desarrollados en cada uno de esos sectores puedan ser utilizados en determinadas ocasiones para interpretar las normas propias del otro, lo que contribuiría sin duda a lograr la coordinación deseable entre ambos regímenes, aportando como ejemplo en el que tal posibilidad resultaría viable la analogía existente entre nociones tales como la fuerza mayor, que priva de carácter ilícito a conductas en principio contrarias a una obligación internacional, y la imposibilidad del cumplimiento de un tratado, que puede dar lugar a su terminación o suspensión. Ahora bien, la correspondencia entre la regulación establecida por la Convención de Viena de 1969 y los artículos aprobados definitivamente por la Comisión de Derecho Internacional en 2001 no es absoluta, pues aquélla no refleja, por razones cronológicas, los más recientes desarrollos en materia de responsabilidad internacional, de modo que, por ejemplo, en lo que se refiere a la protección de los intereses colectivos de la comunidad internacional en su conjunto, no reconoce a los terceros Estados capacidad para invocar la nulidad de los tratados que en el momento de su celebración contradigan una norma imperativa de Derecho internacional general.

Una vez descrito su contenido, no queda sino finalizar afirmando que esta obra merece una opinión general muy positiva, valoración que viene determinada tanto porque el objeto de estudio abarca dos sectores nucleares, clásicos y siempre actuales del ordenamiento internacional, como lo son el Derecho de los tratados y el de la responsabilidad estatal por hechos ilícitos, lo que sin duda la dota de un interés especial; como por el punto de vista

adoptado para analizarlos, en la medida en que aprovecha metodológicamente la interrelación existente entre ambos grupos de normas para proceder a un examen de conjunto de las mismas, que le permite poner de manifiesto las positivas consecuencias de esos vínculos recíprocos, tanto de orden práctico, relativas a su aplicación e interpretación, como en el terreno conceptual, puesto que refuerza la

imagen de cohesión del sistema. Asimismo, deben señalarse entre sus aspectos más destacables el rigor y la profundidad del análisis llevado a cabo por la autora, junto con la seleccionada y acertada documentación, jurisprudencia y bibliografía manejada para su elaboración.

Rubén CARNERERO CASTILLA

FORNER DELAYGUA, Joaquín J., *La prueba de los hechos en el proceso: aspectos de ley aplicable*, Barcelona, Bosch, 2005, 343 pp.

1. No son excesivamente abundantes las obras que abordan el tema del Derecho aplicable al proceso. Pese a ser un tema clásico en el DIPr y encontrarse en el núcleo de las cuestiones que dieron origen a la disciplina durante la Baja Edad Media actualmente no se observa una excesiva preocupación por el estudio de esta cuestión. La regla *lex fori regit processum* sigue siendo el elemento fundamental en el análisis de este ámbito de problemas, planteándose únicamente en qué supuestos debe excepcionarse la aplicación de la *lex fori* para dar entrada el Derecho que rige la substancia del litigio; así en lo que se refiere a materia probatoria o en relación a la determinación de los intervinientes en el proceso o cualquier otra cuestión relativa al desarrollo del procedimiento. Lo anterior no quiere decir que se hubiese abandonado el estudio de las particularidades del procedimiento que presenta conexiones con más de un ordenamiento. Así, cuestiones tales como la asistencia jurídica gratuita en los supuestos internacionales, la cooperación jurídica internacional en la práctica de notificaciones o en la obtención de pruebas, la eficacia de los documentos extranjeros en el proceso nacional o la problemática vinculada al litisconsorcio procesal y la acumulación de procedimientos en supuestos internacionales han sido objeto de un tratamiento detallado en los últimos años. Baste mencionar, por ejemplo, los trabajos sobre la asistencia jurídica gratuita de DE DIOS MARCER, J. M.<sup>a</sup> (*La asistencia jurídica gratuita en Derecho internacional privado español*, Madrid, Eurolex, 1999), LARA AGUA-

DO, M.<sup>a</sup> A. (El derecho de los extranjeros a la asistencia jurídica gratuita en la Ley 1/1996, de 10 de enero, *REDI*, 1996, vol. XLVIII, núm. 2, pp. 99-133; *id.*, Litigios transfronterizos y justicia gratuita (A propósito de la Directiva 2003/8/CE del Consejo de 27 de enero de 2003), *RDCE*, 2004, año 8, núm. 17, pp. 83-115), AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M. («La asistencia judicial gratuita en Derecho internacional privado», *BIMJ*, 1997, núm. 1805, pp. 1887-1905) y MARÍN LÓPEZ, A. («La asistencia judicial gratuita», *AEDIPr*, 2000, t. 0, pp. 311-322); los estudios sobre asistencia judicial internacional de MARCHAL ESCALONA, N. (*Garantías procesales y notificación internacional*, Granada, Comares, 2001; *id.*, *El nuevo régimen de la notificación en el espacio judicial europeo*, Granada, Comares, 2002) y DIAGO DIAGO, M.<sup>a</sup> P. (*La obtención de pruebas en la Unión Europea*, Navarra, Thomson/Aranzadi, 2003); el estudio sobre la eficacia en España de los documentos extranjeros publicado por JIMÉNEZ BLANCO, P. («La eficacia probatoria de los documentos públicos extranjeros», *AEDIPr*, 2001, t. I, pp. 365-404) y los trabajos sobre la conexidad procesal de HEREDIA CERVANTES, I. (*Proceso internacional y pluralidad de partes*, Granada, Comares, 2002).

En todos estos trabajos (y otros muchos) se estudian problemas concretos en relación al desarrollo del procedimiento que presenta conexiones con diferentes ordenamientos, incidiendo inevitablemente en cuestiones relativas a la ley aplicable al procedimiento.

Ahora bien, en estos, y a diferencia de lo que sucede en la obra que aquí se reseña, el punto de partida no es el Derecho aplicable al proceso sino un problema procesal o procedimental concreto. Es el análisis conflictual del proceso el que se encuentra abandonado por nuestra doctrina, habiéndose limitado ésta en los últimos años a abordarlo bien el marco de manuales u obras generales, bien al hilo de alguna reforma legislativa (*vid.* CASTELLANOS RUIZ, E., «La ley aplicable al proceso y el art. 3 de la LEC 1/2000», *AEDIPr*, 2001, t. I, pp. 239-250) o, finalmente, en el marco de las necesarias adaptaciones del DIPr a las transformaciones derivadas del hecho de que el Estado ha dejado de ser el único actor soberano (*vid.* FONT I SEGURA, A., «Una lectura comunitaria del principio *lex fori regit processum*», *AEDIPr*, 2001, t. I, pp. 283-313). Fuera de estos casos específicos el análisis de la ley aplicable al proceso se encontraba huérfano de acercamientos recientes en nuestra doctrina. Esta laguna viene a ser cubierta por el trabajo que aquí se presenta de Joaquim Forner Delaygua, que se centra en la determinación de la ley aplicable a la prueba de los hechos en el proceso, pero que incluye también desarrollos sobre el problema más general del Derecho aplicable al proceso.

2. El libro presenta una estructura singular. Así, tras el prólogo (de la profesora Alegría Borrás) y la introducción se desarrollan tres capítulos. El último de ellos es un capítulo conclusivo, por lo que el cuerpo de la obra se limita a dos capítulos, el primero dedicado a explorar las relaciones entre la regla (o principio) *lex fori regit processum* y la prueba y el segundo centrado en la regulación legal y el tratamiento jurisprudencial de la prueba de los hechos en los supuestos heterogéneos en nuestro Derecho. Tras estos tres capítulos nos encontramos con un anexo bibliográfico extremadamente detallado en su clasificación, de tal modo que las aportaciones incluidas son distribuidas en ocho categorías diferentes (procesal español interno; general, procesal comparado e interno; especial prueba y afines, DIPr español; obras generales, DIPr español; especial procesal, prueba y temas afines; DIPr extranjero; especial proceso y

prueba, DIPr; cooperación internacional en materia de prueba, unificación y armonización procesal (IDI, UE, ALI/UNIDROIT), Convenio de Roma de 1980). A esta bibliografía aún sigue un apartado extremadamente original: una reseña de doctrina en la que en algo más de treinta páginas se resume la posición sobre el tema objeto de estudio de varios autores (P. Arminjon, F. Rigaux, A. Huet, B. Sluyters, I. Szaszy, C. Morviducci, M. Virgós y F. J. Garcimartín, Th. H. Groud y E. Fongaro), además de la del *American Law Institute*. Llama la atención que no existe un anexo de jurisprudencia citada, máxime cuando a lo largo de la obra no son pocas las decisiones judiciales que se citan.

La original estructura de la obra ya nos aporta alguna pista sobre la dificultad del tema que aborda el autor. La ley aplicable al proceso supone, básicamente, determinar el balance entre la *lex fori* y la ley aplicable al fondo teniendo en cuenta que no todos los aspectos que han de ventilarse en el procedimiento son propiamente procesales. Esto es, delimitando el ámbito que corresponde a lo sustancial y a lo procesal en los procedimientos conectados con más de un ordenamiento. De esta forma, el tradicional problema calificadorio se convierte en el eje de la investigación. En este trabajo, a diferencia de lo que sucede en otros que se han ocupado de cuestiones procesales, esta problemática conflictual aplicada al proceso no se rehuye, sino que se convierte en punto de partida y punto de llegada del estudio, afrontando directamente las dificultades que plantea. Es por ello, seguramente, por lo que la introducción propiamente dicha del trabajo se prolonga a lo largo de todo el capítulo primero, en el que se desarrolla esta problemática general, destacando la dificultad para diferenciar lo sustancial y lo procesal. Se trata de un análisis en el que destacaría la idea de que, siendo posible la introducción de normas de conflicto en materia procesal, la circunstancia de que el legislador no haya optado por ellas obliga a forzar la calificación sustantiva de determinadas cuestiones (p. 30). Esta necesidad de «forzar la calificación» (empleando la misma expresión que el autor)

entiendo que se encuentra muy presente en todo el desarrollo posterior, centrado en la difícil delimitación entre lo sustantivo y lo adjetivo, lo procesal y lo que no es procesal.

No podría decir con justicia si el autor tiene éxito en esta delimitación. He de confesar que los criterios elegidos para esta tarea me parecen excesivamente formales. Así, en la página 49 mantiene que «no es de naturaleza procesal la norma que regula actos o hechos anteriores al proceso o establece para los mismos consecuencias inevitables en el momento de iniciar el proceso» y continúa el argumento manteniendo que han de ser consideradas como procesales aquellas normas intercambiables en relación al fallo; esto es, «todas las normas que podrían variar en el instante anterior al inicio del proceso sin que por ello el sentido del fallo a dictar tras dicho proceso hubiera de variar». Se trata de un criterio que implica que toda la normativa relativa a la competencia judicial internacional no puede ser considerada como procesal, pues su alteración puede implicar que antes de dicho cambio fuera obligado dictar una sentencia sobre el fondo, mientras que tras éste sería preciso dictar una sentencia absolutoria de la instancia. Supongo que no será éste al resultado al que se quiera llegar; pero para eludirlo la única solución es convertir el fallo en independiente del foro en el que se litiga; y ésta es una opción que no creo muy sana en DIPr. De igual forma que en física no existen mediciones absolutas, sino únicamente relativas a determinados grupos de observadores, en DIPr hemos de considerar siempre el sistema (o sistemas) de referencia respecto a los cuales mantenemos una solución, interpretación o propuesta. En cualquier caso, el criterio de delimitación mantenido en esta p. 49 debe ser matizado en la 50, estableciendo una distinción entre las actividades que dependen exclusivamente de la actuación de las partes desde el inicio del proceso y las que son anteriores al mismo. Seguramente esta matización prueba la dificultad (¿imposibilidad?) de establecer una censura entre cuestiones procesales y sustantivas. Al fin y al cabo, de acuerdo con el último Kelsen, la norma general no tiene sentido más que si de

ella pueden derivarse normas singulares (cf. Kelsen, H., «The Objectivity of the Validity of General Norms and Individual Norms», *General Theory of Norms* (trad. De *Allgemeine Theorie der Normen*, Viena, Manz 1979 por M. Hartney), Oxford, Clarendon Press, 1991, pp. 50-51); desde esta perspectiva, la afirmación tópica de que lo adjetivo ha de estar al servicio de los sustantivos y no al revés podría ser matizada.

En la obra que comentamos, sin embargo, esta distinción entre sustantivo y procesal se encuentra presente en todo momento, orientada, además, por la idea que se acaba de mencionar de que lo adjetivo ha de seguir a lo sustantivo (*vid.* p. 49: «el proceso sirve para dar efectividad a los derechos sustantivos, no para modificarlos»; y también la p. 50: «la prueba alude a una actividad procesal y el proceso no está para modificar los presupuestos sustantivos de las sentencias»). Se pretende de esta forma conseguir un equilibrio entre la satisfacción de las necesidades específicamente procesales, que empujan a la aplicación de la *lex fori*, y sustantivas, que conducen a la consideración del Derecho rector del fondo. Este equilibrio, a su vez, se vincula con la búsqueda de la armonía entre los principios propios del Derecho procesal y los específicos del DIPr (*vid.* p. 23: «la posibilidad de aplicar una ley extranjera a aspectos de prueba está relacionada con una idea de sustantivación del respectivo aspecto o concepto probatorio, o penetración del razonamiento del DIPr en ámbitos propios del derecho procesal» y p. 31: «De este modo, además de sentarse un criterio propio, operativo a los efectos de DIPr y no servilmente dependiente de los criterios de derecho procesal...»). De acuerdo con el autor, esta consideración conjunta de ambas materias (DIPr y Derecho procesal) tiene consecuencias para las técnicas de reglamentación (*vid.* p. 40: «La materia es de DIPr y es de Derecho procesal (...) La solución ha de ser inteligible, por lo tanto, para el DIPr y para el Derecho procesal, lo que, sin ser esencial, apunta hacia normas materiales de DIPr, como técnica de reglamentación más asimilable por el derecho

procesal y más en consonancia con la dinámica norma especial/norma general»).

En su conjunto esta sutil tarea de delimitación es un estimulante ejercicio especulativo; aunque de difícil valoración. La complejidad de la distinción entre lo sustantivo y lo procesal no se ve favorecida por el formalismo que se esconde tras la diferenciación entre Derecho procesal y DIPr. No es que las distinciones entre los principios propios de una rama del Derecho y otra no sean reales, sino que tales diferencias no pueden plantearse de una forma apriorística, sino decantarse en el análisis singularizado de problemas concretos, sin que sean útiles como parámetros de solución para tales problemas.

3. Me he extendido en los párrafos anteriores en la consideración de los elementos introductorios del trabajo que nos ocupa por la importancia que presentan en una obra tan vinculada a la parte general del DIPr como es ésta; pero también por que es aquí donde he encontrado los mayores elementos de discrepancia con el análisis del autor. Una vez que se han sentado las bases sobre las que se desarrollará el trabajo éste continúa con el análisis de la regulación y la jurisprudencia relevantes con el fin de identificar el régimen de los distintos aspectos probatorios (objeto y carga de la prueba, presunciones, medios de prueba, ley aplicable a los medios de prueba...). Se trata de un análisis interesante en el que destacaría el cuidado en la consideración de las categorías y desarrollos procesales, consiguiendo de esta forma una gran riqueza en el tratamiento de los problemas. Así, por ejemplo, en lo que se refiere a las relaciones entre la disponibilidad del *thema decidendi* y el régimen de la prueba (p. 143), la distinción entre valoración de los medios de prueba y valoración de la prueba (pp. 192 y ss.) o todo el estudio del régimen de la administración de la prueba (pp. 215 y ss.). Es en esta parte donde se encuentra el núcleo del trabajo y su parte más relevante, encontrándonos ante el tratamiento más importante del régimen de la prueba en DIPr de los que se han publicado en nuestra doctrina. Ciertamente podrá discreparse de las conclusiones a las que se llegue, orientadas en gran medida por la previa

distinción entre sustancia y proceso a la que ya nos hemos referido, y que muestra gráficamente el cuadro de la p. 149; pero no cabe duda de que sus planteamientos habrán de ser considerados en futuros trabajos.

Llama la atención en este punto, sin embargo, el tratamiento que se hace de la doctrina constitucional en materia de prueba y su incidencia en los supuestos internacionales. Expresamente se rechaza (p. 92) que los imperativos constitucionales operen en este ámbito en el marco del esquema delimitado por la remisión al Derecho extranjero, la consideración de éste y su eventual rechazo por su contrariedad con el orden público definido constitucionalmente. De seguirse este esquema lo más lógico hubiera sido retrasar el tratamiento de estos condicionamientos constitucionales a un momento posterior al análisis de los supuestos en los que el Derecho extranjero puede resultar relevante en materia de prueba. En el trabajo que comentamos, sin embargo, el tratamiento de la incidencia de la Constitución en este problema es previo al análisis del régimen legal y jurisprudencial del Derecho aplicable a la prueba, incluyéndose este estudio constitucional en el capítulo primero inmediatamente después de la consideración del principio *lex fori regit processum*. No acabo de entender las razones para esta opción que obliga a realizar un análisis completo de la doctrina constitucional en materia de prueba, tanto para los supuestos internos como para los internacionales, y que, como digo, el autor nos ofrece en la página 92.

4. La obra concluye con unas «consideraciones finales y propuesta normativa». En estas se vuelve sobre lo que ha sido el eje de todo el trabajo: la dificultad de diferenciar lo sustantivo y lo procesal, especialmente en materia de prueba. En la p. 276 se incluye un gráfico que muestra claramente las múltiples interrelaciones de lo material y lo adjetivo en este ámbito de problemas. El resultado es la imposibilidad de realizar una delimitación ajustada entre ambas esferas, operando los conceptos sustantivo y procesal más como «polos o zonas conceptualmente opuestas de las que aspectos jurídicos concretos pueden

hallarse equidistantes» (*vid.* p. 276). Esto no impide, sin embargo, que el autor llegue a auténticas conclusiones, que se exponen en las páginas 282 y siguientes. En estas conclusiones se mantiene la calificación básicamente procesal de la prueba con ciertas excepciones, derivadas tanto de textos internacionales como de la «calificación sustantiva de los conceptos probatorios» (p. 283). Estas últimas excepciones son el objeto de la prueba y la carga de la prueba, debiendo establecerse un régimen específico para estas cuestiones que tenga en cuenta la necesidad de considerar tanto el contenido de la *lex substantiae* como la *lex fori*.

Junto con estas conclusiones el autor también realiza una propuesta normativa en la que aboga por una regulación de la prueba en los supuestos pluriconectados que conjugue adecuadamente flexibilización y materialización. Esta norma entiende que debería ubicarse en la LEC o en una futura Ley de DIPr, descartando que el Cc sea la sede adecuada para ella.

5. Para concluir por mi parte diría que la obra que nos presenta Joaquín Forner Delaygua es de obligada consideración por tratarse de una obra ambiciosa en un tema clásico en DIPr que no goza de un tratamiento acorde con su importancia teórica. Podría ser, tal como apunta el autor, que la relativamente

escasa problemática jurisprudencial asociada al tema de la ley aplicable a la prueba haya oscurecido la relevancia de la cuestión en la construcción del DIPr; pero precisamente por ello son necesarias obras como ésta que vuelvan a colocar el tema en el centro del debate doctrinal. La opción del autor, además, ha sido valiente en tanto en cuanto no ha rehuido un análisis centrado, por un lado, en la delimitación entre sustancia y proceso y, por otro lado, en la consideración de las diferencias entre un acercamiento procesal y otro basado en los principios del DIPr. Esta fidelidad a los planteamientos más clásicos de nuestra disciplina explica seguramente que cuestiones tales como la especialización, la materialización o, incluso, la necesidad o no de una Ley específica de DIPr se encuentren presentes en sus páginas. Si se me permite recurrir a una metáfora, la obra se presenta de esta forma como un paseo por una mansión antigua y casi abandonada; pero en la que el joven viajero aún aventura la existencia de habitaciones que merecen ser recorridas. El lector ha de juzgar si las que se le muestran justifican que él también visite la mansión o, por el contrario, prefiere quedarse con el recuerdo de los días de esplendor que, quizá, ya no volverán.

Rafael ARENAS GARCÍA

GALLANT, E., *Responsabilité parentale et protection des enfants en droit international privé*, Paris, Defrenois, 2004, 440 pp.

1. El trabajo que se reseña corresponde a una tesis doctoral dirigida por el Prof. Paul Lagarde que la autora defendió en enero del 2000. Debe haber sido en gran medida la rápida sucesión de instrumentos normativos en materia de responsabilidad parental en el ámbito comunitario una de las razones que explica que la publicación de dicho trabajo se haya demorado tanto en el tiempo. La tesis probablemente se elaboró cuando nada hacía presagiar que la Unión Europea iba a legislar horizontalmente en materia de responsabilidad parental. Las principales novedades que se vislumbraban en el horizonte de finales de

los noventa eran la ratificación por parte de algunos Estados europeos del Convenio de La Haya de 1996 en materia de protección de menores, del que el director de la tesis fue relator, y la entrada en vigor del denominado Convenio de Bruselas II, que se ocupaba de la responsabilidad parental de una manera tangencial y había sido tenido en cuenta durante la elaboración del Convenio. Pero en el primer quinquenio del S. XXI los acontecimientos se precipitaron. La Comunidad europea adquirió competencia legislativa en materia de DIPr. El Convenio de Bruselas II se transformó en un Reglamento (Bruse-

las II) que fue posteriormente sustituido por otro Reglamento (Bruselas II bis) que se ocupa ya de la responsabilidad parental con carácter principal. Como consecuencia el principal instrumento normativo en la materia es actualmente el denominado Reglamento Bruselas II bis que fue promulgado en noviembre de 2003, entró en vigor el 1 de agosto de 2004 y es plenamente aplicable desde el 1 de marzo de 2005 en todos los Estados miembros a excepción de Dinamarca. Frente a dicho instrumento es menor la importancia del Convenio de La Haya del 96, aunque solo sea porque el debate en torno a las competencias externas ha retrasado su ratificación y entrada en vigor en la mayoría de Estados miembros.

2. La monografía de Estelle Gallart consta de tres partes diferenciadas que se dividen en dos capítulos cada una. La primera parte (*Partie préliminaire*) lleva por título: La determinación del sistema de reglas aplicable. En el primer Capítulo de esta parte se intenta delimitar si deben aplicarse las reglas convencionales (sic) o las de DIPr autónomo. Para ello se delimitan los ámbitos de aplicación *rationae materiae*, *rationae personae*, *rationae loci* y *rationae temporis* de los Convenios de La Haya de 1961 y de 1996, del Reglamento núm. 2201/2003 y de su antecesor el Reglamento 1347/2000 así como de algunos Convenios bilaterales celebrados por Francia y aplicables en la materia. Una vez realizada esta tarea se dedica el segundo Capítulo al método de determinación del Convenio aplicable. Para ello se distinguen los conflictos de Convenios y las interferencias entre Convenios y se elaboran criterios para determinar qué instrumento prevalece en cada caso.

La primera y en realidad segunda parte del trabajo estudia la responsabilidad parental y la protección del niño en aquellos supuestos en los que existiendo un elemento de extranjería en la relación jurídica no se ha producido sin embargo un desplazamiento a través de las fronteras del que deriven dificultades. En Capítulos distintos se estudian las cuestiones de competencia de autoridades y relativas a los efectos de las decisiones y las de ley aplicable.

Finalmente en la segunda y en realidad tercera parte se estudia la responsabilidad parental y la protección del niño desplazado, dedicándose dos Capítulos distintos al desplazamiento lícito y al traslado ilícito del niño. En el último de estos Capítulos se estudia la sustracción de menores, con especial énfasis en su prevención.

3. Como se destacará posteriormente son muchos los elementos valiosos del trabajo que se reseña. Sin embargo, al concluir su lectura uno no puede evitar cierto sentimiento de desazón, pues es evidente que el trabajo, pese a haber sido actualizado para su publicación, se resiente del vertiginoso suceder de los acontecimientos inmediatamente posterior a su elaboración. Se nota en exceso que las referencias al Reglamento Bruselas II bis se han introducido *a posteriori* y que el protagonismo del Derecho comunitario no se tuvo en cuenta cuando se maduró el trabajo y se construyó el planteamiento principal. Son efectivamente muy interesantes las reflexiones de la autora sobre los conflictos de Convenios y la diferencia entre un conflicto de Convenios y una interferencia entre Convenios pero el problema que se plantea actualmente no es principalmente un problema de relación entre Convenios sino entre Reglamentos comunitarios y Convenios. Por otro lado, es evidente que en la praxis de los Estados miembros el Reglamento 2201/2003 tendrá un protagonismo que no se corresponde con el tratamiento que se da a dicho Reglamento en la obra de Estelle Gallart.

4. Los aspectos de esta monografía referidos al Derecho internacional privado autónomo francés son de menor interés para el lector español que los aspectos referidos al régimen convencional y comunitario que compartimos con dicho país. De entre dichos aspectos destaca el tratamiento exhaustivo y sistemático de la competencia de autoridades. En dicha parte del trabajo se pone especialmente de relieve la evolución desde las normas establecidas en el Convenio de La Haya del 61, caracterizado por el establecimiento de diversos foros cuya relación generó grandes incertidumbres, hacia la adopción de un foro de competencia único basado en la resi-

dencia habitual del niño. Dicho foro se acompaña, según Gallant, de tres correctivos: el correctivo basado en la necesidad de adopción de medidas provisionales y urgentes, el correctivo basado en la proximidad y finalmente el correctivo basado en la concentración del contencioso.

Las principales objeciones frente a este elegante esquema son, desde mi punto de vista, dos. De un lado, pienso que el elemento fundamental del mecanismo de transmisión del asunto a un tribunal o autoridad mejor situada que se analiza como un correctivo basado en la idea de proximidad no es en realidad la proximidad sino el interés superior del niño. Es en función de dicho elemento que se decide la remisión del asunto y su posterior aceptación por parte de la autoridad designada. El peso de este elemento de tipo material es muy superior al de las consideraciones meramente geográficas que se integran en el principio de proximidad.

De otro lado, me parece que el esquema propuesto por Gallant no tiene suficientemente en cuenta el protagonismo que en el Reglamento Bruselas II bis tiene la autonomía de la voluntad. De acuerdo con lo previsto en el art. 12.3 del Reglamento la prórroga de competencia no se circunscribe a las cuestiones relativas a la responsabilidad parental vinculadas a un proceso de separación, nulidad o divorcio que Gallant analiza como un correctivo basado en la idea de concentración del contencioso sino que cabe con carácter general siempre que el tribunal o autoridad prorrogada pertenezca a un Estado con el que el menor esté estrechamente vinculado y la competencia responda al interés superior del niño. Desde el momento en el que se admite la prórroga de competencia en esos términos habría que al menos hablar de un correctivo basado en la autonomía de la voluntad. Dependiendo de cómo se interprete el precepto podría incluso ser necesario reconocer a la prórroga de competencia como un foro general en pie de igualdad con el foro de la residencia habitual del niño.

5. Uno de los aciertos mayores de esta obra es el protagonismo que en la misma se otorga al desplazamiento lícito. Mientras que la sustracción internacional de menores es un tema extensamente estudiado se tiende a considerar que los desplazamientos lícitos no plantean dificultades. Gallant pone en cambio de relieve que los desplazamientos son susceptibles crear dificultades cuando dan lugar a un conflicto móvil o se trata de desplazamientos forzosos. También es novedoso que en el tratamiento de la sustracción internacional de niños se dé en la obra reseñada un gran protagonismo a la prevención de la sustracción, si bien en este ámbito se echa de menos un tratamiento pormenorizado de las novedades que aporta el Reglamento Bruselas II bis. También en el apartado correspondiente al reconocimiento y la ejecución debería haberse prestado mayor atención al mecanismo del título ejecutivo europeo aplicable respecto a ciertas decisiones en materia de sustracción de menores y derechos de visita.

6. Estamos en definitiva frente a un trabajo serio y riguroso cuyo apolíneo esquema ha de enfrentarse al caos y al desorden de un crecimiento normativo por aluvión como el que ha caracterizado al DIPr comunitario. Dicho crecimiento se ha producido además con posterioridad a la defensa de la tesis en la que se basa esta monografía. Todo ello no disminuye el valor de la aportación de Estelle Gallant, pero condiciona la lectura. Y sobre todo nos invita a reflexionar sobre la elección de los temas de tesis. Atrás quedan los tiempos en que un doctorando podía dedicarse al estudio de la última novedad legislativa, porque puede que cuando concluya la novedad ya no exista o se haya transformado hasta ser irreconocible. Frente al incremento de la velocidad la única alternativa podría ser tomar distancia de los textos de Derecho positivo cuando se trate de elaborar un trabajo de largo recorrido.

Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS

GARCÍA SEGURA, C. y VILARIÑO PINTOS, E. (Coords.), *Comunidad internacional y Sociedad internacional. Después del 11 de septiembre de 2001*, Fundación Gernika Gogoratuz, Munduan Paz y Desarrollo, Gernika, 2005, 194 pp.

Pocas iniciativas tan felices como ésta de la que damos noticia. En la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona, bajo el magisterio del profesor Oriol Casanovas y a partir de la asignatura de «Teoría de las Relaciones Internacionales», incardinada en el Programa de Doctorado en Derecho con especialización en «Estudios Internacionales», se decidió llevar a cabo un seminario que abordara, desde presupuestos teóricos de la disciplina de las Relaciones Internacionales, las consecuencias derivadas de los atentados del tristemente célebre «11-S».

El título del seminario: «Comunidad internacional y Sociedad Internacional. Después del 11 de septiembre de 2001», anuncia el deseo expreso de los organizadores de conmemorar el sexagésimo aniversario de la publicación por el profesor Antonio Poch y Gutiérrez de Caviedes de su estudio «Comunidad internacional y Sociedad internacional» en la *Revista de Estudios Políticos* (número 43, correspondiente a los meses de noviembre-diciembre de 1943). La respuesta por parte de relevantes especialistas de las Relaciones Internacionales pertenecientes a distintas universidades españolas permitió que el seminario, celebrado el 5 de diciembre de 2003, tuviera una especial e inusitada repercusión, que se culmina con la publicación que reseñamos.

Como acertadamente señala el profesor Oriol Casanovas, más allá del homenaje intelectual al profesor Antonio Poch y G. de Caviedes, su estudio y las categorías en el manejadas constituyen un adecuado punto de arranque para debatir, desde los parámetros de las relaciones internacionales, sobre la situación internacional que nos toca vivir, un período que, salvando las distancias, posee puntos en común con la época en que se publicó su artículo.

Ciertamente, la importancia y honda repercusión que el estudio del profesor Antonio Poch ha tenido en la doctrina española, no sólo entre los cultivadores de las relaciones

internacionales sino también del Derecho Internacional Público, se erige, recogiendo la opinión del profesor Celestino del Arenal, en «referente obligado» para quién se enfrente a esta cuestión, tan cara a la disciplina de las relaciones internacionales. Aunque, curiosamente, nos advierte que el citado artículo no puede predicarse del ámbito estricto de la teoría de las Relaciones Internacionales, pues para que ésta obtenga carta de naturaleza como disciplina científica autónoma requerirá que transcurra aún más de una década. Así pues, el profesor Arenal encuadra el estudio del profesor Antonio Poch dentro del género de los «ensayos internacionalistas», valorando positivamente su preocupación por las cuestiones filosóficas, que le diferencia de sus coetáneos.

Respecto a la publicación que reseñamos, debe subrayarse su acertada estructura. Se inicia con una presentación, de obligada lectura, a cargo del profesor Oriol Casanovas. Le siguen tres ponencias que tienen como punto de unión la influencia intelectual del profesor Antonio Poch, ya en el debate doctrinal español respecto al binomio «comunidad-sociedad internacional» (prof. Celestino del Arenal), ya su conexión con los especialistas británicos de relaciones internacionales en relación con los atentados del 11 de septiembre (profesora Caterina García Segura). Además, cabe resaltar la profunda y cercana reflexión que sobre su obra científica y su personal biografía ofrece el prof. Eduardo Vilariño. Nadie más indicado que él para acercarnos a la figura del que fue Catedrático de Derecho Diplomático y Consular y también Embajador de España.

El centenar de páginas finales de la publicación recogen ocho interesantes comunicaciones pertenecientes, casi en su totalidad, a destacados especialistas de las Relaciones Internacionales que tomaron parte en el seminario. La obra se cierra con un anexo que recoge un sucinto currículum vital y una enumeración de las publicaciones del homenajeado.

Por último, la feliz iniciativa se ha visto empañada por el inesperado fallecimiento del profesor Antonio Poch y G. de Caviedes, a pesar de sus longevos noventa y dos años, como nos anunció el profesor Eduardo Vilariño en esta Revista en el vol. 2 del año 2004. Aunque tuvo conocimiento de la celebración

del seminario que homenajeaba su obra, este amargo último giro del destino le impidió leer estas páginas que, sin embargo, facilitarán que la influencia de su pensamiento intelectual alcance a las nuevas generaciones.

Juan Manuel BAUTISTA JIMÉNEZ

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J., *El Título Ejecutivo Europeo*, Ed. Thomson-Civitas (Colección Cuadernos Civitas), Cizur Menor (Navarra), 2006, 257 pp.

1. La aprobación y entrada en vigor del Reglamento 805/2004 del Parlamento y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados (RTEE, en lo sucesivo) ha tenido un notable impacto en el panorama de la doctrina española, cada vez más pendiente de los desarrollos normativos del Derecho procesal civil europeo. En este contexto se encuadra la aparición de este trabajo del Prof. Francisco Garcimartín Alférez, Catedrático de Derecho Internacional Privado en la Universidad Rey Juan Carlos, dedicado al estudio monográfico del funcionamiento del título ejecutivo europeo, a través del que se plantea un cambio drástico en la forma de concebir la eficacia extraterritorial de las resoluciones judiciales y de ciertos documentos y transacciones dotados de fuerza ejecutiva.

En efecto, la figura del título ejecutivo europeo para créditos no impugnados surge con la abierta finalidad de suprimir el procedimiento de exequátur: ciertas resoluciones y transacciones judiciales, así como ciertos documentos públicos, podrán certificarse como título ejecutivo europeo en su Estado de origen y, desde ese momento, tendrán fuerza ejecutiva en los demás Estados miembros de la Unión Europea, esto es, podrán fundar directamente y por sí mismos la apertura de un proceso de ejecución, sin necesidad de que se tramite un proceso de exequátur.

El título ejecutivo europeo resulta de la conjunción de dos elementos: un título ejecutivo *nacional* (esto es, una resolución judicial, una transacción judicial o un documento público que sean título ejecutivo conforme al ordenamiento de su Estado de origen) y una

resolución, también *nacional* (es decir, emitida por una autoridad del mismo Estado de origen), que lo certifica como título ejecutivo europeo. La unión de ambos elementos configura un título ejecutivo complejo; y —esto es lo importante— este título ejecutivo europeo es título ejecutivo en los demás Estados miembros de la Unión Europea, donde tiene aptitud por sí mismo para obligar a los tribunales al despacho de la ejecución, sin necesidad de un exequátur previo. Los títulos ejecutivos europeos, pues, se integran directamente en el «catálogo» de títulos ejecutivos de todos los Estados diversos al de origen, que queda de este modo ampliado.

Tal y como pone de relieve Francisco Garcimartín, el título ejecutivo europeo, en los términos en que lo ha construido el RTEE, se plantea como una suerte de experiencia *piloto*, que tiene un ámbito aparentemente reducido y unos presupuestos que, en una primera aproximación, también resultan rigurosos. La realidad, sin embargo, puede acabar siendo bien distinta, como se deduce de un análisis exhaustivo de las consecuencias que se derivan de la inserción del RTEE dentro de las normas procesales internas de los diversos Estados miembros.

2. El trabajo se presenta dividido en cuatro Capítulos y el primero de ellos tiene un carácter introductorio: en él explica el autor, antes que nada, la situación de partida y las necesidades que tratan de resolverse a través de esta figura. El «fraccionamiento jurídico» en que se desenvuelve el comercio internacional tiene unas repercusiones negativas sobre el principio de responsabilidad universal de los deudores, en caso de que su patrimonio se

encuentre disperso en varios Estados o se desplace maliciosamente de uno a otro según el interés –no siempre legítimo– de su titular. Los mayores costes que ésto genera –desde muy variadas perspectivas– constituyen un freno a la integración en un espacio cohesionado como el que pretende ser la Unión Europea. La aprobación en 1968 del Convenio de Bruselas constituyó un fuerte impulso en la dirección de suprimir las fronteras jurídicas, con la implantación de un sistema uniforme de exequátur, sujeto a condiciones razonables y homogéneas para todos los Estados contratantes. Igualmente, en 2000 se aprovechó su conversión en el Reglamento «Bruselas I» para introducir importantes mejoras en el procedimiento de exequátur: el otorgamiento del exequátur será automático, sin posibilidad de que el tribunal aprecie de oficio ninguna de las causas de denegación; éstas, de hecho, se reducen y se racionalizan, y sólo podrán apreciarse a instancia de la parte que impugne la concesión del exequátur.

No obstante, estos avances siguen sin resultar suficientes, pues subsiste la necesidad de promover y obtener el exequátur, esto es, un procedimiento intermedio de control entre el dictado de una resolución en su Estado de origen y su ejecución en otro Estado de la Unión. Por este motivo, las instituciones comunitarias abogan desde hace ya varios años por la supresión del exequátur, en consonancia con la consagración del reconocimiento mutuo como piedra angular para la construcción del espacio europeo de justicia. En este contexto, y partiendo del principio de «confianza comunitaria» y de la idea de que «los órdenes jurisdiccionales son fungibles», se ha construido un sistema, el del RTEE, que a juicio del Prof. Garcimartín se asienta sobre cuatro piezas fundamentales (núm. marg. 19): la supresión del exequátur para los créditos no impugnados; el establecimiento de unas «normas mínimas» cuyo objeto es proteger los derechos de defensa; la atribución del control al Estado de origen, de modo que será el juez de origen quien verifique el respeto a esas normas mínimas; y la certificación de ese control mediante un formulario normalizado, el certificado de título ejecutivo europeo. La

explicación que sobre estas cuestiones lleva a cabo el autor resulta clave para una correcta comprensión del significado de este instrumento normativo y de las líneas de política que le subyacen.

3. El Capítulo segundo se dedica a analizar el ámbito de aplicación del RTEE y del sistema de eficacia transfronteriza que en él se establece. Los ámbitos temporal, espacial y material de aplicación no suscitan dificultades, como pone de relieve el autor: en concreto, respecto del ámbito material («materia civil y mercantil») basta con trasladar la calificación autónoma que de estas nociones ha venido construyendo la jurisprudencia del TJCE en relación con el Convenio y el Reglamento de Bruselas; asimismo, resulta de especial interés la explicación de la exclusión expresa de los *acta iure imperii* que se hace en el RTEE y que no aparece en textos previos (pp. 49-51).

El núcleo del Capítulo se dedica a la determinación de lo que ha de entenderse por «crédito no impugnado», dado que éste es el elemento definitorio que resulta básico para aplicar el sistema del RTEE: la clave radica en la idea de que *si el deudor renuncia voluntariamente a toda defensa en el Estado de origen, no hay razones para darle una segunda oportunidad en el Estado requerido* (p. 52). Habrá crédito no impugnado, por tanto, cuando se haya producido esa renuncia voluntaria a toda defensa en el Estado de origen. No obstante, es precisa una definición más precisa del supuesto, a la que el autor propone llegar de manera gradual: en primer lugar, analizando qué se entiende por crédito a estos efectos; y, seguidamente, examinando cuándo se entiende que el crédito ostenta la condición de no impugnado.

En cuanto a lo primero, entiende el autor que lo esencial es que el crédito exista y esté cuantificado con anterioridad a su reclamación (aunque no necesariamente en el momento de su nacimiento): lo importante es que el deudor tenga conocimiento del importe de su deuda en el momento de decidir si la impugna o no. Se excluyen con ello las reclamaciones de dar cosa, de hacer y de no hacer, así como las condenas ilíquidas. También se excluyen, a juicio del autor, los créditos documentados

en los términos del art. 572.2 LEC, aunque se trata de una opinión que me parece discutible, pues los criterios de cuantificación se encuentran en el propio documento y el deudor ha consentido en cuanto a la forma de efectuar la liquidación del crédito.

En lo que se refiere a lo segundo –que el crédito ostente la condición de no impugnado–, se acude a una definición por exclusión: el crédito sólo se considera impugnado si el deudor ha desarrollado en el proceso una actitud de rechazo activo frente a la reclamación, fundado en motivos que atañan al propio crédito o que, de forma más amplia, se refieran a la naturaleza o al alcance de la reclamación pecuniaria (p. 60). Sobre esta base, el autor puede distinguir entre los supuestos en que el crédito ha sido objeto de admisión expresa (allanamiento, transacción judicial y otorgamiento de un documento público que tenga fuerza ejecutiva) y aquéllos en que se presume que ha sido tácitamente admitido: esto segundo ocurre en los supuestos de rebeldía; también en los casos en que la defensa del demandado frente al crédito no se ha ajustado a las exigencias de tiempo o forma previstas por la ley procesal; y también cuando, a pesar de producirse una impugnación inicial, el deudor no ha comparecido a una vista posterior, en los casos en que esta incomparecencia, según la ley procesal del Estado de origen, tenga efectos análogos a los de un reconocimiento (en nuestro país, esto es lo que sucede en el marco del juicio cambiario, en caso de que el deudor deje de asistir a la vista de oposición). Con apoyo en las consideraciones anteriores, analiza el autor la posible certificación como título ejecutivo europeo de diversas resoluciones: las que se fraguan en el marco de procesos monitorios; las dictadas en vía de recurso; se rechaza, en cambio, la inclusión de resoluciones dictadas por responsabilidad intraprocesal o por conductas procesales temerarias o fraudulentas, así como la de las derivadas de la transformación de una ejecución no dineraria en dineraria y de las multas coercitivas.

Asimismo, insiste el autor en poner de manifiesto cómo resulta esencial que la impugnación del crédito por el deudor sólo enervará la creación de un título ejecutivo

europeo en caso de que se haya producido de forma válida con anterioridad a la expedición del certificado: ésta es, como señala el autor, la «fecha crítica» para medir la aplicación del RTEE y así se explica que no sea necesaria la firmeza de la resolución judicial, que puede haber sido impugnada con posterioridad a la expedición del certificado, sin que eso le prive de eficacia («una vez certificada una resolución como título ejecutivo europeo, será aplicable el Reglamento con independencia de la suerte final de dicha resolución» –p. 86–).

El Capítulo concluye con un análisis de los documentos públicos y de las transacciones judiciales como posibles títulos ejecutivos europeos, así como en el estudio de la relación existente entre el RTEE y otros textos normativos europeos –en concreto, el Reglamento Bruselas I, el de notificaciones y el de insolvencia.

4. En el Capítulo III, el Prof. Garcimartín se centra en los presupuestos que han de concurrir para que una resolución sobre un crédito no impugnado pueda certificarse como título ejecutivo europeo.

En el plano de las cuestiones generales, entiende el autor que la solicitud de certificación puede efectuarse en cualquier momento del proceso, incluso con la demanda –aunque lo más lógico será esperar a que la resolución ya se haya dictado y efectivamente cumpla con los requisitos para su certificación–. También se hace eco de la polémica suscitada en torno a la determinación del órgano judicial que debe expedir el certificado, pues es cuestión que el RTEE no resuelve y que se remite al legislador interno: a pesar de las críticas de un importante sector de la doctrina alemana a la posibilidad de que sea el mismo tribunal que dictó la resolución quien deba después verificar si se ajusta a las exigencias para su certificación, no deja de ser una opción razonable y coherente con la finalidad perseguida por la propia norma –y por la que se ha decantado también nuestro legislador, según se deduce del proyecto de ley para desarrollar a nivel interno la normativa del RTEE.

Los requisitos de los que depende la certificación de una resolución como título ejecutivo europeo son tres, y de todos ellos se

ocupa con solvencia y agudeza Francisco Garcimartín. El primero de ellos es la ejecutividad de la resolución en su Estado de origen, que no plantea especiales dificultades, una vez aclarado que no tiene por qué identificarse con su firmeza.

En cuanto a la competencia internacional del tribunal de origen, su verificación es presupuesto de certificación sólo en tres supuestos: cuando se trata de procesos en materia de seguros, en materias cubiertas por competencias exclusivas o frente a consumidores. En los dos primeros casos, el RTEE exige verificar el respeto a las normas del Reglamento Bruselas I en las mencionadas materias: como señala el autor, se trata de una previsión aparentemente superflua (pues ya el propio RB obliga a que se efectúe un control de oficio al inicio del proceso), aunque tiene la virtualidad de introducir un doble control concebido en beneficio del deudor. Tratándose de procesos en que la pretensión de condena se haya dirigido contra un consumidor, la opción del RTEE es diversa: la certificación sólo será posible si el proceso se ha desarrollado en el Estado en que esté domiciliado el consumidor demandado. Esta opción normativa busca otorgar una mejor protección a la parte débil de la relación jurídica, aunque, como pone de relieve el autor, puede resultar disfuncional con las normas de competencia del Reglamento Bruselas I, puesto que en él se establecen supuestos en que el proceso puede válidamente desarrollarse frente a un consumidor en un Estado diverso al del domicilio de éste.

Finalmente, el tercer requisito —y una de las piezas claves de todo el sistema— es el respeto en el proceso de origen a unas denominadas «normas mínimas» en relación con la notificación al deudor de la existencia del proceso entablado contra él: el tribunal tendrá que analizar la concurrencia de este elemento en los casos en que el crédito reclamado ostente la condición de no impugnado por admisión o asunción tácita (sobre todo, por tanto, en los casos de condenas dictadas en rebeldía o de procesos monitorios en que el deudor ni ha pagado ni ha formulado oposición). El alcance y significado de esta pieza es descrita con brillantez y concisión por el

autor: «La idea general que subyace a este requisito se puede expresar en los siguientes términos. La práctica demuestra que en la mayoría de las ocasiones en las que se deniega el exequátur se invocan defectos en la notificación. Por eso el establecimiento de cierto control comunitario en este punto se consideró desde el principio un elemento inherente a la supresión del exequátur. Sin embargo, también es cierto que el panorama comparado muestra una gran diversidad en cuanto a la forma de practicar las notificaciones (remisión, entrega, autoridad encargada, etcétera) y que sería muy difícil alcanzar una armonización material. Por esto (y por los problemas de base jurídica que se plantearían), *el Reglamento no ha establecido un régimen uniforme, sino un estándar mínimo*. El propósito es asegurar que sólo se admitan aquellos supuestos que ofrecen garantías de que el demandado recibió personalmente la notificación: bien porque fue directamente él quien la recibió, bien porque fue una persona dentro de su círculo de control. Finalmente, se admitió restringidamente la notificación por depósito. No se podrá certificar como título ejecutivo europeo, en cambio, las resoluciones basadas en métodos de notificación “ficticios”» (p. 131).

A partir de aquí, se analizan con detenimiento las normas mínimas establecidas por el RTEE: las formas de notificación inicial de la demanda (con y sin acuse de recibo), la información que ha de recibir el deudor con la notificación, los mecanismos de subsanación y la exigencia de que existan mecanismos que permitan una reacción «extraordinaria» en caso de que se hayan producido graves defectos; en todos los supuestos, se examina su encaje en el ordenamiento español, que a juicio del autor supera en términos generales el estándar establecido por el legislador europeo. A modo de síntesis de toda su exposición sobre este punto, resulta especialmente útil el diagrama con el «test de las normas mínimas» que el autor ofrece al lector (p. 161).

Junto a los requisitos para la certificación, también dedica el autor el Capítulo III a los mecanismos de reacción del deudor frente a la expedición del certificado de título ejecutivo europeo. Además de la rectificación de los

errores materiales, el RTEE alude de manera confusa a una «revocación» cuando la emisión del certificado sea manifiestamente indebida. Aunque con este segundo término se pretende enfatizar el empeño en que no quepa recurso frente a la resolución por la que el tribunal acuerda expedir el certificado, de lo expuesto por Francisco Garcimartín se desprende con claridad la naturaleza claramente impugnatoria de la pretensión de revocación.

5. El Capítulo IV, finalmente, se dedica a la ejecución del título ejecutivo europeo en el Estado requerido. La regla de base en este punto es sencilla: se produce una equiparación del título ejecutivo europeo con los títulos ejecutivos internos, de modo que la ejecución se llevará a efecto siguiendo las reglas del Derecho procesal interno del Estado requerido. Lo importante –y en eso radica la esencia del título ejecutivo europeo– es que el título ejecutivo europeo, por sí mismo, servirá de fundamento para el despacho de la ejecución, sin necesidad de homologación o exequátur de ningún tipo. Es preciso efectuar ciertos ajustes en relación con la determinación del tribunal competente para la ejecución, respecto de la postulación para presentar la demanda ejecutiva fundada en un título ejecutivo europeo, en cuanto al tratamiento parcialmente diferenciado cuando el certificado de título ejecutivo europeo sea el reflejo de un documento público con fuerza ejecutiva, así como para las hipótesis de suspensión o limitación de la ejecución: son aspectos éstos de los que el autor se ocupa con claridad y acierto.

La cuestión realmente polémica, en este ámbito de la ejecución, consiste en la definición de las causas de oposición que puede formular el deudor: dado que no ha habido un proceso de exequátur, cabe plantearse si los eventuales óbices a la homologación podrán hacerse valer en el marco del proceso de ejecución que se haya despachado al amparo del título ejecutivo europeo. La respuesta del RTEE es clara, tanto por lo que expresa como por lo que calla. En primer término, el tribunal del Estado requerido que se ocupe de la ejecución nunca puede revisar el fondo de la resolución, transacción o documento, ni tampoco

puede enjuiciar si fue correcta o no la expedición del certificado de TEE: no son, pues, argumentos de defensa del deudor ante la ejecución (art. 21.2 RTEE). En cambio, aunque nada diga el RTEE, señala con acierto el autor que el deudor sí puede oponerse a la ejecución conforme a la ley procesal del Estado de ejecución, siempre que con esa cobertura no se produzca revisión de fondo. Lo que añaden los artículos 21.1 y 22 RTEE es que, además, el deudor podrá formular oposición a la ejecución alegando la infracción del *non bis in idem*, bajo muy estrictas condiciones, así como ciertos acuerdos suscritos con terceros Estados en los términos del artículo 72 del Reglamento Bruselas I.

La inclusión expresa de estos dos únicos motivos específicos de oposición a la ejecución derivados del carácter transnacional de la situación pone en evidencia la desaparición de la infracción del orden público del Estado de ejecución como causa de oposición. Se trata, sin duda, de la cuestión de base que más polémica doctrinal ha suscitado y aquella en la que mayores críticas ha cosechado el legislador europeo, no sólo al elaborar el RTEE sino, de manera más amplia, cada vez que actúa en materia procesal en desarrollo del principio de reconocimiento mutuo. Los autores más críticos sostienen que, a pesar de la exigencia de cumplimiento de normas mínimas, nada garantiza que no puedan tener lugar situaciones en que los tribunales del Estado requerido se vean forzados a ejecutar resoluciones que se han fraguado en el Estado de origen en el marco de procesos en que se han infringido derechos o garantías que para el Estado de ejecución son irrenunciables, ya se haya producido esa infracción durante el curso del proceso, o bien si el propio resultado del proceso –el contenido de la sentencia– resulta en sí mismo contrario al orden público del Estado requerido.

Francisco Garcimartín demuestra su dominio de la materia y su calidad científica e intelectual al abordar este tema de manera directa, desmontando un problema que, a su juicio, sólo es aparente. En primer término, aporta cuatro argumentos de tipo general, manejados durante la elaboración del RTEE: 1)

en primer término, la constatación de que ya en el ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas I el orden público ha pasado a tener un valor relativo, pues su infracción sólo puede ser alegada a instancia de parte (dado que el tribunal no puede denegar de oficio el exequátur por su concurrencia); 2) en segundo término, la falta de necesidad de un control de orden público, como consecuencia del juego de las normas mínimas de procedimiento (dado que es en el marco de las garantías procesales donde mayores riesgos de infracción al orden público pueden plantearse); 3) en tercer lugar, un argumento a medio camino entre lo pragmático y lo estadístico: los supuestos en que realmente se producen infracciones de orden público son muy poco numerosos, mientras que la inclusión de una causa de oposición a la ejecución por infracción al orden público se usaría masivamente y dilataría la ejecución; 4) finalmente, todos los Estados miembros de la Unión Europea han firmado el Convenio Europeo de Derechos Humanos, de modo que comparten los mismos valores fundamentales, siendo suficiente con el control que al respecto se haga en el Estado de origen.

Junto a ello, el Prof. Garcimartín aporta un argumento original, de aplicación exclusiva al ámbito del RTEE y que resulta especialmente valioso y convincente justamente porque está pensado para este concreto sector del Derecho procesal europeo: se trata del resultado de combinar el estándar internacional y la regla de preclusión. Como señala el autor, existen argumentos suficientes para entender que las exigencias que plantean las constituciones nacionales —y que marcan el parámetro del orden público— han de ajustarse al carácter internacional de los supuestos de alcance transfronterizo, adaptando el contenido de los derechos fundamentales cuando un supuesto está vinculado a otro Estado que tiene una Constitución diferente. En este sentido, señala el autor que «cuando aceptamos que otro Estado es competente para resolver el litigio estamos reconociendo cierta legitimidad de intervención a dicho Estado; no parece muy razonable entonces exigir que en ese Estado se respeten los derechos procesa-

les *como si* el litigio principal hubiese tenido lugar en España» (p. 193). Esta flexibilidad no puede ser ilimitada, evidentemente, sino que tiene como marco irrenunciable —en lo que ahora nos atañe— el Convenio Europeo de Derechos Humanos, que marca el estándar internacional de respeto a los derechos fundamentales, esto es, aquél que cada Estado puede exigir a los demás a la hora de atribuir eficacia en sus fronteras a resoluciones procedentes de ellos. Aceptada esta premisa, se mantiene no obstante un obstáculo: ¿por qué el RTEE admite que el deudor no pueda alegar en el Estado de ejecución que en el proceso de origen se vulneraron los derechos fundamentales, tal y como los define el CEDH? A esto contesta el Prof. Garcimartín con el argumento de la preclusión: si se han vulnerado los derechos del deudor en el proceso de origen, será en el Estado de origen donde deba efectuarse la denuncia de la infracción, sin que sea lícito «reservar» esta alegación para el momento en que la sentencia llegue al Estado de ejecución. Esta regla de preclusión, a su vez, encuentra una doble justificación: en primer término, es posible porque, en el sistema del RTEE, todos los Estados son miembros del CEDH, de modo que el deudor cuyos derechos se hayan infringido siempre podrá, en último término, acudir al TEDH (agotando, eso sí, una vía judicial que en todo caso ha de haberse iniciado en el Estado de origen); y, en segundo lugar, es posible porque el sistema del RTEE permite presumir que el deudor ha dispuesto de cauces para denunciar en el Estado de origen toda infracción legal o constitucional padecida durante el proceso de origen. En definitiva, y usando palabras del autor, «cuando se ha producido una vulneración de los derechos de defensa, el demandado no puede aguardar para invocar esa vulneración a que se solicite el exequátur [o la ejecución, cabría añadir] en otro Estado miembro, sino que tiene la carga de invocar la violación en el Estado de origen. La idea que subyace al Reglamento es la necesidad de agotar los recursos en el Estado de origen, incluido en su caso, el recurso ante el TEDH. ¿Es esta exigencia inconstitucional en el entorno europeo? No lo parece. No es más

que la extensión geográfica del principio de agotamiento de los recursos en el plano interno» (p. 197).

6. Una bibliografía exhaustiva y el texto en anexo del RTEE cierran la obra. No cabe duda de que se trata, por su calidad y por su rigor, de una obra imprescindible no sólo para acercarse al título ejecutivo europeo –lo cual resulta una obviedad–, sino también –y esto la

hace especialmente valiosa– para comprender la evolución y las tendencias latentes del Derecho procesal civil europeo. Sacándola a la luz editorial el autor enriquece el panorama de la bibliografía procesal e internacional, y acredita nuevamente las razones que le hacen acreedor del mayor prestigio académico.

Fernando GASCÓN INCHAUSTI

GONZÁLEZ GARCÍA, I., *Naciones Unidas y la coordinación para el desarrollo*, Madrid, Dykinson-ANUE, 2005, 364 pp.

La coordinación y coherencia entre los organismos y programas del Sistema de las Naciones Unidas es un problema endémico, tan clásico como contemporáneo. Sus dimensiones actuales convierten a su estudio cuanto menos en una tarea ardua y difícil, a la que se ha dedicado meritoriamente y mostrando una gran capacidad de investigación, la obra de Inmaculada González García. Estamos ante la publicación de su tesis doctoral defendida con la máxima calificación en la Universidad de Cádiz, donde la autora es actualmente profesora de Derecho Internacional Público. Se colma así un vacío de la doctrina española, siendo la extranjera la que más profusamente se ha dedicado al tema, salvo alguna excepción notable. El tema interesa especialmente a las propias Naciones Unidas (*vid.* el informe del Secretario General (SG), *Los mandatos y su ejecución: análisis y recomendaciones para facilitar el examen de los mandatos*) (A/60/733, 2006), o la obra del Director General de la ONUDI, Carlos Magariños, *Economic Development and UN Reform*, UNIDO, 2005). Y el SG ha creado recientemente un *Grupo de Alto Nivel para el estudio de la coherencia del sistema de las Naciones Unidas en las áreas del desarrollo, asistencia humanitaria y medio ambiente*. La obra se centra precisamente en la primera de estas áreas, pero limita el estudio a las relaciones entre la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y algunos Organismos especializados, los de fines económicos, excluyéndose otros como la OMS o la OIT. Quedan fuera tam-

bién, la multitud de órganos subsidiarios de la ONU con funciones en tal ámbito, pese a ser parte esencial del problema. Se justifica por la dificultad de la materia, pero conlleva que el título no se corresponda con el contenido de la obra y a ciertas dudas sobre algunas de las conclusiones.

Mediante un método en gran parte deductivo, el tema se estructura en cuatro capítulos dedicados, respectivamente: a las nociones de *coordinación y sistema* a partir de un estudio jurídico multidisciplinar (Cap. I); a las bases jurídicas de la coordinación en la Carta de San Francisco y en los acuerdos de vinculación (Cap. II); a los órganos subsidiarios de la ONU con funciones de coordinación y otros instrumentos, como las Conferencias mundiales recientes (Cap. III); y por último, procediendo de modo inductivo se exponen las causas de la ineficiencia estructural del modelo de coordinación de la ONU (quiebra del modelo funcionalista, ausencia de técnicas de coordinación, inexistencia de mecanismos de solución de diferencias y falta de autoridad de la ONU como centro coordinador). Es acertada esta estructura sencilla que ordena la extensa bibliografía y documentación consultada en tan solo cuatro pautas de análisis; su lectura es fácil, si bien en ocasiones el discurso es más extenso que conciso. El estudio finaliza con un interesante conjunto de conclusiones, de las que destaca una visión global del sistema definitivamente crítica. Sintetizando, se afirma que es una «utopía» hablar de coordinación (p. 320) entre la ONU y los orga-

nismos especializados económicos; por ello se está más ante una «*simple red de organismos*» (p. 323) que ante un «*sistema*» de las Naciones Unidas, estando las causas en el propio diseño de la Carta de San Francisco. Hasta aquí uno puede estar de acuerdo; el método seguido en la obra lleva a estas conclusiones de forma clara. El problema y lo que pudiera generar más inquietud es que, en esa línea de argumentación, se añade que la solución pasaría por una reforma dirigida a la «*centralización*» (p. 319). Esta vuelta a la época de la Sociedad de Naciones, puede no convencer a todos.

Quizás uno de los principales problemas sea el *método* seguido, que no demuestra claramente *por qué* interesa que la ONU dirija y *por qué* ello va a mejorar la cooperación al desarrollo. La argumentación ha partido de una construcción teórica de los conceptos de *coordinación* y de *sistema*, que llevan a incluir dentro de la *coordinación* necesariamente la *facultad de dirección*; precisamente lo opuesto a la noción de coordinación de San Francisco y de los acuerdos de vinculación, como estudia detalladamente la obra. La tensión *coordinación v. dirección* se soluciona en favor de la segunda por el método teórico conceptual más que por el *análisis práctico de los problemas* concretos de la cooperación al desarrollo. De esta manera, en su argumentación, como una coordinación auténtica conlleva dirección, la solución al problema pasa bien por crear una única organización fuerte que comprenda todos los sectores o al menos sólo los económicos (propuesta, entre otros, de M. Bertrand), bien por dar «*facultad a la ONU para ejercer autoridad* sobre los Organismos especializados» (p. 319). Esta tesis es coherente con el método de la autora, pero *no es realista*. Ella misma lo señala, afirmando que hay una resistencia obvia de estos organismos a la centralización. Difícilmente las instituciones de Bretton Woods van a aceptar

que la ONU les dirija. Pragmáticamente, la centralización desde la ONU no puede ser la solución al problema, al menos hoy.

Detrás de este problema se encuentra la tensión entre los países en vías de desarrollo y los países industrializados. Ésta, ¿se soluciona necesariamente mediante la centralización en la ONU? No estoy convencida. La recientemente creada *Comisión de Consolidación de la Paz* (AG, Res. 60/180, de 30 de diciembre de 2005 y CS, Res. 1645, de 20 de diciembre de 2005), con funciones en un ámbito estrechamente relacionado con el desarrollo, ha puesto de manifiesto que la centralización desde la ONU está pasando por el Consejo de Seguridad y no por la Asamblea General o el ECOSOC, muy a disgusto de los Países no alineados y en desarrollo y en beneficio de los Estados miembros permanentes del Consejo de Seguridad, los más poderosos y ricos. Ello pone de manifiesto otra cuestión clave: que el funcionalismo fracasa como idea porque *no es posible la separación de lo técnico y lo político*. Hubiera sido interesante incidir más en tal dificultad y una forma podría haber sido proceder a un análisis sectorial, por problemas (ámbito del comercio internacional, de la asistencia técnica, de la financiación del desarrollo...). Una respuesta realista exige contextualizar más el problema de la coordinación en los entresijos sociales y políticos que hay detrás de la cooperación internacional al desarrollo. Pero proceder a ello es ciertamente difícil y estas opiniones no desmerecen en absoluto la valía de este excelente trabajo. Sirvan estos comentarios para mostrar su gran interés, en el contexto de la reforma actualmente planteada de las Naciones Unidas. Con esta monografía, la Dra. González García se sitúa claramente en una posición privilegiada para seguir aportando soluciones dirigidas tanto a la comunidad científica como al mundo de los prácticos.

Helena TORROJA MATEU

GONZÁLEZ DEL MIÑO, P., *Las relaciones entre España y Marruecos. Perspectivas para el siglo XXI*, Catarata, Madrid, 2005, 225 pp.

Esta monografía de relaciones internacionales analiza uno de los elementos prioritarios de la política exterior española, a saber, las relaciones bilaterales con Marruecos en el período 1996-2005. Estas relaciones se han intensificado, aunque han presentado una especial complejidad debido a la cuestión del Sahara Occidental, la situación de Ceuta y Melilla, la cuestión pesquera y la inmigración ilegal.

La autora procede a un análisis exhaustivo de las relaciones hispano-marroquíes, dividiendo su monografía en seis capítulos. Los dos primeros capítulos se dedican al estudio de la situación política de Marruecos, refiriéndose al proceso de reforma y apertura del régimen alauita iniciado por el rey Hassan II el capítulo primero y exponiendo el segundo la continuación de este proceso por el rey Mohamed VI. En Marruecos se está produciendo una transición llena de paradojas hacia un régimen democrático o, al menos, una liberalización del sistema político, que analiza la autora para comprender luego la política exterior marroquí hacia España.

Los capítulos tercero y cuarto analizan la articulación de la política exterior española respecto a Marruecos como país más importante del Magreb y la evolución de dicha política desde la implantación de la democracia en España. En la década de los ochenta, España comenzó a considerar sus relaciones con Marruecos como uno de sus ámbitos prioritarios de su política exterior, junto con las relaciones con Latinoamérica. La adhesión de España a las Comunidades Europeas en 1986 tuvo también una influencia decisiva sobre las relaciones hispano-marroquíes, puesto que en la década de los noventa se lanzó el Proceso de Barcelona, que pretende fortalecer las relaciones de la Unión Europea con la ribera sur del Mediterráneo, con objeto de crear un área de libre comercio euromediterránea para 2010. La autora analiza en estos capítulos el marco general de desarrollo de las relaciones entre España y Marruecos que se estableció con el Tratado de Amistad, Buena Vecindad y Cooperación de 1991 y la intensificación de la diplomacia bila-

teral que se produjo a su amparo. Esta situación varió con los gobiernos del Partido Popular en España y las relaciones bilaterales se deterioraron progresivamente hasta que se produjo el conflicto del Islote de Perejil en julio de 2002. La victoria del Partido Socialista en las elecciones de marzo de 2004 permitió una recomposición de las relaciones bilaterales, que el gobierno popular precedente había iniciado ya.

En el quinto capítulo, que es el mejor conseguido de la obra en mi opinión, la autora estudia los principales elementos conflictivos que existen en las relaciones entre España y Marruecos. La compleja situación del Sáhara Occidental como conflicto latente distorsionante, provocado por la desordenada salida de España como potencia colonial, la ocupación marroquí del territorio, el conflicto con el Frente Polisario y la incapacidad de Naciones Unidas para resolver la cuestión. La reivindicación marroquí sobre los territorios españoles de Ceuta y Melilla. Las relaciones pesqueras, generadoras de conflictos intermitentes y en las que el margen de maniobra de España se redujo con su incorporación a la Unión Europea, que tiene competencia exclusiva para llevar a cabo las negociaciones pesqueras con Marruecos y todos los terceros países. Por último, menciona la autora el problema de la inmigración ilegal, que será una fuente continua de conflictos mientras subsista la enorme diferencia de riqueza entre España y Marruecos.

El sexto capítulo de la obra estudia las relaciones económicas entre España y Marruecos, poniendo de relieve que son cada vez más intensas y que ello es un elemento clave para el desarrollo de unas relaciones diplomáticas cada vez más intensas y estables.

La monografía de la profesora González del Miño constituye, sin duda, una obra de interés para cualquiera que estudie la política exterior española respecto a Marruecos. Esta relación bilateral ha sido y continuará siendo de vital importancia para España, por lo que hay que saludar la publicación de investigaciones sobre esta cuestión.

Manuel LÓPEZ ESCUDERO

JORGE URBINA, J., *Controversias Marítimas, Intereses Estatales y Derecho Internacional*, Editorial Dilex, S. L., Madrid, 2005, 186 pp.

Bajo el sugerente título de *Controversias Marítimas, Intereses Estatales y Derecho Internacional*, el profesor Jorge Urbina, nos presenta una obra que está realmente centrada en el análisis pormenorizado del sistema de solución de controversias articulado en la Parte XV de la *Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar*, de 10 de diciembre de 1982. Un trabajo en el que no sólo se exponen los distintos mecanismos de arreglo previstos, sino que además aborda los diversos problemas que este régimen especial de solución de controversias suscita, dedicando una atención especial al Tribunal Internacional de Derecho del Mar, como nueva jurisdicción universal especializada creada para la solución de controversias marítimas.

No hay duda que la evolución operada en el Derecho del Mar en la segunda mitad del siglo xx, fundamentalmente referida a la aparición de nuevos espacios marinos y a la ampliación de los ya existentes, no sólo ha sido motivo de satisfacción para los Estados ribereños, sino que al mismo tiempo se ha convertido en foco de disputas entre ellos. En esta línea, el consenso alcanzado en 1982 respecto de la articulación de un sistema obligatorio de arreglo para las controversias relacionadas con la aplicación e interpretación de la Convención, comporta un factor sumamente positivo y digno de resaltar, en un orden tan descentralizado como el internacional. Un trabajo como el que presenta el profesor Jorge Urbina, en el que se evidencian los pros y los contras de tan plausible sistema, constituye una innegable contribución doctrinal.

Siguiendo la estructura de la obra, ésta se articula en cuatro capítulos. En el primero se nos ofrece una aproximación general a la rica problemática que suscita la ordenación del medio marino, fundamentalmente motivada por los variados intereses estatales en presencia. Una composición de lugar con la que el autor nos sitúa ante el reto que tuvo que afrontar la III Conferencia de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar para conseguir el necesario consenso en relación al establecimiento de un sistema de solución de contro-

versias, como el que finalmente quedó recogido en la Parte XV de la Convención de 1982.

El capítulo II, el más desarrollado de todos con una extensión un tanto descompensada con el resto, examina los distintos aspectos del sistema establecido en la Parte XV, poniendo de manifiesto su necesario carácter flexible que hace primar ante todo la voluntad de las partes, tanto en la elección de los medios, como en la preferencia por la instancia arbitral o judicial en el caso del recurso obligatorio a mecanismos jurisdiccionales. Un aspecto este último, regulado en la Sección 2.<sup>a</sup> de la Parte XV, que constituye, como bien dice el autor, uno de los aspectos más destacados del sistema objeto de examen, pero que no está exento de ciertas contradicciones que pueden restarle operatividad; ambas cuestiones son perfectamente examinadas en la obra. Asimismo, en este segundo capítulo se hace referencia a un interesante problema que excede, no obstante, los límites del Derecho del Mar para adentrarse en los más teóricos del Derecho de los tratados, como es el de las relaciones de la CNUDM con otros tratados internacionales que contienen igualmente mecanismos de arreglo de controversias. Una compleja cuestión muy bien planteada por el autor, que cabe reconducir a las reglas dispuestas al respecto por el artículo 30 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, si bien este último aspecto se echa de menos en la obra.

La necesidad de llegar a un consenso en la negociación del texto final condujo a la exclusión de los procedimientos obligatorios de ciertas categorías de controversias, como las relativas a la zona económica exclusiva o la plataforma continental. Estas limitaciones impuestas al recurso obligatorio a los medios de arreglo jurisdiccionales, tanto las convencionales como las facultativas son objeto de examen detallado en el capítulo III.

El Tribunal Internacional del Derecho del Mar, creado por el artículo 287 de la CNUDM es objeto de una atención especial en esta monografía, dedicándole el capítulo IV. Un estudio,

sin duda, justificado por el creciente protagonismo que esta jurisdicción especializada está adquiriendo en la solución de controversias marítimas, y en la elaboración de una útil jurisprudencia. La estructura institucional, la competencia y el procedimiento ante este Tribunal son expuestos de manera clara y sucinta.

La obra finaliza con unas breves consideraciones finales que sintetizan oportunamente

las reflexiones más destacadas vertidas a lo largo del trabajo.

No podemos sino felicitarnos por la aparición de este trabajo que con una lectura fácil, nos acerca y nos adentra en una cuestión tan compleja como la del arreglo de controversias, en este caso de controversias marítimas.

Ana Gemma LÓPEZ MARTÍN

*La libre circulación de resoluciones judiciales en la Unión Europea. Actas de Seminarios*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2005, 279 pp.

1. Si las principales virtudes de una obra conjunta son, por una parte, el acierto en la elección de la temática global y la correcta distribución y ordenación de las diferentes colaboraciones que la compongan; y, por otra, la calidad de cada una de tales aportaciones, el balance que arroja *La libre circulación...* es sin duda positivo. Como se pone de relieve en la «Presentación», firmada por M. Aguilar Benítez de Lugo y Elena Cano Bazaga, la proyección del principio de reconocimiento mutuo a las resoluciones judiciales de los Estados miembros desde el ámbito comunitario va a comportar cambios fundamentales en los sistemas de Derecho internacional privado de dichos Estados. Resulta primordial, en consecuencia, prestar la debida atención al fenómeno, contemplando con igual interés la dogmática y los problemas de índole práctica. Por ello, no cabe sino felicitarse de la celebración de seminarios, como los organizados por el Área de Derecho internacional privado de la Universidad de Sevilla, en los que se ponen en común conocimientos teóricos y experiencias forenses, y en los que se cuenta con la presencia de profesores y operadores jurídicos nacionales y extranjeros. Esta publicación reúne parte de los trabajos que, en forma de ponencia o comunicación en mesa redonda, se presentaron en dos de esos seminarios, uno de ellos dedicado al Derecho patrimonial y el otro al Derecho de familia; y por ello, es lógico que la obra, tras recoger la mentada «Presentación», se divida en dos partes, cada una de las cuales se dedica a la eficacia de las

resoluciones judiciales en cada uno de esos ámbitos. Ambas partes abren con dos ponencias de alcance general, a las que siguen dos apartados de comunicaciones, que se corresponden con las mesas redondas que se celebraron. En los dos seminarios la temática de la primera mesa, y por tanto, la que conforma el primer apartado, coincide en centrarse en los problemas que se han detectado en la práctica comparada. Cambia únicamente la elección de la materia de la segunda mesa: en el caso de la parte patrimonial se trataron aspectos de asistencia judicial internacional, mientras que se prefirió abordar las perspectivas de futuro en lo que respecta al Derecho de familia. A la vista está, por tanto, que al interés del objeto de estudio se añade una organización cabal y atractiva de la manera de tratarlo. Por ello y porque, con carácter general, los trabajos abordan con rigor cada materia, como antes ya indiqué, la obra resulta globalmente recomendable. Ahora bien: ello no obsta a que puedan existir discrepancias puntuales, tanto en lo referente a la clasificación de las colaboraciones, cuanto en determinadas afirmaciones realizadas en las aportaciones individuales. Al hilo de la exposición de lo que trata cada una de ellas, iré haciendo referencia a algunos de los puntos que, a mi juicio, resultan discutibles.

2. El primero de los estudios que encabezan la parte patrimonial, de M. A. Rodríguez Vázquez, se dedica al Reglamento (CE) 805/2003, sobre el título ejecutivo europeo. Tanto éste como el siguiente, de B. Campuza-

no Díaz, cuyo objeto es el Reglamento (CE) 1346/2000, sobre procedimientos de insolvencia, son trabajos –sin duda pretendidamente– de índole expositiva. Poco cabe ahondar, cuando se presentan instrumentos tan complejos como los referidos actos comunitarios en un espacio (temporal por lo que se refiere a la ponencia, y físico en su publicación) limitado. Sólo cabe objetar que, en lo que respecta al segundo, no se haya dedicado una atención más específica al tema objeto del seminario, esto es, al reconocimiento, *in casu*, de las resoluciones en materia de quiebra. En tal caso, las posibilidades de penetrar en aspectos problemáticos de la materia habrían sido muy superiores.

A continuación se recogen los trabajos presentados en forma de comunicación, y, en concreto, en primer término, los que tienen por objeto el análisis de aspectos problemáticos de la práctica referida a los instrumentos institucionales antes referidos. Y en este punto aparece la primera de las críticas que puede suscitar la obra: se referiría a la ubicación del trabajo de Hilda Aguilar Grieder, por dos razones. La primera es que su comunicación [«La inconciliabilidad de resoluciones como causa de denegación del reconocimiento y del exequátur en el Reglamento (CE) núm. 44/2001, del Consejo»] se dedica, como los trabajos anteriores, a cuestiones de carácter general, y no a problemas de la praxis. Y la segunda es que, además, por extensión y profundidad en el tratamiento de la cuestión (más científico y elaborado que los anteriores), debería haberse presentado como ponencia. No en vano, se trata de un extracto del primer punto de un trabajado artículo doctrinal de la autora: «Eficacia extraterritorial de sentencias extranjeras y procesos contradictorios», publicado en el núm. 72 (2003) de la *Revista del Poder Judicial*. De las comunicaciones que sí se dedican específicamente a la problemática derivada de la aplicación de las normas comunitarias, la primera, que trata de la declaración de ejecutividad regulada en el Reglamento (CE) núm. 44/2001, despierta grandes expectativas, por cuanto su autor, R. I. Bondiguel es precisamente un operador jurídico (*Ancien Bâtonnier du Barreau de Rennes*), y

extranjero. Así, se encuentra en condiciones de proporcionar interesantes datos de la práctica judicial relativos a otro Estado miembro, y de realizar un balance del funcionamiento, en dicho Estado, del procedimiento de exequátur establecido en el Reglamento –que encuentra aún demasiado largo, costoso y complicado–. Le es reprochable, no obstante, que no especifique que está haciendo referencia a la segunda instancia de dicho procedimiento, cuando menciona la necesidad de que el órgano jurisdiccional realice un control del orden público (p. 67) y se lamenta de que las solicitudes de exequátur no estén suficientemente motivadas, en relación con las condiciones dispuestas en el propio Reglamento (p. 68). Con semejante falta de puntualización cabría entender que estima que el régimen institucional permite al órgano jurisdiccional que se oponga en la primera instancia a la declaración de ejecutividad de la resolución de otro Estado miembro por otros motivos que no sean la falta de presentación de los documentos que al efecto se establecen. En segundo lugar, el profesor italiano M. di Filippo centra sus «Breves observaciones sobre la adecuación del ordenamiento italiano a la normativa comunitaria en tema de circulación de las resoluciones judiciales en materia patrimonial», en dos aspectos muy concretos: la inexistencia de desajustes de entidad entre las normas italianas de origen estatal en la materia y el Reglamento «Bruselas I»; y la posibilidad que deja abierta este instrumento de emplear de forma abusiva la litispendencia, en sistemas judiciales, como el italiano, en el que la lentitud en la tramitación de los procesos puede ser excesiva. Se cierra este apartado de aspectos prácticos con el trabajo de A. Ybarra Bores, «La ejecución en España de resoluciones judiciales dictadas por órganos judiciales de países de la Unión Europea en materia patrimonial: aspectos críticos», que resulta merecedor de, al menos, dos puntualizaciones. La primera es que, cuando trata de desenrañar los problemas que suscita la solicitud de declaración de ejecutividad (que no «ejecución») con arreglo al Reglamento, apunta a que resulta «conveniente» acompañar la sentencia y las certificaciones de las correspon-

dientes traducciones. Ciertamente, pero no porque sea un aspecto que se rija por el «derecho del Estado requerido», sino porque el órgano jurisdiccional no sólo podrá reclamarla, sino que seguramente así lo hará, con arreglo a lo dispuesto en el propio Reglamento. De otro modo dicho: sólo en los aspectos no regulados por el acto institucional es preciso acudir a la LEC, y la traducción no es uno de ellos. La segunda aclaración surge en torno a la diferencia que existe entre la declaración de ejecutividad y la ejecución. Afirma el autor que existe una práctica consistente en solicitar el exequátur y al mismo tiempo interesar la ejecución ante el mismo Juzgado de Primera Instancia. Al respecto, lo que hay que matizar es que tan distinta es una solicitud y la otra, que diferenciarlas es obligado, y no sólo oportuno, como se indica en el trabajo; pues lo que no se apunta en él es que entre la declaración de ejecutividad y la ejecución ha de transcurrir como mínimo un mes (dos, si la persona frente a la que se solicita está domiciliada en el extranjero), pues tal es el plazo establecido para presentar recurso frente a tal declaración.

El segundo apartado de esta primera parte de la obra, según advertí, agrupa las comunicaciones referidas a aspectos concretos de la asistencia judicial en materia patrimonial. En concreto, S. Bravo Lifante describe —quizás de forma poco problematizada— cómo se concreta en el sistema español la aplicación del Reglamento (CE) núm. 1348/2000, relativo a la notificación y traslado de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil. A continuación, D. Adam Muñoz analiza algunos problemas de aplicación, también en nuestro sistema, del Reglamento (CE) 1206/2001, relativo a la cooperación en el ámbito de la obtención de pruebas. De especial interés resulta la aportación de F. J. Forcada Miranda, por cuanto efectúa una ilustrativa presentación de la Red Judicial Española de Cooperación Judicial Internacional, en calidad de corresponsal de esta Red para el territorio del TSJ de Aragón. Finalmente, F. J. Martín Mazuelos realiza una concisa síntesis de los principales problemas que ocasiona la traducción de solicitudes, certificados o for-

mularios, documentos y actos judiciales, en aplicación de tales Reglamentos reguladores de la asistencia judicial (notificaciones y obtención de prueba).

3. Uno de los aspectos destacables de la obra es que coadyuva a comprender la importancia que se viene concediendo a la competencia judicial internacional, el Derecho aplicable y la cooperación entre autoridades, en tanto que sectores al servicio del reconocimiento mutuo. Obsérvese que, incluso A. Ybarra Bore, que afirmaba en un primer momento que «el principio de reconocimiento mutuo se proyecta exclusivamente en el sector de la validez extraterritorial de decisiones» (p. 93), más adelante hace referencia a los Libros Verdes publicados hasta la fecha en materia de ley aplicable (p. 94), afirmando que en ellos está latente dicho principio. Y es que la interrelación entre instrumentos se pone de relieve especialmente en las intervenciones centradas en la agilización del reconocimiento en materia de Familia. De hecho, es indicativo de ello que la Segunda Parte de la obra lleve por título «El Derecho de Familia en el Espacio judicial europeo». Ya en el primer artículo, de A. Rodríguez Benot, se hacen patentes los avances comunitarios en este sector, y la imbricación existente entre los diferentes sectores. Así, entre esos avances cobrarían una especial relevancia el denominado «movimiento espontáneo de armonización del Derecho de Familia», jalonado, según este autor, por cuatro «hitos» (aunque, a mi entender, el movimiento no es tan «espontáneo», y los hitos se reducen a uno: la proyección del principio de reconocimiento mutuo a las resoluciones judiciales, como piedra angular del proyecto y los programas mencionados) y la jurisprudencia del TJCE, respecto de la cual se subrayan las consecuencias que viene comportando en las normativas nacionales relativas al Derecho al nombre. En este trabajo, además, se destacan los impulsos de que ha sido objeto el reconocimiento en cuatro materias en concreto: régimen económico matrimonial, parejas de hecho, alimentos y sucesiones. Y es reseñable, cabe insistir en ello, que en relación con cada una de esas materias se hace hincapié en

la mencionada vinculación entre el reconocimiento y, especialmente, el sector del Derecho aplicable. Esta íntima relación se halla en la base del trabajo de E. Zabalo Escudero, que señala la importancia de la «Armonización del Derecho aplicable a las cuestiones de familia, y su incidencia en el Espacio Judicial Europeo». Al respecto, traza en un primer lugar las diferencias sustanciales que existen en los sistemas jurídicos de los Estados miembros para hacer realidad la comunitarización, incidiendo en problemas como los que plantea en la actualidad el hecho de que las crisis matrimoniales hayan sido reguladas sólo desde el marco de la competencia judicial internacional y el reconocimiento (*forum shopping*, «carrera al tribunal»). Ante lo que describe como un panorama de diversidad conflictual y material, apunta a la armonización de las normas de conflicto como una posible solución a los problemas, y analiza las ventajas y los inconvenientes de los posibles criterios a retener en tales normas (autonomía de la voluntad limitada, papel residual de la *lex fori* y nacionalidad como punto de conexión en el ámbito de la mencionada autonomía de la voluntad).

El primero de los trabajos agrupados bajo la rúbrica «La libre circulación de las resoluciones judiciales en materia de familia: problemas de aplicación práctica», de M. di Filippo, se centra en esos problemas detectados en la aplicación del Reglamento (CE) núm. 2201/2003 en materia de crisis matrimoniales. Además, denuncia, en este marco, la posible incidencia del DIPr institucional en las normativas materiales de los Estados miembros, en la medida en que aquél sería susceptible de alterar principios o valores asentados de forma diferenciada en éstos; así, por ejemplo, introduciendo un *favor divortii*. A este respecto, contrasta la diferente percepción del autor respecto de la influencia que la unificación de ese mismo DIPr pueda tener sobre la materia que trata en segundo lugar, esto es, la responsabilidad parental: sólo en este ámbito saluda su posible carácter progresista. En la siguiente colaboración, el Fiscal de la Audiencia Provincial de Sevilla, A. Ocaña Rodríguez, al tratar sobre «El fiscal español ante el Regla-

mento 2201/2003», denuncia el excesivo volumen de atribuciones que opera en nuestro sistema al Ministerio Fiscal, y aboga por la restricción de su intervención a los procesos más importantes, en atención al interés de los menores implicados. Además, realiza un recorrido por los diferentes trámites en los que tiene lugar su intervención, tanto en el marco de la competencia cuanto en sede de reconocimiento y cooperación con otras autoridades, en el ámbito internacional. A continuación, M. Herranz Ballesteros disecciona las dificultades que surgen en la aplicación del Reglamento «Bruselas II bis» en lo relativo a la sustracción internacional de menores y, en particular, en relación con los pronunciamientos que pueden beneficiarse del régimen privilegiado de ejecución sin procedimiento previo, a través del «título ejecutivo europeo». A este respecto, destaca su interesante exégesis de la problemática que encierra la expedición de tal TEE en materia de devolución. Concluye este apartado el estudio de G. Palao Moreno sobre «La libre circulación de acuerdos de mediación familiar en Europa». En él, el autor se muestra favorable a la articulación de mecanismos que garanticen el reconocimiento extraterritorial de los acuerdos de mediación familiar. Indica, en este orden de ideas, que los acuerdos no homologados judicialmente en el Estado de origen, cuando éste exige tal homologación, tienen una eficacia *inter partes* que reduce su problemática a la propia de la ley que les resulta de aplicación; pero que, si están intervenidos por autoridad pública, tendrán eficacia en España en la medida en que cumplan los requisitos dispuestos con carácter general para los documentos públicos. En relación con los acuerdos homologados por autoridad judicial o que sean ejecutivos en el Estado de origen, postula su inclusión en el concepto amplio de resolución que acoge el Reglamento (CE) núm. 2201/2003 y su consiguiente sometimiento a los requisitos dispuestos en dicho acto para surtir eficacia en el resto de Estados miembros.

Las aportaciones de J. A. Tomás Ortiz de la Torre e I. García Rodríguez ponen fin al volumen. Ambas se ubican en el último de los epí-

grafes, dedicado a lo que consideran «Perspectivas de futuro» en Derecho de Familia. Así, el primero, esboza «Algunas notas para la reflexión ante los nuevos modelos familiares», aportando argumentos contrarios a la regulación de los matrimonios entre personas del mismo sexo (cuando aún se tramitaba la reforma del Código civil español en la materia), en relación con las normativas existentes en otros Estados miembros de la UE. Además, incide en ciertos problemas relativos a las uniones no matrimoniales en Derecho internacional privado. Por su parte, I. García Rodríguez centra su estudio en dos instituciones propias del Derecho islámico que vienen ocasionando problemas de índole jurídica, en relación con su eficacia en nuestro sistema: la poligamia y el repudio o *talaq*. De esta manera, en relación con la primera, analiza la práctica de las autoridades españolas en relación con cuestiones tales como la posibilidad de atenuación del orden público, cuando se trata de reconocer la pensión de viudedad a las cónyuges de los extran-

jeros polígamos; la inflexibilidad en lo que respecta al reconocimiento de la condición de asilo; o la toma en consideración como dato negativo para la concesión de la nacionalidad española. Respecto del repudio, realiza una síntesis de las posibilidades de reconocimiento de su eficacia, en función de aspectos tales como la autoridad que interviene (o no) y el cónyuge que lo solicita.

4. A modo de recapitulación de lo expuesto, quisiera incidir en la importancia de la temática que es objeto de análisis en esta obra, así como en el interés que suscita todo tratamiento que se realice al respecto. Las posibilidades de estudio que proporcionan los ambiciosos proyectos comunitarios en materia de DIPr son casi infinitas, y, en este sentido, *La libre circulación de resoluciones...* aporta un valioso grano de arena más al debate científico que debe suscitarse en torno a esta realidad, a la vez que contribuye a la necesaria labor divulgativa del fenómeno.

Patricia ORJEUDO PRIETO DE LOS MOZOS

LAFUENTE SÁNCHEZ, R., *Los servicios financieros bancarios electrónicos*, Valencia, Tirant lo blanch, 2005, 406 páginas.

1. Dato básico de partida de esta obra es que los cambios introducidos por la sociedad de la información tienen como rasgo esencial que sus implicaciones son globales (p. 29), lo que se proyecta sobre las nuevas formas de actividad económica, resultando la prestación de servicios financieros uno de los ámbitos que más intensamente se ha visto influido por el desarrollo de las nuevas tecnologías. Con ese presupuesto, no debe extrañar que la primera parte del libro reseñado lleve por enunciado «Sociedad de la información y comercio internacional de servicios financieros». Contiene esta primera parte, a modo de introducción, una panorámica general del contexto internacional y comunitario de regulación de los servicios financieros, así como una tipología de los principales contratos financieros concluidos por vía electrónica.

La importancia de la expansión de las actividades electrónicas para hacer posible el

desarrollo de un mercado único de servicios financieros y el desarrollo alcanzado por la normativa comunitaria sobre el particular, se corresponde con la detallada atención que recibe la normativa comunitaria a lo largo de la obra. En lo relativo a la dimensión mundial, si bien el autor se muestra partidario de potenciar un marco jurídico global en la regulación de esas actividades, el tratamiento se limita prácticamente a constatar la inclusión de los servicios financieros en el ámbito del AGCS y del comercio electrónico entre las preocupaciones de la OMC (pp. 41-44), sin perjuicio de otras referencias puntuales a logros aislados.

2. La principal contribución del libro es proporcionar un análisis de conjunto de la normativa comunitaria y española reguladora de la contratación por medios electrónicos de buena parte de los servicios financieros bancarios, así como de los medios de pago electrónicos. Dicha normativa es clave para facili-

tar que las operaciones tengan alcance transnacional.

Destaca en el libro el análisis de las implicaciones de la Directiva 2002/65/CE sobre contratación a distancia de servicios financieros y de las medidas que han de adoptar los prestadores de tales servicios para adecuar su actividad a las exigencias de esa normativa, pendiente todavía de incorporación al Derecho español, pese a haber expirado el plazo de transposición el 9 de octubre de 2004 (art. 21). También constituye una aportación habida cuenta de la complejidad que presenta en la práctica el desarrollo de actividades en el sector objeto de estudio, la exposición de los problemas que surgen en materia de seguridad y prevención del fraude, que incluye una concisa descripción de los principales elementos en los que ha de basarse el sistema de seguridad de las entidades financieras (pp. 118 y ss.).

3. Igualmente útil resulta la exposición del funcionamiento y los principales instrumentos de regulación en relación con las tarjetas electrónicas, las transferencias electrónicas de fondos, el dinero electrónico y los pagos a través del teléfono móvil. En lo que atañe a las primeras, destaca la presentación sintética de los entornos y protocolos de seguridad en la banca virtual, desarrollados y aplicados a escala global. En relación con las transferencias electrónicas de fondos, también se detiene el autor en analizar los problemas técnicos de los distintos sistemas electrónicos de transferencias, típicamente de alcance internacional, como los sistemas SWIFT y TARGET. Ese mismo alcance tienen los distintos sistemas de dinero electrónico cuyo funcionamiento es analizado en detalle en la Parte Tercera del libro.

En la misma línea, cabe hacer referencia a que el autor identifica con precisión los principales riesgos específicos que tiene la dimensión transfronteriza de la banca electrónica (pp. 204-206). Desde una perspectiva eminentemente práctica, se enumeran los

más importantes elementos de riesgo de las entidades dedicadas a esas actividades, si bien el estudio prácticamente se limita a exponer la normativa relevante española y comunitaria, sin aportar elementos adicionales acerca del eventual control por los implicados de los riesgos legales y de la concreción de éstos en el desarrollo de esas actividades a escala internacional en el marco de una red como Internet.

4. Teniendo en cuenta la trascendencia que el autor asigna en la primera parte de la obra al alcance global con el que se desarrolla la contratación electrónica, cabe echar en falta un tratamiento más elaborado y preciso de la dimensión internacional de la prestación de los servicios financieros bancarios por medios electrónicos (por ejemplo, pp. 77, 111, 156 y 282).

Las reflexiones contenidas en la cuarta parte del trabajo en materia de solución de controversias y ley aplicable enfocan esas cuestiones desde la perspectiva general del comercio y la contratación electrónicas, sin analizar de manera específica las cuestiones que pueden plantearse en el sector concreto de los servicios financieros, como hubiera resultado de particular utilidad una obra específica en esa materia.

Esta consideración no empaña en absoluto el dato de que la obra ofrece en su conjunto un valioso análisis, en el que la exposición del marco jurídico —español y comunitario— en la materia se combina con un elaborado tratamiento de los aspectos prácticos de la prestación por medios electrónicos de los servicios financieros bancarios y sobre todo de la configuración de los medios electrónicos de pago. Estos últimos, en particular los más relevantes en las redes abiertas, presentan típicamente carácter internacional y se constituyen en mecanismo clave del cumplimiento de las obligaciones pecuniarias en un elevado porcentaje de negocios transfronterizos.

Pedro A. DE MIGUEL ASENSIO

MONSERRAT, J., *Hacia un Nuevo Mundo. Filosofía política del protagonismo histórico emergente de la sociedad civil*. Universidad Pontificia Comillas. Madrid, 2005. 355 pp.

Este libro es una aspiración a reorganizar el orden internacional a partir de las grandes posibilidades que ofrece en nuestro tiempo la sociedad civil. Unas posibilidades acerca de las cuales el autor del libro se encuentra muy seriamente convencido. En efecto: nos dice con gran claridad y de forma repetitiva que la sociedad civil puede convertirse en la próxima protagonista de la historia. Se trata de «una idea que va abriéndose camino aunque todavía no haya logrado una presencia social inequívoca» y que, «cuando alumbra con claridad no habrá ya nada, absolutamente nada, que impida la organización creciente de ese protagonismo emergente de la sociedad civil que debe imponer la realización de los ideales ético/utópicos de nuestros días». Con dichas ideas cree el autor que será posible hacer la obra esencial que la sociedad de hoy necesita. Para ello, la sociedad civil tiene que organizarse y oponerse a los desmanes que frecuentemente comete el poder político. Dicha organización para Javier Monserrat es posible de forma que tras ello se pueda alcanzar «el mundo soñado de nuestros ideales».

Los fundamentos de dicho convencimiento son los siguientes:

1) El reconocimiento de que «el protagonismo radical, el fundamento de la organización social, política y económica de las naciones ha sido siempre el pueblo». Hubo dictadores y caudillos porque el pueblo entendió que era mejor. Hubo monarquías o repúblicas porque así lo aceptó el pueblo o las partes dominantes de él. Y lo mismo ocurrió con las cartas otorgadas, los sistemas de sufragio censitario o las constituciones que establecieron el sufragio universal. «El protagonista pues fue siempre el pueblo o sectores importantes de éste que fueron capaces de promover iniciativas sociales de presión conducentes a resultados tangibles». 2) Se constata en la sociedad civil una nueva sensibilidad ético-utópica que aspira a realizar un cambio profundo en la sociedad humana. Se trata del camino hacia una «presencia social

inequívoca» que está ya en vías de formación. Por doquier encontramos los signos premonitorios de que nos acercamos a ella. 3) Existen verdaderas posibilidades de que dicha aspiración se concrete dado que percibimos ya la aparición de una sociedad civil de carácter universal. Un buen ejemplo de ello lo tenemos en el gran desarrollo de las ONGs. La sociedad moderna –aunque no sea muy consciente de ello–, tiene un pensamiento muy parecido al de Popper pues ha intuido muchas de las cosas que Popper nos dejó argumentadas con rigor filosófico. La concreción será una realidad bastante nítida cuando sea declarada explícitamente por los intelectuales. Ellos son los que tienen que expresar «con toda precisión, el sentir de una nueva época en su ideal ético y en su proyecto de acción». Por muy alejado y difícil que parezca, dicho ideal será capaz de cambiar «esencialmente la naturaleza económica del mundo». Se trata de una aspiración tan radical que, por las transformaciones del orden político-económico internacional, «obligará incluso al replanteamiento del mismo diseño político económico existente hasta ahora en la Unión Europea». Unas transformaciones que tendrán que poner su acento en el aspecto social y en superar la división existente hoy en el mundo: la de la opulencia y la de la miseria.

Uno de los grandes valores de la obra es la profundidad del análisis. A favor de dicha profundidad, Monserrat acude siempre a buscar las causas históricas de todos los fenómenos. Las grandes síntesis ilustran al lector de una manera muy convincente.

En la obra de Javier Monserrat descubrimos dos importantes vertientes: una histórica, muy valiosa, de síntesis e interpretación de la Filosofía Política aparecida a lo largo de muchos siglos. Otra intuitiva, muy valiosa también, con respecto al futuro. Sin embargo, dado lo que es la realidad humana, a no pocos les parecerá un tanto sublime.

Santiago PETSCHEN

*Pacis Artes. Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*, Madrid, 2 vols., Eurolex, 2005, 2092 pp.

El profesor Julio González Campos pertenece a la generación de iusinternacionalistas españoles que han tenido el privilegio de aprender directamente de los grandes maestros de nuestra disciplina, como lo fue el profesor Mariano Aguilar Navarro. La personalidad de Julio González Campos como docente e investigador en derecho internacional público y privado, su contribución como jurista en los procedimientos de creación y aplicación del derecho internacional, y su función como magistrado del Tribunal Constitucional español, marcan el perfil del libro homenaje objeto de la presente recensión.

El libro se estructura en cinco apartados: derecho internacional público, derecho comunitario y de la Unión Europea, derecho internacional privado, derecho constitucional y *varia*, en torno a los cuales se ordenan los diversos estudios que lo integran. En cuanto al contenido, el comité organizador ha sugerido en buena medida su orientación hacia los ámbitos que han sido de especial interés en la obra y actividad del profesor González Campos; ámbitos a los que se circunscriben un número significativo de contribuciones.

Siguiendo este criterio temático destacan entre otros los trabajos de los profesores Gutiérrez Espada *Las normas imperativas del derecho internacional* y Roldán Barbero *El consentimiento del Estado y la formalización de los acuerdos internacionales* (en el ámbito: creación de normas y obligaciones internacionales); los del profesor Barberis *El condominio internacional*, el del embajador Iturriaga Barberan *Contribución de España a la regulación internacional de la preservación del medio marino*, así como la contribución *El régimen internacional de la bahía de Fonseca* hecha por López Contreras, ex ministro de asuntos exteriores de Honduras (ámbito: territorio del Estado y espacios marítimos); las contribuciones de los profesores Fernández Casadevante *Derechos humanos y orden interno: las consecuencias de la asunción de obligaciones internacionales*, y de Mariño Menéndez *En torno a la prohibición de la*

*tortura* (ámbito derechos humanos y orden interno); las realizadas por los profesores Menéndez Menéndez *La constitución económica en el marco de una constitución europea*, Liñan Noguera *El proyecto constitucional europeo y la interpretación de derechos y libertades constitucionales: ¿una nueva dimensión del artículo 10.2 CE?*, Mangas Martín *Incidencia del proyecto del Tratado constitucional europeo sobre la Constitución Española*, y Amores Conradí *Constitución española y proceso civil internacional. Un balance* (ámbito: Constitución y derecho comunitario europeo). Finalmente y por lo que respecta al derecho internacional privado la amplitud del ámbito sugerido por el comité organizador –tendencias y técnicas de reglamentación del derecho internacional privado– engloba la casi totalidad de contribuciones en esta disciplina; entre ellas las de los profesores Calvo Caravaca *La norma de conflicto del siglo XXI* y Álvarez Rubio *Hacia un nuevo derecho marítimo comunitario: breves reflexiones en el marco de las tendencias actuales del derecho internacional privado*, así como las realizadas por las profesoras Abarca Junco, Borrás Rodríguez y Zabalo Escudero incidiendo en la materialización del Derecho internacional privado.

Al margen de este criterio temático una visión transversal de la obra nos descubre dos núcleos de interés comunes a distintas colaboraciones: uno es la referencia a cuestiones de teoría general (en esta línea los profesores Orrego Vicuña *Derecho internacional y sociedad global ¿Ha cambiado la naturaleza del orden jurídico internacional?*, Rodríguez Carrión *Derecho internacional penal y derecho penal internacional*, Guzmán Zapater *Sobre la función del Derecho internacional privado y técnicas de reglamentación*, o Aguilar Benítez de Lugo *Los problemas de la aplicación de la norma de conflicto: una concepción internacionalista y funcional*). El otro interés coincidente en varios trabajos es la preocupación ante el menosprecio –cuando no la violación– del Derecho internacional

evidenciadas en la política de la actual administración de los Estados Unidos; así, los trabajos de Torres Bernardez *El envite del conservadurismo americano al ordenamiento internacional*, los de los profesores Pastor Ridruejo *¿Un nuevo gendarme de la paz, de la seguridad internacional? A propósito de la guerra de Irak de 2003* y de Fernández Tomás *Seguridad internacional y terrorismo. Modelo norteamericano versus modelo europeo de respuesta*. Ambos núcleos de interés convergen también en la contribución del profesor Díez de Velasco sobre *Protección diplomática e inactividad del Estado: la práctica española* cuyo hilo conductor según sus propias palabras «es la esperanza de transformación de esta vieja institución como consecuencia del protagonismo de la persona humana y sus derechos en la sociedad internacional» y en la que también trae a colación los hechos que produjeron la muerte de los periodistas españoles Rodrigo Moreno en Panamá, y Couso Permuy en Bagdad por disparos de las fuerzas armadas de los Estados Unidos.

Todos estos estudios están presididos al inicio de la obra por la excelente aportación del Dr. José Carlos Fernández Rozas sobre la semblanza del homenajeado titulada *El profesor Julio González Campos y el arte de la paz*. En ella el autor haciendo un seguimiento de la trayectoria académica, política y profesional de su maestro ha sabido evocar situaciones y vivencias no siempre fáciles para nuestras disciplinas ni tampoco para quienes como él defendieron ideas y opciones proscritas por la dictadura; y ha sabido también describir la «fecunda vida como jurista» del profesor González Campos pero, sobre todo, «su condición de universitario y de maestro».

La variedad temática y el elevado número de trabajos que integran este libro homenaje al profesor González Campos hacen inviable proceder aquí a una reseña de todos ellos. Ante ello, y dado su especial significado optó por destacar la contribución de sus primeros discípulos en Derecho internacional público y Derecho internacional privado, y la de quién, con él compartió las enseñanzas del maestro común.

Junto a la aportación –ya reseñada– hecha por el profesor Fernández Rozas, Catedrático de Derecho internacional privado, resulta obligado detenerse en el trabajo de su primer discípulo el Catedrático de Derecho internacional público Luís Ignacio Sánchez Rodríguez titulado *Un tiempo para juzgar: el derecho internacional público en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1992-2001)*. En este estudio el autor aborda las decisiones constitucionales recaídas sobre determinadas materias de Derecho internacional en su relación con el Derecho interno español. En estos ámbitos, y respecto a las sentencias constitucionales en las que el profesor González Campos ha sido ponente el autor destaca la aportación de su maestro en el análisis interpretativo de los preceptos constitucionales «de modo que interpretando de forma garantista nuestro propio sistema de derechos fundamentales dicho análisis resulta compatible con la debida aplicación en España de las normas internacionales aceptadas y generalmente reconocidas»; se trata precisamente –en palabras del autor– de «la tarea de un jurista con mayúscula: la búsqueda del punto de equilibrio entre normas aparentemente incompatibles en sus estrictos términos literarios». Esta referencia a la aportación del profesor González Campos a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional es completada, en relación al derecho comunitario europeo, por la también discípula y Catedrática de Derecho internacional público María Paz Andrés Sáez de Santamaría y enriquecida por el estudio del Dr. José María Espinar sobre los votos particulares en los que intervino.

Finalmente sólo queda, como cierre de esta recensión una especial referencia a la contribución del profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo sobre *La influencia de la noción de comunidad internacional en la naturaleza del Derecho internacional público*. En ella el profesor Carrillo Salcedo recuerda los rasgos que han venido caracterizando al Derecho internacional como un orden jurídico que regula las relaciones entre los Estados soberanos, y centra su estudio sobre –según sus palabras– «los tres grandes procesos de cambio que han corregido progresivamente estos

rasgos»: la socialización del Derecho internacional, la institucionalización de la comunidad internacional; y la humanización del Derecho internacional. En el curso de su razonamiento el autor afirma el carácter de principio constitucional del Derecho internacional contemporáneo que tienen los derechos humanos, y entiende que «la noción de comunidad internacional en su conjunto es el cimiento donde se apoyan las normas imperativas que corrigen los rasgos de voluntarismo, neutralidad y relativismo que habían venido caracterizando el Derecho internacional. Afir-

maciones ambas que profundizan la reflexión sobre la naturaleza misma de este derecho.

Preocupación esta, puesta ya de manifiesto por el profesor Carrillo Salcedo al inicio de su contribución a este libro homenaje al recordar que tanto Julio González Campos como Roberto Mesa Garrido y él mismo, discípulos fieles de su común maestro Don Mariano Aguilar Navarro «siempre han estado preocupado por los problemas fundamentales del derecho internacional, y entre ellos el de su naturaleza».

Victoria ABELLÁN HONRUBIA

SANDS, P., *Lawless world. America and the making and breaking of Global Rules*, Allen Lane and Penguin Books, London, 2005, 352 pp.

La monografía de P. Sands se centra una de las más importantes preocupaciones de los iusinternacionalistas tras el 11 de septiembre de 2001: el cuestionamiento e incumplimiento de normas internacionales, que se creían consolidadas, por parte de grandes potencias como Estados Unidos o Reino Unido.

Para realizar este análisis, el autor estructura su trabajo en varios capítulos, cada uno de los cuales está destinado a examinar un fenómeno en el que las normas internacionales se han visto conculcadas. En el primero realiza un breve resumen de la historia reciente del Derecho internacional desde el final de la Segunda Guerra Mundial hasta nuestros días y que sirve de introducción al resto, donde entra en materia a través del análisis de acontecimientos concretos. Así específicamente alude a la detención del dictador chileno Augusto Pinochet en Londres (Capítulo 2), a la creación del Tribunal Penal Internacional (Capítulo 3), a la respuesta que desde la comunidad internacional pretende darse al calentamiento global (Capítulo 4), a los problemas que se plantean en la regulación del comercio internacional a través de la actuación de la OMC (Capítulo 5), la creación de normas que aseguran las inversiones (Capítulo 6), a la detención de prisioneros en Guantánamo (Capítulo 7), a la guerra de Irak (Capítulo 8), a las torturas en las prisiones iraquíes por parte de soldados estadounidenses (Capí-

tulo 9) para concluir, en la última parte de la obra, con unas reflexiones finales sobre la importancia del Derecho Internacional en el mundo contemporáneo (Capítulo 10).

Al analizar estas cuestiones, Sands subraya la existencia de tres corrientes contrapuestas que afectan al ordenamiento jurídico internacional. En primer lugar, considera que nos encontramos en una etapa de *deconstrucción* del orden jurídico internacional en la medida en que aquellos Estados que crearon las bases del Derecho internacional contemporáneo, están siendo los que, de forma manifiesta, lo están quebrantando. Para explicarlo el autor toma como base la Carta Atlántica, instrumento adoptado por el Presidente de Estados Unidos –F. D. Roosevelt– y por el Primer ministro británico –W. Churchill– el 14 de agosto de 1941, por el que se comprometían a crear un nuevo orden jurídico que poco después vería la luz con la aprobación de la Carta de las Naciones Unidas en 1945 (pp. 8 y 9). Este instrumento le sirve al autor para afirmar que los Estados que crearon el orden internacional de nuestros días son los que, al incumplirlo, lo están destruyendo sin encontrar, en cambio, respuesta a ese incumplimiento, lo que significa un retroceso normativo de consecuencias tan graves como imprevisibles.

En segundo lugar, el creciente interés de la sociedad civil por el Derecho Internacional,

puesto de manifiesto con el seguimiento de que fue objeto la detención de Augusto Pinochet en Londres, las manifestaciones antiglobalización iniciadas contra la celebración de la Conferencia ministerial de la OMC en Seattle, las grandes manifestaciones contra la guerra de Irak, etc., inducen al autor a afirmar que mientras algunos Estados muestran un creciente desprecio por las normas internacionales, la sociedad civil se interesa cada vez más por conocer cómo funciona el sistema jurídico internacional.

Y en tercer lugar, es obvio que en el marco de la economía globalizada, en función de la importancia que tiene la defensa de los intereses comerciales o financieros (pp. 95 y ss y pp. 117 y ss.), resulta paradójico observar la prevalencia de la defensa de determinados sectores del Derecho Internacional a la par que otros, en cambio, se marginan. Como ejemplo de esta tendencia, destaca el interés de Estados Unidos por negociar y concluir acuerdos comerciales de carácter regional similares al NAFTA (véase el CAFTA o el interés de la administración Bush por el ALCA), o por ampliar los temas regulados por la OMC, en tanto que rechaza la ratificación del Estatuto de Roma de 1998 por el que se crea el Tribunal Penal Internacional, o el Protocolo de Kioto.

Por todas estas razones, Sands considera que el 11 de septiembre ha servido a Estados Unidos para justificar un asalto al orden jurídico internacional (p. 21), en el que, probablemente, la violación de las normas que prohíben el recurso a la fuerza (pp. 174 y ss.) haya sido la conducta lesiva más espectacular, al

tiempo que esta misma estrategia se revela en la violación de otro tipo de normas ya consolidadas, como son las protectoras de los Derechos Humanos –los casos del campo de detención de prisioneros en la base militar de Guantánamo (pp. 143 y ss.) y la práctica de torturas en prisiones iraquíes (pp. 204 y ss.), son especialmente preocupantes– o el retroceso en cuestiones consideradas grandes avances del Derecho Internacional como sucede con el establecimiento de la responsabilidad penal internacional de los individuos (pp. 46 y ss.) o con la protección del medio ambiente (pp. 69 y ss.).

El capítulo final es una reflexión acerca de la importancia del Derecho Internacional en el mundo contemporáneo, ya que nunca como en el momento actual los intereses de los Estados, de las empresas o de las personas han sido tan interdependientes, por lo que resulta totalmente cuestionable el retroceso a un *estado de naturaleza* sin normas. Antes al contrario, y como bien enfatiza el autor, el Derecho Internacional es más importante que nunca.

Este análisis se realiza en una monografía de fácil lectura gracias al hecho de estar redactada de una manera muy didáctica y sencilla de aprehender, de forma que va introduciendo al lector en los más distintos vericuetos del ordenamiento jurídico internacional a la vez que se presentan anécdotas, reflexiones y datos que facilitan su comprensión, pese a que sin duda se trata de cuestiones no exentas de complejidad.

Ana MANERO SALVADOR

*Soberanía del Estado y Derecho internacional. Homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Sevilla, 2005, Tomo I y II, 1394 pp.

En torno al tema medular en el pensamiento del maestro al que se dedica este homenaje se presenta esta nutrida colección de trabajos que sus discípulos y amigos ofrecen al profesor Carrillo Salcedo con ocasión de su jubilación. Los dos volúmenes que componen la obra, pulcramente editados por los servicios de publicaciones de tres Universida-

des andaluzas, ofrecen un panorama actualizado de las cuestiones que plantea la permanente contradicción entre soberanía estatal y derecho de gentes en el marco de la Comunidad internacional.

En total, la obra recoge casi ochenta trabajos correspondientes a las diferentes áreas temáticas cultivadas por el profesor Carrillo:

Derecho internacional público, Derecho internacional privado, Derecho internacional de los Derechos Humanos, Naciones Unidas, Derecho Europeo... Entre los autores de los diversos artículos figura una amplísima representación de los catedráticos españoles en el campo de los estudios internacionales así como de numerosos discípulos directos del maestro, pertenecientes a las muy pujantes nuevas generaciones de internacionalistas patrios. La menor presencia de firmas extranjeras, que contrasta con la generosa apertura internacionalista que siempre profesó el dedicatario del libro homenaje, se ve compensada tanto por la representatividad de los autores como por la calidad de sus contribuciones.

Ante la variedad de los temas tratados, los editores del libro han optado por presentar los distintos estudios siguiendo el orden alfabético de los apellidos de sus autores, cuya condición profesional se identifica al inicio de cada trabajo. Los temas tratados pueden agruparse en varios bloques. Figuran, en primer lugar, las semblanzas del homenajeado, que no solamente constituyen una evocación de las virtudes personales del mismo sino también una aproximación a las líneas maestras de su obra. Entre las contribuciones pertenecientes a este capítulo hay que citar las firmadas por Federico Mayor, Marcelino Oreja, Elisa Pérez Vera y Alejandro Rodríguez Carrión, así como la de Simone Dreyfus titulada «un homme de loi, un homme de foi». Viene luego una nutrida serie de trabajos en el área de Derecho internacional privado, que el profesor Carrillo cultivó también en alguna época con intensidad y cuyas aportaciones pioneras han dejado huella. Se abordan así temas tales como las «parejas de hecho» (Paloma Abarca; J. L. Iriarte), prevención de la apatridia y nacionalidad española (Aguilar Benítez de Lugo), autonomía de la voluntad (Santiago Álvarez), Convenio de Bruselas en materia de familia (Alegria Borrás), contratos internacionales sobre bienes culturales (Calvo Caravaca), enseñanza e investigación en Derecho internacional privado (José María Espinar), *anti-suit injunctions et arbitrage commercial international* (J. C. Fernández Rozas), decisiones judiciales extranjeras y derechos

humanos procesales (J. D. González Campos), pasado y presente del Derecho internacional privado español (Ortiz Arce), unificación del derecho de la contratación internacional (Sánchez Lorenzo) y Aliens Tort Claims Act 1789 de los EEUU (Zamora Cabot). Varias de las contribuciones en el campo del Derecho internacional público abordan cuestiones relativas a la teoría general y a los conceptos fundamentales de este ordenamiento: método y conceptos (Victoria Abellán), orden público internacional (Joaquín Alcáide), concepto de sociedad internacional (Celestino del Arenal), soberanía poliédrica (P. A. Fernández Sánchez), *ius cogens* (Rafael Casado y Eva M.<sup>a</sup> Vazquez, Antonio Fernández Tomás), concepto y naturaleza del tercero indispensable en sede judicial (Jiménez Pieras), orden público internacional (Fernando Mariño), concepto de Derecho internacional público (Peláez Marón) entre la necesidad o utopía (Eulalia W. Petit), principios generales (Pérez González, Albert Galinsoga), encrucijadas teóricas en la transición paradigmática (José Manuel Pureza), obligaciones *erga omnes* (Javier de Quel), crímenes internacionales y responsabilidad internacional (Casilda Rueda), poder imperial estadounidense y Derecho internacional (L. I. Sánchez Rodríguez) y los enigmas del Derecho internacional (Zafra Espinosa de los Monteros). Numerosas contribuciones se refieren a la temática de los derechos humanos, que constituye una de las principales facetas de la obra del homenajeado en su dimensión académica y profesional, así como a la democracia y el Estado de Derecho. Entre los estudios que se consagran a estos temas cabe señalar los de Anna Badía, Antonio Cançado, Corral Salvador y Garrido Rebolledo, Corriente Córdoba, Carlos de Ory, Espada Ramos, Fernández de Casadevante, J. A. Frowein, Garzón Clariana, Lucía Millán, Pastor Ridruejo, Fausto Pocar, Ernesto Rey Caro y Ana Salado. También hay varias contribuciones sobre el sistema onusiano, el uso de la fuerza y el derecho humanitario bélico (Paz Andrés, Romualdo Bermejo, Jorge Cardona, Antonio Casese, M.<sup>a</sup> Teresa Comellas, J. M. Faramiñán, Manuel Díez de Velasco, López Escudero, Medina Ortega, Ramón

Paniagua, Xavier Pons y L-A Sicilianos). Otros estudios giran en torno a la integración regional en Europa y en América, tales como los de Francisco Aldecoa, Esther Barbé, Castor Diaz-Barrado y María Belén Olmos, Araceli Mangas, Martín y Pérez de Nanclares, Andreu Olesti, Puente Egido, Pueyo Losa, Javier Roldán y Alejandro del Valle. También han concitado un reiterado interés los temas relativos a la jurisdicción penal internacional, que abordan los trabajos de J. L. Fernández Flores, Carmen Márquez Carrasco y Antoni Pigrau. El libro contiene también contribuciones sobre temas ecológicos, tales como la prevención de daños ambientales transfronterizos (García Sanjosé), el derecho al desarrollo sostenible (Juste Ruiz), y la pesca ilegal (Sobrino Heredia). Dejo para el final la contri-

bución de un llorado sevillano que convivió intensamente con el destinatario del libro homenaje, el profesor Roberto Mesa. Su aportación sobre los «pórticos del nuevo milenio» no podía ser más clarividente ni representar mejor la forma de pensar común que caracteriza al autor del trabajo y al profesor homenajeado.

Los numerosos compañeros, discípulos y amigos del profesor Carrillo Salcedo, que comparten un mismo magisterio histórico, le han dedicado este libro en el que el lector podrá comprobar que la escuela española de Derecho internacional goza de buena salud y está muy atenta a las cuestiones que preocupan a la Comunidad internacional contemporánea.

José JUSTE RUIZ

TEIJO GARCÍA, C., *Organizaciones Internacionales No Gubernamentales y Derecho Internacional*, Madrid, Dilex, 2005, 257pp.

Esta monografía del profesor C. Teijo constituye un excelente estudio de especial interés en el contexto de la creciente incidencia de las Organizaciones internacionales no Gubernamentales (OING) en la Sociedad internacional contemporánea y, en particular, en el sistema jurídico internacional. Partiendo de una delimitación detallada del concepto de OING, el autor examina el papel que éstas juegan en los procesos de creación y aplicación de las normas internacionales, así como, su participación en determinados foros internacionales para, sobre esta base, plantear la polémica cuestión de su subjetividad jurídica internacional. Desde estas diferentes perspectivas y a lo largo de cinco capítulos, el análisis realizado pone de manifiesto las dificultades que plantea la calificación jurídico-internacional de las OING.

La definición del concepto de OING es el primer obstáculo al que se enfrenta cualquier estudio en esta materia. Frente a la vaguedad y amplitud en las que ha venido desarrollándose este fenómeno, C. Teijo realiza un examen pormenorizado de las características que, desde los puntos de vista jurídico y sociológico, pueden considerarse intrínsecas al mismo. Se

delimita así el objeto de estudio en torno a aquellas Organizaciones que se constituyen como *una estructura privada, creada conforme al Derecho interno de un Estado, que reúne a personas privadas o públicas, físicas o jurídicas, que son nacionales de dos o más Estados con el objetivo de perseguir sin ánimo de lucro la consecución de un interés lícito de carácter colectivo en al menos otro Estado distinto de aquel en el que ha sido constituida*. Esta noción de OING tiene la virtud de exigir una dimensión internacional en su composición y objetivos, sin introducir limitaciones excesivas que disminuyan su utilidad práctica. Por lo demás, cabe resaltar que, como destaca el autor, el surgimiento y proliferación de OING deben entenderse ligados al reconocimiento del derecho a la libertad de asociación, constituyendo un fenómeno que, pese a tener naturaleza universal, está especialmente extendido entre los *habitantes de los países anglo-europeos, ricos en recursos, técnicamente desarrollados y con sólidas democracias*.

La segunda parte de la monografía se dedica al análisis de las relaciones entre las OING y el sistema jurídico internacional. En estas páginas, con continuas referencias a la

práctica, el autor identifica una constante clara: el desequilibrio existente entre el importante papel que, de facto, juegan las OING frente al escaso y frágil reconocimiento jurídico que reciben en el ordenamiento internacional. Así, las posibilidades de que disponen las OING para influir en la formación de las normas internacionales o participar en el seno de Organizaciones o Conferencias internacionales se ven sometidas a la voluntad y específicos intereses de los Estados sobre las diferentes materias. Del mismo modo, tampoco la participación de las OING en los mecanismos de aplicación de las normas jurídicas internacionales goza de un reconocimiento generalizado. No obstante, por diferentes vías y principalmente en materia de protección internacional del Medio Ambiente y de los Derechos Humanos, las OING se han convertido en un instrumento eficaz de información y también de denuncia de las violaciones de las normas jurídicas internacionales existentes. Igualmente, es cada vez mayor el papel que juegan estas entidades ante las jurisdicciones internacionales, si bien una vez más, como señala C. Teijo, no se les llega a reconocer un derecho de legitimación activa en defensa de intereses generales que, por un lado, podría estar justificado dentro de los objetivos propios de estas organizaciones y, por otro lado, constituiría una aportación significativa en el funcionamiento de un sistema jurídico internacional más eficaz.

El Capítulo V de la monografía se centra en lo que el autor califica como *precario estatuto internacional de las OING*. Estas organizaciones obtienen reconocimiento jurídico en el derecho interno de los Estados y se encuen-

tran, por tanto, sometidas a una diversidad de regulaciones que conlleva una gran inseguridad jurídica en su acción internacional. Para C. Teijo, la única forma de superar esta situación es la delimitación de un estatuto jurídico específico para las OING por el Derecho internacional. Esta medida, que no haría sino adaptar este ordenamiento jurídico a las nuevas necesidades de gobernanza de la Sociedad internacional contemporánea, no está sin embargo exenta de dificultades. Según indica el propio autor, primero, debería delimitarse el contenido específico de dicho estatuto y, segundo, sería preciso establecer un mecanismo para identificar qué OING podrían beneficiarse del mismo. Frente a las diferentes respuestas que ambas cuestiones han recibido hasta la fecha, C. Teijo propone la conclusión de un Convenio internacional multilateral, elaborado bajo los auspicios de la ONU, que aborde estas cuestiones y en el que se prevea la creación de un Comité encargado de velar por la correcta aplicación del mismo.

Para finalizar la presentación de esta monografía, es preciso destacar que su autor no duda en posicionarse de forma clara en los puntos más conflictivos que plantea esta materia por lo que la obra, en su conjunto, constituye una aproximación valiente e incisiva sobre el tema. Además, pese a abordar cuestiones muy complejas y de amplia repercusión, C. Teijo ha sabido dotar su trabajo de una estructura lógica y medida que, gracias a una clara delimitación del objeto de estudio, facilita una lectura de interés indudable para la doctrina iusinternacionalista.

Laura HUICI SANCHO

TRINIDAD GARCÍA, M.<sup>a</sup> L. y MARTÍN MARTÍN, J., *Una forma nueva de ordenar la inmigración en España. Estudio de la Ley Orgánica 14/2003 y su reglamento de desarrollo*, Lex Nova, Valladolid, 2005, 430 pp.

Las sucesivas reformas que ha experimentado el texto inicial de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante, LOExIS, publicada en el *BOE* de 12 de enero y corr. de

err. *BOE* de 24 de enero), en particular, la última de ellas, llevada a cabo por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre (*BOE* núm. 279, de 21 de noviembre de 2003), que también modifica la Ley 7/1985, de 2 de abril; la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Pro-

cedimiento Administrativo; y la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, justifica un tratamiento unitario de las cuestiones sobre las que incide esta última Ley Orgánica. Algunas de ellas suponen cambios profundos en la vigente regulación de la inmigración en nuestro país, como indican a lo largo de las páginas de este libro M.<sup>a</sup> L. Trinidad García y J. Martín Martín en los respectivos capítulos que escriben (concretamente, corresponden a M.<sup>a</sup> L. Trinidad los Cap. I-VI y a J. Martín, los Cap. VII-IX en colaboración con la primera).

Otras de las modificaciones que introduce la Ley Orgánica 14/2003 son consecuencia de la necesidad de adaptación del texto legal a la Sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de marzo de 2003, que declaró la nulidad de determinadas disposiciones del Reglamento de ejecución de la LOExIS aprobado por RD 864/2001, de 20 de julio (BOE, de 21 de julio). Y, por último, en el ámbito laboral, cabe destacar el reconocimiento de los derechos de Seguridad Social a las personas extranjeras que realizan en nuestro país una actividad laboral sin la preceptiva autorización administrativa, de conformidad con el nuevo art. 36, 3.º de la LOExIS («...la carencia de la correspondiente autorización... ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle»), así como la incorporación de una nueva modalidad de visado «para búsqueda de empleo» (art. 39 LOExIS) enmarcado dentro del contingente.

En los distintos Capítulos de esta monografía se analizan de forma exhaustiva tales reformas operadas por la Ley Orgánica 14/2003 en la Ley Orgánica 4/2000, que había experimentado —como se sabe— dos importantes modificaciones con anterioridad por L.O. 8/2000 (BOE de 23 de diciembre y corrección de errores BOE, de 23 de febrero de 2001) y por Ley Orgánica 11/2003 (BOE núm. 234, de 30 de septiembre), de las que también se da cuenta en esta obra y se analizan, aunque de forma menos detenida. Sin embargo, la Ley Orgánica 14/2003 presenta ciertas particularidades, en la medida en que verdaderamente cambia el sentido de la regulación vigente hasta ese momento, en particular, en lo que se refiere a la entrada y presencia

legal de las personas de nacionalidad extranjera y condición inmigrante en nuestro territorio. De otro lado, el nuevo Reglamento de desarrollo (aprobado por RD 2393/2004, de 30 de diciembre) incide en la dimensión socio-laboral de la inmigración, al introducir un concepto nuevo, el denominado «catálogo de puestos de difícil cobertura» (art. 50) así como al crear la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración (Disp. Adic. decimoquinta).

En el momento actual resulta complejo dar una visión completa de las cuestiones que suscita la ordenación de la inmigración en nuestro país, habida cuenta del incremento del «hecho migratorio» hacia España, de la asunción de competencias de las instituciones comunitarias en esta materia tras la entrada en vigor (el 1 de mayo de 1999) del Tratado de Ámsterdam, de 2 de octubre de 1997, del creciente protagonismo de las CCAA en este ámbito (en particular, en lo que tiene que ver con la adopción de las medidas tendentes a la «integración social» de los/-as extranjeros/-as inmigrantes e inmigrados/-as, aunque no sólo) y del relevante papel de las entidades locales en su regulación y gestión, en particular, en lo que respecta al empadronamiento y a la cobertura de los servicios sociales de los/-as inmigrantes, entre otros factores.

Por ello, esta obra debe ser muy bien valorada, porque ofrece una visión de conjunto de la situación de la regulación vigente en nuestro país, relativa a la ordenación de la extranjería e inmigración, para la que no sólo se ha de dar debida cuenta del sentido de los cambios normativos que han tenido lugar en la LOExIS así como su desarrollo reglamentario, sino de la pluralidad de reglas de origen tanto estatal como autonómico que dan respuesta en el momento actual a la cuestión de la inmigración. Prueba de ello es, entre otras, el específico análisis que se realiza de la regulación dada por las CCAA a las denominadas «rentas mínimas de inserción» y la posibilidad de que los/-as inmigrantes sean beneficiarios/-as de esta pensión activa (pp. 209 y ss.). De otra parte, recoge las principales decisiones judiciales que han recaído en esta materia desde la derogación de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre dere-

chos y libertades de los extranjeros en España (BOE núm. 158, de 3 de julio de 1985), en especial, las pronunciadas por el Tribunal Supremo (en particular, las Sents. de 22 de marzo de 2003 y 6 de abril de 2004), por el Tribunal Constitucional (en particular, la Sent. de 22 de mayo de 2003, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Defensor del Pueblo contra el inciso «*que residan legalmente en España*» del apartado a) del art. 2 de la Ley 1/1996, de Asistencia Jurídica Gratuita), así como por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.

La obra da cuenta también de las adaptaciones que está experimentando el ordenamiento español de extranjería e inmigración a las normas de origen comunitario nacidas tras la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam (más conocido como «proceso de comunitarización» de los ámbitos del asilo y de la inmigración). Fruto de esta atribución de competencias a las instituciones comunitarias cabe citar una pluralidad de normas, la última de las cuales es el importante Reglamento 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen), que entrará en vigor el 13 de octubre de 2006 (DOUE Serie L núm. 105, de 13 de abril de 2006). Si bien tales normas comunitarias conviven aún (al no haber afectado a todos los aspectos implicados con la regulación de la cuestión de la inmigración) con las disposiciones nacionales (en el caso español, con la LOExIS y su Reglamento de desarrollo), la incidencia comunitaria no tiene lugar sólo por esta vía, sino también por efecto de la jurisprudencia, como lo demuestra la reciente Sentencia del TJCE, de 31 de enero de 2006, que declara el incumplimiento del Gobierno de España de la Directiva 64/221/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1964.

Sin embargo, la inexistencia de una «política de inmigración» en la Unión Europea, al faltar una competencia de las instituciones comunitarias en el plano global, esto es, en todos los ámbitos que están afectados en el momento actual cuando se trata de dar respuesta a la inmigración, hace que no exista

capacidad real de reacción por las citadas instancias, pues la competencia principal en determinados ámbitos sigue siendo nacional, como se ha demostrado en el caso de las decisiones nacionales de regularización [véase en este sentido la ponencia presentada por, F. Fernández-Shaw Toda (Subdirector General de Asuntos de Justicia y de Interior) en la Jornada sobre «*Fronteras exteriores de la UE e inmigración en España. Relaciones internacional y Derecho*», organizada por la Asociación de Profesores de Derecho internacional y Relaciones Internacionales y dirigida por J. J. Forner, celebrada en Madrid, el 25 de mayo de 2006)].

Pasando a su contenido más específico, los Capítulos Primero y Segundo analizan una de las principales modificaciones aportadas por la Ley Orgánica 14/2003 referida a la función del visado, que ya no constituye sólo un documento que permite al extranjero la entrada en territorio español, sino que también acredita su situación de legalidad en nuestro país, al llevar implícita la concesión de la pertinente autorización de estancia o residencia (según el caso). Para ello, se ha introducido en el texto de la LOExIS el nuevo artículo 25 *bis* y se han modificado los artículos 27 y 29. Por tanto, el visado no es ya sólo un documento que permite la entrada sino que también acredita la presencia legal del extranjero que se encuentra en nuestro país durante un período inferior a 6 meses, dado que, en el caso de que se trate de un tiempo superior, tendrá que solicitar (en territorio español ante la Oficina de Extranjeros o la comisaría de policía, en su defecto) la Tarjeta de Identidad de Extranjero (TIE), cuya posesión constituye una obligación del extranjero de conformidad con el art. 4 de la LOExIS. De conformidad con esta nueva función, la Ley Orgánica 14/2003 suprime la conocida «exención de visado» (que se había convertido, en la práctica, en una forma de regularización individualizada), al ser ahora el propio visado el documento que permite la permanencia (estancia o residencia) legal en España. Siguen existiendo, no obstante, causas o circunstancias en virtud de las cuales puede obtenerse una autorización de residencia cuando el/la extranje-

ro/-a se encuentra en territorio español de forma irregular, de conformidad con el nuevo artículo 31, 3.º de la LOExIS (que desarrollan los arts. 45 y ss. del RELOExIS), que se analiza de forma detenida en el Capítulo Cuarto, en particular, las nuevas modalidades de «arraigo».

Los Capítulos tercero, quinto y sexto tratan ya la dimensión de la inmigración con respecto al mercado de trabajo español, dado que los procesos de regularización que han tenido lugar en nuestro país, el último de los cuales se ha desarrollado con motivo de la entrada en vigor del Reglamento de la LOExIS, siempre han estado relacionados con este supuesto, estos, con la realización por parte del extranjero/-a de una actividad laboral, con independencia de otros requisitos adicionales, en particular, de permanencia en territorio español. Se propone una regularización permanente «*en consonancia con la situación nacional de empleo*» como manera flexible de evitar la irregularidad (p. 106). El Capítulo V analiza el contenido de los convenios bilaterales suscritos entre España y los países de procedencia de las personas inmigrantes, que revela en ocasiones –como es el caso del Acuerdo con Maruecos– que su aplicación está supeditada a las relaciones políticas que mantengan ambos Estados en un concreto momento. La utilización de tales acuerdos está directamente relacionada con la contratación a través de la vía del contingente anual de autorizaciones (art. 39 de la LOExIS, redactado por la Ley Orgánica 14/2003), que ha de cubrir las ofertas de empleo por sectores de actividad (bien sean genéricas o nominativas) en cada una de las provincias, previa determinación por el Servicio Público estatal de empleo y por los Servicios de Empleo autonómicos y previa consulta a la nueva Comisión Laboral Tripartita de Inmigración (véase Cap. VI).

El Capítulo VII aborda la principal modificación introducida por la Ley Orgánica 14/2003 en el ámbito de los derechos de los/-as trabajadores/-as extranjeros/-as, que ha tenido lugar, al reconocer ahora el art. 36, 3.º de la LOExIS también las prestaciones de Seguridad social que correspondan a la persona que trabaja sin la pertinente autorización adminis-

trativa para ello. Esta reforma incide nuevamente en la línea ya comenzada por el legislador español con la Ley Orgánica 4/2000, de dotar de protección laboral al trabajador extranjero que no cuenta con la autorización administrativa, que no bastó en aquel momento dada la reticencia del Instituto Nacional de la Seguridad Social para reconocer tales prestaciones de Seguridad social a los/-as extranjeros, cuyos empresarios/-as no habían cotizado por ellos durante la realización de la actividad laboral.

El extenso Capítulo VIII aborda el régimen sancionador de extranjería, en el que tiene cabida no sólo la dimensión administrativa (en particular, la expulsión con motivo de la infracción de la normativa de extranjería) sino también la penal (esto es, la expulsión ordenada por el Juez de lo Penal cuando el extranjero/-a ha sido inculcado o está procesado) así como las infracciones y sanciones en el orden laboral. El régimen actual es el resultado de la modificación operada por la Ley Orgánica 11/2003, que según los autores tiene una clara finalidad represiva. Concretamente, se analizan los nuevos supuestos de expulsión judicial que contempla esta norma, en particular, por el Juez Penal, cuando se trata de extranjeros/-as que no tienen residencia legal en España y han sido condenados (art. 89 del Código Penal) o inculcados (art. 57, 7.º de la LOExIS) en delitos sancionados con pena de prisión de libertad superior a seis años. También se da detenida cuenta de los delitos de mutilación genital femenina (art. 149, 2.º del CP) y de inmigración clandestina (art. 318 bis del C.P.). Y el Cap. IX recoge otras novedades introducidas por la Ley Orgánica 14/2003, en particular, la modificación de la Ley 3/1991, de Competencia Desleal, que contempla como comportamiento o conducta desleal la contratación de extranjeros/-as sin autorización administrativa; la polémica autorización a la Dirección General de Policía de acceso a los datos del padrón y la atribución a las compañías de transporte de la obligación de control de la documentación de extranjeros, entre otras. También conviene llamar la atención sobre el art. 4 de la Ley Orgánica 14/2003, que incorpora una nueva Disp. Adic. decimo-

novena en la Ley 30/1992 de Procedimiento administrativo común, que pretende «convertir» a la LOExIS en ley especial frente a la citada LPA.

Hay que destacar de esta obra muy especialmente la atención que presta a la relación (cada vez más visible e intensa) entre el ordenamiento de extranjería e inmigración y el sistema español de Derecho internacional privado (en adelante, DIPr), que se manifiesta de forma clara, por ejemplo, en el caso de la reunificación familiar, dado que el derecho que reconoce la LOExIS al extranjero/-a requiere necesariamente la homologación de las situaciones y actos referidos al estado civil constituidos por autoridades extranjeras (pp. 49 y ss.). Para concluir, esta monografía

es el resultado de un trabajo encomiable por dos motivos: en primer lugar, por la complejidad, que es —además— signo de valentía, en un momento en el que es cada vez más difícil abarcar el régimen jurídico completo de la situación de las personas de nacionalidad extranjera y condición inmigrante en nuestro país (y en el territorio comunitario). Y, en segundo extremo, porque incorpora elementos para dar cuenta no sólo de los principales aspectos de la regulación, sino también de los hitos más significativos de carácter político y social que han tenido lugar desde la derogación de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de junio hasta la actualidad.

Gloria ESTEBAN DE LA ROSA

VACAS MARTÍNEZ, F., *El régimen jurídico del uso de la fuerza por parte de las operaciones de mantenimiento de la paz de Naciones Unidas*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, 328 pp.

Sin duda las operaciones de mantenimiento de la paz de Naciones Unidas (en lo sucesivo, OMP) merecen la atención de la doctrina; de hecho, en los tiempos que corren, empantanadas las «guerras liberales» de los «democráticos señores» —en expresión de A. Remiro— su establecimiento y desarrollo constituyen aún la única alternativa creíble para la estabilización y la superación de los conflictos: de ahí que sea de agradecer la aparición de una nueva monografía sobre el tema que viene a sumarse a un rico conjunto de aportaciones de nuestra literatura científica.

El autor vuelve a un sector que conoce bien como prueba una anterior publicación suya (*Las operaciones de mantenimiento de la paz de Naciones Unidas y el principio de no intervención. Un estudio sobre el consentimiento del Estado anfitrión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003). En esta ocasión centra su trabajo en el análisis del régimen jurídico del uso de la fuerza por parte de los contingentes participantes en las OMP, toda vez que como advierte el autor el sector normativo del uso de la fuerza resulta lógicamente aplicable a la organización mundial puesto que las reglas

sobre el particular, aunque dirigidas inicialmente a los Estados, obligan hoy al conjunto de la comunidad internacional y naturalmente a la propia organización —y dentro de ella al Consejo de Seguridad cuya actuación debe de verificarse de conformidad con los propósitos y principios de las Naciones Unidas (art. 24.2 de la Carta de las NU)—. Por otro lado, se sostiene que las restricciones que imprime este sector normativo al eventual uso de fuerza por parte de las OMP no se ve enervado por la circunstancia de la naturaleza usualmente consensual de dichas operaciones dado que al tratarse de conductas afectadas por la vigencia de una norma imperativa de Derecho internacional general, el consentimiento del Estado anfitrión no posee virtualidad ninguna. Conviene advertir que semejante interpretación encuentra, como se sabe, detractores entre significativos autores que excluyen tal limitación como inconsistente con el monopolio del uso de la fuerza que a la Organización atribuye la propia Carta; bien es cierto que en la obra se expone una línea argumental convincente que repara en la naturaleza procedimental y material de la

prohibición del uso de la fuerza de la que deduce aquella consecuencia.

El análisis se centra luego en la consideración de las diferentes manifestaciones del uso de la fuerza admisibles: las acciones en legítima defensa y el uso coercitivo de la fuerza armada. En relación con la primera, dimensión conocida desde antiguo, se destaca, de un lado, que su fundamento paradójicamente no se encuentra en la disposición contenida en el art. 51 de la Carta –dada la imposibilidad de interpretar analógicamente una excepción conferida a los Estados, pero no a las OMP– sino en el Derecho internacional general; de otro, que su ejercicio se supedita a la necesaria observancia del presupuesto defensivo –el ataque armado previo, excluyendo por consiguiente toda veleidad de carácter preventivo– aunque dadas las particularidades inherentes al contexto en que se desarrollan habitualmente las OMP –los conflictos armados internos– y dado el marco normativo de referencia –el Derecho internacional consuetudinario– semejante exigencia no hace necesaria la consabida implicación estatal requerida en el ámbito del artículo 51 de la Carta, siendo pues irrelevante la autoría del ataque siempre y cuando se constate su existencia.

Más relieve posee el examen que se dedica al uso coercitivo de la fuerza en las operaciones de mantenimiento de la paz toda vez que se holla aquí el cenagoso terreno del *peace enforcing*. De hecho, la propia sistemática acogida por el autor al diferenciar el tratamiento jurídico de estas operaciones busca deslindar claramente lo que a su juicio debería ser objeto de un tratamiento en todo caso diferenciado –operaciones de naturaleza coercitiva y operaciones de naturaleza consensual– pues, a su juicio, no resulta aceptable desde la óptica jurídica, ni oportuno desde la perspectiva política, ni tan siquiera eficaz, el confundir ambos tipos de operaciones como de forma patente ha revelado la práctica. De hecho el análisis de los supuestos registrados en el pasado –centrados en el examen del despliegue de UNPROFOR y ONUSOM– revela que pese a su diferente concepción los errores que han lastrado el desarrollo de estas misiones han sido en bue-

na medida semejantes y se han derivado de las limitaciones impuestas al desempeño de su pretendida misión coercitiva –inspiradas en una ingenua expectativa de cooperación con las facciones en lucha–, planteando a la postre contradicciones, equilibrios imposibles y decisiones a medias que –amén de absurdas en el plano teórico– abocaron a un desastre sobre el terreno. De ahí, concluye el autor, el que la práctica posterior a 1999 haya encuadrado ya inequívocamente el grueso de tales operaciones en el marco de las medidas previstas en el Capítulo VII de la Carta, deslindando claramente su actividades de las desarrolladas tradicionalmente en el marco de las OMP, habilitando a sus contingentes para utilizar la fuerza armada más allá de la legítima defensa. Este conjunto de rasgos, que diferencian nítidamente a estas operaciones de manifestaciones precedentes, llevan incluso al autor a plantearse si acaso la terminología OMP no resultará ya inadecuada para inscribir tales expresiones.

Finalmente el estudio concluye abordando los límites que tanto la Carta como el Derecho internacional general imponen a la conducción de las operaciones de mantenimiento de la paz que implican el uso de la fuerza armada (necesidad, inmediatez y proporcionalidad), así como las limitaciones que se derivan de la aplicación de las normas del Derecho internacional humanitario; en este punto, el análisis –que pasa revista a las diferentes OMP desarrolladas– no se ciñe sólo a considerar la observancia de aquéllas durante el desarrollo de las mismas sino que concluye abordando la hipotética sanción de sus infracciones merced a la competencia eventualmente reconocida a la Corte Penal Internacional para el procesamiento de los miembros de dichas operaciones pues como se recuerda oportunamente el régimen jurídico analizado no sería rigurosamente tal si no se garantiza la aplicación efectiva de las normas en él contenidas. Lamentablemente, en este punto el análisis se detiene en la polémica –ya superada– de las Resoluciones 1422 (2002) y 1487 (2003) del Consejo de Seguridad en relación con la inmunidad de los funcionarios y personal estadounidense participante en dichas

operaciones, dando por hecho que, franqueado este incidente, la sanción efectiva de posibles infracciones contará con el apoyo inequívoco de las jurisdicciones penales de los Estados de origen de los contingentes participantes en las OMP, algo que, nos tememos, está por ver.

En todo caso, ello no empaña un estudio medido, correcto, oportuno y de lectura recomendable más allá del ámbito académico en un momento en que la reciente Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa

Nacional (*BOE*, núm. 276, 18 de noviembre de 2005) impone a nuestras Fuerzas Armadas en misión en el exterior –incluidas obviamente las participantes en el marco de las OMP– la necesidad de ajustar su conducta a la «Carta de las Naciones Unidas» –y, sin duda, a sus desarrollos conexos– haciendo absolutamente necesario el conocimiento de este nuevo marco normativo que con amenidad se describe en la obra comentada.

Javier A. GONZÁLEZ VEGA



## B) LIBROS RECIBIDOS

- ABELLÁN HONRUBIA, V., (Dir.); PONS RAFOLS, X.; SAURA ESTAPÀ, J. (Coords.), *Nocions bàsiques de Dret Internacional Public per a les diplomatures de Ciències Empresarials i de Gestió i Administració Pública*, 2.<sup>a</sup> ed., Universitat de Barcelona, Barcelona, 2005, 338 pp.
- ACOSTA ALVARADO, P. A., *La persona ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Facultad de Derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, 114 pp.
- ARENAS HIDALGO, N., *El sistema de protección temporal de desplazados en la Europa comunitaria*, Universidad de Huelva, Huelva, 2005, 394 pp.
- CATALDI, G.; PAPA, A. (dir.), *Formazione del diritto comunitario e internazionale e sua applicazione interna. Il ruolo delle Regioni e dello Stato nelle esperienze italiana e spagnola*, Editoriale Scientifica, Nápolés, 2005, 366 pp.
- CUADRADO-ROURA, J. R.; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, M.<sup>a</sup> T. (Coords.), *El área de libre comercio euromediterránea. Hitos conseguidos y perspectivas futuras/The Euro-Mediterranean Free-Trade Area*, Marcial Pons, Madrid, 2005, 296 pp.
- *El Derecho Internacional: normas, hechos y valores. Liber amicorum José Antonio Pastor Ridruejo*. Comité organizador: Lucius Cafilish, Romualdo Bermejo García, Javier Díez-Hochleitner, Cesáreo Gutiérrez Espada. Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 2005, 727 pp.
- ESCUADERO ALDAY, R. (Ed.), *Los derechos a la sombra del Muro. Un castigo más para el pueblo palestino*, Catarata, Madrid, 2006, 234 pp.
- FORLATI, S., *Diritto dei trattati e responsabilità internazionale*, Dott. A. Guffrè Editore, Milano, 2005, 202 pp.
- GALERA RODRIGO, S., *Sistema europeo de justicia administrativa, Instituto de Estudios Jurídicos Internacionales*, Madrid, 2005, 272 pp.
- GARCÍA GARCÍA-REVILLO, M., *El Tribunal Internacional de Derecho del Mar. Origen, organización y competencia*, Biblioteca Diplomática Española, Servicio de Publicaciones. Universidad de Córdoba, Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, Córdoba, 2005, 692 pp.
- GARCÍA SEGURA, C. y VILARIÑO PINTOS, E. (Coords.), *Comunidad internacional y Sociedad internacional. Después del 11 de septiembre de 2001*, Fundación Gernika Gogoratz, Munduan Paz y Desarrollo, Gernika, 2005, 194 pp.

- GONZÁLEZ GARCÍA, I., *Naciones Unidas y la coordinación para el desarrollo*, Madrid, Dykinson-ANUE, 2005, 364 pp.
- GÜELL PERIS, S., *Conflictos armados internos y aplicabilidad del Derecho Internacional Humanitario*, Instituto de Estudios Europeos de la Universidad San Pablo-CEU, Dykinson, Madrid, 2005, 360 pp.
- JIMÉNEZ GARCÍA, F., *La internacionalidad de la Santa Sede y la constitucionalidad de sus acuerdos con España*, Dilex, Madrid, 2006, 232 pp.
- LÁZARO CALVO, T., *Derecho internacional del medio ambiente*, Atelier, Barcelona, 2005, 448 pp.
- LOZANO BARTOLOZZI, P., *El tsunami informativo. Panorama comunicativo del siglo XXI*, Eunsa, Villatuerta, 2006, 252 pp.
- MARTÍN ARRIBAS, J. J. (coord.), *La asociación estratégica entre la Unión Europea y América Latina*, Catarata, Madrid, 2006, 384 pp.
- MARTÍNEZ PÉREZ, E. J. (Coord.), *La adaptación de los Organismos de Cooperación Transfronteriza por las Comunidades Autónomas/A adaptação dos Organismos de Cooperaçao Transfronteiriça pelas Comunidades Autónomas*, Junta de Castilla y León, Valladolid, 2006, 216 pp./212 pp.
- MARTÍNEZ PUÑAL, A., *El sistema institucional del Mercosur: de la intergubernamentalidad hacia la supranacionalidad*, Tórculo, Santiago de Compostela, 2005, 583 pp.
- MELERO ALONSO, E., *La declaración de guerra en el ordenamiento jurídico español (un mecanismo para el control jurídico de la participación del Estado español en conflictos armados)*, Dykinson, Madrid, 2006, 242 pp.
- MONSERRAT, J., *Hacia un Nuevo Mundo. Filosofía política del protagonismo histórico emergente de la sociedad civil*. Universidad Pontificia Comillas. Madrid, 2005. 355 pp.
- PONS RAFOLS, X. (Coord.), *España y la ONU: 50º aniversario*, Asociación para las Naciones Unidas en España, Icaria, Barcelona, 2005, 408 pp.
- RAIMONDO, F., *Corte Internacional de Justicia, derecho internacional humanitario y crimen internacional de genocidio*, Estudios del Puerto, Buenos Aires, 2005, 116 pp.
- RUBIO LLORENTE, F.; ÁLVAREZ JUNCO, J. (Eds.), *El informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional. Texto del informe y debates académicos*, Consejo de Estado, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, 936 pp.
- SÁNCHEZ, V. M., *La potestad coercitiva de las organizaciones regionales para el mantenimiento de la paz. Medidas que no implican el uso de la fuerza armada*, Bosch, Barcelona, 2005, 894 pp.
- SANDS, P., *Lawless world. America and the making and breaking of Global Rules*, Allen Lane and Penguin Books, London, 2005, 352 pp.
- SANZ CABALLERO, S., *La familia en perspectiva internacional y europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, 398 pp.
- VACAS MARTÍNEZ, F., *El régimen jurídico del uso de la fuerza por parte de las operaciones de mantenimiento de la paz de Naciones Unidas*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, 328 pp.
- VV. AA.: *O Direito e a cooperação Ibérica II*, Ed. Campo das Letras, Guarda, 2006, 312 pp.





