REVISTA ESPAÑOLA

DE

DERECHO INTERNACIONAL

VOL. LXIV-2012
NÚM. 1
ENERO-JUNIO

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE PROFESORES DE DERECHO INTERNACIONAL
Y RELACIONES INTERNACIONALES

—

MARCIAL PONS

MADRID-2012

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO INTERNACIONAL

DIRECTORA

Alegría Borrás
Universidad de Barcelona

CONSEJO DE REDACCIÓN

Francisco Aldecoa Luzurraga
Universidad Complutense de Madrid

Romualdo Bermejo García
Universidad de León

Jorge Cardona Llorens
Universidad de Valencia

Javier Díez Hochleitner
Universidad Autónoma de Madrid

Joquim J. Forner Delaygua
Universidad de Barcelona

Caterina García Segura
Universidad Pompeu Fabra de Barcelona

Fernando Mariño Menéndez
Universidad Carlos III de Madrid

Elena Zabalo Escudero
Universidad de Zaragoza

CONSEJO ASESOR

Paz Andrés Sáenz de Santa María
Universidad de Oviedo

Celestino del Arenal Moyúa
Universidad Complutense de Madrid

Antonio A. Cançado Trindade
Universidad de Brasilia

Juan Antonio Carrillo Salcedo
Universidad de Sevilla

José Carlos Fernández Rozas
Universidad Complutense de Madrid

José Antonio Pastor Ridruejo
Universidad Complutense de Madrid

Elisa Pérez Vera
Universidad Nacional de Educación a Distancia

Fausto Pocar
Universidad de Milán

Gil Carlos Rodríguez Iglesias
Universidad Complutense de Madrid

Linda Silberman
New York University

Christian Tomuschat
Humboldt Universitat

Tullio R. Treves
Universidad de Milán

SECRETARÍA DE LA REVISTA

Antonio Pastor Palomar
Universidad Rey Juan Carlos de Madrid

Redactores
Rosa Ana Alija Fernández - Milagros Álvarez Verdugo - María Álvarez Torné - Georgina Garriga Suau - Laura Huici Sancho

Suscripciones

MARCIAL PONS
San Sotero, 6 - 28037 Madrid
Tel.: (91) 304 33 03 - Fax: (91) 327 23 67
revistas@marcialpons.es

SUMARIO/CONTENTS/SOMMAIRE

Pág.

I. ESTUDIOS/STUDIES/ÉTUDES

ARP, B., *La integración de los derechos humanos en la labor del Banco Mundial: el caso del* Ombudsman *y asesor en materia de observancia* 11
— The integration of human rights in the work of the World Bank: the Compliance Advisor/Ombudsman
— L'intégration des droits de l'homme dans le travail de la Banque Mondiale: le cas de l'Ombudsman et Conseiller en matière d'observance

CARBALLO PIÑEIRO, L., *Acción pauliana e integración europea: una propuesta de ley aplicable* 43
— *Actio pauliana* and European integration: a proposal regarding applicable law
— Action paulienne e intégration européenne: une proposition de loi applicable

MARRERO ROCHA, I., *Los actores internacionales en el ámbito de la no proliferación y el desarme nuclear: características e impacto* 73
— International stakeholders in the area of non-proliferation and nuclear disarmament: characteristics and impact
— Les acteurs internationaux dans le domaine de la non prolifération et du désarmement nucléaire: caractéristiques et impact

MORÁN BLANCO, S., *El largo camino de la protección medioambiental y la lucha contra el cambio climático* 103
— The long road of environmental protection and the fight against climate change
— Le long chemin de la protection environnementale et la lutte contre le changement climatique

Pág.

II. JURISPRUDENCIA/CASE LAW/JURISPRUDENCE

A) *Jurisprudencia en materia de Derecho internacional público* 133
Jurisprudence in Matters of Public International Law
Jurisprudence en matière de Droit international public

B) *Jurisprudencia española y comunitaria de Derecho internacional privado* 173
Spanish and Community Jurisprudence of Private International Law
Jurisprudence espagnole et communautaire de Droit international privé

III. INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN/INFORMATION AND DOCUMENTATION/INFORMATION ET DOCUMENTATION

A) *Derecho internacional público* 229
Public International Law
Droit international public

1. *Las recientes propuestas de revisión de la política europea de vecindad,* por Antonio Blanc Altemir 229
2. *La admisión por la Conferencia General de la UNESCO de Palestina como Estado miembro de la Organización: reacciones y consecuencias jurídicas a la luz de la actual estrategia palestina de búsqueda del reconocimiento internacional,* por Beatriz Barreiro Carril 233
3. *La protección de las inversiones españolas y las economías emergentes: el APPRI con Vietnam,* por Francisco José Pascual Vives 237
4. *Los derechos humanos como límite a la voluntad popular: el caso* Gelman, por Florabel Quispe Remón 243

B) *Derecho internacional privado* 249
Private International Law
Droit international privé

1. *XXI Reunión del Grupo Europeo de Derecho Internacional Privado (GEDIP), Bruselas, 16-18 de septiembre de 2011,* por Alegría Borrás y Francisco J. Garcimartín 249
2. *Conmemoración del 50.º aniversario del Convenio apostilla (París, 4-5 de octubre de 2011),* por Alegría Borrás 252
3. *Un final ¿feliz? [En torno a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo contencioso-administrativo) de 11 de noviembre de 2010],* por Alegría Borrás ... 254
4. *Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, celebrada en Nueva York el 2 de diciembre de 2004,* por Paula Paradela Areán 257
5. *Nuevos Reglamentos comunitarios y su impacto en el Derecho catalán (Universidad Abat Oliba CEU, 30 de junio – 1 de julio de 2011),* por Verona Tió Pérez-Albert 259
6. *Introducción a la nueva ley polaca de Derecho Internacional Privado, de 4 de febrero de 2011 (seguida del texto de la ley traducido al inglés),* por Tomasz Pajor 263

Pág.

IV. BIBLIOGRAFÍA/BIBLIOGRAPHY/BIBLIOGRAPHIE

A) *Recensiones* 287
Book reviews
Recensions

ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., *Sistema de Derecho Internacional Público,* por Carlos Jiménez Piernas 287

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Conflicto de leyes y teoría económica,* por Pilar Blanco-Morales Limones 289

CERVELL HORTAL, M. J., *Naciones Unidas, Derecho Internacional y Darfur,* por Xavier Pons Ràfols 292

COMBALIA, Z.; DIAGO DIAGO, M. P., y GONZÁLEZ-VARAS, A. (coords.), *Derecho Islámico e Interculturalidad,* por María Asunción Asín Cabrera 295

FALLON, M.; KINSCH, P., y KOHLER, Ch. (eds.), *Le droit international privé européen en construction. Vingt ans de travaux du GEDIP/ Building European Private International Law. Twenty Years' work by GEDIP,* por Guillermo Palao Moreno 297

FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C., y MAYORDOMO RODRIGO, V., *Código de normas internacionales relativas a las víctimas,* por Valentín Bou Franch 299

FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C., *El Derecho Internacional de las víctimas,* por Valentín Bou Franch 300

PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales,* por Fernando M. Mariño Menéndez 302

SERENO ROSADO, A., *Ríos que nos separan, aguas que unen. Análisis jurídico de los Convenios Hispano-Lusos sobre aguas internacionales,* por Sergio Salinas Arcega 303

SOTILLO, J. Á., *El sistema de cooperación para el desarrollo. Actores, formas y procesos,* por Matilde Pérez Herranz 307

VACAS FERNÁNDEZ, F., *El terrorismo como crimen internacional: Definición, naturaleza y consecuencias jurídicas internacionales para las personas,* por Cástor Miguel Díaz Barrado 310

B) *Libros recibidos* 313
Books received
Livres reçus

I. ESTUDIOS

LA INTEGRACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA LABOR DEL BANCO MUNDIAL: EL CASO DEL *OMBUDSMAN* Y ASESOR EN MATERIA DE OBSERVANCIA*

Björn Arp
Profesor Ayudante Doctor de Derecho Internacional Público
y Relaciones Internacionales
Universidad de Alcalá

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. ASPECTOS NORMATIVOS E INSTITUCIONALES DEL CAO.—2.1. Las reglas aplicadas por el CAO.—2.1.1. La competencia de la CFI y MIGA para adoptar normas sociales y medioambientales.—2.1.2. De las políticas de salvaguardia a las normas de desempeño.—2.2. Origen y estatuto actual del CAO.—2.3. La interpretación de su mandato por el CAO.—2.3.1. Función de *ombudsman*.—*a)* La presentación de la reclamación.—*b)* La fase de admisibilidad.—*c)* La fase de tramitación sobre el fondo de la reclamación.—*d)* La terminación del procedimiento.—2.3.2. Función de cumplimiento.—2.3.3. Función de asesoramiento.—3. LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS SOCIALES Y MEDIOAMBIENTALES POR EL CAO.—3.1. La protección de los pueblos indígenas.—3.1.1. La consulta libre, previa e informada.—3.1.2. Otros derechos de los indígenas: el uso del idioma y el respeto de los lugares sagrados.—3.2. El reasentamiento de poblaciones.—3.3. El derecho a la seguridad de la persona.—3.4. El derecho a la salud.—3.5. Los derechos laborales.—4. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

A partir de 1993, los bancos internacionales de desarrollo (BMD) han establecido mecanismos para solucionar conflictos entre los proyectos por ellos

* El presente trabajo ha sido realizado en el contexto del proyecto de investigación sobre «La protección de las inversiones exteriores españolas en materia de energía» (Ref. DER2008/04174/JURI) del Ministerio de Ciencia e Innovación de España. Quisiera agradecer la ayuda recibida del personal de la Oficina del Asesor en Materia de Cumplimiento (CAO), en particular Henrik Linders, así como del Profesor David Hunter, de la Facultad de Derecho de la American University, Washington, D. C.

financiados y las personas afectadas adversamente por dichos proyectos. Estos mecanismos aplican reglas sociales y medioambientales establecidas por los propios BMD. El presente estudio se centra en la práctica del *Ombudsman* y Asesor en Materia de Observancia (CAO) [1] de la Corporación Financiera Internacional (CFI) [2] y de la Agencia Multilateral de Garantía de Inversiones (MIGA) [3] cuando se hayan producido violaciones de normas internacionales de protección de los derechos humanos.

El análisis de la práctica del CAO en relación con la CFI y MIGA puede aclarar hasta qué punto dichas instituciones cumplen sus obligaciones internacionales, y si la existencia de un mecanismo de control como el CAO contribuye a mejorar el rendimiento de estas instituciones. Debe tenerse en cuenta que la propia CFI reconoce que, en el año 2008, el 25 por 100 de sus proyectos no han alcanzado objetivos de desarrollo económico en los Estados de inversión [4]. Sigue siendo, por tanto, un alto porcentaje de casos que, no solo no avanzan los objetivos de las instituciones financieras, sino que potencialmente pueden causar perjuicio a las personas afectadas por la realización de estos proyectos. Esta situación suscita la pregunta de si la aplicación de las reglas propias de la CFI y MIGA sobre sostenibilidad social y medioambiental conduce a resultados compatibles con las normas internacionales generales en estas mismas materias.

Para analizar la aplicación de este sector del ordenamiento internacional, el estudio se articula en dos partes. La primera parte (apartado 2) se ocupa del CAO como mecanismo institucionalizado que aplica reglas internacionales. Se identifican las reglas que aplica el CAO en el cumplimiento de sus funciones, y se exponen las características esenciales de los procedimientos seguidos por el CAO para solucionar las controversias y para determinar en qué aspectos la CFI o MIGA no han aplicado sus reglas con la debida diligencia.

La segunda parte (apartado 3) analiza la práctica del CAO en el ámbito social y medioambiental, poniendo especial atención en los derechos humanos protegidos por este mecanismo. Solo se analizan las cuestiones relacionadas con el medio ambiente allí donde se presente una conexión directa con los

---

[1] Utilizamos la abreviatura CAO en este trabajo porque también la propia institución la emplea en sus documentos adoptados en lengua española. La abreviatura CAO se compone de las letras con las que comienza el nombre inglés de la institución («Compliance Advisor/*Ombudsman*»).

[2] La CFI forma parte del Grupo del Banco Mundial y su función es prestar dinero a empresas que realizan proyectos de inversión extranjera dirigidos hacia el desarrollo económico. El tratado constitutivo de la CFI fue adoptado el 5 de diciembre de 1955, y entró en vigor en España el 24 de marzo de 1960, *BOE* núm. 306, de 23 de diciembre de 1981. La versión consolidada es de 28 de abril de 1993, disponible en *http://www.ifc.org*.

[3] MIGA forma parte del Grupo del Banco Mundial y su función es garantizar inversiones extranjeras para proyectos de empresas privadas dirigidos hacia el desarrollo económico. El tratado constitutivo de MIGA fue adoptado el 11 de octubre de 1985 y entró en vigor el 12 de abril de 1988; publicado en España en el *BOE* núm. 59, de 9 de marzo de 1988. Utilizaremos la abreviatura inglesa MIGA («Multilateral Investment Guarantee Agency») por conveniencia, puesto que generalmente se le denomina así también en español.

[4] Cfr. Independent Evaluation Group, «Independent Evaluation of IFC's Development Results 2008: IFC's Additionality in Supporting Private Sector Development», IFC, Washington D. C., 2008, p. xiii.

derechos humanos. Se pretende responder a la cuestión de cómo estos se integran en la labor del Banco Mundial a través del CAO.

2. ASPECTOS NORMATIVOS E INSTITUCIONALES DEL CAO

2.1. Las reglas aplicadas por el CAO

2.1.1. *La competencia de la CFI y MIGA para adoptar normas sociales y medioambientales*

Los estatutos de la CFI y MIGA no hacen referencia a cuestiones sociales o medioambientales. Es más, el estatuto de la CFI contiene una cláusula que en principio le prohibiría tomar en consideración cualquier aspecto que no sea económico:

> «Sección 9. *Prohibición de actividad política.* La Corporación y sus funcionarios no podrán intervenir en los asuntos políticos de ningún miembro, y la índole política del miembro o miembros en cuestión no deberá influir en sus decisiones. Al tomar sus decisiones, la Corporación sólo tendrá en cuenta consideraciones de orden económico, y estas consideraciones se pesarán imparcialmente a los efectos de lograr los objetivos establecidos en este Convenio» [5].

Esta cláusula es muy similar a la que se recoge en el art. IV, sección 10, del Tratado constitutivo del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF) [6], que también veda cualquier injerencia en los asuntos políticos de sus miembros. Dada la vinculación institucional entre la CFI y BIRF, la práctica del BIRF en relación con esta cláusula puede explicar también la interpretación del estatuto de la CFI.

En el caso de MIGA, la competencia para la concesión de garantías está delimitada en el art. 12.*d)* de su estatuto:

> «Al garantizar una inversión, el Organismo deberá estar satisfecho de lo siguiente:
>
> i) La solvencia económica de la inversión y su contribución al desarrollo del país receptor.
>
> ii) La juridicidad de la inversión conforme a las leyes y reglamentos del país receptor.
>
> iii) La armonía de la inversión con los objetivos y prioridades declarados por el país receptor, y
>
> iv) Las condiciones para las inversiones en el país receptor, con inclusión de la disponibilidad de trato justo y equitativo y protección legal para la inversión» [7].

---

[5] Véase *supra*, nota 2.

[6] Acuerdo constitutivo del BIRF, entrado en vigor el 27 de diciembre de 1945, ratificado por España el 4 de julio de 1952, *BOE* núm. 164, de 10 de julio de 1958; modificado el 17 de diciembre de 1945, *BOE* núm. 304, de 21 de diciembre de 1981. Se han producido posteriormente aumentos de capital, en 1987 y 2010, que no son relevantes para el presente estudio jurídico sobre el Banco.

[7] Véase *supra*, nota 3.

La aparente falta de competencia para tomar en cuenta los derechos humanos y el medio ambiente desencadenó amplia discusión sobre la forma de expandir este tenor restrictivo. Al principio de su existencia, el Banco Mundial opinaba que no tenía competencia para aplicar normas de derechos humanos [8]. Con el paso de los años, su concepción se flexibilizó y se comenzó a integrar los derechos humanos en el trabajo del Banco [9]. Esta evolución fue apoyada por la doctrina iusinternacionalista [10] y coincidió con el momento en que el «Consenso de Washington» [11] sobre el liberalismo económico adquiría vigencia universal, una vez que desapareció el enfrentamiento bipolar a nivel global [12]. Un factor relevante para esta evolución fue que el cambio contaba

[8] A principios de los años cincuenta del siglo XX, cuando se elaboraba el texto del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, tanto el BIRF como el FMI rechazaron la invitación para participar en las sesiones porque consideraban que la materia de los derechos económicos, sociales y culturales no formaba parte de sus competencias; cfr. GIANVITI, F., «Economic, Social and Cultural Human Rights and the International Monetary Fund», en ALSTON, Ph. (ed.), *Non-State Actors and Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2005, pp. 113-138, p. 115.

[9] A partir de los años ochenta esta estricta concepción comenzó a abrirse, admitiéndose que puede haber consideraciones «relevantes» que lleven a tomar en cuenta aspectos de naturaleza política. Véase para ello SHIHATA, I. F. I., «Environment, Economic Development, and Human Rights: A Triangular Relationship?», *Am. Soc'y Int'l L. Proc*, vol. 82, 1988, pp. 42-43. Véase, además, el comentario de SHIHATA, I. F. I., «The World Bank and Human Rights», *International Commission of Jurists. Report on Regional Seminar on Economics, Social and Cultural Rights*, Abidjan, 1998, publicado en 1999, en particular p. 145. En este lugar, Shihata, entonces vicepresidente y consejero general del Banco Mundial, afirmaba que la Carta de las Naciones Unidas no obligaba al Banco, en tanto institución financiera, a adoptar el rol de reformador político o ético de sus miembros, lo que sí se produciría si estuviera activo en materia de derechos humanos.

[10] Diversa doctrina opinaba que el Grupo del Banco Mundial estuviera vinculado por las normas internacionales generales sobre derechos humanos. Algunos autores han analizado la cuestión desde el punto de vista de la teoría general de las OI, llegando a la conclusión de que no existe ningún obstáculo jurídico por el que el Grupo del Banco Mundial se vea obligado por las normas de derechos humanos; véase ABAD CASTELOS, M., «La sociedad de la globalización y la necesidad de reorientar jurídicamente el sistema internacional: subdesarrollo, instituciones financieras, compañías multinacionales, Estado, derechos humanos y otras claves», en *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. III, 2001, pp. 29-82, p. 56. Más en general, puede señalarse que la doctrina se expresó favorablemente sobre la aplicación del DI de los derechos humanos por parte del Banco Mundial cuando se adoptaron los Principios de Tilburg (*Tilburg Guiding Principles on World Bank, IMF and Human Rights*), por un grupo de expertos en la Universidad de Tilburg (Países Bajos) en sendas reuniones en octubre de 2001 y abril de 2002. Entre los estudios individuales, destacan RIGO SUREDA, A., «The Law Applicable to the Activities of International Development Banks», *RdC*, t. 308, 2004, pp. 9-252, en particular p. 218, párr. 515; DARROW, M., *Between Light and Shadow. The World Bank, The International Monetary Fund and International Human Rights Law*, Oxford, Hart, 2003, pp. 122-123; SKOGLY, S., *The Human Rights Obligations of the World Bank and the International Monetary Fund*, Londres, Cavendish Publishing, 2001, pp. 108-109; MCNEILL, D., y LERA ST. CLAIR, A., *Global Poverty, Ethics and Human Rights: the Role of Multilateral Organizations*, Londres/Nueva York, Routledge, 2009, pp. 105-110.

[11] El «Consenso de Washington» se refiere a las recomendaciones mínimas que las instituciones financieras establecidas en Washington D. C. dirigían a los Estados latinoamericanos. Estas recomendaciones consistían en la disciplina fiscal, reordenación de los gastos públicos hacia materias con efectos más redistributivos (educación, salud, etc.), reforma fiscal para reducir las tasas marginales y aumentar la base fiscal, liberalización de los tipos de interés, un tipo de cambio competitivo, liberalización comercial, liberalización de flujos de inversión extranjera, privatización, reducción de barreras regulatorias y garantías para la propiedad privada; cfr. TAUSCH, A., *From the «Washington» Towards a «Vienna Consensus»?*, Hauppauge, Nueva York, Nova Publishers, 2007, p. 1.

[12] Un factor muy relevante que llevó al cambio de política del Grupo del Banco Mundial fueron las presiones de las ONG de Desarrollo en el Congreso de los Estados Unidos, donde se logró la adopción de una ley que condicionaba la actuación del representante norteamericano en la Junta de Goberna-

con la aquiescencia de los Estados miembros con mayor participación en el capital del Banco Mundial [13].

A partir de 1998 se ha producido gradualmente el reconocimiento expreso de los derechos humanos y de consideraciones medioambientales en la labor del Grupo del Banco Mundial. Al principio se adoptó la posición según la cual una acción directa del Grupo del Banco Mundial en esta materia excedía de su competencia como institución de desarrollo, pero que la acción del Banco Mundial podía contribuir indirectamente a mejorar la situación de los derechos humanos, en particular de los derechos económicos, sociales y culturales [14]. Esta posición, que toma en cuenta los derechos humanos como factor relevante para sus políticas, se fue extendiendo a cada vez más ámbitos de acción, hasta que los derechos humanos fueron considerados plenamente integrados en la agenda de trabajo del Grupo del Banco Mundial. Ha sido a través de la labor del consejero general Roberto Dañino durante su mandado entre 2003 y 2006 que los derechos humanos han encontrado plena aceptación en la labor del Banco. Desde entonces, el Banco Mundial sostiene que

---

dores del Banco, así como las aportaciones de fondos de dicho Estado a medidas que respetaran los derechos humanos y el medio ambiente (véanse 22 U.S.C. §§ 262d y 262p). A partir de entonces, en 1987, el Banco realmente paralizó algunos proyectos financiados por él, y en 1989 comenzó a exigir a los Estados prestatarios que elaborasen Planes Nacionales Ambientales; véase SANAHUJA, J. A., *Cambio de rumbo: propuestas para la transformación del Banco Mundial y el FMI*, Informe del Centro de Investigación para la Paz (Madrid) y del Seminario de Investigación para la Paz (Zaragoza), núm. 9, 1994, p. 59.

[13] En concreto, puede mencionarse en este contexto el ejemplo de Alemania. Su Ministra de Cooperación Económica y Desarrollo subrayó en un discurso ante el Parlamento alemán que «En ello inciden también los medios económicos, por ejemplo, para poner en marcha un programa de protección del clima. Sí, esto es necesario y correctamente decidido. En ello también es importante fomentar la democracia, el Estado de derecho y los derechos humanos. [...] Pero nosotros también queremos que la política estructural del Fondo Monetario Internacional y del Banco Mundial siga pautas de compatibilidad social y sostenibilidad medioambiental», cfr. trad. del discurso en alemán pronunciado por la Ministra Heidemarie Wieczorek-Zeul, publicado en *Deutscher Bundestag - 14. Wahlperiode - 3. Sitzung*. Bonn, Dienstag, den 10, noviembre 1998, p. 121. Esto se puede observar también a partir de las propuestas positivas que se han elaborado en algunos Estados, en las que se insiste en la conveniencia de que los órganos del Grupo del Banco Mundial desarrollen las normas sociales y medioambientales. Puede servir de ejemplo el llamamiento a una regulación rigurosa de las normas de los pueblos indígenas en las normas revisadas en 2006 por la CFI, realizado en Alemania; véase «Antrag der Abgeordneten Ute Koczy, Thilo Hoppe, Undine Kurth (Quedlinburg), Dr. Reinhard Loske, Hans-Christian Ströbele, Hans Josef Fell, Ulrike Höfken, Bärbel Höhn, Dr. Anton Hofreiter, Sylvia Kotting-Uhl, Claudia Roth (Augsburg), Christine Scheel, Dr. Gerhard Schick, Margareta Wolf (Frankfurt) und der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen für starke soziale und ökologische Standards in der Internationalen Finanz-Corporation (IFC) der Weltbank», *Deutscher Bundestag Drucksache* 16/374, de 17 de enero de 2006.

[14] Cfr. WORLD BANK, *Development and Human Rights: the Role of the World Bank*, Washington, D. C., 1998, 30 pp., en particular p. 3. El Consejero General I. H. I. Shihata señaló en su informe sobre las actividades políticas del Banco Mundial de 1995, que el Banco Mundial debe considerar los derechos económicos, aunque manteniendo una postura más estricta frente a los derechos políticos. Estos últimos solo serían directamente aplicables por el Banco si estuviera obligado a ello, por ejemplo, a través de una resolución del Consejo de Seguridad. Véase «Prohibition of Political Activities in the Bank's Work. Legal Opinion of the General Counsel, 11 July 1995, SecM95-707», de 12 de julio de 1995, en SHIHATA, I. F. I., *The World Bank Legal Papers*, La Haya/Boston/Londres, Martinus Nijhoff Publishers, 2000, pp. 219-239, p. 234. Véase también «International Financial Institutions & Human Rights Law. Legal Analysis by the Center for International Environmental Law», Organization of American States, Inter-American Commission of Human Rights, 127th Regular Period of Sessions - March 1, 2007, Public Hearing: Human rights violations and responsibility of international financial institutions, p. 3.

está vinculado jurídicamente por el DI de los derechos humanos, aunque el consejero jurídico mantuvo que no se pueden aplicar con absoluto rigor las reglas sobre atribución de la responsabilidad internacional, puesto que la complejidad de cada caso exige ponderar los distintos valores jurídicos en juego. El resultado de esta interpretación es que solo en las situaciones de violaciones de derechos humanos más flagrantes y de grandes proporciones, el Banco debería desvincularse de los proyectos en cuyo contexto hayan tenido lugar [15]. Esto incluiría tanto derechos económicos, sociales y culturales, como los derechos civiles y políticos.

En 2006, la entonces Consejera General del Banco Mundial, Ana Palacio, confirmó esta posición al afirmar que el Tratado constitutivo del BIRF debe interpretarse en conformidad con las demandas y valores de los tiempos actuales [16]. Ella explicó la función de los derechos humanos en la labor del Banco Mundial de la siguiente manera:

> «*Human rights now constitute defined legal standards of the international constitutional order. Seven core international human rights treaties have been ratified by the majority of the world's countries. A significant body of international legal obligations and jurisprudence now exists with respect to a core of civil and political as well as economic, social ad cultural rights. How this body of law and principles relates to the World Bank is an issue ripe for analysis, in light of the evolving connection between human rights and development in the international context, in international law, and in the World Bank*» [17].

A pesar de estas afirmaciones, la consejera general también precisó que los derechos humanos no pueden ser una razón para incrementar las condicionalidades del Banco Mundial, ni tampoco para justificar la denegación de una financiación o para aumentar el coste de hacer negocio [18].

Esta aproximación del Grupo del Banco Mundial en la actualidad reafirma el carácter universal e indivisible de los derechos humanos, por lo que no es conveniente restringir el estudio de los mecanismos establecidos por el Banco Mundial únicamente a un sector concreto de los mismos. A la amplia atención que el Banco Mundial presta en la actualidad a los derechos humanos en los proyectos que financia, se añade que en ejecución de su competencia en materias diferentes a las relaciones financieras haya creado un régimen autónomo de DI, que exponemos a continuación.

---

[15] Cfr. el informe del Consejero General del Banco Mundial, Dañino, R., «Legal Opinion on Human Rights and the Work of the World Bank. Senior Vice President and General Counsel», Informe de 27 de enero de 2006, p. 8. Esta concepción de los derechos humanos se evidencia también en la actual revisión de las políticas de sostenibilidad de la CFI. En la introducción a las políticas de sostenibilidad se incluye el siguiente párrafo: «*IFC recognizes the responsibility of the private sector to respect human rights. [...] IFC demonstrates its commitment to respect human rights through its due diligence of the level and quality of the risks and impacts identification process carried out by its clients against the requirements of the Performance Standards, informed by country, sector, and sponsor knowledge*»*;* cfr. «Policy on Social and Environmental Sustainability - V2», de 1 de diciembre de 2010, párr. 11.

[16] Cfr. Palacio, A., «The Way Forward: Human Rights and the World Bank», *Development Outreach. Special Report: Human Rights*, Washington D. C., World Bank, 2006, pp. 35-36.

[17] *Ibid.*, p. 35.

[18] *Ibid.*, p. 37.

2.1.2. *De las políticas de salvaguardia a las normas de desempeño*

Las primeras reglas sobre condicionalidad política fueron adoptadas en el desarrollo de los «indicadores de gobernabilidad» (*governance indicators*) del Instituto del Banco Mundial [19]. El Banco Mundial adoptó dichos indicadores tras observar que no se podía luchar contra la pobreza aplicando solamente variables macroeconómicas, sino que una lucha efectiva contra la pobreza abarca necesariamente el pleno goce de los derechos humanos, tanto civiles como económicos [20].

Con el fin de desarrollar estos indicadores, y al tiempo de elaborarse el estatuto del CAO, a finales de los años noventa, la CFI y MIGA adoptaron normas sociales y medioambientales para regular su actividad, denominadas generalmente «políticas de salvaguardia». Al principio, cada una de las instituciones adoptó sus propias normas, con contenidos diferentes [21]. Esto cambió a partir de 2006, cuando las dos instituciones adoptaron textos homogéneos con el título genérico de «Políticas y Procedimientos de Sostenibilidad Social y Medioambiental», compuestos por varios documentos que regulan la actividad de ambas instituciones financieras. Entre ellos se encuentran las «Políticas de Sostenibilidad Social y Medioambiental», que fijan las funciones y responsabilidades de la CFI y MIGA cuando financian o garantizan la realización de proyectos propuestos por empresas privadas [22].

En sus relaciones con el sector privado, la CFI y MIGA adoptaron, respectivamente en 2006 y 2007, las «Políticas y Normas de Desempeño sobre Sos-

---

[19] Cfr. Kaufmann, D.; Kraay, A., y Mastruzzi, M., «Governance Matters VI: Governance Indicators for 1996-2006», World Bank Institute, Washington, julio de 2007, disponible en *http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=999979#* (11 de agosto de 2011).

[20] Cfr. Shihata, I. F. I., «The Dynamic Evolution of International Organizations: The Case of the World Bank», *Journal of the History of International Law*, vol. 2, 2000, pp. 217-249, p. 249. Sin embargo, también hay quien piensa que el Banco Mundial no puede directamente considerarse vinculado por las normas generales de derechos humanos debido a las dificultades de establecer el nexo jurídico entre el Banco Mundial y este sector del DI, y de concretar su contenido; véase McInerney-Lankford, S., «International Finance Institutions and Human Rights: Select Perspectives on Legal Obligations», en Hunter y Bradlow (eds.), *International Financial Institutions & International Law*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2010, pp. 239-285, pp. 255-259 (la autora habla aquí de las normas consuetudinarias, los principios generales del Derecho, las normas *erga omnes* y de *jus cogens*).

[21] El nombre en inglés de estos documentos varía. En el caso de la CFI, se hablaba de *Safeguard Policies*, adoptadas en septiembre de 1998, y en el caso de MIGA se hablaba de *Environmental Policy and Procedures*, adoptadas en julio de 1999; véase CAO, «Extracting sustainable advantage? A review of recent experience with IFC & MIGA extractive industries projects», Final Report, octubre 2002, pp. iv-v. Véase más en general sobre los documentos adoptados por la CFI en esta materia, IFC, «Consultation Advisory No. 14: New IFC Sustainability Policy, Performance Standards and Disclosure Policy Now in Force», de 30 de abril de 2006, pp. 1-2.

[22] Estos documentos son: *IFC's Policy on Social and Environmental Sustainability*, adoptado el 30 de abril de 2006, disponible en *http://www.ifc.org*; y *Política del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (MIGA) sobre sostenibilidad social y ambiental*, adoptada el 1 de octubre de 2007, disponible en *http://www.MIGA.org*.

tenibilidad Social y Ambiental», que en su versión abreviada se denominan Normas de Desempeño (ND) [23] y que han sido regularmente actualizadas y progresivamente desarrolladas [24]. El paso más reciente en esta actualización se ha producido en mayo de 2011, cuando la CFI aprobó una amplia reforma de las reglas sobre sostenibilidad social y medioambiental [25], reconociendo expresamente la importancia de los derechos humanos tanto para la propia CFI como para las empresas clientes [26].

Las ND tienen la doble función de determinar las obligaciones de las empresas clientes, y el nivel de diligencia que las instituciones financieras deben observar a la hora de conceder créditos u otorgar garantías. El CAO es el órgano independiente de la CFI y MIGA que supervisa la aplicación de las ND. Cuando este control se refiere a la fase en que las instituciones financieras aplican las ND entre la empresa cliente y la población afectada por un proyecto, el CAO actúa en su función de *ombudsman*. Cuando el control se refiere a la relación de supervisión entre las instituciones financieras y la empresa cliente a la hora de valorar la situación de las personas afectadas por un proyecto, el CAO actúa en ejercicio de su función de cumplimiento. Por el contrario, las ND no se aplican entre la empresa y el Estado donde se produce la inversión ni entre las instituciones financieras y el Estado. En estas relaciones, el CAO tampoco tiene ninguna competencia de supervisión, teniendo que emplearse otras normas y mecanismos para solucionar las controversias.

La primera de las ocho normas de que se componen las ND se titula «Sistemas de Evaluación y Gestión Social y Medioambiental» [27]. Las siguientes

---

[23] *Performance Standards on Social and Environmental Sustainability*, de la CFI, en su versión del 30 de abril de 2006; y *Performance Standards on Social and Environmental Sustainability,* de MIGA, en su versión de 1 de octubre de 2007. Al igual que las respectivas *Políticas*, también las *normas* se pueden encontrar en las páginas web de ambas instituciones.

[24] Las ND son objeto de explicación detallada en las notas de orientación. Véase para la versión más reciente de las Notas de Orientación, conocidas en inglés como *Guidance Notes*, CFI, «Notas de Orientación: Normas de Desempeño sobre Sostenibilidad Social y Ambiental», de 31 de julio de 2007, disponible en *http://www.ifc.org*. Además, existen las Guías Generales sobre Medio Ambiente, Sanidad y Seguridad, que se ocupan de los aspectos técnicos de carácter medioambiental, sanitario y de seguridad referidos en las ND; véase *Environmental, Health and Safety Guidelines*, de MIGA, en la versión de 30 de julio de 2007.

[25] Durante el año 2010 se produjo una amplia consulta internacional, involucrando a la sociedad civil, con el fin de modificar la Política de Sostenibilidad y las ND. La nueva Política y las ND fueron adoptadas por el Consejo de Gobernadores de la CFI el 12 de mayo de 2011, y entraron en vigor el 1 de enero de 2012.

[26] Véase IFC, *International Finance Corporation's Policy on Environmental and Social Sustainability*, 1 de enero de 2012, párr. 12. En este apartado, la CFI reconoce tanto la «responsabilidad» directa de las empresas en el campo de los derechos humanos, como su propia «debida diligencia» para supervisar a las empresas en la aplicación de los derechos humanos.

[27] En esta norma se pone énfasis en: i) realizar una evaluación integrada para identificar los impactos, riesgos y oportunidades sociales y medioambientales de los proyectos; ii) permitir una participación efectiva de las comunidades afectadas a través de la publicación de información relacionada con los proyectos, así como de la consulta a las comunidades locales sobre cuestiones que les afectan directamente, y iii) la mejora de la gestión por el cliente de los aspectos sociales y medioambientales durante la ejecución del proyecto.

siete normas se centran en impactos sociales y medioambientales que requieren particular atención en mercados emergentes [28]. Además de estos documentos, la CFI y MIGA tienen otras reglas sobre temas concretos. Se trata de las políticas sobre la publicidad de la información, que definen el acceso público a los datos de sus proyectos y otras actividades. Los estándares para la industria de extracción minera se ocupan de la protección de la persona y del medio ambiente; en particular, el derecho a la seguridad de las personas ante las fuerzas de seguridad privadas empleadas por las mineras [29]. Existen también orientaciones sobre el derecho al medio ambiente que van más allá de la ND núm. 3 (prevención y lucha contra la polución) [30].

2.2. Origen y estatuto actual del CAO

El origen del CAO se remonta a la controversia entre la empresa Pangue, S. A., y los grupos indígenas establecidos en la zona donde la empresa quería construir la presa hidroeléctrica de Pangue/Ralco en el río Biobío, en el sur de Chile. En 1995 se presentó una reclamación ante el presidente del Banco Mundial por este proyecto, en el que participaba la CFI con un crédito de 170 millones de dólares. La reclamación alegaba que la CFI había violado sus propias directrices políticas sobre pueblos indígenas y medio ambiente [31]. El Panel de Inspección del Banco Mundial, de reciente creación entonces, no era competente porque la reclamación no se dirigía contra el BIRF o la Asociación Internacional de Fomento. Ante la insistencia de los reclamantes, los directores ejecutivos del Banco Mundial iniciaron una investigación interna de la reclamación y estudiaron cómo extender la competencia del Panel a la CFI. Además, decidieron nombrar un investigador independiente para eva-

---

[28] Estas son las condiciones laborales y de trabajo (Norma núm. 2); la prevención y lucha contra la polución (Norma núm. 3); la sanidad y seguridad de las comunidades (Norma núm. 4); la adquisición de tierras y reasentamiento (Norma núm. 5); la conservación de la biodiversidad y gestión sostenible de los recursos naturales (Norma núm. 6); los pueblos indígenas (Norma núm. 7); y el patrimonio cultural (Norma núm. 8).

[29] Este catálogo de estándares es la respuesta a un informe sobre la revisión del sector minero, y expone los resultados de unas encuestas hechas a los representantes de ese sector industrial. El 17 de septiembre de 2004, el Grupo del Banco Mundial publicó su respuesta al informe de la *Extractive Industries Review*, titulado «Striking a Better Balance - The World Bank Group and Extractive Industries: The Final Report of the Extractive Industries Review, World Bank Group Management Response», disponible en *http://www.ifc.org/ifcext/eir.nsf/AttachmentsByTitle/FinalMgtResponseExecSum/$FILE/finaleirmanagementresponseexecsum.pdf* (22 de agosto de 2011). En este documento el Banco Mundial se compromete a exigir a sus clientes que, en el uso de fuerzas de seguridad públicas o privadas, cumplan con lo establecido en los «Principios Voluntarios de Seguridad y Derechos Humanos»; véase *Voluntary Principles on Security and Human Rights*. El texto completo de estos principios pueden verse en *http://www.voluntaryprinciples.org/principles/introduction* (25 de enero de 2011).

[30] Se trata del Manual de Prevención y Reducción de Polución de 1998. El Banco Mundial ha publicado este manual en inglés con el título de *Pollution Prevention and Abatement Handbook* en *http://www.ifc.org/ifcext/sustainability.nsf/Content/Publications_Handbook_PPAH* (10 de enero de 2011).

[31] Véase sobre ello Opaso, Ch., «The Biobio Hydroelectric Project: a lesson not fully learned», documento de trabajo presentado a la *Regional Consultation of the World Commission on Dams*, «Large Dams and their Alternatives in Latin America: Experiences and Lessons Learned», 12-13 de agosto de 1999, Sao Paolo, Brasil, p. 1.

luar el proyecto Pangue [32]. En marzo de 1997, Endesa, la principal accionista de Pangue, S. A., devolvió el préstamo de la CFI para evitar que le fuera exigida alguna responsabilidad. Pero, en todo caso, se había puesto en marcha el proceso que desembocaría el año siguiente en la creación del CAO.

La institución comenzó a funcionar en julio del año 1999 con el mandato de dirigir la atención de la CFI y de MIGA a los impactos sociales y medioambientales de los proyectos que financian o garantizan. Esto permite que ambas instituciones financieras contribuyeran al desarrollo sostenible [33] y que las reclamaciones de personas afectadas por proyectos financiados fueran tratadas de manera justa, constructiva y objetiva [34]. Los objetivos están articulados en las seis funciones recogidas en el estatuto del CAO:

> «— *To advise and assist IFC and MIGA in dealing with sensitive or controversial projects, either at the request of the President or IFC's or MIGA's management or on the suggestion of the Ombudsman. [...]*
>
> — *To assist in dealing with complaints from external parties affected by IFC or MIGA projects. Outside complaints received by the Office of the President, IFC, MIGA, or the Ombudsman would be investigated by the Ombudsman, as appropriate, in consultation with affected parties, project sponsors, and IFC's or MIGA's management, following a flexible process aimed primarily at correcting project failures and achieving better results on the ground. [...]*
>
> — *To supervise reviews of IFC's and MIGA's overall environmental and social performance and sensitive projects, in order to ensure ex-post compliance with policies, guidelines, and procedures. [...]*
>
> — *To provide advice to management on environmental and social policies, procedures, guidelines, resources and systems established to ensure adequate review and monitoring of IFC and MIGA projects. [...]*
>
> — *To provide advice at the request of IFC's or MIGA's environmental and social staff on specific project issues.*
>
> — *To maintain close ties with the World Bank's ESSD Council* [35] *to ensure consistency and harmonization of policies, guidelines, and procedures*» [36].

---

[32] El informe relacionado con esta evaluación, adoptado en julio de 1997, nunca fue hecho enteramente público. Una versión reducida y censurada del informe de Jay Hair fue hecha pública el 15 de julio de 1997 con el título «IFC Releases Outside Review of Chilean Hydroelectric Project», IFC Press Release No. 98/06.

[33] Apenas existe bibliografía sobre el mandato del CAO. Puede verse, sobre todo, Reif, L. C., *The Ombudsman, Good Governance and the International Human Rights System*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2004, en particular pp. 351-352; y McBeth, A., «Transnational Corporate Responsibility for the 21st Century: A Right by Any Other Name: The Evasive Engagement of International Financial Institutions with Human Rights», *Geo. Wash. Int'l L. Rev.,* vol. 40, 2009, pp. 1101-1156, en particular pp. 1150-1152.

[34] Véase el documento «CAO Terms and Reference», disponible en *http://www.CAO-ombudsman.org*. No obstante, el hecho de que el CAO pertenezca a la CFI y a MIGA le priva de una plena independencia, lo que es un obstáculo para la realización de sus objetivos en casos complejos. Así, en el asunto de la mina de Yanacocha en la región de Cajamarca (Perú), las comunidades de indígenas y campesinos llamadas a formar parte de una mesa redonda para el diálogo, solicitaron la disolución de dicha mesa debido a que consideraban que el CAO estaba favoreciendo a la empresa; véase sobre ello la nota de prensa «CAO fails to reduce conflict in Peru», Bretton Woods Project, de 15 de diciembre de 2006, p. 1.

[35] En la actualidad, el Consejo de Desarrollo Sostenible (*ESSD Council*) es la Red de Desarrollo Sostenible Social y Medioambiental.

[36] Cfr. «CAO Terms and Reference», disponible en *http://www.CAO-ombudsman.org*.

El CAO es nombrado por el presidente del Grupo del Banco Mundial y depende directamente de él. Su mandato no tiene una duración claramente delimitada y el presidente del Grupo del Banco Mundial en todo momento tiene la facultad de cambiar la persona que dirige la oficina del CAO, si estima que ya no puede ejercer adecuadamente sus funciones.

2.3. La interpretación de su mandato por el CAO

La jurista Meg Taylor ha ocupado el puesto de CAO desde que su oficina fue operativa en julio de 1999 [37]. Desde su inicio, Taylor ha dado su impronta a la institución del CAO, entendiendo que no se trata de un «mecanismo de control judicial» en sentido técnico. Lo expresa en los siguientes términos:

> *«The CAO has no authority with respect to judicial process. The CAO is not an appeals court or a legal enforcement mechanism, nor is the CAO a substitute for international courts systems or court systems in host countries»* [38].

El CAO interpretó que su trabajo gira en torno a dos aspectos clave: responsabilidad/rendición de cuentas y solución de diferencias [39]. En interpretación de su mandato, el CAO ha elaborado varias versiones de directrices operativas para destacar las tres actividades fundamentales que lleva a cabo: la función de *ombudsman* para conocer de reclamaciones individuales; la función de consultoría de cumplimiento para apoyar el proceso de control interno de la CFI y MIGA, o por remisión de una reclamación individual no resuelta por la función de *ombudsman,* o por iniciativa del presidente del Banco Mundial; y la función de asesoramiento al personal de estas organizaciones y al presidente del Banco Mundial [40].

Entre las funciones mencionadas, el CAO da preferencia a la función de *ombudsman* cuando es activada, lo que significa esencialmente que la función de cumplimiento no puede interferir con la función de *ombudsman* [41].

2.3.1. *Función de* ombudsman

La función de *ombudsman* consiste en una labor conciliadora para compaginar la realización de los proyectos de la CFI y MIGA con los impactos

---

[37] La institución fue formalmente creada en 1998, pero pasaron unos meses hasta que comenzara efectivamente a funcionar. En este trabajo nos referimos al CAO en masculino, en tanto que nos ocupamos de la institución del CAO en general, y no a la persona de Meg Taylor, en cuyo caso hubiéramos utilizado el femenino.

[38] Cfr. la información general sobre las funciones del CAO y en particular la función de cumplimiento, cuando justificaba el inicio de una auditoría del Karachaganak Project; cfr. «Case of Residents of the Village of Berezovka», *CAO Appraisal for Audit of IFC*, CAO Compliance, C-I-R7-Y06-F079, abril 2007, p. 3, y después también en el «Case of Green Salvation/Residents in the Village of Berezovka II», *CAO Appraisal for Audit of IFC*, CAO Compliance 0-I-R7-Y06-F086, de 15 de enero de 2008, p. 3.

[39] Véase CAO, «Informe Anual 2006-2007», p. 2.

[40] Véanse las Directrices Operativas (*Operational Guidelines*) de abril de 2007, disponibles en *www.cao-ombudsman.org*.

[41] Véase CAO, «Informe Anual 2001-2002», pp. 2-3.

sociales y medioambientales adversos que podrían conllevar [42]. Sin embargo, el CAO carece del poder de sancionar a la CFI o MIGA, así como de declarar siquiera su eventual responsabilidad internacional. Tampoco tiene la facultad de prohibir a las instituciones que desembolsen las cantidades acordadas con las empresas clientes. El CAO se limita a trabajar junto con las personas afectadas, es decir, los reclamantes y la empresa que ejecuta el proyecto, para llegar a acuerdos que satisfagan todos los intereses [43]. Para ello, es imprescindible la participación voluntaria de ambas partes en el proceso [44].

a) *La presentación de la reclamación*

Tanto individuos como grupos de personas pueden presentar una reclamación al CAO. Es posible que los reclamantes tengan representación jurídica o institucional, aunque no es un requisito para el procedimiento. El reclamante debe identificarse ante el CAO, aunque para la tramitación de la reclamación puede pedir el anonimato [45].

Se puede presentar la reclamación en cualquier idioma y el CAO se compromete, en la medida de lo posible, a contestar en el mismo idioma durante la tramitación del caso [46]. No es necesario que la reclamación individual contenga una argumentación acerca de las ND que se consideren violadas; ni siquiera es necesario que se sepa con certeza que el proyecto es financiado por el Banco Mundial, puesto que el personal del CAO puede determinarlo a través de las vías internas del Banco.

---

[42] Esta función también abarca revisar la calificación de los proyectos en atención de su impacto social y medioambiental. Esta situación se produjo en relación con el proyecto de ampliación de las plantaciones de soja en Mato Grosso (Brasil) por parte del Grupo André Maggi Participaçoes Limitada, presentada el 1 de noviembre de 2004. Este proyecto había sido calificado como proyecto de categoría B, pero las poblaciones afectadas reclamaron que fuera calificado como categoría A. El presidente del Banco Mundial exigió una Evaluación de Cumplimiento, en la que el CAO señaló que la CFI debía asegurarse de que todos los riesgos medioambientales y sociales estuviesen mitigados; véase la información disponible en *http://www.cao-ombudsman.org*. El asunto fue cerrado en junio de 2005. El CAO criticó una situación parecida en el asunto de la actividad de producción y refinamiento de aceite de palma por el Grupo Wilmar en Indonesia. La empresa había logrado que sus proyectos fueran clasificados en las categorías B y C, y no A, pero las actividades resultaban tener un impacto negativo muy significativo en las poblaciones locales y en el medio ambiente. La razón que había llevado a esta baja clasificación fueron las presiones financieras por la competencia en los mercados financieros internacionales. Cfr. CAO, «Audit of IFC's investments in: Wilmar Trading (IFC No. 20348), Delta-Wilmar CIS (IFC No. 24644), Wilmar WCap (IFC No. 25532) and Delta-Wilmar CIS Expansion (IFC No. 26271)», C-I-R6-Y08-F098, de 19 de junio de 2009, p. 2.

[43] Véase CAO, «Informe Anual 2006-2007», p. 10.

[44] Cfr. CAO, «Informe de evaluación Ombudsman para las partes interesadas, referente a preocupaciones de miembros de comunidades vecinas con respecto a las granjas de PRONACA, Santo Domingo-Ecuador», junio de 2011, p. 9.

[45] Esto es lo que se hizo en el asunto por la empresa Agrokasa en Perú. Los primeros dos reclamantes están identificados, pero los restantes tres han pedido el anonimato. Véase el asunto *Perú/Agrokasa-01/Ica*, disponible en el sitio web *http://www.cao-ombudsman.org*.

[46] Cfr. CAO, «Operational Guidelines», de abril de 2007, párr. 2.2.3 (*Lodging a complaint*).

b) *La fase de admisibilidad*

El procedimiento para las reclamaciones individuales consiste en dos fases. La primera fase es la admisibilidad de la reclamación (*Appraisal Report*). Existen tres requisitos de admisibilidad: 1) la reclamación debe versar sobre un proyecto en el que participe la CFI o MIGA, o sobre un proyecto que dichas instituciones estén considerando activamente para su financiación; 2) el contenido de la reclamación debe pertenecer al mandato del CAO, es decir, referirse a impactos sociales o medioambientales de las inversiones apoyadas por la CFI o MIGA, y 3) el reclamante quedaría directamente afectado si se produjeran los impactos medioambientales o sociales alegados [47]. A pesar de estos criterios de admisibilidad, hay que señalar que, aunque una reclamación concreta no cumpla con alguna o todas ellas, el CAO no la archiva necesariamente. El CAO siempre puede iniciar de oficio su función de cumplimiento.

El primer criterio de admisibilidad para el ejercicio de la función de *ombudsman* exige que la reclamación verse sobre un proyecto en el que participen la CFI o MIGA [48]. No existe ningún límite mínimo de participación financiera de las instituciones para que el CAO intervenga. Ha habido alguna reclamación por un proyecto en que la CFI o MIGA están estudiando participar en el futuro [49], aunque la práctica no es plenamente coherente. Parece que cuando las propias instituciones financieras todavía están en condiciones de solucionar la controversia, el CAO se mantiene al margen [50]. En relación

---

[47] Véase, *inter alia*, CAO, «Stakeholder Assessment Regarding Labor Rights Concerns at Standard Profil, Turkey», 2 de febrero de 2009, p. 2.

[48] En este contexto conviene indicar que el CAO se ha ocupado también marginalmente de una reclamación que recibió de un residente cerca del emplazamiento reubicado de una planta de sulfato de cobre en Ica (Perú). La CFI indicó que la empresa en cuestión, Tecnosul, no era prestataria de la CFI, si bien el accionista que controla Tecnosul era prestatario de otro proyecto distinto, Tecnofil. De todos modos, el CAO contactó con la gerencia de Tecnosul y pidió que se cumplieran todos los procedimientos administrativos necesarios de acuerdo con la legislación peruana para la reubicación de su planta, algo a lo que accedió la gerencia de Tecnosul mediante un escrito enviado al CAO y en el que aseguró además que iba a mantener informado al CAO de los progresos de esos procedimientos. Véase el caso «Perú, Tecnosul-01/Ica», cerrado en enero de 2007. Este es un buen ejemplo para ilustrar el efecto multiplicador de la existencia del mecanismo, que va más allá de los estrictos confines de su mandato.

[49] Esto se produjo en el caso *Ramky-01/Gummidipoondi,* cerrado en octubre de 2005. Aunque no ha sido calificada de apta para la evaluación por el CAO, sí lo admitió y lo reenvió directamente a la CFI para que respondiera a los reclamantes sobre las previsiones de evaluación del proyecto Ramky que la CFI estaba analizando entonces para decidir si participaría en él.

[50] Esto ocurrió cuando la CFI se encontraba en negociaciones sobre aspectos previos a la aprobación oficial del proyecto, en particular en la elaboración del informe de impacto medioambiental. Parece que en este tipo de situaciones, mientras no se publique el informe de impacto medioambiental, la reclamación es prematura. La consecuencia de ello es que, si en la elaboración de este informe de impacto ambiental no se había tenido en cuenta la posición de ciertos colectivos de personas, puede ser demasiado tarde para que intervengan y participen en el diseño del proyecto. Esto limitaría incluso la eficacia de las exigencias de las ND en materia de consulta previa. Véase el caso *Uganda, Bujagali-01/ Cataratas de Bujagali,* cerrado en diciembre de 2000. En este caso, la reclamación fue presentada antes de que la CFI aceptara una Evaluación de Impacto Ambiental por parte de la compañía patrocinadora del proyecto y mientras la CFI estaba en negociaciones con la patrocinadora del proyecto respecto de algunos de los temas que fueron objeto de la reclamación. Se publicó la Evaluación de Impacto Am-

con la terminación de los proyectos, este criterio de admisibilidad exige que el CAO no admita reclamaciones sobre proyectos de los que la CFI o MIGA ya se hayan desvinculado [51].

El segundo criterio requiere que la reclamación sea sobre aspectos sociales o medioambientales relacionados con las inversiones de la CFI o MIGA. Quedan excluidas otras posibles disfunciones operativas de la CFI y de MIGA, como por ejemplo un desembolso tardío o insuficiente de fondos [52]. Los casos que entran en la competencia de otro mecanismo de control del Grupo del Banco Mundial se envían a su respectiva sede. Así se hace con los casos cuyo responsable es el Panel de Inspección [53], mientras que los casos de fraude o corrupción se remiten al Departamento de Integridad Institucional del Banco Mundial [54]. Si el CAO observa, después de haber consultado a ambas partes, que la reclamación no puede ser resuelta por uno de estos mecanismos, ni tampoco por su función de *ombudsman*, puede remitirlo directamente a la función de cumplimiento [55].

---

biental en abril de 2001 y poco después, el 17 de julio, se presentó una nueva reclamación; esta vez fue por parte de un ciudadano canadiense de origen ugandés, Alfred Isaac Bageya, sobre la isla de Dumbell en el río Nilo cercano a la localidad de Jinja. Esta reclamación sí fue admitida por el CAO. Véase CAO, «Assessment Report. Complaint filed to the CAO regarding the Uganda Bujagali Hydropower Project», de septiembre de 2001, en particular p. 2. Este caso se suele denominar *Uganda/Bujagali-02/Bujagali Falls;* véase sobre ello *http://www.cao-ombudsman.org*.

[51] Este fue el caso de un proyecto de Chemplast en India, véase *India, Chemplast-01/Cuddalore District,* cerrado en enero de 2005. En una de las reclamaciones por el proyecto Ramky, el CAO consideró que, aun cuando las tres reclamaciones se habían hecho en agosto y septiembre de 2005 y en octubre de 2007, antes de que la CFI se retirara del proyecto, no habría lugar a conocer del caso porque la CFI había rediseñado su participación en las empresas. No obstante, el CAO estudió parcialmente la reclamación para concluir que no tenía competencia sobre una situación en la que no se alcanzan los objetivos económicos fijados por la empresa apoyada por la inversión. Véase el «Case of Ramky Enviro Engineers Ltd. (REEL) hazardous waste management facilities», CAO Appraisal for Audit of IFC, CAO Compliance CI-R6-Y08-F097, de 16 de junio de 2008, en particular p. 7.

[52] Esta fue la razón por la que el CAO inadmitió una reclamación presentada por los directores de la empresa AEF Lesiolo Grain Handlers Ltd., que se quejaban del desembolso de fondos de la CFI. Véase el caso *Kenya, AEF Lesiolo Grain Handlers Limited-01/Nakuru,* cerrado en abril de 2006. De todos modos, el CAO reenvió el caso directamente al departamento de la CFI que se ocupa de estas cuestiones, con el ruego de responder adecuadamente a la empresa.

[53] Así, en el caso del Uganda Bujagali Hydropower Project, el CAO sugirió al reclamante presentar la reclamación referida a la ayuda obtenida de la Asociación Internacional de Fomento al Panel de Inspección del Banco Mundial. Además, reenvió las alegaciones de corrupción directamente a la Unidad contra el Fraude y la Corrupción. Véase CAO, «Assessment Report. Complaint filed to the CAO regarding the Uganda Bujagali Hydropower Project», de septiembre de 2001, p. 2.

[54] El CAO afirmó esto en el asunto de la mina de Dikulushi: «*Furthermore, the audit did not address certain other issues raised by RAID, including Anvil's relationship with Mr. Katumba Mwanke, which were outside the CAO's mandate. These matters have been referred to the World Bank's Department of Institutional Integrity (INT)*». Véase «CAO Audit of MIGA's Due Diligence of the Dikulushi Copper-Silver Mining Project in The Democratic Republic of the Congo», Final Report, de noviembre de 2005, p. 3. Lo mismo se afirma en el asunto del proyecto de Karachaganak, «Case of Green Salvation/Residents in the Village of Berezovka II», CAO Appraisal for Audit of IFC, CAO Compliance, O-I-R7-Y06-F086, de 15 de enero de 2008, p. 8.

[55] Un caso muy ilustrativo lo constituyen los dos asuntos que surgieron al hilo de las papeleras en el río Uruguay. En ambos casos el CAO concluyó, después de consultar con cada una de las partes (las partes reclamantes eran diferentes en cada asunto), que no podía iniciar la función de *ombudsman*, por lo que activó enseguida la función de cumplimiento. Véase, para el primer caso, *Uruguay/Celulosas de M'Bopicua (CMB) & Orion-01/Argentina & Uruguay,* CAO Audit of IFC's and MIGA's Due Diligence

El tercer criterio de admisibilidad requiere que las reclamaciones sean presentadas por personas físicas, ya sea un individuo o un grupo, que sean o puedan verse afectadas por los impactos medioambientales o sociales del proyecto [56]. Por tanto, no es necesario que exista un daño, sino solo que el daño sea previsible. El CAO ha interpretado este requisito exigiendo al reclamante que actúe de buena fe y adopte una conducta colaboradora, para facilitar la posibilidad de llevar a cabo su labor mediadora [57].

c) *La fase de tramitación sobre el fondo de la reclamación*

Una vez admitida la reclamación, comienza la segunda fase del procedimiento, en la que el CAO lleva a cabo las típicas labores de un conciliador: aclara la información recibida por el reclamante, recaba información adicional y ayuda a encontrar una solución al conflicto con la CFI y MIGA [58].

En cualquier momento del procedimiento de *ombudsman* los reclamantes pueden desistir de su reclamación [59], terminándose así el procedimiento. Si durante una investigación en curso se detectaran nuevas violaciones diferentes a las alegadas por el reclamante, el CAO ha afirmado que su investigación no se extendería a ellas, con el fin de ser equitativo con ambas

---

for two Pulp Mills in Uruguay, Final Report, de 22 de febrero de 2006, p. 1, así como la información sobre el caso disponible en el sitio web del CAO (*www.cao-ombudsman.org*); y para el segundo caso, *Uruguay/Orion-02/Gualeguaychú-Argentina,* Ombudsman Assessment Report Regarding Community and Civil Society concerns in relation to activities of IFC Project Orion, Uruguay, de diciembre de 2009, p. 6.

[56] Ninguna relación entre el reclamante y el proyecto relevante se determinó en el caso *Ramky-02/Mumbai,* cerrado en octubre de 2005. Se consideró que la organización india *Corporate Accountability Desk* no estaba directamente afectada por el proyecto Ramky. Tampoco había ninguna relación entre la organización Fondo Mundial para la Naturaleza (*World Wildlife Fund* - WWF) y las personas o el grupo afectado por un oleoducto; véanse los casos *Oleoducto BTC-04/Suiza,* cerrado en mayo de 2004; *Oleoducto BTC-03/Suiza,* cerrado en abril de 2004; *Oleoducto BTC-02/Rustavi,* cerrado en abril de 2004; y *Oleoducto BTC-01/Suiza,* cerrado en diciembre de 2003. Conviene señalar que en el caso de la tercera reclamación del Fondo Mundial para la Naturaleza, el CAO sí admitió las tres reclamaciones individuales de las personas Tba, Tsemi y Sadgeri, mientras que volvió a rechazar la reclamación general de la gran ONG. Por la misma razón, el CAO inadmitió una reclamación de la asociación Amigos de la Tierra por el proyecto *Gateway* en el río Jordán, véase el caso *Proyecto Jordán Gateway Co.-01/Valle de Bet Shean,* cerrado en diciembre de 2000.

[57] Así, el hecho de no responder a la correspondencia del CAO puede interpretarse como señal de desistir del procedimiento. Esto es lo que pasó en el caso *Turquía, Oleoducto BTC-28/Adana & Ceyhan,* cerrado en febrero de 2007. Una asociación turca (OSC) presentó una reclamación en representación de pescadores de la bahía Ceyhan alegando impactos medioambientales, en cuyo caso la empresa BTC Co. no los había identificado como afectados por el proyecto. Por iniciativa del CAO, se celebró una reunión entre la empresa, la organización turca y los pescadores. Pero la organización no respondió ante el requerimiento del CAO de transmitirle un informe sobre los resultados de esta reunión, con lo que se interpretó que los reclamantes habían desistido del procedimiento. Véase sobre ello CAO, «Informe Anual 2006-2007», p. 19.

[58] En 2007, el CAO desarrolló una herramienta de Monitoreo y Evaluación para hacer un seguimiento a la eficacia de esta labor de estudio y tratamiento de las reclamaciones individuales. Véase *ibid*., p. 12.

[59] Incluso antes de que el propio CAO decida sobre la admisibilidad, los reclamantes pueden retirar su reclamación, como ocurrió en el caso *Turquía, Oleoducto BTC-21/Posof,* cerrado en julio de 2005.

partes del procedimiento. Por tanto, la conciliación solo se ocuparía de las cuestiones suscitadas por parte del reclamante desde el principio del procedimiento [60].

d) *La terminación del procedimiento*

Si la labor conciliadora del CAO lleva a un acuerdo entre las partes, el CAO considera cerrado el asunto y publica un informe de evaluación (*Assessment Report*). Este informe de evaluación contiene una valoración jurídica de los hechos, a partir de la cual ofrece también una serie de conclusiones y recomendaciones dirigidas a la CFI o MIGA, que no tienen carácter jurídicamente vinculante. Por el contrario, si el CAO no puede contribuir a encontrar una solución de común acuerdo, puede remitir el asunto a la función de cumplimiento, que sería la segunda función del CAO en la tramitación internacional de la reclamación.

2.3.2. *Función de cumplimiento*

La función de cumplimiento consiste en que el CAO puede llevar a cabo una auditoría interna sobre un proyecto financiado por la CFI o garantizado por MIGA, determinando si estas instituciones han violado o no sus ND. Esto significa que mientras la función de *ombudsman* persigue encontrar soluciones pragmáticas para los conflictos entre las empresas y las personas afectadas por los proyectos, en la función de cumplimiento el CAO trata de indagar en los aspectos en que las instituciones financieras han fallado en su obligación de supervisar la ejecución del proyecto por parte de la empresa.

Se puede iniciar una auditoría de cumplimiento por tres vías. En primer lugar, puede iniciarse por el presidente del Grupo del Banco Mundial o los directores de la CFI o MIGA. También es posible iniciarla cuando el CAO no logra encontrar una solución a una reclamación individual a través de la función de *ombudsman*. Finalmente, el CAO puede decidir iniciar la auditoría motu proprio. En todo caso, una condición necesaria es que la CFI o MIGA haya estado activamente involucrada en el proyecto en el momento de producirse los hechos que son objeto de la auditoría. Si dichos hechos se produjeron después de la salida de la CFI o MIGA, el CAO ya no entraría a conocer del asunto [61].

---

[60] Cfr. la afirmación del CAO reflejada en la transcripción de una entrevista del CAO a diverso personal de la CFI y de MIGA, «CSO discussion with IFC/MIGA Compliance Advisor Ombudsman», *Bretton Woods Project*, 21 de septiembre de 2005, p. 2: «*Alexi Knizhnikov from Crude Accountability asked what would happen if during the course of a CAO investigation, another wrong-doing external to the complaint was uncovered, as occurred in the case of Karachaganak. The CAO responded that in order to be fair to all parties in the process, they stick to the questions asked of them in the complaint*».

[61] Véase el asunto del proyecto Ramky, «Ramky Enviro Engieneers Ltd. (REEL) hazardous waste management facilities», CAO Appraisal for Audit of IFC, CAO Compliance, CI-R6-Y08-F097, de 16 de junio de 2008, p. 7, en que el CAO emplea este argumento para inadmitir el asunto.

La información sobre la que se basan las instancias del Banco Mundial para solicitar una auditoría puede ser diversa. No existen reglas concretas al respecto, y se pueden dar casos en los que un reportaje difundido por la televisión que denuncie ciertas violaciones de derechos humanos sea suficiente para iniciar una investigación [62]. El CAO comienza por elaborar un informe de evaluación de cumplimiento (*compliance appraisal report*) para determinar si debe realizar una auditoría de cumplimiento. Solo se inician auditorías si la información disponible suscita preocupaciones sustantivas sobre los aspectos sociales y medioambientales [63].

La finalidad de la auditoría es mejorar el nivel de desempeño social y medioambiental de los proyectos apoyados [64]. Para ello, el CAO no puede pedir la suspensión del apoyo financiero de la CFI o MIGA y únicamente puede recomendar que dichos organismos tomen determinados pasos para mejorar su labor. Por tanto, el CAO no tiene poderes ejecutivos ni de sanción, sino que su función consiste en ofrecer datos y directrices independientes para poner públicamente de manifiesto un incumplimiento por la CFI o MIGA de sus propias normas, así como una guía para que corrijan las deficiencias de su actuación [65].

En cumplimiento de esta función, el CAO tiene poder para aplicar ciertos criterios de auditoría, enumerados en sus directrices operativas. Entre estos criterios, se mencionan «los requerimientos legales o reguladores del país anfitrión (incluso las obligaciones legales internacionales) y las provisiones ambientales, sociales, de salud o de seguridad del Grupo del Banco Mundial, de la CFI/MIGA, o de las condiciones para la participación de la CFI/MIGA» [66]. Como ya hemos visto con más detalle a lo largo del análisis de las normas aplicadas por la CFI y MIGA, el CAO aplica las reglas internas de estas instituciones financieras, sobre todo las ND.

2.3.3. *Función de asesoramiento*

El CAO desempeña también una función de asesoramiento independiente para el presidente del Grupo del Banco Mundial y la gerencia de la CFI y

---

[62] Así, en el caso del *CAO Audit of MIGA's Due Diligence of the Dikulushi Copper-Silver Mining Project in The Democratic Republic of the Congo,* el presidente del Banco Mundial pidió una auditoría por un reportaje emitido el 6 de junio de 2006 por el programa *Four Corners*, que pertenece a la Australian Broadcasting Corporation (ABC), sobre una masacre ocurrida en Anvil, una localidad en la República Democrática del Congo, en la noche del 16 de abril de 2004. Véase el «Final Report», de noviembre de 2005, p. 1.

[63] Cfr. CAO, «Case of IFC's Involvement Linked to the Jubilee Oil Field, Ghana», CAO Appraisal for Audito of IFC/CAO Compliance, C-I-R4-Y11-F137, de 20 de mayo de 2011, p. 3.

[64] Véase CAO, «Informe Anual 2006-2007», p. 15.

[65] Esto se puede deducir, entre otras, de las recomendaciones del CAO en la auditoría de la mina de Dikulushi; cfr. «CAO Audit of MIGA's Due Diligence of the Dikulushi Copper-Silver Mining Project in The Democratic Republic of the Congo», Final Report, de noviembre de 2005, p. 23: «*It is not appropriate for CAO to opine on whether MIGA should continue to provide political risk insurance to the Dikulushi Mine or on whether there are grounds to cancelling the contract...*».

[66] Véase CAO, «Operational Guidelines», p. 21.

MIGA. El asesoramiento versa solo sobre directrices, políticas o tendencias de carácter general que tengan que ver con cuestiones sociales o medioambientales. Así, por ejemplo, esta función de asesoramiento le ha permitido contribuir a la revisión de las políticas de salvaguardia de la CFI, que llevaron a la adopción de la Política de Sostenibilidad Social y Medioambiental y a las ND en febrero de 2006 [67] y en su posterior enmienda en 2011. Con el fin de preservar su independencia institucional, el CAO no asesora al personal de la CFI o MIGA sobre proyectos concretos; especialmente, evita ese asesoramiento antes de que dichos organismos aprueben un proyecto para evitar los conflictos de intereses que se producirían si en un futuro recibiera una reclamación individual que exigiera su intervención en calidad de *ombudsman* [68].

3. LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS SOCIALES Y MEDIOAMBIENTALES POR EL CAO

3.1. La protección de los pueblos indígenas

3.1.1. *La consulta libre, previa e informada*

Cuando el BIRF adoptó en 2005 una nueva directiva sobre pueblos indígenas, comenzó un debate acerca de si el Banco podía imponer a los Estados miembros la obligación de llevar a cabo una consulta pública en la que los indígenas afectados por un proyecto apoyado por el Banco dieran su consentimiento [69]. Los directores ejecutivos cerraron el debate al formular la política operacional en el sentido de exigir una «consulta previa, libre e informada con un amplio apoyo de la comunidad» [70]. Esta redacción amplia y genérica

[67] Particular mención merece aquí la publicación por parte del CAO del informe «A Review of IFC's Safeguard Policies. Core Business: Achieving Consistent and Excellent Environmental and Social Outcomes», enero de 2003, donde se recogen las recomendaciones del CAO para mejorar los instrumentos jurídicos de la CFI; en particular, para lo relevante a efectos de derechos humanos, véanse pp. 30-35.

[68] En efecto, en principio se había concebido la función de asesoramiento del CAO de tal modo que también podía asesorar sobre proyectos concretos. Sin embargo, el propio CAO descartó poco después esta posición porque quería evitar conflictos de intereses. Esta misma idea se confirmó en diciembre de 2002, cuando el presidente del Banco Mundial indicó que la función de asesoramiento del CAO adquiriría un carácter más formal y que se emplearía con objetivos más estratégicos. Véase sobre ello DYSART, B.; MURPHEY, T., y CHAYES, A., «Beyond Compliance? An External Review Team Report on the Compliance Advisor/Ombudsman Office of IFC and MIGA», 24 de julio de 2003, p. vii.

[69] Este fue un punto que protagonizó las reivindicaciones de la sociedad civil. Numerosos representantes de los intereses de los pueblos indígenas presionaron a favor de su inclusión en la Política Operacional. Véase entre otros, la *Comisión Mundial de Represas*, «Represas y Desarrollo: Un nuevo marco para la toma de decisiones», 2000, pp. 225-226, disponible en *http://www.dams.org/docs/report/other/wcd_sp.pdf* (29 de febrero de 2010). Esta reclamación se encuentra igualmente recogida en el documento elaborado por el *International Council on Mining and Metals* para aportar sus comentarios al *Extractive Industries Review,* titulado «Striking a Better Balance: The World Bank Group and Extractive Industries, The Final Report of the Extractive Industries Review», 2004, p. 3, disponible en *http://www.icmm.com/indres/372ICMMCommentsonWBManagementDraftResponse.pdf* (29 de febrero de 2010).

[70] En inglés se refiere a *free prior and informed consultation with broad community support*; véase para esta referencia el punto 6.*c)* de la Política Operacional 4.10 del Banco Mundial.

permitía dejar en manos de los Estados las medidas concretas para alcanzar el «amplio apoyo» [71]. La misma redacción se encuentra en las ND de la CFI y MIGA [72]. No obstante, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas de 2007 señala el derecho de estos pueblos a resarcimiento en caso de que se les haya privado de sus tierras sin *consentimiento* previo, libre e informado [73]. Por tanto, existe una diferencia apreciable con respecto a la posición del Banco Mundial [74].

La práctica confirma que no siempre se concilia la realización de un proyecto apoyado por la CFI o por MIGA con los derechos de los indígenas, lo que dificultaría sumamente aplicar estrictamente la noción de «consentimiento». Especialmente problemáticos son los proyectos mineros, porque la población local no ve la dimensión de desarrollo económico, sino la degradación medioambiental y la reducción del suelo indígena.

El carácter litigioso se observa, por ejemplo, en el caso de la Minera Yanacocha en Perú. En este caso, la ONG *Project Underground* asistió a la Federación de Rondas Campesinas Femeninas del Norte del Perú para presentar una reclamación ante el CAO porque la empresa Newmont, una compañía de extracción de oro, no les había consultado durante la elaboración del estudio de impacto medioambiental preparatorio para la implantación de esta mina de oro, la más grande de Latinoamérica. Además, la empresa no había reconocido a la comunidad de campesinos como pueblos indígenas, por lo que carecían de la protección de las ND sobre los

---

[71] La única aclaración que ofrece la política operacional es que el grado de consulta dependerá de la complejidad del proyecto propuesto y que ha de ser proporcional a la naturaleza y dimensión de los posibles efectos del proyecto sobre los pueblos indígenas, tanto si son negativos como positivos. Determinar el amplio apoyo de la comunidad exigirá tomar en cuenta las circunstancias concretas del caso, en particular la representatividad de los líderes de los pueblos indígenas. Para llegar a la presente redacción de la obligación de consulta, los Estados que defendían esta posición presentaron un informe elaborado por la Asesoría Legal del Banco Mundial. El informe no ha sido hecho público, pero de él habla MacKay, F., «Symposium-Panel of the American Association of Law Schools Section International Human Rights Law, AALS Annual Meeting, January 8, 2005, San Francisco: The Draft World Bank Operational Policy 4.10 on Indigenous Peoples: Progress or More of the Same», *Ariz. J. Int'l & Comp. Law*, vol. 22, 2005, pp. 65-97, en particular pp. 78-79.

[72] Cfr. párr. 9 de la Norma núm. 7 (Pueblos Indígenas) de la CFI, de 30 de abril de 2006; igual en las ND de MIGA de 1 de octubre de 2007.

[73] Arts. 19 (consentimiento), 26 (tierras) y 28.1 (derecho de reparación) de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, adoptada mediante Res. de la AG de NU A/RES/61/295, de 13 de septiembre de 2007. Esta misma regla se aplica también a la explotación comercial de recursos y conocimientos tradicionales de pueblos indígenas. Véase párr. 15 de la Norma núm. 7 (Pueblos Indígenas) de la CFI, de 30 de abril de 2006.

[74] Tenemos aquí un problema típico de la pluralidad de regímenes autónomos de DI (los denominados *self-contained regimes*). Sin que tengamos intención de entrar en la valoración de si la Declaración de las Naciones Unidas sobre los pueblos indígenas de 2007 constituye realmente una norma general de DI, es cierto que por las diferentes iniciativas normativas de las Naciones Unidas y del Banco Mundial se ponen en marcha diferentes dinámicas en la producción normativa, que tienen difícil solución jurídica. La Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas propuso algunas soluciones a los conflictos entre el Derecho internacional general y el de un régimen autónomo; véase «Conclusions of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law», *Yearbook of the International Law Commission,* vol. II, Parte II, 2006, párrs. 13-16.

mismos [75]. Ante la oposición de los campesinos y la inercia de la compañía minera, el CAO solo logró establecer una «mesa de diálogo» que empleó técnicas de negociación inapropiadas para solucionar esta controversia [76].

En el asunto de la mina Marlin en Guatemala, el CAO también hizo referencia a una serie de derechos de los pueblos indígenas, cuyo cumplimiento debería haber exigido la CFI a la empresa Montana Exploradora de Guatemala, S. A., así como al propio Estado guatemalteco. En particular, se exigía al Estado una mayor transparencia sobre la distribución de los beneficios de impuestos arrojados por el proyecto [77]. Por el contrario, ni el CAO ni el presidente del Grupo del Banco Mundial obligaron a la empresa a reconocer un referéndum realizado por los indígenas en el que expresaron su rechazo a la mina [78]. Este conflicto ha continuado a lo largo del tiempo, a pesar de que el CAO había cerrado la reclamación en mayo de 2006 y de que la CFI saliera del proyecto [79].

En otro caso reciente se confirma que el CAO no pide más que una amplia consulta. En el asunto de la terminal de contenedores de la empresa TCBuen, S. A., en el puerto de Buenaventura, Colombia, el CAO observó que la empresa había realizado un amplio proceso de consulta a los habitantes afrodescendientes en la zona de implantación del proyecto. En sus conclusiones eludió pronunciarse sobre el alcance del alegado derecho de consulta/consentimiento previo, libre e informado señalando que:

> «El Gobierno de Colombia ha manifestado que no era necesario llevar a cabo un proceso de consulta previa conforme lo estipulado en la Ley 70. El PCN [parte reclamante] considera que correspondería aplicar la Ley 70 y el convenio 169 de la OIT a los contextos urbanos y no está de acuerdo con esta decisión. Con todo, se trata de una discusión pública que el PCN debería mantener directamente con

---

[75] Véase la nota de prensa «US NGO challenges Peru mine inspection process», Bretton Woods Project, 17 de septiembre de 2002, p. 1.

[76] En su informe en capacidad de *ombudsman*, el CAO se esforzó por crear un ambiente favorable a la negociación, aunque sin profundizar en los asuntos de fondo del caso. Por el contrario, el CAO no profundizó en las alegaciones de las partes de que no habían sido reconocidas como pueblo indígena, sino que se centró en el derecho al medio ambiente sano. Véase CAO, «Informe de Salida con respuesta a las dos reclamaciones presentadas a la CAO en relación a Minera Yanacocha, Cajamarca, Perú», febrero de 2006, p. 3. Conviene tener en cuenta también que se trataba del tercer asunto admitido a trámite por el CAO, y que por tanto este órgano aún no tenía la experiencia que tiene en la actualidad para administrar casos muy complejos.

[77] Cfr. CAO, «Assessment of a complaint submitted to CAO in relation to the Marlin Mining Project in Guatemala», de 7 de septiembre de 2005, p. 27.

[78] El CAO, en su informe sobre la reclamación de la mina Marlin, indicó meramente que las partes deberían *«[e]stablish a framework for on-going dialogue and consultation which moves the agenda beyond the legal dispute over the popular consultation and referendum that occurred in June 2005»;* cfr. CAO, «Assessment of a complaint submitted to CAO in relation to the Marlin Mining Project in Guatemala», de 7 de septiembre de 2005, p. 38.

[79] Después de 2006, los indígenas afectados por la mina establecieron un mecanismo de solución de controversias *ad hoc*, el Comité Internacional Independiente, para realizar un estudio de impacto de derechos humanos sobre las operaciones de minería de oro en la mina de Marlin en San Marcos (Guatemala), a iniciativa del arzobispo de la localidad de San Marcos. Existe información sobre este comité *online* en *http://law.nd.edu/features/featured-stories/nd-law-faculty-staff-conduct-human-rights-assessment-in-guatemala* (28 de enero de 2010).

las autoridades gubernamentales competentes, y la CAO no tiene jurisdicción en esta cuestión» [80].

3.1.2. *Otros derechos de los indígenas: el uso del idioma y el respeto de los lugares sagrados*

Otro derecho reivindicado por el CAO a la CFI es el uso de la lengua minoritaria y de las particularidades culturales, que se manifestó en la intervención del CAO a favor de los indígenas ubicados en la localidad de Sipacapa, diferentes de otros indígenas de San Miguel, dos localidades guatemaltecas en las que se asienta la mina Marlin [81]. El CAO tuvo ocasión, en este caso, de reconocer el derecho de utilizar el idioma indígena.

En un asunto, que tuvo como objeto la construcción de una planta hidroeléctrica en Uganda, el CAO se ocupó de las reclamaciones de indígenas cuyos antepasados se encontraban enterrados en una isla del Nilo que se vería inundada por la presa. El CAO no pidió que el proyecto fuera modificado para evitar la inundación de la isla; sin embargo, buscó vías para desenterrar las fosas y trasladarlas a otros lugares susceptibles de ser usados como cementerios [82]. Este enfoque, orientado hacia la realización del proyecto de la presa hidroeléctrica de modo compatible con la dignidad de los lugares de entierro de los indígenas, fue distinto al empleado en otro caso muy similar, resuelto por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, que involucraba a un grupo de indígenas tahitianos cuyo cementerio se veía afectado por la construcción de un complejo hotelero [83]. En su dictamen, el Comité de Derechos Humanos exigió la paralización de dicho proyecto. Los ejemplos expuestos pueden llevar a pensar que en la materia relacionada con el respeto de los lugares sagrados de los indígenas se está produciendo una fragmentación en los mecanismos internacionales, ya que utilizan distintos estándares para aplicar un derecho con un amplio margen de apreciación [84].

---

[80] Cfr. CAO, «Informe de Evaluación del *Ombudsman*. Reclamación relacionada a TCBuen, S. A., Buenaventura-Colombia», agosto de 2010, p. 12.

[81] Cfr. CAO, «Assessment of a complaint submitted to CAO in relation to the Marlin Mining Project in Guatemala», de 7 de septiembre de 2005, p. 26.

[82] Un problema particularmente agudo para el CAO fue concordar con los descendientes afectados un método para llevarse de la isla también a los «espíritus» de los muertos; cfr. CAO, «Assessment Report. Complaint filed to the CAO regarding the Uganda Bujagali Hydropower Project», de septiembre de 2001, en particular pp. 5 y 6.

[83] En concreto, este caso ante el CAO recuerda al asunto *Hopu*, en el que el Comité de Derechos Humanos protegía las pretensiones de un grupo de indígenas tahitianos de ver respetado un cementerio muy antiguo de sus antepasados. El complejo hotelero que debía ser construido en el lugar del cementerio tuvo que trasladarse a otro lugar. Véase asunto *Hopu and Bessert v. France,* Comunicación núm. 549/1993, Dictamen sobre el fondo del 29 de diciembre de 1997, UN Doc. CCPR/C/51/D/549/1993, en particular párr. 10.3.

[84] La Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas no ofrece mucha ayuda para solucionar este tipo de conflictos constituidos por la confluencia de dos regímenes autónomos sobre una misma materia. Esencialmente, lo que propone es utilizar el principio de armonización, aunque dado que ambos regímenes en este caso tienen sus propios mecanismos de aplicación es difícil que dichos mecanismos recurran a la jurisprudencia del otro mecanismo para solucionar las reclamacio-

En este caso, se trata del derecho a la propia cultura aplicado a los lugares sagrados de una determinada comunidad indígena.

3.2. El reasentamiento de poblaciones

La práctica del CAO en materia de reasentamiento puede resumirse en una serie de puntos que recogen sus características fundamentales. En primer lugar, el CAO se ocupa solo de los reasentamientos a causa de un proyecto apoyado por la CFI y MIGA. Por el contrario, no forman parte de su competencia los casos en que los Estados decidan desplazar a la población de un lugar por razones distintas, como puede ser para protegerla ante impactos medioambientales [85]. Por tanto, el CAO tiene que establecer el vínculo de causalidad entre el reasentamiento de la población y la implantación del proyecto apoyado por la CFI o MIGA [86].

En segundo lugar, la aplicación de las normas sobre reasentamiento de poblaciones plantea dificultades prácticas, porque en muchos proyectos la empresa privada que se ha beneficiado del apoyo financiero de la CFI o MIGA no es quien realiza ese reasentamiento. En la gran mayoría de casos, las administraciones públicas llevan a cabo el reasentamiento, aunque estas no formen parte de la relación jurídica de financiación entre la empresa y la CFI o MIGA. En algunos casos, los contratos de concesión fueron negociados y adoptados entre la empresa y el Gobierno del Estado de inversión antes de que la CFI o MIGA estuviera involucrada en la financiación del proyecto, con lo que el reasentamiento se sitúa al margen del régimen jurídico vigente en virtud del contrato de concesión entre la empresa y el Estado [87].

---

nes. Véase, sobre ello también «Conclusions of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law», *op. cit.*, nota 74, párrs. 4 y 42.

[85] En estos casos, la responsabilidad recaería sobre los Estados y no habría falta de debida diligencia por parte de la CFI o MIGA, según afirmó el CAO al hilo del proyecto de Karachaganak, «Case of Green Salvation/Residents in the Village of Berezovka II», CAO Appraisal for Audit of IFC, CAO Compliance, O-I-R7-Y06-F086, de 15 de enero de 2008, p. 8.

[86] El CAO se ocupó de la prueba de la relación entre el reasentamiento y la realización de un proyecto en el asunto del pueblo indígena de los *san* en Botsuana. Este pueblo indígena vivía en una reserva natural llamada Central Kalahari Game Reserve, hasta que en 2001 fue forzosamente reasentado de esta reserva y establecido en zonas residenciales exteriores a ella, donde recibían una serie de servicios sociales. Poco después, el Gobierno de Botsuana autorizó concesiones a distintas compañías mineras de diamantes, entre las que se encontraba Kalahari Diamonds Ltd., que contaba con apoyo financiero de la CFI. Esta empresa ocupó el territorio previamente habitado por la comunidad indígena de los *san* e inició la búsqueda de diamantes. Los *san*, en consecuencia, alegaron que el Gobierno los había reasentado porque preveía el uso de la tierra de la reserva para la búsqueda de diamantes. El CAO, no obstante, no observó ninguna relación directa de causalidad que pudiera justificar que exigiera a la CFI una mayor diligencia en la administración de su crédito a Kalahari Diamonds Ltd. Aún así, recomendó a las partes, y al Gobierno de Botsuana, una mayor transparencia en todas las actividades que se realizasen al hilo del proyecto. Véase CAO, «Assessment Report. Complaint Regarding IFC's investment in Kalahari Diamonds Ltd., Botswana», de junio de 2005, pp. 10-11.

[87] Sobre estos problemas advirtió el CAO en el documento «Review of IFC's Safeguard Policies», Draft for Comment, de 25 de septiembre de 2002, p. 31.

En tercer lugar, existe el problema de la larga duración de la mayoría de los procesos de reasentamiento, que pueden obstaculizar la eficacia de la labor del CAO, sobre todo cuando en el transcurso del proceso la CFI o MIGA se retiren del proyecto. Esta situación se produjo en el proyecto de las minas de cobre de Konkola en Zambia. Aunque la CFI había exigido un plan de reasentamiento de la población, cuando la CFI salió de la empresa Konkola Copper Mines, no continuó supervisando la ejecución de ese plan. El CAO señaló en este caso que la CFI tiene la obligación de seguir supervisando la aplicación correcta del plan de reasentamiento aun después de su salida, y de poner a disposición al menos los medios necesarios para facilitar o dar asistencia técnica a la empresa para que tenga el conocimiento necesario para ejecutar el reasentamiento con éxito [88].

A pesar de su aparente dimensión colectiva, el CAO parece entender este derecho también como un derecho individual que una sola persona puede reclamar. Es así como el CAO se ocupó del caso de un indígena penuenche al que Pangue había indemnizado en el contexto del reasentamiento necesario para la construcción de la presa del mismo nombre; posteriormente, el indígena se había quejado de la mala situación personal resultante de su cambio de domicilio, y había recibido promesas del Vicepresidente Ejecutivo de la CFI de que sería compensado complementariamente por la pérdida de su casa y de su tierra de pastoreo. Puesto que después de años de espera seguía sin compensación, el indígena acudió al CAO. El CAO admitió el caso y negoció un arreglo a favor del reclamante con la CFI y la empresa Endesa, S. A. [89].

3.3. El derecho a la seguridad de la persona

El CAO ha conocido varios casos sobre el derecho humano a la seguridad de toda persona. Por esto, el CAO se preocupa de que los proyectos prevean garantías suficientes para la seguridad y la vida de las personas, evitando masacres y muertes entre las comunidades afectadas, con independencia de que sean o no indígenas.

El primer caso relevante se refiere a la auditoría de cumplimiento sobre el papel de la MIGA en el proyecto de la mina de cobre y plata de Dikulushi en la República Democrática del Congo. En septiembre de 2004, la MIGA aprobó los planes para una garantía de riesgo político para la segunda fase de expansión de la mina, cuya concesionaria es la empresa Anvil. Después de las negociaciones oportunas con Anvil, se concedió en mayo de 2005 una garantía de 13,3 millones de dólares. Al mismo tiempo, la empresa había

[88] Cfr. CAO, «Assessment Report: Complaint filed to the CAO regarding the Zambia Konkola Copper Mine (KCM) Project», de noviembre de 2003, p. 17.

[89] Cfr. el asunto *Chile/Empresa Electrica Pangue, S. A.-01/Upper Bio-Bio Watershed,* reclamación de 1 de agosto de 2000, con acuerdo entre las partes de junio de 2001. El procedimiento fue terminado en 2005 al haberse efectuado los pagos correspondientes al reclamante. Véase *http://www.cao-ombudsman.org*.

explicado a los miembros del Consejo de la MIGA que la mina no suponía ningún riesgo de seguridad y que crearía muchos beneficios para la región donde se asienta [90].

No obstante, poco después del inicio de las obras de ampliación de la mina, la sociedad civil detectó fallos en la ejecución del proyecto. Una de las alegaciones de grupos de la sociedad civil fue que Anvil no había sido obligada a cumplir con los principios voluntarios sobre fuerzas de seguridad (*Voluntary Principles on Security and Human Rights)*, ni con las normas de las Naciones Unidas sobre corporaciones transnacionales. Además, se alegó que Anvil era responsable de una masacre ocurrida en octubre de 2004 en Kilwa, a unos cincuenta kilómetros al sur de la mina. Se puso especialmente de manifiesto que existían estrechas relaciones entre la empresa y los altos políticos congoleños que generaron la sospecha de que existía corrupción [91].

En consecuencia, el presidente del Grupo del Banco Mundial encargó una auditoría de cumplimiento al CAO. Este concluyó que MIGA no había tenido suficientemente en cuenta, al igual que tampoco lo tuvo la empresa Anvil, la distinción entre la seguridad convencional, que tiene que ver con la seguridad y bienestar de las personas y los bienes, y la seguridad en el sentido de los principios voluntarios, según los cuales la prestación de servicios de seguridad puede, en sí misma, constituir un riesgo al bienestar de las comunidades [92].

Como en el caso mencionado del Congo, el CAO ha identificado deficiencias de la CFI en materia de seguridad también en el proyecto de la mina de Marlin en Guatemala, al que ya hemos hecho referencia. En este caso, se reclamó contra las fuerzas de seguridad empleadas por una filial de la canadiense Glamis Gold Ltd. llamada Montana Exploradora de Guatemala, S. A. Ya antes de que la CFI aprobara en junio de 2004 un crédito de 45 millones de dólares para dicha mina, se habían producido enfrentamientos entre los protestantes y las fuerzas de seguridad de la mina. En marzo de 2004, un habitante del pueblo vecino de la mina fue tiroteado por un empleado de la empresa de seguridad contratada por Montana, aunque en ese momento este no estaba de servicio. Además, hubo amenazas de muerte tanto contra los que apoyaban el proyecto como los que se oponían al mismo [93]. A principios de 2005, tuvo lugar otro asesinato y más amenazas de muerte [94]. El CAO señaló en su informe que en una situación tan particular como la de Guatemala,

---

[90] Cfr. «CAO Audit of MIGA's Due Diligence of the Dikulushi Copper-Silver Mining Project in The Democratic Republic of the Congo», Final Report, de noviembre de 2005, p. i.

[91] Cfr. la nota de prensa «World Bank support for extractives: complicity in human rights violations», Bretton Woods Project, de 12 de septiembre de 2005, p. 1.

[92] Cfr. «CAO Audit of MIGA's Due Diligence of the Dikulushi Copper-Silver Mining Project in The Democratic Republic of the Congo», Final Report, noviembre de 2005, p. 22. Véase también la nota de prensa «Audit finds MIGA at fault in DRC mine», Bretton Woods Project, de 8 de abril de 2006, p. 1.

[93] Véase la nota de prensa «World Bank support for extractives: complicity in human rights violations», Bretton Woods Project, de 12 de septiembre de 2005, p. 2.

[94] Véase la nota de prensa «Further violations at IFC-backed mine», Bretton Woods Project, de 10 de abril de 2005, p. 1.

con unos acuerdos de paz que solo garantizaban una normalidad inestable al término de la guerra civil, la empresa Montana debería haber adoptado los principios voluntarios a fin de ofrecer garantías sobre sus fuerzas de seguridad [95] y que la CFI debería asegurar que todos los proyectos financiados por ella cuenten con unas medidas de seguridad respetuosas con los derechos humanos [96]. Una vez que el CAO hubo adoptado el informe, la CFI aseguró que acataría las doce recomendaciones formuladas por el CAO. No obstante, un mes después de la adopción del informe por el CAO, la sociedad civil criticó que la CFI solo había aplicado dos de las recomendaciones, en relación con la propuesta de un plan de control público participativo y el establecimiento de un marco de diálogo y consultas [97]. Como ya hemos puesto de manifiesto con anterioridad, la mina Marlin sigue siendo en la actualidad objeto de enconadas controversias, aunque la CFI ya no esté vinculada al proyecto.

3.4. El derecho a la salud

El derecho a la salud está estrechamente vinculado con la preservación del medio ambiente; por esta razón, en casi toda reclamación ante el CAO que versa sobre la protección del medio ambiente están presentes indirectamente elementos del derecho a la salud [98]. Sin embargo, ha habido pocos casos específicamente orientados hacia la salud de las personas afectadas por un proyecto. A continuación, vamos a ocuparnos de los dos casos que hemos identificado como directamente relacionados con el derecho a la salud.

En el proyecto de Lukoil Overseas en Kazajstán, el CAO realizó un informe de evaluación en el que señaló una serie de obligaciones de la empresa y del Gobierno de Kazajstán sobre la publicación de los resultados de los estudios medioambientales, para garantizar que la población de Berezovka tuviera pleno conocimiento de las razones del empeoramiento de su situación sanitaria. Según la población afectada, la falta de información hacía que la empresa Karachaganak Petroleum Operation b. v., pudiera perjudicar impunemente la salud de la población por llamear el exceso de gas en la perforación petrolífera. Este es un proceso habitual en las perforaciones y debe llevarse a cabo bajo estricto control medioambiental. La publicación de los informes hubiera permitido saber que la mala situación sanitaria de la población no era atribuible a la empresa, y por tanto tampoco a la CFI, que había apoyado dicho

---

[95] Cfr. CAO, «Assessment of a complaint submitted to CAO in relation to the Marlin Mining Project in Guatemala», de 7 de septiembre de 2005, p. 36.

[96] *Ibid.*, p. 39.

[97] Cfr. la nota de prensa «Guatemala mine: IFC response», Bretton Woods Project, de 21 de noviembre de 2005, p. 1.

[98] Así, entre otros, también el asunto sobre las papeleras en Uruguay trató del derecho a la salud, aunque lo hizo en el contexto de sus consideraciones sobre el medio ambiente. Entre otras cosas, el CAO logró que la CFI presionara para una reducción de la dioxina en el proceso de blanqueación de la masa papelera. Véase sobre la evaluación de los resultados de la acción del CAO en este caso, GRANGER, C. L., «The Role of International Tribunals in Natural Resource Disputes in Latin America», *Ecology L. Q.*, vol. 34, 2007, pp. 1297-1347, p. 1340.

proyecto [99]. En efecto, el empeoramiento se debía a la reducción generalizada del nivel de vida de la población en Kazajstán en aquel periodo de tiempo.

En este mismo caso, el CAO señaló que era conveniente emplear revisores independientes con la calidad de expertos, que tuvieran la posibilidad de participar en los estudios ambientales. Esto podría reducir drásticamente el riesgo de que estos estudios fueran imparciales [100].

Otro caso se refería a un préstamo de la CFI, aprobado en octubre de 2006, de 55 millones de dólares a favor de la compañía Nicaragua Sugar Estates Limited (NSEL) para aumentar e intensificar el cultivo y procesamiento de la caña de azúcar. NSEL está establecida en los Departamentos de León y Chinandega de Nicaragua. El proyecto incluyó la construcción de una planta para producir y exportar etanol y el préstamo de la CFI se estructuraba en una aportación de 25 millones de dólares desembolsados como préstamo de categoría A, y otro préstamo sindicado de categoría B para un máximo de 30 millones de dólares.

Entre los más de mil empleados de NSEL se había extendido una grave enfermedad de riñón, la llamada insuficiencia renal crónica, que en la mayoría de los casos causa una muerte muy dolorosa. En su informe de evaluación, el CAO exigió que la empresa apoyara la investigación de las causas de la enfermedad, y que asistiera a las personas enfermas y a las viudas [101]. En este caso se produjo una oportunidad para medir la eficacia de la intervención del CAO en la manera en que se ofrecen los servicios sanitarios, puesto que un consultor independiente realizó un estudio sobre las opciones disponibles para el cuidado a corto y largo plazo de las personas con insuficiencia renal crónica. Dicho consultor explicó en su informe, con cierta sorpresa, que «después de la visita del Banco Mundial la clínica había mejorado» [102]. Se refería a una visita del CAO al centro de salud de Chichigalpa.

Con el fin de solucionar la reclamación, a lo largo del año 2009, el CAO contribuyó a la puesta en funcionamiento de una mesa de diálogo para la discusión de asuntos relacionados con la insuficiencia renal crónica. Además, se realizó un estudio sobre las necesidades a corto y largo plazo que pueden mejorar la sanidad y el apoyo a personas afectadas por la enfermedad y a sus familiares. A partir de allí se alcanzó un acuerdo para prestar ayuda a las familias afectadas, que incluía ayuda para la comida durante dos años y asistencia para los servicios sanitarios. Finalmente, se decidió que la Escuela

---

[99] Cfr. CAO, «Assessment Report. Complaint Regarding the Lukoil Overseas Project (Karachaganak Oil and Gas Field). Burlinsky District, Western Kazakhstan Oblast, Kazakhstan», de 15 de abril de 2005, p. 10 (recomendación núm. 3).

[100] *Ibid*., p. 10 (recomendación núm. 2).

[101] Cfr. CAO, «Stakeholder Assessment Report Regarding Community and Civil Society concerns in relation to activities of the Nicaragua Sugar Estates Limited (NSEL), Nicaragua», de diciembre de 2008, pp. 10-11.

[102] Cfr. el informe «*Needs Assessment:* Options to improve immediate and long-term care for people suffering from Chronic Renal Insufficiency. Independent Consultant report to the Office of the Compliance Advisor/Ombudsman of the International Finance Corporation and the Multilateral Investment Guarantee Agency», Departamento de Chinandega, Nicaragua, de octubre de 2009, p. 19.

de Salud Pública de la Universidad de Boston realizara un estudio epidemiológico independiente sobre la enfermedad en Nicaragua [103]. Este estudio se ha extendido a lo largo de dos fases, arrojando los primeros resultados en 2010, en que señala que no se pueden encontrar correlaciones entre los químicos utilizados en las plantaciones de azúcar y el brote de la enfermedad renal. Además, han surgido indicios que apuntan a que esta enfermedad es un problema también en otras regiones de Nicaragua y en otros Estados de América Central. Se está pendiente de realizar una investigación más amplia en una tercera y última fase de la investigación de la Universidad de Boston para poder identificar con precisión la fuente del brote de esta enfermedad [104].

3.5. Los derechos laborales

Los derechos laborales enumerados en las ND de la CFI y MIGA llevan numerosas referencias a los tratados internacionales en materia laboral [105]. Esto permite que el CAO pueda actuar como órgano de control sobre la aplicación de dichos tratados. No obstante, solo recientemente se han presentado tres reclamaciones en esta materia. La Confederación de Sindicatos Turcos Türk-Iş es autora de dos de estas reclamaciones. La primera se dirige contra la empresa de componentes sellantes para automóviles Standard Profil, la segunda contra el productor de láminas de aluminio Assan Aluminyum. La tercera reclamación fue presentada contra la empresa azucarera nicaragüense NSEL por el ya referido caso de las enfermedades de riñón de sus trabajadores.

En el asunto que involucraba a Standard Profil, así como en el asunto contra NSEL, el CAO analizó la normativa aplicable. En el caso contra Standard Profil, el CAO empleó exclusivamente las normas propias de la CFI para determinar los estándares laborales que la empresa estaba obligada a cumplir [106]. En primer lugar, el CAO indicó que la empresa debe promover el conocimiento de las ND y otras normas aplicables entre los trabajadores [107].

---

[103] Cfr. CAO, «Progress Report. NSEL - Nicaragua», de 15 de mayo de 2009, p. 1.

[104] Cfr. CAO, «Construyendo las Bases para la Confianza y Sanación: NSEL, ASOCHIVIDA y la Salud Comunitaria», abril de 2011, p. 2.

[105] En relación con las normas aplicables a la CFI, puede mencionarse la Norma núm. 2 (Trabajo y condiciones de trabajo), en cuya introducción se menciona que «*the requirements set out in this Performance Standard have been in part guided by a number of international conventions negotiated through the International Labour Organization (ILO) and the United Nations (UN)*». Como convenciones que fueron tomadas en cuenta, se citan las siguientes: Convenio núm. 87 de la OIT sobre la libertad de asociación y protección del derecho a organizarse; Convenio núm. 98 sobre el derecho a organizarse y de negociación colectiva; Convenio núm. 29 sobre trabajo forzoso; Convenio núm. 105 sobre la abolición del trabajo forzoso; Convenio núm. 138 sobre la edad mínima para trabajar; Convenio núm. 182 sobre las peores formas de trabajo infantil; Convenio núm. 100 sobre remuneración igualitaria; Convenio núm. 111 sobre discriminación en el empleo y trabajo; así como el art. 32.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (sobre prohibición de trabajo infantil).

[106] Cfr. CAO, «Stakeholder Assessment Regarding Labor Rights Concerns at Standard Profil, Turkey», de 2 de febrero de 2009, p. 5, párr. 5 (Recommended Actions).

[107] Cfr. *ibid*., pp. 5-6; y CAO, «Stakeholder Assessment Report Regarding Community and Civil Society concerns in relation to activities of the Nicaraguan Sugar Estates Limited (NSEL), Nicaragua», de diciembre de 2008, p. 12.

Además, exigió la formación de los trabajadores con el fin de garantizar una correcta aplicación de estas normas. Al mismo tiempo, el CAO pidió de Standard Profil que realizara una auditoría independiente sobre la aplicación de las normas, para comprobar su correcta aplicación [108].

El caso referido a la empresa Assan Aluminyum fue presentado en un momento en que la CFI aún no había terminado su propio análisis de debida diligencia para decidir si financiaría el proyecto. El CAO se comunicó con la CFI para pedirle que prestara especial atención a los aspectos del proyecto que tuvieran consecuencias para el Derecho laboral, por lo que la CFI exigió a la empresa que protegiese la libertad de asociación, adoptara políticas de igualdad de oportunidades y no discriminación, confirmara la aplicabilidad de los estándares laborales más importantes y educara sobre los derechos y obligaciones de los empleados [109].

4. CONCLUSIONES

1. Aunque los estatutos de la CFI y MIGA no prevean la competencia para cuestiones que exceden de consideraciones económicas al emitir préstamos o al garantizar inversiones extranjeras, en la práctica a partir de los años noventa estas instituciones financieras las han ido asumiendo. La ampliación del ámbito de trabajo de esas instituciones financieras internacionales se ha producido de acuerdo con la teoría de las competencias implícitas y fue posibilitada por una interpretación cada vez más amplia del concepto de desarrollo económico, que incorporó los derechos humanos y la protección del medio ambiente. A imagen de lo que ocurrió con el BIRF cuando se creó el Panel de Inspección, la génesis del CAO en 1998 constituyó un hito fundamental en la consolidación de un régimen autónomo de aplicación de los derechos humanos y de protección medioambiental en el Banco Mundial. La eficacia de cualquier norma de DI requiere la existencia de algún procedimiento a través del cual esta norma se manifieste o un mecanismo que pueda aplicar esta norma, por poco institucionalizado que éste sea. A la vista de ello, se entiende que se haya creado el CAO para aplicar las normas de la CFI y MIGA. No obstante, al tiempo que se resuelve en alguna medida el problema de la aplicación de las reglas propias de las instituciones financieras, se ha creado un nuevo sector normativo. Este sector puede tener el efecto de contribuir a llenar las lagunas jurídicas y ulteriormente reafirmar la unidad del ordenamiento jurídico internacional. También crea el riesgo de que este nuevo sector normativo entre en relación y competencia con otros sectores normativos o con normas generales. La tensión resultante se percibe tanto en las normas procesales del CAO como en el contenido dado a varias disposiciones de las ND, y se pone de manifiesto en estas conclusiones.

---

[108] Cfr. CAO, «Stakeholder Assessment Regarding Labor Rights Concerns at Standard Profil, Turkey», de 2 de febrero de 2009, pp. 5-6.

[109] Cfr. CAO, «Assan Aluminyum Project - Complaint Conclusion Report», de agosto de 2010.

2. Desde los años 2006 y 2007, respectivamente, la CFI y MIGA aplican ND homogéneas para regular las obligaciones de las empresas clientes así como las obligaciones de debida diligencia que ambas instituciones financieras deben ejercer en la supervisión de las empresas clientes cuando les conceden préstamos o garantías de inversión. Nos encontramos en un campo normativo en el que confluyen obligaciones internacionales de empresas (privadas) con obligaciones internacionales complementarias de OI (la CFI y MIGA). En esta ecuación, las obligaciones de las instituciones financieras se articulan en torno a la debida diligencia en la supervisión de los proyectos apoyados por estas organizaciones. La naturaleza de estas obligaciones es de DI.

3. Además de las disposiciones contenidas en las ND, que son reglas propias de las instituciones financieras, estas mismas normas recogen otros tratados internacionales. El presente estudio se ha centrado en aquellos tratados que se refieren más directamente a los derechos humanos. Esta relativa apertura de las ND a tratados internacionales ampliamente aceptados por los Estados es una señal de que la CFI y MIGA intentan respetar las normas generales de DI en estas materias. Esta conclusión la corrobora el hecho de que el CAO respeta las obligaciones internacionales que individualmente vinculan a los Estados donde se realiza un proyecto (esencialmente, tratados internacionales en los que el Estado es parte). Este respeto de la soberanía de los Estados puede interpretarse como un acatamiento por parte de la CFI, MIGA y, por ende, del CAO, de los principios estructurales de la soberanía e integridad territorial del Estado y del cumplimiento de buena fe de las obligaciones contraídas (*pacta sunt servanda*).

4. Como hemos señalado, las reclamaciones que supervisa el CAO se dan esencialmente entre las empresas clientes y las instituciones financieras. No obstante, se observa también que el CAO se refiere a veces a obligaciones de los Estados donde se ubican los proyectos. Así se ha constatado en la consulta previa a los pueblos indígenas cuando un proyecto afectaba a su hábitat tradicional, y en los reasentamientos por la construcción de un gran proyecto de infraestructura. No obstante, el CAO aún no se ha planteado un tratamiento sistemático del papel de los Estados en las relaciones entre empresa e institución financiera.

5. El CAO ha desarrollado un procedimiento relativamente sofisticado para conocer las reclamaciones individuales, que tramita a través de su función de *ombudsman*. El estudio del tratamiento por el CAO de estas reclamaciones arroja una imagen muy similar a otros mecanismos de control internacional. También se han consolidado algunas particularidades en el procedimiento. Por ejemplo, el CAO solo admite una única reclamación contra una empresa por la misma violación de las ND, aunque puedan existir múltiples víctimas. Esto se explica porque el CAO no se considera un mecanismo de resarcimiento o indemnización, sino que entiende que su función es garantizar la eficacia de los proyectos apoyados por la CFI y MIGA, en beneficio de las personas afectadas por ellos.

Por tanto, el CAO es un mecanismo internacional de control y aplicación de normas que carece de funciones judiciales, pero que goza de un elevado

grado de institucionalización, y que consolida la vigencia de un régimen autónomo de reglas sociales y medioambientales aplicadas por la CFI y MIGA, en el ámbito del DI económico.

6. Específicamente en el campo de los pueblos indígenas, se observa que la labor normativa de la CFI y MIGA ha intensificado la discusión sobre si los pueblos indígenas deben dar su consentimiento a un proyecto establecido sobre su territorio, o basta con que sean consultados. Tanto la redacción de las ND como la práctica del CAO se inclinan por la consulta, mientras que la Declaración de las Naciones Unidas sobre los pueblos indígenas de 2007 exige el consentimiento. Sin entrar en el debate de si dicha Declaración declara o cristaliza el DI consuetudinario en la materia, ello supone un buen ejemplo del riesgo de fragmentación que se corre en este ámbito. Otro ejemplo de riesgo de fragmentación del DI por la existencia de distintos regímenes jurídicos sobre derechos humanos se encuentra en la cuestión de la protección de la cultura indígena a través del respeto de los lugares sagrados de esas comunidades, como ha demostrado la jurisprudencia internacional sobre los cementerios o lugares sagrados.

7. La práctica del CAO ilustra las virtudes y las disfunciones de la pluralidad de regímenes jurídicos, cuyo origen es la naturaleza descentralizada del DI. Debido a que las normas se adoptan en foros diferentes, sean conferencias internacionales u OI, no participan siempre los mismos sujetos en los procesos de formación de normas. En el presente caso, estamos en presencia de normas creadas por el Grupo del Banco Mundial y de otras normas internacionales, adoptadas en el seno de la ONU, la OIT y otras OI. Para superar la fragmentación de los regímenes jurídicos, la Comisión de Derecho Internacional ha recomendado emplear reglas tales como la de *lex specialis* y el principio de armonización, pero la existencia de mecanismos de aplicación propios de cada uno de los regímenes impide que se emplee la jurisprudencia de otros mecanismos o normas externas a esos regímenes. Una solución a este problema podría ser desvincular los mecanismos de aplicación de sus estrictos mandatos institucionales y permitirles recurrir al DI general en su labor interpretativa. La CFI y MIGA, en efecto, han hecho intentos en esta dirección; en concreto, al incorporar otras normas internacionales entre las ND, en particular tratados de derechos humanos sobre los pueblos indígenas y la protección de los trabajadores. El inconveniente de esta solución es que los Estados se vincularían por mecanismos cuyos mandatos escaparían de los límites fijados en los estatutos de ambas OI, porque se incorporarían a tratados internacionales en que no necesariamente todos los Estados afectados serían parte. El resultado sería que los Estados perderían el control sobre mecanismos por los que sin este control probablemente no se habrían vinculado.

8. Para concluir, el presente estudio invita a reflexionar sobre la eficacia del CAO, que es medible sobre todo en la tramitación de las reclamaciones individuales. En general, se puede apreciar que el CAO ha podido contribuir significativamente a la protección de derechos humanos en los proyectos en los que las partes (sobre todo los reclamantes) están abiertas a la negociación

con la empresa inversora. Cuando el CAO ha iniciado su función de *ombudsman,* se han podido observar algunas mejoras. Parece que solo en algunos casos el CAO no ha logrado resultados satisfactorios. En casos como la mina de Yanacocha en Perú, las papeleras en Uruguay y la mina Marlin en Guatemala, los conflictos fueron muy complejos y multidimensionales, y una oficina relativamente pequeña como la del CAO no logró avanzar en su solución. No obstante, incluso en este tipo de casos, el CAO constituye al menos un elemento de presión más, que en conjunción con otros mecanismos internacionales (e incluso nacionales) de control y aplicación de normas puede contribuir a una mayor flexibilización de las posturas de las partes para lograr alguna clase de acomodo o transacción.

RESUMEN

LA INTEGRACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA LABOR DEL BANCO MUNDIAL: EL CASO DEL *OMBUDSMAN* Y ASESOR EN MATERIA DE OBSERVANCIA

El estudio analiza la Oficina del *Ombudsman* y Asesor en Materia de Observancia (CAO) de la Corporación Financiera Internacional y de la Agencia Multilateral de Garantía de Inversiones, que forman parte del Grupo del Banco Mundial. El objetivo es analizar cómo se integran los derechos humanos en la labor de este mecanismo, a la vista del tradicional recelo del Banco Mundial para ocuparse abiertamente de las violaciones de los derechos humanos que se producen como consecuencia de la realización de proyectos de inversión por él apoyados. Para ello, se analiza cómo el CAO ha dado contenido a su estatuto de 1998 a lo largo de una práctica en la que ha interpretado tanto las disposiciones procesales sobre sus funciones de *ombudsman*, cumplimiento y asesoramiento, como las normas sustantivas contenidas en los normas de desempeño.

Palabras clave: *Ombudsman* y Asesor en Materia de Observancia, Banco Mundial, Corporación Financiera Internacional, Agencia Multilateral de Garantía de Inversiones, inversiones extranjeras, derechos humanos, pueblos indígenas, mecanismos de aplicación.

ABSTRACT

THE INTEGRATION OF HUMAN RIGHTS IN THE WORK OF THE WORLD BANK: THE COMPLIANCE ADVISOR/OMBUDSMAN

This article discusses the role of the Compliance Advisor/Ombudsman (CAO) of the International Finance Corporation and the Multilateral Investment Guarantee Agency, which both belong to the World Bank Group. Given the traditional hesitancy of the World Bank to deal with human rights violations that occur as a result of the investment projects that it supports, our objective is to analyse how the CAO office has integrated human rights into its activity. The study consists of two parts which examine how the CAO's office has deployed its functions with regard to its terms of reference laid out in 1998. In the first part, we study the procedural practices of the compliance advisor/ombudsman's functions, and in the second part, the substantive practices in applying performance standards.

Keywords: Compliance Advisor-Ombudsman, World Bank, International Finance Corporation, Multilateral Investment Guarantee Agency, foreign investment, human rights, indigenous people, implementation mechanisms.

RÉSUMÉ

L'INTÉGRATION DES DROITS DE L'HOMME DANS LE TRAVAIL DE LA BANQUE MONDIALE: LE CAS DE L'OMBUDSMAN ET CONSEILLER EN MATIÈRE D'OBSERVANCE

L'article traite de l'Office de l'ombudsman et conseiller de conformité (CAO) de la Société financière internationale et de l'Agence multilatérale de garantie des investissements, qui font partie du groupe de la Banque mondiale. L'objectif est d'analyser la façon d'intégrer les droits de l'homme dans les travaux de cet office, compte tenu de la méfiance traditionnelle de la Banque mondiale pour faire face aux violations des droits humains qui se produisent à la suite des projets d'investissement soutenus par elle. À cette fin, nous analysons comment le CAO a donné un contenu à son statut de 1998 avec une pratique qui a joué sur les aspects des dispositions de procédure, notamment des fonctions d'ombudsman, de conformité et de conseil, et sur le fond des réclamations présentées en application des critères de performance.

Mots-clés: ombudsman et assesseur en matière d'exécution, Banque mondiale, corporation financière internationale, Agence multilatérale de Garantie des Investissements, investissements étrangers, droits de l'homme, populations indigènes, mécanismes d'application.

ACCIÓN PAULIANA E INTEGRACIÓN EUROPEA: UNA PROPUESTA DE LEY APLICABLE*

Laura CARBALLO PIÑEIRO
Profesora Titular de Universidad de Derecho internacional privado
Santiago de Compostela

SUMARIO: 1. EL SILENCIO LEGISLATIVO SOBRE LA LEY APLICABLE A LA ACCIÓN PAULIANA.—2. ASPECTOS SUSTANCIALES.—2.1. El contexto normativo.—2.2. La discusión sobre su naturaleza jurídica.—3. LA DISCUSIÓN SOBRE LA LEY APLICABLE A LA ACCIÓN PAULIANA.—3.1. Criterios presentes en la selección de la ley aplicable.—3.2. Las diversas propuestas de ley aplicable.—3.2.1. *Lex loci delicti commissi*.—3.2.2. La ley rectora de la pretensión principal del acreedor.—3.2.3. La ley del lugar de la ejecución.—3.2.4. La ley rectora de la eficacia de la relación jurídica impugnada.—3.2.5. Acumulación de leyes.—4. PROPUESTA: LOCALIZACIÓN DEL ORDENAMIENTO MÁS VINCULADO EN FUNCIÓN DE LA PROTECCIÓN DEL CRÉDITO.

1. EL SILENCIO LEGISLATIVO SOBRE LA LEY APLICABLE A LA ACCIÓN PAULIANA

1. Los esfuerzos de la Unión Europea por elaborar un sistema completo de Derecho internacional privado se han materializado en una prolífica actividad normativa, en la que no siempre se reflejan adecuadamente los intereses presentes ni la complejidad del universo jurídico [1]. Prueba de las

* Este trabajo se enmarca en el periodo de disfrute de una beca de la Fundación Alexander von Humboldt (2010-2012) y ha sido financiado por el Ministerio de Educación, a través del Proyecto de investigación SEJ2007-61137, «El Derecho económico internacional ante la Globalización», la Consellería de Educación e Ordenación Universitaria de la Xunta de Galicia y el FEDER.

[1] ARENAS GARCÍA, R., «La distinción entre obligaciones contractuales y obligaciones extracontractuales en los instrumentos comunitarios de Derecho internacional privado», *AEDIPr*, t. VI, 2006, pp. 403-425.

dificultades con las que se enfrenta el esfuerzo codificador comunitario es la protagonista de este trabajo, la acción pauliana, que aquí se define como una facultad que ostenta el acreedor de impugnar un acto válido de disposición realizado en perjuicio de su crédito, cuando no pueda cobrar de otro modo lo que se le debe. Esta facultad no es desconocida al Derecho europeo, como consecuencia de haber sido objeto de las decisiones *Reichert c. Dresdner Bank* [2], en las que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) acaba constatando que la acción pauliana no es ni materia contractual, ni materia extracontractual.

Con estos mimbres y de las denominaciones de los Reglamentos (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) [3], y núm. 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II) [4], podría ya deducirse que este remedio legal del perjuicio de acreedores no está incluido en los instrumentos comunitarios sobre ley aplicable. Sin embargo, la Propuesta de Reglamento sobre ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, presentada por la Comisión, apuntaba otra respuesta: «La línea divisoria entre obligaciones contractuales y delictuales no es sin embargo idéntica en todos los Estados miembros y pueden surgir dudas en cuanto a la aplicación de tal o cual instrumento —el Convenio de Roma o el Reglamento propuesto— en un litigio dado, por ejemplo en cuanto a la responsabilidad precontractual, *culpa in contrahendo* o acción pauliana. El Tribunal ya tuvo la ocasión de constatar, en el marco del art. 5, apartados 1 y 3, del Convenio de Bruselas, que la materia delictual tiene un carácter residual con relación a la contractual que debe entenderse en sentido estricto, tendrá que afinar más su análisis en el marco de la interpretación del Reglamento propuesto» [5].

2. De las palabras citadas se desprende la tensión que existe entre Roma I y Roma II, consecuencia de la dialéctica entre materia contractual y delictual [6], y que llevaría a incluir en Roma II lo que no fuera calificable como contractual. Para empezar, ha de tenerse en cuenta que el TJUE considera que procede la calificación contractual cuando la situación se basa en una relación libremente asumida por las partes. Con la acción pauliana el ordenamiento jurídico pone a disposición de los acreedores un mecanismo de impugnación de un acto, u omisión, realizado por su deudor en perjuicio de su crédito, esto es, si se cumplen sus requisitos, el acreedor impugnante puede cobrarse en los bienes que salieron del patrimonio de su deudor a través de un acto válido. Para hacer efectiva esta facultad, el acreedor ha de ejercitarla

[2] SSTJUE de 10 de enero de 1990, As. 115/88, *Reichert c. Dresdner Bank*, *Rec.,* 1990, pp. 27-43; de 26 de marzo de 1992, As. 261/90, *Reichert c. Dresdner Bank, Rec.* 1992, pp. 2149-2186.

[3] *DOUE* núm. L 177, de 4 de julio de 2008.

[4] *DOUE* núm. L 199, de 31 de julio de 2007.

[5] Propuesta Roma II [documento COM(2003) 427 final], pp. 8-9.

[6] STJUE de 27 de octubre de 1988, As. 51/97, *Reunión européenne*.

judicialmente frente al tercero beneficiado por el acto impugnado, para que ponga a su disposición los bienes que han salido del patrimonio del deudor. Así, el ordenamiento jurídico no compromete a priori la libertad de gestión del deudor, pero reacciona cuando el acreedor no puede ejecutar su crédito permitiéndole vincular los bienes que ahora están en poder de un tercero [7]. En esta relación están enfrentados acreedor y tercero, sin que la libertad de disposición intervenga en su conformación, por lo que no cabe subsumir esta impugnación en el Reglamento Roma I.

Así las cosas y dentro de la dialéctica reseñada entre Roma I y Roma II, la acción pauliana habría de residenciarse en este último, como pretendía la Comisión. Pero hay dos datos que impiden a día de hoy culminar con éxito la operación. El primero exige recordar la ya citada sentencia *Reichert*, donde se descarta el carácter extracontractual de la acción pauliana; el segundo parte de la constatación de que el ámbito de aplicación material de Roma II no se ciñe a las obligaciones extracontractuales, sino que alcanza también a la *culpa in contrahendo*, el enriquecimiento sin causa y la gestión de negocios, pero donde no existe una regla específica sobre la acción pauliana. Tendríamos, por tanto, una laguna indicativa de que la acción pauliana no está comprendida en el ámbito de aplicación del vigente Reglamento [8], laguna confirmada por el dato de que el Proyecto de instrumento sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, elaborado por el Consejo de la Unión Europea, sí contenía una norma de conflicto para la acción pauliana [9].

3. Sin embargo, no deja de sorprender que, siendo un remedio conocido por el legislador comunitario, la acción pauliana haya quedado al margen de la compilación de normas de conflicto; y todavía es más sorprendente si se recuerda que, en cambio, la acción pauliana concursal sí cuenta con su propia norma de conflicto, la que dibujan los arts. 4.2.*m)* y 13 del Reglamento (CE) núm. 1346/2000, de 29 de mayo, sobre procedimientos de insolvencia. La sorpresa se diluye cuando intentamos determinar cuál es la ley aplicable a la acción pauliana, cuestión sobre la que reina la confusión, existiendo numerosas propuestas [10], que le atribuyen una u otra calificación, o evalúan de un modo u otro el conflicto de intereses subyacente a la misma. Prueba de la confusión reinante es que sólo un ordenamiento cuenta en la Unión Europea con una norma de conflicto específica, el § 19 de la *Anfechtungsgesetz* alemana [11]. La

---

[7] De Castro, F., «La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial», *RDP*, 1932, pp. 193-227, p. 198; Cristóbal Montes, A., *La vía pauliana*, Madrid, 1997, pp. 14-15.

[8] En este sentido, véase Calvo Caravaca, A. L., y Carrascosa González, J., *Las obligaciones extracontractuales en Derecho internacional privado. El Reglamento Roma II*, Granada, Comares, 2008, p. 77.

[9] Véase Documento del Consejo de la Unión Europea núm. 11982/99, presentado en Bruselas el 9 de diciembre de 1999, que contiene el Proyecto. Sobre el contenido de la norma, véase *infra,* núm. 21.

[10] Sobre estas dificultades, véase por todos, Forner, J. J., «Derecho europeo: La acción pauliana bajo el TJCE (una opinión discrepante de *Reichert II*)», en Forner Delaygua, J. J. (ed.), *La protección del crédito en Europa: La acción pauliana,* Barcelona, Bosch, 2000, pp. 137-149, pp. 139-140.

[11] *Gesetz über die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Insolvenzverfahrens,* de 5 de octubre de 1994, en vigor desde el 1 de enero de 1999. Para una comparación entre las normas españolas dedicadas a la acción pauliana y las alemanas, véase Möhlenbrock, R., *Die Gläubige-*

jurisprudencia es, en cambio, más rica, aunque no en el caso español: en los dos supuestos con elemento extranjero que hemos podido localizar, ambos tribunales ignoran dicho elemento, aplicando sin mayores consideraciones el Derecho español [12].

4. El porqué de las dificultades para determinar la ley aplicable a la acción pauliana se remonta a la especialidad de este remedio del perjuicio de acreedores, que es tratado con desconfianza porque permite impugnar un acto válido y, por ello, representa un cuerpo extraño en el Derecho privado, basado en la estabilidad de las relaciones jurídicas. Ahora bien, una somera aproximación histórica y de Derecho comparado permite constatar la utilidad del remedio, que se traduce en su existencia en la mayoría de ordenamientos jurídicos, sin perjuicio de que algunos lo reserven para las situaciones de concurso de acreedores, como es el caso de Suecia. En la segunda parte del trabajo se exponen las dificultades que plantea la determinación de la naturaleza jurídica de la figura, porque ello incide, no solo en la operación de calificación (que podría suponer su inclusión en Roma II. Véase *infra* núm. 14), sino también en algunas de las propuestas de ley aplicable que presentamos en la tercera parte del trabajo. Por otra parte, el examen de los aspectos sustanciales de la acción pauliana permite constatar que, aunque reconocible en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, la diversidad legislativa es ciertamente importante, debido a las distintas aproximaciones a sus presupuestos y requisitos. En el marco de la desconfianza que genera, parece que el mejor método de regulación sería el uniforme, pero este exige un esfuerzo que, de momento, sólo se ha emprendido respecto de la acción pauliana concursal y en el marco de la elaboración de una guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia [13]. En la medida en que ambas no son más que modalidades del mismo instituto, el trabajo realizado podría servir igualmente para aproximar legislaciones en materia de acción pauliana ordinaria, pero aquí vuelven a surgir las discrepancias, puesto que en algunos ordenamientos prácticamente presentan la misma regulación, como es el caso de Alemania, pero no así en la mayoría.

El fundamento de la acción pauliana es la protección del crédito [14], que hace intervenir al ordenamiento jurídico para dilucidar el conflicto entre el acreedor impugnante y el tercero adquirente del beneficio patrimonial. El carácter regulador del mecanismo podría aconsejar una aproximación unila-

---

ranfechtung im deutschen und spanischen Recht: eine rechtsvergleichende Betrachtung der Gläubigeranfechtung innerhalb und außerhalb des Konkurses, Frankfurt am Main, Lang, 1996, pp. 111-154.

[12] STS de 13 de mayo de 1974 (RA 2062), y, más recientemente, AP Castellón (Sección 3.ª) núm. 602, de 28 de diciembre de 2007 (AC 2008/576), supuesto en el que ya ni se consigue probar uno de los presupuestos de la acción pauliana, la existencia de crédito, y, como es una cuestión previa, el tribunal no tuvo que entrar en otros razonamientos, ni conflictuales ni sustanciales, para desestimar la acción pauliana; en todo caso, la cita es siempre a preceptos españoles.

[13] Véase UNCITRAL: Documentos A/CN.9/WG.V/WP.70 y A/CN.9/WG.V/WP.72.

[14] De Castro, F., *op. cit.*, nota 7, pp. 202-209; Cristóbal Montes, C., *op. cit.*, nota 7, pp. 43-71; Jordano Fraga, F., *La acción revocatoria o pauliana. Algunos aspectos esenciales de su régimen en el Derecho vigente*, Granada, Comares, 2001, pp. 47-246; de Torres Perea, J. M., *Presupuestos de la acción rescisoria*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, pp. 115-123.

teral [15], pero esta se revela insatisfactoria si se toma en consideración el grado de dispersión que puede alcanzar la acción pauliana: su carácter internacional puede derivarse de la ley rectora del crédito impugnante, la ley rectora del acto u omisión impugnado, el domicilio del acreedor, del deudor o del tercero beneficiado, o la situación de los bienes objeto del acto impugnado, conexiones que se multiplican con el juego del conflicto móvil. En esta tesitura, el método bilateral parece el más adecuado para abordar la ley rectora de la acción pauliana, discusión a la que llegamos en la cuarta parte de este trabajo tras haber transitado por las distintas propuestas que se han hecho, exponiendo sus pros y contras. La variedad es tan amplia que, prácticamente, se han explorado todas las posibilidades, por lo que el trabajo ha de finalizar ponderando cuál puede ser, a día de hoy, una propuesta aceptable. Que la misma prospere, ya depende de que el legislador comunitario fije sus ojos en este remedio civil del perjuicio de acreedores.

2. ASPECTOS SUSTANCIALES

2.1. El contexto normativo

5. La acción pauliana se remonta al Derecho romano, cuando la conformación de la responsabilidad patrimonial exige mecanismos que salvaguarden la realización del crédito. Su larga formación histórica y la incertidumbre que rodea su naturaleza jurídica son causa de interminables polémicas, que se suceden con independencia del ordenamiento jurídico que se tome como referencia. Pero la lógica de su planteamiento no solo es propia de los ordenamientos jurídicos continentales herederos del Derecho romano, sino que también se descubre en los países de *common law*, donde aparecen mecanismos ad hoc que se aproximan al esquema pauliano. Una primera aproximación a la figura parte precisamente de la distinción entre sistema continental y anglosajón, exponiendo el origen histórico de los diversos remedios que pueden ser considerados como acción pauliana.

En todo caso, es interesante destacar la existencia de un acuerdo sustancial sobre la composición de este remedio: a pesar del desacuerdo sobre su naturaleza jurídica, sí existe consenso sobre su estructura, de modo que las divergencias entre ordenamientos se miden en función de una u otra combinación en el contenido de los requisitos que conducen a su apreciación, a saber: como presupuestos, se exige la existencia de un crédito y de un acto u omisión, válido y eficaz, y como requisitos, la existencia de perjuicio a acreedores (medido, normalmente, en función de la insolvencia del deudor), el nexo causal entre el acto realizado y el perjuicio, el *consilium fraudis* o *scientia fraudis* de deudor o tercero, y la existencia de plazos de impugnación. Presupuestos y requisitos

[15] Como parece ocurrir en el ordenamiento inglés. Véase Dickinson, A., *The Rome II Regulation. The Law applicable to non-contractual obligations*, Oxford, University Press, 2008, p. 255, nota 755, y para el ordenamiento italiano la propuesta de Pretelli, I., *Garanzie del crédito e conflitti di leggi. Lo statuto dell'azione revocatoria*, Nápoles, Editoriale Scientifica, 2010, pp. 319-357.

están, en consecuencia, comprendidos en el ámbito de aplicación de la ley rectora de la acción pauliana, que también decide quién puede entablarla y los efectos que produce su estimación, esto es, la eficacia de la acción frente al tercero beneficiado por el acto impugnado, pero también frente a posibles subadquirentes, así como si cabe acción de regreso frente al deudor [16].

6. La evolución de la acción pauliana está ligada a la sujeción del patrimonio del deudor a responsabilidad por incumplimiento de sus obligaciones, cuando el patrimonio pasa a ser el objeto de la ejecución procesal [17]. Trae su origen del Derecho romano clásico [18], donde se apuntan como posibles precedentes una *missio in bona* que procedía ante la apertura de la *bonorum venditio* o *bonorum distractio*, y un *interdictum fraudatorium*, que se empleaba tras los procedimientos de ejecución concursal, ante la constatación de que el deudor carecía de bienes. Frente a esta duplicidad de mecanismos, se construye en el Derecho justinianeo la acción pauliana, cuyo modelo básico se descubre en el *interdictum fraudatorium* [19]. Éste se basaba en el fraude de acreedores, entendido como daño porque no encontraban bienes en el patrimonio del deudor con los que satisfacerse [20], del cual se deducía el *consilium fraudis*, el conocimiento por parte del deudor del perjuicio que se ocasionaba a los acreedores.

7. El diverso planteamiento de la acción pauliana en una y otra etapas del Derecho romano se traduce, a su vez, en dos modos de concebir el instrumento en los ordenamientos jurídicos europeos. Los presupuestos y efectos de los remedios contra el perjuicio de acreedores en el Derecho clásico sirven de inspiración a una de estas dos corrientes, cuyo principal exponente se encuentra en el Derecho alemán; la *Gläubigeranfechtung* se incardina dentro de la ejecución procesal y es objeto de una ley especial (*Anfechtungsgesetz*), que sigue la tradición establecida por la legislación prusiana y acoge los requisitos clásicos de la acción pauliana, prácticamente los mismos que para su modalidad concursal [21], donde el elemento subjetivo tiende a objetivarse.

---

[16] No así la existencia del crédito o del acto impugnado, que son cuestiones previas. Tampoco deben someterse al estatuto pauliano las relaciones entre el acreedor impugnante y los acreedores del tercero beneficiado por el acto impugnado, así como tampoco el destino de la acción de regreso en el contexto de la insolvencia del deudor, cuestiones que se resolverán en el contexto del correspondiente procedimiento de insolvencia y conforme a la ley allí aplicable.

[17] Kipp, T., «Impugnación de los actos *in fraudem creditorum,* en Derecho romano y en el moderno Derecho alemán, con referencia al Derecho español» (trad. Roces, W.), *RDP*, 1924, pp. 1-22, pp. 1-2; Talamanca, M., «Azione revocatoria. Diritto romano», *Enciclopedia del Diritto*, t. IV, Milán, 1959, pp. 883-889, p. 883.

[18] Impallomeni, G., «Azione revocatoria nel Diritto romano», *Novíssimo Digesto Italiano*, t. II, 1958, pp. 42-45, 42-43; D'Ors, X., *El interdicto fraudatorio en el Derecho romano clásico*, Roma-Madrid, CSIC, 1974, pp. 15-20, quien defiende que el único remedio era el interdicto fraudatorio (pp. 106-110).

[19] Impallomeni, G., *op. cit.*, nota 18, p. 43; Kipp, T., *op. cit.*, nota 17, pp. 3, 5-6.

[20] El *eventus damni* se identificaba con la insolvencia patrimonial absoluta, que sólo podía ser constatada tras la celebración de los procesos de ejecución concursal. Véase D'Ors, X., *op. cit.,* nota 18, pp. 133-134.

[21] Hoffmann, N., «Alemania: La *actio pauliana* en Derecho alemán: impugnación de los acreedores según la ley de impugnación y la regulación referente a la insolvencia», *La protección del crédito..., op. cit.*, nota 10, pp. 15-41, pp. 17-19.

Siguen, hoy en día, este modelo, Austria, Italia, Portugal y Suiza [22]. La otra corriente, en cambio, tiene su modelo en el Derecho justinianeo, en el cual el eje de la institución se traslada hacia el elemento subjetivo, poniendo el acento en la intención de perjudicar, elemento que no pierde su importancia en los siglos posteriores [23]. Esta tradición es a la que se acogen la doctrina y jurisprudencia francesas cuando construyen el régimen legal de la acción pauliana, insuficientemente regulado en el art. 1.167 *Code Civil*, tradición a la que pueden asimilarse los arts. 1.111 y 1.290-1.299, 643 de nuestro Código Civil y el art. 37 de la Ley Hipotecaria.

8. Los remedios contra el perjuicio de acreedores previstos en el modelo anglosajón presentan identidad de razón con la acción pauliana [24], por cuanto persiguen la protección del crédito amenazado por el perjuicio que deriva de la inexistencia de bienes en el patrimonio del deudor con los que el acreedor pueda satisfacerse [25]. Su precedente es una ley inglesa de 1570, dictada por Isabel I, dedicada a las *fraudulent conveyances*, y que se aplicaba tanto en situaciones de concurso como al margen de ellas. Esta ley estuvo vigente en Inglaterra hasta su integración en la *section* 172 de la *Law Property Act* de 1925, unificando la *Insolvency Act* de 1986 las normas de insolvencia [26]; sus Secciones 238, 339 y 423-425, que rigen tanto para sociedades como para personas físicas, recogen las transacciones que defraudan a los acreedores (*Transactions defrauding creditors*) y son los supuestos que más se asimilan a la acción pauliana. Por su parte, el carácter federal de los Estados Unidos determina una situación legal distinta: la ley de Isabel I también se aplicaba en los Estados de la Unión hasta que en 1918 se aprueba la *Uniform Fraudulent Conveyance Act*, adoptada en 26 Estados. Posteriormente, es aprobada la *Bankruptcy Reform Act* de 1978, que incorpora las disposiciones de la ley uniforme y convierte la materia de quiebra en federal. A la luz de estos cambios, era necesaria una renovación de la anterior ley, que se produce con la *Uniform Fraudulent Transfer Act* de 1984 [27], adoptada en 44 Estados. La nueva

---

[22] Respectivamente, arts. 27 y ss. *Konkursordnung* y *Anfechtungsgesetz* austriacas de 1914; Libro VI, Capítulo V («De los medios de conservación de la garantía patrimonial»), Título III («De la responsabilidad patrimonial»), *Códice Civile* italiano de 1942; arts. 610-628 del Código Civil portugués, aprobado por Decreto-Ley núm. 47-344, de 25 de noviembre de 1966; arts. 285-292 *Schuldbetreibung und Konkursgesetz* suiza.

[23] Y que provoca una aproximación de la acción pauliana a la simulación. Véase Fernández Campos, J. A., *El fraude de acreedores: la acción pauliana*, Bolonia, Publicaciones Real Colegio de España, 1998, pp. 15-16.

[24] Glenn, G., *The law of fraudulent conveyances*, Nueva York, Baker, Voorhis & Co., 1931, p. 1; Habscheid, E. J., *Grenzüberschreitendes (internationales) Insolvenzrecht der Vereinigten Staaten von Amerika und der Bundesrepublik Deutschland*, Berlín, Duncker & Humblot, 1998, pp. 140-141, pp. 170-171.

[25] Rossi, G., *Il fallimento nel diritto americano*, Padua, Cedam, 1956, p. 126.

[26] Stevens, R., y Smith, L., «Reino Unido: La acción pauliana en Derecho inglés», *La protección del crédito..., op. cit.*, nota 10, pp. 95-111, p. 97, nota 3. La citada en texto *Insolvency Act* ha sido enmendada en 2000.

[27] Ambas normas conviven en la medida en que se deja a la voluntad de los Estados su adopción. Véase Niehus, C., *Die Insolvenzanfechtung in der Bundesrepublik Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika*, Colonia, Diss. Recht Köln, 1999, pp. 159-160; Rossi, G., *op. cit.*, nota 25, pp. 126-127. Véase información y actualizaciones en *www.nccusl.org*, la página web de The National Conference of Commissioners on Uniform State Laws.

regulación conserva el carácter de acción civil, lo que permite su aplicación al margen de la legislación concursal federal [28].

2.2. La discusión sobre su naturaleza jurídica

9. La especialidad del mecanismo dibujado incide en su difícil encaje en categorías generales, lo que provoca un interesante debate en cuanto a su naturaleza jurídica. A continuación exponemos sus trazos generales, por cuanto sirve para mostrar las dificultades de una operación de calificación y, en consecuencia, de asignación de una norma de conflicto con este punto de partida. Así, la primera precisión que sobre la naturaleza jurídica se ha de realizar atañe al carácter personal de la acción pauliana. La controversia sobre su carácter real o personal se remonta a su origen romano, debatiéndose entre si esta acción permite a los acreedores defraudados reclamar los bienes del deudor allí donde se encuentren, o sólo les permite dirigirse contra los intervinientes en el acto fraudulento [29]. La cuestión encuentra respuesta en los requisitos subjetivos que conforman la acción comentada y que abortan su supuesto carácter real; el alcance y límites de esta impugnación marcan la definitiva victoria de quienes defienden su carácter personal: la afectación de terceros por esta acción no se debe a su carácter *erga omnes,* sino a su participación en el fraude o a la intervención de factores que hacen pesar más la protección del acreedor que la de un tercero adquirente.

10. La afirmación de su carácter personal abre paso al examen de su naturaleza material o procesal. La acción pauliana es un remedio civil contra el perjuicio de acreedores, aunque de ejercicio judicial, estrechamente vinculado con la responsabilidad patrimonial y la ejecución procesal. En este contexto, se discute el carácter conservativo o ejecutivo de la acción pauliana [30],

---

[28] El § 544(b) U.S.C. permite que el síndico concursal actúe de acuerdo con esta ley reguladora de las *fraudulent transactions* para la restitución de bienes a la masa de acreedores. Véase MICHAEL, D. C., «The Past and Future of Kentucky's Fraudulent Transfer and Preference Laws», *Kentucky Law Journal*, vol. 86, 1997-1998, pp. 937-969, pp. 953-955. Más allá de la insolvencia, véase un ejemplo de aplicación en SHEPARD, L. B., «Beyond Moody: A Re-Examination of Unreasonably Small Capital», *Hastings Law Journal*, vol. 57, 2006, pp. 891-920.

[29] La problemática se inicia con Paulo, quien incluye esta acción entre otras personales en que el condenado es responsable de los frutos (D. 22, 1, 38). Sin embargo, Justiniano parece incluirla entre las acciones pretorias *in rem* (Inst. 4, 6, 6). A partir de ahí, se suceden las opiniones a favor de un sentido o del otro. Véase COLIN, A., y CAPITANT, H., *Curso elemental de Derecho civil*, 4.ª ed. rev. por BATLLE, M., t. III, Madrid, Reus, 1960, pp. 100-101; CRISTÓBAL MONTES, A., *op. cit.*, nota 7, pp. 58-59; DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial (Las relaciones obligatorias)*, t. I, Madrid, 4.ª ed., Tecnos, 1993, p. 734; DE PAGE, H., *Traitè Elémentaire de Droit Civil Belge*, t. III, 2.ª Parte, Bruselas, 2.ª ed., Bruylant, 1950, pp. 201-201; JORDANO FRAGA, J., *op. cit.*, nota 14, pp. 30-34.

[30] Suiza trata a la acción pauliana como subsidiaria de la ejecución procesal, cuyo ejercicio está condicionado a la efectiva apertura de ejecución, individual o colectiva. Véase AMONN, K., y GASSER, D., *Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts*, Berna, 6.ª ed., Stämpfli, 1997, pp. 426-427; STAEHELIN, D., *Die Anerkennung ausländischer Konkurse und Nachlassverträge in der Schweiz (Art. 166 ff. IPRG),* Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1989, p. 144. JUNKER, P., *Der internationalen Gerichtsstand der schweizerischen paulianischen Anfechtungsklage und rechtsvergleichend schweizerisches, deutsches und französisches Haftpflicthrecht*, Zúrich, 2007, pp. 59-89, defiende su carácter ejecutivo, pero con alcance

lo que conduce a su posible conceptuación como medida cautelar o medida ejecutiva [31]. Es claro, sin embargo, que la acción pauliana brinda al acreedor una facultad de satisfacer su derecho y no un simple cauce procesal, versando esta discusión sobre su función, que no sobre su naturaleza jurídica.

11. Una vez que se concluye el carácter personal de la acción pauliana, así como su sustantividad, la controversia se traslada a determinar la categoría jurídica a la que se la puede adscribir. La importancia de la responsabilidad patrimonial en su definición subyace a las diferentes propuestas que se han planteado, siendo una de las más firmes la que apuesta por su naturaleza extracontractual. Quienes así lo defienden se apoyan en el daño que se causa al acreedor con el acto de disposición. La jurisprudencia belga calificaba la acción pauliana como ilícito, como cuasidelito, que consistía en la pérdida de la «*gage* general». Concebida así la acción, preciso es la colaboración fraudulenta del adquirente oneroso para que proceda la restitución *in natura* e indemnización [32], por lo que se trataría de una acción indemnizatoria por acto ilícito.

Tales posiciones son difícilmente sostenibles, porque el remedio opera también frente a terceros de buena fe (respecto de los que se ha defendido la equiparación de esta acción con el enriquecimiento sin causa) [33], y no se obliga al adquirente a reintegrar el patrimonio del deudor al estado en que se encontraba antes de la producción del ilícito, sino a poner a disposición del acreedor los bienes transferidos para que satisfaga su crédito en la medida en que sea necesario; es decir, no se exige la reparación del daño efectivamente causado, puesto que ese no es su objeto, sino la sujeción de bienes concretos que ya han salido de la garantía patrimonial a la ejecución del crédito [34]. Por otra parte, los casos supuestamente subsumibles dentro del enriquecimiento sin causa (actos impugnables concluidos por terceros de buena fe) también son de difícil encaje en esta figura, ya que cuentan con una causa de lucro.

12. En cambio, la ineficacia adquiere relevancia en otros ordenamientos como explicación de la naturaleza jurídica de la acción pauliana. Tras el ejercicio de la acción, el acto sigue siendo válido, pero carece de eficacia frente al

---

delictual, de modo que, finalmente, la integra en el art. 5.3 del Convenio de Lugano (pp. 395-402). JORDANO FRAGA, F., *op. cit.*, nota 14, pp. 34-45, argumenta a favor del carácter conservativo o cautelar de la acción.

[31] En este sentido, SATTA, S., *Instituciones del Derecho de quiebra* (trad. FONTANARROSA, R. O.), Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1951, pp. 225-234.

[32] Véase DE PAGE, H., *op. cit.*, nota 29, pp. 201-203, donde también se puede consultar la jurisprudencia belga.

[33] HOYER, H., «Die Anknüpfung der gesetzlichen Schuldverhältnisse im österreichischen internationalen Privatrecht», en SCHWIND, F. (dir.), *Europarecht. Internationales Privatrecht. Rechtsvergleichung*, Viena, 1988, pp. 87-96, pp. 91-95.

[34] DE CASTRO, F., *op. cit.*, nota 7, p. 205; FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., *op. cit.*, nota 23, p. 278; VAZ SERRA, A., «Responsabilidade patrimonial», *Boletim do Ministerio de Iustiça*, abril de 1958, núm. 75, pp. 5-410, pp. 292-293, 297-298, nota 454-a. DE TORRES PEREA, J. M., *op. cit.*, nota 14, pp. 123-130, distingue también entre impugnación de actos onerosos y gratuitos, aunque se conforma con la aplicación a estos últimos de la doctrina del enriquecimiento injusto.

acreedor que puede comportarse como si el bien siguiera en el patrimonio del deudor: en el caso de que la satisfacción de su crédito no agote el bien afectado, éste revertirá al tercero adquirente, aunque la imagen no sea correcta por cuanto en momento alguno se pone en duda que el bien objeto de la ejecución pertenece al tercero. Esta configuración nos conduce ante una categoría de ineficacia, cuestión que no ha pasado desapercibida para quien confundía la acción pauliana con una acción de simulación o de nulidad [35], siendo preciso destacar la intrínseca distinción entre la acción pauliana y la simulación, la nulidad y la anulabilidad.

Según nuestro Código Civil, estamos ante una acción rescisoria en fraude de acreedores, lo que facilita la comprensión de la acción pauliana como una forma de ineficacia parcial y relativa. Esta asimilación supuso un avance técnico importante, si bien las diferencias con la rescisión por lesión son grandes, tanto en los presupuestos como en los efectos, de modo que es difícil predicar una naturaleza jurídica conjunta [36]. La inoponibilidad de los efectos es una nueva y discutida categoría de ineficacia, que ha servido a la doctrina francesa para superar la equiparación de la acción pauliana con la nulidad [37], consistiendo en una ficción que permite al tercero, titular de derechos legítimos y anteriores al acto de disposición, desconocer su eficacia en la medida en que pueda perjudicarle. Esta categoría permite construir con mayor racionalidad la acción pauliana, si bien se advierte alguna peculiaridad de ésta respecto a la inoponibilidad [38].

13. Cualquiera de las tesis apuntadas plantea problemas que dificultan enormemente una conclusión general sobre la naturaleza jurídica de la acción pauliana. La más aceptada es la que atañe a su inclusión entre las categorías de ineficacia, pero ello no impide que se vea como una solución de compromiso: la acción pauliana nace de una causa externa al acto impugnado, el perjuicio de acreedores, y la ineficacia relativa y parcial del acto impugnado es la fórmula que ha encontrado el ordenamiento para reparar este perjuicio. Del análisis de las distintas propuestas sí se obtiene su fundamento, la protección

---

[35] Véase sobre esta confusión y su crítica, DE CASTRO, F., *op. cit.*, nota 7, p. 204; CRISTÓBAL MONTES, A., *op. cit.*, nota 7, pp. 65-68; FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., *op. cit.*, nota 23, pp. 274-281. En particular, la confusión entre acción pauliana y acción de simulación es clásica, y en la jurisprudencia española sólo se consigue su deslinde a principios de siglo. A diferencia de lo que ocurre con la acción de simulación, el acto impugnado con la acción pauliana es válido, por lo que la legitimación para su interposición es restringida. Además, el perjuicio, esencial en la acción pauliana, es indiferente en la simulación cuyo ejercicio es independiente de si los acreedores pueden cobrarse o no.

[36] La legitimación no corresponde a las partes del acto impugnado y los efectos no son restitutorios, el bien no retorna al patrimonio del deudor. Véase DE TORRES PEREA, J. M., *op. cit.*, nota 14, pp. 43, 77-92; MARTÍN PÉREZ, J. A., *La rescisión del contrato*, Barcelona, Bosch, 1995, pp. 364-370 y 441; FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., *op. cit.*, nota 23, pp. 285-288.

[37] En el alejamiento de la acción pauliana de la nulidad es decisiva la labor doctrinal y jurisprudencial, siempre con apoyo en el Derecho romano. Véase CHAZAL, J.-P., «Francia: La acción pauliana en Derecho francés», *La protección del crédito..., op. cit.*, nota 10, pp. 73-94, pp. 75-77.

[38] A diferencia de la inoponibilidad, el acto existe también para el acreedor impugnante. Además, al tercero (el acreedor en este caso) no le basta con desconocer los efectos del acto ajeno, sino que ha de impugnarlo. Véase FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., *op. cit.*, nota 23, pp. 281-285. También DE TORRES PEREA, J. M., *op. cit.*, nota 14, pp. 109-114, aunque con más dudas sobre la distinción.

del crédito, a cuya concreción contribuye de modo decisivo tomar conciencia de la relación de la acción pauliana con la responsabilidad patrimonial, con la garantía patrimonial y con los mecanismos procesales de satisfacción del acreedor, la ejecución forzosa singular o colectiva (véanse *supra* núms. 5-8). Aunque el punto de inflexión se produce con la constatación de que la acción pauliana no nace, ni es efecto, de la responsabilidad patrimonial, sino que es *otro* medio de protección del crédito [39].

14. Las dificultades de esta caracterización inciden en el ámbito de aplicación material del Reglamento Roma II; allí se establece un criterio autónomo, el de obligación extracontractual [40], *non-contractual* en la versión inglesa, respecto del que se sugiere una interpretación amplia, para comprender, por ejemplo, todas las obligaciones que no nacen del consentimiento [41]. Al respecto, ya existe algún pronunciamiento en sentido positivo, subrayando los elementos que aproximan esta acción a la responsabilidad delictual y, en particular, el dato de que el Reglamento Roma II también comprende la responsabilidad objetiva, cubriendo aquellos supuestos en los que el tercero actúa de buena fe [42]. A la luz de lo antes reseñado (véase *supra* núm. 11), es más que dudoso que la acción pauliana pueda calificarse como delictual: además de las citadas consideraciones y yendo más allá de *Reichert* que, ciertamente, es un endeble precedente por ocuparse de la competencia judicial internacional (y confiarse a principios y objetivos distintos de los de la ley aplicable) [43], el hecho de que el Consejo de la Unión Europea le dedicara una norma de conflicto y la Comisión una mención específica conjuntamente con los cuasidelitos denuncia que tampoco a nivel europeo se considera que estemos ante responsabilidad delictual.

Sin embargo, la tensión entre los Reglamentos Roma I y Roma II, así como la autonomía del concepto «obligación extracontractual» podría hacer inclinar la balanza hacia su inclusión en Roma II, cuestión de la que podría acabar decidiendo el TJUE, tal y como ha hecho ya en las relaciones entre otros Reglamentos. Mientras no se produzca esa intervención, es mejor huir de una inclusión que comportaría, a falta de otra más adecuada, la aplicación de una norma de conflicto, la *lex loci damni*, que daría lugar a resultados aleatorios (véase *infra* núm. 19). Ello no obsta a que se considere esta inclusión inevitable, pero a través de la elaboración de una norma de conflicto específica, cuya propuesta se elabora en el último epígrafe de este trabajo, siguiendo

---

[39] Entre otros, véase Bigliazzi Geri, L., «Revocatoria (azione)», *Enciclopedia Giuridica Treccani*, 1990, pp. 1-14, pp. 1-3; de Castro, F., *op. cit.*, nota 7, p. 198; de Page, H., *op. cit.*, nota 29, p. 199.

[40] Críticos con esta denominación véanse Amores Conradi, M. A., y Torralba Mendiola, E., «XI Tesis sobre el estatuto delictual», *www.reei.org*, 2004, núm. 8, pp. 1-34, pp. 3-4.

[41] Scott, A., «The Scope of "Non-Contractual Obligations"», en Ahern, J., y Binchy, W. (eds.), *The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations*, Boston, Leiden, 2009, pp. 57-83.

[42] Como considera Dickinson, A., *The Rome II Regulation, op. cit.*, nota 15, pp. 255-258.

[43] Sobre la deseable unidad de interpretación entre instrumentos europeos, véase Würdinger, M., «Das Prinzip der Einheit der Schuldrechtsverordnungen im Europäischen Internationalen Privat- und Verfahrensrecht. Eine methologische Untersuchung über die praktische Konkordanz zwischen Brüssel I-VO, Rom I-VO und Rom II-VO», *RabelsZ*, vol. 75, 2011, pp. 102-126, en esp. pp. 112-122.

los principios sentados por Roma II. Una vez incluida en este Reglamento, la norma de conflicto correspondiente debería aplicarse cualesquiera que fueran los negocios jurídicos implicados, también cuando el negocio impugnado o el crédito impugnante implicaran relaciones familiares o sucesorias, ya que el examen de su naturaleza jurídica revela, cuando menos, que la acción pauliana es independiente de sus presupuestos. Ahora bien, los términos del art. 1.2.*a)* parecen taxativos al respecto (en línea con el ámbito material de Roma II), lo que no obsta para sugerir una reducción teleológica de la noción «obligaciones extracontractuales» allí empleada. De mantenerse su exclusión, futuros instrumentos en la materia podrían repetir la norma de conflicto aquí sugerida o remitir a Roma II.

3. LA DISCUSIÓN SOBRE LA LEY APLICABLE A LA ACCIÓN PAULIANA

3.1. Criterios presentes en la selección de la ley aplicable

15. Las primeras aproximaciones a la cuestión de la ley aplicable a la acción pauliana se apoyan en una determinada naturaleza jurídica, en consonancia con la primigenia concepción de lo que ha de ser una norma de conflicto, pero estas topan, primero, con la falta de acuerdo sobre la mentada naturaleza jurídica y, segundo, con el problema de su abstracción, ya que se traducen en la subsunción de la acción pauliana en categorías generales con conexiones genéricas [44]. Así, los problemas que plantea la naturaleza jurídica de la acción pauliana y las nuevas perspectivas de la norma de conflicto conducen a otras propuestas de ley aplicable que se apoyan en los intereses presentes en este remedio [45].

16. Los intereses relevantes y potencialmente contrapuestos que han influido en sucesivas propuestas son el interés del acreedor impugnante y el interés del tercero beneficiado por el acto impugnado. Una de las grandes preocupaciones a la hora de abordar este tema es señalar qué ley «sorprenderá» en menor medida al adquirente del beneficio patrimonial ante su impugnación. Pero esta preocupación está reñida con otra que mira a proteger el interés del acreedor, la de evitar el fraude: se trata de construir una norma de conflicto difícilmente manipulable para deudor y tercero, abortando antes de nacer cualquier actuación fraudulenta. Esta preocupación se encuentra,

---

[44] Véase denunciando este *modus operandi*, LEMMER, U., *Das Anfechtungsrecht der Gläubiger und des Konkursverwalters nach deutschem internationalem Privatrecht*, Friburgo, 1967, p. 2.

[45] El rechazo de la naturaleza jurídica de la acción pauliana como punto de partida para la determinación de la norma de conflicto se encuentra expresamente en FINK, H., «Nota a OGH 11.12.1989», *ÖBA*, 1990, pp. 838-841, p. 838; FRAGISTAS, Ch., «Das Anfechtungsrecht der Gläubiger im internationalen Privatrecht», *RabelsZ*, 1938-39, pp. 452-464, p. 453; KRASNOPOLSKI, F., *Das Anfechtungsrecht der Gläubiger nach österreichischen Recht*, Praga, Viena, Leipzig, Tempsky-Freytag, 1889, p. 159; NUSSBAUM, A., *Deutsches internationales Privatrecht*, Tubinga, Mohr, 1932, p. 458; PETSCHEK, G.; REIMER, O., y SCHIEMER, K., *Das österreichische Insolvenzrecht,* Viena, Manz, 1973, p. 308.

por ejemplo, en la base de la propuesta de una conexión fundada en el domicilio del acreedor [46]. En un plano intermedio se sitúan todas las propuestas que intentan combinar ambos intereses a través de la acumulación de leyes, una que atiende al interés del acreedor y otra al del beneficiado por el acto perjudicial.

17. Igualmente influye en la determinación de la ley aplicable el conseguir la coincidencia entre la ley que solvente la acción pauliana y alguna de las leyes que dan solución a una de sus dos cuestiones previas, derivadas de sus presupuestos: la existencia del crédito y la del acto, u omisión, impugnado [47]. Ahora bien, ninguna de estas cuestiones ha de ser necesariamente resuelta por parte del tribunal que conoce de la acción pauliana: se trata de cuestiones de planteamiento eventual, que sólo han de ser examinadas en supuestos extremos y, por tanto, su coincidencia con la ley aplicable a la acción pauliana pierde prioridad en su determinación.

18. También se toman en consideración las relaciones entre la acción pauliana y la ejecución procesal, apuntando la conveniencia de hacer coincidir la *lex executionis* con la ley aplicable a la acción pauliana, en especial porque ello coadyuvará a los intereses del acreedor en obtener una pronta satisfacción: se trataría de conseguir un fácil reconocimiento y ejecución de la sentencia que estimase la impugnación pauliana. Sin embargo, la tendencia de los ordenamientos a favorecer la libre circulación de decisiones minimiza este problema. Manifestación de esta preocupación es también el interés en establecer una conexión común a la acción pauliana ordinaria y concursal [48], pero, si bien los intereses presentes son los mismos, el que el procedimiento de insolvencia, y no un crédito, sea presupuesto de la modalidad concursal condiciona un marco fáctico y normativo diverso (en particular, porque la impugnación beneficia, en un caso, sólo al acreedor impugnante, y, en otro, a la masa de acreedores) con repercusión en la elección de ley aplicable [49].

A continuación se detallan las distintas propuestas que nacen de los criterios aquí expuestos con sus argumentos en contra. De su examen cabe destacar la dificultad de resolver el enfrentamiento de intereses señalado en el plano conflictual, precisamente porque en eso consiste la acción pauliana, en decidir quién ha de soportar la insolvencia sobrevenida del deudor.

---

[46] ARMINJON, P., *Précis de droit international privé*, t. II, 3.ª ed., París, Dalloz, 1958, pp. 381-382, parte de que el acto que se impugna daña el ordenamiento del acreedor. De ahí que se aplique la conexión domicilio del acreedor, aunque la principal razón es la apuntada en el texto, evitar el fraude.

[47] LEMMER, U., *op. cit.*, nota 44, pp. 71-74.

[48] En nuestra doctrina, véase RODRÍGUEZ PINEAU, E., *Integridad del patrimonio y protección del crédito: Las acciones pauliana y revocatoria en el tráfico internacional*, Navarra, Thomson-Reuters, 2010, pp. 59-66.

[49] CARBALLO PIÑEIRO, L., *Acciones de reintegración de la masa y Derecho concursal internacional*, Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones, Colección *De Conflictu Legum,* 2005, *passim*.

3.2. Las diversas propuestas de ley aplicable

3.2.1. *Lex loci delicti commissi*

19. La aplicación de la *lex loci delicti commissi* presupone la inclusión de la acción pauliana dentro de la responsabilidad extracontractual, conexión que, según sus defensores [50], presentaría la ventaja de proteger al adquirente del beneficio patrimonial, en la medida en que sería previsible para él: la ley del lugar de «comisión» del acto impugnado, expresión del ilícito, tendería a coincidir con su ley rectora [51]. Pero surge un problema que se agrava con la multiplicidad de actos, incluyendo omisiones, que caen en el ámbito de la acción pauliana, la determinación de dónde y cuándo se comete el ilícito, problema que, a su vez, da lugar a distintas propuestas [52]: lugar de cumplimiento del acto, lugar donde se ejecuta o comienza a ejecutarse, domicilio del deudor al tiempo de la realización del acto como lugar donde se produce el perjuicio a la garantía patrimonial, lugar donde se encuentran la mayoría de los bienes del demandado antes de realizarse la transacción, etcétera.

20. La objeción principal procede, sin embargo, de la discusión sobre su naturaleza delictual (véase *supra* núm. 11): los propios autores que la defienden se enfrentan a la existencia de supuestos en que no es posible hablar de ilícito, puesto que la presencia de un tercero que obra de buena fe invalida la calificación delictual. Para enfrentar esta objeción, desarrollan una doble conexión, en función de que el supuesto pauliano merezca la calificación de ilícito o de enriquecimiento sin causa [53] (aunque esta calificación es difícilmente sostenible desde el momento en que el acto de disposición mantiene su validez) [54]; en el primer caso, se aplicaría la conexión prevista para la responsabilidad delictual, y en el segundo caso, la ley del domicilio del tercero beneficiado, aunque esta última conexión también es contestada [55]. Esta dualidad tampoco convence y se intenta buscar una conexión común a ambos supuestos [56], por ejemplo, equiparando a un ilícito aquellos supuestos paulianos

---

[50] Aunque el *locus delicti commissi* no es la única conexión empleada con esta calificación, sino también la *lex fori*. Niboyet, J. P., *Traité de Droit international privé français*, t. IV, París, Sirey, 1947, p. 73, entendía que la acción pauliana se debía a una ley de policía dirigida a sancionar el fraude del deudor, y, aunque el acto no se hubiese realizado en Francia y, por tanto, hubiese que aplicar otro ordenamiento, si este no conocía una tal ley de policía, el orden público impondría su aplicación.

[51] Groβfeld, B., «Gläubigeranfechtung und Durchgriff: Das Problem der liechtensteinischen Anstalt», *IPRax*, 1981, pp. 116-117, p. 116.

[52] Véase, entre otros, Dickinson, A., *op. cit.*, nota 15, pp. 258-259; Kohler, J., *Lehrbuch des Konkursrechts*, Stuttgart, Enke, 1891, pp. 658-659; Schwind, F., «Auf der Suche nach einem allgemeinen Anfechtungsstatut», *IPRax*, 1986, pp. 249-251, pp. 250-251.

[53] Como hace Hoyer, H., *op. cit.*, nota 33, pp. 91-95, para la ley austriaca.

[54] Lemmer, U., *op. cit.*, nota 44, pp. 27-28.

[55] Por ejemplo, se sugieren la ley del lugar de cumplimiento del acto que produce el enriquecimiento, o donde éste tiene su origen, o la *lex rei sitae* si se trata de inmuebles. Véanse las diferentes propuestas en Fragistas, Ch., *op. cit.*, nota 45, p. 454; Schmidt-Räntsch, J., *Die Anknüpfung der Gläubigeranfechtung außerhalb des Konkursverfahrens,* Bielefeld, Gieseking, 1984, p. 31. Hoyer, H., *op. cit.*, nota 33, pp. 92-94, se inclina por la ley del lugar donde se produce el enriquecimiento.

[56] Lemmer, U., *op. cit.*, nota 44, pp. 26-27.

calificables de enriquecimiento injusto, en tanto que el acto por el que disminuye la garantía patrimonial produce un perjuicio objetivo, o consiste en un comportamiento antisocial [57]. A esta discusión se añade en contra de la *lex loci delicti commissi* que es fácilmente manipulable por deudor y tercero [58].

3.2.2. *La ley rectora de la pretensión principal del acreedor*

21. Otras propuestas atienden a la ley de la pretensión principal del acreedor y por ésta se entiende bien la ley que rige el crédito cuya satisfacción se pretende con la interposición de la acción pauliana, bien la ley que rige la pretensión del acreedor frente al tercero (véase *infra* núm. 22). La aplicación de la *lex causae* del crédito, propugnada, por ejemplo, por el Consejo de la Unión Europea en su Proyecto de Reglamento [59], parte de un así denominado principio de accesoriedad [60]: la acción pauliana se caracteriza por su accesoriedad al crédito, por lo que sería lógico que en un litigio internacional se solventase conforme a la ley rectora del mismo [61]. La función de la acción pauliana como instrumento dirigido a garantizar la ejecución del derecho de crédito se encuentra en la base de esta postura: debe resolver el ordenamiento al que se somete la pretensión cuya insatisfacción está comprometida por la realización de un acto dirigido, precisamente, a impedirla [62]. Además, esta conexión presentaría la ventaja de que es prácticamente imposible de manipular, entre otras razones porque es imprevisible para el tercero. Se teme que puedan ser el acreedor y el deudor quienes manipulen la conexión, pero las dificultades de que se produzca este evento se hacen patentes en la medida en que ambos presentan intereses encontrados: sería preciso un acuerdo que no

---

[57] KOHLER, J., *op. cit.*, nota 52, p. 659. Por su parte, DOKA, C., «Das internationalrechtliche Problem der Actio Pauliana», *Zeitschrift für schweizerisches Recht*, vol. 64, 1945, pp. 331-347, pp. 331-332, defiende para todos los supuestos la aplicación de la ley del lugar donde se ha realizado el acto.

[58] ARMINJON, P., *op. cit.*, nota 46, p. 381; LEMMER, U., *op. cit.*, nota 44, p. 77.

[59] El art. 10 del Proyecto, titulado en la versión española «acción revocatoria» y en la inglesa «*actio pauliana*», reza como sigue: «Las condiciones y los efectos derivados de una obligación en la que el acreedor puede impugnar un contrato celebrado por el deudor con un tercero y que ponga en peligro la satisfacción del acreedor [cumplimiento de la obligación], se regirán por la ley aplicable a la obligación existente entre el acreedor y su deudor». Véase Documento del Consejo de la Unión Europea núm. 11982/99.

[60] Principio cuestionado en tanto que el crédito es sólo presupuesto de la acción pauliana por, entre otros, HOHLOCH, G., «Glaübigeranfechtung international», *IPRax* 1995, pp. 306-309, p. 308; SCHMIDT-RÄNTSCH, J., *op. cit.*, nota 55, pp. 106-109.

[61] Como han mantenido las sentencias del BGH, de 5 de noviembre de 1980 (*IPRax*, 1981, pp. 130-134), y del LG Berlín, de 22 de junio de 1994 (*IPRax*, 1995, pp. 323-324).

[62] Así, VON WILMOWSKY, P., *Europäisches Kreditsicherungsrecht. Sachenrecht und Insolvenzrecht unter dem EG-Vertrag*, Tubinga, Mohr, 1996, pp. 342-344, que sitúa, además, la protección del crédito en la órbita de las libertades comunitarias, proponiendo la limitación del § 19 AnfG, cuando el acto impugnado se beneficie de aquellas libertades. También apoya esta conexión JIMÉNEZ BLANCO, P., *El contrato internacional a favor de tercero*, Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones, Colección *De Conflictu Legum*, 2002, p. 234, añadiendo su analogía con la solución que se da en caso de insolvencia, que el tercero no necesita más protección que la que le ofrece el Derecho material de la ley rectora del crédito. Sin explicaciones también DERRUPPÉ, J., *Droit international privé,* 14.ª ed., París, Dalloz, 2001, p. 159.

es posible desde el momento en que el acreedor actuaría para perjudicarse [63]. En contra, se señala que no es necesaria la unidad de estatuto entre ambas pretensiones, como demuestra la existencia de otras pretensiones accesorias que se solventan conforme a ley distinta de la que rige la relación principal, por ejemplo la fianza y la obligación afianzada.

Una variante de esta propuesta propugna la aplicación de la ley rectora del crédito, salvo en el caso de que deudor y tercero hubieran celebrado el acto impugnado de buena fe, por lo que habría de aplicarse la *lex contractus* [64]. El *quid* de esta propuesta está, sin embargo, en la previa averiguación de si las partes en el acto impugnado han actuado de buena fe; para ello se sugiere, o bien evaluar la buena fe de acuerdo con ambas leyes, la rectora del crédito y la del acto impugnado, o bien acudir a la *lex fori* (ciertamente aleatoria, ya que puede ser la ley del domicilio del beneficiado por el acto impugnado), solución por la que se decanta la autora. Así las cosas, en un primer momento, se ha de evaluar si ha habido buena fe a efectos de elegir la ley aplicable y, en un segundo momento, se resolverá conforme a la ley correspondiente, la del crédito si ha habido mala fe, la del acto impugnado si ha habido buena fe. La complejidad de estas operaciones no es la crítica más importante a esta propuesta, sino el hecho de que queda en manos de los tribunales determinar cuál sea la ley aplicable, aparte de imponerles una difícil evaluación de la buena fe que, además, puede ser contradictoria con la que realice la ley finalmente aplicable [65].

22. La doctrina alemana y austriaca [66], fieles a su tesis de que la acción pauliana es una obligación legal que vincula al tercero adquirente frente al acreedor para que soporte la ejecución [67], considera que se ha de atender a la pretensión principal del acreedor, entendida esta como la pretensión de impugnación frente al tercero, para aplicar la ley de su lugar de cumplimiento, lugar que coincide con el domicilio del tercero beneficiado al tiempo de la realización del acto impugnado, aunque también puede hacerlo con la ley del lugar donde se localicen los bienes sobre los que se ha de ejecutar [68].

En su contra, se señala que supone un gran costo debido a que, para un mismo negocio, podríamos vernos obligados a acudir a diferentes estatutos en función de si es posible la ejecución sobre el objeto del acto impugnado, o si es preciso acudir a la indemnización, cambio que se puede producir en

---

[63] SCHMIDT-RÄNTSCH, J., *op. cit.*, nota 55, pp. 109-110.

[64] PRETELLI, I., *op. cit.*, nota 15, pp. 308-313, en especial, pp. 311 y 315.

[65] *Ibid.*, pp. 314-318.

[66] JAEGER, E., *Die Gläubigeranfechtung außerhalb des Konkursverfahrens,* Berlín, De Gruyter, 1938, pp. 126-127. Para doctrina austriaca, véase SCHMIDT-RÄNTSCH, J., *op. cit.*, nota 55, pp. 58-59.

[67] HUBER, M., *Anfechtungsgesetz,* Múnich, 2000, p. 11; JAEGER, E., *op. cit.*, nota 66, pp. 126-127; MESCH, V., *Die Rechtsnatur der Gläubigeranfechtung inner- und außerhalb des Konkurses*, Regensburg, 1993, pp. 4-13, pp. 94-103.

[68] JAEGER, E., *op. cit.*, nota 66, pp. 126-127, padre de esta concepción, exige además la acumulación con la ley que rige el acto impugnado para atender a la protección de la seguridad del tráfico jurídico. También aplica esta doctrina a la acción pauliana concursal, de modo que la ley aplicable corresponde con la *lex fori concursus*.

el mismo proceso favoreciendo los comportamientos oportunistas [69]. Esta crítica no es sostenible, ya que el cumplimiento por equivalente, en cuanto sustituto del *in natura*, no implica modificación del lugar de cumplimiento, pero denuncia los ya consabidos problemas de construir una conexión sobre la base de una determinada concepción de la naturaleza jurídica de la acción pauliana, además de la aleatoriedad ínsita a la determinación del lugar de cumplimiento.

3.2.3. *La ley del lugar de la ejecución*

23. Un grupo de propuestas descansa en el papel de la acción pauliana como actividad preparatoria de la ejecución, papel que les lleva a proponer la aplicación de la *lex fori* [70], que no será aplicable, en cambio, si la ejecución se ha de practicar en el extranjero [71]. De hecho, esta ley plantea importantes problemas de aplicación práctica, ya que las posibilidades de encontrarnos con varios lugares de ejecución son muy altas, con lo que habría que decidirse por alguno que, bien podría ser el lugar del último, o del primer, intento de recuperación de los bienes, donde se localizan más bienes, etc. Aunque también puede ser que no haya lugar de ejecución porque ésta no se ha intentado, con lo que habría que acudir a las hipótesis. Aún cabría preguntarse qué Derecho es el aplicable cuando la ejecución ha sido inútil en un país, en el mismo en que, precisamente por ello, se plantea la acción pauliana que, de ser exitosa, llevaría a iniciar ejecución en otro país [72]. También en contra se apunta que la función que cumpla la acción pauliana no puede ser determinante en la elección de la ley aplicable, función que se puede cumplir a través de otros mecanismos [73].

24. Como se puede observar si se intenta materializar esta propuesta, la conexión «lugar de ejecución» coincide, en unos casos, con el lugar donde se localizan los bienes objeto de ejecución y, en otros casos, con el domicilio del deudor, o con el domicilio del tercero impugnado, por cuanto es él quien

---

[69] LEMMER, U., *op. cit.*, nota 44, pp. 30-31; SCHMIDT-RÄNTSCH, J., *op. cit.*, nota 55, pp. 104-105.

[70] Así lo hace la sentencia OLG Köln, de 25 de noviembre de 1895 (*ZIR* 7, p. 126), citada por FRAGISTAS, Ch., *op. cit.*, nota 45, p. 453. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, P., y LOUSSOUARN, Y., *Droit international privé*, 9.ª ed., París, Dalloz, 1970, núm. 476, pp. 644-645, admiten una excepción: si la *lex fori* no conoce la acción pauliana, se aplica la ley del cumplimiento del fraude.

[71] Ante los tribunales de Ginebra (Suiza) se presenta acción pauliana frente al esposo de la deudora, allí domiciliado. El acto impugnado es la donación de la parte que la esposa tenía en unos inmuebles comprados conjuntamente y sitos en Francia. A pesar del éxito de la primera instancia, la demanda es rechazada en apelación (sentencia de 30 de noviembre de 1990, *La Semaine Judiciaire*, 1991, pp. 205-207), al calificar la acción de ejecutiva, dependiendo, en consecuencia, de que la ejecución pudiera practicarse en Suiza: los bienes están sitos en Francia, por lo que no es admisible el ejercicio de la acción. En parecidos términos, el Tribunal de apelación de Basilea que señala la aplicación del Derecho suizo a una acción pauliana cuando ésta se presenta en el marco de una ejecución o concurso seguidos en Suiza (sentencia de 14 de abril de 1908, *SJZ*, 1907-1908, p. 325).

[72] SCHMIDT-RÄNTSCH, J., *op. cit.*, nota 55, pp. 76-81, desarrolla todas estas objeciones.

[73] Como apunta, por ejemplo, BATIFFOL, H., *Les conflits de lois en matière de contrats*, París, Sirey, 1938, p. 389.

queda sometido a ejecución con la sentencia que estime la impugnación. Así, esta propuesta contiene, en realidad, otras que son defendidas individualmente con base, precisa y principalmente, en que la acción pauliana busca la satisfacción del acreedor garantizando la eficacia de la ejecución.

25. La situación de los bienes en el momento de su disposición es una conexión que alcanza cierta autonomía y que apunta la idea de que sólo se pueden impugnar actos relativos a bienes que se localicen en el territorio donde se plantea la acción pauliana, conforme a la *lex fori* [74]. A la *lex rei sitae* de los bienes sobre los que el acreedor pretende ejecutar tiende también la práctica, que suele plantear la acción pauliana ante el *forum rei sitae* con el fin de conseguir que se aplique la *lex fori* y garantizar así una pronta ejecución. Éste es el supuesto que está en la base de las sentencias *Reichert*, y también es el supuesto que subyace a dos sentencias del *Oberlandesgericht* (OGH) austriaco [75], a pesar de que, en ambos casos, tanto demandante como demandados eran alemanes. A este argumento se suman otros fundados básicamente en su estabilidad y su resistencia al fraude, también cuando se trata de bienes muebles, supuestos en los que debería interpretarse tomando en consideración el fraude de ley y la doctrina de la *res in transitu*.

La primera crítica que recibe esta propuesta es que sólo sirve para bienes inmuebles, puesto que, si se trata de bienes muebles, la principal ventaja de esta conexión, que es la coincidencia con el lugar de ejecución, se pierde: téngase en cuenta que, para evitar manipulaciones, se ha de fijar temporalmente la conexión, por lo que no tiene por qué coincidir la ley aplicable con la ley del lugar donde se localice el bien en el momento de la ejecución [76]. Por otra parte, se tiende a sobrevalorar la protección del tercero, de modo que la preocupación por hacer previsible a deudor y tercero adquirente la ley aplicable conduce a ofrecerles la posibilidad de su manipulación [77].

---

[74] EHRENZWEIG, A., *Kommentar zur Anfechtungsordnung und zu den Anfechtungsnormen der Konkursordnung*, Viena, Manz, 1916, pp. 46-47; GULDENER, M., *Das internationale und interkantonale Prozeβrecht der Schweiz*, Zúrich, Schulthess, 1951, pp. 184-185; MAYER, M., y HEUZÉ, V., *Droit international privé*, 9.ª ed., París, Montchrestien, 2007, p. 496. Por esta conexión también se inclinan el *Restatement del American Law Institut* (1959) y FRITZSCHE, H., *Schuldbetreibung, Konkurs und Sanierung nach schweizerischem Recht*, Zúrich, Schulthess, 1955, p. 277. FRANKENSTEIN, E., *Internationales Privatrecht*, t. II, Berlin-Grunewald, Rothschild, 1929, pp. 36-37, opta por esta conexión cuando la impugnación tiene efectos reales; en cambio, si produce efectos obligacionales, entonces ha de aplicarse la ley del domicilio del tercero.

[75] La sentencia OGH austriaco, de 23 de mayo de 1984 (*ZfRV*, 1986, pp. 290-292) resuelve la impugnación contra un acto de disposición sobre una finca sita en Austria, documentado por un notario austriaco. En sentencia del mismo tribunal (de 27 de febrero de 1985, *IPRax*, 1986, p. 244), la impugnación se dirige contra la constitución entre los demandados de una prohibición de disposición y gravamen sobre un bien, sito en Austria, que les pertenecía en copropiedad. Ambas sentencias siguen a BARTSCH, R., y POLLAK, R., *Konkurs-, Ausgleichs-, Anfechtungsordnung und deren Einführungsverordnung*, 2.ª ed., Viena, Hölder-Pichler-Tempsky, 1927, pp. 1032-1033, para quienes la coincidencia con el lugar de ejecución se debe a que allí es donde se ha producido el perjuicio al acreedor, por cuanto la ejecución no ha sido eficaz. Comentando ambas sentencias, véase SCHWIND, F., *op. cit.*, nota 52, *passim*.

[76] LEMMER, U., *op. cit.*, nota 44, pp. 84-89, principal defensor de esta conexión, se decanta por tomar como referencia la situación del bien en el momento de la celebración del acto impugnado; si son varios los bienes, ha de atenderse a la situación de cada uno de ellos, a fin de facilitar su ejecutividad.

[77] Especialmente crítico con esta postura es SCHMIDT-RÄNTSCH, J., *op. cit.*, nota 55, pp. 100-103.

26. Dentro de las propuestas que dan primacía a las posibilidades de ejecución, también se sugiere la remisión al domicilio del deudor al tiempo de la impugnación (o al tiempo de la realización del acto) como lugar donde con más probabilidad se realizará la ejecución, tanto individual como colectiva [78]. La doctrina más antigua fundamenta esta conexión en la vinculación de los bienes del deudor a favor del acreedor, aunque no coarta la libertad de gestión del deudor [79]. El conflicto móvil se solventa optando por el domicilio del deudor al tiempo de la celebración del acto realizado en perjuicio de acreedores, buscando la coincidencia de esta ley con la que debe regir el acto jurídico impugnado. La conexión se sigue justificando en que dificulta el fraude porque evita los posibles manejos del deudor trasladando sus bienes al extranjero, o promoviendo la conclusión o cumplimiento del negocio en otro país en busca de una ley que dificulte el ejercicio de la acción pauliana. Finalmente, si la relación acreedor-deudor ha de tener influencia en la determinación de la ley aplicable, esta conexión presenta ventajas respecto a la que remite a la ley del crédito, cuya determinación depende de varias conexiones, incluyendo la autonomía de la voluntad, siendo deseable que la conexión de la acción pauliana no sea accesoria [80].

Esta opción también encuentra acogida entre quienes propugnan una conexión común con la acción pauliana concursal, puesto que subyace la idea de que el domicilio del deudor coincide con el lugar de apertura del concurso [81]. Así argumenta la sentencia del *Bundesgerichtshof* (BGH) alemán, de 5 de noviembre de 1980 [82], lo que se rebate recordando que en Alemania no se regula la *vis attractiva* concursal, por lo que el domicilio del deudor designará el juez del concurso, pero no, o al menos no siempre, el juez que ha de decidir sobre la acción pauliana concursal [83]. Aunque, en otro caso, tampoco tendrían por qué coincidir *lex concursus* y estatuto pauliano, ya que el domicilio del deudor puede variar entre la celebración del acto impugnado y la apertura del concurso.

Frente a esta conexión se ha señalado que su elección obedece al interés del acreedor, a la protección del crédito, pero desconoce el otro interés en juego, la protección de la buena fe del tercero [84]. También se ha objetado que no tiene en cuenta verdaderamente los intereses presentes en esta institución, ya que opta por una conexión que prescinde de las dos relaciones

---

[78] Véase EHRENZWEIG, A., *op. cit.*, nota 74, p. 47, quien para otros supuestos considera aplicable la ley del lugar de ejecución del acto.

[79] COSACK, K., *Das Anfechtungsrecht der Gläubiger*, Stuttgart, Enke, 1884, pp. 105-106; LEMMER, U., *op. cit.*, nota 44, pp. 15-18; MEILI, F., *Lehrbuch des internationalen Konkursrecht*, Zúrich, Orell Füssli, 1909, p. 175.

[80] HANISCH, H., «Internationalprivatrecht der Gläubigeranfechtung», *ZIP*, 1981, pp. 569-578, p. 571.

[81] MEILI, F., *op. cit.*, nota 79, p. 175; NUSSBAUM, A., *op. cit.*, nota 45, p. 460.

[82] *IPRax*, 1981, pp. 130-134.

[83] HANISCH, H., *op. cit.*, nota 80, p. 571. Véanse sentencias suizas, SCHMIDT-RÄNTSCH, J., *op. cit.*, nota 55, pp. 64-65.

[84] De esta constatación nacen las propuestas de acumulación que se examinan más abajo (véanse núms. 30-31).

jurídicas que subyacen a su operatividad, pudiendo resultar que tanto crédito como acto impugnado se rijan por la misma ley, que no va a decidir sobre la impugnación de esta última relación jurídica, sino que la decisión sobre la acción pauliana dependerá de una ley ajena, la del domicilio del deudor [85]. Por último, también se critica que, si con esta conexión se pretende facilitar la satisfacción del acreedor, huelga decir que esta finalidad no se consigue: la acción pauliana tiene por objeto sujetar a ejecución bienes de un tercero, no del deudor, con lo que la ejecución se practicará probablemente en lugar distinto de donde tiene su domicilio el deudor [86].

27. Básicamente por razones que descansan en la protección de la confianza de este último y del tráfico jurídico se defiende la aplicación de la ley del domicilio del tercero, aunque también se pretende favorecer al acreedor: el punto de partida es que el deudor prácticamente no puede hacer frente a sus deudas excepto con el bien que ha desaparecido de su patrimonio, de ahí que se acuda al domicilio del tercero a fin de que el acreedor cobre, ya que se supone que el bien se encontrará en el domicilio del tercero [87]. Sin embargo, estamos de nuevo ante una suposición, como bien demuestra la citada sentencia del BGH, donde la sede del tercero se localizaba en Vaduz y el bien en Zúrich. Por otra parte, se renuevan las dificultades para el acreedor, quien debe averiguar el domicilio del tercero [88].

3.2.4. *La ley rectora de la eficacia de la relación jurídica impugnada*

28. El § 19 *AnfG* alemana acoge esta conexión desde el año 1999, acompañando a la reforma concursal, que también introduce una conexión específica para la acción pauliana concursal, finalmente inspiradora de la regla contenida en el Reglamento núm. 1346/2000. Con ambas reglas se prioriza el interés del tercero beneficiado por el acto impugnado, sobre la base de que es el elemento sobre el que pivota la acción pauliana, en tanto que es el diferencial que dota de entidad propia a los distintos supuestos paulianos [89]: los intereses que se presentan en la impugnación de un acto obligacional (en el que pesa tanto el interés del acreedor que se ve perjudicado con el acto, como el interés del tercero en su mantenimiento, o el del deudor en su libertad de gestión, sin olvidar el interés del Estado en el mantenimiento

---

[85] Fragistas, Ch., *op. cit.*, nota 45, pp. 456-457; Schmidt-Räntsch, J., *op. cit.*, nota 55, p. 92, quien pone de relieve además que esta opción atiende a los intereses de quien menos protegido debiera estar, el deudor.

[86] Schmidt-Räntsch, J., *op. cit.*, nota 55, pp. 86-89.

[87] Von Bar, L., *Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts*, t. II, Hannover, Hahn, 1889, pp. 43, 583, recurre a esta conexión, al tiempo de la realización del negocio, para completar su propuesta inicial de aplicar la *lex rei sitae*, que sólo funciona adecuadamente en relación con inmuebles.

[88] Hohloch, G., *op. cit.*, nota 60, pp. 308-309; Schmidt-Räntsch, J., *op. cit.*, nota 55, pp. 93-94.

[89] Véase Nerlich, J., y Niehus, C., *Anfechtungsgesetz*, Múnich, Beck, 2000, p. 175. Antes, Bolla, S., *Grundriβ des österreichischen Internationalen Privatrechts*, Viena, Hollinek, 1952, p. 36; Batiffol, H., *op. cit.*, nota 73, pp. 389-390, aunque este autor se manifieste más tarde a favor de un cúmulo limitativo de esta ley con la ley del crédito; Krasnopolski, V., *op. cit.*, nota 45, pp. 159-161.

del sistema) o de una disposición (en la que hay que añadir el interés de todos los participantes en el tráfico jurídico porque una disposición afecta a todo el sistema de derechos sobre bienes) son distintos, o tienen un peso distinto, de los presentes en la impugnación de un acto procesal (donde pasa a primer término el interés del Estado en un correcto desenvolvimiento del *iter* procesal), por lo que debiera darse relevancia a esta divergencia de intereses, lo que sólo se consigue por la vía de aplicar el estatuto rector de cada acto [90].

Las ventajas atribuidas a esta conexión se pueden condensar en las siguientes notas: su impugnabilidad (aunque se ha dudado de que las partes presten atención a esta circunstancia cuando concluyen un contrato); su inmutabilidad, que beneficia al tráfico jurídico puesto que sus participantes confían en la validez del acto y cualquier alteración de este dato debe venir de la norma con la que se relaciona el acto impugnado, inmutabilidad que también facilita la labor judicial (la sola excepción se presenta en el supuesto de impugnación de varios actos, aunque el mismo problema plantean otras conexiones); y la ejecutabilidad de la decisión que se dicte [91].

29. En contra debe cuestionarse el papel central que se concede al acto impugnado; si bien es cierto que juega un papel clave en la evaluación del perjuicio pauliano, dicha importancia viene matizada porque, para realizar esa evaluación, no sólo es relevante el tipo de acto que se impugna, sino también otros indicios como el periodo temporal en que ha sido realizado o el conocimiento de que con su realización se contribuía a la insolvencia [92]. A diferencia de otras modalidades de ineficacia, la causa que motiva la apreciación de la acción pauliana es externa al acto, que no intrínseca al mismo [93], lo que hace todavía menos evidente por qué han de coincidir la ley rectora de la acción pauliana con la ley rectora de la eficacia del acto impugnado; algo que tampoco tiene que suceder cuando lo que se denuncia es la nulidad del acto, en la que pueden intervenir otras leyes distintas de la rectora del acto en cuestión [94].

---

[90] SCHMIDT-RÄNTSCH, J., *op. cit.*, nota 55, *passim*, en especial, pp. 123-132.

[91] *Ibid.*, pp. 130-132, quien también apunta que así se resuelve la acción pauliana de acuerdo con la ley rectora de uno de sus presupuestos (pp. 173-174).

[92] Al respecto, MANGANO, R., *La revocatoria fallimentare delle attribuzioni indirette*, Turín, Giappichelli, 2005, pp. 12-17; TERRANOVA, G., *Conti correnti bancari e revocatoria fallimentare*, Milán, Giuffrè, 1982, pp. 144-182.

[93] Son conscientes de esta diferencia, DE ALMEIDA COSTA, M. J., *Direito das Obrigaçoes*, 11.ª ed., Coimbra, Almedina, 2008, p. 868; RIEGEL, R., *Grenzüberschreitende Konkurswirkungen zwischen der Bundesrepublik Deutschland, Belgien und den Niederlanden*, Múnich, Florentz, 1991, pp. 189-190; VAZ SERRA, A., *op. cit.*, nota 34, pp. 192-198, p. 281. Con esta base, LEMMER, U., *op. cit.*, nota 44, pp. 29-30; LYON-CAEN, Ch., y RENAULT, L., *Traité de droit commercial*, t. VIII, 5.ª ed., París, Lib. gén., 1936, p. 817; WEISS, A., *Traité théorique et pratique de droit international privé*, t. VI, 2.ª ed., París, Sirey, 1913, p. 291, exigen una conexión independiente para la acción pauliana, idea en la que también se apoya el BGH suizo, 27 de octubre de 1933 (BGE 59 III 257). Sin embargo, SCHMIDT-RÄNTSCH, J., *op. cit.*, nota 55, p. 135, no considera decisiva esta objeción, a la que opone que en un sentido amplio sí se afecta a la eficacia del acto y esta afectación no se puede desligar de las circunstancias del acto y, por tanto, de su estatuto.

[94] JIMÉNEZ BLANCO, P., *op. cit.*, nota 62, p. 234.

Por otra parte, la previsibilidad asociada a esta conexión (pensando en el tercero adquirente) se ve empañada por los problemas que acarrea concretar qué se entiende por esa eficacia, el *Wirkungstatut*, y que ha llevado, por ejemplo, a defender que se trata de la ley rectora del acto impugnado [95], pero también de la ley del lugar donde se producen los efectos del acto, en cierta medida concretando el lugar donde se produce el perjuicio de acreedores, y que lleva a aplicar la *lex rei sitae* en un supuesto de donación de inmuebles, sin atender a las connotaciones obligacionales del acto en cuestión [96]. Además de estos problemas, es una conexión que se presta al fraude y obliga a plantear excepciones de aplicación [97], que también alcanzan al supuesto en que la acción pauliana se dirija, además de frente al tercero beneficiario, frente a un subadquirente, en que habrían de aplicarse dos, o más, leyes distintas en función del número de actos impugnados.

3.2.5. *Acumulación de leyes*

30. Otras propuestas optan, para escapar al problema de elegir entre los intereses enfrentados en su seno, por atenderlos a ambos a través del cúmulo de leyes [98]. El primero en articular una propuesta de este tenor es Charalampos Fragistas [99], que reclama para la relación acreedor/deudor la ley rectora del crédito y para la relación deudor/tercero beneficiado la ley rectora del acto impugnado [100]. El cúmulo operaría limitativamente, ya que ambas leyes se aplicarían a los requisitos objetivos, si bien la ley rectora del crédito sería la que determinara quién puede impugnar y qué condiciones ha de cumplir para hacerlo (crédito vencido, qué tipo de crédito, demostración del perjui-

---

[95] Von Campe, M., *Insolvenzanfechtung in Deutschland und Frankreich. Das neue Sach- und Kollisionsrecht (InsO und Loi núms. 85-98)*, Colonia, Heymann, 1996, p. 362; Jung, H., *Die nationale und internationale Gläubigeranfechtung nach deutschen und französischem Recht*, Frankfurt, Lang, 2005, pp. 173-174.

[96] Como entiende el OLG Stuttgart, de 11 de junio de 2007, *IPRax*, 2008, p. 426, con nota de Koch, H., «Gläubigeranfechtung der Schenkung eines ausländischen Grundstücks», pp. 417-418. En el mismo sentido, *id.*, «Das IPR der actio Pauliana», *IPRax*, 2007, pp. 466-469, p. 468; Kubis, S., «Internationale Gläubigeranfechtung -vor und nach Inkrafttreten der Insolvenzrechtsreform», *IPRax*, 2000, pp. 501-506, pp. 503-506. La evolución es lógica teniendo en cuenta, no sólo el tenor legal, sino también los intereses presentes en esta conexión, la protección de la confianza del tercero en la fortaleza del acto por el que adquirió el derecho, así como por la historia legislativa, ya que primero se intentó concretar una conexión sólo para inmuebles.

[97] Kropholler, J., *Internationales Privatrecht*, 5.ª ed., Tubinga, Mohr Siebeck, 2004, p. 159. Por ejemplo, se propone ignorar la elección de ley (Hohloch, G., *op. cit.*, nota 60, p. 309), y otros solo contemplan dos supuestos de posible manipulación, obligaciones o disposiciones sobre bienes muebles, en cuyo caso se aplicará el derecho defraudado (Schmidt-Räntsch, J., *op. cit.*, nota 55, pp. 133-135), pero sin concretar cómo detectar el fraude o qué instrumento aplicar. En esta dirección, Jung, H., *op. cit.*, nota 95, pp. 199-202, propone la adición de una cláusula de excepción al § 19 *AnfG*.

[98] Batiffol, H., y Lagarde, P., *Droit international privé*, t. II, 7.ª ed., París, Pichon & Durand-Auzias, 1983, p. 217; Sinay-Cytermann, A., «Action paulienne», *Juris Classer de Droit International*, 1998, fasc. 554, margs. 80-86, marg. 82.

[99] Fragistas, Ch., *op. cit.*, nota 45, pp. 457-458.

[100] En esta línea, Walker, G., *Internationales Privatrecht,* 5.ª ed., Viena, Oester, 1934, pp. 560-561, opta por la ley del domicilio del deudor al tiempo de la realización del acto y la ley del lugar de realización del acto impugnado.

cio...), y la ley rectora del acto impugnado, los requisitos subjetivos que atañen a deudor y tercero (exigencia del fraude, presunciones...), así como la eficacia que produce la estimación de la impugnación; de esta acumulación podría resultar un conflicto de normas, que habría de resolverse con la solución más favorable al tercero [101], solución que pone de manifiesto la crítica más relevante a esta propuesta y es que el cúmulo limitativo tiende a favorecer los intereses de una de las partes implicadas [102], en este caso el tercero beneficiado por el acto impugnado, traicionando así el fundamento de esta acumulación de leyes, atender a todos los intereses implicados en la acción pauliana.

Para compensar este problema, se desarrollan otras propuestas, ahora de carácter distributivo. De hecho, Hans Hanisch defiende esta fórmula, ya que consigue facilitar el reconocimiento y ejecución de la decisión en el extranjero y, con ello, logra la satisfacción del acreedor sin descuidar la protección del tercero de buena fe [103]. Así, opta por la ley del domicilio del deudor, porque allí deberían encontrarse los bienes sobre los que el acreedor puede satisfacerse, ley que se aplica a requisitos que son relevantes para el crédito, como el perjuicio; y por la ley del domicilio del tercero beneficiado al tiempo de realizarse el acto de disposición, porque allí estarán los bienes sujetos a ejecución en virtud de la acción pauliana, salvo en el caso de bienes inmuebles, en que la ley aplicable será la *lex rei sitae* debido a intereses del Estado en cuestión, y que se aplica a otras condiciones de la acción pauliana. La misma línea sigue Bea Verschraegen [104], que distingue entre la admisibilidad de la acción pauliana, cuyas condiciones vendrían examinadas a la luz de la ley que rige la relación de deuda, el crédito, excluyendo la elección de ley; y la impugnabilidad del acto jurídico y las consecuencias de la acción pauliana, decididas por la ley rectora del acto impugnado; esto es, por la ley que determina su eficacia que, en el caso de inmuebles, será siempre la *lex rei sitae* [105]. En Suiza, Florian Bommer propone que las condiciones generales, como la legitimación, el plazo y los efectos de la impugnación se subordinen a la ley del domicilio del deudor, como ley más apropiada para atender los intereses del acreedor, esto es, como ley previsible para el acreedor y de acuerdo con la

---

[101] FRAGISTAS, Ch., *op. cit.*, nota 45, pp. 462-464. También AUDIT, B., *Droit international privé*, 6.ª ed., París, Economica, 2010, p. 681; BATIFFOL, H., y LAGARDE, P., *op. cit.*, nota 98, p. 217; BATIFFOL, H., «Crédit et conflits de lois», *Études offertes à R. Houin,* París, 1985, pp. 231-240, p. 239; LOUSSOUARN, Y., y BOUREL, P., *Droit international privé,* 7.ª ed., París, Dalloz, 2001, p. 475; LÉGIER, G., *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1980, pp. 723-731, p. 731.

[102] Así, KROPHOLLER, J., *op. cit.*, nota 97, p. 142.

[103] HANISCH, H., *op. cit.*, nota 80, pp. 571-574.

[104] VERSCHRAEGEN, B., «Die Gläubigeranfechtung auβerhalb des Konkurses», *ZfRV,* 1986, 273-289, pp. 287-289.

[105] Suscribe esta última postura SCHWIND, F., *Internationales Privatrecht,* Viena, Manz, 1990, pp. 246-248, que, sin embargo, no hace excepciones a la ley del crédito, tampoco en caso de elección de ley, puesto que solo caben en caso de perjuicio de tercero. En cuanto a la relación deudor/tercero, distingue si estamos ante un supuesto delictual o ante uno de enriquecimiento sin causa, para aplicar a los primeros la *lex loci delicti* (donde se produce la transferencia de los bienes), y a los segundos la del lugar de comisión del enriquecimiento (lugar de transferencia de bienes, derechos o créditos), conexiones que deberían conducir a la misma ley.

cual puede, además, acreditar la insuficiencia de los bienes del deudor para poder cobrarse; los supuestos de impugnación, sin embargo, debieran regirse por la ley del lugar donde se localiza el bien al tiempo de la realización del acto impugnado, puesto que esta ley sería previsible para el tercero y se hallaría en relación con la ejecución cuyo potencial objeto ha sido disminuido por el acto impugnado [106].

31. Pero ni el cúmulo limitativo ni el distributivo sirven a componer los intereses en juego, sino a descompensar la delicada estructura de la acción pauliana. Ello sucede claramente con el primero, pero también con el *depeçage*, a pesar de las simpatías que suscita en tanto que hábil en adaptar la ponderación de intereses que realiza el legislador interno al carácter internacional de la relación afectada. Pero ello no sucede con la acción pauliana, resultado de un delicado equilibrio entre sus distintos elementos: perjuicio, nexo causal entre acto impugnado y perjuicio, plazo de ejercicio y *consilium fraudis* forman un todo, cuya dispersión supone ignorar el juicio de valor en que consiste la acción pauliana. Así, una ley que contenga requisitos subjetivos estrictos normalmente propondrá un plazo de impugnación muy amplio, mientras que, a la inversa, una ley con plazos cortos no será rigurosa en la exigencia de fraude: la acumulación de ambas repercute seriamente en las posibilidades del acreedor de obtener la impugnación, puesto que tendrá que demostrar los requisitos subjetivos de una y hallarse dentro del plazo de la segunda. Y lo mismo sucede con el cúmulo distributivo, aunque presenta la ventaja de que no siempre grava las posibilidades de estimación de la pretensión, puesto que la asignación de diversos requisitos a una u otra ley posibilita que la combinación arroje un resultado más favorable a la pretensión de impugnación pauliana que la aplicación de un concreto ordenamiento jurídico; pero se mantiene el problema de la descompensación de intereses: en la búsqueda de la protección de dichos intereses, se acaba destruyendo la ponderación que cada ordenamiento jurídico se ve obligado a hacer al respecto, cuando elabora sus normas sobre acción pauliana, y el resultado se convierte en producto de la casualidad.

4. PROPUESTA: LOCALIZACIÓN DEL ORDENAMIENTO MÁS VINCULADO EN FUNCIÓN DE LA PROTECCIÓN DEL CRÉDITO

32. El análisis de las distintas propuestas de ley aplicable barajadas da la medida de la dificultad en encontrar una solución que satisfaga todos los intereses presentes, en el caso del cúmulo porque adultera el remedio, en otras porque no atiende tanto a la propia figura, como a la protección de una de las partes; teniendo en cuenta la razón de ser de la acción pauliana, la protección del crédito (véase *supra* núm. 13), no parece que quepa hacer prevalecer la

[106] BOMMER, F., *Die Zuständigkeit für Widerspruchs- und Anfechtungsklagen im internationalen Verhältnis,* Zúrich, Schulthess, 2001, pp. 194-207.

posición de acreedor o tercero adquirente a la hora de decidir la ley aplicable, ya que el carácter legal de la acción pauliana denuncia un balance que va más allá de la relación contrapuesta entre ambos. El Estado media en la relación entre acreedor y tercero adquirente, porque está interesado en distribuir las pérdidas causadas por el impago del deudor, situación que, desde una perspectiva bilateral y dejando a un lado el interés del acreedor impugnante o el del tercero adquirente del beneficio impugnado, debe llevarnos a intentar localizar el ordenamiento jurídico más vinculado, esto es, aquel que está más interesado en la protección del crédito.

33. La localización de la ley más estrechamente vinculada a la acción pauliana ya ha sido ensayada por varias decisiones jurisprudenciales que optan por una aproximación *in casu* [107]. Los ejemplos pueden encontrarse en la jurisprudencia alemana y austriaca, siendo paradigmática la sentencia del BGH alemán, de 5 de noviembre de 1980 [108]: el acto impugnado se celebra en Suiza, el adquirente del beneficio patrimonial es un establecimiento con sede en Liechtenstein, pero tanto demandante como deudor son alemanes, sujetándose el crédito al Derecho alemán. El BGH examina los distintos contactos del supuesto, las leyes a las que cada uno de ellos conduce y valora cuál de ellas es la más vinculada, resolviendo en el caso a favor de la ley rectora del crédito que coincide, además, con la ley de la nacionalidad de demandante-acreedor y deudor, y con el domicilio del deudor, el Derecho alemán; expresamente descarta la ley rectora del acto impugnado por la manipulación fraudulenta a que puede dar lugar. Esta decisión, como otras [109], juega con la

[107] La elección de la ley con la que se presenten los mayores contactos obedece a una tendencia del Derecho de obligaciones, que el tribunal también aplica a este supuesto. Véase Hohloch, G., *JuS*, 1982, pp. 140-141, p. 140.

[108] *IPRax*, 1981, pp. 130-134. En el caso, el apoderado general y director de contabilidad en la sede principal del banco demandante, en Frankfurt, desfalcó entre los años 1971 y 1973 grandes sumas de dinero, transfiriéndolo a cuentas bancarias en Suiza, cuyo titular era el deudor, también residente en Frankfurt. Éste realizó con ese dinero operaciones de divisas entre Suiza e Italia, prohibidas conforme al Derecho italiano. En octubre de 1975 fue embargada en Milán una cantidad de dinero en poder del deudor, imputable al dinero defraudado. Poco después, el deudor entró en contacto con un banco en Zúrich, donde tenía una cuenta en la que había ingresado dinero defraudado, puesto que no quería que «su» dinero siguiera a su nombre, consiguiendo que el banco de Zúrich le ayudara a adquirir un establecimiento y fundar otros conforme al Derecho de Liechtenstein. Con estos establecimientos, de los que es único titular, crea una sociedad, que es la posteriormente demandada como tercero adquirente del beneficio patrimonial en la relación pauliana: el deudor transfirió a estos establecimientos importantes cantidades de dinero, tras lo cual y a inicios de 1974, la sociedad demandada compró por 500.000 marcos alemanes una finca en Uelzen. El demandante obtuvo el 4 de febrero de 1975 una sentencia firme del LG Frankfurt contra el deudor para el pago de 2 millones de marcos y el 16 de marzo de 1978 son condenados deudor y socio por fraude. La reclamación civil se inició con la solicitud del demandante del pago de 700.000 marcos frente al establecimiento creado por el deudor, exigiendo, además del precio, la revalorización de la finca.

[109] En la misma línea, véase sentencia del *Landesgerichtshof,* Berlín, de 22 de junio de 1994 (*IPRax*, 1995, pp. 323-324), que resuelve la excepción presentada frente a la tercería que, a su vez, opone el tercero adquirente en el proceso de ejecución que se seguía contra el deudor. El BGH se vuelve a pronunciar en una sentencia de 17 de diciembre de 1998 (*RIW*, 1999, pp. 386-387), relativa a la cesión de un inmueble sito en Alemania a una sociedad con sede en Hawai, siendo deudor y acreedor alemanes con domicilio en Alemania, aplicándose finalmente la ley alemana. Más recientemente, el OGH austriaco, 27 de abril de 2006 (*IPRax*, 2007, p. 457, con nota de Koch, H., *ibid.*, pp. 466-469), se centra en el lugar donde se producen los efectos del perjuicio al acreedor, un banco alemán que impugna el pago íntegro

agrupación de contactos para decidir cuál es el ordenamiento más interesado en enjugar la insolvencia del deudor.

34. Avanzando en esta dirección, la norma de conflicto debería designar el ordenamiento más estrechamente vinculado con la acción pauliana en tanto que más interesado en decidir quién ha de soportar la pérdida derivada de la incapacidad del deudor de hacer frente a sus deudas. Para reflejar las expectativas de las partes implicadas se han barajado, como hemos visto, distintas conexiones, como el lugar de ejecución, o donde el acreedor no puede cobrarse, o la ley del crédito, que entiendo han de rechazarse por su aleatoriedad, o el lugar adonde se imputa el beneficio obtenido por el tercero, o la ley aplicable al acto impugnado, en tanto que manipulables por deudor y tercero. Entre las demás conexiones propuestas y buscando una que permita identificar dónde se compromete el tráfico jurídico, aparece como la más apropiada la ley del domicilio del deudor, a la que se puede llegar por distintas vías, una la de su conexión con la ley rectora de la acción pauliana concursal (designada a partir del centro de gravedad de la insolvencia del deudor) [110], otra a través de la averiguación del *situs* del crédito.

Este último camino ha sido ensayado en lo que respecta a la cesión de créditos, concretamente a fin de determinar el efecto traslativo del negocio, que define la posición del cesionario frente al deudor cedido, pero también frente a posibles terceros, interesados en concretar su propia posición como consecuencia de la cesión [111]. La búsqueda de un *situs* del crédito pretende asociar a esta conexión las ventajas de la *lex rei sitae*, es decir, se trata de localizar geográficamente el bien inmaterial en que consiste el crédito, y, a estos efectos, suele designarse la residencia del deudor, puesto que allí es donde probablemente se logrará la ejecución del bien [112]. Dejando al margen estas justificaciones, ya rechazadas (véanse *supra* núms. 23 y 26), sí cabe destacar que el domicilio del deudor es un contacto previsible para las partes de la relación pauliana, que cuenta con ciertas ventajas de publicidad.

Pero también es cierto que presenta numerosos problemas de indefinición, que afectan a la que pretendidamente es su principal virtud: la previsibilidad de la conexión frente a terceros [113]. Así, un primer problema se plantea cuando se quiere determinar la conexión óptima, ya que la discusión gira en

---

de la venta de un bien común situado en Inglaterra, realizado a la cuenta corriente de la esposa de su deudor, también en Alemania.

[110] Rodríguez Pineau, E., *op. cit.*, nota 48, pp. 59-64.

[111] Por todos, Requejo Isidro, M., *La cesión de créditos en el comercio internacional*, Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones, Colección *De Conflictu Legum*, 2002, pp. 223-242.

[112] Sobre esta conexión, Dalhuisen, J. H., «The Assignment of Claims in Dutch Private International Law», *Comparability and Evaluation. Essays in Honour of D. Kokkini-Iatridou,* Dordrecht, Boston, Londres, 1994, pp. 183-199, pp. 195-197; Kaye, P., «Situs of Debts and Jurisdiction to Make Orders of Garnishee», *Journal of Business Law*, 1989, pp. 449-459; Moshinsky, M., «The Assignment of Debts in the Conflict of Laws», *LQR*, vol. 109, 1992, pp. 591-625, pp. 605-609.

[113] Con el *situs* se busca salvaguardar la previsibilidad de tercero, por lo que no se atienden otras opciones, como el lugar de cumplimiento de la obligación o el lugar de ejecución. Véase sobre estas opciones, Rogerson, P. J., «The Situs of Debts in the Conflict of Laws-illogical, unnecessary and misleading», *The Cambridge Law Journal*, vol. 49, 1990, pp. 441-460.

torno al domicilio, residencia habitual o centro de los intereses principales del deudor; el segundo problema aparece cuando la conexión remite a varios lugares y el tercero cuando aparece un conflicto móvil. Además, la ley rectora del crédito se ha de aplicar tanto a la impugnación pauliana de la primera adquisición como a la impugnación pauliana de adquisiciones sucesivas, y para el adquirente sucesivo, lo relevante es el domicilio, residencia habitual o centro de los intereses principales de la persona de la que adquirió el beneficio patrimonial, ya no el deudor del acreedor impugnante.

35. Sin embargo, algunos de los problemas reseñados ya han sido superados, en la medida en que el art. 2.*g)* del Reglamento de insolvencia opta por el centro de los intereses principales del deudor como *situs* del crédito; frente al domicilio o a la residencia habitual, presenta una mayor estabilidad, puesto que es más difícil su traslado. Tiene, en cambio, el problema de su concreción, tarea que ha emprendido el TJUE a partir de la definición contenida en el Considerando 13 del propio Reglamento: el carácter fáctico del concepto plantea una serie de problemas, entre los que hay que incluir, precisamente, el de su traslado, lo que nos obliga a recordar una de las críticas que se hacen al *situs* del crédito, el que no permite eludir la posibilidad de un conflicto móvil [114].

36. A pesar de los problemas referidos, la ley del centro de los intereses principales del deudor refleja una conexión fuerte con un ordenamiento jurídico interesado en resolver los problemas derivados de su insuficiencia patrimonial y, en consecuencia, en dirimir el conflicto entre el acreedor y tercero beneficiado. De entre las ventajas de esta conexión, cabría destacar que entra dentro de la esfera de control del deudor: lo que se persigue con la acción pauliana es evitar que se realicen actos en perjuicio de acreedores, de modo que el deudor tendría esa información *ex ante*. A pesar de ello, es una conexión resistente a la manipulación, puesto que para el deudor no es sencillo trasladar su centro de intereses principales. Por otra parte, cabe hacer una concesión al tercero adquirente, a través de la solución del conflicto móvil, ha de atenderse al centro de los intereses principales del deudor en el momento de la realización del acto impugnado, del desencadenante del perjuicio de acreedores.

37. En la opción por la ley del centro de los intereses principales del deudor pesa el papel del Estado, que ha de intervenir para subsanar el fallo de mercado que provoca el detrimento patrimonial en perjuicio de acreedores. Cabe, entonces, plantearse si existe otra ley más vinculada, para lo que puede servir de inspiración Roma II. Así, la ley de la residencia habitual común de las partes en el momento de producirse el acto que da pie a responsabilidad es una concreción de la conexión que remite a los vínculos más estrechos, y

---

[114] Entre las decisiones más recientes y destacadas, véase SSTJCE de 17 enero de 2006, As. C-1/04, *Susanne Staubitz-Schreiber,* y de 2 de mayo de 2006, As. C 341/04, *Eurofood IFSC*. Sobre el concepto y todavía pendiente, véase la petición planteada por el Tribunale ordinario di Bari (Italia), de 12 de octubre de 2009, As. C-396/09, *Interedil Srl en liquidación c. Fallimento Interedil Srl, Banca Intesa Gestione Crediti Spa* (*DOUE* núm. C 312, de 19 de diciembre de 2009).

su individualización en Roma II da noticia de su relevancia [115]. En el caso de la acción pauliana, surge el problema de qué partes han de tomarse en consideración, puesto que dibuja una relación tripartita, aunque depende de la *lex causae* establecer si el deudor también ha de ser demandado, conjuntamente con el adquirente del beneficio patrimonial (véase *supra* núm. 5). Realmente, afectados son acreedor y tercero beneficiado, por lo que sería su residencia habitual la que habría de tomarse en consideración, en tanto que habría de presuponerse que ambos están familiarizados con el ordenamiento jurídico de su residencia habitual. Que esta ley haya de prevalecer sobre la ley del centro de los intereses principales del deudor ya es otra cuestión, que habría de resolverse en sentido positivo, porque la protección de la confianza en el crédito, fundamento de la acción pauliana, afecta a intereses de mercado, delimitado en este caso por la residencia habitual de los afectados.

38. Fuera del supuesto antes mencionado, todavía cabría jugar con la cláusula de excepción, para permitir buscar una ley manifiestamente más vinculada que la ley del centro de los intereses principales del deudor o la ley de la residencia habitual común de acreedor y tercero. La aproximación es similar a la operada por la jurisprudencia alemana que optaba por la ponderación de contactos para designar la ley aplicable (véase *supra* núm. 33). En estos casos resultará complicado que opere la ley rectora del acto impugnado, a la que es difícil eludir la mácula de fraude, incluso en el supuesto de que se aplique la *lex rei sitae*, en primer lugar, porque ya se ha señalado que la ordenación del mercado inmobiliario es un interés secundario en la acción pauliana; en segundo lugar, porque tampoco está libre de manipulación (inversión económica en inmueble del Estado A, seguida de su transmisión a tercero, sabiendo que su ordenamiento impone requisitos más estrictos que la ley del centro de sus intereses principales o de residencia común).

39. A tenor de lo dicho, la norma de conflicto que aquí se propone podría tener la siguiente redacción:

> «1. La ley aplicable a la impugnación de un acto realizado en perjuicio de acreedores será la ley del centro de los intereses principales del deudor en el momento de la realización del acto impugnado.
>
> 2. No obstante, cuando quien impugna y la persona frente a la que se reclama tengan su residencia habitual en el mismo país en el momento en que se produce el acto, u omisión, del que se deriva el perjuicio, se aplicará la ley de dicho país.
>
> 3. Si del conjunto de circunstancias se desprende que el perjuicio causado presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en los apartados 1 o 2, se aplicará la ley de este otro país».

Téngase en cuenta que esta norma no excluye el juego de la autonomía de la voluntad previsto en el art. 14 Roma II, en la medida en que la ordenación de prioridades que realiza la acción pauliana se establece caso por caso y a nivel individual, no jugando una protección de intereses colectivos que in-

[115] Sobre sus ventajas, Dornis, T. W., «When in Rome, do as the Romans do? - A Defense of the Lex Domicilii Communis in the Rome II-Regulation», *The European Legal Forum*, 2007-4, pp. 154-159.

forme la proscripción de la autonomía de la voluntad. Otra cosa es que esta encuentre espacio para jugar en el marco de una acción con intereses tan contrapuestos como la que aquí se dibuja.

40. La ausencia de norma de conflicto específica en el ordenamiento jurídico español exige realizar una interpretación integradora, que permita encajar la acción pauliana internacional en alguna de las normas previstas en el Título Preliminar del Código Civil. Sin embargo, en dicho Título no existe norma cuyo ámbito de aplicación pueda comprender la acción pauliana, habida cuenta del problema calificatorio que suscita su compleja naturaleza jurídica (véanse *supra* núms. 9-13). Ante esta laguna se ha propuesto aplicar por analogía la regla conflictual prescrita por el Reglamento de insolvencia para las acciones de reintegración de la masa. La regla principal no difiere de la aquí propuesta, la ley del centro de los intereses principales del deudor, pero sí la posibilidad de vetar su aplicación porque la ley rectora del acto impugnado no permite de ningún modo su impugnabilidad, amén de obviar la cuestión del conflicto móvil, conformando un cúmulo contrario a mi juicio a los intereses subyacentes también a la acción pauliana ordinaria [116]. De hecho, es importante recordar que el distinto contexto en el que se ejercitan las acciones de reintegración de la masa y la acción pauliana ordinaria ocasiona una distinta formulación sustantiva, que también ha de serlo de ley aplicable (véase *supra* núm. 18). Por ello, parece más razonable acogerse a Roma II para encontrar una solución a la laguna, a partir del principio de proximidad razonable; incluso el art. 10.9 CC, donde se regulan las obligaciones extracontractuales y los cuasidelitos, es susceptible de una interpretación acorde con la nueva realidad socio-económica para permitir la localización de la ley más próxima al supuesto de hecho. En este sentido, los tribunales españoles deberían orientar la elección de la ley aplicable a una acción pauliana con contactos internacionales con base en la conexión de vínculos más estrechos.

RESUMEN

ACCIÓN PAULIANA E INTEGRACIÓN EUROPEA: UNA PROPUESTA DE LEY APLICABLE

La acción pauliana es un elemento extraño al sistema de Derecho privado, caracterizado por la búsqueda de la estabilidad de las relaciones jurídicas, principio que esta acción pone en solfa. El hecho de que se impugne un acto válido y eficaz para reparar el perjuicio de acreedores determina la existencia de, al menos, dos intereses fuertemente contrapuestos, dato que dificulta sobremanera la determinación de la ley aplicable a la acción pauliana. Este trabajo examina de nuevo este viejo problema a la luz de los nuevos instrumentos comunitarios, proponiendo una solución acorde con su función económica, la distribución de la pérdida causada por la insolvencia del deudor entre los acreedores.

[116] Ampliamente, Carballo Piñeiro, L., *op. cit.*, nota 49, pp. 267-275. En su propuesta *de lege ferenda*, Rodríguez Pineau, E., *op. cit.*, nota 48, pp. 65-66, quien apoya la aplicación analógica del Reglamento de insolvencia, también es partidaria de suprimir el recurso a la ley del acto impugnado con función de veto.

Palabras clave: acción pauliana; conflicto de leyes, transacciones que defraudan a los acreedores, Reglamento Roma II.

ABSTRACT

ACTIO PAULIANA AND EUROPEAN INTEGRATION: A PROPOSAL REGARDING APPLICABLE LAW

The *actio pauliana* is a *rara avis* within Private Law, the principle of which is to uphold sound private relationships. The principle, however, is called into question by acts of fraudulent transfer - the challenging of a valid and effective act in order to recover a creditor's losses involves two conflicting interests that makes identification of the law applicable to the *actio pauliana* a difficult question to remedy. This paper deals with this longstanding problem by examining new EU conflict of laws instruments, which provide the basis for determining the allocation of a debtor's insolvency among his creditors.

Keywords: *actio pauliana*, applicable law, transactions defrauding creditors, Rome II Regulation.

RÉSUMÉ

ACTION PAULIENNE ET INTEGRATION EUROPEENNE: UNE PROPOSITION DE LOI APPLICABLE

L'action paulienne est un élément étranger au système de Droit privé, caractérisé par la recherche de la stabilité dans les relations juridiques, que cette action met en question. Le fait de faire opposition à un acte valable et efficace pour dédommager les créanciers détermine l'existence de deux intérêts fortement opposés, ce qui rend très difficile la détermination de la loi applicable à l'action paulienne. Ce travail révise ce vieux problème à la lumière des nouveaux instruments communautaires et propose une solution appropriée à sa fonction économique, c'est-à-dire le partage de la perte causée par l'insolvabilité du débiteur entre les créanciers.

Mots-clés: action paulienne, transactions qui fraudent les créanciers, conflit des lois, Règlement Rome II.

LOS ACTORES INTERNACIONALES EN EL ÁMBITO DE LA NO PROLIFERACIÓN Y EL DESARME NUCLEAR: CARACTERÍSTICAS E IMPACTO

Inmaculada Marrero Rocha
Profesora Titular de Relaciones Internacionales
Universidad de Granada

SUMARIO: 1. TENDENCIAS DE CAMBIO DE LOS ACTORES DE LAS RELACIONES INTERNACIONALES EN EL ÁMBITO DE LA SEGURIDAD.—2. ACTORES TRADICIONALES EN EL ÁMBITO DE LA NO PROLIFERACIÓN Y DEL DESARME NUCLEAR.—2.1. Los Estados y las armas nucleares.—2.2. Las organizaciones internacionales y el régimen de no proliferación y desarme nuclear.—2.2.1. Niveles de autonomía e independencia.—2.2.2. La preferencia por los foros de cooperación.—3. NUEVOS ACTORES EN EL ÁMBITO DE LA NO PROLIFERACIÓN Y EL DESARME NUCLEAR.—4. CONSIDERACIONES FINALES: LA INTERACCIÓN ENTRE ACTORES TRADICIONALES Y LOS NUEVOS ACTORES EN EL ÁMBITO NUCLEAR.

1. TENDENCIAS DE CAMBIO DE LOS ACTORES DE LAS RELACIONES INTERNACIONALES EN EL ÁMBITO DE LA SEGURIDAD

La identificación y el análisis de los actores de las relaciones internacionales sigue siendo uno de los campos de estudio que más interés despierta dentro de la disciplina, especialmente porque se ha convertido en un objeto de debate permanente que evoluciona y se actualiza a medida que se transforman las relaciones que tienen lugar en el sistema internacional. La ampliación y diversificación de los actores complica su identificación y, sobre todo, la evaluación de su participación en los procesos internacionales [1]. De hecho, identificar los

[1] Sobre el origen y la evolución del concepto de actor, véanse los siguientes trabajos clásicos: Brown, S., *New Forces, Old Forces and the Future of World Politics: Post Cold War Edition*, Glenview,

actores implicados en cada proceso, el alcance de la participación que desarrollan y la influencia que han podido tener para determinar el resultado final del proceso se convierte en una tarea ardua para cualquier investigador. La adjudicación de los distintos niveles de protagonismo que los actores alcanzan en cada uno de esos procesos, evidentemente, se encuentra determinada por la perspectiva o la opción teórica que demuestra el analista del proceso [2].

La tipificación y caracterización de los actores internacionales también ha empezado a ocupar un lugar importante, en los análisis teóricos y prácticos, en los procesos relacionados con la seguridad. En primer lugar, por la evolución que han experimentado algunos sujetos que tradicionalmente participan en este tipo de procesos y que pertenecen a una categoría de actores indiscutibles, como Estados u organizaciones internacionales. Y, en segundo lugar, por la amplia dimensión que, en las dos últimas décadas, se le ha otorgado al concepto de seguridad y que ha dado cabida a la participación de otros actores que tradicionalmente estaban excluidos de estos procesos, especialmente si nos referimos a las políticas de prevención de conflictos y a la gestión de crisis internacionales. La participación de un número cada vez mayor de organizaciones internacionales, las tareas que desempeñan las organizaciones internacionales no gubernamentales, el volumen de negocio de empresas multinacionales, implicadas en los procesos de reconstrucción y en proporcionar seguridad privada, el papel de la opinión pública internacional, concienciada con el deber de proteger y que legitima la participación de sus Estados en estos procesos, o la intervención del crimen internacional organizado y los grupos terroristas internacionales, en los conflictos y en el posconflicto, son un ejemplo claro de cómo los procesos internacionales en materia de seguridad también se han convertido en un laboratorio de análisis de actores internacionales [3]. En consecuencia, el análisis de los actores de la seguridad internacional no es una cuestión superada ni zanjada, aunque sí condicionada por el curso de los acontecimientos internacionales y la propensión al cambio de la sociedad internacional [4].

Scout Foresman, 1995; MERLE, M., *Les acteurs dans les relations internacionales*, París, Económica, 1986, y YOUNG, O. R., «The Actors in World Politics», en ROSENAU, J.; DAVIS, V., y EASR, M. (eds.), *The Analysis of International Politics*, Nueva York, Free Press, 1972, pp. 125-144. Véanse también, BAYLIS, J.; SMITH, S., y OWENS, P., *The Globalization of World Politics*, Nueva York, Oxford University Press, 2008, ROURKE, J. T., *International Politics on the World Stage,* Dushkin, McGraw Hill, 2000; PEARSON, F., y ROCHE, J. J., *Théories des relations internationales*, París, Montchrestien, 2005, y ROCHESTER, J., *Relaciones internacionales. Situación global en el siglo XXI,* Bogotá, McGraw Hill, 2000.

[2] Como señala la Prof. García Segura, la década de los setenta se caracterizó por la diversificación cuantitativa y cualitativa de los actores, con la aparición de los actores transnacionales, mientras que la década de los ochenta dio entrada a los actores subestatales (GARCÍA SEGURA, C., «La evolución del concepto de actor en la teoría de las relaciones internacionales», *Papers*, núm. 41, 1993, p. 15). Este trabajo explora la aparición de otros actores que han proliferado a partir de la década de los noventa, los llamados actores ilegales —grupos terroristas y crimen internacional organizado—, además de los movimientos ciudadanos.

[3] *Ibid.,* pp. 13-32.

[4] Véase, a propósito de la transformación histórica del sistema internacional y la contingencia de los actores, a COX, R., «Social Forces, Status and World Orders: Beyond Internacional Relations Theory», *Millenniun*, vol. 10, 1981, núm. 2, pp. 128-137.

Dentro del ámbito de la seguridad, los procesos relacionados con la proliferación y el desarme nuclear siguen siendo los más herméticos a la participación de actores internacionales no estatales. Desde el descubrimiento del arma nuclear, su control y gestión ha estado siempre en manos de los Estados, como una parte más del núcleo duro de la soberanía, que garantizaba la supervivencia de los Estados que las poseían, gracias a su valor disuasivo, a la vez que su mera existencia suponía y supone un peligro para la seguridad del resto de los Estados de la sociedad internacional. No obstante, no sería del todo cierto afirmar que no suscitan el interés de otros actores de las relaciones internacionales, que intentan tener una participación en los procesos relacionados con las armas nucleares, aunque los Estados sean reacios a permitir dicha participación. De cualquier manera, han pasado más de 65 años desde el descubrimiento del arma nuclear y del lanzamiento de las primeras bombas en Hiroshima y Nagasaki, y más de 20 años desde el final de la Guerra Fría y de la carrera nuclear entre las dos superpotencias, lo que ha hecho algunos estragos en el monopolio estatal de las cuestiones relacionadas con la no proliferación y el desarme nuclear. Los cambios acontecidos en la sociedad internacional, la evolución del concepto de soberanía estatal y de su contenido, el mayor conocimiento de los peligros que entrañan las armas nucleares y las dificultades para justificar su existencia han conseguido que uno de los ámbitos más impenetrables de las relaciones estrictamente interestatales, que justificaban los análisis desde una perspectiva realista y neorrealista, también haya sucumbido, aunque sea levemente, a la intervención de otros actores de las relaciones internacionales, superando así la aproximación estatocéntrica en el estudio de estos procesos. Sin embargo, no podríamos decir que las aproximaciones realistas han perdido sustancialmente su peso en el análisis de este ámbito, como demuestran todas las tendencias teóricas que se engloban en el llamado grupo del «realismo contemporáneo», cuyas diferencias fundamentalmente residen en identificar la fuente que determina las preferencias de los Estados para hacer valer sus intereses en el plano internacional [5]. Sin embargo, como señala Fulvio Attiná, la preeminencia del Estado como sistema político se encuentra sometida a una serie de fuerzas corrosi-

[5] Por ejemplo, para la corriente realista conocida como «*Rise and Fall*», cuyo principal exponente es Robert Gilpin, las preferencias están condicionadas por las grandes superpotencias, cuya aparición y declive están determinadas por el conflicto (véase GILPIN, R., *War and Change in World Politics*, Cambridge, Cambridge University Press, 1981). Para el realismo neoclásico, las preferencias de los Estados dependen de sus estructuras domésticas y por las ambiciones y actitudes de éstas [SCHWELLER, R. L., «Realism and the Present Great Power System: Growth and Positional Conflict over Scarce Resources», en KAPSTEIN, E. B., y MASTANDUNO, M. (eds.), *Unipolar Politics: Realism and State Strategies After the Cold War,* Nueva York, Columbia University Press, 1999, y RASLER, K., y THOMPSON, W. R., *The Great Powers and Global Struggle, 1490-1990,* Lexington, University Press of Kentucky, 1994]. El Realismo Estructural Defensivo se sustenta en la elección racional a favor del equilibro de la acción ofensiva y defensiva y la tendencia de los Estados a mantener el *status quo* y que, sin embargo, son los factores domésticos lo que provocan los dilemas de seguridad (GLASER, Ch., «Structural Realism in a more complex world», *Review of International Studies,* t. 29, 2003, pp. 403 y ss). El Realismo Estructural Ofensivo (MEARSHEIMER, J., *The Tragedy of Great Power Politics*, Nueva York, Norton, 2001) pone el acento en la necesidad de tener actitudes ofensivas como única opción para incrementar el poder relativo del Estado. A este respecto, véase EDMAN, C., «Realism», en GRIFFITHS, M. (ed.) *International Relations Theory for The Twenty-First Century*, Nueva York, Routledge, 2007, pp. 11-20.

vas que transforman y redefinen sus capacidades y competencias en el marco interno y en el plano internacional [6]. A partir de ahí, se produce una colisión entre la estructura tradicional estatocéntrica y las consecuencias derivadas de la globalización, como la aparición de nuevos actores y la multiplicación de procesos internacionales cada vez más complejos [7].

La caracterización de estos nuevos participantes resulta imprescindible para analizar los procesos internacionales en el ámbito de la seguridad y, en particular, en los procesos de no proliferación y desarme nuclear, y extraer conclusiones sobre los cambios acontecidos. Y, en este sentido, como señalaban Philippe Braillard y Mohamed-Reza Djalili:

> «Los componentes, el sistema, las estructuras, los procesos de interacción no se pueden analizar correctamente si previamente no son identificados [los actores]» [8].

Por ello, este análisis se concentra en los cambios de los actores que tradicionalmente participan en los procesos de no proliferación y desarme nuclear y en la aparición de actores que anteriormente se desenvolvían en otros ámbitos distintos, y que ahora también son unidades interactivas de estos procesos. El enfoque para identificar la participación de estos actores se basará en criterios funcionales que, como señala la Profesora Esther Barbé, nos proporcionan elementos suficientes para identificar las características principales que debe de tener un actor en este ámbito de las relaciones internacionales [9].

Los actores que participan en las relaciones de no proliferación y desarme nuclear son, en definitiva, unidades del sistema internacional que tienen fijados unos objetivos que pretenden conseguir, para lo que cuentan con una serie de recursos y capacidades con objeto de influenciar los procesos internacionales de este ámbito. A partir de ahí, la capacidad de movilizar recursos y la autonomía de que disponen son las notas más características de los sujetos, en el sentido amplio del término, de la proliferación y el desarme nuclear. Ahora bien, esa capacidad de participar e influenciar estos procesos no puede ser ni puntual ni efímera. Estos actores deben presentar cierta continuidad en su participación, lo que permitirá identificarlos y diferenciarlos de actores ocasionales que sólo participan de manera muy puntual en este tipo de

---

[6] Attiná, F., *El sistema político global,* Barcelona, Paidos, 2001, p. 157.

[7] Sin embargo, autores como J. G. Ruggie han puesto de manifiesto como «la gobernanza privada produce sólo soluciones parciales [a la demanda de la ciudadanía] lo que está favoreciendo la vuelta del sector público» (Ruggie, J. G., «Taking Embedded Liberalism Global: The Corporate Connection», en Held, D., y Koening-Archibugi, M., *Taming Globalization: Frontiers of Governance*, Cambridge, Polity Press, 2003, pp. 27 y ss. Véase también, Jahn, D., «Globalization as Galton's Problem: The Missing Link in the Analysis of Diffusion Patterns in Welfare State Development», *International Organization*, vol. 60, núm. 2, 2006, pp. 401-431).

[8] Braillard, Ph., y Djalili, M.-R., *Les relations internationales,* París, PUF, 2004, p. 31.

[9] Según la Prof. Esther Barbé, «el actor internacional es aquella unidad del sistema internacional (entidad, grupo o individuo) que goza de la habilidad para movilizar recursos que le permitan alcanzar sus objetivos, que tiene capacidad para ejercer influencia sobre otros actores del sistema y que goza de cierta autonomía» (Barbé, E., *Relaciones internacionales*, Madrid, Tecnos, 2007, p. 153 y pp. 136 y ss.).

procesos internacionales y que desaparecen una vez que han hecho valer sus objetivos.

En la línea de las reflexiones anteriores, la hipótesis de partida de este trabajo consiste en afirmar que los cambios acontecidos en la sociedad internacional, esencialmente por el incremento de la participación de un mayor número de actores internacionales en muchos procesos tradicionalmente reservados a los Estados, también ha surtido efecto en todos los procesos relacionados con la proliferación de armas nucleares y la promoción del desarme. El alcance y la naturaleza de los actores internacionales en el ámbito nuclear es a veces distinto al de los actores que participan en otros espacios, por lo que en estas páginas se pretende, en primer lugar, identificar los cambios que han sufrido los actores que tradicionalmente participan en los procesos de no proliferación y desarme nuclear y, en segundo lugar, los nuevos actores que han tenido una participación más reciente y que han generado mayores tensiones en este ámbito. La interacción entre ambos, actores tradicionales y nuevos actores en el ámbito nuclear han provocado unos resultados que también serán analizados en las consideraciones finales.

2. ACTORES TRADICIONALES EN EL ÁMBITO DE LA NO PROLIFERACIÓN Y DEL DESARME NUCLEAR

En el ámbito de la no proliferación y del desarme nuclear, los procesos relevantes han sido tradicionalmente identificados con la tensión y el conflicto, evidentemente por las repercusiones que tendría un conflicto nuclear militar; sin embargo, al igual que en la gran mayoría de los ámbitos de las relaciones internacionales, los procesos de cooperación en materia nuclear han superado con creces a los de conflicto, aunque las repercusiones internacionales de los mismos puedan ser, en algunos casos, menos amplias [10]. De cualquier manera, los procesos que tienen lugar en el ámbito nuclear consiguen una repercusión extraordinaria en el medio internacional. Como señalan Brian Hocking y Michael Smith, al identificar un proceso internacional debemos fijarnos en «procesos políticamente relevantes de comunicación e intercambio de actores en el sistema internacional» [11]. A pesar de la problemática de las relaciones nucleares, son muchas las ocasiones en las que existen necesidades e intereses comunes en materia nuclear, además de valores compartidos que promueven los procesos de cooperación entre los Estados. En el ámbito nuclear, estos procesos han demostrado ser cada día más complejos como

[10] K. Holsti ha contabilizado que cada día se producen miles de interacciones entre actores del sistema internacional que tienen un carácter cooperativo. A veces se trata de intercambios técnicos-administrativos que no llegan a tener una gran trascendencia internacional y, otras veces, son procesos que afectan de manera muy directa a la esfera privada de los individuos con una repercusión internacional notoria (Holsti, K., *International Politics: A framework for analysis,* Prentice-Hall, Englewood Cliffs, N. J., 1992, pp. 378 y ss.)

[11] Hocking, B., y Smith, M., *World Politics. An Introduction to International Relations*, Nueva York, Harvester/Wheatsheaf, 1990, p. 217.

consecuencia del aumento del número de actores participantes, el incremento de los ámbitos objeto de la cooperación, además de la diversificación de las características e intensidad del entramado relacional.

Los principales protagonistas de esos procesos de cooperación nuclear siguen siendo los Estados, ya sean nucleares o no nucleares, aunque a medida que transcurrían los años desde el descubrimiento de las armas nucleares empezaron a intervenir otros actores. La cooperación internacional durante la Guerra Fría respondía a problemas que se originaban en partes concretas del planeta y de los que podía responsabilizarse directamente a un grupo reducido de Estados. Durante el periodo bipolar, la agenda de cooperación nuclear estaba fuertemente volcada en evitar que las tensiones entre los bloques concluyesen con un enfrentamiento nuclear. Los procesos de cooperación se reducían a las negociaciones en materia de control de armamento y desarme que, en definitiva, a pesar de estar auspiciados, en ocasiones, por organizaciones internacionales y respaldadas por otros Estados, se dirimían principalmente entre Estados Unidos y la Unión Soviética [12]. Pero, a medida que transcurrieron los años, el número de Estados se multiplicó, ya que la carrera nuclear vertical entre las dos superpotencias fue sustituida por una proliferación horizontal como consecuencia del incremento del número de Estados nucleares que no tenían intención de emprender una carrera nuclear similar a la de las dos grandes superpotencias, pero sí mantener unas capacidades nucleares suficientes para disuadir cualquier ataque nuclear en su territorio.

Aunque la solución o el tratamiento del problema no solía ser una cuestión de responsabilidad compartida [13], muchos de los aspectos relacionados con la promoción del desarme, o la aplicación de medidas de no proliferación empezaron a confiarse a las organizaciones internacionales, especialmente a la hora de promover las medidas de seguridad nuclear y de inspeccionar las actividades de los Estados sospechosos de desarrollar un programa nuclear militar [14].

---

[12] Sobre el protagonismo de nuevos actores en los procesos de cooperación durante la Guerra Fría y las diferencias con la situación actual, véase CAREY, J., «The Contemporary Nature of Security», en SALMON, T. C. (ed.), *Issues In International Relations*, Londres, Routledge, 2000, pp. 55-75.

[13] La Prof. Esther Barbé ha recogido las diferentes nociones que, dentro de la lógica de la seguridad compartida, se han desarrollado en los últimos años por diferentes autores; así encontramos los conceptos de *comunidad de seguridad,* integrado por un grupo de personas que se han unido con el fin de evitar entre ellos las luchas físicas; *régimen de seguridad,* que representaría las reglas, principios y normas que permiten a los Estados refrenarse en su comportamiento, con la creencia de que los demás harán lo mismo, lo que según su autor beneficiará la cooperación en el largo plazo; *complejo de seguridad,* que es aplicable a los niveles regionales se define como un grupo de Estados, cuyas preocupaciones en materia de seguridad los vinculan entre sí, de tal forma que no es posible considerar sus seguridades nacionales las unas al margen de las otras; por último, encontramos *sistema de seguridad,* el cual está muy relacionado con el anterior, de hecho su sentido es equivalente, sólo que este, se usa en espacios institucionalizados [BARBÉ, E., *La Seguridad en la nueva Europa*, Los Libros de la Catarata, 1995, pp. 41-45. Véase también BARBÉ, E., y ORIETA, P., «Más Allá de la Seguridad Nacional», en DE CUETO, C., y JORDÁN, J. (coords.), *Introducción a los Estudios de Seguridad y Defensa*, Granada, Comares, 2001, pp. 19-32, donde además recoge los conceptos de *seguridad compartida* y *seguridad global*].

[14] Incluso las situaciones que más tensión internacional, como la desnuclearización de Corea del Norte y de Irán, han provocado procesos de cooperación importantes entre los Estados con mayor

2.1. Los Estados y las armas nucleares

Las relaciones internacionales en el ámbito de la proliferación y el desarme nuclear siguen teniendo un carácter predominantemente interestatal, no sólo porque su nivel de funcionalidad esté claramente potenciado por su condición de sujeto originario de Derecho internacional sino, también, porque para el resto de los actores que participa en estos procesos —organizaciones internacionales, empresas multinacionales, grupos terroristas o el crimen organizado—, en buena medida, el desarrollo de sus objetivos, actuaciones y autonomía gira en torno al Estado o depende de él. Por ello, a pesar de la aparición continua de otros actores internacionales, de la internacionalización de muchos ámbitos de la política interna de los Estados y de que cada vez más su actuación se vea condicionada por otros actores y por la complejidad de los procesos internacionales, su protagonismo es claramente argumentable, especialmente, en los ámbitos tradicionalmente relacionados con el núcleo duro de su soberanía.

Los argumentos que pueden esgrimirse para situar al Estado como principal actor de los procesos de no proliferación y desarme nuclear, se apoyan, en primer lugar, en el carácter estatocéntrico de los fundamentos de las teorías realistas y neorrealistas de las relaciones internacionales, que han tenido un peso importantísimo en los análisis sobre este ámbito, especialmente en tiempos de la Guerra Fría, cuando la carrera y el equilibrio nuclear copaban gran parte de sus investigaciones, fundamentalmente auspiciadas por las autoridades políticas de los Estados implicados, que mantenían un acercamiento estatocéntrico de la realidad internacional. Y, en segundo lugar, como consecuencia de la subjetividad originaria del Estado y su capacidad de actuación en el plano internacional como titular de derechos y obligaciones en el ámbito de la no proliferación y el desarme, donde el protagonismo estatal ha sido indiscutible gracias a sus atributos jurídicos. Y, en tercer lugar, aunque las características del Estado como actor en los procesos nucleares tampoco se han mantenido constantes, siempre han sido los que han impulsado o frenado su proliferación o desarme.

Entre las principales tendencias de evolución del Estado en los procesos nucleares, podemos señalar, desde el punto de vista cuantitativo, un incremento en el número de Estados participantes. Desde el descubrimiento del arma nuclear, su posesión estuvo restringida a un número muy concreto de Estados con capacidad nuclear, mientras que la mayor parte de los Estados de la sociedad internacional aceptaban esta situación, renunciando a desarrollar una capacidad nuclear militar, formando parte del Tratado de No Pro-

---

peso internacional. Por ejemplo, la desnuclearización de Corea del Norte ha dado lugar a procesos de cooperación, que se han manifestado en la celebración de rondas multilaterales de negociación y hasta en la creación de una organización internacional, hoy fallida, para la gestión del programa nuclear civil norcoreano y, también, a procesos de conflicto que se han materializado en la aplicación de sanciones políticas y económicas a este Estado.

liferación de Armas Nucleares (en adelante TNP) como Estados no nucleares y sometiéndose a los mecanismos de control y verificación existentes. Al mismo tiempo, otros Estados se beneficiaron de la protección nuclear que las superpotencias nucleares proporcionaban en el seno de las distintas alianzas militares. En consecuencia, los ámbitos de la proliferación y del desarme militar tradicionalmente no sólo han sido objeto de procesos de relación interestatal, sino también restringidos a un número reducido de Estados de la sociedad internacional, por lo que el incremento de los Estados participantes desde el final de la Guerra Fría se convierte en un cambio cuantitativo del actor estatal [15].

En efecto, el número de Estados implicados en el régimen de no proliferación nuclear, especialmente como Estados no nucleares partes del TNP, ha crecido llegando a la universalidad. De la misma manera que se ha incrementado el número de Estados nucleares declarados, pasando de cinco a nueve en menos de tres décadas, sin contar tres renuncias voluntarias a sus programas nucleares militares (Sudáfrica, Argentina y Brasil) y una forzosa (Irak), además de las sospechas sobre los posibles planes de desarrollo de armas nucleares por parte de otros Estados como Irán. Por tanto, el número de Estados nucleares y no nucleares implicados en el régimen de no proliferación nuclear ha crecido de manera constante [16]. Desde el punto de vista de la naturaleza de

---

[15] Entre los trabajos doctrinales de los autores que mantienen una visión pesimista sobre el incremento del número de Estados nucleares podrían destacarse los siguientes: DUNN, L. A., *Controlling the Bomb: Nuclear Proliferation in the 1980s*, New Haven, Yale University Press, 1982; *id.*, «Containing Nuclear Proliferation», *Adelphi Paper*, núm. 263, Londres, IISS, 1991; KAISER, K., «Non-proliferation and Nuclear Deterrence», *Survival*, vol. 31, 1989, núm. 2, pp. 123-136; MILLER, St. E., «The Case Against a Ukrainian nuclear Deterrent», *Foreign Affairs*, vol. 72, 1993, núm. 3, pp. 67-80; EVRON, Y., *Israel Nuclear Dilemma*, Nueva York, Cornell University Press, 1994, y QUESTER, G., «Review: Nuclear Proliferation: Grounds for Optimism?», *International Studies Review,* vol. 11, 2009, núm. 4, pp. 790-791. El principal exponente de los autores optimistas sobre los peligros de incremento del número de Estados nucleares es Kenneth Waltz que con sus trabajos «The Spread of Nuclear Weapons: More May Be Better», *Adelphi Paper*, núm. 171; «Nuclear Myths and Political Realities», *American Political Science Review*, vol. 84, 1990, núm. 3, pp. 731-745, y «The Emerging Structure of International Politics», *International Security*, vol. 18, 1993, núm. 2, pp. 44-79, ha llegado a fundar una escuela con numerosos seguidores como BUENO DE MEZQUITA, B., y RIKER, W. H., «An Assessment of the Merits of Selective Proliferation», *Journal of Conflict Resolution*, vol. 26, 1982, núm. 2, pp. 283-306; FELDMAN, S., *Israeli Nuclear Deterrence: A Strategy for the 1980s*, Nueva York, Columbia University Press, 1982; BRITO, D. L., e INTRILIGATOR, M. D., «Proliferation and the Probability of War: Global and Regional Issues», en BRITO, D. L.; INTRILIGATOR, M., y WICK, A. D. (dirs.), *Strategies for Managing Nuclear Proliferation*, Lexington (Mass.), Lexington Books, 1983, pp. 135-143; MEARSHEIMER, J. J., «The Case of a Ukrainian Nuclear Deterrent», *Foreign Affairs*, vol. 72, 1993, núm. 2, pp. 50-66; VAN CREVELD, M., *Nuclear Proliferation and The Future of Conflict*, Nueva York, Free Press, 1993; LAVOY, P. R., «Civil-Military Relations, Strategic Conduct, and Stability of Nuclear Deterrence in South Asia», en SAGAN, S. D. (dir.), *Civil-Military Relations and nuclear Weapons*, Stanford University Center for International Security and Arms Control, 1994, pp. 79-109, y HASHIMOTO, N.; LO, B., y REITER, D., «Ensuring Peace: Foreign-Imposed Regime Change and Postwar Peace Duration, 1914-2001», *International Organization,* vol. 62, 2008, núm. 4, pp. 717-736.

[16] Como señala Barbé, el Estado es una realidad cuantitativa por el incremento que se ha producido de estas realidades sociopolíticas, aunque también el fenómeno de la diversidad estatal pone de manifiesto cómo los Estados pueden constituir realidades muy diferentes en el plano internacional, como lo son el club de los Estados nuclearizados o los «Estados-bomba» (BARBÉ, E., «El Estado como actor internacional: crisis y consolidación del sistema de Estados», en *Papers Revista de Sociología,* 1993, núm. 41, pp. 38-44).

los Estados implicados en este tipo de procesos, las novedades se han dejado sentir en la diversidad del poder de influencia que ahora presentan los Estados implicados [17]. Tradicionalmente, los Estados nucleares han compartido ciertos niveles de fuerza y una posición internacional importante, incluso anterior a su estatus nuclear. En concreto, el «club nuclear» lo conformaban dos superpotencias internacionales, Estados Unidos y la Unión Soviética, y tres Estados con atributos de poder y una posición en la sociedad internacional muy superior a la mayoría de los Estados del planeta —China, Gran Bretaña y Francia—, además de ser los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad. Sin embargo, poco a poco, desde los años setenta se unieron al club nuclear Estados que gozaban de la posición de potencias regionales como Israel, India y Pakistán, mientras que el descubrimiento del ya neutralizado programa nuclear iraquí, el contrastado poder nuclear de Corea del Norte y las sospechas sobre la situación nuclear iraní ponen de manifiesto una gran diferencia en cuanto a los recursos de poder de los Estados nucleares, aunque la introducción del arma nuclear en sus políticas de seguridad y defensa se haya transformado en capacidad de influencia en los asuntos internacionales [18]. Actualmente, el aumento del número de Estados ha ido acompañado de un aumento de las diferencias entre los mismos [19]. Esta diversidad estatal no solo se manifiesta en el grado de participación de estos Estados en los procesos nucleares sino también en el nivel de derechos y obligaciones en el marco del régimen de seguridad internacional, teniendo en cuenta que solo los cinco Estados miembros permanentes del Consejo de Seguridad han obtenido el estatuto legal de Estados nucleares en el marco del TNP [20], mientras que el resto no pueden formar parte de dicho instrumento a no ser que renuncien a su capacidad nuclear o, bien, como es el caso de Corea del Norte o Irán, estarían incumpliendo las obligaciones que asumieron en el marco de este Tratado, incluso llegando a denunciarlo como hizo Corea del Norte en 2003 [21].

---

[17] Hay, C. (ed.), *The State. Theories and Issues*, Londres, Palgrave, 2009.

[18] Hay que reconocer que siguen apareciendo trabajos muy valiosos que analizan las diferencias entre los Estados atendiendo únicamente a los atributos clásicos de poder (territorio, población, capacidades militares) y ponen de manifiesto cómo las potencias internacionales siguen diferenciándose del resto de los Estados porque, en casos críticos, son sus atributos clásicos de poder los que marcan las diferencias. En definitiva, los Estados se comportan en términos realistas y las superpotencias como Estados Unidos aún más, pero no les gusta reconocerlo (Mearsheimer, J. J., *The Tragedy of Great Power Politics*, *op. cit*., nota 15, pp. 168 y ss.).

[19] Entre las obras que desarrollan una análisis sistemático de los elementos de poder que confieren a los Estados una posición en la sociedad internacional, se recomienda especialmente la segunda parte de la obra de Cornelia Navari sobre internacionalismo y Estados en el siglo xx (Navari, C., *Internationalism and the State in the Twenthieth Century*, Londres, Routledge, 2000, pp. 119-228). En este sentido, considero acertadas las palabras de Esther Barbé, cuando señalaba que «el papel del Estado como actor internacional se ve desafiado por su propia proliferación, que supone la utilización de un mismo concepto para hablar de realidades absolutamente diferentes» (Barbé, E., *Relaciones internacionales*, *op. cit*., nota 9, 2003, 2.ª ed., p. 141).

[20] El art. VI del TNP dispone: «Cada Parte en el Tratado se compromete a celebrar negociaciones de buena fe sobre medidas eficaces relativas a la cesación de la carrera de armamentos nucleares en fecha cercana y el desarme nuclear, y sobre un tratado de desarme general y completo bajo estricto y eficaz control internacional».

[21] Sobre los primeros momentos de la cooperación internacional ante el descubrimiento del programa nuclear norcoreano en Pigrau Solé, A., *El régimen de no proliferación de las armas nucleares,*

En definitiva, con las tradicionales potencias nucleares ahora conviven Estados con estructuras económicas, sociales y políticas muy debilitadas, como consecuencia de conflictos internos o de la presión y sanciones internacionales [22]. Incluso se trata de Estados a los que se les aplica la regla principal del juego internacional, el principio de igualdad soberana, pero, como señala Gerry Simpson, son incapaces de participar en la mayor parte de los procesos internacionales porque no pueden o se resisten a asumir compromisos y cumplirlos [23]. Además, en alguno de los casos, especialmente cuando se trata de Estados acusados de patrocinar el terrorismo internacional, o que simplemente un sector de su sociedad lo hace, la posibilidad de que entidades o grupos no gubernamentales de carácter criminal puedan llegan a ejercer grandes presiones sobre las autoridades estatales o sobre parte de la población y del territorio incrementa la preocupación sobre la gestión que estos Estados pueden hacer de sus políticas disuasivas y las medidas de seguridad que aplican a sus capacidades nucleares. La debilidad de las instituciones de los nuevos Estados que han accedido al arma nuclear puede resultar preocupante [24]. Por ejemplo, en el caso de Irak, el descubrimiento de su programa nuclear provocó el colapso de las instituciones del Estado y la división social tras la intervención militar, aunque muchos opinan que su integridad territorial hubiese estado garantizada si hubiese concluido su programa nuclear y fabricado la primera bomba sin dar lugar a los enfrentamientos religiosos y étnicos que ocurren en su territorio.

La diversidad estatal dentro del ámbito de la no proliferación y el desarme nuclear es un fenómeno relativamente reciente, que se ha incrementado en las dos últimas décadas y que no ha tenido una correspondencia normativa, lo que ha hecho al régimen de no proliferación mucho más discriminatorio

---

Madrid, McGraw Hill, 1997, pp. 148-149 y 204-222 y sobre el proceso de negociación actual y las crisis de ese proceso en KOEPKE, J., *My North Korea Vacation*, Nueva York, PublishAmerica, 2006, y CHA, V. D., y KANG, D., *Nuclear North Korea*, Nueva York, Columbia University Press, 2005.

[22] HOWES, D. E., «When States Choose to Die: Reassessing Assumptions About What States Want», *International Studies Quarterly*, vol. 47, 2003, núm. 4, pp. 669-692. Tanisha Fazal ha analizado distintas causas que pueden provocar la desaparición de un Estado, desde la conquista y la anexión hasta la situación de «Estados Bufé» y los Estados que pierden paulatinamente poder y presencia internacional (FAZAL, T. M., «State Death in the International System», *International Organization*, vol. 58, 2004, núm. 2, pp. 311-344). Sobre las repercusiones de los conflictos internos de carácter étnico en las estructuras sociales del Estado, véase CARMENT, D.; JAMES, P., y TAYDAS, Z., «The Internationalización of Ethnic Conflict: State, Society, síntesis», *International Studies Review*, vol. 11, 2009, núm. 9, pp. 63-86.

[23] Sobre esta cuestión, Gerry Simpson va mucho más allá y analiza los casos de Estados como Irak después de la primera guerra del Golfo o Bosnia-Herzegovina para llegar a la conclusión de que las obligaciones que estos asumen en la etapa del posconflicto amplían unos límites al ejercicio de sus competencias soberanas que nunca hubiesen asumido otros Estados. Su obra *Great Powers and Outlaw States* es de las más críticas respecto a los regímenes impuestos cuando termina un conflicto, que claramente hipotecan para siempre la independencia y autonomía de los Estados en los que se aplican (SIMPSON, G., *Great Powers and Outlaw States. Unequal Sovereigns in the International Legal Order*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004).

[24] Esta cuestión ha sido analizada por Peters Andreas que se adentra en la dimensión criminal de los conflictos internos durante el conflicto y en la etapa del posconflicto. En este sentido, llega a la conclusión que una parte de la actividad delictiva continúa y además acapara importantes ámbitos de la actividad económica de estos Estados (ANDREAS, P., «The Clandestine Political Economy War and Peace in Bosnia», *International Studies Quarterly*, vol. 48, 2008, núm. 1, pp. 29-51).

y dificulta los procesos de cooperación encaminados a frenar el crecimiento del número de Estados nucleares. El arma nuclear sacraliza el territorio de los que las poseen y, también, paraliza las negociaciones de desarme, que se hacen difíciles cuando las motivaciones nucleares se extienden a todas las regiones del planeta. Por tanto, la nuclearización ya no se dirime entre Estados ricos y Estados pobres, Estados con alta participación en asuntos internacionales y Estados aislados o incapaces de hacer valer sus intereses [25]. Además, tanto las potencias nucleares clásicas como los nuevos Estados nucleares, incluso con mínimas capacidades nucleares o con una nuclearización latente, son capaces de influenciar las actividades de las organizaciones internacionales, las primeras porque forman parte de la cúpula decisoria y los segundos porque son los principales destinatarios de las medidas y actuaciones de las organizaciones internacionales que cooperan en este ámbito.

El incremento y la diversidad de los Estados nucleares implicados en los procesos nucleares ha tenido consecuencias en diversos aspectos de la cooperación en materia de no proliferación y desarme nuclear. En primer lugar, la no aceptación por parte de los nuevos Estados nucleares de los mecanismos de cooperación que fueron diseñados durante los inicios de la Guerra Fría para frenar la proliferación de Estados nucleares. En concreto, nos estamos refiriendo al sistema de transferencias nucleares con fines pacíficos, que se establece en el marco del TNP y cuyo principal guardián es el Organismo Internacional de la Energía Atómica (en adelante OIEA), encargado de garantizar que las transferencias que reciben los Estados no nucleares para desarrollar energía nuclear con fines pacíficos no son desviadas para la producción de material fisible con fines militares. Igualmente, los nuevos Estados nucleares al margen del TNP y de las inspecciones del OIEA no participan en los foros de información y cooperación para evitar las transferencias de bienes y tecnología nucleares que pueda tener un doble uso, civil y militar, como el Grupo de Suministradores Nucleares o el Grupo Wassenaar. Por tanto, las transferencias de los nuevos Estados nucleares quedan al margen de los mecanismos de cooperación internacional para el control y verificación de las mismas. En definitiva, los nuevos Estados nucleares han terminado con el monopolio del control de la proliferación nuclear que tenían las cinco potencias nucleares clásicas. Incluso puede afirmarse que, desde su entrada en escena, las medidas de no proliferación nuclear se han demostrado cada vez más ineficaces y la cooperación en este ámbito presenta más dificultades.

---

[25] Kathleen Hancock ha calificado a Estados que tienen una cierta dependencia con respecto a otros Estados, como Bielorrusia, heredera de material y armas nucleares soviéticas, de Estados «semisoberanos». En su estudio, la autora se empeña en demostrar cómo la dependencia económica y política de Bielorrusia respecto a Rusia lo convierte en un Estado con una gran pérdida de soberanía. Desde mi punto de vista, los hechos que la autora relata son indiscutibles pero no la conclusión a la que llega. Si se realizase un análisis pormenorizado de la situación de dependencia que presentan muchos países aplicando el esquema de Hancock llegaríamos a la conclusión de que la mitad de los Estados del globo no son soberanos. En Hancock, K., «The Semi-Sovereign States: Belarus and Russian Neo-Empire», *Foreign Policy Analysis*, vol. 2, núm. 2, 2006, pp. 117-136.

La segunda consecuencia está, sin embargo, relacionada con el ámbito del desarme. Mientras que los Estados nucleares del TNP han adquirido, sobre la base del art. VI del Tratado, la obligación de llegar a un desarme nuclear global, los nuevos Estados nucleares no tienen contraída ninguna obligación en ese sentido y no están dispuestos a participar en procesos de desarme, cuando sus arsenales nucleares representan una ínfima parte de los arsenales de las potencias nucleares clásicas, especialmente, de los que poseen Estados Unidos y la Federación Rusa. Esta situación ha condicionado los procesos de desarme de la posguerra fría, que prácticamente se han convertido en un vehículo utilizado por las dos superpotencias con la única intención de disminuir unas capacidades nucleares sobredimensionadas que resultan difíciles de mantener, poco útiles en un contexto de disuasión en el que las principales amenazas nucleares provienen de Estados que tienen una mínima capacidad nuclear. Igualmente, aunque Francia y Gran Bretaña no se encuentran en una situación de disuasión activa y hayan realizado reducciones sustanciales en sus arsenales nucleares [26], no están dispuestos a participar en un proceso de desarme total, y menos aún China [27]. En este sentido, el final de la carrera nuclear vertical entre las dos grandes superpotencias no ha supuesto un incremento de las perspectivas de desarme internacional sino una nueva estrategia a la hora de valorar, por parte de las potencias nucleares clásicas, el número y las características del armamento nuclear que necesitan para garantizar su seguridad. Sin embargo, las nuevas potencias nucleares alegan la necesidad de garantizar su seguridad utilizando armas nucleares en el marco de un régimen de no proliferación y desarme discriminatorio en el que no están dispuestas a participar.

---

[26] La reducción del programa nuclear militar francés comenzó inmediatamente después del final de la Guerra Fría, disminuyendo a la mitad sus armas nucleares y a un tercio el número de cabezas nucleares, dedicándole sólo alrededor del 10 por 100 del presupuesto de defensa. Además, a partir de 1996 eliminó sus instalaciones nucleares del Pacífico. Sin embargo, su Ley de Programación Militar 2003-2008 mejoró en 2010 sus medios submarinos armados con nuevos misiles estratégicos y sus misiles aire-tierra (Arteaga, F., «La disuasión nuclear francesa según el Presidente Chirac: ¿reforma, ruptura o recordatorio?, *Real Instituto Elcano, ARI,* núm. 1, 11/2006, p. 2). En 2008, el presidente de la República anunció la reducción de una tercera parte de número de armas nucleares, misiles y aviones de componente aerotransportado. Tras esa reducción, Francia alcanzará un total de 300 ojivas nucleares (la mitad de la cifra más alta que alcanzó durante la Guerra Fría). Como medida de transparencia, Francia ofreció a los representantes de los más de cuarenta Estados miembros del TNP la posibilidad de visitar sus instalaciones nucleares, visita que tuvo lugar el 16 de marzo de 2008, mientras que el 16 de marzo de 2009, expertos no gubernamentales realizaron también otra visita a esas instalaciones. Evidentemente, se trata de una medida muy efectiva para promover la confianza mutua pero, sin embargo, insuficiente de cara a una buena parte de Estados de la Sociedad Internacional, aunque Francia alegue que aplica el principio de la «estricta suficiencia nuclear» («Desarme nuclear. El compromiso concreto de Francia», Documento de Trabajo presentado por Francia al Comité Preparatorio de la Conferencia de las Partes de 2010 encargada del examen del Tratado sobre la no proliferación de las armas nucleares, NPT/CONF.2010/PC.III/wP.36). Sin embargo, el Reino Unido no tiene previsto en los próximos años hacer mejoras en materia de modernización de su arsenal nuclear y sistemas de lanzamiento, por lo que sería más probable que aceptara una nueva reducción del mismo. En Simpson, J., «The United Kingdom and the Nuclear Future: The Strength of Continuity and the Change for Change», *The Nonproliferation Review*, vol. 17, 2007, núm. 4, pp. 227-249.

[27] Lewis, J., «Chinese Nuclear Posture and Force Modernization», *The Nonproliferation Review*, vol. 16, 2009, núm. 2, pp. 290 y ss.

En definitiva, el incremento y diversidad de actores estatales ha conllevado un cuestionamiento de los fundamentos de las estructuras destinadas a frenar la proliferación de armas nucleares, a la vez que ponen en entredicho las aspiraciones de buena parte de los Estados de la sociedad internacional a favor de un mundo libre de armas nucleares.

2.2. Las organizaciones internacionales y el régimen de no proliferación y desarme nuclear

Las organizaciones internacionales se han consagrado como el segundo actor más relevante de los procesos de cooperación en materia de no proliferación y desarme nuclear. Poco después de la aparición en la escena internacional de las armas nucleares se creó la Organización de las Naciones Unidas (en adelante NNUU), que desde un principio incluyó como uno de los temas más importantes de su agenda de cooperación las cuestiones relacionadas con el desarme, donde el desarme nuclear ocupó y sigue ocupando un lugar fundamental, especialmente para la Asamblea General, que sigue dedicando gran parte de sus energías, en cada una de sus sesiones, a emitir resoluciones encaminadas a provocar un marco de cooperación internacional en materia de desarme nuclear, a partir de los trabajos realizados por su Comisión de Desarme [28]. La actividad de NNUU ha sido crucial para la institucionalización y la ordenación existente en materia nuclear. En este sentido no podemos dejar de olvidar que la principal organización valedora del régimen de no proliferación de armas nucleares, el OIEA [29], es un organismo especializado del sistema de NNUU, que desarrolla las labores de inspección técnica necesarias para garantizar que la asistencia en materia de energía nuclear a los Estados no nucleares partes del TNP que la utilizan con fines pacíficos e, igualmente, detectar e informar sobre posibles desviaciones de las transferencias de bienes nucleares para un uso militar no previsto [30]. Los informes elaborados por

[28] Véase el programa y calendario de trabajo de la Primera Comisión: Desarme y Seguridad Internacional, A/647399 de 9 de noviembre de 2009.

[29] El Organismo Internacional de la Energía Atómica fue creado, el 26 de octubre de 1956, durante la Conferencia de Nueva York sobre el uso pacífico de la Energía nuclear y su estatuto entró en vigor el 29 de julio de 1957. Actualmente, el OIEA cuenta con 151 Estados miembros. Las principales funciones del OIEA son: la promoción de la investigación, el desarrollo y la aplicación práctica de la energía atómica para fines pacíficos y el establecimiento de unas medidas de salvaguardia que aseguren que las actividades nucleares desarrolladas por los Estados no tendrán fines militares (*Inventory of International Nonproliferation Organizations and Regimes,* Center For Nonproliferation Studies, Monterey Institute of International Studies, 2010, pp. 17-24).

[30] El párrafo primero del art. III del TNP recoge lo siguiente: «Cada Estado no nuclear parte del Tratado se compromete a aceptar una serie de salvaguardias derivadas de la conclusión de un acuerdo con el Organismo Internacional de la Energía Atómica, de acuerdo con el estatuto y el sistema de salvaguardia del Organismo, para el propósito exclusivo de verificar el total cumplimiento de las obligaciones asumidas por el Tratado, con objeto de prevenir la dispersión del uso de la energía nuclear para fines pacíficos a nucleares explosivos». El párrafo cuarto del mismo artículo añade la obligación de comenzar las negociaciones con el Organismo, para la conclusión de dicho acuerdo, 180 días después de la ratificación del TNP, y 18 meses después del comienzo de dichas negociaciones deberá haberse concluido el acuerdo. El principal objetivo del OIEA es el de promover y ayudar

el OIEA y sus recomendaciones pueden llegar a ponerse en conocimiento del Consejo de Seguridad cuando los casos revisten de gravedad [31]. Las decisiones de la Junta de Gobernadores del OIEA son la principal fuente objetiva para valorar, por parte del Consejo de Seguridad, la necesidad de decretar medidas coercitivas de carácter político, económico e, incluso, militar en aquellos casos en los que las actividades nucleares de los Estados partes del TNP, que se han comprometido a no desarrollar un programa nuclear militar y que están sometidos a las inspecciones del Organismo, puedan suponer un peligro para la paz y la seguridad internacional. De hecho, el Consejo de Seguridad, sobre la base de las recomendaciones del OIEA ha adoptado decisiones tan importantes como las sanciones decretadas contra Corea del Norte o Irán [32]. La Unión Europea también ha llevado a cabo una intensa actividad de cooperación en materia nuclear entre sus Estados miembros y con terceros Estados y organizaciones internacionales a nivel técnico-económico y también político. Desde la creación de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, la cooperación en el ámbito de la seguridad nuclear y de la producción de energía nuclear para uso civil entre los Estados miembros no ha tenido parangón en otros foros internacionales. De la misma manera, la experiencia y el conocimiento de los Estados miembros y de la propia organización en materia nuclear ha servido para desarrollar proyectos de asistencia a numerosos países en el ámbito de la seguridad nuclear y la no proliferación y el desarme nuclear. Igualmente, en el ámbito de la cooperación en materia de política exterior y de seguridad, la Unión Europea ha promovido muchas iniciativas

---

al desarrollo y la investigación en materia de energía nuclear para uso pacífico en todo el mundo. Esa tarea de fomentar la utilización de la energía nuclear para fines pacíficos se ve completada con la labor de velar para que los Estados miembros del Organismo cumplan una serie de medidas de salvaguardia que garanticen que sus conocimientos, experiencia, instalaciones y materiales nucleares no sean objeto de un uso de carácter militar. Para ello, el Organismo cuenta con dos sistemas de medidas de salvaguardia. El primero tiene su base jurídica en el art. III.A.5 del estatuto del Organismo y se aplica a los materiales, equipos, instalaciones y conocimientos que hayan sido suministrados por el Organismo a cualquier Estado. También, los Estados, por iniciativa propia, pueden someter a las medidas de salvaguardia del Organismo las instalaciones nucleares cuyos datos no hayan sido suministrados por el Organismo. En este caso, el sistema de salvaguardia del Organismo se recoge en el art. XII de su estatuto y se desarrolla mediante el documento INFCIRC/66, posteriormente revisado por el documento INFCIRC/66Rev.2. El segundo sistema es el que se aplica a los Estados no nucleares que son parte del TNP, siguiendo lo establecido en el art. III de dicho Tratado y desarrollado por el documento INFCIRC/153.

[31] Consúltese el último *Safeguards Statement de 2009* presentado en la Junta de Gobernadores del OIEA (*www.iaea.org*).

[32] Véanse las siguientes resoluciones del Consejo de Seguridad sobre la cuestión iraní: 1696 (2006), 1737 (2006), 1747 (2007), 1803 (2008), 1835 (2008), 1887 (2009) y 1929 (2010). La adopción de sanciones contra Irán en el marco del Consejo de Seguridad ha sido una cuestión bastante polémica, sobre todo a la hora de recabar el consentimiento de la Federación Rusa. Los cambios de la política de seguridad y defensa de Estados Unidos, junto con los nuevos progresos en el programa nuclear iraní han sido sin duda los factores desencadenantes de la resolución aprobada por el Consejo de Seguridad en la que se establecen medidas que restringen el comercio con Irán (Harvey, C., y Sabatini, R., *Russia's Lukewar Support for International Sanctions Against Iran: History and Motivations*, James Martin Center for Nonproliferation Studies, abril de 2010). Véanse las siguientes resoluciones del Consejo de Seguridad sobre el programa nuclear de Corea del Norte: las resoluciones 825 (1993), 1540 (2004), 1695 (2006), 1718 (2006), 1874 (2009), 1887 (2009) y 1928 (2010), así como las declaraciones de su Presidencia de 6 de octubre de 2006 (S/PRST/2006/41) y de 13 de abril de 2009 (S/PRST/2009/7).

encaminadas a reducir los peligros de la proliferación de armas nucleares, que han conllevado importantes aportaciones económicas [33].

No obstante, el objeto de este estudio no estriba en una descripción de las actividades de las principales organizaciones internacionales con competencias en este ámbito, sino que prefiere ahondar, primero, en la autonomía que realmente tienen cuando actúan en el ámbito nuclear y, segundo, en las situaciones en las que los Estados prefieren no confiarles mayores tareas en esta materia y acuden a mecanismos alternativos. Es cierto que existen otras organizaciones internacionales que desarrollan actividades en el ámbito de la seguridad y la defensa y que, por tanto, en muchas ocasiones se interesan en los temas nucleares, pero las que han desarrollado el mayor volumen de actividades son las que se han mencionado anteriormente.

2.2.1. *Niveles de autonomía e independencia*

El debate sobre la autonomía de las organizaciones internacionales como actores de las relaciones internacionales apareció desde el momento en que este nuevo actor entró en escena y, realmente, se han llegado a conclusiones muy contradictorias sobre esta cuestión. Autores como Robert W. Cox y Harold K. Jacobson [34] han puesto el acento en los elementos de dependencia de las organizaciones internacionales de los Estados que las componen y, sin embargo, Michel Virally [35] ha resaltado el hecho de que en muchas ocasiones las decisiones y las actuaciones de las organizaciones internacionales cuentan con una identidad propia y amplio margen de autonomía. No creo que ambas opiniones sean excluyentes, ya que existen organizaciones internacionales en las que predominan los elementos apuntados por Cox y Jacobson y otras que dan muestras claras de los márgenes de autonomía y de capacidad de decisión respecto a los Estados. En materia de no proliferación nuclear, las decisiones adoptadas por una organización internacional de carácter técnico, como el OIEA, se han convertido en un verdadero elemento

---

[33] Véase la Posición Común de 29 de diciembre de 2009 relativa al fomento de la no proliferación y a la creación de medidas de confianza en la región del sur de Asia (2009/1012/PESC, *DO* L 348 de 29 de diciembre de 2009). Las tres iniciativas más importantes de los Estados miembros han sido el apoyo a las conferencias de revisión del TNP, que tuvieron lugar en los años 2000, 2005 y 2010, de 13 de abril de 2000 (00/297/PESC, *DO* L 97 de 19 de abril de 2000) y de 25 de abril de 2005 (2005/329/PESC, *DO* L 106 de 27 de abril de 2005) para promover que los Estados que todavía no han firmado y ratificado el Tratado renuncien a sus programas nucleares militares, si los tienen y, también, que todos los Estados firmantes den cumplimiento a las obligaciones que recoge el Tratado, incluida la dirigida a que los Estados nucleares reconocidos por el Tratado emprendan las acciones oportunas para llegar a un desarme nuclear global, tal y como se recoge en el art. VI. También destacan las acciones de la Unión en la Comisión Preparatoria de la Organización del Tratado de Prohibición Total de Pruebas Nucleares, en la Posición Común, de 20 de marzo de 2006 (2006/243/PESC, *DO* L 88, de 25 de marzo de 2006), de 28 de junio de 2007 (2007/468/PESC, *DO* L 176, de 6 de julio de 2007) y de 15 de julio de 2008 (2008/588/PESC, *DO* L 189, de 17 de julio de 2008).

[34] Cox, R. W., y Jacobson, H. K., *The Anatomy of Influence. Decision Making in International Organizations,* Boston, Yale University Press, 1973.

[35] Virally, M., *L'Organisation Mondiale*, París, Armand Colin, 1972, pp. 30 y ss.

de legitimación de las sanciones posteriormente adoptadas por el Consejo de Seguridad.

Ahora bien, el hecho de que la mayor parte de las decisiones del Consejo de Seguridad hayan ido destinadas a sancionar a Estados como India o Pakistán, al margen del TNP y denunciantes de su carácter discriminatorio, o a Estados como Corea del Norte, que quieren abandonar un régimen discriminatorio que solamente legitima y legaliza los arsenales nucleares de los cinco Estados miembros permanentes del Consejo de Seguridad, pone en entredicho la autonomía de NNUU respecto a los intereses de las cinco potencias nucleares clásicas. En este sentido, la actividad de NNUU y del OIEA dejan de ser reflejo del principio jurídico de la igualdad soberana de los Estados y los temas de desarme se convierten en un ámbito más donde se detectan los límites prácticos del alcance de ese principio, desde el momento en el que los arsenales nucleares de las cinco potencias miembros permanentes del Consejo de Seguridad están exentas de los controles del OIEA. Igualmente, la situación de Estados como Israel, que ha desarrollado un programa nuclear al margen del TNP, que no ha sufrido ningún tipo de sanción, pone de manifiesto que los parámetros a la hora de juzgar los peligros que encierran los programas nucleares militares son meramente de carácter político. Este tipo de apreciación se confirma desde el momento en el que los programas nucleares de India y Pakistán fueron calificados como una amenaza para la seguridad internacional cuando realizaron un total de once pruebas nucleares en 1998 y sometidos a un paquete de sanciones internacionales, mientras que con el cambio de circunstancias internacionales después de los atentados del 11 de septiembre pasaron a convertirse en aliados cruciales en la lucha contra el terrorismo internacional, y sus programas nucleares dejaron de significar un peligro para la paz internacional. Como señala el Profesor Rafael Grasa a este respecto, la polémica sobre las funciones que desarrollan las organizaciones internacionales como actores, entra dentro de la discusión «interparadigmática entre las diversas concepciones de las relaciones internacionales, donde cada enfoque suele enfatizar un rol y omitir otros posibles, para analizar lo que realmente hacen las organizaciones internacionales gubernamentales resulta más fructífero optar por una postura más ecléctica» [36]. En definitiva, el autor prefiere no adherirse a las posturas más realistas, que sostienen que las organizaciones internacionales son incapaces de resolver los problemas que se presentan en la sociedad ni, tampoco, asumir la posición de las corrientes más idealistas que las consideran el único instrumento capaz de responder a las consecuencias del carácter anárquico de las relaciones internacionales y resolver problemas globales [37]. Esta aproximación resulta muy útil para definir las funciones de las organizaciones internacionales en los procesos nucleares, donde, a veces, se convierten en un instrumento de las políticas exteriores de los principales Estados nucleares, otras veces son capaces de

[36] Grasa, R., «Las organizaciones internacionales y los nuevos desafío globales», *Papers*, núm. 41, 1993, p. 74.

[37] *Ibid.*, p. 74.

modificar la conducta de los Estados implicados en estos procesos y, en algunas ocasiones, pueden desarrollar actividades completamente autónomas.

Teniendo en cuenta estas circunstancias, la importancia de las organizaciones internacionales como actores de los procesos internacionales en materia nuclear debía de medirse atendiendo al grado de autonomía que obtienen a la hora de decidir y actuar en el plano internacional para que su voluntad sea claramente diferenciada de la de sus Estados miembros y que, por tanto, su capacidad de influencia no sea la suma de las capacidades de los Estados que la conforman [38]. Sin embargo, en el ámbito de la cooperación en materia nuclear, la autonomía de la que hacen gala organizaciones de carácter técnico como OIEA se diluye en las apreciaciones de carácter político del Consejo de Seguridad, a la hora de tratar distintos casos de nuclearización al margen del TNP o contraviniendo sus disposiciones, haciendo más acuciado el carácter discriminatorio del régimen de no proliferación y desarme del que son valedores. Por ello, los parámetros de igualdad no son los más apropiados en estos casos para concluir la falta de intervención de las organizaciones internacionales en este tipo de procesos. Independientemente del tratamiento más o menos imparcial que hagan de las situaciones que tratan y de los propios intereses de los Estados miembros, son imprescindibles para legitimar las medidas de cooperación encaminadas a sancionar a los Estados que incumplen sus obligaciones en este ámbito y para identificar los casos de nuclearización que pueden suponer un riesgo para la seguridad internacional [39]. En este sentido, NNUU y el OIEA han mostrado distintos grados de autonomía, sobre todo cuando se comparan con organizaciones internacionales de integración, como la Unión Europea, que sí ha desarrollado actividades en el ámbito de la no proliferación y el desarme nuclear con un mayor grado de independencia, a pesar de que esta actividad se enmarca dentro de su Política Exterior y de Seguridad Común, donde los Estados miembros no han atribuido el ejercicio de competencias soberanas a las instituciones de esta organización. Además, en el caso de la Unión Europea, sus posiciones y acciones comunes en el ámbito de la no proliferación y el desarme nuclear reúnen el consenso de los 27 Estados miembros, de los que únicamente dos son Estados con capacidad nuclear militar, Gran Bretaña y Francia, y de los 25 Estados restantes, algunos cuentan con un programa nuclear civil muy avanzado pero, en definitiva, todos han renunciado a desarrollar un programa nuclear militar. En este sentido, el consenso que se obtiene en el marco de la Unión Europea se fundamenta en importantes conocimientos en materia de energía

[38] Se recomienda el análisis desarrollado por McLean en el que se pone de manifiesto las grandes diferencias existentes entre organizaciones internacionales. En McLean, A., «From International Organization to International Organizations», en Salmon, T. C. (ed.), *Issues in International Relations*, Londres, Routledge, 2000, pp. 159-188.

[39] La clasificación de las organizaciones se ha convertido en una cuestión cada vez más compleja, ya que resulta necesario identificar y perfilar un número de criterios capaces de sistematizar el incremento en número y en funciones de estos actores. Los criterios de clasificación que ofrece Merle: tipo de funciones, carácter de las competencias, ámbito territorial de actuación, etc., siguen resultando, a mi parecer, bastante útiles (Merle, M., *Sociología de las relaciones internacionales, op. cit*., en nota 1, pp. 386 y ss.).

nuclear y en mayores márgenes de imparcialidad, lo que lo convierte en una fuente de credibilidad, teniendo en cuenta la aportación técnico-económica que sus Estados miembros vienen realizando desde hace más de dos décadas al régimen de no proliferación y desarme nuclear.

Por tanto, la condición de sujetos de Derecho internacional de estas organizaciones internacionales ha contribuido de manera nada desdeñable a incrementar su participación y su influencia en el ámbito nuclear, como demuestran las funciones que generalmente desempeñan como foros de concertación de intereses y su utilidad indiscutible, como tanto han resaltado los neoliberales, a la hora de proporcionar información, disminuir desconfianza y solucionar problemas comunes, a la vez que reducir las posibilidades de conflicto. Incluso constituyen el segundo referente político-organizativo para el conjunto de la sociedad internacional, que confía en muchas de las medidas adoptadas y propuestas en el marco de estas organizaciones internacionales, y, a veces, desaprueban que los Estados no las respalden o no acaten las decisiones que en ellas se adoptan [40]. No obstante, como se ha señalado con anterioridad, sus opiniones en muchas ocasiones no son secundadas porque pueden identificarse con las preferencias de las potencias nucleares del TNP. Aunque el ámbito material de las armas nucleares limita más la participación de las organizaciones internacionales en estos procesos, por formar parte del núcleo duro de la seguridad y la defensa del Estado. Sin embargo, la complejidad que ha adquirido el fenómeno de la proliferación de armas nucleares, por las distintas características que presentan los nuevos Estados nucleares, la posibilidad de que grupos delictivos se hagan con material fisible y las dificultades para garantizar un proceso de disuasión nuclear, efectivo y seguro, entre actores con niveles de nuclearización muy distintos y con recursos escasos para asegurar la protección del material fisible, han provocado que las organizaciones internacionales sean cada vez más conscientes de la necesidad de procurar una cooperación internacional efectiva, tanto en ámbitos más técnicos y especializados como en ámbitos político-diplomáticos. En consecuencia, están destinadas a jugar un papel cada vez más fundamental en un sector material tan restringido como este, aunque en ocasiones han quedado excluidas a favor de foros de cooperación.

2.2.2. *La preferencia por los foros de cooperación*

Una de las características del régimen de no proliferación nuclear ha consistido en acudir a la creación de foros de cooperación con bajos niveles

[40] Han aparecido una serie de estudios que confrontan la hegemonía norteamericana con la capacidad de influencia de las NNUU y de otras organizaciones internacionales. Estos trabajos ponen de manifiesto de qué manera las organizaciones internacionales en su condición de actores se ven seriamente condicionadas por los cambios de las políticas exteriores de las potencias hegemónicas hasta los límites de poner en peligro los fundamentos de su existencia. Véanse KRAHMANN, E., «American Hegemony or Global Governance? Competing Visions of International Security», *International Studies Review*, vol. 7, núm. 4, 2005, pp. 531-546, y PUCHALA, D. J., «World Hegemony and the United Nations», *International Studies Review*; vol. 7, núm. 4, 2005, pp. 571-584.

de institucionalización, que han ido proliferando a medida que aparecía la necesidad de reforzar la cooperación en varios ámbitos. La razón que ha justificado la aparición de estos foros es el incremento de los intercambios comerciales de bienes y tecnología nuclear con una finalidad, en principio, pacífica. Sin embargo, el descubrimiento de los programas nucleares de Irak, Corea del Norte e Irán demostraron el doble uso que podían llegar a tener estas transferencias, las limitaciones de la actividad desarrollada por el OIEA y la necesidad de intercambiar información para detectar los materiales que podrían ser utilizados con fines militares en manos de Estados concretos. Para tal fin fueron creados dos foros de cooperación, el Grupo de Suministradores Nucleares y el Wassenaar Group, donde los Estados intercambian constantemente información sobre los productos y tecnología que exportan y que podrían desviarse para uso militar. Además actualizan un listado de los países a los que no debería exportarse ese tipo de bienes y tecnologías, porque son sospechosos de tener intenciones de aprovechar estas transferencias para usarlas en el ámbito militar[41]. Este tipo de intercambio de información se ha trasladado también al ámbito de la tecnología espacial, susceptible de ser utilizada para el desarrollo de misiles balísticos, de la cual ha salido incluso un código de conducta, que no conlleva obligaciones jurídicas para los Estados participantes. Esta proliferación de foros de cooperación también ha calado hondo en otros ámbitos del control de bienes y tecnología convencional, química y biológica que podrían engrosar las capacidades militares de Estados cuyas intenciones son identificadas como agresivas.

La preferencia por los foros informales de cooperación para frenar la proliferación de Estados nucleares en lugar de confiar en las organizaciones internacionales se explica por varias razones. En primer lugar, resultan ser un mecanismo útil para garantizar la continuidad del negocio de las exportaciones por parte de Estados que quieren rentabilizar sus inversiones nucleares en el ámbito civil o militar y que no están dispuestos a renunciar a los beneficios que normalmente obtienen. En segundo lugar, estos foros no incluyen mecanismos de control que conlleven hacer públicos los pormenores de la industria nuclear de los exportadores e impliquen una contabilidad externa de su producción y de sus volúmenes de venta. En tercer lugar, estos

[41] El Grupo de Suministradores Nucleares está formado por 46 países que exportan este tipo de bienes, además de la Comisión Europea como Observador Permanente. Se reunió por primera vez en noviembre de 1975 en Londres, y desde entonces elabora las directrices fundamentales para la exportación de bienes y tecnología nuclear. El Régimen de Control de Tecnología de Misiles se estableció en 1987 y reúne a 34 países que exportan tecnología y elementos para la fabricación de estos sistemas de lanzamiento con el objetivo de prevenir la proliferación de misiles para el transporte de armas nucleares. Este régimen fue completado, en 2002, cuando, durante la Conferencia mantenida en La Haya, los Estados miembros decidieron adoptar un Código de Conducta para la exportación de tecnología balística, que ha sido firmado por 130 Estados. El Grupo Wassenaar se estableció en 1995 y reúne a 40 Estados que exportan tecnología y bienes de doble uso. Este grupo elabora y actualiza los listados de tecnología y bienes sensibles para ser utilizados como armamento de destrucción masiva y listados de los países sospechosos de tener intenciones de hacerlo. Sobre las circunstancias históricas en las que aparecieron estos foros de cooperación, su funcionamiento, Estados participantes y mecanismos que utilizan, véase el *Inventory of International Non proliferation Organizations and Regimes*, James Martin Center for Nonproliferation Studies, 2010, pp. 142 y ss.

mecanismos no suponen ninguna limitación a la soberanía de los Estados en ámbitos tan sensibles para su seguridad como todos los relacionados con la industria nuclear ni las relaciones con los socios comerciales de los exportadores. La ausencia de mecanismos de verificación y de obligaciones jurídicas garantiza, de alguna manera, la continuidad de las actividades de estos foros de los que los Estados pueden salir cuando lo deseen. Evidentemente, ante esta situación, las ventajas de los foros de cooperación frente a las obligaciones que conlleva la pertenencia a una organización internacional que pudiera tener competencias en esta materia queda clara. Los foros de cooperación garantizan el protagonismo exclusivo de los Estados en el ámbito de la no proliferación nuclear, y la no intervención de otros actores en el núcleo duro de su soberanía. Sin duda, organizaciones internacionales como el OIEA y otras que pudieran crearse podrían llevar a cabo este tipo de actividades con la finalidad de garantizar todo el comercio nuclear, a la vez que velar por la no proliferación de las armas nucleares. Sin embargo, ello conllevaría un proceso más estricto de cooperación con un intercambio continuo de información, el sometimiento a mecanismos de verificación por parte de la organización internacional y, sobre todo, un conocimiento de la sociedad internacional de las actividades comerciales nucleares de los Estados. La flexibilidad de los foros de cooperación en materia de no proliferación nuclear ha conllevado, en la práctica, la aparición de programas nucleares que fueron desarrollados con la ayuda de transferencias que en su día tenían una finalidad simplemente civil y pone de manifiesto los fallos que presentaban estos sistemas de intercambio de información exentos de obligaciones y de órganos permanentes con competencias en la materia [42].

Además de los foros de cooperación permanente, los Estados han creado foros de cooperación ad hoc para resolver las controversias surgidas por las nuclearizaciones ilegales de Estados parte del TNP, como Corea del Norte o Irán. Sin embargo, en ninguno de los dos casos ha surtido los efectos esperados. En el caso de Corea del Norte se instauró una mesa de negociación a seis bandas de la que surgió la iniciativa de crear una Organización Internacional para la Desnuclearización de la Península de Corea (KEDO), pero que, posteriormente, fue abandonada, a pesar de las inversiones que realizaron muchos Estados y la propia Unión Europea para sustituir los reactores de agua pesada de Corea del Norte por reactores de agua ligera, que no enriquecen el material fisible a niveles aptos para la fabricación de armas nucleares. Esta mesa se ha convocado en muy diversas ocasiones, aunque sin lograr un compromiso por parte de Corea del Norte para emprender un proceso de desarme [43]. En el caso de Irán, los innumerables intentos de negociación por parte del grupo de los seis, los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad más Alemania, han tenido poco éxito y han venido acompañados

[42] Estos descubrimientos dieron lugar a trabajos como este: Beck, M., «Reforming The Multilateral Export Control Regimes», *The Nonproliferation Review*, vol. 7, núm. 1, 2000, pp. 91-103.

[43] No obstante, Corea del Sur ha vuelto a solicitar el comienzo de las negociaciones en este foro informal de seis Estados como el mejor instrumento para disminuir las tensiones entre ambos («What Keeps Idea North Korea "Six Parties" Talks Alive?», *Reuters*, Seul, 4 de enero de 2011).

de medidas sancionadoras decretadas por el Consejo de Seguridad, al igual que en el caso de Corea del Norte. Estos foros informales, creados para estos casos concretos, sin ningún tipo de continuidad, ponen de manifiesto, por una parte, que estos problemas difícilmente pueden resolverse sin acudir a la cooperación interestatal y que las organizaciones internacionales, en algunas ocasiones, no son consideradas por los Estados como el marco más apropiado en ámbitos tan sensibles a la soberanía estatal como la proliferación y el desarme nuclear.

3. NUEVOS ACTORES EN EL ÁMBITO DE LA NO PROLIFERACIÓN Y EL DESARME NUCLEAR

Desde el final de la Guerra Fría y la desmembración de la Unión Soviética, el ámbito nuclear se ha abierto a otros actores, como los grupos terroristas o el crimen internacional organizado, que en el panorama internacional actual se han redimensionado, han conseguido adaptarse a las nuevas circunstancias y han ampliado su capacidad de influencia en ámbitos tradicionalmente interestatales, como el nuclear. Son dos actores que suscitan contestaciones y rechazo por parte del resto de los actores clásicos y de otras fuerzas transnacionales, pero no conviene perderlos de vista y seguir observando cómo evolucionan su naturaleza y capacidades, para así detectar hasta qué punto su participación en los procesos nucleares, lejos de ser una situación temporal, les ha convertido en actores capaces de movilizar amplios recursos para hacer valer sus objetivos y, además, condicionan la actividad de los actores tradicionales del ámbito nuclear, cuando interaccionan entre ellos.

Una de las principales dificultades para analizar la participación de estos nuevos actores en los procesos nucleares es llegar a conocer las características de sus actividades, el modo de organización interna, sus estrategias de actuación, los objetivos que pretenden conseguir a corto y medio plazo y, también, las características cuantitativas y cualitativas de los recursos de los que disponen. Evidentemente, tanto en el caso del crimen internacional organizado como en el de los grupos terroristas sus actividades delictivas están sujetas al mayor grado de secretismo dentro y fuera de estas organizaciones, que en los últimos tiempos han alcanzado unas dimensiones extraordinarias y una complejidad difícil de aprehender. Los descubrimientos y paralizaciones de algunas de sus actividades por parte de las organizaciones policiales y los servicios de inteligencia de los Estados han constituido la base para deducir las capacidades que poseen y los objetivos que planean. En otras ocasiones, las consecuencias de las actividades que han perpetrado son las que han alertado o han, incluso, constatado su participación en los procesos nucleares.

El interés del crimen internacional organizado por el negocio de los materiales fisibles y radioactivos y el de algunos grupos terroristas internacionales por hacerse con ese tipo de materiales han generado un mayor número de

tensiones y de conflictos en los procesos nucleares. Estas circunstancias han obligado a los actores clásicos, Estados y organizaciones internacionales, a adaptar sus estrategias, actividades y objetivos en el ámbito nuclear para hacer frente a estos nuevos peligros.

Como se ha adelantado, desde el final de la Guerra Fría, en una buena parte de los procesos de no proliferación y desarme nuclear han empezado a participar fuerzas transnacionales cuya condición de actor ofrece resistencia en el plano político internacional por parte de actores clásicos de las relaciones internacionales y por el rechazo que provocan los objetivos y, sobre todo, los medios de estos actores. Con ello nos referimos, en primer lugar, al *crimen internacional organizado*, que dentro de los distintos ámbitos en los que desarrollan actividades delictivas, tráfico de drogas y personas, también trafican con armamento y materiales radioactivos. En segundo lugar, los *grupos terroristas internacionales* se han convertido en un actor de los procesos conflictuales de las relaciones internacionales, desde el momento en el que pueda sospecharse que estarían dispuestos a utilizar armamento de destrucción masiva en sus actos terroristas. Sin embargo, su intervención en procesos internacionales nucleares puede ser muy contestada, ya que si bien se pueden beneficiar de circunstancias internacionales concretas, como conflictos o la inexistencia de mecanismos o regímenes efectivos que ordenen este ámbito de la realidad internacional, lo cierto es que su participación en los asuntos internacionales no encuentra los canales necesarios, porque sus objetivos no son políticamente aceptables y sí jurídicamente punibles [44].

A diferencia del crimen internacional organizado, los grupos terroristas internacionales tienen objetivos globales distintos a los del lucro a través de actividades ilegales. Por el contrario, intentan promover un cambio en las relaciones internacionales mermando las capacidades de los Estados que representan y defienden objetivos contrarios o incompatibles con los suyos. El caso más emblemático es el del grupo terrorista Al Qaeda, cuyos ataques terroristas contra Estados Unidos y otros Estados [45] han generado, en pri-

---

[44] Sobre las posibilidades que ofrece el mercado negro nuclear en la década de los noventa y en el siglo XXI, se recomiendan estos tres trabajos: BELYANINOV, K., «Nuclear Nonsense, Black Market Bombs, and Fisile Flim-Flam», *The Bulletin of Atomic Scientist*, vol. 50, núm. 2, 1994, pp. 44-50. EILSTRUP-SANGIOVANNI, M., y JONES, C., «Assessing the Dangers of Illicit Networks: Why Al-Qaida May Be Less Threatening Than Many Think», *International Security,* vol. 33, núm. 2, 2008, pp. 7-44, y HOLMES, L., *Terrorism, Organized Crime and Corruption*, Nueva York, Edward Elgar, 2007.

[45] Walt Enders y Todd Sandler han elaborado y publicado un trabajo en el que analizan de qué forma el terrorismo internacional se ha convertido en terrorismo transnacional. Ambos autores examinan los actos terroristas desde 1963 hasta 2003 para llegar a la conclusión de que antes del 11 de septiembre esos actos estaban especialmente dirigidos a nacionales y bienes de los Estados Unidos, o de sus aliados más cercanos, mientras que ahora la mayor parte de las víctimas son ciudadanos de países de Oriente Medio y Asia de clase baja, y las ocasiones en las que se ven afectados ciudadanos o bienes norteamericanos son prácticamente colaterales. A partir de estos datos, concluyen que el grupo terrorista Al Qaeda y otros vinculados o relacionados con él han convertido sus acciones en terrorismo transnacional teniendo en cuenta el número de personas de diferentes nacionalidades y regiones que se han visto afectadas por sus actos. En ENDERS, W. T., y SANDLER, T., «Distribution of Transnational Terrorism Among Countries by Income Class and Geography After 9/11», *International Studies Quarterly*, vol. 50, núm. 2, 2006, pp. 367-393.

mer lugar, una serie de procesos internacionales de cooperación en el marco de organizaciones internacionales, como las NNUU, la Unión Europea o la OTAN, entre muchas otras y, en segundo lugar, nuevas alianzas entre Estados a la vez que procesos de gran conflictividad dentro de las fronteras de un Estado o entre varios Estados. Es más, Joseph Nye, para el que no existen dudas sobre el carácter de actor de estos grupos, los llama los piratas del siglo XXI, por la utilidad que tienen para que algunos Estados sean capaces de debilitar el poder de otros [46]. Por tanto, algunos grupos terroristas internacionales han sobrepasado el límite estatal en cuanto a sus reivindicaciones y sus acciones llegando, a través de sus acciones armadas, a provocar cambios estratégicos internacionales que llevan a modificar alianzas, a condicionar las actividades de las organizaciones internacionales y a contestar las normas e instituciones internacionales. Grupos como Al Qaeda y acciones como los atentados terroristas del 11 de septiembre o las realizadas por grupos islamistas dependientes de esta organización, en muy diversos Estados, ha conllevado que los grupos terroristas internacionales alcancen la condición de actores de las relaciones internacionales, aunque otros actores que se niegan a reconocer que influencian procesos internacionales como actores volitivos y no como amenazas para la seguridad internacional, comparables a la degradación medioambiental, las olas de refugiados o el subdesarrollo [47]. Sin embargo, teniendo en cuenta que el reconocimiento de un actor no es requisito o condición para su existencia, el rechazo o la negación no lo invalidan. En esta línea, la conjunción entre crimen internacional organizado y grupos terroristas internacionales en el plano nuclear generan grandes tensiones, desde el momento que los primeros pueden asistir a los segundos en la consecución de materiales fisibles o radioactivos para ser utilizados en atentados.

La aparición de estos dos actores en los procesos de no proliferación y desarme se corresponde fundamentalmente con el desmembramiento de la Unión Soviética, que ocasionó tres efectos fundamentales en este ámbito [48].

---

[46] En NYE, J. S., *Understanding International Conflicts. An Introduction to Theory and History,* Nueva York, Pearson/Addison Wesley, 2005, pp. 226-227.

[47] Prueba de ello es también la negativa de los Estados a negociar con estos grupos terroristas que no les merecen ninguna garantía sobre el cumplimiento de compromisos. Navin A. Bapat ha analizado cómo los Estados eran más propensos a negociar con grupos terroristas entre 1968-1991 y, sin embargo, esta actitud cambia cuando se trata del terrorismo transnacional. En este sentido, la negación de su condición de actor lleva al Estado a limitar sus relaciones o reconocimiento implícito, por ejemplo, en el plano de las negociaciones, además de que ello también se justifique por principios legales o éticos (BAPAT, N. A., «State Bargaining with Transnationsl Terrorist Groups», *International Studies Quarterly*, vol. 50, núm. 1, 2005, pp. 231-229).

[48] Para John M. Martin y Anne T. Romano, el funcionamiento del mercado negro de armas está íntimamente conectado con el crimen organizado, el espionaje y el tráfico de drogas, ya que estas prácticas envuelven a grupos similares y, en algunas ocasiones, se utilizan las mismas infraestructuras. También analizan los autores la fuerte base política que respalda el tráfico ilegal de armas y la conexión con los Estados calientes o rebeldes (MARTIN, J. M., y ROMANO, A. T., *Multinational Crime: Terrorism, Espionage, Drug and Arms Trafficking,* Londres, Sage, 1992, pp. 51-79). En este sentido, también resulta interesante el siguiente artículo: MELIS, N., «Cómo Rusia se convierte en el basurero del mundo», *Le Monde Diplomatique*, vol. 6, núm. 76, 2002, pp. 12-13. Por otra parte, sobre las rutas del mercado negro nuclear puede consultarse SHELLEY, L., «International Cooperation Hended to Better Understand Nuclear Criminals», *The Nonproliferation Review*, vol. 17, núm. 3, 2010, pp. 438-439.

En primer lugar, supuso una pérdida de control sobre los materiales, reactores, sistemas de explosión relacionados con el ciclo nuclear que estaban geográficamente dispersos por todo el territorio soviético y que ahora pasaban a estar bajo la soberanía de las nuevas repúblicas surgidas de la Unión Soviética. Esa pérdida de control centralizado sobre dichos materiales y tecnología nuclear, junto con el descontento de los diferentes trabajadores del ciclo nuclear soviético, que pasaban a perder privilegios socioeconómicos importantes, provocó que las organizaciones internacionales de criminales encontrasen en este tipo de materiales un nuevo producto con el que negociar, aprovechando las influencias, las vías de comunicación y la organización internacional de las que ya disponían para desarrollar otras actividades delictivas. *En segundo lugar*, el final de la Guerra Fría y la desaparición de la Unión Soviética conllevó una situación de vacío de poder en algunas zonas del planeta que, durante más de cuarenta años, habían estado protegidas por el paraguas nuclear soviético y que ahora no contaban con dicha protección, especialmente cuando se trataba de Estados con regímenes políticos que eran objeto de un rechazo internacional por sus prácticas contrarias a los derechos humanos, o por las características de sus políticas exteriores resistentes a la solución de los problemas internacionales a través de la cooperación. Para estos Estados, el desarrollo de un programa nuclear militar les proporcionaría ciertas garantías de seguridad y para reducir el largo proceso que encierra el desarrollo del ciclo nuclear militar, la obtención dentro del mercado negro del material fisible disminuirá los costes, el tiempo y los riesgos de que sus actividades nucleares fueran descubiertas. Por ello, el negocio del mercado negro nuclear para el crimen internacional organizado se ha visto incentivado por las demandas de algunos Estados. *En tercer lugar,* el auge de los grupos terroristas internacionales, cuya actividad y desarrollo estaba muy limitada durante la era bipolar, también se vio impulsado por los vacíos de poder que dejaron las superpotencias bipolares en muchas zonas del planeta. A partir de ahí, una vez que se comprobaron las dimensiones que podían adquirir las estructuras orgánicas y los modos de implantación de los grupos terroristas internacionales, además de los instrumentos en su poder para perpetrar actos terroristas de grandes dimensiones, causando numerosas víctimas y daños materiales, como los que ha llevado a cabo el grupo Al Qaeda, la posibilidad de incluir dentro de sus objetivos la utilización de bombas nucleares o bombas sucias, fabricadas con materiales radiactivos ha suscitado grandes preocupaciones.

Las actividades del crimen internacional organizado en materia nuclear han sido contrastadas por los numerosos hallazgos que han realizado las fuerzas de seguridad y los servicios de inteligencia de muchos Estados. Los casos de materiales fisibles y radioactivos incautados ponen claramente de manifiesto la existencia de un amplio mercado negro nuclear, además de una demanda real cuyos protagonistas pueden ser Estados o grupos terroristas internacionales.

En abril de 2009, durante la Cumbre de Praga, el Presidente Barack Obama dijo en su discurso que eran necesarios «mayores esfuerzos internaciona-

les para garantizar la seguridad del material nuclear disperso por el mundo», sobre todo por el peligro que suponía que esos materiales cayesen en manos de terroristas internacionales. Sin embargo, no sólo los materiales fisibles representan un peligro, los materiales radioactivos, que normalmente se utilizan en el ámbito sanitario e industrial, también pueden ser utilizados para fabricar bombas. El poder militar de estos materiales fue probado por Irak en 1987 y, en 1995, por un grupo de terroristas chechenos que dejaron un paquete en un parque de Moscú que contenía celsium 137, que afortunadamente no fue detonado, y fueron los propios terroristas los que informaron a las autoridades de la colocación del artefacto para que quedase constancia del nivel de destrucción que podría provocar [49]. Además, en muchos países en vías de desarrollo no existen inventarios de los materiales radioactivos que poseen, ni una regulación adecuada para mantener su seguridad, mientras que en países desarrollados, como Estados Unidos, hay 5.000 emplazamientos registrados de materiales radioactivos y 55.000 fuentes de alta radioactividad [50]. En el proyecto titulado «Securing the Bomb», desarrollado por el Centro Harvard's Belfer para la Ciencia y los Asuntos Internacionales, los resultados publicados en 2010 apuntan la necesidad de mejorar los mecanismos de protección de los materiales radioactivos, especialmente por el riesgo de que sean utilizados por grupos terroristas, y además de preparar a las autoridades sanitarias y policiales de los Estados para hacer frente a un ataque radiológico [51]. Los materiales radioactivos son más fáciles de esconder, transportar o manipular, además de que están sometidos a menos controles que los materiales fisibles. De hecho, el OIEA, desde 1995, elabora una base de datos de tráfico ilegal, en los que existen registrados 1.562 incidentes, de los cuales solo en 18 casos se trataba de materiales fisibles aptos para fabricar armas nucleares, mientras que el 60 por 100 de los materiales perdidos o robados eran materiales radioactivos. Desde 2004 a 2008 los informes sobre este tipo de incidentes con materiales radioactivos se incrementaron en un 73 por 100, y en su mayoría eran de alta peligrosidad y habían caído en manos de delincuentes que pretendían venderlos o simplemente conservarlos. Todos estos datos confirman que el crimen internacional tiene una nueva fuente de negocio, que beneficia a Estados que quieran adquirir estos materiales de manera más económica, aunque no quieran utilizarlos con fines militares, a la vez que también serían un instrumento militar en manos de grupos terroristas internacionales [52].

En el caso de los materiales fisibles, el peligro es mucho mayor, ya que en un nivel de enriquecimiento adecuado serían aptos para fabricar una bomba

---

[49] Streeper, Ch., «Preventy Dirty Bombs», *The Nonproliferation Review*, vol. 17, núm. 3, 2010, p. 531.

[50] En el mundo existen alrededor de ocho millones de centros que contienen materiales radioactivos, de los que un 25 por 100 se encuentran en Estados Unidos (*ibid.,* p. 535).

[51] Bunn, M., *Securing The Bomb: Securing All Nuclear Materials in Four Years*, Cambridge (Mass.), Harvard University Nuclear Threat Initiative, 2010.

[52] Ante esta situación, el OIEA ha desarrollado una Guía para la Exportación e Importación de Materiales Radioactivos, que sirva para informar la actividad de los Estados en este sentido. Ya, en 2002, la Junta de Gobernadores del OIEA había aprobado un Plan de Acción con sugerencias para mejorar de manera significativa la seguridad de los Estados a la hora de manejar este tipo de materiales.

nuclear, con un poder destructivo muy superior al de cualquier bomba sucia fabricada como materiales radioactivos. En este sentido, William Potter ha advertido que el *stock* de uranio altamente enriquecido utilizado en el ámbito nuclear civil en todo el planeta es muy amplio, y no en todos los países se encuentra bien protegido [53]. Además, grupos terroristas, como Al Qaeda o la secta japonesa Aum Shinrikyo, ya han demostrado su interés por poseer este tipo de material en el caso de la última, incluso ha declarado que posee adeptos en la Federación Rusa que son científicos atómicos. Igualmente, también existen pruebas de las intenciones, en 1996, de Al Qaeda de adquirir material fisible con la ayuda de los talibanes [54]. Según John Negroponte, Director de la Agencia Nacional de Inteligencia de Estados Unidos, se conoce que al menos 40 organizaciones terroristas, grupos insurgentes o sectas religiosas han usado, poseen o han expresado su interés por poseer agentes o armas químicas, biológicas, radiológicas o nucleares [55].

Se calcula que existen alrededor de 1.700 toneladas de uranio altamente enriquecido en el planeta, en más de cien emplazamientos y en una docena de países, aunque las mayores cantidades se encuentran en el territorio de las cinco potencias nucleares clásicas [56]. Estas circunstancias han propiciado la necesidad de incrementar las medidas de salvaguardia del OIEA, para detectar la desaparición de material fisible, a la vez que asistir a los Estados en la protección del material que tienen almacenado. De la misma manera, han surgido otras iniciativas de cooperación en el ámbito del tratamiento seguro del material fisible como el Nunn-Lugar Cooperative Threat, promovido y financiado fundamentalmente por Estados Unidos, aunque con una participación importante por parte de la Unión Europea y otros Estados, para asistir a nivel económico y técnico a las repúblicas surgidas de la desmembración de la Unión Soviética en la protección del material fisible disperso en sus territorios. Además, la Resolución 1540 del Consejo de Seguridad, auspiciada por la Administración Bush, instaba a los Estados a desarrollar medidas para evitar la dispersión de tecnología y materiales militares [57]. Sin embargo, los intereses comerciales en materia nuclear hacen ineficaces algunas de estas

---

[53] Los datos sobre estas sospechas e investigaciones que las avalan en POTTER, W., «Nuclear Terrorism and The Global Politics of Civilian HEU Elimination», *The Nonproliferation Review*, vol. 15, núm. 2, 2008, pp. 135 y ss.

[54] Peter Zimmerman y Jeffrey Lewis han desarrollado un estudio en el que demuestran que un grupo de nueve terroristas sería suficiente para hacerse con el material fisible, fabricar la bomba, trasladarla cerca de su objetivo y hacerla detonar, si entre esos nueve se encontrasen tres físicos, uno senior y dos estudiantes posdoctorales (ZIMMERMAN, P., y LEWIS, J., «The Bomb in the Backyard», *Foreign Policy*, noviembre-diciembre 2006, pp. 32-39).

[55] «Annual Threat Assessment to the Director of National Inteligence for Senate Armed Service Commitee», Washington, D. C., febrero de 2006.

[56] En Argentina, Bielorrusia, Bélgica, Canadá, China, Francia, Alemania, Japón, Holanda, Polonia, Serbia, Ucrania, Sudáfrica, Australia, Hungría, Italia, República Checa, Pakistán, Portugal, Siria, Ghana, Rumania, México, Corea del Norte, Irán, Pakistán, Libia, Chile, Jamaica, Brasil, Estados Unidos y Reino Unido (POTTER, W., «Nuclear Terrorism and The Global Politics of Civilian HEU Elimination», *The Nonproliferation Review,* vol. 15, núm. 2, 2008, pp. 142-143).

[57] SHELLEY, L., «International Cooperation Needed to Better Understand Nuclear Criminals», Correspondence, *The Nonproliferation Review*, vol. 17, núm. 3, 2010.

medidas. En el ámbito nuclear el número de actores comerciales es cada vez mayor y su intervención dificulta las medidas de no proliferación y de protección del material fisible, desde el momento en el que los Estados tienen que confiar en el cumplimiento de las medidas de seguridad por parte de estas corporaciones, que mueven alrededor de 40,671 billones de dólares, algunas de las cuales son multinacionales privadas, otras agencias estatales y otras empresas con participación pública [58]. Por ejemplo, la empresa china NORINCO había tenido un volumen de negocio de 3 billones de dólares con Irak, antes del descubrimiento de su programa nuclear sin que el Gobierno chino tuviese conocimiento de ello. En otros casos, como el de Irán, son los Guardianes de la Revolución iraní los que controlan las operaciones comerciales en materia nuclear del país [59].

Por tanto, la entrada en escena de estos tipos de actores ha suscitado una serie de tensiones y conflictos en varios ámbitos. Primero, entre los Estados que han tenido que mejorar sus medidas de control de las exportaciones de doble uso, sobre todo con aquellos que eran más reacios a disminuir su margen de negocio en pro de la seguridad nuclear internacional, como ha ocurrido en el caso de las relaciones comerciales entre Brasil e Irán después de la Resolución adoptada por el Consejo de Seguridad [60]. Igualmente, el conflicto también ha aparecido entre los Estados que opinan que, escudándose en el peligro que supone la entrada en escena de estos dos nuevos actores, las potencias nucleares clásicas han dejado de lado las iniciativas en materia de desarme, incumpliendo la obligación de desarrollar acciones oportunas para llegar a un desarme nuclear global recogida en el art. VI del TNP, para concentrarse en las iniciativas en materia de no proliferación que, también, les permite frenar las intenciones nucleares de terceros Estados y mantener así su monopolio nuclear. Independientemente de las interpretaciones que puedan hacerse sobre las consecuencias de la intervención de estos actores, lo realmente cierto es que existen pruebas que demuestran que su participación en el ámbito nuclear es cada vez mayor.

4. CONSIDERACIONES FINALES: LA INTERACCIÓN ENTRE ACTORES TRADICIONALES Y LOS NUEVOS ACTORES EN EL ÁMBITO NUCLEAR

La participación de nuevos actores en los procesos de no proliferación y desarme nuclear ha supuesto un replanteamiento de la actuación y las actividades que normalmente realizaban los actores tradicionales en este ámbito.

---

[58] Sobre la participación de las autoridades privadas en los procesos internacionales se recomienda CUTLER, A. C.; HAUFLER, V., y PORTER, T., *Private Authority and Internacional Affairs*, Nueva York, State University New York, 1999.

[59] Puede encontrarse un listado de corporaciones, agencias y empresas públicas dedicadas al negocio nuclear, RUSSELL, J., «Non States Actors and the 2016 Proliferation Evironment», *The Nonproliferation Review*, vol. 13, núm. 3, 2006, pp. 645-657.

[60] HARVEY, C., y SABATINI, R., *Russia's Lukexarm Support for International Sanctions Against Iran: History and Motivations*, James Martin Center for Nonproliferation Studies, abril de 2010.

Ello se debe, en primer lugar, a que este tipo de actores ha restado control sobre la proliferación de armas y materiales nucleares a los Estados y a las organizaciones internacionales, que desde el descubrimiento del arma nuclear han desplegado grandes dosis de energía en controlar la dispersión de estos materiales, decidir a qué Estados iban a asistir en sus propósitos nucleares militares y lograr que las intenciones nucleares del resto no se materializasen [61]. Sin embargo, hoy por hoy, las posibilidades de controlar el acceso al arma nuclear son menores, porque no depende únicamente de los Estados y, además, existen mayores riesgos de que, incluso, grupos no estatales con fines terroristas lleguen a poder fabricar un arma nuclear. Y, en segundo lugar, a que la falta de control sobre los materiales fisibles y radioactivos incrementa los riesgos para la seguridad internacional y la eficacia de las medidas y los esfuerzos desarrollados por la mayor parte de los Estados y organizaciones internacionales.

Estas circunstancias han provocado importantes reacciones por parte de los actores tradicionales de los procesos nucleares para responder a la participación de los nuevos actores. Esas reacciones han podido observarse en una concentración, por parte de la cooperación internacional, en la prevención de la proliferación nuclear, abandonando, en cierta manera, las actuaciones en materia de desarme nuclear. Si desde el descubrimiento de las armas nucleares los Estados nucleares del TNP han sido bastante reacios a renunciar a sus arsenales nucleares, actualmente lo son mucho más. La dispersión de los materiales nucleares ha sustituido al enfrentamiento entre los dos bloques durante la Guerra Fría como justificación para el mantenimiento de los arsenales nucleares de las potencias clásicas. De la misma manera que los Estados nucleares al margen del TNP —Israel, India, Pakistán y, recientemente, Corea del Norte— se niegan a renunciar a sus armas nucleares antes de que lo hagan las potencias nucleares clásicas. Esta situación no ha hecho más que empeorar el dilema del desarme nuclear ya existente y las condiciones para emprender un programa de desarme nuclear global, en el que sería muy difícil establecer los tiempos y las acciones que debería realizar cada Estado.

Pero si la intervención del crimen internacional organizado y la posibilidad de que grupos terroristas internacionales se hagan con materiales nucleares ha ralentizado todavía más los procesos de desarme nuclear, también ha acelerado las cooperación en materia de no proliferación, incrementando

[61] De esta manera, Estados Unidos y la Unión Soviética asistieron a Gran Bretaña y a China en sus respectivos programas nucleares y consintieron la nuclearización de Francia. Igualmente, tampoco fueron muy reacios a los planes nucleares de Israel, aunque sí reaccionaron promoviendo sanciones internacionales contra Pakistán e India por sus demostraciones de fuerza mediante las pruebas nucleares que desarrollaron en 1998. También reaccionaron de manera muy negativa ante los descubrimientos de los programas nucleares de Irak y Corea del Norte, además de aumentar, en los últimos años, las presiones contra las irregularidades del programa nuclear civil de Irán. Por tanto, e independientemente de las nuclearizaciones no deseadas, las cinco potencias nucleares clásicas, junto con los Estados que han accedido a cumplir las normas del régimen de no proliferación nuclear y desarrollar programas nucleares sólo con fines pacíficos, han desarrollado grandes procedimientos de cooperación para impedir el incremento de Estados nucleares.

el volumen de actividades de las organizaciones internacionales que tienen competencia en la materia y el de los foros de cooperación especializados en controlar los intercambios de bienes y de tecnología nuclear. En el marco de NNUU, tanto la Asamblea General como el Consejo de Seguridad han aumentado sustancialmente el número de resoluciones emitidas destinadas a promover la cooperación internacional en materia de no proliferación nuclear, sobre todo para la protección del material fisible, la prohibición total de pruebas nucleares o la creación y adhesión de los Estados a las zonas regionales libres de armas nucleares, entre otros. En el caso de la Unión Europea, los Estados miembros concluyeron, en 2003, una estrategia en materia de no proliferación de armas de destrucción masiva, y en la última década su actividad en el ámbito de las armas nucleares se ha incrementado de manera notable. Igualmente, no hay que dejar de mencionar la multiplicación de las propuestas del OIEA para mejorar la contabilidad y la protección del material fisible, además de su campaña para contar con mejores mecanismos de inspección que acepten los Estados partes del TNP. De hecho en la Conferencia de Desarme de NNUU hay encima de la mesa propuestas para gestionar el material fisible desmantelado en los procesos de desarme nuclear.

En definitiva, no cabe duda de que la intervención de estos nuevos actores en los procesos de no proliferación y de desarme nuclear ha condicionado los objetivos, intereses, actuaciones y medios de los actores internacionales tradicionales de estos procesos.

RESUMEN

LOS ACTORES INTERNACIONALES EN EL ÁMBITO DE LA NO PROLIFERACIÓN Y EL DESARME NUCLEAR: CARACTERÍSTICAS E IMPACTO

Los procesos relacionados con la no proliferación y el desarme nuclear han estado fundamentalmente liderados por los Estados y, en menor medida, por las organizaciones internacionales. Los cambios que han tenido lugar en la sociedad internacional en la última década han alterado la naturaleza de la participación de los actores tradicionalmente protagonistas de estos procesos y han propiciado la entrada de otros que no habían tenido anteriormente una participación constante en este ámbito de las relaciones internacionales. Este trabajo analiza los cambios en el liderazgo interestatal en los procesos de no proliferación y desarme nuclear y las características y consecuencias de la participación de otros actores como el crimen internacional organizado y los grupos terroristas internacionales.

Palabras clave: actores internacionales, procesos, armas nucleares, proliferación y desarme.

ABSTRACT

INTERNATIONAL STAKEHOLDERS IN THE AREA OF NON-PROLIFERATION AND NUCLEAR DISARMAMENT: CHARACTERISTICS AND IMPACT

The processes related to non-proliferation and nuclear disarmament has been mainly led by States and, to a lesser extent, by international organizations. The changes in inter-

national society during the last decade have significantly altered the dimensions and nature of the participation of the stakeholders traditionally involved in these processes, and at the same time have enhanced the entrance of new actors who have so far been underrepresented in the field of international relations. This study analyses the changes in the leading role of states in nuclear arms matters, and the characteristics and consequences of the participation of organized international crime and international terrorist groups.

Keywords: international actors, processes, nuclear arms, proliferation and disarmament.

RÉSUMÉ

LES ACTEURS INTERNATIONAUX DANS LE DOMAINE DE LA NON PROLIFÉRATION ET DU DÉSARMEMENT NUCLÉAIRE: CARACTÉRISTIQUES ET IMPACT

Les processus touchant à la prolifération et au désarmement nucléaires ont eu fondamentalement comme acteurs principaux les États et, dans une moindre mesure, les organisations internationales. Les changements survenus dans la société internationale au cours des deux dernières décennies ont altéré de manière significative la portée et la nature de la participation des acteurs traditionnellement impliqués dans ces processus, tout en favorisant l'entrée de nouveaux acteurs, qui n'avaient pas eu, jusqu'à très récemment, de participation constante dans ce domaine des relations internationales. Ce travail analyse, d'une part, les changements dans les rôles joués par les différents États dans les domaines touchant aux armements nucléaires et, d'autre part, les caractéristiques et les conséquences de la participation du crime organisé international et des groupes terroristes internationaux.

Mots-clés: acteurs internationaux, processus, armements nucléaires, prolifération et désarmement.

EL LARGO CAMINO DE LA PROTECCIÓN MEDIOAMBIENTAL Y LA LUCHA CONTRA EL CAMBIO CLIMÁTICO

Sagrario MORÁN BLANCO
Profesora Contratada Doctora, Área de Derecho Internacional Público
y Relaciones Internacionales
Universidad Rey Juan Carlos de Madrid

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—1.1. Aproximación al concepto de Cambio Climático.—2. CONSECUENCIAS Y EFECTOS DIRECTOS DEL CAMBIO CLIMÁTICO.—3. SOLUCIONES CONTRA LOS EFECTOS DEL CAMBIO CLIMÁTICO.—4. PRIMEROS INSTRUMENTOS JURÍDICOS INTERNACIONALES PARA LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE.—4.1. Instrumentos y primeras iniciativas: etapa Guerra Fría.—4.2. Iniciativas para proteger el medio ambiente durante la posguerra fría.—4.2.1. El Protocolo de Kioto (1997), el primer instrumento jurídicamente vinculante.—5. SIGLO XXI, EMPEORAN LAS NOTICIAS Y LOS PRONÓSTICOS, EL PROTOCOLO DE KIOTO FRACASA.—5.1. Cumbre de Copenhague (COP 15), la decepción.—5.2. Cumbre de Cancún (COP 16), 2010.—6. CONSIDERACIONES FINALES.

1. INTRODUCCIÓN

El siglo XXI despertó con tres grandes amenazas: la pobreza, la violencia —generada por la guerra, la delincuencia organizada y el terrorismo— y el cambio climático. Los tres fenómenos, catapultados a la consideración de desafíos globales, no quedan retenidos en las fronteras sino que afectan en mayor o menor medida a todos los países del mundo alterando el concepto de seguridad. Ulrich Beck ha denominado a este nuevo escenario como «Sociedad del riesgo mundial» [1], y John Naisbitt, en su libro *The Global Paradox,*

[1] BECK, U., *La sociedad del riesgo global,* Madrid, Siglo XXI, p. 13. O *World Risk Society*, Cambridge, Polity Press, 2002.

nos plantea cómo se debe actuar ante fenómenos de esta índole: «*We must think globally and act locally*» [2].

En efecto, la seguridad, que se ha convertido en uno de los temas prioritarios en la agenda política de las sociedades occidentales, ya no responde a la noción clásica de defensa de unas fronteras y de la integridad territorial. Hoy la estabilidad y la seguridad no se pueden deslindar del desarrollo integral, que implica un avance conjunto y paralelo en todos los ámbitos: económico, científico, técnico, cultural, social y medio-ambiental. De hecho, a medida que se aproximó el fin del siglo XX el tema de la seguridad se fue relacionando con el denominado «calentamiento del planeta» y hoy entendemos la seguridad ambiental como un elemento indiscutible de la seguridad [3]. Y no es para menos, puesto que los problemas medioambientales no han cesado de agravarse por efecto de un modelo de producción y consumo que conduce a un desarrollo geográficamente desequilibrado y globalmente insostenible.

En este artículo nos vamos a centrar en la mayor amenaza medioambiental a la que se enfrenta la humanidad en el siglo XXI y, por tanto, a uno de los peligros que más complica el futuro de nuestro planeta: el calentamiento global [4], causante del cambio climático [5].

Sin embargo, no fue hasta 2007, hace apenas cinco años, cuando el cambio climático se situó en la agenda política global como uno de los mayores retos al que nos hemos enfrentado en la historia de la humanidad. Así lo reflejaron las conclusiones del Panel Intergubernamental sobre el Cambio Climático (IPCC) [6], grupo auspiciado por las Naciones Unidas que reúne a cerca de 3.000 expertos en estas cuestiones. También a finales de ese año el ex Secretario General de las Naciones Unidas, Kofi Annan, advirtió: «El impacto humanitario del cambio climático probablemente sea uno de los mayores retos humanitarios durante los próximos años y décadas» [7].

---

[2] NAISBITT, J., *The Global Paradox. The Bigger the World Economy the more Powerful its Smallest Players*, Londres, William Morrow and Company, 1994.

[3] Véase ERICKSON, J., *Un mundo en desequilibrio. La contaminación de nuestro planeta*, Madrid, McGraw Hill, 1993, y CACHÁN, C., *Manipulación verde: ¿Está en peligro la tierra?*, Madrid, Editorial Palabra, 1996.

[4] El término «calentamiento global» fue acuñado por el profesor Wallace Broecker en 1975. Véase *http://www.realclimate.org/index.php/archives/2007/04/a-tale-of-three-interviews/* (consultado el 13 de febrero de 2012).

[5] El Informe del Secretario General a la Asamblea General de las Naciones Unidas en su 64.º periodo de sesiones lleva por título «Cambio climático y sus posibles implicaciones en materia de seguridad», que es la continuación de la Resolución «El cambio climático y sus posibles repercusiones para la seguridad», en A/64/350, 11 de septiembre de 2009 y A/RES/63/281, 11 de junio de 2009.

[6] IPCC es el acrónimo en inglés del panel intergubernamental de expertos sobre cambio climático. Véase *http://www.ipcc.ch/*. Fue establecido en 1988 por las Naciones Unidas para conseguir una mejor comprensión del cambio climático y para proporcionar información científica autorizada a los responsables políticos. Véase en *http://www.greenpeace.org/international/en/System-templates/Search-results/?all=climate%20change* (consultado el 13 de febrero de 2012). Es más, el IPCC se considera el primer hito en la lucha contra el deterioro medioambiental.

[7] Kofi Annan, citado en un informe para el nuevo *Foro Humanitario Global de Naciones Unidas*, «The Humanitarian Impact of Climate Change», 22 de septiembre de 2007.

1.1. Aproximación al concepto de Cambio Climático

Durante millones de años, el efecto invernadero natural [8] ha mantenido el clima de la Tierra a una temperatura media relativamente estable y permitía que se desarrollase la vida. Los gases invernadero —que se producen de forma natural y son fundamentales para la vida en la Tierra— retenían el calor del sol cerca de la superficie de la tierra, ayudando a la evaporación del agua superficial para formar las nubes, las cuales devuelven el agua a la Tierra. Las plantas y el suelo absorbían el dióxido de carbono y otros gases invernadero del aire. Una compleja mezcla de sistemas biológicos e hidrológicos desprendía la cantidad justa de dióxido de carbono para mantener un equilibrio estable de estos gases invernadero en el aire [9].

Sin embargo, desde hace tiempo las concentraciones de gases de efecto invernadero de la atmósfera están creciendo rápidamente debido, por un lado, a la quema de cantidades cada vez mayores de combustibles fósiles (petróleo, carbón, gas) para la industria, el comercio, el transporte y fines militares; y, por otro, a la tala masiva de bosques, que de otro modo podrían absorber dióxido de carbono (CO_2).

Según el IPCC, estas causas inmediatas son el resultado de un sistema económico mundial no sostenible, construido a partir de un acceso y un control desiguales a los limitados recursos del planeta y a los beneficios que se derivan de su uso. La consecuencia funesta, en la que están de acuerdo los expertos del clima, es el aumento de las temperaturas mundiales que alteran la compleja red de sistemas que hacen posible la vida sobre la tierra, como la cubierta de nubes, las precipitaciones, las pautas de los vientos, las corrientes oceánicas y la distribución de las especies vegetales y animales. Dicho de otra forma, la consecuencia funesta es el calentamiento progresivo de la superficie terrestre provocado por el aumento de las concentraciones atmosféricas de gases de efecto invernadero [10]. De hecho, desde finales del siglo XIX, la temperatura media global ha aumentado entre 0,3 y 0,6º C, incremento que está muy relacionado con el aumento del nivel del mar entre 10 y 25 cm [11].

De no ponerse remedio la vida en el planeta se complicaría puesto que todos los estudios realizados sostienen que el aumento de 2º C de la tempera-

---

[8] El efecto invernadero es un proceso natural provocado por la existencia de gases en la atmósfera que actúan permitiendo el paso de la radiación solar hacia la Tierra y reteniendo parte de la radiación solar reflejada por la superficie terrestre.

[9] En *http://uprointroadmon.blogspot.com/2007/06/calentamiento-global-y-efecto.html* (consultado el 13 de febrero de 2012).

[10] IPCC, Tercer Informe de Evaluación, aprobado en la XVIII.ª Reunión Plenaria del IPCC (Wembley, Reino Unido, 24-25 de septiembre de 2001). En 2001, un informe del IPCC encontró nuevas evidencias de que la mayor parte del calentamiento global durante los últimos cincuenta años se puede atribuir a las actividades humanas y que, en los últimos veinte años, tres cuartas partes de las emisiones de CO_2 provocadas por el ser humano son producto de la quema de combustibles fósiles.

[11] Véase el informe del IPCC de 1995. En CANCELO MÁRQUEZ, M.ª T., y DÍAZ VÁZQUEZ, M.ª R., «Emisiones de CO_2 y crecimiento económico en países de la UE», *Estudios Económicos de Desarrollo Internacional*, AEEADE, vol. 2, núm. 1, 2002, p. 70.

tura media de la Tierra puede llegar a transformar, quizá de manera irreversible, la vida en el planeta [12].

En este sentido, la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC) usa el término *cambio climático* solo para referirse al cambio por causas humanas: «Por cambio climático se entiende un cambio de clima atribuido directa o indirectamente a la actividad humana que altera la composición de la atmósfera mundial y que se suma a la variabilidad natural del clima observada durante periodos comparables» [13].

2. CONSECUENCIAS Y EFECTOS DIRECTOS DEL CAMBIO CLIMÁTICO

Las consecuencias del calentamiento global, especialmente a nivel local, son difíciles de predecir al entrar en juego numerosas variables [14], pero lo que parece evidente es que sus principales impactos (sequías, subida del nivel del mar) afectan a elementos básicos de la vida cotidiana: acceso al agua, producción de alimentos, salud, uso de la tierra y medio ambiente, y de forma especialmente grave a las comunidades pobres y frágiles de los países y zonas geográficas más vulnerables [15], que son precisamente los que poseen menos capacidades para gestionar su impacto. De hecho, más de 250 millones de personas se ven afectadas por desastres climáticos y el 98 por 100 de ellas residen en los países en vías de desarrollo.

Sin embargo, llama la atención que las sociedades más afectadas por el cambio climático sean aquellas que menos contribuyen a la emisión de gases invernadero. Por ejemplo, África es el continente más afectado por el cambio climático pese a su contribución mínima en emisiones. Mientras que los principales responsables del cambio climático son los que menos sufren sus consecuencias. Dichos países, catalogados como los más desarrollados, tienen solo un 15 por 100 de la población mundial.

---

[12] Uno de los primeros estudios realizado por Naciones Unidas en 1992 llegó a la conclusión de que un aumento de 2.º C de temperatura produciría un cambio sustancial o la pérdida de muchos ecosistemas, la extensión de enfermedades y daños importantes en la agricultura de regiones enteras del mundo, acarreando consecuencias humanitarias desastrosas. Los científicos advierten que un aumento de la temperatura global de 2º C (35,6º Farenheit) es el límite. Actualmente, todo indica que las temperaturas subirán por encima de ese límite. En este sentido, hay que destacar que España es el país europeo más afectado por el cambio climático debido a la quema de combustibles fósiles, como el carbón, el petróleo y el gas, y además es el país más alejado de sus objetivos en el Protocolo de Kioto. En *http://wwwtearfund.org/webdocs/website/Campaigning/Policy%20and%20research/Two%20degrees%20One%20chance_Spanish%20Oxfam%20versionpdf* (consultado el 13 de febrero de 2012). Véase Grupo de Trabajo II del IPCC (Impactos, Adaptación y Vulnerabilidad) contribución al *Cuarto Informe de Evaluación*, Resumen para Responsables de Políticas, apartado sobre impactos futuros, 2007.

[13] Véase *http://www.monografias.com/trabajos52/cambio-climatico/cambio-climatico.shtml#calentam* (consultado el 13 de febrero de 2012).

[14] «Climate Change 2007: Impacts, Adaptation and Vulnerability», Intergovernmental Panel on Climate Change (2007).

[15] Quintana, J., «Cambio climático: Perspectivas y prioridades de España en Política de Cooperación al Desarrollo», Fundación Alternativas, *Memorando OPEX* núm. 127/2009.

Entre las principales consecuencias provocadas por el calentamiento del planeta destacan:

a) Desastres naturales

Como consecuencia de las alteraciones climáticas que originan episodios extremos de calor y lluvias, ya se aprecia y se prevé un incremento de los desastres naturales —ciclones tropicales o huracanes— que perjudican a la agricultura y ganadería, provocando escasez de alimentos entre las poblaciones afectadas. La media de desastres naturales en todo el mundo es de unos 400-500 por año, comparado con el promedio de unos 125 a principios de la década de 1980.

Así el año 2010 se presenta con un récord de muertes debido a desastres naturales, justo por detrás de 1983, en el que se produjo la gran hambruna de Etiopía. También, según la Organización Meteorológica Mundial (OMM), se contabiliza el año con una nueva marca al registrarse como el más caluroso de media mundial con grandes contrastes como el caso de Rusia. También se vivieron olas de calor e incendios en Europa, Australia y California. Sobre este aspecto es adecuado recordar el artículo publicado en 1999 por el exSecretario General de las Naciones Unidas, Kofi Annan: «El aumento de la vulnerabilidad ante los desastres naturales», en el que escribía: «Los desastres en la actualidad se deben tanto más a la acción del hombre como a las fuerzas de la naturaleza. Ciertamente, el término natural es [...] cada vez más engañoso» [16].

Según la Organización Mundial de la Salud el cambio climático es responsable desde 1970 de aproximadamente 150.000 muertes al año, fundamentalmente por la mayor incidencia de diarrea, malaria y malnutrición [17].

Por ejemplo, Vietnam se enfrenta a tres desastres causados por el cambio climático —tifones, inundaciones y sequía—. En agosto de 2007 una fuerte tormenta e inundaciones arrasaron las provincias en el centro del país. En octubre de 2010, el tifón Lekima provocó desprendimientos de tierras e inundaciones de extensión y dimensiones nunca vistas en los últimos veinte años. A ello se suma que Vietnam probablemente será el país del mundo más afectado por la subida del nivel del mar, según un nuevo informe de investigaciones del Banco Mundial. Además cada vez son más frecuentes las sequías [18].

---

[16] Citado por Jesse Dykstra en *http://www.nzherald.co.nz/opinion/news/article.cfm?cid=466objectid=10698393*. Citado en la introducción de Marín, M. (coord.), «Seguridad, Modelo Energético y cambio climático», *Cuadernos de Estrategia*, núm. 150, Madrid, Instituto Español de Estudios Estratégicos, Ministerio de Defensa, 2011, p. 3.

[17] Castro Díez, Y.; Gámiz Fortis, S. R., y Esteban Parra, M. J., «La geoestrategia del clima», *Revista Española de Defensa (RED)*, septiembre de 2010, pp. 42-47.

[18] Le Xuan Truong, vicedirector del centro de gestión de desastres (Disaster Management Centre) de Vietnam, afirmaba el 1 de noviembre de 2007: «Según nuestras estadísticas, las inundaciones y tifones son cada vez más graves y frecuentes, lo cual ha causado más daños en los últimos años, particularmente en el centro de Vietnam [...] Esto tiene su explicación en el cambio climático».

b) Inundaciones

El aumento del nivel del mar, consecuencia de la elevación térmica de las capas bajas de la atmósfera provocada por el incremento de los gases de efecto invernadero, originará inundaciones con el consiguiente éxodo de la población que vive actualmente en las zonas costeras. Dado que la mitad de la población mundial vive en zonas costeras, parece evidente que esta subida tendrá un enorme impacto. Según un Informe de Oxfam Internacional, los desastres climáticos van en aumento a medida que suben las temperaturas y se intensifican las precipitaciones. En este sentido, 2007 fue el año de las crisis climáticas, particularmente de inundaciones, muchas de las cuales alcanzaron extremos sin precedentes. Entre ellas se encuentran las peores sufridas por África en las últimas tres décadas, e inundaciones muy graves en Asia meridional y México.

En Bangladés, las inundaciones se están convirtiendo en un grave problema que afecta a buena parte de los aproximadamente cuarenta millones de personas que viven en las zonas costeras. Muchas familias han perdido sus casas y han emigrado a India. En este país, la migración vinculada con el clima ya está desatando un conflicto violento, dice Internacional Alert [19]. Y se prevé que dicha migración humana de origen ambiental generará conflictos entre los ya asentados y los nuevos emigrantes. El Informe Stern señala que los desplazamientos forzados debidos al aumento del nivel del mar, ya han empezado en algunas regiones ubicadas a baja altitud [20].

El calentamiento global también está incidiendo en el deshielo de los glaciares de los trópicos y de las zonas templadas. Así, los hielos de la Patagonia chilena y argentina, la mayor masa de hielo del hemisferio sur después de la Antártida, se derriten más rápido que cualquier otro glaciar en el mundo. En los últimos años han perdido 42 kilómetros cúbicos de hielo por año. Según el IPCC, durante este siglo el nivel de mar aumentará entre 15 y 99 centímetros.

En Perú se prevé que para 2015 prácticamente todos sus glaciares hayan desaparecido como consecuencia del calentamiento global y más de 29 millones de habitantes carezcan de agua potable, puesto que sus fuentes de agua provienen principalmente del agua de los glaciares. De ahí que para Perú sea fundamental tomar medidas cuanto antes.

c) Sequías y desertización debido a la erosión del suelo por falta de cubierta vegetal con el consiguiente deterioro o pérdida de tierras agrícolas para la producción de alimentos. En efecto, el cambio en los patrones pluviométricos puede provocar el fin de las cosechas y afectar a la seguridad humana al provocar crisis alimentarias, escasez de ciertos recursos básicos (agua po-

---

[19] McKie, R., «Las guerras climáticas amenazan a miles de millones de personas», en *http://edant.clarin.com/diario/2007/11/06/um/m-01534943.htm* (consultado el 14 de febrero de 2012).

[20] El Informe Stern sobre la economía del cambio climático (Stern Review on the Economics of Climate Change) es un informe sobre el impacto del cambio climático y el calentamiento global sobre la economía mundial. Su autor es el economista Nicholas Stern. En *www.revistaecosistemas.net*, núm. 16, enero de 2007.

table, fuentes energéticas) hambrunas, enfermedades, muertes, extinción de ecosistemas, desplazamientos masivos de población [21].

El número adicional de personas sufriendo hambre podría alcanzar 600 millones en 2080 y se prevé que cerca de 1.800 millones de personas experimentarían dificultades para conseguir agua hacia finales de este siglo [22]. A día de hoy, 430 millones de personas viven con escasez de agua, y todas las predicciones del IPCC indican que este número aumentará [23].

Además, la escasez de agua puede provocar descontento social y dar lugar a pérdidas económicas significativas, aun en las economías sólidas, creando tensión en algunas regiones del mundo, especialmente allí donde varios países o dentro de un mismo país, dependen de las mismas (y casi siempre escasas) fuentes de agua [24].

Por otra parte, las crisis medioambientales intensifican la presión migratoria al repercutir en los flujos migratorios mundiales [25]. El Informe Stern señala que considerando conjuntamente el impacto del aumento del nivel del mar, las inundaciones y las sequías, a mediados del siglo XXI se llegarían a alcanzar los 200 millones de refugiados medioambientales [26].

Desde el punto de vista legislativo, la población que compone estos flujos migratorios no está recogida en ninguna categoría legal y, aunque se les denomina «refugiados ambientales», no se encuentra dentro del ámbito del estatuto jurídico internacional de los refugiados, recogido en la Convención de Ginebra de 1951. En este sentido, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), entre otros organismos, ha optado por la denominación de «personas ambientalmente desplazadas», entendiendo que son personas desplazadas en su propio país o que se han movilizado a través de fronteras internacionales debido al cambio climático. Adicionalmente, investigadores del Grupo Económico de Adaptación Climática (ECA) (Climate Works Foundation, 2009) han llegado a la conclusión de que el cambio climático le costará a los países hasta un 19 por 100 de su PIB para el año 2030 [27].

---

[21] Por ejemplo, la declaración final de la Cumbre de Seguridad Alimentaria, celebrada en junio de 2008, aclara los estrechos vínculos entre desarrollo rural y cambio climático, defendiendo la urgencia de adoptar medidas específicas de mitigación y adaptación para el sector rural, que deben recibir financiación adecuada.

[22] WARREN, R.; ARNELL, N.; NICHOLLS, R.; LEVY, P., y PRICE, J., «Understanding the Regional Impacts of Climate Change», Tindall Centre for Climate Change, Research Working Paper 90, 2006.

[23] Grupo de Trabajo II del IPCC (Impactos, Adaptación y Vulnerabilidad) contribución al Cuarto Informe de Evaluación, Resumen para Responsables de Políticas, apartado sobre impactos futuros, 2007. Véase *http://spanish.safe-democracy.org/2008/06/13/el-cambio-climatico-nueva-fuente-de-conflictos-armados/* (consultado el 12 de febrero de 2012).

[24] CASTRO DÍEZ, Y.; GÁMIZ FORTIS, S. R., y ESTEBAN PARRA, M.ª J., «La geoestrategia...», *op. cit.*, nota 17.

[25] Véase WELZER, H., *Guerras climáticas. Por qué mataremos (y nos matarán) en el siglo XXI*, Madrid, Katz Editores, 2011.

[26] MYERS JAFFE, A., «Inventories as a Public Good», *Quarterly Review of Economics and Finance*, vol. 42, 2002, pp. 401-415.

[27] CASTRO DÍEZ, Y.; GÁMIZ FORTIS, S. R., y ESTEBAN PARRA, M.ª J., «La geoestrategia...», *op. cit.*, nota 17.

d) Guerras climáticas

Y el colofón de todos estos fenómenos acrecentados por el cambio climático puede ser el estallido de conflictos armados. Son muchos los expertos en Defensa y militares que creen que el cambio climático puede convertirse en un nuevo factor de inestabilidad política, e incluso provocar guerras en un futuro próximo. En este sentido, el Consejo de Seguridad de la ONU debatió por primera vez en 2007 sobre el cambio climático como amenaza para la paz y la seguridad global. Y el exvicepresidente norteamericano Al Gore llegó a decir que «los efectos del cambio climático junto a problemas socioeconómicos y políticos pueden agravar tensiones ya existentes y dar lugar a conflictos armados». También el informe *Global Climate Change and Population Decline in Recent Human History*, publicado en noviembre de 2007 en la revista *Proceedings of the National Academy of Sciences* (PNAS), señala como idea principal que el «cambio climático y la guerra van de la mano» [28].

Ahora bien, las peores amenazas involucran a los países que carecen de recursos y estabilidad para ocuparse del calentamiento global. Según la organización International Alert, 46 países (en los que viven 2.700 millones de personas) están en claro riesgo de sufrir conflictos violentos, mientras en otros 56 las instituciones tendrán serios problemas para gestionar los efectos de este fenómeno, ya que este se sumará a los retos ya presentes. Las regiones más afectadas serían algunas de las más pobres del mundo situadas en África, el centro y sur de Asia y zonas de América Latina como la región andina.

En cambio, los países más desarrollados no se verán envueltos en esta problemática. Según el secretario general de International Alert, Dan Smith: «Holanda se verá afectada por la crecida del nivel de los océanos, pero nadie espera que allí se produzca una guerra». «El país tiene los recursos y la estructura política para actuar de manera efectiva» [29].

Hay varias formas en las que el cambio climático puede generar tensión e incluso conflictos. Una de ellas es la competencia por recursos cada vez más escasos. De esta opinión es el escritor alemán Harald Welzer, quien no duda en afirmar que muchos de los «conflictos étnicos» actuales son consecuencia de la presión ecológica, que obliga a algunas sociedades a iniciar una competición por los recursos que puede acabar en violencia. Welzer pone como ejemplo la guerra en Sudán además de otros conflictos pasados y presentes [30].

---

[28] De la misma opinión es James R. Lee de la American University's Inventory of Conflict and Environment Project y así lo expresaba en un artículo aparecido en el diario *Washington Post,* «¿Será el siglo XXI el de las gerras climáticas», APLISA, en *http//www.ecoligiablog.com/post/76/%C2%* (consultado el 6 de febrero de 2011).

[29] McKie, R., «Las guerras climáticas amenazan a miles de millones de personas», en *http://edant.clarin.com/diario/2007/11/06/um/m-01534943.htm* (consultado el 15 de enero de 2012).

[30] Véase Welzer, H., *Guerras climáticas. Por qué mataremos (y nos matarán)..., op. cit.,* en nota 25. Véase también González Bustelo, M., «Cambio climático: nueva fuente de conflictos armados», *Safe Democracy*, 13 de junio de 2008, en *http://www.spanish.safe-democracy.org* (consultado el 4 de febrero de 2012).

Por otra parte, el probable deshielo de Groenlandia, la Antártida y el Ártico provocará la aparición de nuevos focos de tensión por la explotación de los recursos energéticos que afloran tras el deshielo, sobre todo en el Ártico, y que afectan especialmente a países próximos como Canadá, Estados Unidos, Rusia o Noruega.

En efecto, el calentamiento global ha otorgado un inesperado protagonismo al casquete polar Ártico [31]. Veintiún millones de kilómetros cuadrados que pueden convertirse en foco de interés y, por tanto, en una zona de posibles conflictos. Según el Centro Nacional para la Nieve y el Hielo (NSIDC), institución norteamericana que utiliza satélites de la NASA para controlar el estado de los Polos, el Ártico pierde una media de un 10 por 100 de superficie helada cada década. En 2008, el Servicio de Inspección Geológica de Estados Unidos calculó que esta área contiene el 30 por 100 de las reservas mundiales no descubiertas de gas natural y el 13 por 100 de las de petróleo. Según Blanca Palacián de Inza: «El gradual deshielo del Ártico facilita, y lo hará aún más en un futuro próximo, la navegación en sus aguas. La mayor facilidad en el acceso a los recursos naturales y la posibilidad de utilizar nuevas rutas marítimas convierten el Ártico en una zona de pequeñas tensiones internacionales, que podrían derivar en conflictos de mayor entidad si no se resuelven a tiempo» [32].

3. SOLUCIONES CONTRA LOS EFECTOS DEL CAMBIO CLIMÁTICO

Puesto que la causa principal del calentamiento global del planeta es el propio sistema económico, cuyo modelo supone una producción intensiva de dióxido de carbono, parece lógico que la solución a dicho problema inducido por la acción del hombre requiere del cambio del propio sistema.

Primero destacar que los principales causantes de la contaminación son los países más desarrollados. Solo China, Estados Unidos y la Unión Europea representan ya el 54 por 100 de las emisiones mundiales de gases de efecto invernadero. Estos tres actores internacionales junto con Rusia, India, Japón, Canadá, Corea, México, Brasil o Sudáfrica representan el 80 por 100. El 20 por 100 restante se lo reparten entre todos los países del mundo, es decir, más o menos 160.

Los 11 países más contaminantes —donde vive un 15 por 100 de la población mundial— tienen que intervenir fundamentalmente en los cambios y modificar su conducta para frenar el avance del cambio climático. En efecto, como señala Manuel Marín: «El cambio climático es un grave problema que afecta a toda la humanidad pero en términos de técnica negociadora, de or-

---

[31] A diferencia de la Antártida, que desde 1959 cuenta con un tratado internacional que establece una soberanía desmilitarizada y no comercial para el continente antártico, el Ártico sí está expuesto a la explotación de sus recursos. Además, a diferencia de la Antártida, el Ártico no tiene la condición de Zona Libre de Armas Nucleares.

[32] Palacián de Inza, B., «La creciente importancia del Ártico», *Revista Española de Defensa (RED)*, Madrid, octubre de 2010.

ganización de los perfiles de la negociación, la solución está en la mano de un puñado de dirigentes políticos. No es pues un problema de encontrar un cuadro negociador. El verdadero problema es el grado de voluntad política y de responsabilidad de aquellos dirigentes cuyos países son los responsables directos de la emisión de gases de efecto invernadero» [33].

Una vez despejado el cuadro negociador, ¿cómo se puede solucionar el problema?

Primero reduciendo, los países contaminantes, sus emisiones de gases invernadero y segundo ayudando a los países que no lo han generado a paliar sus impactos.

En este sentido, y dado que la dimensión del cambio climático es mundial y todos pueden verse afectados por sus consecuencias, especialmente aquellos países más frágiles y débiles política, económica y socialmente, cualquier actuación aislada de un país o un pequeño grupo de países está condenada al fracaso. Si solo son algunos países los que se preocupan por controlar sus emisiones, su esfuerzo puede verse más que compensado por el crecimiento de las emisiones en el resto.

De ahí que la única posibilidad de hacer frente al problema planteado es a través de la cooperación y coordinación a escala mundial, de todas aquellas economías que sean o puedan ser en el futuro grandes emisores de gases de invernadero [34] y que, por tanto, tienen una mayor responsabilidad en la solución del problema.

Naciones Unidas, la organización universal por excelencia y cuyo fin prioritario es la paz y la seguridad internacional lidera, a través de los mecanismos de la Conferencia Marco de las Naciones Unidas para el Cambio Climático (CMNUCC), las acciones para frenar el calentamiento global y sus consecuencias [35].

No obstante, la ONU no es la única organización o foro que aborda y trata de buscar soluciones.

Por ejemplo, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) ha pedido, a través de diversas declaraciones [36], la integración de la adaptación al cambio climático de manera efectiva en las políticas nacionales de desarrollo. El G-8 también se refirió, durante la cumbre del 2008 en Japón, a la importancia de integrar las actividades sobre calentamiento

---

[33] MARÍN, M. (coord.), «Seguridad, modelo energético y cambio climático», *Cuadernos de Estrategia,* núm. 150, febrero de 2011, p. 21.

[34] CANCELO MÁRQUEZ, M.ª T., y DÍAZ VÁZQUEZ, M.ª R., «Emisiones...», *op. cit.*, nota 11, p. 71.

[35] El Fondo Central para Emergencias (CERF) de Naciones Unidas se constituyó para proporcionar respuestas rápidas en el caso de desastres no previstos, para cubrir la falta de financiación en emergencias insuficientemente atendidas. «De Alerta Climatológica a Alarma Climática», *Informe de Oxfam Internacional*, noviembre de 2007.

[36] «Declaration for Integrating Climate Change Adaptation in Development Co-operation», acordada durante la reunión de Ministros de Desarrollo y Medio Ambiente de la OCDE del 4 de abril de 2006.

global en el marco amplio del desarrollo y lucha contra la pobreza. Entre las acciones que se acordaron figura la aportación de 6.000 millones de dólares a nuevos Fondos de Inversión para el Clima (CIF, siglas en inglés), tanto para crear capacidad de adaptación, como para promover tecnología limpia [37].

Por su parte, la Comunidad Económica Europea (CEE), hoy Unión Europea (UE), a través del Acta Única Europea, que entró en vigor el 1 de enero de 1987, también hizo hincapié en la necesidad de proteger el Medio Ambiente. En 2004 se aprobó el primer Plan de Acción sobre Cambio Climático en el Contexto de la Cooperación al Desarrollo, que proponía la creación de la *Alianza Global de Cambio Climático* (GCCA, siglas en inglés) y el *Mecanismo Global de Financiamiento del Clima* [38].

Un elemento negativo es que la UE carece de una Política Común de la Energía y es el Tratado de Lisboa el que ofrece, por primera vez, la posibilidad de progresar en la definición de una Política Común de la Energía. Según la Profesora Mariola Urrea, «la definición de una política energética para la Unión Europea es un imperativo económico, medioambiental, de seguridad y, por supuesto, político del que los Estados miembros ya son plenamente conscientes» [39].

Fue en el 2006 cuando la Comisión Europea adoptó el *Libro Verde: Estrategia europea para una energía sostenible, competitiva y segura*. La Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo de 2007 sobre «Una política energética para Europa» [40] incluyó la propuesta conocida como «los tres veintes» para 2020: mejorar la eficiencia energética en un 20 por 100, aumentar la participación de las renovables en otro 20 por 100 y reducir los gases de efecto invernadero también en un 20 por 100. Este documento se hizo acompañar de un Plan de Acción en el que se detallaban diez medidas a adoptar en ámbitos como el mercado interior de la energía; el compromiso a largo plazo para reducir la emisión de gases de efecto invernadero y el régimen comunitario de comercio de derechos de emisión; un ambicioso programa de medidas de eficiencia energética a nivel comunitario, nacional, local e internacional [41].

---

[37] Aunque la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN) no establece directamente como riesgo el ambiental, sí se compromete con un enfoque amplio de la seguridad reconociendo, además de la dimensión indispensable de la defensa, la importancia de los actores políticos, económicos, sociales y ambientales. En «Strategic Concept for the Defence and Security of the Members of the North Atlantic Treaty Organization», adoptado en la Cumbre de Lisboa, 19-20 de noviembre de 2010, pp. 7, 10-13.

[38] Véase Remiro Brotóns, A., y Fernández Egea, R. M.ª (eds.), *El cambio climático en el Derecho internacional comunitario*, Bilbao, Atlántida Grupo Editor, Fundación BBVA, 2009.

[39] El nuevo Título XXI del Tratado de Funcionamiento de la UE (Tratado de Lisboa, 2009) constituye, sin duda, la base jurídica autónoma que otorga a la Unión capacidad para promover una legislación sobre energía que responda a objetivos como el ahorro energético y el desarrollo de energías nuevas y renovables, entre otros. Véase capítulo de Mariola Urrea, Profesora de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de La Rioja, en Marín, M. (coord.), *Seguridad..., op. cit.*, nota 33, pp. 118 y 126-128.

[40] COM (2007) 1 final, de 10 de enero de 2007.

[41] Véase Marín Quemada, J. M.ª, «Política energética en la UE: el debate entre la timidez y el atrevimiento», *Economía de la energía*, vol. 842, 2008, pp. 65-76, y Zapater Duque, E., «La seguridad energética de la Unión Europea en el contexto de la nueva política energética y el Tratado de Lisboa», en Morata, F. (coord.), *op. cit., La energía del siglo XXI...*, p. 62.

Desde entonces, la UE acude a las Cumbres sobre el cambio climático, organizadas anualmente, con dicha propuesta.

4. PRIMEROS INSTRUMENTOS JURÍDICOS INTERNACIONALES PARA LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE

Pero antes de que la ONU, la OCDE o la UE existiesen ya se crearon los primeros instrumentos jurídicos para proteger el medio ambiente. Es lo que se conoce como la prehistoria del Derecho internacional del medio ambiente.

Así, los primeros precedentes aislados de actuaciones internacionales con un objetivo o, al menos, con una dimensión ambiental, datan de principios del siglo XX, y entre los principales instrumentos destacamos el Convenio de París, de 19 de marzo de 1902, sobre la protección de las aves útiles a la agricultura y los Convenios de Washington de 7 de febrero (Estados Unidos, Reino Unido, Rusia y Japón) sobre la protección de focas para peletería. En el mismo sentido, se cita el Convenio entre los Estados Unidos y el Reino Unido, de 11 de enero de 1909, relativo a la protección contra la contaminación de los ríos fronterizos con los dominios del Canadá. Según el Prof. José Juste Ruiz: «Son Convenios cuya orientación esencial es la protección de aquellos elementos del ecosistema que poseían una utilidad para la producción o que presentaban un valor económico por ser objeto de utilización comercial» [42].

Sin embargo, el verdadero despegue del Derecho internacional del medio ambiente se sitúa, según el Prof. Alexander Kiss, en el final de la década de 1960. Desde entonces, la rama más reciente del ordenamiento jurídico internacional se ha ido dotando de un cuerpo específico de normas internacionales para la protección del medio ambiente [43].

4.1. Instrumentos y primeras iniciativas: etapa Guerra Fría

El primer acontecimiento relevante tuvo lugar en 1970 cuando la ONU toma las riendas del problema y promueve una gran reunión internacional sobre los problemas ambientales, formalmente convocada por la Asamblea General mediante la Resolución 2398 de diciembre de 1968 [44], en la cual se advierte «el deterioro constante y acelerado de la calidad del medio huma-

---

[42] KISS, A., *Droit International de l'environnement,* París, Económica, 1992, p. 15, citado en JUSTE RUIZ, J., *Derecho internacional del medio ambiente*, Madrid, McGraw Hill, 1999, pp. 16-17.

[43] Véase KISS, A., y SHELTON, D., *International Environmental Law*, Estados Unidos, Transnational Publishers, 1991. El Tribunal Internacional de Justicia ha dicho: «El medio ambiente no es una abstracción sino el espacio en el que viven los seres humanos y del que depende la calidad de vida y su salud, inclusive la de generaciones futuras». El objetivo del Derecho internacional del medio ambiente es combatir no solamente la contaminación, sino también todas las formas de deterioro del entorno vital de los seres humanos. Los valores que persigue se resumen en garantizar condiciones de vida satisfactorias para las generaciones presentes y futuras.

[44] En *http://www.un.org/es/*. La Resolución 2398 de la Asamblea General lleva por título «Problemas del Medio Ambiente».

no...». La Conferencia Mundial fue preparada por representantes de 27 países y se celebró en Estocolmo, entre el 5 y el 16 de junio de 1972, con la asistencia de 113 representaciones estatales, la práctica totalidad de organizaciones gubernamentales y más de cuatrocientas ONG. Los instrumentos adoptados en la Conferencia de Estocolmo fueron de carácter declarativo y recomendatorio porque, como señala el Prof. José Juste Ruiz: «El momento era más apropiado para el diagnóstico y la adopción de directivas políticas que para la regulación específica, por medio de tratados, de cuestiones que todavía necesitaban de una cierta maduración» [45]. El instrumento más importante que salió de la reunión fue la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio humano, más conocida como *Declaración de Estocolmo* de 1972. El texto de la *Declaración* se compone de un Preámbulo y 26 principios en los que se abordan las principales cuestiones ambientales que afectan al entorno mundial, sentando los criterios aplicables para su tratamiento a escala internacional y nacional. Aunque el texto destilaba optimismo el diagnóstico fue, en términos generales, objetivo. El Principio 1 de la Declaración de Estocolmo de 1972 decía sin tapujos que «el hombre tiene el Derecho fundamental al disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar».

La Conferencia de Estocolmo adoptó también un Plan de Acción para el Medio Ambiente, compuesto de 109 declaraciones, relativas a los diversos sectores de actuación, elaboradas en torno a tres ejes fundamentales: evaluación de los problemas, medidas de gestión y medidas de apoyo. Y, por lo que se refiere a las medidas de apoyo, estas se centraron en la promoción de la información, de la educación ambiental, de la formación de especialistas y en la creación de las instituciones internacionales apropiadas para llevar a buen fin este ambicioso programa. No obstante, no olvidemos que ninguno de los instrumentos adoptados eran jurídicamente obligatorios. En el plano institucional, se estableció el Programa de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente (PNUMA), mediante la Resolución 2997, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 15 de diciembre de 1972, con el objetivo de desarrollar programas de cooperación internacional en materia medioambiental.

Pero lo más importante fue que en los años siguientes a la Conferencia de Estocolmo el acervo normativo internacional se enriqueció a través de la firma de una serie de convenios relativos a la protección de las aguas dulces, o a la lucha contra la contaminación de los mares y océanos [46] u otras materias.

Entre esos convenios destaca la convención internacional de 1977 que prohíbe «el uso de técnicas militares u otras hostiles de modificación del medio ambiente que tenga efectos generalizados, duraderos o severos», ratificada por la Asamblea General de la ONU. En dicha convención se definen «las técnicas de modificación del medio ambiente» como «cualquier técnica para

[45] Juste Ruiz, J., *Derecho internacional..., op. cit.,* nota 42, p. 19.
[46] *Ibid.,* pp. 18-20.

cambiar —a través de la manipulación deliberada de procesos naturales— la dinámica, la composición o la estructura de la tierra, incluyendo su biota (conjunto de la fauna y flora de una región), litosfera, hidrosfera y atmósfera, o el espacio exterior». Mientras los elementos más sustanciales de la convención de 1977 fueron reafirmados en la Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático (UNFCCC) firmada en la Cumbre de la Tierra en Río en 1992, el debate sobre la modificación del clima para uso militar se ha convertido en un tabú científico [47].

En la década de 1980 destaca la firma del Protocolo de Montreal, el tratado de las Naciones Unidas para la protección de la capa de ozono adoptado en 1987, y el cese del uso de los HCFC (hidroclorofluorocarbonos), que se ha fijado para 2030 en los países desarrollados y para el 2040 en los países en desarrollo. Según el WWF/Adena (World Wildlife Fund for Nature), una de las principales organizaciones ecologistas mundiales, el Protocolo de Montreal ha supuesto «un gran paso, ya que los Gobiernos han sentado las bases para negociar futuras reducciones de emisiones más allá de 2012» [48].

La etapa de la Guerra Fría concluye con un último instrumento de gran relevancia en el combate contra el cambio climático. Nos referimos a la creación, en 1988, del Grupo Intergubernamental sobre el Cambio Climático (IPCC), por iniciativa de la Organización Metereológica Mundial y el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA). Este Grupo presentó en 1991 un primer informe de evaluación, elaborado con las opiniones de 400 científicos, en el que se afirmaba que el calentamiento atmosférico era real y se pedía a la comunidad internacional que hiciera algo para evitarlo. Además dicho informe constituyó la base científica para la negociación de la CMNUCC, aprobada en 1992 en Río de Janeiro.

Hoy el IPCC, más que realizar sus propias investigaciones científicas, se dedica a examinar las investigaciones realizadas en todo el mundo y a publicar informes periódicos de evaluación. Ahora bien, el auténtico valor del IPCC reside en que al reflejar un consenso científico mundial y ser de carácter apolítico, representa un contrapeso útil en el debate, con frecuencia muy politizado, sobre qué se debe hacer con respecto al cambio climático [49].

4.2. Iniciativas para proteger el medio ambiente durante la posguerra fría

El fin de la Guerra Fría y la superación de la era del bipolarismo dieron paso a una situación internacional en la que, al desvanecerse el velo del en-

---

[47] Véase Chossudovsky, M., *Guerra del clima. Atención a los experimentos militares de EEUU*, 20 de diciembre de 2007. En *http://www.bibliotecapleyades.net/sociopolitica/sociopol_weatherwar05.htm* (consultado el 10 de febrero de 2012).

[48] Véase texto del Protocolo de Montreal en *http://www.tierramerica.net/2002/0922/conectate.shtml* (consultado el 15 de enero de 2012).

[49] Véase *http://www.cambio-climatico.com* (consultado el 13 de febrero de 2012).

frentamiento ideológico, se hizo patente la mayor concienciación social y política sobre la naturaleza y dimensión del cambio climático. No olvidemos que a partir de entonces la demanda creciente de energía, generada por el gran desarrollo económico de algunos países emergentes, evidenciaron el claro deterioro que había sufrido el planeta desde la Conferencia de Estocolmo. Precisamente por ello las cumbres de Naciones Unidas que se celebraron en los años siguientes se situaron en un contexto internacional y en realidades económicas y financieras muy diferentes. Como señala Manuel Marín: «El cambio climático es un problema que tiene varios envoltorios, varias capas superpuestas como en el clásico ejemplo de la cebolla. Envoltorios de naturaleza económica; envoltorios geopolíticos y geoestratégicos; envoltorios relativos al modelo energético; envoltorios relativos a la seguridad» [50].

Fruto del progresivo deterioro medioambiental y de la cada vez mayor concienciación social sobre el problema fue la celebración, veinte años después de la reunión de Estocolmo, de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo en Río de Janeiro. Dicha Conferencia tuvo su punto de partida en el denominado Informe Brundtland [51] de 1987 en el que se apuesta por el «desarrollo sostenible». En dicho Informe se demostró que el camino que la sociedad global había tomado estaba destruyendo el medio ambiente por un lado y dejando a cada vez más gente en la pobreza y la vulnerabilidad.

La Conferencia se celebró entre los días 1 y 15 de junio de 1992. Ciento setenta y seis Estados, en muchos casos representados por sus Jefes de Estado o de Gobierno, así como 1.200 organismos internacionales y ONG, que participaban como observadores, se reunieron [52].

Los instrumentos adoptados como resultado de la Conferencia de Río se caracterizan, en primer lugar, por su diversidad. Se aprobaron dos declaraciones de principios, dos convenios internacionales y un programa de acción con el objetivo de avanzar en el logro del desarrollo sostenible mediante la conciliación de las exigencias del desarrollo económico con los imperativos de la protección del medio ambiente [53].

Entre los elementos de progreso que contiene la Declaración de Río cabe citar, en primer lugar, el concepto mismo del Desarrollo Sostenible, enunciado en los principios 1 y 4, y configurado como derecho fundamental de los seres humanos. Esta vinculación del desarrollo sostenible con la teoría de los derechos humanos, especialmente innovadora, queda plasmada en el principio 1 donde se dice que «los seres humanos [...] tienen derecho a una

---

[50] Véase MARÍN, M. (coord.), *Seguridad..., op. cit.,* nota 33, p. 16.

[51] El Informe Brundtland fue publicado en 1987 como resultado de los trabajos de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, encabezados por la doctora noruega Gro Harlem Brundtland. En *http://desarrollosostenible.wordpress.com* (consultado el 15 de enero de 2012).

[52] Fue la mayor conferencia celebrada, hasta esa fecha, en la era de las Naciones Unidas. Además, otras 2.500 agrupaciones ecologistas de todo signo acudieron al denominado *Foro Global 2000.*

[53] JUSTE RUIZ, J., *Derecho internacional..., op. cit.*, nota 42, pp. 20-32.

vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza», muy similar al principio 1 de la Declaración de Estocolmo, de veinte años atrás.

Con todo, el principal elemento de progreso contenido en la Declaración de Río es probablemente el relativo a la idea de la solidaridad mundial (partenariat), en un contexto en el que las responsabilidades entre los diversos grupos de países aparecen claramente diferenciadas. Las exigencias genéricas del desarrollo sostenible se plasman en una serie de principios más concretos, tales como el denominado «criterio de precaución» (Principio 15), el principio «quien contamina paga» (Principio 16). En definitiva, podemos decir que la Declaración de Río constituye la carta básica para la consecución del desarrollo sostenible.

Otro instrumento es el Programa 21, un extenso documento que contiene un plan de acción con vistas al logro del desarrollo sostenible. Aunque algunos aspectos del Programa 21, tales como su carácter no vinculante jurídicamente, la ausencia de un calendario de aplicación en el tiempo, sus ambigüedades y la ausencia de un mecanismo de control, sean insuficientes, no cabe duda de que el documento constituye una fuente de información de inestimable valor para la organización y ejecución de la acción internacional para el desarrollo sostenible [54].

De dicha conferencia salieron dos Convenios. 1) El Convenio sobre diversidad biológica, cuyo régimen se centra en torno a una serie de principios que, en general, dan satisfacción a los intereses de los países en desarrollo. 2) La Declaración sobre bosques, cuya elaboración estuvo dominada por la presión de los países madereros, tales como Tailandia y sobre todo Malasia, que contaron con el apoyo del grupo de los países en desarrollo (el denominado Grupo de los 77). Precisamente la presión ejercida por dichos países fue decisiva para la aprobación de la Declaración sobre bosques [55]. Pero lo más trascendental fue la creación del segundo hito trascendental, después del IPCC, en la lucha contra el cambio climático: la Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC), donde los países firmantes acordaron dar prioridad a las medidas de precaución para prevenir o reducir al mínimo las causas del cambio climático y mitigar sus efectos adversos, con un compromiso especial sobre la adaptación a los impactos del cambio climático en África.

Dicho tratado, que es casi universal en su alcance (194 países) y que entró en vigor en 1994, plantea como principal objetivo «lograr la estabilización de las concentraciones de gases de efecto invernadero en la atmósfera a un nivel que impida interferencias antropógenas peligrosas en el sistema climático» (art. 2), es decir, fomentar la reducción de Gases de Efecto Invernadero (GEI). Por tanto, la CMNUCC es un acuerdo marco en el que se establece la

[54] *Ibid*.

[55] Dicha Declaración contiene quince principios que establecen la soberanía del Estado sobre sus recursos madereros y el derecho prácticamente ilimitado a comerciar a escala internacional con estos productos.

obligación de cooperar a escala internacional para estabilizar las emisiones atmosféricas de sustancias que contribuyen al efecto invernadero y al calentamiento global, tratando de volver a los niveles de 1990.

Además, todas las partes se comprometieron a elaborar y publicar inventarios nacionales de emisiones antropógenas de gases invernadero y a elaborar programas nacionales en los que se detallasen las medidas que se iban a adoptar para controlar las emisiones.

Fue llamativo que por primera vez se tuviese la valentía de admitir las responsabilidades «comunes pero diferenciadas» de los Estados, y se establecieran objetivos precisos para las emisiones de los países desarrollados y economías en transición, sin obligar jurídicamente [56].

Hizo falta un año para que los países miembros de la CMNUCC decidieran que la Convención incorporase un acuerdo con exigencias más estrictas para reducir las emisiones de gases de efecto invernadero. Precisamente esta decisión coincidió con el segundo informe de Evaluación del IPCC, publicado en 1995, en el que se decía que «el conjunto de las evidencias sugiere una influencia humana discernible sobre el clima global». El Informe fue el revulsivo necesario para que los Gobiernos iniciaran negociaciones sobre un protocolo. Dos años después, durante la celebración de la tercera Conferencia Mundial (COP 3) (diciembre de 1997), las Partes del Convenio Marco aprobaron el Protocolo de Kioto.

4.2.1. *El Protocolo de Kioto (1997), el primer instrumento jurídicamente vinculante*

El Protocolo de Kioto (PK) está considerado como el tercer hito contra el cambio climático. Este acuerdo internacional de los países industrializados, elaborado bajo el auspicio de Naciones Unidas, tiene como objetivo prioritario contener las emisiones de los gases que aceleran el calentamiento global. Para conseguirlo las partes firmantes se comprometían a reducir en un 5,2 por 100 las emisiones de los seis gases de efecto invernadero globales sobre los niveles de 1990, en el periodo de compromiso 2008-2012.

---

[56] En efecto, en 1990 las emisiones de gases de CO_2 (miles de toneladas métricas) eran de 6,8 por 100 y en 1995 crecieron situándose en un 7,2 por 100. Sobre el total de las emisiones de la UE, los países que contribuyen con un mayor porcentaje en 1990 son Alemania (30,6 por 100), Reino Unido (17,6 por 100), Italia (13 por 100) y Francia (11,4 por 100), que representan en conjunto más del 70 por 100 de las emisiones de la UE. En 1995 la contribución de estos cuatro países decreció, situándose en un 70 por 100, con respecto a las cifras de 1990. Los restantes once países que componen la Unión Europea se reparten el resto de las emisiones totales con porcentajes que van, en 1990, desde el 0,4 por 100 de Luxemburgo hasta el 6,8 por 100 de España, manteniéndose unos porcentajes muy similares en 1995. Con relación a las emisiones per cápita, Estados Unidos duplica (tanto en 1990 como en 1995) las emisiones de la Unión Europea y Japón, siendo las de estos dos últimos países muy similares. La Unión Europea es la única que ha reducido sus emisiones antropógenas de CO_2 entre 1990 y 1995 y, por tanto, la única que ha seguido una senda coherente con el compromiso adoptado en la Convención Marco (reducir las emisiones a los niveles de 1990 en el año 2000). En CANCELO MÁRQUEZ, M.ª T., y DÍAZ VÁZQUEZ, M.ª R., *Emisiones..., op. cit.,* nota 11.

La característica principal del Protocolo es que tiene objetivos obligatorios relativos a las emisiones de gases de efecto invernadero para un grupo de países, los que formaban parte de la OCDE en aquel momento más otros. En total 37 países y la UE (no afecta a los países emergentes como Brasil, India o China), a los que se les exige la contención o reducción de sus emisiones de gases de efecto invernadero [57]. Otros países como Corea, México o Israel, que se han incorporado como miembros a la OCDE posteriormente, no están legalmente vinculados al Protocolo de Kioto.

Por tanto, este es el único mecanismo internacional para empezar a hacer frente al cambio climático y minimizar sus impactos. Para ello contiene objetivos legalmente obligatorios para que los países industrializados reduzcan las emisiones de los seis gases de efecto invernadero de origen humano.

Estos objetivos van desde –8 por 100 hasta +10 por 100 del nivel de emisión de los diferentes países con miras a reducir el total de sus emisiones de esos gases en un 5,2 por 100 con respecto a 1990. El objetivo global de 5,2 por 100 para los países desarrollados debe conseguirse mediante recortes del 8 por 100 en la Unión Europea (UE), Suiza y la mayor parte de los países de Europa central y oriental, 6 por 100 en Canadá; 7 por 100 en los Estados Unidos (aunque posteriormente Estados Unidos retiró su apoyo al Protocolo), y el 6 por 100 en Hungría, Japón y Polonia; Nueva Zelanda, Rusia y Ucrania deben estabilizar sus emisiones, mientras que Noruega puede aumentarlas hasta un 1 por 100, Australia un 8 por 100 (posteriormente retiró su apoyo al Protocolo) e Islandia un 10 por 100.

Como hemos dicho, la Unión Europea tiene fijada una reducción del 8 por 100, si bien se realizó un reparto entre sus países miembros que va desde recortes del 28 por 100 en Luxemburgo y del 21 por 100 en Dinamarca y Alemania, a un aumento del 25 por 100 en Grecia y del 27 por 100 en Portugal o del 15 por 100 en España, partiendo como base de sus emisiones en 1990.

La otra novedad importante del Protocolo de Kioto es que introduce tres mecanismos para dotar de mayor flexibilidad a las partes del Anexo I en el logro de sus compromisos obligatorios de reducción de emisiones. Esos tres mecanismos son: *a)* Aplicación conjunta (Joint Implementation). Las partes del Anexo I podrán obtener reducción de emisiones por llevar a cabo proyectos para reducir emisiones en otros países que sean partes del Anexo I. *b)* Mecanismo para un desarrollo limpio (Clean Development Mechanism), presentado en el art. 12 del PK y en el que se dice, entre otras cosas, que «las partes del Anexo I podrán obtener reducción de emisiones por colaborar

[57] Los gases de efecto invernadero son: Dióxido de Carbono (CO_2), que proviene esencialmente de la quema de combustibles fósiles y de la deforestación. Metano (CH_4): su origen principal proviene de rumiantes, del cultivo de arroz, de los vertederos de residuos municipales del petróleo y del gas. Halocarburos (HFC y PFC), son los gases utilizados en sistemas de refrigeración y la producción de frío, los gases propulsores del aerosol. Óxido nitroso (N_2O), proviene de la utilización de fertilizantes nitrogenados y de determinados procesos químicos. Hexafluoruro de azufre (SF_6), utilizado, por ejemplo, en los transformadores eléctricos. No obstante, al CO_2 se le atribuye el 60 por 100 del efecto invernadero antropógeno. En *http://www.greenpeace.org/espana/es/* (consultado el 14 de febrero de 2012).

con países en desarrollo en proyectos que contribuyan a que estos últimos reduzcan sus emisiones». Es decir, para compensar las duras consecuencias de los «objetivos vinculantes», el acuerdo ofrece flexibilidad en la manera en que los países pueden cumplir sus objetivos. Por ejemplo, pueden compensar parcialmente sus emisiones aumentando los «sumideros» —bosques, que eliminan el dióxido de carbono de la atmósfera—. Ello puede conseguirse bien en el territorio nacional o en otros países. *c)* Comercio Internacional de Emisiones (International Emissions Trading). Se establece la posibilidad de compra y venta de emisiones entre las partes del Anexo I. El objetivo de estos mecanismos es lograr que se reduzcan las emisiones en aquellos lugares o proyectos en los que los costes de reducción sean menores [58].

La entrada en vigor del Protocolo de Kioto se produjo el 16 de febrero de 2005 [59], solo después de que 55 naciones que suman el 55 por 100 de las emisiones de gases de efecto invernadero lo ratificaran (según su art. 25), entre ellas Rusia. Actualmente, alrededor de 185 países y la UE han firmado el Protocolo de Kioto [60]; aunque solo establece compromisos concretos de reducción de emisiones para 37 países y la UE.

Sin embargo, este Protocolo tiene efectos limitados, ya que Estados Unidos, el principal país contaminante del mundo que emite entre el 25-30 por 100 del total de emisiones de gases de invernadero de origen humano, y otros países como Kazajstán decidieron no ratificarlo, aunque lo hayan firmado [61]. A ello se suma que tras la aprobación del Protocolo de Kioto las emisiones de gases de efecto invernadero han aumentado. Las conclusiones del Tercer Informe de Evaluación del IPCC, adoptado en septiembre de 2001 en Londres, son demoledoras. Por ejemplo, España supera en emisiones de CO_2 el incremento máximo del 15 por 100 permitido por el Protocolo de Kioto. En 2009, las emisiones eran del 30,6 por 100 superiores a las de 1990, lo que complica en gran medida el cumplimiento del Protocolo de Kioto [62]. Por su parte, en 2002, la UE había conseguido reducir en un 2,9 por 100 sus emisiones con respecto a 1990 [63].

---

[58] Cancelo Márquez, M.ª T., y Díaz Vázquez, M.ª R., *Emisiones..., op. cit.*, nota 11, p. 70.

[59] Las razones que explican esta tardanza tienen que ver no solo con que el Protocolo debe ser eficaz frente a un problema mundial sino que también debe ser políticamente aceptable. De hecho, después de la aprobación del acuerdo en 1997 se consideró necesario entablar nuevas negociaciones para especificar las instrucciones sobre la manera de instrumentalizarlo. Estas normas, adoptadas en 2001, se conocen con el nombre de «Acuerdos de Marraquech».

[60] Según el art. 24 del Protocolo de Kioto, «en el caso de una organización que tenga uno o más Estados miembros que sean partes en el presente Protocolo, la organización y sus Estados miembros determinarán su respectiva responsabilidad por el cumplimiento de las obligaciones que les incumban en virtud del presente Protocolo. En tales casos, la organización y los Estados miembros no podrán ejercer simultáneamente derechos conferidos por el Protocolo».

[61] En el caso de Estados Unidos, después de haber sido firmado por el Presidente Bill Clinton, su sucesor, George W. Bush, decidió no ratificarlo en 2001 por suponer una amenaza a la economía de la primera potencia mundial. En *http://www.cambio-climatico.com/protocolo-de-kyoto* (consultado el 15 de enero de 2012).

[62] Capítulo de Cuevas Delgado, A., «Seguridad, Modelo Energético y Cambio Climático», en Marín, M., *Seguridad..., op. cit.*, nota 33, p. 259. La política energética española es una de las principales causas de este crecimiento desmesurado de las emisiones de gases de efecto invernadero, lo cual supo-

(Véase nota 63 en página siguiente)

5. SIGLO XXI, EMPEORAN LAS NOTICIAS Y LOS PRONÓSTICOS, EL PROTOCOLO DE KIOTO FRACASA

Estos datos junto al informe «Un mundo más seguro: la responsabilidad que compartimos», elaborado por el Grupo de Alto Nivel del Secretario General de Naciones Unidas y publicado en 2004, en el que se afirma que la degradación ambiental es uno de los graves retos a la seguridad; las conclusiones del cuarto informe del IPCC de 2007, que sostiene que las consecuencias del cambio climático son más graves cuanto mayor sea la temperatura [64], y el consenso científico de limitar el aumento de las temperaturas a 2º C; confirman el fracaso del Protocolo de Kioto, con lo cual la comunidad internacional comienza «a prepararse» para aprobar nuevos instrumentos que consigan combatir el cambio climático y suceder en 2012 al Protocolo de Kioto.

Y es en la cumbre de Bali (COP 13, 2007) cuando se diseña una hoja de ruta para alcanzar un acuerdo pos-2012 (que debía darse en Copenhague) sobre la que se trabajó en la COP 14 en Poznan (Polonia) [65].

5.1. Cumbre de Copenhague (COP 15), la decepción

En este clima de fracaso se prepara la 15.ª Conferencia de las Partes de la CMNUCC, que tuvo lugar en Copenhague del 7 al 18 de diciembre de 2009 [66]. Cuatro son los desafíos-objetivos que se presentaron en dicha cumbre: 1) un acuerdo de reducción de los niveles de emisiones de gases invernadero por parte de los países desarrollados; 2) la aprobación de medidas de mitigación y de reducción de emisiones de dichos gases por parte de los países en desa-

---

ne que hemos superado en 38 puntos nuestro límite máximo. El Gobierno, a través del Ministerio de Ambiente, Medio Rural y Marino (MARN) hizo público en 2008 la estrategia española de cambio climático y energía limpia, con el objeto de asumir los compromisos internacionales, así como contribuir a un desarrollo sostenible y compatible con la seguridad energética y la estabilidad económica. Entre las medidas contempladas están el incremento de contribuciones financieras para acciones contra el calentamiento global, el apoyo a las iniciativas multilaterales (entre ellas el apoyo a la CMNUCC), y el fortalecimiento del diálogo sobre cambio climático y energías renovables en el marco de la Conferencia Iberoamericana. «Annual European Community GHG Inventory 1990-2007 and Inventory Report 2009», European Environmente Agency (2009). Véase *http://www.uned.es/biblioteca/energiarenovable3/impacto.htm* (consultado el 13 de febrero de 2012).

[63] En *http://renovable.com/2006/06/18/el-protocolo-de-kyoto/* (consultado el 15 de enero de 2012).

[64] Véase «Climate Change 2007: Impacts. Adaptation and Vulnerability», Intergovernmental Panel on Climate Change (2007). Y Bowen y Ranger, 2009; Pew Center on Climate Change, 2009.

[65] Lázaro, L., «Cambio climático, frenazo en Copenhague. Próxima estación: México 2010 (COP 16)», *ARI*, núm. 72, febrero de 2010.

[66] En Copenhague, como se puede ver en la Cronología 1, se han reunido tanto la conferencia de las partes de la Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático (COP 15) como la conferencia de las partes del Protocolo de Kioto (COP-MOP 5). Se celebraron, además, reuniones de los órganos subsidiarios y de los grupos de trabajo del Protocolo de Kioto y del grupo para la cooperación a largo plazo. Las dos semanas de cumbre climática estuvieron, por tanto, acompañadas de reuniones tanto políticas como técnicas.

rrollo; 3) avanzar en la búsqueda de un financiamiento estable y predecible, tanto de las medidas de adaptación como de las de mitigación, y 4) clarificar aspectos importantes del desarrollo y difusión de tecnologías adecuadas para combatir el calentamiento global.

En definitiva, en Copenhague la principal meta era encontrar un acuerdo que sustituyera al Protocolo de Kioto a partir de 2013. Sin embargo, solo se pudo llegar a la firma de una declaración política de intenciones, con compromisos difusos, no vinculantes, que ni siquiera establecía unos objetivos claros en cuanto a la reducción de gases de efecto invernadero.

Una semana antes del comienzo de la Cumbre de Copenhague se hablaba de esta cita como la más importante desde la Segunda Guerra Mundial y los periódicos la calificaban de «cita histórica para combatir el cambio climático». Un total de 56 diarios de 45 países europeos publicaban el 7 de diciembre de 2009, el mismo día de la inauguración de la Cumbre, el artículo «Una grave emergencia», donde se pedían «acciones decisivas» contra el cambio climático [67].

Esta presión mediática y de otros actores internacionales como las ONG fue acompañada de las declaraciones bienintencionadas de algunas países y organizaciones. Por ejemplo, Estados Unidos planteó la propuesta de reducir las emisiones de su país en un 17 por 100 para el 2020 frente a los niveles de 2005. El esfuerzo sería progresivo, de manera que para 2025 se reduciría en un 30 por 100 y para el 2050 en un 83 por 100. Por su parte, la Unión Europea también instó, antes del comienzo de la Cumbre, a que todos hiciesen un esfuerzo para lograr un acuerdo vinculante que incluyese compromisos específicos de reducción de emisiones y cifras concretas de financiación a países en desarrollo [68]. Además, también reiteró su intención de reducir sus emisiones hasta un 30 por 100 en 2020. No obstante, los débiles resultados de la COP 15 reflejan la pérdida de liderazgo de la UE en la agenda climática [69].

En este contexto de optimismo, presión y confianza por alcanzar un acuerdo sólido y ambicioso que permita reducir las emisiones globales para mantener el aumento de la temperatura global por debajo de 2º C se inicia Copenhague. A la cumbre asistieron 115 mandatarios de todo el planeta, entre ellos los representantes de dos de los países más contaminantes del mundo, con un 40 por 100 de las emisiones de CO_2, Barack Obama y Wen Jiabao.

Pero todo el *gozo quedó en un pozo* y la cumbre sobre el cambio climático de Copenhague se cerró el 19 de diciembre con un acuerdo de mínimos,

---

[67] También foros como el *Klimaforum*, foro alternativo a la Cumbre Mundial sobre Cambio Climático de la ONU en Copenhague (COP 15), hizo un llamamiento unánime a «una justicia climática», *The Times*, 8 de diciembre de 2009.

[68] El Comisario Europeo de Medio Ambiente, Stavros Dimas, insistió en que el acuerdo de Copenhague debe ser un «texto legalmente vinculante y completo» que recoja los elementos mencionados en la hoja de ruta que se fijó en la reunión de Bali del 2007, EFE, 24 de noviembre de 2009.

[69] Suecia fue el primer país de la UE en desarrollar un enfoque estratégico para una economía baja en carbono, «Suecia sin petróleo», desarrollado por la Comisión Goran, a la que otros, como el Reino Unido o Alemania han seguido con diferentes propuestas en la misma dirección.

muy lejano de lo que el mundo necesitaba para conseguir frenar el cambio climático, y en medio de una gran polémica, con la oposición abierta y crítica de varios países como Venezuela, Nicaragua, Cuba, Bolivia y Sudán. No obstante algunos como el Secretario General de la ONU, Ban Kin Moon, sacaron el aspecto más positivo de la cumbre al afirmar que «los cimientos del primer acuerdo global para limitar los gases de efecto invernadero se han puesto».

Por tanto, aunque el objetivo global sobre el que se trabajó en Copenhague fue la reducción de los GEI en un rango del 25-40 por 100 para los países desarrollados en 2020 en relación con 1990, y una menor intensidad en el aumento de los GEI de los países en desarrollo (entre un 15 y un 30 por 100), los compromisos formales ofrecidos por los grandes emisores (tanto los desarrollados como los en desarrollo) y recogidos en el Anexo I del Acuerdo de Copenhague solo sugieren unos recortes globales de entre el 12 y el 18 por 100, en total, antes de 2020 [70]. Además, aunque en el texto de los acuerdos se dice que todos los Estados reducirán sus emisiones, los objetivos no son vinculantes ni sirven para frenar el calentamiento global. Como señala Lara Lázaro: «A pesar de que las cifras pueden parecer elevadas, las intenciones expresadas tanto por los países desarrollados como por los países en desarrollo no son lo suficientemente ambiciosas para alcanzar los objetivos globales de reducciones que aseguren un aumento de la temperatura media global de 2º C como máximo» [71].

Sí hubo ciertos avances en otros ámbitos de la CMNUCC. Por ejemplo se «decidió» establecer el Fondo Verde de Copenhague para el Clima (Green Climate Fund), como una de las entidades encargadas del funcionamiento del mecanismo financiero de la Convención, con el fin de apoyar proyectos, programas, políticas y otras actividades de los países en desarrollo relacionadas con la mitigación, incluidas las actividades de REDD plus [72], y la adaptación, el fomento de la capacidad y la transferencia de tecnología [73]. Pero el acuerdo de Copenhague no definió ni las fuentes de financiación ni los mecanismos para su canalización y eficaz absorción.

3) En materia de verificaciones hubo escasos avances. Aunque los países en desarrollo estarán sujetos a procesos de verificación según lo estipule la CMNUCC cuando reciban ayuda internacional, China, que planteó que la verificación de sus emisiones por parte de terceros supone una injerencia en su soberanía, logró que no haya inspecciones independientes internacionales en el propio país.

---

[70] El grado de ambigüedad del Acuerdo de Copenhague, según Fatih Birol, economista jefe de la AIE (Agencia Internacional de la Energía), produce un abanico muy grande de distintos niveles de emisiones posibles en el año 2020. Véase en el capítulo elaborado por Paul Isbell en MARÍN, M. (coord.), *Seguridad..., op. cit.,* nota 33, p. 79.

[71] LÁZARO, L., *Cambio Climático..., op. cit.,* nota 65.

[72] REDD-plus (Reducción de emisiones procedentes de la deforestación tal como se definió en la hoja de ruta de Bali).

[73] Véase LÁZARO TOUZA, L. E., «Después del mal arranque de Copenhague», *Política Exterior*, vol. 24, núm. 138, noviembre-diciembre 2010, p. 152.

En fin, como señala Paul Isbell: «El Acuerdo de Copenhague fijó el objetivo de limitar el aumento de la temperatura promedia global a 2º C respecto a niveles preindustriales, pero no dibujó el camino para conseguirlo más allá de 2020, y dejó demasiados asuntos críticos sin resolver, como la financiación a medio plazo o la necesidad de establecer grandes mercados internacionales de carbono para que pueda surgir un precio de carbono mundial que refleje los costes verdaderos de su emisión» [74].

Más aún, el Acuerdo de Copenhague no trata dos temas de vital importancia que se incluyeron en el Plan de Acción de Bali: estrategias de gestión de riesgos, y seguros y gestión de pérdidas derivadas del cambio climático [75].

Durante 2010, las negociaciones entre China y Estados Unidos no prosperaron y la tónica general fue de tensión entre los dos países.

Sin embargo, el deterioro medioambiental no deja de acrecentarse como lo refleja el informe presentado por el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) junto con la Fundación Europea del Clima (European Climate Foundation) y el Instituto Nacional de Ecología de México, en noviembre de 2010. En dicho documento las conclusiones no son muy halagüeñas ya que, según el estudio, para tener más de un 66 por 100 de probabilidades de no sobrepasar el aumento medio de las temperaturas de 2º C, sería necesario que las tasas medias de reducción anual de emisiones de CO_2 provenientes de la industria y del sector energético se redujeran entre un 2,2 y un 3,1 por 100 en el periodo 2020-2050, que en 2050 las emisiones globales fueran entre un 50 y un 60 por 100 inferiores a los niveles de 1990 y que en la segunda mitad de siglo, las emisiones del sector industrial y energético fueran negativas.

5.2. Cumbre de Cancún (COP 16), 2010

Tras el «fracaso» de la Cumbre de Copenhague y las conclusiones del informe presentado por el PNUMA, la siguiente cita fue la celebración de la 16.ª edición de la Conferencia de las Partes de la CMNUCC [76], y la 6.ª Conferencia de las Partes actuando como Reunión de las Partes del Protocolo de Kioto, en Cancún (México) del 29 de noviembre al 10 de diciembre de

---

[74] ISBELL, P., «La política energética y la lucha contra el cambio climático: la complicada encrucijada norteamericana», en MARÍN, M., *Seguridad..., op. cit.,* nota 33, p. 79.

[75] LÁZARO, L., *Cambio climático..., op. cit.,* nota 65.

[76] La Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático contempla dos categorías generales de participantes: los Estados partes y los Observadores. Estos últimos se dividen en Organizaciones Intergubernamentales y Organizaciones No Gubernamentales (art. 7, apartado 6), las cuales deben registrarse y acreditarse ante el Secretariado de la Convención para poder participar en las Conferencias. El nombre COP hace referencia en inglés a las reuniones de las Partes de numerosos tratados internacionales *(Conference of the Parties).* Sin embargo, por la relevancia del tema dentro de la agenda internacional, el nombre COP se relaciona con el cambio climático. Es el Secretariado de la Convención quien las organiza de conformidad con los estándares de las reuniones de Naciones Unidas. En *http://www.cc2010.mx/es/acerca_de_cop16/qu-es-la-cop16/index.html* (consultado el 15 de enero de 2012).

2010 [77]. El pronóstico era favorable porque nadie quería volver a repetir el «fracaso» de Copenhague, con lo cual cualquier avance que se lograra en Cancún [78] iba a ser «un éxito», lo cual no quiere decir que no hubiese también retrocesos.

Estados Unidos llegó a la Cumbre de Cancún con *una estrategia negociadora bastante pragmática*, y similar a la propuesta que hizo en Copenhague cuando se comprometió a un recorte de sus emisiones de solo 4 por 100 por debajo de los niveles de 1990 en 2020 [79]. No obstante, Washington solamente está dispuesto a ratificar obligaciones que también comprometan a China y a Japón. Por su parte, la UE volvió a presentarse en Cancún con una posición reconocible: el paquete 20/20/20.

Después de jornadas interminables de trabajo y de tensión, por puntos de vista que parecían irreconciliables entre países desarrollados y en desarrollo y naciones industrializadas entre sí, como Estados Unidos y Japón, 193 países suscribieron los conocidos como Acuerdos de Cancún. Solamente Bolivia rechazo los textos por considerar que los compromisos adquiridos por los países desarrollados eran insuficientes [80].

Todos los países que acudieron a las negociaciones se marcaron como objetivo, con la reserva de Bolivia, la reducción antes de 2020 de los gases de efecto invernadero entre un 25 y un 40 por 100 con respecto a los niveles de 1990. Este compromiso atañe a aquellos países que están vinculados legalmente por el actual Protocolo de Kioto, que expira en 2012. Por tanto, aunque los Acuerdos de Cancún ofrecen un objetivo claro en la reducción de emisiones y por primera vez todas «las grandes potencias se comprometen (con cifras concretas) a reducir sus emisiones de GEI dentro del marco de la CMNUCC» [81], no dicen qué métodos se van a utilizar para conseguirlo [82], no nos acercan a las limitaciones de gases de efecto invernadero requeridas por el consenso científico existente, y no establecen mecanismos de control [83].

---

[77] El Gobierno de México trabajó para que la movilización de personas y el consumo de energía producidos durante esas reuniones tuvieran el menor impacto posible sobre el medio ambiente. Garantizar que buena parte de la energía utilizada durante el evento proviniera de fuentes renovables de energía y evitara al máximo la liberación de emisiones de gases de efecto invernadero (GEI) a la atmósfera, fue una de las metas prioritarias de las autoridades mexicanas.

[78] A diferencia de la Cumbre de Copenhague a la que asistieron los jefes de Estado y de Gobierno de los diferentes Estados, la Cumbre de Cancún fue convocada solo a nivel ministerial.

[79] Capítulo elaborado por Paul Isbell en Marín, M., *op. cit.*, nota 33, pp. 110-111.

[80] Según el jefe de la delegación boliviana, Pablo Solón, lo aprobado significa «una reducción (combinada) de entre el 13 y el 16 por 100, y eso implica un aumento (de la temperatura) de más de 4 grados Celsius y nosotros no podemos apoyar esto responsablemente». «He escuchado a cada una de las partes incluyendo, claro está, a nuestros hermanos bolivianos. Pero no puedo, como usted entenderá, ignorar en este momento la visión, la posición y las solicitudes de los otros 193 Estados parte», *BBC Mundo,* 11 de diciembre de 2010, en *http://www.bbc.co.uk*.

[81] Lázaro, L., *Cancún..., op. cit.*, nota 65.

[82] Conclusiones de la Cumbre de Cancún para el cambio climático. Laura V. Gutiérrez, 11 de diciembre de 2010, en *http://www.suite101.net/news/conclusiones-de-la-cumbre-de-cancun-para-el-cambio-climatico-a32604* (consultado el 14 de febrero de 2012).

[83] *Ibid.*

Junto a esto se volvió a insistir en la puesta en marcha de instrumentos que ya se habían aprobado en Copenhague. Nos referimos al «Fondo Verde» (Green Climate Fund) con participación y control compartido entre los países desarrollados y los que están en vías de desarrollo [84]. Se confirmaron los compromisos de financiación por parte de los países desarrollados (30.000 millones de dólares hasta 2012, y 100.000 dólares anuales a partir de 2020, unos 75.000 millones de euros, provenientes de fuentes públicas y privadas como, por ejemplo, impuestos sobre las transacciones financieras o la subasta de derechos de emisión) para apoyar los esfuerzos de adaptación al cambio climático en los países más pobres y facilitar el uso de tecnologías no contaminantes. Además dichos recursos se centrarán en la protección de las selvas tropicales y en el impulso de energías limpias [85].

Analizando los compromisos de mitigación se puede concluir que no hubo avances en relación con lo acordado en Copenhague.

En el frente de la adaptación, se decidió la creación de un Comité de Adaptación para apoyar a los países que diseñen planes de protección frente al cambio climático y se establecieron parámetros para financiar esfuerzos para reducir la deforestación. Evitar la deforestación es clave porque la destrucción de esta capacidad de absorción de dióxido de carbono podría aumentar el nivel de CO_2 en la atmósfera más rápidamente que su disminución por la reducción de consumo de energías fósiles en la matriz energética mundial. Precisamente por ello, de la COP 16 salió fortalecido el mecanismo REDD, cuyo objetivo es reducir las emisiones de gases de invernadero producidas por la deforestación y la degradación medioambiental.

En lo relativo a la transparencia y a la información, se aumentó la frecuencia y el tipo de información requerida. Así, los países desarrollados deben presentar, además del existente informe anual de emisiones, un informe bianual de progreso en materia de mitigación de sus emisiones, la evolución esperada de las mismas y la ayuda prestada a países en desarrollo en materia de financiación, tecnología y fortalecimiento de capacidades. Los países en desarrollo deberán someter al sistema de control internacional (MRV, en sus siglas en inglés) las acciones en materia de lucha contra el cambio climático apoyadas por la financiación internacional. El resto de las acciones de los países en desarrollo serán verificadas por un sistema internacional de consulta y análisis (ICA, en sus siglas en inglés), respetando la soberanía nacional (como pedía China) [86].

Al final, los Acuerdos de Cancún contienen progresos concretos y modestos —prácticamente los mismos que se plantearon en Copenhague— en casi

---

[84] Véase «Cambio Climático: la cumbre de Cancún concluye con acuerdo», *BBC Mundo,* 11 de diciembre de 2010, en *http://www.bbc.co.uk/mundo/noticias/2010/12/101211_cumbre_cancun_llega_acuerdo_aw.shtml* (consultado el 15 de enero de 2012).

[85] Los países desarrollados deben presentar un documento relativo a la financiación comprometida a corto plazo en mayo de 2011, 2012 y 2013. Conclusiones de la Cumbre de Cancún para el cambio climático. Laura V. Gutiérrez, 11 de diciembre de 2010, en *http://www.suite101.net/news/conclusiones-de-la-cumbre-de-cancun-para-el-cambio-climatico-a32604* (consultado el 14 de febrero de 2012).

[86] *Ibid.*

todas las líneas de las negociaciones. Los objetivos de los países desarrollados de reducir sus emisiones se reconocieron por primera vez dentro del proceso multilateral de la ONU, y se comprometieron a diseñar planes para el despliegue de la economía baja en carbono y desarrollar mecanismos de mercado para extenderla. Las acciones para reducir emisiones por parte de los países en desarrollo se reconocieron también en el seno de la ONU, y tendrán que publicar informes sobre sus progresos cada dos años. El mecanismo de desarrollo limpio (MDL) se reforzó para catalizar más inversiones en proyectos para reducir las emisiones de los países en desarrollo y estimular el desarrollo económico.

También hubo acuerdos en torno al esfuerzo de articular un marco multilateral para luchar contra la deforestación. Y se volvió a insistir en el establecimiento de un Mecanismo Tecnológico (Climate Technology Center and Network), así como el Centro y Red de Tecnología Climática, que han supuesto los avances más significativos en relación con el desarrollo y transferencia de tecnología.

Lo negativo de la cumbre volvió a residir en lo fundamental, al igual que en Copenhague. Mantiene alejadas la posibilidad de lograr un acuerdo vinculante y aceptado por todos en materia de reducción de emisiones, de ayudas económicas y tecnológicas efectivas para la adaptación al cambio climático de los países más vulnerables; y confirma un elevado grado de irresponsabilidad de los países más poderosos al diferir sus compromisos con las soluciones más adecuadas a los problemas que ellos, en gran medida, han contribuido a generar [87].

Uno de los aspectos negativos es que en Cancún, aunque se habla de que se evitará que haya una brecha entre el primero y el segundo periodo de Kioto, no se dice claramente que habrá un Kioto-2 [88].

Por tanto, después de un año de pesimismo generado por el frenazo en Copenhague, los acuerdos conseguidos en Cancún suponen la vuelta al proceso de negociaciones multilaterales en materia de cambio climático, la adopción de los elementos clave del Acuerdo de Copenhague en el seno de la Convención Marco de Naciones Unidas para el Cambio Climático (CMNUCC), y el avance en elementos operativos.

El año 2011 se inauguró como el Año Internacional de los bosques y el objetivo fue incidir de una manera clara en la ampliación de la superficie forestal. Los árboles eliminan el dióxido de carbono, principal gas de efecto invernadero de la atmósfera. Cuantos más tengamos, mejor. En cambio, la deforestación —que es la tendencia actual— libera todavía más carbono y agrava el calentamiento del planeta.

---

[87] Sorhuet Gelós, H., «De Cancún a Durban», en *http://www.elpais.com.uy/10/12/15/predit_535410.asp* (consultado el 15 de enero de 2012).

[88] En *http://www.elmundo.es/elmundo/2010/12/11/ciencia/1292099020.html* (consultado el 16 de enero de 2012), «La Cumbre de Cancún logra sortear la amenaza del fracaso», autor Andrea Sosa Cabrios (DPA), Cancún, 13 de diciembre de 2010.

6. CONSIDERACIONES FINALES

Desde los primeros indicios de una alteración del clima causada por las emisiones de gases de efecto invernadero, motivadas a su vez fundamentalmente por el actual modelo energético basado en la quema de combustibles fósiles, a las primeras acciones para limitar esta situación han pasado muchos años. Este no ha sido un proceso rápido y sencillo y prueba de ello es que, a pesar de la publicación de informes poniendo el acento en la gravedad del problema, las movilizaciones de ONG y organizaciones vinculadas con el medio ambiente, y la cada vez mayor concienciación política y social sobre las consecuencias de esta situación; lo emprendido hasta ahora ha sido lento e insuficiente comparado con las necesidades. A ello se suma que cuando se han firmado acuerdos, la mayoría no vinculantes jurídicamente, los principales países contaminantes incumplen sus compromisos. Como señala Manuel Marín: «La utilización de argumentos exclusivamente medioambientales es insuficiente y, en ese sentido, la búsqueda de un tratado vinculante y obligatorio solo se va a conseguir si se incorporan al debate y a la solución del calentamiento global otras variables relacionadas con la seguridad nacional e internacional; el modelo energético y las nuevas interdependencias energéticas» [89].

Sin embargo, las consecuencias derivadas del progresivo calentamiento global, y por ende la seguridad internacional, exigen:

1. Impulsar la adopción de medidas para reducir drásticamente la emisión de gases de efecto invernadero. En ese sentido, es necesario lograr un acuerdo vinculante y global sobre el cambio climático, que nos devuelva al camino de la sostenibilidad medio ambiental. Desde un punto de vista ético y desde una perspectiva legal y práctica, el peso inicial de la reducción de las emisiones tiene que recaer en los países más industrializados, los principales causantes de la emisión de gases invernadero. Por ello los principales contaminadores se deberían poner de acuerdo, porque a partir de ahí sería más fácil lograr un acuerdo global.
2. Combatir el problema en el origen y para ello es necesario apostar por las energías renovables [90], que contribuyen a reducir la emisión de gases de efecto invernadero y a aliviar nuestra dependencia energética del exterior. Entre estas destacan la energía solar y eólica [91], y la introducción de nuevas

---

[89] MARÍN, M., *op. cit.,* nota 33, p. 20.

[90] Por su parte, Greenpeace presenta a la energía solar como una prioridad central en su trabajo, para promover las energías renovables como solución a los problemas del cambio climático y de la energía nuclear. En cambio hay países que se decantan por ampliar el uso de la energía nuclear, sin embargo el aumento en el uso de la energía nuclear puede originar nuevos problemas en el contexto de un régimen de no proliferación. En España, los reactores nucleares evitan la emisión de 50 millones de toneladas de CO_2, equivalente a las emisiones de la mitad del parque automovilístico español. En Europa las centrales nucleares abastecen de electricidad a un 33 por 100 de la población y evitan la emisión de 600 millones de toneladas de CO_2 al año. Véase CASTRO DÍEZ, Y.; GÁMIZ FORTIS, S. R., y ESTEBAN PARRA, M.ª J., *La geoestrategia..., op. cit.,* nota 17, pp. 42-47.

[91] Las energías renovables han multiplicado por 4,5 su producción durante los últimos ocho años. China es uno de los países del mundo que más está invirtiendo en energías renovables. Véase el capítulo escrito por Paul Isbell en MARÍN, M. (coord.), *op. cit.,* nota 33, pp. 82-83.

tecnologías para la industria y el transporte [92]. De hecho un estudio realizado en la Universidad de Stanford (Jacobson y Delucchi, 2009) propone un plan basado en tecnologías limpias (con emisiones de gases de efecto invernadero y contaminantes atmosféricos casi nulas) usando el viento, el agua y la radiación solar, según el cual se podría suministrar el 100 por 100 de las necesidades energéticas mundiales para el año 2030 [93].

Además, la estrategia debería apoyar asimismo otras actividades complementarias relacionadas con la reducción de emisiones, entre ellas la gestión sostenible de los recursos naturales, especialmente bosques, a través de los mecanismos de reducción de emisiones por deforestación y degradación de bosques (REDD, siglas en inglés). La existencia de un liderazgo y la determinación de líderes decididos a afrontar el cambio necesario en materia climática, así como la implicación de Gobiernos, empresas y sociedad civil en dicha tarea es clave para asegurar el éxito de cualquier estrategia de alcance.

No obstante, la incapacidad para alcanzar un pacto global obligatorio en la última Cumbre de Durban que sustituye al Protocolo de Kioto, que expira este año, abre un periodo de incertidumbre que solamente la prórroga de Kioto hasta 2017 o 2020 ha logrado maquillar. Hoy más que nunca el futuro de la Humanidad precisa el compromiso de los grandes responsables de las emisiones de gases de invernadero y por ello en la próxima Cumbre Mundial, que se celebrará en Qatar, se deberá hacer frente a los mismos retos que quedaron pendientes en las últimas cumbres, entre ellos: 1) decidir si habrá o no un segundo periodo de compromiso del Protocolo de Kioto, y 2) aumentar los compromisos en materia de limitación de las emisiones para alcanzar las reducciones de los países desarrollados que impida ese aumento de temperatura de 2º C, nefasto para la vida en el planeta. En otro orden, también sería fundamental para poder avanzar en las negociaciones, concretar todo lo referente a la financiación dirigida a países en desarrollo y definir el término consenso en el seno de la Convención Marco de Naciones Unidas para el Cambio Climático.

RESUMEN

EL LARGO CAMINO DE LA PROTECCIÓN MEDIOAMBIENTAL Y LA LUCHA CONTRA EL CAMBIO CLIMÁTICO

En este artículo se analizan las principales consecuencias del calentamiento global, motivado por la emisión de gases de efecto invernadero, así como la evolución de las principales medidas adoptadas por la Comunidad internacional para proteger el Medio Ambiente y combatir el Cambio Climático. Hitos como la creación del IPCC, la CMNUCC, el Protocolo de Kioto y las dos últimas cumbres de Copenhague y Cancún, centran el contenido de este artículo que plantea como una de sus principales conclusiones la incapacidad

[92] Veáse la página de Greenpeace en *http://www.greenpeace.org/international/en/* (consultado el 13 de febrero de 2012).

[93] Castro Díez, Y.; Gámiz Fortis, S. R., y Esteban Parra, M.ª J., *La geoestrategia de..., op. cit.*, nota 17, pp. 42-47.

y falta de voluntad de los principales países contaminantes del mundo para aprobar un acuerdo ambicioso y jurídicamente vinculante que incida en la reducción de los Gases de Efecto Invernadero (GEI), y que arrastre al resto de los países del mundo.

Palabras clave: cambio climático, calentamiento global, Convenio Marco de Naciones Unidas para el Cambio Climático, IPCC, Protocolo de Kioto, Cumbre de Copenhague, Cumbre de Cancún.

ABSTRACT

THE LONG ROAD OF ENVIRONMENTAL PROTECTION AND THE FIGHT AGAINST CLIMATE CHANGE

This article analyses the main consequences of global warming, caused by the emission of greenhouse gases and the evolution of the main measures taken by the international community to protect the environment and combat climate change. Milestones such as the creation of the IPCC, UNFCCC, Kyoto Protocol and the last two summits in Copenhagen and Cancun are the focus of this article. Among the conclusions highlighted are the inability and unwillingness of the world's major pollutants to adopt an ambitious and legally binding commitment to reduce Greenhouse Gases (GHG), and the knock-on effect that this has on the rest of the world.

Keywords: climate change, global warming, UN Framework Convention on Climate Change, IPCC, Kyoto Protocol, the Copenhagen Summit, Summit of Cancun.

RÉSUMÉ

LE LONG CHEMIN DE LA PROTECTION ENVIRONNEMENTALE ET LA LUTTE CONTRE LE CHANGEMENT CLIMATIQUE

Cet article analyse les principales conséquences du réchauffement climatique, causé par les émissions de gaz à effet de serre, ainsi que l'évolution des principales mesures prises par la communauté internationale pour protéger l'environnement et combattre le changement climatique. Cet article met l'accent sur les jalons tels que la création du GIEC, la CCNUCC, le protocole de Kyoto et les deux derniers sommets de Copenhague et de Cancún. Enfin, il présente comme l'une de ses principales conclusions l'incapacité et la réticence des principaux pollueurs du monde à adopter des mesures ambitieuses et juridiquement contraignantes quant à la réduction des gaz à effet de serre (GES), et à faire participer le reste du monde.

Mots-clés: changement climatique, réchauffement mondial, Convention-cadre des Nations unies pour le changement climatique, IPCC, Protocole de Kyoto, Sommet de Copenhague, Sommet de Cancún.

II. JURISPRUDENCIA

A) JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA EN MATERIA DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO *

Coordinación a cargo de
Javier ROLDÁN BARBERO
Catedrático de Derecho internacional público
Universidad de Granada

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. RELACIONES ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNO.—2.1. Aplicación del Acuerdo ADPIC en el ordenamiento español en materia de patentes de producto químico o farmacéutico. Reserva de España al Convenio de la Patente Europea.—2.2. Valor jurídico de los tratados en España. Derechos humanos. Discapacidad.—3. EL ESTATUTO INTERNACIONAL DEL ESTADO.—3.1. Apatridia. Condición jurídica de los saharauis. Reconocimiento del estatuto de apátrida.—4. DERECHO DEL MAR.—4.1. Tráfico internacional de estupefacientes.—4.2. Pesca. Gestión y conservación de recursos pesqueros. Acuerdos de cesión de cuotas de pesca entre Estados miembros. Acuerdo de Arcachon entre España y Francia.—5. ASILO Y REFUGIO.—5.1. Comentario general.—5.2. Persecución por motivos de género. Permanencia en España por razones humanitarias.—6. PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.—6.1. Jurisdicción universal.—6.2. Recurso de casación y derecho a una doble instancia penal.—6.3. Tortura y otros tratos inhumanos y degradantes.—6.4. Art. 10.2 CE. Cuestiones generales.

1. INTRODUCCIÓN

En esta crónica, que abarca la jurisprudencia recaída en el segundo semestre de 2011, se han seguido directrices similares a las anteriores. En consecuencia, algunos ámbitos y algunas decisiones no son objeto de comentario, pero sí deben ser objeto en esta introducción de una referencia para su seguimiento por el lector interesado. Veamos:

* Esta crónica corresponde a las resoluciones dictadas entre el 1 de julio y el 31 de diciembre de 2011. La primera identificación de resoluciones relevantes ha correspondido a los Profs. Eva Díez Peralta y Jesús González Giménez, de la Universidad de Almería, y Rafael Marín Aís, de la Universidad de Granada.

— Algunas resoluciones se encuentran a caballo entre el Derecho de la Unión Europea y el propiamente internacional. Este carácter fronterizo tiene la Sentencia *Arcachon*, que sí ha merecido un breve comentario en las páginas siguientes. Pero este carácter fronterizo también lo tienen otras decisiones que no han podido ser objeto de reseña. Destacaría, en este orden de ideas, la Sentencia 1296/2011, dictada el 15 de septiembre de 2011 por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid. En ella se interpreta la directiva comunitaria sobre reagrupación familiar a la luz de la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, adoptada en 1989.

— Tampoco hemos dedicado una glosa a sentencias que consolidan una jurisprudencia ya reseñada en crónicas anteriores. Es el caso de decisiones relativas a convenios para evitar la doble imposición o a las exenciones fiscales establecidas en el marco de la OTAN. Sí me gustaría simplemente citar, a propósito de una jurisprudencia conocida y consolidada, la Sentencia de nuestro Tribunal Constitucional 118/2011, de 5 de julio (*BOE* de 2 de agosto). En ella se reafirma que «son las reglas internas de delimitación competencial las que en todo caso han de fundamentar la respuesta a las controversias planteadas en torno a las atribuciones del Estado y de las Comunidades Autónomas, de suerte que la ejecución de los tratados internacionales corresponderá a quien, conforme a dichas reglas, ostente la competencia material». En consecuencia, el máximo intérprete de nuestra Constitución estima parcialmente el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Andalucía al considerar que esta Comunidad Autónoma es la competente en materia de organización interna de las cajas de ahorro fundadas por la Iglesia católica, sin que tal cosa quede enervada por la celebración, por parte del Estado, del Acuerdo con la Santa Sede sobre Asuntos Jurídicos de 3 de enero de 1979.

— Otros asuntos, también reseñados en crónicas anteriores, han seguido generando jurisprudencia aunque ya de menor importancia para el Derecho internacional público. Estoy pensando en el asunto *Alakrana*, sobre el cual el Tribunal Supremo, el pasado 26 de diciembre, ha vuelto a pronunciarse a fin de rebajar a 403 años de cárcel la pena para los autores del secuestro de este atunero vasco y a fin, asimismo, de descartar que los marineros puedan ser considerados víctimas del terrorismo, pues el pillaje era el verdadero objetivo del secuestro.

— También, lógicamente, soslayamos el comentario de resoluciones judiciales dictadas por tribunales internos de terceros países que afectan a los intereses jurídicos de España. Citemos solamente las sentencias dictadas por la Corte de Apelación del Circuito 11 de Estados Unidos el 21 de septiembre, y ratificadas el 29 de noviembre, en relación con el asunto *Odyssey*. En ellas se da la razón a España en cuanto a la propiedad del pecio del *Nuestra Señora de las Mercedes*. De este modo, se adapta la normativa norteamericana a los presupuestos del Derecho internacional reconociendo la inmunidad soberana de los buques de Estado.

— Esta crónica, como las anteriores, solo se refiere a la jurisprudencia pronunciada por el Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo, Audiencia Nacional y Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas. Sin embargo, debemos dejar constancia de la primera condena de cárcel dictada, por otro órgano judicial, en España por mutilación genital. Se trata de una sentencia del pasado 16 de noviembre emitida por la Audiencia Provincial de Teruel. La resolución enfatiza el valor de la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados internacionales en la materia, frente a cuyos valores no se puede oponer la profesión de creencias religiosas o convicciones ideológicas o culturales de signo diverso.

— Naturalmente, las resoluciones más vinculadas al Derecho internacional privado quedan reservadas a la crónica contigua; pero sí son dignas de mención algunas de estas decisiones que invocan conceptos jurídico-internacionales de interés. Tal es

el caso de una STS pronunciada el pasado 9 de diciembre (Sala de lo Contencioso, 2917/2010), en la que se establecen los requisitos para validar la reagrupación familiar de menores marroquíes en España sometidos a la *kafala,* institución del mundo islámico alternativa a la adopción. Pues bien, entre esos requisitos se señala que no se puede violar el «orden público internacional español» (*sic*). También encierra interés mencionar las SSTS 7514 y 7515/2011, de 7 de noviembre, concernientes a la concesión de nacionalidad a un marroquí. En estas dos sentencias parejas se desconsidera el dictamen emitido por el Centro Nacional de Inteligencia que desaconsejaba dicha naturalización por razones de orden público que no han llegado a ser precisadas. Por tanto, las resoluciones ofrecen enseñanzas sobre la transparencia y la publicidad administrativas, aun en cuestiones internacionales, en un Estado de Derecho como el nuestro. Otros asuntos de naturaleza privatista atañen a asuntos de relevancia pública. Esto sucede con la STS 2314/2008, de 8 de septiembre de 2011, atinente a la inadmisibilidad del recurso contencioso interpuesto por una sociedad domiciliada en Estados Unidos contra el acuerdo que reclama compensación por los daños causados por el accidente del *Prestige*.

— En fin, en otros asuntos de connotaciones internacionales no se ha llegado a dictar resolución sobre el fondo, la cual habría sido sin lugar a dudas jugosa. Me refiero, en particular, a la querella presentada por un grupo de abogados contra las tres principales agencias de calificación —Moody's, Fitch y Standard & Poor's— que tanto y tan opacamente influyen en nuestras vidas. La Audiencia Nacional desestimó esta querella al considerar que no existen indicios de alteración de precios en el mercado bursátil ni utilización de información privilegiada, según un auto dictado el 30 de agosto de 2011.

En el momento de ultimar esta crónica el nuevo Gobierno, presidido por Mariano Rajoy, vuelve a invocar la necesaria modernización y agilización de la Justicia en España. Que así sea.

Javier ROLDÁN BARBERO

2. RELACIONES ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNO

2.1. Aplicación del Acuerdo ADPIC en el ordenamiento español en materia de patentes de producto químico o farmacéutico. Reserva de España al Convenio de la Patente Europea

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 766/2011 (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), de 11 de noviembre de 2011, FJ 8.º Ponente: Jesús Corbal Fernández.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079110012011100736.

OCTAVO.—En el motivo tercero se alega infracción del art. 9.3 de la Constitución en relación con los arts. 167.2 y 167.5 CPE, la Disposición Transitoria del Real Decreto 2424/1986 de aplicación de CPE en España, el Instrumento de Adhesión de España al CPE de 10 de julio de 1986, la Disposición Transitoria 1.ª LP y los arts. 112 LP, 113 LP, 114 LP, 126 LP y 127.6 LP, al contravenir la Audiencia la jurisprudencia que exige el respeto escrupuloso del principio de seguridad jurídica. Con independencia de que el

motivo está montado en el vacío dadas las razones en que se basó la Audiencia para desestimar la apelación de las demandantes en la problemática concreta que se examina, en cualquier caso, a partir de la Sentencia de esta Sala de 10 de mayo de 2011, número 309, ya no se plantea el problema de aplicación de la Reserva efectuada por España al CPE (Instrumento de Adhesión de 10 de julio de 1986; RD 2424/1986, de 10 de octubre), ya que al ratificarse por España, sin reserva alguna, el Acuerdo sobre los Aspectos de Derecho de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC, o TRIPS en versión en lengua inglesa) —BOE 24 de enero de 1995—, aquélla ha quedado sin efecto. La doctrina de dicha Sentencia, que constituye la jurisprudencia «actual», que es la del momento que se juzga, y la que debe aplicar ineludiblemente el Tribunal, salvo cambio explícito que aquí no se justifica, determina, por un lado, que deba resolverse el asunto conforme a la misma, considerándose suficiente la motivación por remisión, por no suscitarse ninguna cuestión de interés que no esté examinada en dicha Sentencia, resultando ociosa la reproducción de sus argumentos, y, por otro lado, que si bien se mantiene un criterio diferente al de la Audiencia, y que coincide con el del Juzgado de lo Mercantil, no es necesario casar por aplicación de la doctrina de la equivalencia de resultados o del resultado útil, con arreglo a la que no resulta exigible acordar la casación cuando el motivo se desestima aunque sea por razones distintas a las de la sentencia impugnada.

Por todo ello el motivo decae.

Confirmando la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 309/2011 (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), de 10 de mayo de 2011, FJ 4.º Ponente: Jesús Corbal Fernández.

No publicada en Cendoj. RJ 2011/3853.

CUARTO.—[...] Examinadas las precedentes cuestiones previas se plantea seguidamente, como presupuesto insoslayable de la retroactividad o irretroactividad, la cuestión relativa a la aplicabilidad del Acuerdo sobre los ADPIC. La respuesta afirmativa no ofrece duda ni en el aspecto del ordenamiento jurídico interno, ni en el del internacional público. En el primer aspecto se debe señalar que el Acuerdo —como Anexo 1C— forma parte del Tratado de Marraquech ratificado por España y que fue publicado en el BOE. Por tanto, se dan los requisitos para que se convierta en norma del ordenamiento interno, con valor superior incluso a las normas de legalidad ordinaria, por aplicación de los artículos 96.1 CE y 1.5 CC, y según reconocen reiterada doctrina del Tribunal Constitucional y jurisprudencial de esta Sala 1ª del Tribunal Supremo. Por otra parte, y en lo que atañe a los preceptos que aquí interesan —arts. 27.1 y 70.2 del Acuerdo— son normas claras, precisas e incondicionales, que no precisan de mecanismo complementario, como desarrollo legal o reglamentario, y que tienen carácter sustantivo civil generando derechos y obligaciones para los particulares (en cuanto que las patentes constituyen derechos de carácter patrimonial). Por tanto, nos hallamos ante normas del ordenamiento jurídico interno, auto-ejecutivas («self-executing») y de aplicación directa por los órganos jurisdiccionales —en este caso, Tribunales civiles—.

Tampoco hay objeción a la aplicación del Acuerdo en la perspectiva del Derecho de la Unión Europea —ni de Derecho derivado, ni de jurisprudencia del TJUE—, porque, dada la naturaleza de la materia, no hay contradicción alguna. Y asimismo, no hay obstáculo de Derecho internacional público. De conformidad con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969 (Instrumento de Adhesión de 2 de mayo de 1972, BOE 17 de junio de 1980), los Tratados deben ser cumplidos y observados

(art. 27), el posterior deroga el anterior en lo que no sea compatible (art. 30.3), la regla de la irretroactividad no rige para las situaciones posteriores (art. 28) y deberán ser interpretados de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta el objeto y fin (art. 31.1). No hay conflicto con el CPE porque, con independencia de que las partes son prácticamente las mismas (aparte de que en su caso habría que reducir la operatividad de la Reserva al Estado no parte que la invocase), debe tenerse en cuenta que España no «blindó» en el art. 2.2 del Acuerdo-ADPIC el CPE, ni tampoco formuló reserva alguna al art. 27.1 A-ADPIC (art. 72), y, en cualquier caso, la Reserva al CPE no es un acuerdo sino una declaración unilateral de España, que no le supone obligación alguna respecto de la Organización Europea de Patentes, constituyendo únicamente una facultad, de modo que podría retirar la reserva sin contradecir el CPE, el cual incluso la alienta (art. 167.4). Por ello, una afectación de la Reserva por el A-ADPIC en nada menoscaba el CPE; más bien, al contrario, contribuye a la unificación del Derecho europeo en la materia, que es uno de los anhelos (junto a la transparencia y seguridad jurídica) que impregnan la regulación unitaria.

Siendo clara la aplicación directa en España del A-ADPIC (en cuanto a las normas susceptibles de tal efecto) se plantea seguidamente el tema de la retroactividad. La tesis contraria a dejar sin efecto la congelación ex art. 167.5 CPE, o dicho de otro modo, de oposición a la aplicación plena del art. 27.1 A-ADPIC, aparte de otros argumentos menores e inconsistentes, como la idea de separar con un distinto nivel de protección las patentes de procedimiento y de producto, que no tiene base y contradice el principio de no discriminación, entiende que en el tema que se debate rige el principio de irretroactividad que consagra el art. 70.1 del Acuerdo, de modo que dicha irretroactividad comprende los actos realizados y se extiende a todos sus efectos. Sin embargo, dicha tesis no tiene en cuenta que el art. 70.2 recoge una manifestación de la denominada retroactividad media o limitada, que distingue las situaciones consumadas o agotadas de las situaciones realizadas con posterioridad a la entrada en vigor de la segunda norma (la retroactiva), y que está admitida por reiterada doctrina del Tribunal Constitucional y jurisprudencial del Tribunal Supremo. La afirmación de que el art. 70.2 recoge un supuesto de retroactividad media se deduce (i) del tenor literal de la norma de dicho apartado 2, (ii) de la regla de interpretación lógica de que, de no entenderlo así, dicho precepto (70.2) quedaría vacío de contenido, (iii) de la interpretación resultante de relacionar el apartado 2, con los otros apartados del art. 70, singularmente los números 3, 4, 6 y 7, y (iv) finalmente, coincide con la conclusión sentada por el Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio en la Decisión de 18 de septiembre de 2000 que resolvió una disputa sobre aplicación del art. 33 del A-ADPIC (aunque la decisión contiene doctrina general) entre Canadá y Estados Unidos (WT/DS170/AB/R); y cuyas principales apreciaciones se pueden resumir en que los apartados 1 y 2 del art. 70 son disposiciones independientes y mutuamente excluyentes; la expresión «actos realizados» del art. 70.2 (principio de irretroactividad, y respecto de los que el Acuerdo no genera obligaciones) se refiere a «las cosas hechas», «a lo que ha sido hecho» y «está actualmente completo y acabado»; y «materia existente» a la que se refiere el art. 70.2, alude a las invenciones protegidas mediante patente, comprendiendo las situaciones que no han dejado de existir, respecto de las que el Acuerdo genera derechos y obligaciones.

Por todo lo expuesto, el art. 167.5 CPE no puede seguir aplicándose a patentes concedidas y vigentes al 7 de octubre de 1992, debiendo prevalecer el principio de no discriminación del art. 27.1 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, Anexo 1 C del Acuerdo por el que se estableció la OMC (BOE 24 de enero de 1995).

Nota: 1. Esta sentencia de noviembre de 2011 pone punto final a uno de los contenciosos de más interés y notables implicaciones económicas que se han desarrollado en nuestros tribunales en materia de Derecho internacional público. Con esta segunda sentencia que confirma la anterior de mayo queda, pues, sentada la jurisprudencia del Alto Tribunal, confirmando la aplicabilidad directa del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo ADPIC en adelante) en el ordenamiento jurídico español a pesar de la reserva formulada al Convenio de Múnich de 1973 sobre la patente europea (CPE). La importancia de pronunciamientos posteriores que hayan de resolver los epígonos litigiosos de esta nutrida controversia vendrá referida más a aspectos técnicos del Derecho de patentes que a una evolución de lo juzgado en esta cuestión central. Prueba de ello es la primera sentencia reseñada que zanja un litigio relativo al emblemático producto de la atorvastatina.

2. Merece esta jurisprudencia un comentario breve por dos razones. En primer lugar, el largo peregrinar por numerosos órganos judiciales de distintos órdenes jurisdiccionales desde la primera sentencia (Sentencia de 9 de diciembre de 2005 del Juzgado de Primera Instancia núm. 27 de Madrid) le ha robado novedad a esta cuestión, no sólo en el terreno científico —el tema ha sido objeto de una atención doctrinal más que perceptible—, sino incluso judicial, ya que la Sala 3.ª de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo [como se dio cuenta en esta revista: *REDI*, vol. LXIII (2011), 2, pp. 184-192], había resuelto un par de meses antes, por vía de la revisión de la traducción de una patente europea, la aplicabilidad directa del Acuerdo ADPIC en el ordenamiento español. Esta es, pues, la crónica de una jurisprudencia anunciada. Pero, y de forma más importante, la brevedad viene demandada por la parquedad de la argumentación jurídica del Tribunal Supremo. A estas alturas importaba menos el acierto en el tiro que la justificación y la Sala de lo Civil ha optado por la acumulación de argumentos jurídicos enunciados, pero sin desarrollar con excepción quizá de aquel relativo a los efectos de la reserva que, en consecuencia, habrá de tomarse como el principal.

3. La sentencia argumenta acertadamente la aplicabilidad directa del Acuerdo ADPIC en tres planos: Derecho interno, Derecho de la Unión Europea y Derecho internacional. Siendo el punto de partida el significado de la integración de los tratados internacionales en el ordenamiento español (art. 96.1 CE), el Tribunal Supremo recurre aparentemente a la terminología de la eficacia directa (normas claras, precisas e incondicionales) unido al que debe ser su significado jurídico material (esto es, que no precisan de mecanismo complementario, como desarrollo legal o reglamentario, y que tienen carácter sustantivo civil generando derechos y obligaciones para los particulares) para fundamentar el carácter *self-executing* y la aplicación directa de los arts. 27.1 y 70.2 del Acuerdo ADPIC. Poco objetable salvo floritura doctrinal.

4. Sin embargo, cosa distinta ocurre con la argumentación respecto de los dos planos restantes. La argumentación de la falta de obstáculos en Derecho de la Unión es tautológica como poco o, más bien, inexistente. La única explicación loable de esta omisión vendría de la ausencia de argumentos contradictorios de las partes al respecto, pero ello no justifica que el TS hubiera dejado claro por qué no existe contradicción y si esta se deriva de la inexistencia de normas sustantivas contradictorias o de que la materia objeto del litigio no entra dentro del ámbito del Derecho de la Unión Europea, el cual no prejuzga la solución jurídica que los ordenamientos internos den a la eficacia directa del Derecho de la Organización Mundial del Comercio. Finalmente, por lo que se refiere al Derecho internacional, el Tribunal Supremo decide acumular en una suerte de *totum revolutum* el carácter obligatorio de los pactos, los criterios

de interpretación de los tratados internacionales y las reglas sobre tratados sucesivos sobre la misma materia que recoge el art. 30 del Convenio de Viena de 1969 (que no se aplica en sentido estricto al caso, sino en cuanto reflejo del Derecho internacional consuetudinario). Por qué tales cuestiones eran relevantes, qué problemática entrañaban y, en su caso, qué solución jurídica demandaban, debe consultarse no en la sentencia sino en las aportaciones de la doctrina (sigue siendo la obra de referencia *Una década del Acuerdo ADPIC. Avances en la protección de la innovación*, Fundación CEFI, 2006). Sí es verdad que, aun sin desarrollarlo, el Tribunal Supremo se maneja con fortuna en el difícil régimen de las reservas a los tratados, al apuntar que la relevancia de la reserva española quedaría confinada a la disparidad de partes entre el CPE y el Acuerdo ADPIC (prácticamente inexistente), pero sobre todo cuando extrae las consecuencias correctas de la naturaleza jurídica unilateral de la reserva en tanto que instrumento de exclusión de la asunción de obligaciones convencionales y, en ningún modo, un instrumento o acuerdo bilateral contrarregulador. Este argumento «en cualquier caso», como dice la sentencia y ya apuntó tempranamente parte de la doctrina (véase la contribución de Diego Liñán Nogueras en la obra citada), impedía abordar la cuestión desde la perspectiva de la incompatibilidad de tratados sucesivos en el tiempo, pues la afectación de la reserva española al CPE por parte del Acuerdo ADPIC en nada contradecía las obligaciones internacionales asumidas por España en el CPE.

Pablo MARTÍN RODRÍGUEZ
Universidad de Almería

2.2. Valor jurídico de los tratados en España. Derechos humanos. Discapacidad

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Contencioso, Sección 1.ª), de 26 de octubre de 2011. Ponente: Fernando Seoane Pesqueira.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 15030330012011100988.

TERCERO.—Tanto la asociación Solcom, en el recurso n.º 352/2010, como la asociación asistencia personal para la vida independiente, en el recurso acumulado n.º 353/2010, solicitan seguidamente la nulidad del Decreto 15/2010, en base a la alegación de que este fomenta el internamiento sistemático de ciudadanos con diversidad funcional en detrimento de la opción libre de vida independiente en su entorno y comunidad más cercana, y lo hace por cuanto se destinan más recursos económicos a cada plaza de internamiento que a la opción alternativa de recibir asistencia personal para una vida independiente en el propio domicilio y comunidad próxima. Consideran que con ello se vulneran los arts. 9.2 (promoción de las condiciones de igualdad por los poderes públicos), 9.3 (jerarquía normativa), 10 (dignidad), 14 (igualdad), 15 (vida e integridad física y moral), 17 (libertad), y 19 (libre elección de residencia) de la Constitución, Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, y art. 19 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, ratificada por España mediante instrumento publicado en el BOE de 21 de abril de 2008, que, bajo la rúbrica «Derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad», establece:

«Los Estados partes en la presente Convención reconocen el derecho en igualdad de condiciones de todas las personas con discapacidad a vivir en la comunidad, con opcio-

nes iguales a las de las demás, y adoptarán medidas efectivas y pertinentes para facilitar el pleno goce de este derecho por las personas con discapacidad y su plena inclusión y participación en la comunidad, asegurando en especial que:

a) Las personas con discapacidad tengan la oportunidad de elegir su lugar de residencia y dónde y con quién vivir, en igualdad de condiciones con las demás, y no se vean obligadas a vivir con arreglo a un sistema de vida específico;

b) Las personas con discapacidad tengan acceso a una variedad de servicios de asistencia domiciliaria, residencial y otros servicios de apoyo de la comunidad, incluida la asistencia personal que sea necesaria para facilitar su existencia y su inclusión en la comunidad y para evitar su aislamiento o separación de ésta;

c) Las instalaciones y los servicios comunitarios para la población en general estén a disposición, en igualdad de condiciones, de las personas con discapacidad y tengan en cuenta sus necesidades».

Esta alegación es de carácter tan genérico que dificulta el análisis, pues no se especifican los preceptos y extremos del Decreto impugnado a los que cabe achacar aquella crítica, que es más de política legislativa en torno a lo que se reputa más conveniente, y tampoco se concretan los aspectos de los preceptos invocados a los que se extiende la contradicción.

La fiscalización de la actuación de la Administración que corresponde a esta jurisdicción ha de centrarse en el examen de la adecuación de la misma a la legalidad y el sometimiento a los fines que la justifican (art. 106.1 de la Constitución), por lo que resulta ineludible la mención por los recurrentes de aquellos preceptos que se reputan vulnerados y los aspectos en que esa infracción tiene lugar desde su perspectiva, que es lo que no hacen las demandantes, quienes se limitan a enumerar normas y artículos sin mayor especificación. En todo caso, la crítica que dirigen al Decreto impugnado es más de conveniencia u oportunidad que de legalidad, en cuanto censuran que se destinen más recursos económicos a cada plaza de internamiento que a la opción alternativa de recibir asistencia personal para una vida independiente en el propio domicilio y comunidad próxima, sin que el control que en esta sede debe realizarse pueda extenderse a dichos extremos que quedan extramuros de la legalidad. De todos modos, con el mismo carácter genérico con que se esgrime la alegación, cabe decir que no se aprecia que se infrinjan los preceptos constitucionales mencionados, ni la Ley 39/2006, ni el art. 19 de la Convención de 2006, con la regulación que en el Decreto autonómico se contiene, mereciendo destacar que el derecho a vivir de forma independiente, que se recoge en el art. 19 de la Convención, incluye asimismo el acceso a los servicios de asistencia residencial (apartado b), y que, con arreglo a los arts. 14, 17 y 18 de la Ley 39/2006, la prestación económica para cuidados familiares, cuando el beneficiario esté siendo atendido por su entorno familiar, es excepcional, es decir, únicamente cuando no sea posible el acceso a un servicio público o concertado de atención y cuidado, porque los servicios del Catálogo del art. 15 (prevención, teleasistencia, ayuda a domicilio, centros de día y noche, atención residencial) tendrán carácter prioritario y se prestarán a través de la oferta pública de la Red de Servicios Sociales por las respectivas Comunidades Autónomas mediante centros y servicios públicos o privados concertados debidamente acreditados. Por tanto, el espíritu y finalidad que se contienen en el Decreto impugnado, son acordes a los que se recogen en la Ley 39/2006, a la que desarrolla.

QUINTO.—[...] Solcom argumenta que la aplicación directa de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad (arts. 4, 14 y 19, entre otros) implica que la consulta al interesado debería ser vinculante respecto de la determinación de los servicios y prestaciones derivados del Decreto recurrido, puesto que de lo contrario no

se garantiza que la persona en situación de dependencia disfrute de su efectiva voluntad y autonomía para tomar sus propias decisiones. Por su parte, la asociación asistencia personal para la vida independiente, además de reputar vulnerados los mismos preceptos de aquella Convención, aduce que la ausencia de carácter vinculante de la consulta al interesado supone una vulneración del derecho de la persona discapacitada a tomar decisiones libremente sobre su vida de forma independiente, las cuales no pueden adoptarse sin su expreso consentimiento, debiendo tener las personas con discapacidad la oportunidad de elegir su lugar de residencia, y dónde y con quién vivir, en igualdad de condiciones con las demás, y no se vean obligadas a vivir con arreglo a un sistema de vida específico.

Ninguno de los preceptos mencionados de la Convención de Nueva York de 2006 exige que haya de ser vinculante la consulta al interesado respecto a la elaboración del Programa Individual de Atención. Así, el único lugar del art. 4 (rubricado «Obligaciones generales») que se refiere a la consulta es su apartado 3, en el que se establece que «En la elaboración y aplicación de legislación y políticas para hacer efectiva la presente Convención, y en otros procesos de adopción de decisiones sobre cuestiones relacionadas con las personas con discapacidad, los Estados partes celebrarán consultas estrechas y colaborarán activamente con las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas con discapacidad, a través de las organizaciones que las representan». Nada se dice en él en torno a que las consultas con las personas afectadas hayan de ser vinculantes.

Tampoco se impone la vinculación de la consulta en el art. 14, rubricado «Libertad y seguridad de la persona», pues dicho precepto se dedica al aseguramiento de que las personas con discapacidad disfruten del derecho a la libertad y seguridad y que no se vean privadas de su libertad ilegal o arbitrariamente y que cualquier privación de libertad sea de conformidad con la ley, y que la existencia de una discapacidad no justifique en ningún caso una privación de la libertad, dedicándose el apartado 2 al aseguramiento de las garantías procesales de los discapacitados, de modo que no se aborda en dicho precepto nada relacionado con lo que se alega.

Por su parte, el art. 19 de la Convención, antes transcrito, solamente pretende asegurar, en su apartado a), que las personas con discapacidad tengan la oportunidad de elegir su lugar de residencia y dónde y con quién vivir, en igualdad de condiciones con las demás, así como que no se vean obligadas a vivir con arreglo a un sistema de vida específico, pero de ahí no se desprende que haya de ser vinculante la consulta al interesado en la elaboración del Programa Individual de Atención.

En consecuencia, no existe fundamento para acoger la pretensión de nulidad del art. 37 del Decreto impugnado [...].

Nota: 1. De la presente sentencia resulta destacable que el Tribunal entre a analizar la pretensión de la parte recurrente de que se establezca la nulidad de una norma con rango reglamentario, debido a su presunta incompatibilidad con una serie de preceptos constitucionales así como con una disposición (art. 19) de la reciente Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (que fue adoptada por unanimidad junto con su Protocolo Facultativo mediante Resolución de la Asamblea General de la ONU 61/611, el 13 de diciembre de 2006, A/RES/61/611). En este caso, el Tribunal sí deja constancia de la posición en el ordenamiento jurídico español de este instrumento, señalando que el Reino de España ha ratificado este tratado internacional y su instrumento de ratificación ha quedado publicado en el *BOE* (núm. 96, de 21 de abril de 2008, p. 20648). El Reino de España, además, mediante la ratificación del Protocolo Facultativo a la Convención (véase el

BOE núm. 97, de 22 de abril de 2008, p. 20750), ha aceptado la competencia del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad para recibir comunicaciones individuales —interpuestas por personas sujetas a su jurisdicción— en relación con los derechos recogidos en la Convención. El Tribunal omite especificar que la entrada en vigor en el ordenamiento internacional de la Convención (así como de su Protocolo Facultativo) se había producido el día 3 de mayo de 2008 (el trigésimo día desde el momento en que fue depositado el vigésimo instrumento de ratificación); puede verse el comentario a una sentencia donde el Tribunal Supremo empleó como elemento hermenéutico la Convención omitiendo igualmente este detalle en Marín Aís, R., *REDI*, vol. LXII, 2010-1, pp. 194-195.

2. En el presente asunto, la asociación recurrente pretende la declaración de nulidad de una norma reglamentaria (Decreto 15/2010) de ámbito autonómico que en palabras de la misma se decanta por dar prioridad al internamiento de ciudadanos con cierto tipo de discapacidad frente a la libre elección de una vida independiente en la comunidad y entorno más inmediato de estas personas. Según la posición de la recurrente esta norma resulta incompatible con una serie de derechos fundamentales (recogidos en los arts. 14, 15, 17 y 19 CE) así como con los arts. 4, 14 y 19 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. El Tribunal rechaza la pretendida nulidad señalando el carácter genérico de los argumentos esgrimidos que en su opinión obedecen más a un criterio de política legislativa que a uno de legalidad; en opinión del Tribunal la recurrente pretende censurar que se destinen más recursos económicos a cada plaza de internamiento que a la opción de recibir asistencia en el propio domicilio y comunidad próxima. Por tanto parece que el Tribunal ha aplicado la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad como una norma que forma plenamente parte del ordenamiento jurídico por la vía del art. 96.1 CE; e incluso se ha aventurado a interpretar el contenido de algunos de sus artículos para descartar como sostiene la recurrente que la consulta al interesado respecto de las prestaciones y servicios contenidos en el Decreto impugnado deba ser vinculante, tal y como presumiblemente sería más acorde con el respeto de la voluntad y autonomía de la persona discapacitada para permitir la realización efectiva de los derechos recogidos en la Convención. En cualquier caso, habida cuenta de que los derechos recogidos en la Convención no son susceptibles de aplicación directa en la mayor parte de los casos *(self-executing)*, sino que requieren la adopción de medidas legislativas internas para su plena efectividad, otra opción interpretativa que el Tribunal ha rehusado explorar y que quizá habría sido más fructífera para las pretensiones de la parte recurrente consiste en interpretar los derechos fundamentales esgrimidos (igualdad, integridad moral, libertad y libre elección de residencia) a la luz de las disposiciones y sobre todo a la luz del espíritu y finalidad de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad por imperativo del propio art. 10.2 CE.

3. Para terminar cabe señalar que la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad está llamada a desempeñar un notable papel en el ordenamiento jurídico español. De momento su implementación ya ha supuesto la adopción de un considerable número de modificaciones legislativas y reglamentarias (véanse en particular la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *BOE* núm. 184, de 2 de agosto de 2011, p. 8748, así como el Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *BOE* núm. 224, de 17 de septiembre de 2011, p. 98872).

Por otra parte, no debe soslayarse que el presente es un acuerdo internacional *mixto* desde el punto de vista del ordenamiento jurídico de la Unión Europea, al convertirse esta en la primera organización internacional en ser parte contratante en un tratado internacional sobre derechos humanos depositando el instrumento de confirmación oficial de la Convención el pasado 23 de diciembre de 2010. Este detalle tendrá incidencia en el ordenamiento jurídico interno a la hora de implementar, interpretar y aplicar el Derecho derivado de la Unión que recaiga en áreas cubiertas por la Convención de acuerdo con las exigencias del principio de cooperación leal (art. 4.3 TUE). Es el caso, por ejemplo, de la Propuesta de Directiva del Consejo, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, de 2 de julio de 2008, COM(2008) 426 final. Tanto su transposición al Derecho español como su interpretación y aplicación deberán realizarse a la luz de las obligaciones que se derivan de la Convención.

Una interesante monografía que aborda los derechos de las personas con discapacidad combinando la triple perspectiva internacional, europea e interna, en Biel Portero, I., *Los derechos humanos de las personas con discapacidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

Rafael Marín Aís
Universidad de Granada

3. EL ESTATUTO INTERNACIONAL DEL ESTADO

3.1. Apatridia. Condición jurídica de los saharauis. Reconocimiento del estatuto de apátrida

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso), de 14 de octubre de 2011. Ponente: María Isabel Perelló Doménech.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079130032011100447.

En idéntico sentido:

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso), de 21 de octubre de 2011. Ponente: María Isabel Perelló Doménech.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079130032011100462.

TERCERO.—Tal y como recoge la sentencia impugnada, en la solicitud del estatuto de apátrida manifestaba el interesado haber nacido en Aaiún (Sáhara Español), que entre los años 1976 a 1985 residió en los campamentos de refugiados saharauis, entre 1985 y 1998 residió en Cuba, por razón de estudios, y entre 1998 y 2007 residió de nuevo en los campamentos de refugiados; añadiendo que el pasaporte argelino que presentó sólo le sirve para viajar pero no le reconoce como nacional de dicho país.

Efectivamente, a la solicitud presentada, se acompañaba pasaporte expedido en Argel por las autoridades argelinas el 24 de abril de 2006, documento de identidad expedido por República Saharaui el 22 de septiembre de 2005, y documento de la MINURSO, expedido por las Naciones Unidas en septiembre 1998.

Pues bien, resulta plenamente aplicable al supuesto de autos la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de octubre de 2009, que lejos de contener

un pronunciamiento aislado y puntual, es una más entre varias sentencias con la misma fundamentación jurídica, todas ellas referidas asimismo a solicitantes del estatuto de apátrida procedentes de los campos de refugiados saharauis. Podemos citar, en este sentido, además de la anotada en la sentencia de instancia, nuestras Sentencias de 20 de noviembre de 2007 (RC 10503/2003), 25 de junio de 2008 (RC 1415/06), 18 de julio de 2008 (RC 555/2005), 19 de diciembre de 2008 (RC 7337/2005) y la más reciente de 20 de junio de 2011 (RC 5767/2007), entre otras.

Frente a esta doctrina jurisprudencial ya consolidada, que la Sala de instancia recoge y transcribe, no pueden prevalecer las razones aducidas por el Sr. Abogado del Estado en su recurso de casación, que ya han sido examinadas y desestimadas por esta Sala en las aludidas sentencias; por lo que, en definitiva, el presente recurso no puede prosperar.

Nota: Los casos seleccionados tienen un trasfondo común. Se trata de supuestos en los que dos ciudadanos saharauis procedentes de los campamentos de refugiados en Argelia, y que han entrado ilegalmente en España, solicitan del Ministerio del Interior el reconocimiento del estatuto de apátrida, siéndoles denegado. Recurridas las resoluciones del Ministerio del Interior ante la Audiencia Nacional, esta estima sus recursos, reconociéndoles la condición de apátridas en aplicación de una jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo. La Abogacía del Estado recurre entonces en casación ante el Tribunal Supremo las sentencias de la Audiencia Nacional, siendo sus pretensiones finalmente desestimadas por el Alto Tribunal, que reitera su jurisprudencia.

Los motivos avanzados por la Abogacía del Estado en apoyo de sus recursos son dos. El primero, que el estatuto de apátrida solo puede ser reconocido a personas que de hecho no tienen ni pueden conseguir documentación, lo que, considera, no ocurre en estos casos, ya que estas personas disponen de documentación argelina consistente en la emisión de pasaportes «cuya finalidad es que los saharauis puedan salir a países que, como España, no tienen reconocido como país a la República Árabe Saharaui Democrática». En segundo lugar, la Abogacía del Estado entiende que los saharauis residentes o procedentes de los campamentos de refugiados en Argelia disfrutan de los elementos esenciales de protección internacional recogidos en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 28 de julio de 1951, por lo que no les es aplicable la Convención sobre el Estatuto de Apátridas de 28 de septiembre de 1954.

Sin embargo, como decimos, el Tribunal Supremo rechaza sus recursos aplicando en ambos supuestos una jurisprudencia que considera consolidada: «La sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de octubre de 2009, [...] lejos de contener un pronunciamiento aislado y puntual, es una más entre varias sentencias con la misma fundamentación jurídica, todas ellas referidas asimismo a solicitantes del estatuto de apátrida procedentes de los campamentos de refugiados saharauis»; concluyendo que las sentencias dictadas por la Audiencia Nacional que reconocen a estos saharauis la condición jurídica de apátridas no vienen sino a recoger y a transcribir dicha jurisprudencia, que queda así, de nuevo, validada.

La jurisprudencia a la que alude el Tribunal Supremo, que ya analicé en una crónica previa de la *REDI* [el comentario corresponde a la crónica de «Jurisprudencia en materia de Derecho internacional público», ROLDÁN BARBERO, J. (coord.), vol. LXII, 2010, 2, pp. 226-230], vino a establecer que el hecho de que Argelia otorgue a los saharauis que viven en los campos de refugiados situados en su territorio pasaportes, no implica el reconocimiento por esta de la nacionalidad argelina. También afirmó el Tribunal Supremo que el carácter restringido y específico del mandato establecido por la resolución del Consejo de Seguridad de la ONU por la que se creó la Misión de las

Naciones Unidas para el Referéndum en el Sáhara Occidental (MINURSO), impide considerar que dicha operación de mantenimiento de la paz otorgue a los saharauis la protección y asistencia que requiere el art. 1.2.i) de la Convención sobre el Estatuto de Apátridas de 1954 para excluirlos de la condición de apatridia. De este modo, el Tribunal Supremo reconoció que los ciudadanos saharauis procedentes de los campamentos de refugiados de Argelia tienen derecho en España al reconocimiento del estatuto de apátrida.

Un apunte más en relación, en este caso, con la interpretación por parte del Tribunal Supremo de la regulación interna del estatuto de apátrida. En España, esta regulación está constituida por el art. 34.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que ha sido modificado por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre. Tras la citada modificación, el régimen de concesión de la situación de apátrida se concibe como un mandato imperativo para el Ministerio del Interior, que queda obligado a reconocer la condición de apátrida a los extranjeros que, manifestando que carecen de nacionalidad, reúnen los requisitos previstos en la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 28 de septiembre de 1954, y a expedirles la documentación prevista en el art. 27 de la citada Convención. A ello añade el citado art. 34.1 que: «El estatuto de apátrida comportará el régimen especial que reglamentariamente se determine». De este modo, la Convención exige de los Estados partes un desarrollo normativo específico que, en nuestro caso, se contiene en el Real Decreto 865/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Reconocimiento del Estatuto de Apátrida (RREA).

Pues bien, resulta interesante destacar que el Tribunal Supremo, en la primera de las sentencias objeto de análisis, considera irrelevante en el supuesto concreto la tardanza por parte del solicitante en efectuar su petición del estatuto de apátrida ante las autoridades españolas competentes (en efecto, éste había tardado más de tres meses desde su llegada a España en efectuar su solicitud). Más teniendo en cuenta que el art. 4.2 del RREA establece que: «cuando el interesado haya permanecido en situación de ilegalidad durante más de un mes, o haya presentado su petición de reconocimiento del estatuto de apátrida teniendo incoada una orden de expulsión, la solicitud se presumirá manifiestamente infundada». Sin embargo, el Tribunal Supremo, aplicando por extensión la doctrina jurisprudencial relativa al art. 7.2 del Reglamento de aplicación de la Ley de Asilo, considera que la presunción *iuris tantum* establecida por el art. 4.2 del RREA «puede entenderse desvirtuada si a tenor de los datos concurrentes en el caso examinado se concluye que en el solicitante concurren todos los requisitos y condiciones necesarios para el reconocimiento y concesión del estatuto de apátrida; que es justamente lo que ocurre en el presente caso». Concluye así el Tribunal que su solicitud no puede presumirse manifiestamente infundada, por lo que confirma la sentencia de instancia. De este modo, dicho saharaui ve así reconocida en España su condición de apátrida pese a la tardanza en solicitar dicho estatuto y de encontrarse en nuestro país en una situación de ilegalidad.

Finalmente, las sentencias que nos ocupan confirman que estamos asistiendo a un nuevo posicionamiento por parte de la Audiencia Nacional en relación con la condición jurídica en España de ciudadanos saharauis procedentes de los campamentos de refugiados en Argelia en línea con la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Este nuevo posicionamiento, más dócil a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, queda confirmado en las recientes Sentencias de 6 de octubre de 2011 (asuntos 4416/2011 y 4417/2011), 13 de julio de 2011 (asunto 3670/2011), y 20 de octubre de 2011 (asunto 4750/2011). Nos encontramos, por tanto, ante una práctica jurisprudencial del Tribunal Supremo que ha cristalizado y que la Audiencia Nacional acata, lo cual es novedoso

si tenemos en cuenta la existencia de una jurisprudencia anterior que les denegaba la condición de apátridas. Y, también hay que decirlo, estamos ante una jurisprudencia que impide seguir considerando como meramente residual la figura de los apátridas en España, con el consiguiente «efecto llamada» que ello conlleva, razón que podría explicar la posición del Ejecutivo en los casos de referencia. Basta para entender su posición examinar el contenido del capítulo III del REEA donde se describen los elementos esenciales del estatuto de apátrida, que contienen, amén de la obligación por parte de estos de acatar la Constitución Española, un conjunto de derechos en los ámbitos de la residencia y el trabajo «de conformidad con lo dispuesto en la normativa de extranjería», así como en lo relativo a la reagrupación familiar [sobre dicha regulación interna véase: DE LORENZO SEGRELLES, J. M., «Art. 34. Residencia de apátridas, indocumentados y refugiados», en ESPLUGUES MOTA, C. (coord.), *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 841-858, en p. 850].

Por último, cabe mencionar una reciente sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria (TSJC), que ha confirmado el permiso de residencia en España a un saharaui por entender que, cuando nació, el Sahara Occidental era provincia española y sus padres tenían un Libro de familia expedido por las autoridades españolas así como documentos de identidad españoles (aunque ahora no lo son), por lo que, a su juicio, se dan las circunstancias para obtener dicho permiso por arraigo familiar (véase una referencia a esta sentencia en: Iustel, *Diario del Derecho*, 10 de noviembre de 2011).

Carmen LÓPEZ-JURADO
Universidad de Granada

4. DERECHO DEL MAR

4.1. Tráfico internacional de estupefacientes

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 4.ª), de 26 de septiembre de 2011. Ponente: Juan Francisco Martel Rivero.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079220042011100024.

TERCERO.—Participación del acusado en los hechos juzgados.

[...] c) Y sobre las supuestas irregularidades en el abordaje del BARCO000, se cuestionó genéricamente por la defensa del acusado la legalidad del abordaje a que fue sometida la mencionada embarcación en horas del mediodía del 11-10-2003 en aguas internacionales, también sin más especificaciones y aprovechando la fase de informe, lo que impidió que el Ministerio Fiscal respondiera a esta peculiar impugnación. A pesar de la parquedad de la alegación, en aras del cumplimiento del deber de motivación de las resoluciones judiciales, pasamos a exponer las características de la materia objeto de análisis, para a continuación tratar de las diligencias practicadas en este procedimiento relativas al abordaje del barco donde se hallaba la droga incautada.

Como recuerda la S.T.S. de 23-1-2007, el artículo 17 párrafo 3º de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 20-12-1988, ratificado por España el 30-7-1990, establece que «toda parte que tenga motivos razonables para sospechar que una nave que esté haciendo uso de la libertad de navegación con arreglo al derecho internacional y que enarbole el pabellón o lleve matrícula de otra parte, está siendo utilizada para el tráfico ilícito, podrá notificarlo al Estado del pabellón y pedir que confirme la matrícula; si la confirma, podrá solicitarle

autorización para adoptar las medidas adecuadas con respecto a esa nave», y en su párrafo 4º indica que «de conformidad con el párrafo 3º o con los tratados vigentes entre las partes, o con cualquier otro acuerdo o arreglo que se haya podido concertar entre ellas, el Estado del pabellón podrá autorizar al Estado requirente, entre otras cosas: a) Abordar la nave; b) Inspeccionar la nave, y c) Si se descubren pruebas de implicación en el tráfico ilícito, adoptar medidas adecuadas con respecto a la nave, a las personas y a la carga que se encuentren a bordo.

Nota: La Sentencia de la Audiencia Nacional núm. 23/2011 examina la responsabilidad penal de un tripulante de uno de los buques que participó en la operación internacional de tráfico de estupefacientes por vía marítima abortada por el abordaje del Servicio de Vigilancia Aduanera llevado a cabo el día 11 de octubre de 2003.

La operación, orquestada por una red criminal con conexiones internacionales, estaba dirigida a la introducción en Europa, a través de las costas gallegas, de varias toneladas de droga provenientes de Colombia. Con ese objeto, los traficantes se servían de una flotilla integrada por una serie de buques con pabellón de conveniencia y tripulación de varios Estados, entre la que se encontraba el acusado, de nacionalidad ucraniana. Para la Sección 4.ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, el acusado, jefe de máquinas de un buque remolcador, que prestó funciones auxiliares en la operación, «embarcó con pleno conocimiento de los fines y actos a que se iba a dedicar el remolcador» (hecho probado tercero).

En los primeros días de octubre de 2003, tras el oportuno aviso de fuentes policiales, el Servicio de Vigilancia Aduanera puso en marcha un dispositivo aeronaval destinado a la localización e interceptación del buque elegido para ser el que finalmente transportara la droga a Galicia, después del trasvase desde los buques nodrizas provenientes de Colombia. El buque en cuestión, un viejo pesquero de nombre *South Sea* (véase, por ejemplo, el artículo publicado en el diario *El Mundo* el 14 de octubre de 2003), navegaba con pabellón de Senegal y matrícula de Dakar. Con el señalado motivo, el 9 de octubre se solicitó por el Servicio de Vigilancia Aduanera, y el 10 de octubre se autorizó por el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Villagarcía de Arosa en auto de la misma fecha, el abordaje del referido pesquero. A su vez, ese mismo día, las autoridades de Senegal dieron su visto bueno a la acción prevista. El abordaje se produjo finalmente el día siguiente, el 11 de octubre de 2003, aproximadamente a las 12:45 horas (hecho probado quinto), a unas ochenta millas de la costa portuguesa, a la altura de Lisboa (véase, por ejemplo, el artículo publicado en el diario *El Mundo* el 14 de octubre de 2003).

Tras el abordaje del buque, en una primera inspección ocular de seguridad no se observó la presencia de sustancias estupefacientes. Sin embargo, teniendo en cuenta la seguridad de la existencia del alijo que se desprendía de las investigaciones practicadas con anterioridad, se decidió trasladar el *South Sea* hasta el puerto de Villagarcía de Arosa, con el fin de realizar una minuciosa inspección del mismo. Una vez llegado el pesquero a puerto el domingo día 12 de octubre de 2003, y tras el pertinente reconocimiento a fondo, fueron hallados en una zona de la proa del buque, hábilmente camuflados, un total de 283 bultos conteniendo cocaína, de unos 6.460 kilogramos, con peso neto de 5.734,105 kilogramos y una pureza media del 78,30 por 100 (hecho probado quinto).

Por otro lado, el acusado, junto con los tripulantes del remolcador, sería detenido algunos días más tarde, el 25 de octubre de 2003 (hecho probado quinto).

Poco a poco los detenidos en relación con este alijo, uno de los más importantes en la historia de la lucha contra el narcotráfico en España y en Europa, han sido juzgados y, por lo general, condenados.

La sentencia que nos ocupa considera los hechos declarados probados «como constitutivos de un delito contra la salud pública, en relación con sustancia que causa grave daño a la salud (cocaína), en cantidad de notoria importancia y desarrollando una conducta de extrema gravedad, en la doble vertiente de la elevada cantidad de la droga objeto del tráfico ilícito y de utilización de buques, previsto en los artículos 368.1, 369.1.5ª y 370.3º del Código Penal» (FJ 1.º). Al mismo tiempo, estima la sentencia que de dicho delito resulta criminalmente responsable el acusado «por la participación directa, material y voluntaria que tuvo en su ejecución», sin que se apreciara la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal (*ibid.)*. Por todo ello, se le impone una pena de seis años y un día de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 69.610.000 euros, además del abono de las costas procesales generadas.

En definitiva, esta decisión de la Audiencia Nacional está en consonancia con la jurisprudencia [véase, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 21/1997, o la Sentencia núm. 55/2007 del Tribunal Supremo (Sala 2.ª de lo Penal), de 23 de enero de 2007, o la Sentencia núm. 406/2007 del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª), de 4 de mayo de 2007] y la práctica española en la materia y es acorde, como no podía ser de otro modo, con la normativa internacional. En primer lugar, con las disposiciones del art. 108 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982, que se refiere única y vagamente a la cooperación entre todos los Estados para reprimir el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas realizado en alta mar. En segundo lugar, con el art. 17.3 de la Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 28 de diciembre de 1988, ratificada por España el 30 de julio de 1990 (*BOE,* 10 de noviembre de 1990), que prevé la posibilidad de que cualquier Estado parte lleve a cabo las medidas adecuadas en relación con buques sospechosos de ser empleados para este tráfico cuando naveguen bajo el pabellón de otro Estado parte, a condición de que se haya obtenido, previamente, la autorización del Estado de pabellón del buque. En el caso concreto de autos, se desprende de la sentencia que las formalidades exigidas en la disposición señalada fueron respetadas.

Particular interés posee la sentencia en relación con las coordenadas donde se produce el abordaje que, por lo que se nos indica, debe corresponder a la zona económica exclusiva de Portugal, pero en la sentencia es considerada, a todos los efectos, como alta mar.

Carlos Espaliú Berdud
Universidad de Córdoba

4.2. Pesca. Gestión y conservación de recursos pesqueros. Acuerdos de cesión de cuotas de pesca entre Estados miembros. Acuerdo de Arcachon entre España y Francia

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso, Sección 4.ª), de 18 de octubre de 2011. Ponente: Santiago Martínez-Vares García.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079130042011100567.

SEXTO.—El alcance de la reclamación de responsabilidad patrimonial sobre la que se pronuncia esta Sala, según se expresó en la demanda y tuvo en cuenta la sentencia de

instancia, se desglosó en tres peticiones. La primera reclamaba el daño emergente causado a los recurrentes por la privación carente de contraprestación alguna, de al menos 81.000 Tm. de las posibilidades de pesca de anchoa reconocidas a la flota española, en las campañas a las que se refería el Acuerdo de Arcachon entre 1993 y 2002. En segundo término el lucro cesante por la pérdida de ingresos en la Comunidad Autónoma en el País Vasco consecuencia de la menor demanda de anchoa y el menor precio alcanzado por las descargas de la misma en el ámbito de la Comunidad Vasca, y, por último, los demás daños derivados de la consolidación de la presencia de la flota francesa en la Zona CIEM VIII por las cesiones efectuadas por España en la misma. Por esos tres conceptos la reclamación ascendió a la suma solicitada de 254.788.577 euros.

Conviene recordar que los principios que rigen la política pesquera común de la Unión y, por tanto, de cada Estado miembro, se basan en la explotación racional y responsable de los recursos para conseguir la estabilidad del sector, respetando sus intereses a largo plazo y el mantenimiento de las condiciones socioeconómicas del mismo. Así resulta de los sucesivos reglamentos comunitarios normas con rango de ley, como el 3762/1992 y el posterior 2371/2002. Y a conseguir esos objetivos se dirige la Ley de Pesca Marítima del Estado 3/2001, de 26 de marzo, cuando en su Exposición de Motivos expresa que: «La política pesquera común y la gestión de la pesca marítima se basan en la protección de los recursos, y tienden a lograr el desarrollo sostenible del sector pesquero, mediante un régimen basado en el equilibrio de las disponibilidades existentes y su explotación racional y responsable, de modo que se consiga el empleo óptimo de los factores de producción, favoreciendo así la rentabilidad y mejorando las condiciones socioeconómicas del sector pesquero a medio y largo plazo, especialmente la de las poblaciones locales dependientes de la pesca».

A todo ello, y a la conformidad a Derecho del Acuerdo de Arcachon, ya nos referimos en la sentencia de 3 de junio de 2009, recurso de casación núm. 4130/2007, en la que confirmamos la recurrida en la instancia, y de la que hemos recordado lo esencial en relación con la conformidad a Derecho del Acuerdo del que derivan las pretensiones aquí ejercitadas. De acuerdo con ello, y como reconocen los recurrentes, su derecho a pescar en la zona viene condicionado por el sometimiento a los requisitos que para ello les imponen las normas de la Unión y del Estado español. Las normas de la Unión se refieren al reparto de las disponibilidades de pesca entre los Estados miembros, de modo que son estos los titulares de los recursos pesqueros, y, a su vez, los que regulan los requisitos que han de cumplir sus flotas nacionales para la explotación de los recursos dentro de los límites que la normativa aplicable establezca. De este modo la Ley de Pesca Marítima del Estado regula las medidas de protección y regeneración de los recursos, así como posibles medidas limitadoras de la actividad pesquera que vinculan a quienes la ejercen; y la gestión de esa actividad se explicita en el capítulo IV del Título I de la Ley que determina los requisitos generales y especiales que se han de cumplir para el ejercicio de la actividad pesquera, y que contiene exigencias que han de observar los buques, o, por mejor decir sus armadores, incluyendo a los barcos en los censos generales o específicos que correspondan, contando con la licencia que les autorice para esa actividad, etc. Cuando esas condiciones se cumplen la actividad les es permitida.

Lo anterior significa que lejos de poseer un derecho subjetivo en relación con el ejercicio de esa actividad, lo que ostentan es un interés legítimo en la explotación de la misma, sujeto a las condiciones referidas.

De ahí que podamos concluir que los recurrentes tienen el deber jurídico de soportar las consecuencias, que no lesión, que experimenten en sus bienes y derechos siempre que aquélla sea fruto o resultado del funcionamiento normal o anormal de los servicios

públicos, artículo 141.1 de la Ley 30/1992, que derivaron del Acuerdo de Arcachon, que, como sabemos, supuso una evidente mejora de las condiciones en que se desarrolló a partir de su firma la actividad pesquera en la Zona CIEM VIII, eliminando los problemas de enfrentamientos entre las flotas que en ella faenaban, evitando la utilización de determinadas artes de pesca perjudiciales para la especie, estableciendo tiempos de veda y de prohibición de capturas en determinados días, así como evitando la confluencia de las flotas en los mismos periodos de actividad. Además de comportar para el sector pesquero de la Nación en su conjunto, determinadas ventajas en forma de compensaciones, en la cesión de cuotas de distintas especies.

[...]

SÉPTIMO.—Partiendo de la afirmación que en el fundamento anterior negó la existencia de lesión en el derecho al desarrollo de la actividad pesquera que poseen los reclamantes, en las condiciones en las que la ejercen fijadas por la firma del Acuerdo de Arcachon entre las Administraciones española y francesa, y por agotar la cuestión, examinaremos si en el supuesto que nos ocupa concurrió en el daño alegado, los requisitos que establece para su reconocimiento el artículo 139.2 de la Ley 30/1992 y que son que «habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas».

Para rechazar la efectividad del daño que se refleja en la pérdida de esas 81.000 Tm. que se dicen sustraídas a la actividad extractiva de la flota española por la cesión realizada a la francesa, es preciso afirmar que la misma se efectúa desde el olvido de los beneficios que el Acuerdo produjo, y a los que ya nos hemos referido y en los que nos reiteramos, y así no es posible ignorar que aquél resolvió una situación de conflicto, por momentos beligerante, entre dos Estados miembros, «eliminando los problemas de enfrentamientos entre las flotas que faenaban en la Zona CIEM VIII, evitando la utilización de determinadas artes de pesca perjudiciales para la especie, estableciendo tiempos de veda y de prohibición de capturas en determinados días, así como evitando la confluencia de las flotas en los mismos periodos de actividad. Además de conllevar para el sector pesquero de la Nación en su conjunto, determinadas ventajas en forma de compensaciones en la cesión de cuotas de distintas especies».

Por lo tanto no hubo daño efectivo en tanto que se compensó con las ventajas que con carácter general experimentó el sector, y porque tampoco se acreditó el mismo con el informe AZTI, aportado por los reclamantes, la efectividad del daño en los términos en los que se expresó la pretensión. Entre otras razones porque como se pone de manifiesto en los informes de la Administración la actividad extractiva de la flota de cerco española tampoco alcanzaba la cifra que le estaba reservada. Y si se examinan las conclusiones del informe AZTI es claro que las mismas, que no contienen más que meras estimaciones que se consideran posibles, están desprovistas de toda referencia a las condiciones en que se llegó al Acuerdo, y que sí tuvo en cuenta la Sala de instancia al valorar la prueba de acuerdo con las reglas de la sana crítica, que el recurso no cuestiona en cuanto a que sus conclusiones fueran irracionales o ilógicas o arbitrarias.

Por cuanto antecede el motivo único y, por ende, el recurso debe ser rechazado.

Nota: El Tribunal Supremo ya ha tenido oportunidad de pronunciarse en una resolución anterior, comentada en esta crónica (véase *REDI,* vol. LXII, núm. 1, 2010, pp. 168-172), sobre la conformidad a Derecho del Acuerdo de Arcachon alcanzado entre España y Francia en 1992, que contempla la cesión de un determinado volumen de capturas de anchoa en el golfo de Vizcaya a la flota francesa. En particular, en aquella ocasión se discutía la prórroga del mencionado acuerdo que, lejos de contradecir el Derecho de la Unión Europea —consideró el Alto Tribunal—, venía amparado por este

último, puesto que la normativa rectora de la política pesquera comunitaria reconoce y autoriza el intercambio entre los Estados miembros de todas las posibilidades de pesca que se les hayan asignado o de una parte de ellas. A mayor abundamiento, el Tribunal Supremo tuvo en cuenta las ganancias que el acuerdo produjo en beneficio del sector pesquero español, en forma de múltiples ventajas y compensaciones en la cesión de cuotas de distintas especies. A la misma conclusión se ha llegado en la sentencia parcialmente transcrita, a pesar de que ahora la pretensión era bien distinta: un grupo de cofradías vascas de pescadores han reclamado sin éxito la responsabilidad patrimonial de la Administración General del Estado derivada de la merma de las posibilidades de pesca que, a su juicio, ha experimentado la flota española como consecuencia de la firma del Acuerdo de Arcachon entre las administraciones francesas y españolas. Por lo demás, la sentencia dictada en casación constituye nuevamente un buen exponente de la interrelación entre el ordenamiento jurídico comunitario y el Derecho internacional.

Eva Díez Peralta
Universidad de Almería

5. ASILO Y REFUGIO

5.1. Comentario general

Las sentencias sobre asilo y refugio pronunciadas tanto por el Tribunal Supremo como por la Audiencia Nacional durante el segundo semestre de 2011 no presentan un elevado número de elementos jurídicos particularmente destacables. Las solicitudes de asilo llegadas al orden contencioso siguen siendo, en la mayoría de los casos, rechazadas al no encontrarse indicios suficientes de persecución en un largo y variado catálogo de situaciones personales. Además de la sentencia comentada a continuación, merece la pena señalar que ya hay algunos casos, de los llegados a la Audiencia Nacional, a los que resulta de plena aplicación la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. Del mismo modo, algunas afirmaciones vertidas en sus decisiones por el Tribunal Supremo pueden traerse aquí, no por ser especialmente novedosas, sino por mostrar claramente algunas de las reglas que deben observarse de manera exigente en procesos relativos a peticiones de asilo. Me refiero concretamente a que, en caso de duda sobre la utilidad del medio de prueba, debe resolverse favoreciendo la mayor efectividad del derecho fundamental que asiste al solicitante de asilo a utilizar los medios de prueba que considere pertinentes para su defensa. Así aparece reflejado en la STS 4823/2011 (de 8 de julio, Sala de lo Contencioso, Sección 3.ª, Id Cendoj 28079130032011100331) al estimar el motivo de casación, y ordenar por tanto retrotraer las actuaciones al momento procesal oportuno, consistente en que el medio de prueba propuesto por el recurrente, nacional de la República Democrática del Congo, que en este caso se refería a la aportación de un informe de la delegación del ACNUR de dicho Estado sobre la situación social y política allí existente, debió ser admitido y declarado pertinente.

Jesús González Giménez
Universidad de Almería

5.2. Persecución por motivos de género. Permanencia en España por razones humanitarias

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 5927/2011 (Sala de lo Contencioso, Sección 3.ª), de 19 de septiembre de 2011. Ponente: Pedro José Yagüe Gil.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079130032011100402.

TERCERO.—En el primer antecedente de hecho, la sentencia que ahora se impugna en casación recoge los hechos que considera relevantes para el enjuiciamiento del caso, exponiendo lo siguiente:

«La recurrente, nacional de Argelia, solicitó asilo en Melilla, el día 20 de febrero de 2007, para ella y su hija menor de edad, Adolfina, alegando, como hechos a destacar, que estaba divorciada, que contrajo matrimonio en 2001, y desde el primer momento fue víctima de malos tratos por parte de su esposo, que era de profesión gendarme, sufriendo vejaciones y agresiones, quedando embarazada, pensando que este hecho cambiaría las circunstancias de su matrimonio, sin embargo no ocurrió así, empeorando la situación; en 2003, tras una fuerte paliza de su esposo decide irse a casa de sus padres a 800 kilómetros de distancia, decide denunciar al marido.

Consta en el expediente una sentencia penal de un Tribunal Militar argelino, de fecha 19 de diciembre de 2004, por la que se condena al esposo de la solicitante, por la comisión de un delito de golpes y lesiones premeditados contra su esposa, a la pena de dos meses de prisión efectiva.

Así mismo consta Sentencia de Estado Civil, promulgada en fecha 31 de enero de 2004, por la que a instancia del marido se decreta el divorcio, acordándose que el marido pague a la esposa determinada cantidad, una pensión alimenticia mensual y la asignación de la tutela de la hija a la madre y el derecho del padre a visitar a la hija una vez a la semana.

Posteriormente consta una denuncia del padre de la solicitante, por impago de la pensión alimenticia a su hija por parte del marido, apareciendo que este último fue trasladado de la sede de la división de policía nacional de la ciudad de El Hinaya a la división de policía en la ciudad de El Rabahiya, sección Saida.

Termina alegando que tiene verdaderos temores de ser perseguida por motivos de género y dada la situación de discriminación de la mujer en la sociedad argelina, se ha hecho insostenible la vivencia en su país.

Tramitado el expediente administrativo, por Resolución de 27 de octubre de 2008, dictada por el Ministro del Interior se deniega el reconocimiento de la condición de refugiado y el derecho de asilo a la recurrente».

En el fundamento jurídico primero la Sala resume la pretensión de la recurrente en los siguientes términos:

«La actora, nacional de Argelia, fundamenta su pretensión en los mismos argumentos expuestos ante la Administración, al estimar que en su solicitud concurren los requisitos exigidos por las normas jurídicas para la concesión de la cualidad de refugiado, toda vez que ha sido objeto de malos tratos de género, siendo objeto de persecución, no obstante la sentencia penal contra su esposo, dado el acoso y las circunstancias sociales de Argelia, en donde es de dominio público la situación de discriminación en que vive la mujer; y subsidiariamente solicita el asilo por razones humanitarias».

En el fundamento jurídico segundo, la Sala recuerda las normas que rigen el derecho de asilo y sintetiza los puntos esenciales de la doctrina jurisprudencial que ha interpretado y aplicado esa normativa. Y en el fundamento jurídico tercero se centra en la causa de asilo consistente en la persecución por motivos de género:

«Junto a estos principios generales que informan la institución de asilo, ha de tenerse presente, que la Disposición Adicional Tercera de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado, en la redacción dada por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres establece lo dispuesto en el apartado 1 del art. 3 —esto es, los casos en los que según la ley procede la declaración de la condición de refugiado y el otorgamiento de asilo—, será de aplicación a las mujeres extranjeras que huyan de sus países de origen debido a un temor fundado a sufrir persecución por motivos de género».

A este fin, la doctrina jurisprudencial, viene estableciendo que la protección otorgada por el asilo puede abarcar, en determinadas circunstancias, la persecución proveniente de sectores ajenos o al margen del Estado de origen, pero para ello es preciso que esa conducta debe ser «deliberadamente tolerada por las autoridades» o que «éstas se muestren incapaces de proporcionar una protección eficaz» (en este sentido, Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de mayo y de 4 de diciembre de 2008), evidenciando la ausencia de una razonable posibilidad de tutela en el propio Estado. Este postulado que ha de observarse igualmente cuando la causa consiste en la persecución por motivos de género y dicha persecución se imputa al esposo, pues lo contrario desvirtuaría la naturaleza y la finalidad de la institución».

Finalmente, en el fundamento jurídico cuarto aborda el examen del caso litigioso, exponiendo las razones que le llevan a desestimar el recurso, en los siguientes términos:

«A la luz de estos principios procede examinar la cuestión de autos, en la que como se ha relatado más arriba, consta que frente a la violencia de género sufrida por la actora, las autoridades del país de origen dieron tratamiento legal adecuado y correcto en orden a proteger los derechos de la recurrente y poner fin a dicha situación, consta que se condenó al esposo por un delito de golpes y lesiones premeditados contra su esposa, a la pena de dos meses de prisión efectiva, se ha dictado sentencia de divorcio de los cónyuges, otorgando una pensión alimenticia a la esposa, a quien se ha atribuido la tutela y guarda de la menor habida en el matrimonio, y consta que dada la profesión de gendarme del esposo fue destinado a una ciudad distante de donde tenía su residencia la esposa.

Todos estos elementos permiten concluir que el Estado de la recurrente, ni ha tolerado, ni se muestra incapaz para dar una protección a la situación padecida por la misma; ello se desprende de las sentencia de divorcio y condena penal, del traslado del marido a lugar distante del domicilio de la esposa, e incluso, de la tramitación de la denuncia por impago de la pensión alimenticia, y por ello, su alegaciones no pueden elevarse a la categoría de un supuesto contemplado en la normativa del supuesto de asilo que se invoca.

Por último, ha de rechazarse la pretensión de permanencia en España por razones humanitarias formulada en el suplico de la demanda, al amparo del apartado 2 del artículo 17 de la Ley Reguladora del Asilo, dado que la recurrente no expone ni acredita razones especiales que permitan concluir la existencia de tales "razones humanitarias", limitándose a realizar una invocación genérica de las mismas. En este sentido, el Tribunal Supremo ha puntualizado que las razones humanitarias a que se refiere el mencionado precepto, "rectamente entendidas, no son cualesquiera razones de humanitarismo, sino aquellas que se conectan al nivel de riesgo y desprotección que en el país de origen del solicitante pueda existir para derechos tales como la vida, la seguridad y la libertad

como consecuencia de disturbios graves de carácter político, étnico o religioso" (entre otras, Sentencia de 27 de mayo de 2006) o, en el presente caso, de "motivos de género"».

CUARTO.—D.ª Isabel interpone contra esta sentencia el presente recurso de casación, que consta de dos motivos de impugnación, formulados ambos al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional contencioso-administrativa 29/1998.

El motivo primero denuncia la infracción del artículo 1-A-2 de la Convención de Ginebra de 1951 sobre el estatuto de los refugiados y de su Protocolo de 1967, y de la reforma de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del asilo y de la condición de refugiado, efectuada por la Ley orgánica 3/2007, alegando que la persecución por motivos de género tiene cabida en la definición de refugiado. Transcribe la actora parte del fundamento jurídico cuarto de la sentencia de instancia, que concluye que no cabe contemplar el supuesto como un caso de asilo porque el Estado Argelino ni ha tolerado ni ha sido incapaz de otorgar protección a la recurrente, habida cuenta de la existencia de una sentencia de divorcio, de una condena penal al esposo con medida de alejamiento y de su traslado laboral a un lugar distante del domicilio de la actora, así como de la tramitación de una denuncia por impago de la pensión alimenticia. Y alega, a este respecto, que la Sala ignora la realidad del país de origen y que las medidas adoptadas por el Estado en su caso no hacen sino poner de relevancia el verdadero calvario sufrido, pues sólo se condenó al esposo a dos meses de prisión pese a la gravedad de su comportamiento. Precisa, en este sentido, que cuando cumplió la condena de dos meses de prisión la situación empeoró porque la perseguía, la insultaba y la amenazaba de muerte, y no podía salir de casa ante el temor que le infundía, debiendo tenerse en cuenta que su profesión era la de gendarme, y que por ello tuvo que huir a Melilla con su hija para solicitar protección a las autoridades españolas; a ello añade que la protección fue tardía porque las medidas no se adoptaron hasta que las amenazas se hubieron materializado. En definitiva, concluye que el Tribunal de instancia sólo tuvo en cuenta las medidas adoptadas por el Estado ante unas agresiones «verdaderamente atroces» pero no valoró la desprotección de la recurrente ante las amenazas del esposo. Por último, repite las consideraciones formuladas en su demanda sobre la situación general de discriminación de la mujer en Argelia, y su situación de riesgo personal.

El motivo segundo denuncia la infracción del artículo 17.2 de la Ley de Asilo. Alega que, al denegar esta petición subsidiaria, la Sala ha ignorado las razones expuestas por la recurrente en el hecho cuarto de su demanda, ya que, afirma, concurren las razones para la autorización de permanencia en España por razones humanitarias, debido a la situación de inseguridad, discriminación y violencia a la que es sometida la mujer argelina en su sociedad, y a que la peticionaria y su hija se hallan integradas en España.

QUINTO.—El presente recurso de casación no puede prosperar.

Son ya numerosas las sentencias de esta Sala que han declarado, primero, que la persecución por razón de sexo resulta encuadrable sin duda entre las persecuciones sociales a que se refiere la Convención de Ginebra de 1951, y segundo, que una situación de desprotección y marginación social, política y jurídica de las mujeres en su país de origen, que vulnere de forma evidente y grave sus derechos humanos, es causa de asilo. Más concretamente, sobre los malos tratos a las mujeres en el ámbito familiar (la llamada «violencia doméstica») hemos dicho en nuestra reciente sentencia de 15 de junio de 2011 (RC 1789/2009) que «la reforma de la Ley española de asilo, introducida por la Ley Orgánica 3/2007, permite identificar como sujetos protegibles a aquellas personas pertenecientes al género femenino que sufren violaciones de sus derechos humanos inderogables, y, concretamente, a aquellas que padecen una grave discriminación en su países de origen, derivada del reconocimiento de un estatuto legal de subordinación, contrario al principio de igualdad de mujeres y hombres, y que no gozan de protección jurídica eficaz

frente a actos graves de violencia sexual o de violencia doméstica, atentatorios contra la dignidad y la integridad física y moral».

Ahora bien, estas declaraciones generales tienen que ser puestas en relación con las concretas circunstancias de cada litigio, dado que en una materia tan casuística como esta del asilo lo que procede en definitiva es determinar si efectivamente la mujer solicitante de asilo ha sufrido o no una situación de violencia doméstica en su país de origen de suficiente gravedad como para plantear la protección internacional; si ha obtenido o no una protección eficaz por parte de las autoridades de dicho país, o si por cualquier razón fuera imposible, inútil o ilusorio confiar en obtener tal protección. Para responder a estos interrogantes se hace ineludible, por tanto, una valoración pormenorizada y singular de cada caso.

Pues bien, en el caso que ahora nos ocupa la Sala de instancia no ignoró ni transgredió esa normativa y doctrina jurisprudencial que acabamos de mencionar, al contrario, afirmó en su sentencia que las mujeres víctimas de la tan citada violencia doméstica pueden encontrar amparo en la normativa de asilo. Lo que ocurre es que valorando de forma casuística, como corresponde, las circunstancias concurrentes en este caso, llegó a la conclusión de que la aquí recurrente no había sufrido realmente en su país de origen una verdadera desprotección frente a los ataques de su marido, sino que había obtenido, primero, el apoyo de su entorno familiar, y segundo, una protección jurídica eficaz por parte de las autoridades de su país.

Al razonar de esa forma y llegar a la apuntada conclusión, la Sala no infringió las normas que se dicen infringidas en este recurso de casación. En efecto, de los datos obrantes en el expediente y en autos, que la sentencia recoge, se desprende que aun cuando la recurrente sufrió de forma continuada graves actos de violencia por parte de su entonces marido, no es menos cierto que, habiendo denunciado los hechos, el marido fue condenado en vía penal por las agresiones a su mujer, tras lo cual esta obtuvo una sentencia de divorcio notoriamente favorable a sus intereses (entendida esta apreciación en el peculiar contexto social de Argelia). Por tanto, en este concreto caso no puede decirse que la recurrente hubiera quedado desprotegida frente a la violencia de su marido.

Dice la recurrente que tras obtener el divorcio y cumplir su ya ex marido la condena penal, este la acosaba constantemente con amenazas que le llevaron a una situación de miedo y angustia insostenible; pero sin desdeñar por nuestra parte la trascendencia de la alegación, ocurre que valorando de nuevo de forma casuística las circunstancias concurrentes, este extremo de su relato adolece de evidentes puntos débiles. Así, afirma que aquél la acosaba prácticamente todos los días, cuando se ha constatado (sin que la recurrente haya refutado este dato) que una vez cumplida su condena, ese ex marido fue destinado como gendarme (pues no fue expulsado de la Gendarmería como la recurrente sostuvo) a una localidad lejana, lo que hace prácticamente imposible que tal acoso se produjera en las circunstancias de continuidad e intensidad que relata. Por otra parte, mientras que la recurrente ha justificado sobradamente los malos tratos que sufrió durante el tiempo en que permaneció casada y convivió con su entonces marido, no hay sin embargo ninguna prueba de la real existencia de las amenazas y coacciones que dice haber sufrido después de cumplida la condena. No se han aportado documentos como pudieran ser denuncias ante las autoridades que permitan tener por cierto, al menos indiciariamente, que efectivamente esos actos de hostigamiento se produjeron con la intensidad que relata y que las autoridades argelinas permanecieron inactivas o impasibles ante ellos, pues los documentos que aportó en el curso del expediente carecen de utilidad probatoria a estos concretos efectos, como se razona amplia y detalladamente en el informe de la instrucción antes transcrito.

En definitiva, como señala el Tribunal de instancia, la recurrente obtuvo protección adecuada de las autoridades de su país frente a los ataques de su marido, y tras ser este condenado por tales hechos, no hay ninguna prueba sólida de que la recurrente continuara siendo amenazada y acosada por aquel ni de que fuera imposible o inútil confiar en una protección por parte de las mismas autoridades frente a esos hipotéticos actos de hostigamiento, ni de que por esta razón se encontrara en una situación de grave desprotección. Desde esta perspectiva, acertó la Sala de instancia al concluir que no procedía la concesión del asilo ni la autorización de permanencia en España por razones humanitarias, al no existir una verdadera persecución protegible ni haber razones para apreciar la posibilidad contemplada en el artículo 17.2 de la ley de Asilo 5/1984, visto que, como hemos dicho, la interesada ha obtenido en su propio país una protección razonable, que excluye la aplicación del precepto citado.

Así que el recurso de casación no puede ser estimado.

VOTO PARTICULAR A LA SENTENCIA DE FECHA 19 DE SEPTIEMBRE DE 2011, DICTADA EN EL RECURSO DE CASACIÓN 4293/2010, QUE FORMULA LA MAGISTRADA DE ESTA SALA EXCMA. SRA. DOÑA María Isabel Perelló Doménech Y AL QUE SE ADHIERE EL EXCMO. SR. D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat.

Con el mayor respeto a la posición mayoritaria de la Sala formulo voto particular a la sentencia recaída en el recurso de casación 4293/2010 al entender que debió declararse la estimación de la pretensión articulada a través del segundo motivo casacional, de autorización de permanencia en España por razones humanitarias, al amparo del artículo 17.2, por las siguientes consideraciones:

A estos efectos, podemos tomar como punto de partida las consideraciones vertidas en el informe desfavorable de la instrucción del expediente, que sirvió de base para la resolución administrativa impugnada en la instancia. En dicho informe se reconoce que en Argelia es frecuente el maltrato a las mujeres y que esa situación se agrava por la cultura social y política de sometimiento de la mujer al marido, que hace que la mujer víctima de las agresiones de su esposo cuente con poco apoyo de su entorno social o familiar y difícilmente obtenga una protección real e inmediata por parte de sus autoridades, que más bien suelen evadirse del problema entendiendo que se trata de problemas domésticos atinentes a la intimidad del hogar.

Es verdad que en el mismo informe se matiza que recientemente se ha aprobado un Código de Familia que ha terminado con el sometimiento absoluto de la mujer al marido, y que en tal sentido la situación de las mujeres de este país ha experimentado una mejoría; ahora bien, sin menospreciar la importancia de esta reforma legal, hemos de advertir que el hecho de que se modifique una Ley no supone que las inercias de los hábitos sociales adquiridos cambien ni suponga poner coto a la situación de inferioridad de las mujeres para que esa discriminación quede superada.

Situados, pues, en esta perspectiva, la de la difícil situación en que aún hoy se hallan las mujeres de Argelia, en general y más específicamente frente a la violencia de género, no cabe ignorar que la aquí recurrente no se vio totalmente desamparada ante las agresiones de su ex marido, pues, obtuvo acogida en su familia y protección de las autoridades argelinas. El dato es relevante, y en él se basa la mayoría para desestimar la pretensión principal de reconocimiento de la condición de refugiada.

En este punto procede hacer un inciso. El informe de la instrucción del expediente se refiere a lo que parece ser una práctica común en las mujeres argelinas solicitantes de asilo en Melilla, que de forma coincidente y unánime alegan relatos similares sobre persecución de género. Si con esto quiere decir el instructor del expediente que se trata

de relatos fabulados que buscan proporcionar una apariencia de veracidad a un relato de hechos inexistentes, es claro que tal planteamiento podrá ser útil para valorar otros casos pero no este, en el que resulta indiscutido que la aquí recurrente ha sufrido graves malos tratos, y que por ende, desde este punto de vista, no se le puede reprochar una argumentación como la expuesta.

Pues bien, partiendo del sufrimiento por la recurrente de graves malos tratos continuados no tan solo sobre su persona pues afirma que lo fueron también sobre su hija menor producidos en el año 2002, superiores incluso a lo socialmente tolerado en una realidad de inferioridad de las mujeres, no podemos ignorar que por mucho que hubiera obtenido amparo familiar y judicial, que la amenaza de sufrir malos tratos se ha perpetuado tras dictarse la sentencia de condena por «golpes y lesiones premeditados» en el año 2004, como la propia recurrente relata, haciendo referencia al acoso y el hostigamiento padecidos en el año 2006 en su entorno familiar por parte de su ex esposo y que intentó denunciar infructuosamente por falta de pruebas contra él. Sucesos como los descritos dejan una huella de temor y angustia en la trayectoria existencial de quien los sufre que no se diluye inmediata y definitivamente por el hecho de obtener sentencias favorables, como si estas surtieran el efecto de desterrar la proyección de lo vivido hacia el futuro. No es de extrañar, así las cosas, ante el temor fundado de que pudieran reiterarse los episodios de violencia y la imposibilidad de obtener una protección eficaz en su país, que la recurrente buscara reencauzar su vida junto a su hija menor fuera de su país, a fin de superar la traumática experiencia vivida y la necesidad de alejarse de cualquier situación de riesgo no solo en atención a su integridad física y psíquica, sino también para preservar la de la menor, pues según se indica la hija también fue víctima del maltrato y pudo presenciar la grave situación de violencia, agresiones y humillaciones padecidas por la recurrente, violencia que sin duda entraña daños y afecta negativamente en el adecuado desarrollo de la menor. A lo que hay que añadir que el ex marido se ha desentendido de su situación económica, pues (según se reconoce una vez más en el informe de la instrucción) ha sido condenado repetidamente por no pagar las cantidades a cuyo abono fue condenado en sede jurisdiccional.

Todos estos factores, conjuntamente valorados con arreglo a la contemplación casuística en que nos hemos situado, permiten apreciar que en este concreto caso concurren razones suficientes para autorizar la permanencia en España de la recurrente y su hija por razones humanitarias, de acuerdo con lo establecido en el artículo 17.2 de la Ley de Asilo 5/1984 en relación con el artículo 31.4 de su reglamento de aplicación aprobado por Real Decreto 203/1995 de 10 de febrero (en redacción dada por el RD 2393/2004 de 30 de diciembre), pues aun cuando no podemos tener por acreditado que el regreso de la recurrente implique para ella un riesgo real para su vida o integridad física (razón por la que no procede conceder el asilo ni la protección humanitaria prevista en el apartado 3º del precitado artículo 31), sí consideramos concurrente la posibilidad prevista en el apartado 4º del tan citado artículo 31, a cuyo tenor cabe autorizar la permanencia en España «por razones humanitarias distintas de las señaladas en el apartado anterior», que en este caso se dan con evidencia y son las que antes hemos descrito (situación reiterada de graves malos tratos y acoso al entorno familiar, la presencia de una menor, que ha sufrido maltratos, falta de asunción por el ex marido de las consecuencias económicas del divorcio, y ambiente social de inferioridad y discriminación de la mujer), cuya conexión con las causas de asilo contempladas en la Convención de Ginebra de 1951 es clara al remitir en última instancia las consecuencias derivadas a una persecución por razón de violencia doméstica protegible mediante este instrumento internacional.

Nota: Por varios motivos es pertinente poner en relación esta sentencia con la STS 4013/2011, de 15 de junio (incluida y comentada en la crónica de jurisprudencia

justo anterior a la presente: *REDI*, vol. LXIII, 2011-2, pp. 217-218), pues más allá de la nacionalidad argelina de las dos solicitantes de asilo, ambas han sufrido, como queda demostrado, agresiones y malos tratos físicos y psíquicos por parte de sus respectivos cónyuges. Ahora bien, la completa desprotección por parte del Estado argelino padecida por la mujer en el caso de la STS 4013/2011 fue causa suficiente para que, por vez primera, se reconociera el estatuto de refugiada a una mujer extranjera que huye de su país de origen debido a un temor fundado de sufrir persecución por motivos de género. En la STS 5927/2011, por el contrario, la mayoría de los magistrados de la sala estiman que el Estado argelino ha protegido razonablemente a la mujer maltratada, por haberle permitido divorciarse y por haber condenado a dos meses de prisión al agresor. Entiende dicha mayoría, asimismo, que el acoso sufrido por la mujer tras la puesta en libertad del ya ex marido no queda demostrado con nitidez y, por tanto, no proceden ulteriores actuaciones protectoras. Es evidente que la protección ejercida por la administración argelina en ambos casos difiere de manera notable, pero no hasta el extremo al que llega la sentencia. Por ello, comparto el parecer manifestado en el voto particular, en el sentido de apreciar la existencia de motivos más que suficientes para autorizar la permanencia de la mujer y de su hija menor de edad en España por razones humanitarias, conforme a lo establecido en el art. 31.4 del Reglamento de aplicación de la Ley de Asilo 5/1984, en su redacción dada por el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre.

Jesús González Giménez
Universidad de Almería

6. PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

6.1. Jurisdicción universal

Auto del Tribunal Supremo 1566/2011 (Sala de lo Penal), de 6 de octubre de 2011. Ponente: Alberto Gumersindo Jorge Barreiro.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079120012011201961.

PRIMERO: [...] B) El actual apartado 4 del art. 23 de la LOPJ en materia de extensión de la jurisdicción española, redactado de conformidad con la reforma efectuada por LO 1/09 de 3 de noviembre (BOE de 4 de noviembre de 2009, con fecha de entrada en vigor al día siguiente de su publicación), tal y como reza la propia exposición de motivos de la norma que la introduce, ha venido a realizar «un cambio en el tratamiento de lo que ha venido en llamarse la "jurisdicción universal", a través de la modificación del artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial para, de un lado, incorporar tipos de delitos que no estaban incluidos y cuya persecución viene amparada en los convenios y costumbre del Derecho internacional, como son los de lesa humanidad y crímenes de guerra. De otro lado, la reforma permite adaptar y clarificar el precepto de acuerdo con el principio de subsidiariedad y la doctrina emanada del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo».

[...]

C) En el presente caso, la parte querellante «disecciona» los diferentes tipos delictivos ratione materiae (delitos de lesa humanidad, torturas, crímenes de guerra) que imputa a determinadas autoridades chinas contra la población tibetana, para invocar los diferentes tratados de Derecho Internacional Público en la materia, dimanantes del

denominado (y profusamente desarrollado doctrinal y jurisprudencialmente) «Derecho consuetudinario internacional» y el reenvío expreso a ellos que recoge nuestro clausulado constitucional (art. 10.2, 96 CE). En concreto se hace eco de las convenciones de Ginebra y de los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales de Nuremberg y Tokio, la ex-Yugoslavia y Ruanda y del Estatuto de la Corte Penal Internacional y resoluciones concordantes de éstos y de los Tribunales Internacionales con competencias en materia criminal (véase TEDH).

Omite la parte recurrente que a tenor de la actual redacción del precepto precitado, de aplicación insoslayable por los Tribunales españoles, la extensión de la jurisdicción española está supeditada como «conditio sine qua non» (y ello, «sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España...») a la existencia de un vínculo de conexión relevante con España.

Es a este, ciertamente, concepto jurídico indeterminado, al que ha de estarse para dilucidar el fondo de la cuestión. Tal precepto, cohonesta con la línea ya auspiciada por esta Sala (véase STS 327/2003), corrigiendo una «vis expansiva» que tampoco responde a las exigencias de la justicia universal, proclive al enjuiciamiento por Tribunales de cuño internacional.

[...]

SEGUNDO: A) En segundo lugar y con carácter subsidiario al motivo anterior, al amparo del art. 852 LECrim, la parte recurrente alega la vulneración de preceptos constitucionales (arts. 24, 9.3 y 53.1 CE), en concreto, la prohibición de la retroactividad de las normas penales o restrictivas de derechos fundamentales en referencia a la indebida aplicación del art. 23.4 LOPJ en la redacción ya apuntada anteriormente.

[...]

C) De acuerdo con la Disposición Final de la LO 1/2009, de 3 de noviembre, dicha regulación entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, esto es, el 5 de noviembre de 2009, sin que la mencionada disposición haya establecido ninguna cláusula de salvaguarda que imponga cualquier tipo de limitación a su aplicabilidad.

Es claro que encontrándonos ante un proceso litispendente, el análisis acerca de la ausencia o no de jurisdicción, en cuanto a un ámbito perteneciente al «ius cogens», es una cuestión abordable en cualquier momento del «iter» procedimental, por lo que la aplicación de la norma precitada, no reviste tacha casacional alguna.

Nota: Esta resolución de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo procede a inadmitir el recurso de casación 857/2011 del denominado caso *Tíbet*. A modo de recordatorio debe señalarse que esta causa encuentra su origen en la admisión a trámite de la querella presentada contra distintas autoridades chinas, mediante Auto de 5 de agosto de 2008 por parte del Juzgado Central de Instrucción núm. 1 de la Audiencia Nacional. En el mismo se declaraba que en la primavera del 2008 se había dirigido «un ataque generalizado y sistemático contra la población tibetana, causando al menos, 203 muertes, más de mil lesionados graves y 5.972 detenidos ilegales y desaparecidos», lo cual era constitutivo de crímenes contra la humanidad.

Como consecuencia de la aprobación de la reforma del art. 23.4 de la LOPJ (Ley Orgánica 1/2009), el Juez Santiago Pedraz, por Auto de 26 de febrero de 2010, y secundando lo solicitado por la fiscalía, acordó el archivo de las actuaciones al entender que no concurrían los nuevos criterios de conexión (existencia de víctimas españolas, que los presuntos responsables se encontraran en España o existencia de un interés nacional relevante) y que los tratados internacionales de los que traían causa los delitos

objeto de acusación no permitían obviar la presencia de cualquiera de los tres puntos de conexión. Dicho veredicto fue secundado con posterioridad por el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, a pesar del voto discrepante de tres magistrados. Una vez anunciado el recurso frente a esa Resolución de 27 de octubre de 2010, la Sección 2.ª de la Sala de lo Penal, por Auto de 16 de noviembre de 2010, acordó no tener por preparado el recurso de casación; contra este último se formuló a su vez recurso de queja, el cual fue admitido, declarándose pues la procedencia de la casación contra el auto de archivo. Es precisamente este Auto del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 2011 el que viene a tratar de dar respuesta a los motivos de casación planteados.

En relación al primer motivo, se alegaba vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 en relación con los arts. 9.3 y 53.1 de la Constitución Española, y en relación con el art. 23.4 de la LOPJ), al aplicar indebidamente los tratados internacionales de los que se deriva la jurisdicción española para investigar y enjuiciar los hechos denunciados. Sobre esta cuestión la Sala, tras efectuar una mención de las Convenciones de Ginebra y de los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales de Nuremberg y Tokio, la ex-Yugoslavia y Ruanda y del Estatuto de la Corte Penal Internacional, considera que en todo caso la jurisdicción española queda supeditada a la «existencia de un vínculo de conexión relevante con España». Este lacónico veredicto omite pronunciarse sobre una serie de consideraciones planteadas en el recurso de casación, tales como si del tenor literal de las Convenciones de Ginebra puede dictaminarse que los tribunales españoles están obligados a perseguir las graves infracciones del Derecho internacional humanitario. En este sentido, la parte recurrente traía a colación la nueva redacción del art. 23.4 de la LOPJ, donde se prescribe que los vínculos de conexión nacional se aplican «sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España», extremo sobre el que sí hace una somera reflexión el fiscal en el escrito de impugnación del recurso de casación. En el mismo dictamina que «la frase "sin perjuicio" no implica que por efecto de los tratados internacionales queden sin eficacia aquellos vínculos a los que se subordina la jurisdicción española, pues de ser así, evidentemente el legislador no tenía por qué hacer siquiera mención de ello». En todo caso, este razonamiento jurídico del Tribunal Supremo, según la parte demandante, al no haber entrado en el fondo de la cuestión planteada en el recurso, ha propiciado la interposición de un incidente de nulidad de actuaciones.

Respecto a la segunda parte del mismo motivo de casación, se preguntaba al Tribunal Supremo sobre la interpretación del concepto «vínculo de conexión relevante con España». Ciertamente la ambigüedad de estos términos resulta notoria, en tanto en cuanto no hay precisión alguna respecto del adjetivo «relevante», que implica variadísimos y subjetivos grados de importancia a la hora de valorar este requisito. Y aún mayor es la difusión y oscuridad de los términos «vínculos de conexión» que pueden abarcar desde connotaciones culturales, hasta otras de tipo social, de tipo económico, comercial y religioso. Claramente se trata de un concepto jurídico indeterminado. Dada esta vaguedad, la parte recurrente acreditó que, ante la inexistencia de números clausus en la citada reforma del art. 23.4 de la LOPJ, es perfectamente admisible y cumplimenta el requisito para que la jurisdicción española pueda juzgar los presuntos delitos imputados el que se considere «conexión relevante» los estrechos vínculos comerciales y económicos. Y más aún, en este caso particular, donde se puede constatar, como se indicaba en el recurso de casación, que en la última visita del Presidente español a China, a principios de abril de este año 2011, las autoridades de este país calificaron a España como el máximo aliado en Europa. En concreto, en palabras del Primer Ministro chino, Wen Jiabao, se llegó a calificar a España como

«el mejor amigo de China en Europa y los amigos se conocen mejor en las adversidades». Se añadía en el recurso que no era de extrañar que China se haya convertido en el comprador mundial número uno de deuda española, con un volumen que alcanza 25.000 millones de euros, un 12 por 100 del total. En un mundo globalizado, en el que los criterios de los Estados están cada vez más sometidos al criterio de los mercados, como se puede comprobar fehacientemente en la actualidad, se preguntaban las asociaciones de las víctimas y querellantes si acaso este concreto vínculo de conexión relevante puede llegar a condicionar no sólo la política exterior de nuestro país, sino también actuaciones de toda índole en el orden interno. Ahora bien, el fallo de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo despacha este argumento de forma concisa y tajante considerando que «se invocan alegatos genéricos relativos a la relaciones bilaterales entre España y China y las repercusiones de la expansión económica de esta última. Es obvio que al margen de análisis de otra índole, desde el rigor que exige la dogmática jurídico penal, tal planteamiento decae de suyo». De nuevo este pronunciamiento esquiva entrar en el fondo de la cuestión planteada y renuncia a concretar qué debe entenderse por «vínculo de conexión relevante».

A continuación, el segundo motivo de casación alegaba vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, al haberse aplicado con efectos retroactivos la reforma legal del art. 23.4 de la LOPJ. La parte recurrente apelaba a que dicha disposición regula las condiciones básicas y necesarias para el ejercicio del principio de jurisdicción universal por los Tribunales españoles, en relación con crímenes internacionales. Es decir, articula el acceso a la justicia, esencial en el derecho a la tutela judicial efectiva, y que, por tanto, no se trata de una mera norma procesal, sino sustantiva. De esta forma, conforme al principio de legalidad, no debería tener efectos retroactivos. Se añade que en la referida Ley Orgánica de la reforma, se regulan las condiciones que, *ex nunc*, tienen que cumplimentar los supuestos para ser sometidos a la jurisdicción española, desde la entrada en vigor de la misma. Pero en ningún caso dispone que las actuaciones en curso deban ser archivadas. En contraposición, el Tribunal Supremo, en su segundo razonamiento jurídico, avala la previa decisión del Pleno de la Audiencia Nacional, concluyendo que la nueva regulación no sólo entró en vigor al día siguiente de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado,* sino que no limitó su aplicabilidad en cláusula alguna.

José Elías Esteve Moltó
Universidad de Valencia

6.2. Recurso de casación y derecho a una doble instancia penal

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª), de 14 de julio de 2011. Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079120012011100756.

QUINTO.—[...] Igualmente la STS 1305/2002 reiterando lo ya dicho en auto de 14.12.2001, recuerda que el Tribunal Constitucional ha venido declarando desde la STC 60/85 que el recurso de casación cumple con la exigencia del art. 14.5 Pacto y desde la STC 42/82 ha establecido que esta norma del Pacto no da derecho a recursos que no se encuentren reconocidos en nuestra legislación (ver también STC 37/88).

Finalmente en cuanto a su vulneración denunciada, el Tribunal Supremo en SS. 1860/2000 de 4.12, 2194/2001 de 19.11, 1305/2002 de 13.7 se ha pronunciando ante

dicha invocación afirmando que el derecho a la doble instancia no está realmente comprendido en el Convenio Europeo, sino en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, según el cual toda persona declarada culpable de un delito tiene derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto, sean sometidas a un Tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley. Ahora bien, dada la diversidad de sistemas procesales que funcionan en el ámbito territorial del Pacto, la posibilidad del acceso a la doble instancia viene determinada por las características de las leyes procedimentales de cada país y aunque esa revisión deba tener el máximo alcance, no se puede excluir la posibilidad de que existan otras vías de impugnación de sentencias condenatorias, siempre que se haga a través de un Tribunal superior que tenga la posibilidad de anular las resoluciones del inferior. Por ello nuestro Tribunal Constitucional ha declarado que aunque el recurso de casación penal tenga un carácter extraordinario y de marco limitado, cumple suficiente y adecuadamente expectativas del referido Pacto Internacional y «satisface la obligación asumida por el Estado español al incorporar sus previsiones al Derecho interno por la vía del artículo 96 de nuestra Constitución».

Ciertamente existen tratados internacionales firmados por España en los que se ha hecho expresa referencia a la doble instancia en el proceso penal. Concretamente el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Protocolo número 7 del Convenio Europeo de Derecho Humanos en el que se expresa que toda persona declarada culpable de una infracción penal por un Tribunal tendrá derecho a que la declaración de culpabilidad o la condena sea examinada por un Tribunal superior. El ejercicio de ese derecho, incluidos los motivos por los que pueda ser ejercitado, se regularán por la ley. Este derecho podrá ser objeto de excepciones en caso de infracciones de menor gravedad según las define la ley, o cuando el interesado haya sido juzgado en primera instancia por el más alto Tribunal o haya sido declarado culpable y condenado al resolverse un recurso contra su absolución.

La necesidad de que el fallo condenatorio sea sometido a un Tribunal superior puede ser interpretada con distinto alcance. Así cabe hacer una lectura estricta de ese mandato en el sentido de que no se impone necesariamente la doble instancia sino simplemente la necesidad de que el fallo condenatorio y la pena sean revisados por otro Tribunal. Otra interpretación más amplia y extensa llevaría a la necesidad de la revisión completa del juicio.

Examinando los textos de los Tratados internacionales citados vemos que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se refiere a «fallo condenatorio y la pena». Si por fallo condenatorio entendemos, además de la parte dispositiva que contiene la condena, aquellos extremos de la sentencia que examinan la declaración de culpabilidad, estaríamos ante una interpretación que se extiende más allá de la mencionada como estricta, en cuanto supera el mero fallo o parte dispositiva, si bien ello permite, al menos, dos lecturas, la que se identifica con la revisión completa, es decir un nuevo juicio con repetición de la prueba, que afectaría a las bases fácticas sobre las que descansa la declaración de culpabilidad; otra que si bien no se ciñe a la parte dispositiva de la sentencia sin embargo tiene como límite el examen del juicio de inferencia realizado por el Tribunal de instancia y en concreto si se ajusta a las reglas de la lógica, la experiencia y los conocimientos científicos.

Pues bien, el texto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, único de los citados que ha sido ratificado por España, no requiere un nuevo juicio con repetición de la prueba, satisfaciéndose la exigencia de que el fallo condenatorio y la pena sean sometidos a un Tribunal superior con la mera revisión del juicio de inferencias realizado por el Tribunal de instancia.

Es cierto que ambos pactos remiten este derecho a la doble instancia a lo que se prescriba por la Ley de cada Estado signatario, como se recoge en la sentencia de esta Sala antes citada, y ello nos lleva a examinar si en la legislación procesal española se cumple el mandato, con el alcance que acabamos de expresar, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Nota: 1. La sentencia extractada muestra la tendencia general durante el periodo examinado por la presente crónica, que es la absoluta continuidad con respecto a las líneas jurisprudenciales examinadas en ediciones anteriores: el TS ha seguido manteniendo que el recurso de casación en materia penal tal y como se halla configurado en el sistema procesal español es plenamente respetuoso hacia las exigencias del art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y del art. 2 del Protocolo núm. 7 al Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y en última instancia conforme a los arts. 10.2, 24 y 96.1 CE. Para ello se ha invocado jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, así como se ha invocado un cambio sustancial en la doctrina del Comité de Derechos Humanos al respecto, según la cual éste «[...] acepta que es suficiente con la existencia en el ordenamiento jurídico de recursos en los que el tribunal superior conozca de la existencia y suficiencia de la prueba, de la racionalidad del tribunal de instancia en cuanto a su valoración y a la legalidad de su obtención, así como de la concreta individualización de la pena impuesta [...]» —STS 5469/2011, de 21 de julio de 2011—. Durante este periodo pueden examinarse en el mismo sentido el ATS 10526/2011, de 27 de octubre de 2011, y la STSJ GAL 6021/2011, de 21 de julio de 2011. La sentencia reproducida muestra confusión y una expresión farragosa en torno a los textos internacionales que obligan al Reino de España en esta materia. Se llega a decir que de los textos citados tan solo el PIDCP ha sido ratificado por España, de modo que se ignora de forma flagrante que el Estado español también ha prestado su consentimiento en obligarse en relación con el Protocolo núm. 7 al CEDH, hecho en Estrasburgo el 22 de noviembre de 1984.

2. En todas estas resoluciones judiciales se insiste en la idea de que estos textos no imponen una obligación de repetición íntegra del juicio fáctico celebrado en la instancia que fundamenta la declaración de culpabilidad, sino que la revisión sería exigible cuando la valoración de la actividad probatoria realizada en la instancia sea arbitraria o irracional (por ejemplo, en caso de error en la construcción del *factum* de la sentencia o de error derivado de la prueba documental). En medio de este océano de resoluciones sigue constituyendo una isla la ya comentada STS 7760/2010, de 30 de diciembre (Id Cendoj: 28079120012010101142), cuyo ponente es el Magistrado José Antonio Martín Pallín: en ella, tras comprobar la ratificación sin reservas que el Reino de España había hecho del Protocolo núm. 7 al CEDH, se urgía al legislador a implementar la doble instancia penal (pese a desestimar en el caso concreto la alegada infracción del art. 14.5 del PIDCP, véanse FFJJ 15-20). En esta sentencia se señalaba que el sistema procesal español podía satisfacer las exigencias de la doble instancia penal: «La Ley Orgánica de 23 de diciembre de 2003, que modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ya anuncia las vías competenciales para generalizar la doble instancia residenciándola en los Tribunales Superiores de Justicia, pero sin haber desarrollado estas previsiones». El legislador ha desaprovechado la oportunidad para haber arrojado claridad al asunto en la reciente Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal (*BOE* núm. 245, de 11 de octubre de 2011, p. 106726).

3. De todos modos, no puede olvidarse que el Comité de Derechos Humanos, en sus Observaciones Finales en relación con el quinto informe periódico presentado

por España de acuerdo con el art. 40 del PIDCP (aprobadas en su 2595.ª sesión celebrada el día 30 de octubre de 2008 y correspondiente al 94.º periodo de sesiones), señaló que los motivos admisibles de casación en su configuración en el ordenamiento español no permiten al tribunal superior revisar la valoración de la actividad probatoria en que se basa la sentencia condenatoria realizada en la instancia, y, por tanto, sigue sin satisfacer las exigencias del art. 14.5 del Pacto. La cuestión sigue abierta y cabe remitirse a lo ya señalado en *REDI* (véase MARÍN AÍS, R., *REDI,* vol. LXII, 2010-1, pp. 185 y 187, y vol. LXIII, 2011-2, pp. 228-230; asimismo MARTÍN RODRÍGUEZ, P., *REDI,* vol. LXIII, 2010-1, pp. 154-155).

Rafael MARÍN AÍS
Universidad de Granada

6.3. Tortura y otros tratos inhumanos y degradantes

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 6444/2011 (Sala de lo Militar), de 23 de septiembre de 2011. Ponente: Fernando Pignatelli Meca.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079150012011100134.

I.—RECURSO DE CASACIÓN FORMULADO POR EL MINISTERIO FISCAL.

PRIMERO.—Por la vía que autorizan los artículos 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial entiende el Excmo. Sr. Fiscal Togado, en el primero de los motivos de casación en que aparece articulado el recurso que formula, haberse conculcado el artículo 24.1 de la Constitución por quebranto del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, fundado en o sobre la base de una valoración de la prueba practicada que estima como de todo punto ilógica e irracional, por entender que la inferencia efectuada por el Tribunal «a quo» sobre un supuesto consentimiento de la Soldado Doña Emma a la conducta de su superior objeto de enjuiciamiento resulta manifiestamente irrazonable e ilógica y, por tanto, infundada en derecho la Sentencia que ha aplicado éste sobre la base de aquella, vulnerándose así el invocado derecho esencial a la tutela judicial efectiva.

A través de la vía casacional elegida para impugnar el factum de la Sentencia de instancia tal y como viene estructurado en esta y por los razonamientos que el motivo contiene, trata la recurrente de interesar en esta sede la revisión de la racionalidad de la inferencia contenida en el relato probatorio a tenor de la cual al acceder a sentarse sobre las rodillas del Brigada Don Adrián la Soldado Doña Emma sabía —o al menos intuía o sospechaba— las intenciones libidinosas de aquel hacia ella, y, sobre todo, aceptó o consintió tales propósitos.

[...]

TERCERO.—[...] Por su parte, nuestra Sentencia de 9 de febrero de 2004 afirma que «esta Sala viene considerando que puede entrarse en una nueva valoración de la prueba concurrente cuando la que efectuara la Sala recurrida resulte manifiestamente irracional, ilógica, arbitraria y contraria a los criterios de la experiencia. En esos supuestos, y únicamente en ellos, hemos venido entendiendo que es procedente que la Sala se adentre en el juicio valorativo de la prueba obrante en autos, para llegar, en su caso, a un parecer distinto del mantenido por el Tribunal a quo. También es cierto que con ello, y en el caso en que el resultado de [que] aquella valoración fuera la de que en realidad no existían medios probatorios de cargo suficientes para enervar el derecho a la presunción de ino-

cencia, la resolución judicial que errónea o arbitrariamente lo hubiere otorgado habría de ser modificada».

[...]

DÉCIMO.—Reiteradamente ha señalado esta Sala que para determinar el concepto del trato inhumano o degradante que se conmina en el artículo 106 del Código Penal castrense ha de tenerse en cuenta, de acuerdo con lo estipulado por el artículo 10.2 de la Constitución, que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos —TEDH—, intérprete del Convenio hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 ex artículo 32.1 de éste, ha integrado, entre los tratos inhumanos o degradantes, como afirman las antes citadas Sentencias de esta Sala de 5 de diciembre de 2007 y 3 y 18 de noviembre de 2008, en primer lugar, los que causan deliberadamente un sufrimiento físico o mental. En su Sentencia de 18 de enero de 1978 —caso Irlanda contra el Reino Unido— el TEDH delimita como inhumanos los actos que consistan en infligir dolor o tensión física o psíquica, sufrimiento, incomodidad, angustia apreciable, falta de sueño o alimentación y como degradantes los actos que rebajen el plano de la estimación, de la reputación, de la dignidad o provoquen situaciones patentes de desprecio que envilezcan, deshonren o humillen con afectación de la dignidad humana; además de en la citada Sentencia, en las de 25.04.1978, 25.02.1982, 28.05.1985, 27.08.1992, 09.12.1994, 28.11.1996 y 10.05.2001 el TEDH perfila el concepto de trato degradante, en los supuestos de afectación de la dignidad, en la existencia de humillación ocasionada por la conducta que los origina y en los efectos psicológicos desfavorables para la víctima.

Nota: La Sentencia 6444/2011, de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, estima el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de 31 de enero de 2011 dictada por el Tribunal Militar Territorial Primero en el Sumario 11/20/08, por la que se absolvió al brigada del Cuerpo General del Ejército de Tierra del delito de abuso de autoridad en su modalidad de trato degradante a un inferior, tipificado en el art. 106 del Código Penal Militar.

La sentencia recurrida recoge como hechos probados que el acusado A. sugirió a la soldado E. que se reuniera con él en el Cuarto de la Banda de Música de su Unidad, como ya habían hecho en otras ocasiones, para tratar diversos temas. El acusado pidió a la soldado que se sentara en sus rodillas, a lo que ella se negó en un primer momento, aunque posteriormente accedió a causa de su insistencia en términos imperativos. Aun sospechando de sus intenciones, la soldado se sentó sobre las rodillas del acusado, momento en el que éste puso una de sus manos sobre uno de los muslos de la acusadora y de forma repentina tocó sus genitales. Al levantarse sobresaltada por la actuación del acusado, éste repitió el mismo gesto ante lo cual la soldado se retiró después de solicitar permiso. Son igualmente hechos probados que la soldado era una persona de escasas aptitudes personales, con dificultades para leer y que tenía una relación de especial confianza con el acusado, a quien, por ser jefe directo, se le había encomendado su protección, habiendo conseguido que E. alcanzara un gran nivel de superación en sus problemas.

La sentencia objeto de la casación plantea dos cuestiones que interesan al Derecho internacional de los derechos humanos, una que comentaremos de forma tangencial, y otra que analizaremos como cuestión de fondo a la luz de la jurisprudencia de los órganos de control establecidos por los tratados de derechos humanos.

La primera de ellas está relacionada con el art. 14.5.º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 que establece que «toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley».

La persistente resistencia del legislador a contemplar en el ordenamiento jurídico español la doble instancia a la que hace referencia dicho artículo ha sido la causa de numerosas condenas por parte del Comité de Derechos Humanos declarando el incumplimiento por parte de España del referido precepto (véase, en general, FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C., *España y los órganos internacionales de control en materia de derechos humanos*, Paracuellos del Jarama, Dilex, 2010, y más en concreto nuestro trabajo en dicha obra, «El Comité de Derechos Humanos. Examen de los informes y de las quejas individuales presentadas contra España», pp. 51-197). En el mismo sentido, en la práctica totalidad de los informes, el Comité manifiesta que «aunque toma nota de la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo como de la reforma emprendida por el Estado parte respecto del recurso de casación, observa con preocupación que las medidas provisionales y parciales en vigor, y las previstas en el marco de la reforma, podrían no ser conformes con el párr. 5.º del art. 14 del Pacto. El Estado parte debería tomar medidas necesarias y eficaces para garantizar el derecho de toda persona declarada culpable de un delito a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior. El Estado parte debería velar por que la Ley Orgánica núm. 19/2003 garantice plenamente la doble instancia penal» (*CCPR/C/ESP/CO/5,* de 5 de enero de 2009*,* párr. 17).

A pesar de que el Tribunal Supremo en reiterada jurisprudencia manifiesta que «la valoración de la prueba corresponde al Tribunal del enjuiciamiento y que en principio no cabe su revaloración en el trance casacional» (STS de 2 de diciembre de 2007), en este asunto, la Sala de Casación procede a entrar a una nueva valoración de la prueba debido a que la efectuada por el Tribunal de instancia, dando por acreditada la aceptación por la víctima de la conducta lasciva de su superior jerárquico, resultaba manifiestamente irracional e ilógica. En consecuencia, el Tribunal de casación deduce una ausencia de consentimiento, expreso o tácito, de la víctima al contacto sexual que llevó a cabo el acusado ya que se vio obligada a ello al ser su superior jerárquico con el que además le unía una la relación de «especial confianza».

El segundo motivo de casación se refiere a la inaplicación del art. 106 del Código Penal Militar en su modalidad de trato degradante en relación con los hechos probados. Efectivamente, el concepto de trato degradante constituye el núcleo central de la sentencia comentada, que toma como referencia la noción elaborada por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, de acuerdo a lo preceptuado en el art. 10.2 de la Constitución Española, debe servir de criterio interpretativo cuando se trate de aplicar las normas relativas a los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución (en este sentido, véase FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C. y JIMÉNEZ GARCÍA, F., *El Derecho internacional de los derechos humanos en la Constitución Española: 25 años de jurisprudencia constitucional*, Madrid, Thomson-Civitas, 2006).

El Convenio Europeo de Derechos Humanos (Roma, 1950) en su art. 3 prohíbe de forma terminante la tortura y los tratos inhumanos o degradantes como una norma que se incardina dentro del *núcleo duro* de los derechos humanos y que no puede ser objeto de restricción ni limitación alguna, incluso en circunstancias excepcionales. La falta de concreción de las prácticas prohibidas ha sido suplida por la jurisprudencia de la antigua Comisión y del Tribunal Europeo, que han ido conformando los contornos cada vez más precisos de los anteriores conceptos (véase nuestro trabajo: *El Convenio europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes. Su aplicación en España*, Madrid, Dykinson, 2005, pp. 201-255).

Los criterios jurisprudenciales utilizados para diferenciar las categorías enumeradas en el art. 3 del Convenio son dos: la intensidad del sufrimiento y la apreciación

relativa. El primero opera en un doble sentido, como delimitador del momento a partir del cual un hecho cae bajo el ámbito del art. 3 y como *parámetro* para deslindar cada uno de los conceptos. Así, por ejemplo, ciertas conductas a pesar de ser odiosas no alcanzan el «mínimo de gravedad» exigida por el art. 3 (asuntos *Griego*, *Tomasi* y *Raninen*). Será entonces el Tribunal quien determine en cada caso el «mínimo requerido» para que un acto alcance el umbral que permita desencadenar la aplicación del art. 3 y pueda ser incluido en cada una de las conductas contempladas. Pero el criterio de la intensidad del sufrimiento actúa a la vez como *parámetro* para diferenciar los conceptos de tortura, trato inhumano y trato degradante. En lo que se refiere a este último, la Comisión Europea de Derechos Humanos en el asunto *Griego* declaró que «un trato aplicado a un individuo podía ser calificado de degradante si le humillaba groseramente delante de otros o le llevaba a actuar en contra de su voluntad o conciencia». Por su parte el Tribunal, en el asunto *Campbell y Cosans*, consideró que los castigos corporales a título de medida disciplinaria en las escuelas a las que asistían los hijos de las demandantes no violaban el art. 3 debido a que el sufrimiento provocado no había alcanzado el nivel de gravedad requerido. El segundo criterio utilizado por la jurisprudencia europea que atempera la subjetividad de la intensidad del sufrimiento es el de la apreciación relativa, que permite al Tribunal constatar con mayor imparcialidad la existencia de cualquiera de las categorías contempladas en el art. 3 del Convenio en razón a una serie de circunstancias que pueden atenuar o agravar el sufrimiento de la víctima, entre las que se encuentran la edad del demandante, el estado físico o mental de la víctima, el contexto en el que se producen los malos tratos o la condición femenina o masculina de la víctima.

En la sentencia objeto de análisis se utilizan los criterios anteriores para definir el trato degradante, entre los que queremos destacar la condición femenina de la víctima como medio para objetivar un comportamiento humano que puede variar dependiendo de diversos factores, como son la sensibilidad de la persona, la resistencia al dolor o incluso el nivel cultural. En el asunto *Aydın*, el Tribunal declaró que la violación de una persona que se encuentre detenida por un agente del Estado debía ser considerada como una forma particularmente grave y odiosa de malos tratos, teniendo en cuenta que el agresor puede abusar de la vulnerabilidad de la víctima y de su fragilidad. En el asunto *Klaas*, se alegó igualmente la condición femenina de la demandante al poner de relieve la desproporción entre la fuerza utilizada por dos policías de sexo masculino para obligarla a que se sometiera a la prueba de alcoholemia y la fuerza que ella opuso. En jurisprudencia más reciente, el Tribunal Europeo utiliza el mismo criterio (asuntos *A, B et C* y *Lotarev)* y, más concretamente, en el asunto *Opuz*, declara que la demandante puede estar incluida dentro de la categoría de «personas vulnerables» que tienen derecho a una protección especial del Estado.

Por su parte, el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura (CPT) refiere en el Informe sobre una visita a España que cualquier discriminación que niegue el acceso igualitario de las mujeres al régimen de actividades en las prisiones podría calificarse de trato degradante [CPT/Inf (2000) 23, párrs. 21-25] [véase nuestro trabajo «El Comité para la Prevención de la Tortura (CPT). Examen de las visitas efectuadas a España», en Fernández de Casadevante Romaní, C., *España y los órganos internacionales de control en materia de derechos humanos*, Madrid, Dilex, 2010, pp. 419-479].

Como no podía ser de otro modo, tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional reiteran en su jurisprudencia los criterios aludidos con el propósito de objetivar cada una de las conductas contempladas en el art. 3 del Convenio Europeo y definen el trato degradante como «un comportamiento de palabra u obra que rebaja, humilla o envilece al inferior despreciando su dignidad personal y que alcance un

mínimo de gravedad» (SSTS, Sala de lo Militar, 20 de septiembre de 2002 y 5 de mayo de 2004), que «pueda crear sentimientos de temor, angustia e inferioridad capaz de quebrantar su resistencia física o moral» (SSTS, Sala de lo Militar, 5 de diciembre de 2007, 23 de octubre de 2007 y de 18 de noviembre de 2008). En la misma línea, el Tribunal Constitucional alude a la intención de envilecer ante los demás o ante sí mismo con un acto que alcance un mínimo de gravedad cuyo nivel ha de fijarse a la vista de las circunstancias del caso (Sentencias 57/1994, de 28 de febrero; 119/1996, de 8 de julio, y 116/2010, de 24 de noviembre).

En la sentencia objeto del presente comentario, el Tribunal considera que los hechos alcanzan la gravedad requerida para quedar subsumidos en el tipo delictivo configurado en el art. 106 del Código Penal Militar en la modalidad de trato degradante a un inferior. La condición femenina de la víctima, así como la relación de subordinación con el acusado, pueden ser consideradas como dos circunstancias que agravan los hechos teniendo en cuenta el criterio de la apreciación relativa esencial para graduar la intensidad del sufrimiento.

Julia Ruiloba Alvariño
Universidad Rey Juan Carlos

6.4. Art. 10.2 CE. Cuestiones generales

Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala 2.ª) núm. 135/2011, de 12 de septiembre.

Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala 2.ª) núm. 150/2011, de 29 de septiembre.

Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala 2.ª) núm. 153/2011, de 17 de octubre.

Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala 2.ª) núm. 154/2011, de 17 de octubre

Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala 2.ª) núm. 173/2011, de 7 de noviembre.

Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala 2.ª) núm. 174/2011, de 7 de noviembre.

F.: ***http://www.tribunalconstitucional.es*****.**

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso, Sección 5.ª), de 28 de septiembre de 2011. Ponente: Fernando Benito Moreno.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079230052011100800.

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso, Sección 3.ª), de 7 de diciembre de 2011. Ponente: Francisco Díaz Fraile.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079230032011100750.

Nota: 1. En no pocas ocasiones, las diferentes ediciones de esta crónica, y otros trabajos doctrinales, han reparado en el mucho uso que los órganos judiciales espa-

ñoles han hecho del art. 10.2 de la CE, haciendo evidente la imbricación ya existente entre el Derecho internacional y el Derecho interno en materia de derechos fundamentales. No en vano, algún autor ha llegado a afirmar, refiriéndose al mencionado precepto constitucional, que «pocas dudas caben de que ha sido y es uno de los instrumentos de política jurídica más útiles y exitosos de la CE» (Liñán Nogueras, D. J., «El proyecto constitucional europeo y la interpretación de derechos y libertades en la Constitución española: ¿una nueva dimensión del art. 10.2?», en *Pacis Artes. Obra Homenaje al Profesor J. D. González Campos*, t. I, Madrid, Eurolex Editorial, 2005, pp. 933-946, en la p. 933).

La presente edición no podía ser una excepción, de ahí que se relacionen a continuación una serie de pronunciamientos del Tribunal Constitucional y de la Audiencia Nacional que contienen referencias al Derecho internacional como fuente de inspiración de los derechos fundamentales y las libertades que nuestra Ley Fundamental consagra.

2. En el ciclo estudiado, y del lado de la jurisprudencia constitucional, el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la CE, en sus distintas modalidades o vertientes, continúa siendo el objeto de un buen número de recursos de amparo resueltos por el Tribunal Constitucional. Así ocurre, particularmente, en las sentencias núms. 135, 153, 154 y 174, dictadas por el máximo intérprete de nuestra Constitución en el último semestre del año 2011. En los tres primeros pronunciamientos, y tanto para fundamentar su decisión de conceder el amparo solicitado (STC 135/2011) como para, en su caso, desestimarlo (SSTC 153/2011 y 154/2011), el Alto Tribunal maneja con pericia la dilatada doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de garantía de la audiencia de un acusado en fase de recurso de apelación, si bien hay que precisar que en la Resolución 135/2011 este Tribunal ha omitido cualquier referencia expresa al art. 10.2. Por su parte, los argumentos esgrimidos también por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en una voluminosa jurisprudencia sobre las exigencias que se derivan del derecho a un juicio justo han conducido al Tribunal Constitucional, en la Sentencia 174/2011, a otorgar el amparo a quien, habiendo sido condenado como autor de un delito continuado de abusos sexuales a una menor de edad, denunció la vulneración de su derecho de defensa. Por lo demás, la sentencia citada evoca con carácter general la Convención de las Naciones Unidas de 1989 sobre los Derechos del Niño, y la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea, de 15 de marzo de 2001, relativa al Estatuto de la víctima en el proceso penal.

Una sentencia particularmente interesante y repleta de referencias jurídicas internacionales es la núm. 173/2011, aun cuando algunas de estas citas resultan excesivamente generales y no siempre se determinan los efectos jurídicos de los textos de naturaleza internacional a los que el Tribunal Constitucional recurre con fines hermenéuticos. Concretamente, en este pronunciamiento el demandante considera afectado, principalmente, su derecho a la intimidad, en relación con los derechos a un juicio con todas las garantías y a la presunción de inocencia: aquel fue condenado por un delito de corrupción de menores, en su modalidad de distribución de pornografía infantil, y denunció que le fue intervenido por la Policía Nacional, sin autorización judicial previa, un ordenador personal portátil en el que conservaba numerosos ficheros de fotografías y vídeos de contenido pedófilo en el marco de una red de intercambios a la que podía acceder cualquier persona que se conectara a Internet. En el FJ 3.º de la sentencia reseñada, el Tribunal Constitucional revela una jurisprudencia consolidada del Tribunal de Estrasburgo que ha sido extremadamente sensible a los riesgos que existen para ciertos derechos y libertades fundamentales en una sociedad tecnológicamente muy avanzada. Del mismo modo, la preocupación por el uso indebido de

la informática y de la tecnología de la información, y su incidencia negativa sobre tales derechos, han llevado al Tribunal Constitucional a mencionar, en el FJ 4.º, una sucesión de instrumentos internacionales, de desigual valor jurídico, que en el ámbito regional europeo se han ocupado de esta cuestión. Así las cosas, se citan el Convenio núm. 108 del Consejo de Europa sobre protección de los datos informatizados de carácter personal, firmado en 1981 y vinculante para España —como apunta el Tribunal Constitucional—, y algunas de las recomendaciones del Comité de Ministros que lo desarrollan: en particular, se invocan la Recomendación sobre datos personales utilizados en el sector policial (1987) y la Recomendación sobre privacidad en Internet (1999). Acto seguido, el Tribunal Constitucional se adentra en el Derecho de la Unión Europea y se remite, de manera sincrónica, al art. 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, a la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas, y a dos Resoluciones del Parlamento Europeo, de 1996 y 1998, sobre el respeto de los derechos humanos en la Unión Europea. No contento con lo anterior, el Alto Tribunal, en el mismo FJ 4.º, se apresta a exponer la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea recaída en el asunto *Productores de Música de España (Promusicae) c. Telefónica de España*, de 29 de enero de 2008, en la que se reafirma el derecho a la protección de los datos personales como un valor a tener en consideración por los Estados miembros tanto en el momento de trasponer una directiva como en el de aplicarla. No obstante, a la postre, el Tribunal Constitucional toma la decisión de desestimar el recurso de amparo y mediante un juicio de ponderación determina que, en el caso concreto, la celeridad en la actuación judicial encontraba justificación atendiendo a la gravedad de los hechos y a la vulnerabilidad de las víctimas. Y, a estos efectos, se vale de lo estipulado en la Decisión del Consejo de la Unión Europea, de 29 de mayo de 2000, relativa a la lucha contra la pornografía infantil en Internet, así como de lo dispuesto en la Decisión Marco del mismo Consejo, de 22 de diciembre de 2003, sobre la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil.

Por último, la STC 150/2011 pone de manifiesto un buen conocimiento de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa a la incidencia negativa del ruido sobre determinados derechos fundamentales, como el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE), a la intimidad personal y familiar y a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.1 y 2 CE), especialmente aquellas sentencias dictadas en varios procesos contra España (asuntos *López Ostra* de 1994 y *Gómez Moreno* de 2004), si bien en el caso de autos el Alto Tribunal esgrime las sentencias citadas (especialmente la segunda) para sustentar una declaración de inexistencia de lesión de tales derechos.

3. Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 28 de septiembre de 2011, en un supuesto de reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración por las lesiones que padeció un interno al sufrir una caída en el Centro Penitenciario, aduce como elementos hermenéuticos, en relación con los derechos a la vida y a la integridad física y moral, los preceptos pertinentes de la Declaración Universal de Derechos Humanos, los correspondientes del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y «las Declaraciones recogidas en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (*sic*)». Aunque es importante hacer notar la muy loable vocación internacional profesada por el magistrado ponente en la sentencia mencionada, sin embargo, consideramos que no alcanza a discernir correctamente las distintas funciones que, en nuestro ordenamiento jurídico, desempeñan los arts. 10.2 y 96.1 de nuestra Constitución.

Por último, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de diciembre de 2011, en un supuesto de responsabilidad por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, apela de forma un tanto alambicada al importante giro jurisprudencial al que se ha visto obligado nuestro Tribunal Supremo, con respecto a la interpretación del art. 294 de la LOPJ, como consecuencia de una jurisprudencia profusa del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el art. 6.2 del Convenio de Roma de 1950, que declara el derecho de toda persona que ha sido acusada de una infracción de ser considerada inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.

Eva DÍEZ PERALTA
Universidad de Almería

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: 1. TRIBUNAL DE JUSTICIA: ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA.—1.1. Reconocimiento mutuo y ejecución de decisiones.—1.2. Ley aplicable.—2. PRÁCTICA ESPAÑOLA: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.—3. PRÁCTICA ESPAÑOLA: DERECHO JUDICIAL INTERNACIONAL.—3.1. Competencia judicial internacional.—4. PRÁCTICA ESPAÑOLA: DERECHO CIVIL INTERNACIONAL.—4.1. Protección de menores.—4.2. Filiación natural.—4.3. Adopción internacional.—4.4. Obligaciones contractuales.—4.5. Sucesiones.

* Esta crónica es continuación de la publicada en *REDI*, 2011-2. La selección se ha efectuado sobre resoluciones dictadas durante el año 2011. Colaboran en la presente crónica, Vésela Andreeva Andreeva, Santiago Álvarez González, Laura Carballo Piñeiro, Gilles Cuniberti (cuya nota ha sido traducida por Marta Requejo Isidro), Eva Lein, Ángel Espiniella Menéndez, Cristina González Beilfuss, Javier Maseda Rodríguez, Pedro Alberto de Miguel Asensio, Patricia Orejudo Prieto de los Mozos, Crístian Oró Martínez, e Isabel Rodríguez-Uría Suárez, de las Universidades Autónoma de Barcelona, Barcelona, *Université de Luxembourg*, Complutense de Madrid, Oviedo, Santiago de Compostela y del *British Institute for International and Comparative Law* (Londres). Sin perjuicio de que otras contribuciones se puedan enmarcar en otras ayudas o proyectos específicos, las contribuciones de Santiago Álvarez González, Laura Carballo Piñeiro, Javier Maseda Rodríguez e Isabel Rodríguez-Uría Suárez, han disfrutado de una Ayuda de la Consellería de Educación e Ordenación Universitaria de la Xunta de Galicia y el FEDER.

1. TRIBUNAL DE JUSTICIA: ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA

1.1. Reconocimiento mutuo y ejecución de decisiones

2012-1-Pr

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.—Reglamento 44/2001.—Compraventa de mercancías.—Tribunal del lugar de ejecución de la obligación contractual que sirviere de base a la demanda.—Lugar de entrega de las mercancías.—Contrato que contiene la cláusula «Entrega: franco fábrica».

Preceptos aplicados: art. 5.1.*b)* Reglamento 44/2001.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 3.ª), de 9 de junio de 2011, asunto C-87/10. Ponente: E. Juhász.

F.: *http://curia.europa.eu*.

El art. 5, número 1, letra b), primer guión, del Reglamento (CE) núm. 44/2001 [...], debe interpretarse en el sentido de que, en caso de venta por correspondencia, el lugar en el que, según el contrato, hubieren sido o debieren ser entregadas las mercaderías habrá de determinarse basándose en lo que disponga el propio contrato.

A fin de comprobar si el lugar de entrega está determinado «según el contrato», el órgano jurisdiccional nacional que conozca del asunto debe tener en cuenta todos los términos y todas las cláusulas pertinentes de dicho contrato que designen de manera clara dicho lugar, incluidos los términos y cláusulas generalmente reconocidos y consagrados por los usos mercantiles internacionales, como los Incoterms («international commercial terms») elaborados por la Cámara de Comercio Internacional, en su versión publicada en 2000.

Si resulta imposible determinar sobre esta base el lugar de entrega, sin remitirse al Derecho sustantivo aplicable al contrato, dicho lugar será el de la entrega material de las mercancías, en virtud de la cual el comprador adquirió o hubiera debido adquirir la facultad de disponer efectivamente de dichas mercancías en el destino final de la operación de compraventa.

Nota: 1. El objeto de análisis e interpretación en la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala 3.ª), de 9 de junio de 2011 (asunto C-87/10), es, de nuevo, el controvertido art. 5.1.*b)* 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. La decisión del TJUE tiene su origen en la cuestión prejudicial interpuesta por el *Tribunale ordinario* de Vicenza en el marco de un litigio entre Electrosteel Europe, S. A., con domicilio social en Arles (Francia) y Edil Centro SpA, con domicilio social en Piovene Rocchette (Italia). Ambas empresas celebraron un contrato de compraventa de mercancías y, tras una disputa, la vendedora, Edil Centro SpA, presentó una demanda contra la compradora, Electrosteel Europe, S. A., exigiendo la cantidad de 36.588,26 euros en concepto de pago de las mercancías adquiridas. La compradora interpuso una declinatoria alegando que su domicilio social está en Francia y por tanto, son competentes para conocer del litio los tribunales de este Estado. La parte vendedora, sin embargo, argumenta la competencia judicial de los tribunales italianos a la

cláusula «*Resa: franco nostra sede*» («Entrega: franco nuestro domicilio») referente al lugar de entrega de las mercancías, que corresponde a uno de los términos elaborados por la Cámara de Comercio Internacional, con sede en París, llamados «Incoterms», en concreto, el término «*Ex works*».

2. A causa de las diferentes interpretaciones del art. 5.1.*b)* RBI por los tribunales italianos y con el fin de aplicar correctamente dicho precepto, el *Tribunale ordinario* de Vicenza suspende el procedimiento y presenta una cuestión prejudicial al TJUE preguntando si el art. 5.1.*b)* RBI se ha de interpretar «que establece que el lugar de cumplimiento de la obligación, cuando se trate de una compraventa de mercaderías, será el lugar en el que, según el contrato, hubieren sido o debieren ser entregadas las mercaderías, en el sentido de que el lugar de la entrega, pertinente a efectos de determinar el juez competente, es el lugar de destino final de las mercaderías objeto del contrato, o bien aquel en el que el vendedor cumple la obligación de entrega, con arreglo a la normativa sustantiva aplicable al caso concreto, o cabe una interpretación distinta de la citada norma».

3. El TJUE analiza el litigio planteado y responde a la cuestión prejudicial haciendo referencia a la Sentencia de 25 de febrero de 2010, *Car Trim* (C-381/08). Las circunstancias de este caso son muy parecidas al litigio entre Electrosteel Europe, S. A., y Edil Centro SpA, lo que ha permitido al Tribunal fundamentar su decisión en la del asunto *Car Trim*. Declara el TJUE que en caso de contratos de compraventa por correspondencia, el art. 5.1.*b)*, primer guión RBI se ha de interpretar en el sentido de que el lugar en el que, según el contrato, se deben entregar las mercancías habrá de determinarse por las disposiciones del contrato. Es decir, el lugar de entrega de las mercancías para los efectos del art. 5.1.*b)*, primer guión RBI, es el lugar indicado en el contrato. Si las partes no han determinado de manera clara e inequívoca tal lugar, entonces, estima el Tribunal, sin remitirse al Derecho sustantivo aplicable al contrato, dicho lugar será el de la entrega material de las mercancías.

4. Ahora bien, tal interpretación del art. 5.1.*b)*, primer guión RBI, suscita una nueva pregunta de cómo se ha de interpretar la expresión «según el contrato» cuando de la redacción de las cláusulas contractuales no se desprende cuál es dicho lugar. Para responder a la pregunta, el Tribunal de Luxemburgo analiza la voluntad de las partes. La autonomía de la voluntad es un principio básico que rige las relaciones entre las partes en el comercio internacional. Por tanto, si las partes han elegido el lugar de entrega de las mercancías, este se ha de tomar en consideración a la hora de determinar el tribunal competente para conocer de la controversia, de acuerdo con el art. 5.1.*b)* RBI. En el presente caso, sin embargo, de la redacción de las cláusulas del contrato, no se establece con claridad dicho lugar. Lo que han hecho las partes es determinar el lugar de entrega a través de uno de los términos de los Incoterms, concretamente, «*Ex works*». Dicha norma establece que las mercancías se consideran entregadas en el domicilio de la vendedora que es Piovene Rocchette (Italia).

5. Los Incoterms de la Cámara Internacional de Comercio de París son ampliamente utilizados en el comercio internacional. Su aplicación en el comercio internacional es el punto de inflexión sobre el que el TJUE argumenta su decisión. En relación con la determinación de la competencia judicial, las prácticas en el comercio internacional se toman en consideración de manera expresa en el art. 23 RBI. De acuerdo con la letra *c)*, la cláusula de sumisión es válida cuando en un contrato internacional que se ha hecho en una forma que se ajuste a los usos que las partes conocen o deberían conocer y que, en dicho comercio son ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el sector

comercial considerado. En el sector de la compraventa internacional de mercancías el empleo de los Incoterms es una práctica habitual que las partes conocen bien. De hecho, el uso de tales prácticas entre los comerciantes ha llevado a la Cámara de Comercio Internacional a recopilarlas y codificarlas, de modo que hoy en día se han convertido en normas de *soft law*.

6. Tal interpretación es propia del art. 23 RBI. No obstante, el TJUE emplea las mismas consideraciones para justificar la aplicación del art. 5.1.*b)* en relación con el Incoterm «*Ex Works*». Es decir, para determinar el lugar en el que se han de entregar las mercancías y, consecuentemente, el tribunal competente, en primer lugar, se ha de comprobar si las partes lo han previsto en el contrato. En el caso concreto, Electrosteel Europe, S. A., y Edil Centro SpA lo han hecho a través del Incoterm «*Ex Works*». Dicho término significa que el vendedor cumple con su obligación de entrega cuando pone las mercancías, en su establecimiento, a disposición del comprador. Es decir, debe suministrar la mercancía junto con toda la documentación correspondiente, en el lugar designado y en la fecha estipulada. Hasta que la mercancía no se ha entregado, el vendedor ha de soportar todos los gastos, incluidos los riesgos de pérdida y daño. El comprador, por su parte, ha de cargar la mercancía en el medio de transporte elegido por él mismo y correr con todos los gastos y riesgos desde el momento de la entrega material de las mercancías en el domicilio del vendedor.

7. La cuestión es si tal determinación se puede considerar válida en relación con el art. 5.1.*b)* RBI. En este contexto, el Tribunal de Luxemburgo hace una interpretación restrictiva siguiendo la opinión de la Comisión Europea que estima que para determinar el lugar de entrega de las mercancías son necesarios requisitos estrictos que han de «precisar con claridad la forma, la fecha y el lugar de entrega de las mercancías adquiridas». Consecuentemente, estima el TJUE, en el apartado 23 de la sentencia, que es imprescindible examinar si en el caso concreto los Incoterms fijan únicamente las condiciones de reparto del riesgo y los gastos o también designan el lugar de entrega de las mercancías. De acuerdo con las disposiciones del contrato, «dicha cláusula comprende no sólo las disposiciones de los puntos A5 y B5, titulados *"Transfer of risks",* relativos a la transmisión del riesgo, y los puntos A6 y B6, titulados *"Division of costs",* que tratan el reparto de los gastos, sino también, de manera diferente, lo dispuesto en los puntos A4 y B4, titulados respectivamente *"Delivery"* y *"Taking delivery",* que se remiten al mismo lugar y permiten, por tanto, designar el lugar de entrega de las mercancías». De modo que, según el TJ, la cláusula del Incoterm «*Ex Works*» es vinculante para las partes, tanto en relación con la transferencia del riesgo y el reparto de los gastos, como con el lugar de entrega de las mercancías. En el supuesto concreto, el tribunal competente para conocer de la controversia, de acuerdo con el art. 5.1.*b)* RBI, sería el *Tribunale ordinario* de Vicenza, por ser el Tribunal del Estado miembro en el que se han de entregar las mercancías, de acuerdo con las disposiciones del contrato.

Vésela Andreeva Andreeva
Universidad Autónoma de Barcelona

2012-2-Pr

COOPERACIÓN JUDICIAL EN MATERIA CIVIL.—Reglamento 44/2001.—Solicitud de ejecución: título declarativo de ejecutividad y ejecución material.—Carácter ejecutorio de la resolución.—Motivos de denegación en fase de recurso: tasados.

Preceptos aplicados: art. 45 R.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 13 de octubre de 2011, asunto C-139/10, *Prism Investments BV c. Jaap Anne van der Meer*. Ponente: C. Toader.

F.: *http://curia.europa.eu*.

El art. 45 R. [...] debe interpretarse en el sentido de que se opone a que el tribunal que debe pronunciarse sobre el recurso previsto en los arts. 43 o 44 de dicho R., deniegue o revoque el otorgamiento de la ejecución de una resolución por un motivo distinto de los mencionados en los arts. 34 y 35 del antedicho R., como la ejecución de la referida resolución en el Estado miembro de origen.

Nota: 1. Por Sentencia de 5 de diciembre de 2006, la *Cour d'appel de Bruxelles* condenó a la sociedad holandesa Prism Investments BV, a pagar una determinada cantidad a Arilco Holland BV, filial holandesa de Arilco Opportune. En 2007, Arilco fue declarada en quiebra, nombrándose síndico al Sr. van der Meer, el cual solicitó ante el *Rechtbank's Hertogenbosch* holandés y *ex* art. 38 R., el otorgamiento de la ejecución de la sentencia condenatoria de pago, que fue estimada. Prism recurrió esta resolución *ex* art. 43 R., solicitando la revocación de la declaración de ejecutividad: a su juicio, ya había cumplido por vía de compensación de créditos la obligación que tal sentencia le había impuesto. En 2008, el *Rechtbank* desestimó el recurso de Prism, alegando que, según el art. 45 R., el otorgamiento de la ejecución sólo puede revocarse por uno de los motivos previstos en los arts. 34 y 35 R.: a su entender, la excepción de cumplimiento no está comprendida entre los motivos allí relacionados, por lo que no debe considerarse dentro del procedimiento de recurso contra la declaración de ejecutividad, sino en una fase posterior de ejecución efectiva. Prism recurrió en casación, alegando que conceder la ejecución vulneraba el orden público del art. 45 R., en relación con el art. 34.1 R., ya que la condena en cuestión había agotado sus efectos debido a su cumplimiento en Bélgica y que el cumplimiento en los Países Bajos no podía ser conforme a Derecho. Ante la duda, el *Hoge Raad* holandés planteó al TJUE una cuestión prejudicial en relación con el alcance del art. 45 R., en concreto, si un motivo basado en la ejecución en el Estado miembro de origen de la resolución judicial puede utilizarse no sólo en un litigio sobre la ejecución de dicha resolución, sino también en el procedimiento de otorgamiento de la ejecución.

2. Considerar un motivo de denegación de exequátur en fase de recurso ajeno a los relacionados en los arts. 34 y 35 R., en el caso, excepción material de cumplimiento de la pretensión por compensación de créditos, casa mal con un R. que, basado en la confianza recíproca en la justicia y en orden a facilitar que una resolución dictada en un Estado miembro distinto del requerido produzca aquí los mismos efectos que un título nacional de carácter ejecutivo, propone un sistema de reconocimiento y ejecución basado en los principios de eficacia, celeridad y uniformidad (FD 42; otros ordenamientos, como sucede con el alemán, sí admiten expresamente oponerse a la ejecución ya en sede de exequátur).

En efecto, coherente con lo expuesto, no extraña la exhaustividad de los motivos de recurso que pueden invocarse, limitados sólo a los relacionados en los arts. 34 y 35 R. (FD 33). No sólo porque el art. 45 R. se pronuncie en este sentido (el Tribunal «*sólo* podrá desestimar o revocar el otorgamiento de la ejecución por uno de los motivos previstos en los arts. 34 y 35 R.»; también, considerando 18 R.), sino, fundamentalmente, porque operar de otro modo tiene difícil ajuste, como adelantábamos, con los

referidos principios de simplicidad, eficacia y celeridad que fundamentan el procedimiento de otorgamiento de la ejecución del R. (FD 27; considerandos 16 y 17 R.; apdo. 23, STJUE de 14 de diciembre de 2006, *ASML*). Si el art. 45 R., fiel a este espíritu, exige un pronunciamiento del juez de exequátur resolviendo un eventual recurso *en breve plazo*, considerar en esta fase una excepción material ajena a los arts. 34 y 35 R., retrasaría sin duda el proceso. Más todavía, como sucede en este caso, cuando la excepción de cumplimiento de la pretensión por compensación de créditos propuesta por el deudor contra el otorgamiento de la ejecución no solo no está clara sino que resulta rebatida de forma fundamentada, lo que obligaría a una verificación de los hechos que alargaría el proceso (FD 35; p. ej., posible petición del juez holandés de un dictamen sobre los requisitos y consecuencias de la compensación conforme al Derecho belga; apdo. 47, Conclusiones AG). Repárese, al hilo de esto, que, de permitirse esta verificación, sería un Tribunal superior (en España, las AP) el que se pronunciase en primera instancia sobre la excepción material, lo que no solo resulta extraño a la estructura del art. 45 R., sino que además privaría a las partes de una instancia en caso de plantear una eventual reclamación al respecto (apdo. 48, Conclusiones AG). A esta desaceleración, añádase, en fin, el riesgo a otro de los objetivos básicos del legislador comunitario, la uniformidad del procedimiento de otorgamiento de la ejecución en todo el territorio de la UE, que se vería comprometido de permitir que en un Estado miembro puedan tomarse en consideración excepciones materiales y en otros no.

3. El carácter restrictivo con el que deben ser interpretadas las condiciones de los arts. 34 y 35 R. (apdo. 55, STJUE de 28 de abril de 2009, *Apostolides*) refuerza asimismo su exhaustividad: aleja una eventual ampliación de estas condiciones siquiera por vía interpretativa. Sirva el caso, p. ej., del art. 35 R., que limita el control de competencia del juez de origen a los casos señalados y que prohíbe ampliar su espectro de ubicar el resto de supuestos en el cajón de sastre del orden público del art. 34.1 R. (detrás de las dificultades que existieron para ubicar en el art. 34.2 R., ciertas garantías procesales ajenas a su tenor, y que aclaró la STJUE de 28 de marzo de 2000, *Krombach*, se halla también este carácter interpretativo restrictivo). No debe olvidarse que el procedimiento tendente a la obtención de la declaración de ejecutividad no es un nuevo proceso y que introducir elementos en su desarrollo extraños a los propuestos por el R. no encaja con su naturaleza básicamente formal u homologadora alejada del fondo, como bien recuerda su art. 36 R., que prohíbe expresamente cualquier revisión en cuanto al fondo (así, p. ej., ATS de 23 de mayo de 2000 y de 6 de junio de 2000, que rechazaron la posibilidad de oponer al exequátur la alegación de prescripción vinculada a la acción causal; o AAP de Barcelona de 15 de marzo de 2010, en relación con defectos en el poder para pleitos o defectos formales en la solicitud de exequátur). Téngase en cuenta además que lo que busca el legislador comunitario con el R. es simplificar más si cabe los trámites relativos al reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales, reforzando así su carácter formal. De ahí las modificaciones que en este instrumento se hicieron respecto de lo que proponía el CB, como, p. ej., en el carácter no contradictorio de la primera fase del procedimiento, donde se condiciona la obtención de la declaración de ejecutividad, como es sabido, ya no (como antes) a las condiciones de reconocimiento relacionadas en los arts. 34 y 35 R., sino (solo) a la verificación de las formalidades de presentación por el solicitante de una serie de documentos (copia auténtica de la resolución extranjera y certificación de las autoridades del Estado de origen; art. 53 R.), esto es, ausencia de cualquier tipo de examen sobre los elementos de hecho y de Derecho del asunto dirimido por la resolución cuya ejecución se solicita.

4. El R. no permite, pues, la introducción en fase de declaración de ejecutividad de motivos propios de la ejecución material, dada la naturaleza formal del procedimiento que propone y la exhaustividad de las causas a las que se remite el art. 45 R., sin que razones de economía procesal justifiquen otro comportamiento (p. ej., concentración de los motivos de defensa basados en la ejecución de la resolución en fase del procedimiento de recurso contra el otorgamiento de la ejecución, que evitaría en casos como este la fase suplementaria del procedimiento de ejecución material en el Estado requerido; FFDD 41 y 42). Todo ello, a menos que tales motivos puedan ser absorbidos o arropados en una de las causas taxativamente enunciadas en los arts. 34 y 35 R. para la denegación de la ejecutividad [Informe Schlosser, núm. 220.*b)*], p. ej., el orden público del art. 34.1 R., lo que no parece posible en el caso que nos ocupa.

Resta, no obstante, una consideración. Sobre la totalidad del procedimiento dirigido a la obtención de la declaración de ejecutividad planea una cuestión: el carácter ejecutivo de la resolución extranjera. Es sabido que en orden a evitar la atribución de derechos que no tiene en el Estado de origen o efectos que no produciría una resolución del mismo tipo dictada directamente en el Estado requerido (apdo. 66, STJUE de 28 de abril de 2009, *Apostolides*; apdo. 11-11, STJUE de 4 de febrero de 1998, *Hoffmann*), la ejecución de una resolución extranjera en otro Estado sólo puede plantearse si el Derecho del Estado de origen le confiere carácter ejecutivo (art. 38.1 R.; apdo. 23, STJUE de 29 de abril de 1999, *Coursier*). No lo sería, en consecuencia, respecto de las sentencias constitutivas o declarativas, y sí, en cambio, en relación con aquellas de condena (o declarativas y/o constitutivas con pronunciamientos de condena respecto de estos últimos). Por ello, aun cuando no caben más motivos de recurso que los propios de los arts. 34 y 35 R., sí cabría desestimar la solicitud de exequátur de verificarse la ausencia de este presupuesto. De ahí que se cuestione, tal como sucede en el caso que nos ocupa, si el hecho de que la pretensión de pago acogida en la sentencia haya sido cumplida entretanto mediante compensación elimina ya la *ejecutoriedad en el Estado de origen*, circunstancia que sí actuaría como oposición al otorgamiento de la ejecución (SAP de Baleares de 14 de octubre de 2004: alegación del pago de la deuda contenida en una resolución judicial alemana como motivo de denegación).

La respuesta es negativa: al margen de que ninguna disposición del R. permite denegar o revocar el otorgamiento del título declarativo de ejecutividad de una resolución a la que ya se dio cumplimiento, la ejecución de una resolución judicial no elimina su carácter ejecutorio ni tampoco se le conceden, en el momento de su ejecución en el extranjero, derechos que no tienen en el Estado de origen; o, lo que es lo mismo, el reconocimiento de los efectos de una resolución en el Estado requerido, objeto del procedimiento de otorgamiento de la ejecución, afecta a las características propias de la resolución de que se trate, haciendo abstracción de los elementos de hecho y de Derecho que atienden al cumplimiento de las obligaciones derivadas de tal resolución (FD 39; apdo. 18, Conclusiones AG). Piénsese que cuando el art. 38 R. habla del término *ejecutorias* lo hace desde un punto de vista *formal*, lo que elimina este carácter en resoluciones de condena contra las que se haya interpuesto un recurso o todavía quepa interponerlo y no hayan sido declaradas provisionalmente ejecutorias, o también, en algunos ordenamientos jurídicos, por la apertura de un procedimiento concursal en el Estado de origen (STJUE de 29 de abril de 1999, *Coursier*), y no, en cambio, cuando la pretensión recaída en la sentencia ya ha sido cumplida (FD 37). Tampoco es relevante, esto es, no afecta a su carácter ejecutorio, la circunstancia de si el cumplimiento de la pretensión en el Estado de origen puede oponerse ahí a la ejecución efectiva (véase también apdo. 70, STJUE de 28 de abril de 2009, *Apostolides*: no debe confundirse *ejecutoriedad* con las efectivas posibilidades de ejecución en el

Estado de origen, de ahí que una eventual dificultad para poder ejecutar una sentencia no elimine su carácter ejecutivo).

5. Que la excepción material de cumplimiento de la pretensión no constituya un motivo de denegación del título declarativo de ejecutividad de una resolución extranjera a efectos del art. 45 R. no significa que no pueda considerarse en el Estado requerido. A la fase del otorgamiento del exequátur que concede la declaración de ejecutividad y convierte la resolución extranjera en título ejecutivo para las autoridades nacionales le sigue el procedimiento propiamente dicho de ejecución material coactiva de la referida resolución. Y es aquí donde el cumplimiento de la pretensión puede tener su efecto: tal motivo puede estar sujeto al examen por parte del órgano jurisdiccional de ejecución del Estado requerido dado que, una vez que una resolución queda integrada en el ordenamiento jurídico del Estado requerido, las normas de su Derecho relativas a la ejecución material se aplican del mismo modo a como lo hacen respecto de las resoluciones adoptadas por los órganos jurisdiccionales nacionales (FD 40, apdo. 18, STJUE de 2 de julio de 1985, *Deutsche Genossenschaftsbank*; apdo. 16, STJUE de 3 de octubre de 1985, *Capelloni y Aquilini*; apdo. 27, STJUE de 4 de febrero de 1998, *Hoffmann*). La tutela judicial del deudor se halla, pues, garantizada. Será, por tanto, el Derecho del Estado requerido (en España, art. 523 LEC) el que determine aspectos como la estructura de la actividad ejecutiva, los bienes incluidos y excluidos de la ejecución material, la prelación de los créditos o, en lo que ahora interesa, las causas de oposición y/o recursos a la ejecución (en la STJUE de 29 de abril de 1999, *Coursier*, p. ej., declaración de quiebra como obstáculo a la ejecución material). No es objeto de la cuestión prejudicial valorar en qué Estado miembro puede proponer la parte contra la que se solicita la ejecución la excepción de cumplimiento por compensación, en lo que no entra el TJUE, que podría responderse a través del art. 22.5 R., aunque su alcance no es tema pacífico. Al respecto, ténganse en cuenta la STJUE de 4 de julio de 1985, *Autoteile*, que impide *ex* art. 22.5 R. solicitar mediante una acción de oposición a la ejecución la compensación del crédito a ejecutar con un contracrédito litigioso sobre el que los Tribunales del foro no habrían sido competentes de ser interpuesta la acción a título principal.

Javier MASEDA RODRÍGUEZ
Universidad de Santiago de Compostela

2012-3-Pr

EJECUCIÓN DE UNA MULTA COERCITIVA POR INFRACCIÓN DE UNA ORDEN DE CESACIÓN.—Medida cautelar de cesación de infracción de una patente.—Concepto de «materia civil y mercantil».—Ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas I.—Costas del procedimiento de exequátur.

Preceptos aplicados: art. 1 Reglamento 44/2001, art. 890 *Zivilprozessordnung* (Ley de Enjuiciamiento Civil alemana —ZPO—) y art. 14 Directiva 2004/48.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), de 18 de octubre de 2011, asunto C-406/09, *Realchemie Nederland BV c. Bayer CropScience AG*. Ponente: M. Berger.

F.: *http://curia.europa.eu*.

41. En el caso de autos, si bien es cierto que, con arreglo al artículo 890 de la ZPO, la multa controvertida en el litigio principal reviste un carácter punitivo y la motivación

de la resolución que la impone menciona expresamente el carácter penal de esa multa, no es menos cierto que el presente asunto se refiere a un litigio entre dos particulares cuyo objeto es la autorización para ejecutar en los Países Bajos seis resoluciones dictadas por el Landgericht Düsseldorf, en las que dicho tribunal, a raíz de una demanda presentada por Bayer y basada en una alegación de violación de patente, prohibió a Realchemie importar, poseer y comercializar determinados plaguicidas en Alemania. La acción así ejercida persigue garantizar derechos privados y no implica una manifestación de prerrogativas de poder público por parte de alguno de los litigantes. En otras palabras, la relación jurídica existente entre Bayer y Realchemie debe calificarse de «relación jurídica de Derecho privado», por lo que está comprendida en el concepto de «materia civil y mercantil» en el sentido del Reglamento núm. 44/2001.

42. Es cierto que de la resolución de remisión resulta que la multa impuesta a Realchemie, con arreglo al artículo 890 de la ZPO, por el auto del Landgericht Düsseldorf debe abonarse, en caso de ejecución, no a un particular parte en el litigio, sino al Estado alemán, que la multa no es cobrada por el particular parte en el litigio ni en nombre de éste, sino de oficio, y que son las autoridades del órgano jurisdiccional alemán quienes proceden al cobro efectivo de la multa. Sin embargo, estos aspectos concretos del procedimiento de ejecución alemán no pueden considerarse determinantes por lo que se refiere a la naturaleza del derecho a la ejecución. En efecto, la naturaleza de ese derecho depende de la del derecho subjetivo cuya violación hizo que se ordenase la ejecución, es decir, en el presente asunto, el derecho de Bayer a la explotación exclusiva de la invención protegida por su patente, indudablemente comprendido en el ámbito de las materias civil y mercantil en el sentido del artículo 1 del Reglamento núm. 44/2001. [...]

48. En lo que atañe al artículo 14 de la Directiva 2004/48, esta disposición pretende reforzar el nivel de protección de la propiedad intelectual, evitando que una parte perjudicada pueda verse disuadida de iniciar un procedimiento judicial para proteger sus derechos.

49. Por lo tanto, interpretar esta disposición en el sentido de que también es aplicable a un procedimiento de exequátur y a las resoluciones sobre las costas de dicho procedimiento es coherente, tanto con el objetivo general de la Directiva 2004/48, que es aproximar las legislaciones de los Estados miembros para garantizar un nivel de protección de la propiedad intelectual elevado, equivalente y homogéneo, como con el objetivo específico de esta disposición [...]. Conforme a tales objetivos, por regla general, quien haya violado unos derechos de propiedad intelectual debe cargar íntegramente con las consecuencias económicas de su conducta.

Nota: 1. La existencia de importantes diferencias entre las legislaciones de los Estados miembros de la UE en lo relativo a la configuración y naturaleza de las medidas previstas para la ejecución forzosa de los mandamientos judiciales de abstención o cesación de conductas puede plantear dificultades específicas cuando en el marco del Reglamento Bruselas I se pretende hacer valer la eficacia de ese tipo de decisiones en otros Estados miembros. Esta circunstancia resulta de particular relevancia en ámbitos en los que la tutela judicial es habitual que incluya ese tipo de mandamientos, como sucede con la protección de la propiedad industrial e intelectual —precisamente el litigio principal en este asunto es relativo a medidas provisionales adoptadas en relación con la infracción de patentes— pero también en otros ámbitos como la competencia desleal o la protección de los derechos de la personalidad.

Antes de abordar el tratamiento de esos aspectos en la sentencia reseñada, cabe dejar constancia de que en la misma el Tribunal se pronuncia también acerca de que las costas del procedimiento de exequátur deben considerarse comprendidas en el

ámbito del art. 14 Directiva 2004/48, que tiene su origen en los compromisos asumidos en el art. 45 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC). El art. 14 de la Directiva exige que los Estados miembros garanticen que las costas procesales y demás gastos en que haya incurrido la parte vencedora corran, como regla general, a cargo de la parte perdedora. Pese a que conforme al considerando 11 de la Directiva 2004/48 ésta no tiene por objeto establecer normas armonizadas sobre reconocimiento y ejecución de las decisiones en materia civil y mercantil, el Tribunal alcanza ese resultado distanciándose de la propuesta formulada en las conclusiones del abogado general, al considerar que la norma impone que el infractor cargue íntegramente con las consecuencias económicas de la infracción, lo que incluye las costas de la ejecución en el extranjero de la decisión relativa a la infracción.

2. Retomando la primera de las cuestiones reseñadas, cabe destacar que esta sentencia reviste especial interés en relación con la eficacia transfronteriza de las resoluciones que imponen mandamientos judiciales de abstención o cesación de conductas, en tanto en cuanto el Tribunal de Justicia se pronuncia acerca de la inclusión en el ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas I de ciertas medidas de ejecución típicas de esas situaciones que presentan significativos elementos de Derecho público. Así sucede con las medidas previstas para el caso de que el demandado incumpla su obligación de no hacer o de tolerar un acto en el art. 890 ZPO, que prevé la posibilidad de imponer al deudor una multa civil, a petición del acreedor pero en beneficio del Estado alemán o, si tal multa no puede hacerse efectiva, la condena a una pena privativa de libertad. Precisamente, en el art. 890 ZPO se funda la multa impuesta por el tribunal alemán acerca de cuya ejecución en los Países Bajos trata el litigio principal.

En el origen de la cuestión prejudicial se encuentran las dudas que al órgano remitente le plantea la peculiar naturaleza de la multa impuesta al condenado como medida para lograr la ejecución forzosa, habida cuenta de su componente de Derecho público y de que una medida de esas características resulta desconocida en el ordenamiento neerlandés. Esa dimensión de Derecho público justifica la necesidad de precisar si el reconocimiento y ejecución de tales medidas se hallan comprendidos en el ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas I, que de conformidad con su art. 1 «se aplicará en materia civil y mercantil».

3. Frente al criterio sostenido por el Abogado General Mengozzi en sus conclusiones de 5 de abril de 2011, el Tribunal concluye que, a partir de su jurisprudencia previa acerca de la interpretación como concepto autónomo del término «materia civil y mercantil» del art. 1 del Reglamento Bruselas I, este incluye «una resolución de un órgano jurisdiccional que contiene una condena al pago de una multa con el fin de hacer cumplir una resolución judicial dictada en materia civil y mercantil», incluso aunque la multa tenga importantes elementos de Derecho público y resulte como tal una medida de ejecución desconocida en el Estado requerido. La solución alcanzada por el Tribunal resulta en principio coherente, como destaca la sentencia (apdos. 39 y 40), con su jurisprudencia previa acerca del significado del término «materia civil y mercantil», en la que ya había afirmado que lo determinante a tal fin es el objeto del litigio o la naturaleza de las relaciones jurídicas entre las partes del mismo y que, en concreto, en el caso de las medidas provisionales lo determinante es la naturaleza de los derechos objeto de salvaguardia.

En consecuencia, cuando el litigio tiene por objeto la tutela de derechos de carácter privado, como es el caso de los litigios por infracción de patentes, se impone la inclusión de la resolución relativa a la cesación de los actos de infracción así como de las medidas

de ejecución de tales mandamientos dentro de la categoría «materia civil y mercantil», incluso si tales medidas tienen importantes elementos de Derecho público, pues el Tribunal no sigue el criterio del abogado general, quien se había manifestado partidario de entender que por el beneficiario (Estado alemán) y modalidades de recaudación (de oficio por el órgano jurisdiccional) en ese tipo de medidas son determinantes los elementos de Derecho público, ya que el litigio habría pasado de la resolución del litigio privado de base a una relación que presenta elementos de Derecho público destinada a sancionar el incumplimiento de una resolución judicial ejercitando la potestad del Estado de reprimir tales incumplimientos (apdos. 65 y 66 de las conclusiones).

4. Ahora bien, si la sentencia clarifica este aspecto y da respuesta de esa manera a las dudas acerca de la inclusión de tales medidas en el ámbito material de aplicación del Reglamento Bruselas I, cabe considerar que el criterio adoptado por el Tribunal deja abierto otros elementos de incertidumbre. Un primer interrogante que deriva del criterio de que el Reglamento Bruselas I sí es aplicable a la ejecución de una resolución judicial que contiene una condena al pago de una multa como la prevista en el art. 890.1 ZPO tiene que ver con que la determinación de los mecanismos de ejecución a utilizar en el Estado requerido puede resultar especialmente compleja e incierta cuando se pretenden ejecutar medidas que, como en el asunto principal, presentan básicamente carácter de Derecho público y que resultan desconocidas en el Estado en el que se pretende la ejecución.

Así lo admite de manera expresa el propio Tribunal en el apartado 43 de la sentencia en relación con la posición expresada por el Gobierno neerlandés acerca de la incertidumbre sobre las normas que deberían aplicar sus tribunales para proceder a la ejecución de la medida en cuestión. No obstante, en la sentencia el Tribunal rechaza pronunciarse sobre este extremo al no haberlo planteado el *Hoge Raad* neerlandés en su cuestión prejudicial. Aunque en este contexto puede ser relevante el criterio general expresado en alguna otra ocasión por el Tribunal de Justicia según el cual cuando la legislación del Estado en el que se pretende la ejecución de una medida no prevea medidas análogas a la adoptada por el tribunal que adoptó la orden de prohibición «el tribunal requerido [...] deberá atender al objetivo perseguido por dicha medida recurriendo a las disposiciones pertinentes de su Derecho nacional que garanticen de forma equivalente el cumplimiento de la prohibición dictada inicialmente» (STJ de 12 de abril de 2011, asunto C-235/09, *DHL Express France c. Chronopost*, apdo. 56), no cabe desconocer las dificultades específicas inherentes a la aplicación de las medidas de ejecución previstas en el art. 890.1 ZPO en otros Estados miembros.

5. Habida cuenta de que el asunto principal iba referido a la eventual eficacia de la multa, al margen de la sentencia queda la cuestión de cuál debe ser el tratamiento a los efectos del Reglamento Bruselas I de otras medidas que pueden ser adoptadas en el marco del art. 890.1 ZPO. En concreto, esta norma prevé que si la multa no puede hacerse efectiva cabe condenar al deudor a una pena privativa de libertad y además contempla que el juez puede optar por imponer directamente una pena privativa de libertad sin haber impuesto antes una multa civil. Se trata de una medida de ejecución que, al igual que la multa, puede ser impuesta en relación con litigios que se hallan claramente comprendidos en el concepto de «materia civil y mercantil» del Reglamento Bruselas I, como los relativos a la infracción de derechos de propiedad industrial e intelectual.

Aunque ciertamente el Tribunal no se pronuncia en relación con la pena privativa de libertad, la posición adoptada en la sentencia puede llevar a sostener que una pena privativa de libertad de ese tipo se halla comprendida en el ámbito de aplicación del

Reglamento Bruselas I cuando se impone en el marco de un litigio relativo a la infracción de derechos de carácter privado, como los derechos de propiedad intelectual e industrial. Si bien, en sus conclusiones (apdo. 49) el abogado general consideró «que tal supuesto queda evidentemente excluido» del Reglamento, lo cierto es que la sentencia, aunque no se pronuncia sobre ese concreto aspecto, no sigue en términos generales el planteamiento del abogado general. Una eventual aplicación a medidas de ese tipo del Reglamento Bruselas I haría surgir en este ámbito la cuestión del potencial alcance del orden público (art. 34.1 Reglamento) como límite a la ejecución de medidas adoptadas en el marco del art. 890.1 ZPO en otros Estados.

Precisamente, en la práctica española cabe reseñar el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.ª), núm. 32/2010, de 15 marzo de 2010, relativo a la declaración de ejecutividad en España de una resolución alemana, que ya fue objeto de análisis en una crónica precedente [2011-10-Pr, *REDI*, 2011 (2), pp. 266-270]. La resolución del Tribunal Regional Superior de Frankfurt am Main ordenó a los infractores de ciertos derechos de propiedad intelectual que cesaran tal violación en su página web «apercibiéndoles que de no cumplir con la orden de cesación les podrá ser impuesta por el Tribunal mencionado una corrección disciplinaria económica de hasta 250.000 euros, alternativamente arresto sustitutorio o arresto sustitutorio de hasta seis meses, el arresto sustitutorio a ser ejecutado contra el gerente [...] para cada caso de contravención». Sin perjuicio de que el carácter ejecutorio de tales medidas en el Estado de origen —presupuesto de su eventual ejecución en el marco del Reglamento Bruselas I— puede en ocasiones resultar controvertido, en particular cuando se requieren ulteriores medidas que deben ser adoptadas con posterioridad al incumplimiento por el demandado del mandamiento de cesación de modo que pueden requerir una actividad adicional del tribunal que adopta la medida, cabe reseñar que la mencionada Audiencia Provincial en el FD 4.º del Auto de 15 marzo de 2010 consideró imposible la ejecución en España del arresto sustitutorio previsto en la resolución alemana con base precisamente en que conforme al art. 34.1 del Reglamento 44/2001 la ejecución de tal medida, en tanto impone una privación de libertad en el marco de un proceso en el orden jurisdiccional civil, resultaría contraria al orden público español.

Pedro Alberto DE MIGUEL ASENSIO
Universidad Complutense de Madrid

2012-4-Pr

REGLAMENTO 1346/2000.—Determinación del centro de intereses principales del deudor.—Presunción a favor del Estado del nuevo domicilio social en caso de traslado.—Indicios para desvirtuar la presunción.—Concepto de establecimiento secundario del deudor.

Preceptos aplicados: arts. 2 y 3 del Reglamento (CE) 1346/2000.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 1.ª), de 20 de octubre de 2011, asunto C-396/09, *Interedil c. Fallimento Interedil e Intesa*. Ponente: M. Berger.

F.: *http://curia.europa.eu*.

2) El concepto «centro de los intereses principales» del deudor, mencionado en el artículo 3, apartado 1, del Reglamento (CE) núm. 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo

de 2000, sobre procedimientos de insolvencia, debe interpretarse de conformidad con el Derecho de la Unión.

3) A efectos de determinar el centro de los intereses principales de una sociedad deudora, el artículo 3, apartado 1, frase segunda, del Reglamento núm. 1346/2000 debe interpretarse en los siguientes términos:

— El centro de los intereses principales de una sociedad deudora debe determinarse dando preferencia al lugar de la administración central de dicha sociedad, como puede demostrarse por los datos objetivos y que pueden comprobarse por terceros. En el supuesto de que los órganos de dirección y control de una sociedad se encuentren en el lugar de su domicilio social y de que las decisiones de gestión de esa sociedad se adopten, de forma que pueda comprobarse por terceros, en dicho lugar, no puede desvirtuarse la presunción establecida en el citado precepto. En el supuesto de que el lugar de administración central de una sociedad no se encuentre en su domicilio social, ni la presencia de activos sociales ni la existencia de contratos referentes a su explotación financiera en un Estado miembro distinto de aquel del domicilio social de la sociedad pueden ser considerados datos suficientes para desvirtuar esa presunción, salvo a condición de que una consideración del conjunto de los datos relevantes permita demostrar que, de forma que pueda comprobarse por terceros, el centro efectivo de dirección y control de dicha sociedad, así como de administración de sus intereses, se encuentra en el otro Estado miembro.

— En caso de traslado del domicilio de una sociedad deudora antes de presentarse la solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia, se presume que el centro de sus intereses principales se encuentra en su nuevo domicilio social.

4) El concepto de «establecimiento», en el sentido de lo dispuesto en el artículo 3, apartado 2, del mismo Reglamento, debe interpretarse en el sentido de que exige la presencia de una estructura que incluya un mínimo de organización y cierta estabilidad, con objeto de ejercer una actividad económica. La sola presencia de bienes aislados o de cuentas bancarias no satisface, en principio, esta definición.

Nota: 1. El Tribunal de Justicia recuerda la incompatibilidad de cualquier norma procesal nacional que imponga a un órgano inferior las apreciaciones de su superior cuando estas no son conformes con el Derecho de la UE. A partir de ello, analiza la competencia judicial internacional para abrir un procedimiento de insolvencia conforme al Reglamento (CE) núm. 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo, en el caso de que un acreedor solicite la quiebra en el Estado en el que se hallaba el domicilio social (Italia), una vez que este ya ha sido trasladado a otro Estado miembro (Reino Unido), con el solo propósito, parece, de proceder en este Estado a su liquidación (cfr. el apdo. 71 de las Conclusiones de la Abogada General J. Kokott).

A diferencia del orden seguido en la sentencia, analizaré, en primer lugar, la presunción de competencia de los tribunales del domicilio social del deudor, para comentar, a continuación, su posible ineficacia si se demuestra que el centro de los intereses principales del deudor, esto es, el lugar desde donde se administra la sociedad de forma habitual y reconocible por terceros, se halla en otro Estado (art. 3 y considerando 13 del Reglamento 1346/2000). En este sentido, la presunción a favor de los tribunales del domicilio social ha de determinarse en el momento de la presentación de la solicitud de quiebra, evitando, así, posibles traslados fraudulentos en el tiempo que medie desde la solicitud hasta la declaración del concurso (apdo. 56; STJCE de 17 de enero de 2006, asunto C-1/04, *Staubitz-Schreiber*, *Rec.* pp. I-701 y ss.; y, en la doctrina, Carballo Piñeiro, L., «El traslado del centro de los intereses principales del deudor», *ADCo*, vol. 9, 2006, pp. 497-519). El problema es que en el caso la sociedad

había sido cancelada registralmente antes de solicitarse la declaración de quiebra, por lo que, en puridad, no existía domicilio social al tiempo de solicitarse el concurso. En estas circunstancias, es razonable que el Tribunal se refiera a los tribunales del Estado donde se hallaba el último domicilio social inscrito antes de la cancelación de la sociedad, porque este ofrece cierto grado de previsibilidad y seguridad jurídica, que son los objetivos de la presunción misma. No obstante, conviene matizar que el Reglamento no prejuzga si una sociedad cuya inscripción ha sido cancelada puede ser sometida a un concurso, cuestión que depende de la ley que regiría hipotéticamente su concurso. Asimismo, la presunción a favor de los tribunales del domicilio social sólo ha de jugar si éste ha sido correctamente determinado, siendo ineficaz en casos anómalos en los que se observen domicilios sociales en distintos Estados [véase mi opinión en «Competencia judicial internacional en materia concursal en caso de traslado del domicilio social (Sentencia de la *Corte de Casazione* de 18 de mayo de 2009)», *ADCo*, vol. 24, núm. 3, 2011, pp. 359-375]. De hecho, conviene reparar en la dispar apreciación de los hechos de los distintos tribunales: mientras el tribunal de instancia considera que la sociedad había cancelado su inscripción en Italia tras el traslado al Reino Unido, la Corte de Casación sostiene que el traslado de domicilio no fue comunicado al Registro mercantil italiano (apdos. 10 y 16).

2. Si, en principio, se presume la competencia de los tribunales del último domicilio social, cabe la destrucción de esta presunción si se prueba que la sociedad tenía su centro de intereses principales en otro Estado. Como esta ya no tenía ningún tipo de actividad al tiempo de solicitarse el concurso, habrá que considerar competentes a los tribunales del lugar donde se hallaba el último centro de intereses principales de la sociedad. Esta solución deberá mantenerse, aunque el Tribunal no lo señale expresamente, en los casos en los que se solicita la declaración concursal de una sociedad sometida a liquidación judicial en otro Estado miembro conforme a las disposiciones del Reglamento 44/2001 («Bruselas I»). Las actividades relevantes a tener en cuenta para determinar el centro de intereses principales son, entonces, las propias de la actividad empresarial y objeto de la sociedad, siendo irrelevantes las operaciones meramente liquidatorias (véase mi opinión en «Perspectiva judicial de la libertad de establecimiento», en *La internacionalización del Derecho de sociedades*, Barcelona, Atelier, 2010, pp. 129-155, a diferencia de lo apuntado en el apdo. 71 de las Conclusiones de la abogada general).

La destrucción de la presunción por hallarse el último centro de intereses principales del deudor en otro Estado exige estar a una apreciación de conjunto de las circunstancias objetivas y particulares de cada caso, de entre las que el Tribunal destaca tres, que son, ya adelanto, discutibles (apdo. 52). En primer lugar, el Alto Tribunal alude al «conjunto de lugares» en los que la sociedad ejerce una actividad económica. Este criterio ha de tomarse con cautela porque el centro de actividad alude al lugar donde se materializan las operaciones empresariales, pero no al lugar desde el que se administra dicha actividad social (véase Virgós Soriano, M. y Garcimartín Alférez, F. J., *Comentario al Reglamento europeo de insolvencia*, Madrid, Thomson/Civitas, 2003, pp. 48-49). Lo mismo ocurre, en segundo lugar, con los lugares en los que la sociedad posea bienes, indicio que per se no desvirtúa la presunción a favor de los tribunales del domicilio social, máxime cuando, como apunta acertadamente la abogada general, la ubicación de los bienes no es un dato de fácil acceso para los terceros. En esta prueba indiciaria el Tribunal se refiere, en tercer lugar, al hecho objetivo de que existen varios bienes en Italia, respecto de los que se han firmado contratos de arrendamiento (apdo. 53). La celebración de contratos tampoco resulta un criterio definitivo salvo que se acompañe de una apreciación de conjunto y de otros indicios y,

muy especialmente, de la vinculación de esos contratos al objeto social. Así, no tiene la misma intensidad el que una sociedad de forma accesoria a su actividad arriende inmuebles de los que es titular que el que la sociedad tenga por objeto principal dedicarse a dichos alquileres.

3. Como se observa, ha de hacerse una valoración conjunta de los distintos indicios, de la que se puede derivar la reafirmación o la destrucción de la presunción a favor de los tribunales del último domicilio social en función de que este coincida o no con el lugar de operación de los órganos de «control y dirección» (*sic* apdos. 49-51, aunque sería más correcto «órganos de administración»). En cualquier caso, cabría abrir un procedimiento territorial limitado a los bienes radicados en el Estado de apertura, allí donde exista un establecimiento secundario del deudor, que implique una organización estable de recursos humanos y patrimoniales.

La correcta argumentación de la sentencia no exime de destacar dos cuestiones que hubieran requerido una mayor atención. Por un lado, conviene recordar que no basta con que el conjunto de indicios para destruir la presunción de competencia se localice fuera del Estado del domicilio social (indicios negativos), sino que deberá probarse también que esos indicios se localizan en un mismo Estado (indicios positivos), distinto al del domicilio. También se echa en falta una mínima alusión al lapso de tiempo que haya pasado desde el traslado del domicilio social hasta que se solicita el concurso. Es verdad que ello no altera la presunción (cfr. apdo. 48 de las Conclusiones de la Abogada General), pero sí su intensidad y los indicios necesarios para destruirla. Que en el caso hayan transcurrido dos años desde el traslado del domicilio hasta la solicitud de concurso hace que la presunción tenga cierta intensidad. Nada que ver con traslados inmediatamente anteriores a la solicitud del concurso, sin el transcurso de un periodo razonable en el nuevo Estado que permita la fácil identificación por terceros y la conclusión de que no ha existido un traslado fraudulento.

Ángel Espiniella Menéndez
Universidad de Oviedo

2012-5-Pr

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.—Régimen aplicable: internacionalidad del supuesto.—Demandado sin domicilio conocido.

Preceptos aplicados: arts. 2, 59, 16.2 y 26 del Reglamento (CE) núm. 44/2001.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 17 de noviembre de 2011, asunto C-327/10, *Hypotecni banka c. Lindner*. Ponente: M. Safjan.

F.: *http://curia.europa.eu*.

1) 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, debe interpretarse en el sentido de que la aplicación de las reglas establecidas en dicho Reglamento presupone que la situación controvertida en el litigio del que conoce un órgano jurisdiccional de un Estado miembro pueda plantear cuestiones relativas a la determinación de la competencia internacional de dicho órgano jurisdiccional. Tal situación se produce en un caso como el del litigio principal, en el que

un tribunal de un Estado miembro conoce de una demanda presentada contra un nacional de otro Estado miembro cuyo domicilio desconoce dicho tribunal.

2) El Reglamento núm. 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que:

— en una situación como la controvertida en el litigio principal, en la que un consumidor que ha firmado un contrato de préstamo inmobiliario de larga duración, el cual establece la obligación de informar a la otra parte contratante de todo cambio de domicilio, renuncia a su domicilio antes de la interposición de una acción en su contra por incumplimiento de sus obligaciones contractuales, los tribunales del Estado miembro en el que se encuentre el último domicilio conocido del consumidor son competentes, en virtud del artículo 16, apartado 2, de dicho Reglamento, para conocer de esa acción en caso de que no logren determinar, con arreglo al artículo 59 del mismo Reglamento, el domicilio actual del demandado ni dispongan tampoco de indicios probatorios que les permitan llegar a la conclusión de que el demandado está efectivamente domiciliado fuera del territorio de la Unión Europea;

— dicho Reglamento no se opone a la aplicación de una disposición procesal interna de un Estado miembro que, con el fin de evitar una situación de denegación de justicia, permite la tramitación de un procedimiento en contra y en ausencia de una persona con domicilio desconocido, siempre y cuando el órgano jurisdiccional que conoce del litigio se haya cerciorado, antes de pronunciarse acerca del mismo, de que se han realizado todas las investigaciones que exigen los principios de diligencia y buena fe para encontrar al demandado.

Nota: 1. El asunto *Hypotecni banka c. Lindner* (asunto C-327/10) permite al TJUE pronunciarse por primera vez acerca de una importante cuestión, la de la aplicabilidad del Reglamento Bruselas I en la hipótesis de que el domicilio del demandado sea desconocido. Igualmente, el caso permite al Tribunal reafirmarse en la idea de que el Reglamento no se aplica más que a los litigios que presentan un elemento de extranjería, aunque lo hace adoptando una concepción extensiva de la internacionalidad del litigio que no resulta demasiado convincente.

2. *El demandado sin domicilio conocido.* El domicilio es una de las nociones centrales del Reglamento Bruselas I. Es, sin duda, el criterio de competencia más utilizado, ya sea en tanto que domicilio del demandando, foro de competencia general (aunque residual), o para proteger a la parte débil autorizándola a atraer a su adversario ante los tribunales de su domicilio, como ocurre con los consumidores a los que se refiere la Sección 4 del Capítulo 2. Pero el domicilio es también, y ante todo, el criterio que determina el ámbito de aplicación espacial del Reglamento, limitándolo, salvo excepción, a los litigios entablados contra demandados con domicilio en el Espacio Judicial Europeo.

Es, sin embargo, perfectamente concebible que el domicilio de una de las partes no pueda ser determinado en un caso concreto. La trascendencia del concepto obliga entonces a disponer de una noción alternativa. El Reglamento, no obstante, no ofrece ninguna. El caso *Hypotecni banka c. Lindner* (asunto C-327/10) proporciona al TJUE la oportunidad de poner remedio a esa laguna.

No sorprende en absoluto que la cuestión se haya planteado por vez primera en relación con una persona física. Se trataba de un consumidor de nacionalidad alemana, Udo Mike Lindner, establecido en la República Checa, en una localidad a unos 150 kilómetros de Praga. En agosto de 2005 el Sr. Lindner celebró un contrato de préstamo hipotecario con un banco checo. Tres años más tarde cuando el banco decidió demandar a su deudor, este había cambiado de domicilio, y no fue posible establecer su nueva residencia. Tal imposibilidad planteaba dos dificultades: en primer lugar,

no era posible dilucidar si el juez checo debía aplicar el Reglamento Bruselas I para examinar su competencia, por cuanto no se había probado que el demandado estuviera domiciliado en algún Estado miembro, tal como requiere el art. 2. En segundo término, en la hipótesis de que el Reglamento fuera de aplicación, podía ocurrir que la jurisdicción checa fuera precisamente la competente, en virtud del criterio del domicilio del demandado.

El TJUE ha decidido que en una hipótesis como la del supuesto es preciso tomar como referencia el último domicilio conocido de la parte concernida. Tal solución presenta indudables ventajas. Ante todo, es simple y clara. Tal y como subraya el propio Tribunal, la regla permite a las partes identificar la jurisdicción ante la cual puede ser entablado el litigio, ofreciéndoles seguridad jurídica. Por lo que se refiere en particular al demandante, la solución protege su derecho de acceso a los tribunales ofreciéndole una salida en un supuesto que habría podido conducir fácilmente a una denegación de justicia. Además, la regla disuade a los deudores recalcitrantes de intentar abandonar su domicilio para eludir sus obligaciones. Al decidir que el último domicilio conocido será el pertinente en el caso de que el deudor desaparezca sin dejar una dirección, el TJUE elimina el interés de cualquier maniobra tendente a jugar con la competencia basada en el domicilio del demandado.

Al intentar proteger los derechos del demandante el TJUE corre evidentemente el riesgo de descuidar los del demandado. Así, aquel demandado del que se diga que ha desaparecido sin indicar un nuevo domicilio será en la práctica un demandado rebelde: es grande el riesgo de que el actor desee plantear la acción en el lugar del antiguo domicilio, despreocupándose de indagar sobre otro posible, que podría incluso ser fácil de determinar. En realidad el Tribunal es totalmente consciente de ello, de ahí que insista sobre la necesidad de que «el órgano jurisdiccional que conozca del asunto debe cerciorarse de que se han realizado todas las investigaciones que exigen los principios de diligencia y de buena fe para encontrar al demandado» (apdo. 52). Es de desear que esta indicación no quede en nada, pero tememos que el Tribunal no tenga ni los medios ni las ganas de asegurarse su efectivo respecto, y acabe descansando, como en el caso, sobre los jueces nacionales.

Nos gustaría pensar que el alcance de la decisión es general, y que la regla del último domicilio conocido del demandado se aplicará no sólo en el marco de las disposiciones protectoras de los consumidores, sino también de manera más amplia en cada uno de los supuestos en los que el Reglamento se apoya en dicho criterio. Los objetivos de claridad y protección de los derechos del demandante son ciertamente genéricos, y apoyan tal interpretación. Por desgracia, el Tribunal difumina su mensaje cuando finalmente enuncia, en el dispositivo de la decisión, que la regla del último domicilio conocido es aplicable cuando el demandado es «un consumidor que ha firmado un contrato de préstamo inmobiliario de larga duración», y además tal contrato «establece la obligación de informar a la otra parte contratante de todo cambio de domicilio». El TJUE no había basado su razonamiento en estos dos elementos, pero el fallo invita, sin ninguna razón aparente, a entender que el alcance de la decisión se limita a los contratos de préstamo inmobiliario que prevean la obligación de informar al co-contratante de cualquier cambio de dirección. Es evidente que las partes en futuros litigios esgrimirán este argumento para escapar a la competencia del juez del último domicilio, en particular en aquellas controversias que no impliquen a un consumidor.

3. *La condición de internacionalidad del litigio.* El asunto *Hypotecni banka c. Lindner* planteaba otra cuestión de interés. En el momento de la conclusión litigiosa

ambas partes se encontraban domiciliadas en el mismo Estado miembro, que era además el lugar de ejecución de las obligaciones derivadas del contrato. Pues bien, aunque el Reglamento no alude expresamente a tal cuestión, el TJUE decidió en el asunto *Owusu* (TJCE, de 1 de marzo de 2005, asunto C-281/02, apdo. 25) que la aplicación del Convenio de Bruselas requería la exigencia de un elemento de extranjería. En el caso presente, el único elemento cierto de heterogeneidad era la nacionalidad alemana del demandado. ¿Podía ser considerada como suficiente a los efectos de calificar el litigio como «internacional» y desencadenar el juego del Derecho judicial europeo?

El TJUE entiende que así es. En efecto, el Tribunal afirma que en este caso la nacionalidad extranjera habría podido influir sobre la competencia del juez llamado a conocer, ya que en ausencia de domicilio conocido del demandado la jurisdicción de su nacionalidad habría podido declararse competente con apoyo en ese dato. La afirmación es cuando menos sorprendente, en la medida en que, por un lado, tal y como el propio Tribunal señala, la nacionalidad de las partes no es un criterio de competencia en el Reglamento, y por otro lado, el Tribunal decide precisamente que en ausencia de domicilio conocido el instrumento sigue siendo aplicable y otorga competencia al juez del último domicilio conocido del demandado.

A mayores, y esencialmente, la nacionalidad no parece un criterio pertinente a la hora de definir la internacionalidad de un litigio civil y mercantil. A partir del momento en que un sujeto, nacional extranjero, vive de forma permanente en un Estado miembro y celebra ahí un contrato de consumo con una finalidad puramente local, vemos mal por qué su nacionalidad debería influir sobre sus derechos y obligaciones. Los Reglamentos núm. 1896/2006, por el que se establece un procedimiento monitorio europeo, y núm. 861/2007, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía, requieren que al menos una de las partes tenga su domicilio en un Estado diferente de aquel cuyos tribunales son llamados a conocer. Parece lógico que no se tome como criterios relevantes más que el domicilio (o la residencia habitual) de las partes, así como aquellos relativos al objeto del litigio. De no hacerlo así resultará difícil justificar la exclusión de otros elementos de heterogeneidad absolutamente desprovistos de relevancia: la nacionalidad de los progenitores, el domicilio anterior a la creación de la relación que origina la controversia actual, el lugar de vacaciones, etc. Si, en fin, la condición de internacionalidad del litigio se convierte en un dato puramente formal, habrá que dar la razón a los escasos autores que sostienen que no debería existir, sin más, y que las reglas de competencia judicial internacional deben ser aplicadas de forma sistemática (véase, p. ej., GEIMER y SCHÜTZE, *Europäisches Zivilverfahrensrecht*, 3.ª ed., 2010, EuGVVO art. 2, núm. 102).

Es preciso añadir que la nacionalidad plantea un problema añadido en un espacio regional integrado. Se podría sostener, en efecto, que tomar en consideración la nacionalidad extranjera de una de las partes es en realidad una discriminación, porque supone someterla a un régimen diferente (el del Reglamento Bruselas I) del que corresponde a los nacionales del Estado miembro local.

Con todo, es preciso indicar una vez más que el alcance de la decisión del TJCE en este punto se ve oscurecido por la voluntad del Tribunal de referirse en el fallo a las circunstancias particulares del supuesto concreto, en el cual el domicilio del demandado era desconocido. Es posible entender, entonces, que la solución queda restringida a la hipótesis ante el TJUE: esto es, al caso del demandado de nacionalidad extranjera cuyo domicilio se desconoce.

Gilles CUNIBERTI
Université du Luxembourg

2012-6-Pr

APERTURA DE PROCEDIMIENTO SECUNDARIO DE INSOLVENCIA.—Requisitos de apertura de acuerdo con el Reglamento 1346/2000 y con la ley sustantiva aplicable, impidiendo esta la prosecución de un procedimiento principal.

Preceptos aplicados: Considerandos 12 y 17, arts. 3 y 29 Reglamento 1346/2000, sobre procedimientos de insolvencia.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 1.ª), de 17 de noviembre de 2011, asunto C-112/10, *Procureur-generaal bij het hof van beroep te Antwerpen c. Zaza Retail BV.* Ponente: M. Berger.

F.: *http://eur-lex.europa.eu*.

1) La expresión «condiciones establecidas», que figura en el art. 3, apartado 4, letra a), del Reglamento (CE) núm. 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia, y que remite a las condiciones que —según la legislación del Estado miembro en cuyo territorio tiene el deudor su centro de intereses principales— impidan la apertura de un procedimiento principal de insolvencia en dicho Estado, debe interpretarse en el sentido de que no se refiere a las condiciones que excluyen a algunas personas concretas del círculo de las facultadas para solicitar la apertura de tal procedimiento.

2) El término «acreedor», que figura en el art. 3, apartado 4, letra b), de dicho Reglamento y que se utiliza para designar al círculo de personas facultadas para solicitar la apertura de un procedimiento territorial independiente, debe interpretarse en el sentido de que no incluye a una autoridad de un Estado miembro que, en virtud de su Derecho nacional, tiene como objeto actuar en interés general, pero que no interviene ni como acreedor, ni en nombre y por cuenta de los acreedores.

Nota: 1. Con apenas un mes de diferencia, el TJUE nos ha regalado dos decisiones sobre la interpretación del art. 3 del Reglamento núm. 1346/2000, de 29 de mayo, sobre procedimientos de insolvencia. En ambas se aborda una problemática hasta ahora residual en su jurisprudencia, la que atañe al procedimiento secundario de insolvencia, si bien su tratamiento en *Interedil* (STJUE de 20 de octubre de 2010, asunto C 396/09) es, por así decirlo, derivado de la cuestión principal, que es interpretar el centro de los intereses principales del deudor; de hecho, los problemas que han salido a la luz en relación con el procedimiento territorial han surgido en supuestos en los que otro tribunal había asumido el procedimiento principal y la reacción en otro Estado miembro era abrir un procedimiento secundario, en particular, allí donde estaba situado el domicilio social de la entidad quebrada.

Zaza Retail, la decisión objeto de esta nota, sólo se ocupa de la interpretación del art. 3.4 del Reglamento, lo que no expulsa al procedimiento principal de la argumentación: no puede ser de otro modo, puesto que la propia existencia del procedimiento territorial de él depende, siendo ésta la clave del modelo de insolvencia transfronteriza que el Reglamento acoge. A efectos de comprender el citado precepto y, en consecuencia, la interpretación que de él hace el TJUE, es preciso remitirnos a este modelo y a la función que la regla analizada en el caso juega en el modelo. El problema que se plantea en el supuesto de hecho es que, a finales de 2006, el Fiscal del Tribunal de primera instancia de Tongeren, en Bélgica, solicita la declaración de insolvencia de la sucursal que Zaza Retail tiene en este país; esta sociedad tiene su centro de intereses

principales en Ámsterdam (Países Bajos) y, en el momento de la solicitud del citado fiscal, todavía no había sido abierto procedimiento universal sobre la misma, cosa que sí acaba sucediendo, pero sólo en julio de 2008. En primera instancia, se declara la quiebra de la sucursal, pero la decisión es revisada en segunda, por entender el tribunal de apelación que no existe competencia judicial internacional a tenor de lo dispuesto en el citado art. 3.4. El análisis de la decisión se ajusta a la estructura del propio precepto, que somete a dos condiciones la apertura de procedimiento secundario antes de la del principal: la imposibilidad de existencia de este último (2) y su incoación por los sujetos allí señalados y beneficiarios directos e inmediatos de su apertura (3).

2. El Reglamento contiene un compromiso entre dos modelos de insolvencia transfronteriza y, aunque persigue la eficiencia económica del que solo admite un único procedimiento de insolvencia de alcance universal (que comprende todos los bienes del deudor, con independencia del Estado miembro en que se encuentren, permitiendo, de este modo, una mejor liquidación/reestructuración de los activos), hace una importante concesión al otro modelo, de corte proteccionista: admite también la apertura de un procedimiento territorial sobre los bienes del deudor en el Estado de apertura. Obviamente, ello implica limitar severamente el alcance universal del primero, por lo que se establecen una serie de cautelas, entre las que destaca el que el segundo sólo se puede abrir allí donde el deudor tenga un establecimiento (y no bienes, como puntualiza *Interedil*, apdo. 62) y, además, esté «subordinado» al cumplimiento de los intereses del primero (considerando 12 del Reglamento); el lenguaje es toda una declaración de intenciones, distinguiendo el Reglamento entre procedimiento principal y secundario. El objetivo es, por supuesto, evitar la proliferación de procedimientos secundarios y, si fuera posible, impedir por completo su apertura.

La regla aquí examinada viene a profundizar en esta subordinación del procedimiento secundario al principal, incluso en el supuesto de que todavía no hubiera sido abierto uno; la filosofía es que sólo debería abrirse cuando ya hubiera sido iniciado uno universal. De este modo también se consigue reducir el *forum shopping* (véase Informe M. Virgós y E. Schmit, sobre el Convenio relativo a los procedimientos de insolvencia, núm. 84). Y aquí es donde entra en juego el art. 3.4, estableciendo en qué condiciones sí es posible abrir un procedimiento territorial, a pesar de que todavía no haya universal, porque, justamente, no puede haberlo a tenor de las condiciones establecidas por la *lex fori concursus*. Cuáles sean estas es una de las cuestiones que aquí se discuten, puesto que el Ministerio Fiscal belga alega su falta de legitimación para abrir el concurso universal sobre *Zaza* en los Países Bajos como una de las citadas «condiciones establecidas» que no concurren, determinadas, en este caso, por el Derecho holandés.

Tomando en consideración la citada filosofía, la interpretación de las reglas que componen la subordinación del procedimiento secundario al principal no puede ser más que restrictiva (véase *Zaza Retail*, apdo. 29), y ahí es donde entra en juego la imposibilidad de incoar un procedimiento universal que «debe ser objetiva y no puede variar en función de las circunstancias específicas en las que se solicita la apertura de tal procedimiento» (véase *Zaza Retail*, apdo. 21); excluyendo, en consecuencia, el que un sujeto particular, como el fiscal de otro país, no pueda solicitar su apertura, y apuntando antes bien a los presupuestos, subjetivo y objetivo, de la insolvencia como «las condiciones establecidas» por la *lex fori concursus*: quién puede ser deudor y qué se entiende por insolvencia (véase Informe Virgós y Schmit, núm. 85).

3. La segunda condición impuesta por el art. 3.4.*b)* tiene que ver con quién puede incoar un procedimiento secundario ante la imposibilidad de abrir uno principal: «un acreedor cuyo domicilio, residencia habitual o sede se encuentre en el Estado miembro en cuyo territorio se encuentra el establecimiento en cuestión, o cuyo crédito tenga su origen en la explotación de dicho establecimiento». En la misma dirección que la anterior, esta condición persigue evitar que se abra un procedimiento secundario, atendiendo sólo a los interesados de manera directa e inmediata en la reorganización del patrimonio del deudor, sus acreedores. Como apunta el TJUE, la restricción que impone esta condición se hace más evidente a través de su comparación con los sujetos a los que se refiere el art. 29, precepto que regula quién puede abrir un procedimiento secundario *tras* la apertura de uno principal. En aquel precepto sí cabe el supuesto que subyace a esta decisión, petición formulada por el fiscal; pero no en este otro. Aquí se trata de amparar a acreedores con vínculos estrechos con el país donde se ubica el establecimiento del deudor. De hecho y aunque formuladas en sentido alternativo, la lógica del precepto apuntaría a que ha de tratarse, en todo caso, de acreedores cuya relación derive de la actividad económica realizada con medios humanos y bienes por el deudor en el Estado en que se solicita la apertura del procedimiento secundario; la decisión del TJUE es, sin embargo, favorable a la alternativa: «Se trata de los acreedores establecidos en dicho Estado miembro y de los acreedores de dicho establecimiento» (véase *Zaza Retail*, apdo. 30. En el mismo sentido, Informe Virgós y Schmit, núm. 85). Este doble tratamiento es cuestionable a la luz de los parámetros que informan los límites impuestos a otros procedimientos distintos del principal, máxime cuando se deniega la intervención al Ministerio Fiscal en su calidad de defensor del interés general y de la legalidad que, en último término, viene a defender la estabilidad del mercado en su territorio, con el objetivo de reordenar las relaciones patrimoniales del deudor ligadas a su establecimiento.

4. Lo acertado de la decisión del TJUE no obsta a que queden al descubierto los problemas del tratamiento de la insolvencia transfronteriza en el marco de la UE: las diferencias entre Derechos nacionales de insolvencia y la interacción entre procedimiento de insolvencia principal y secundario alientan el *forum shopping* y dan lugar a vacíos de protección. Cómo se solventen los mismos ya no es una cuestión que quede sólo al albur de una posible revisión del Reglamento núm. 1346/2000 (iniciada, por ejemplo, en el marco del estudio de su aplicación al que obliga su art. 46), sino que puede requerir de medidas de armonización, como sugiere la Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de noviembre de 2011, que presenta una serie de recomendaciones destinadas a la Comisión sobre el procedimiento de insolvencia en el marco del Derecho de sociedades de la UE 2011/2006(INI), entre las que destaca la que apunta a la necesidad de armonizar a nivel comunitario las condiciones para abrir un procedimiento de insolvencia, recomendación que ya había sido sugerida por el Informe de expertos titulado *Harmonization of Insolvency law at EU Level,* avalado por el Directorado General para Asuntos Internos.

Laura Carballo Piñeiro
Universidad de Santiago de Compostela

2012-7-Pr

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.—Reglamento (CE) 44/2001.—Competencia judicial «en materia delictual o cuasidelictual».—Lugar donde se hubiere producido o pudiere producirse el hecho dañoso.—Directiva 2000/31/CE.—Derecho aplicable a los servicios de la sociedad de la información.

Preceptos aplicados: art. 5.3 del Reglamento (CE) 44/2001; art. 3 de la Directiva 2000/31/CE.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 25 de octubre de 2011, asuntos acumulados C-509/09 y C-161/10, *eDate Advertising GmbH c. X y Olivier Martinez* y *Robert Martinez c. MGN Limited.* Ponentes: U. Lõhmus y M. Safjan.

F.: *http://curia.europa.eu.*

1) El artículo 5, número 3, 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, debe interpretarse en el sentido de que, en caso de que se alegue una lesión de los derechos de la personalidad mediante el contenido publicado en un sitio de Internet, la persona que se considera lesionada puede ejercitar una acción de responsabilidad por la totalidad del daño causado, bien ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro del lugar de establecimiento del emisor de esos contenidos, bien ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que se encuentra su centro de intereses. Esa persona puede también, en vez de ejercitar una acción de responsabilidad por la totalidad del daño causado, ejercitar su acción ante los tribunales de cada Estado miembro en cuyo territorio el contenido publicado en Internet sea, o haya sido, accesible. Dichos órganos son competentes únicamente para conocer del daño causado en el territorio del Estado miembro del órgano jurisdiccional al que se haya acudido.

2) El artículo 3 de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico), debe interpretarse en el sentido de que no impone una transposición que revista la forma de norma específica de conflicto de leyes. Sin embargo, por lo que se refiere al ámbito coordinado, los Estados miembros deben garantizar que, sin perjuicio de las excepciones permitidas con arreglo a los requisitos establecidos en el artículo 3, apartado 4, de la Directiva 2000/31, el prestador de un servicio de comercio electrónico no esté sujeto a requisitos más estrictos que los previstos por el Derecho material en vigor en el Estado miembro de establecimiento de dicho prestador.

Nota: 1. En los casos acumulados *eDate Advertising* y *Martinez*, el TJUE se pronunció sobre la competencia judicial internacional en virtud del art. 5.3 del Reglamento 44/2001, y sobre el papel del art. 3 de la Directiva 2003/31/CE (Directiva de comercio electrónico), para la determinación de la ley aplicable en los casos de vulneración de los derechos de la personalidad a través de contenidos publicados en Internet.

La primera cuestión prejudicial, elevada al TJUE por el Tribunal Supremo alemán (*Bundesgerichtshof*), se refiere a un particular, X, domiciliado en Alemania, condenado por un tribunal alemán como cómplice por la muerte de un famoso actor y que obtuvo la libertad en 2008. La empresa austriaca de noticias *eDate* colgó materiales de este caso en su portal de Internet, nombrando a X y a su cómplice. X inició un procedimiento contra *eDate* ante los tribunales alemanes por violación de su privacidad.

El segundo caso se interpuso contra MGM, una empresa editora del sitio web del periódico inglés *Sunday Mirror*, que había publicado el titular «*Kylie Minogue is back with Olivier Martinez*», junto con detalles de encuentros entre la cantante australiana y el actor francés. Olivier Martinez y su padre iniciaron un procedimiento ante los tribunales franceses por violación de su derecho a la intimidad.

2. La primera cuestión que abordan ambos casos es la interpretación del «lugar donde se hubiere producido o pudiere producirse el hecho dañoso», contenido en el art. 5.3 del Reglamento (CE) 44/2001, en el caso de alegación de la vulneración de los derechos de la personalidad a través de Internet.

En el asunto *Mines de Potasse d'Alsace* [C-21/76 (1976) ECR 1735], el TJ estableció criterios para la interpretación del art. 5.3, de conformidad con los cuales el «lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso» del art. 5.3 puede ser interpretado «bien en el lugar donde se haya materializado el daño, bien en el lugar en el que se haya producido el hecho causante», dado que cada uno de estos lugares presenta una conexión significativa. En el caso de referencia relativo a los supuestos de difamación a través de prensa escrita, *Fiona Shevill v. Press Alliance SA* [C-68/93 (1995) ECR I-415, nota 33], el TJCE interpretó el art. 5.3 como atributivo de un fuero de competencia a los tribunales del Estado contratante «del lugar de establecimiento del editor de la publicación difamatoria» (no necesariamente equivalente a «domicilio» previsto por el art. 2 del Reglamento 44/2001), o, alternativamente, en cada Estado «en que la publicación haya sido difundida y en que la víctima alegue haber sufrido un ataque contra su reputación»; en este segundo caso, sin embargo, limitada al daño causado en el Estado del foro.

De conformidad con el TJUE, la particularidad de los presentes casos acumulados *eDate/Martinez*, comparados con *Shevill*, es que al colocar materiales *online* el emisor pierde el control tanto sobre el número cuanto sobre la localización o emplazamiento de los usuarios que pueden consultar esos materiales. Las publicaciones en web no pueden, por tanto, compararse con la distribución de prensa escrita a nivel regional, en la cual los lugares de difusión pueden ser determinados y la distribución puede ser controlada por el emisor (*eDate/Martinez*, considerando 45). El contenido *online* es distribuido en cualquier lugar desde donde es accesible. Consecuentemente, mientras que el lugar del establecimiento del editor sigue siendo un criterio válido de competencia judicial internacional en los casos de publicaciones *online,* la utilidad del foro en el «lugar de difusión» reconocido en *Shevill* resulta obsoleta cuando esta difusión es una cuestión global, y cuando el daño potencial causado a la víctima es difícil de localizar. Además, el TJUE enfatiza que, en los casos de difusión *online* de información sobre la víctima, el daño potencial sufrido puede incrementarse considerablemente debido a los efectos «globales» de una vulneración de la intimidad vía Internet. Parece insuficiente una limitación de la competencia judicial internacional del tribunal del Estado miembro en el que la publicación fue distribuida a los solos daños causados en el foro (*eDate/Martinez*, considerandos 47, 48). Por ello, el TJUE establece un nuevo foro en los casos internacionales de vulneración de los derechos de la personalidad vía Internet: el «centro de intereses» de la víctima. El centro de intereses se corresponderá de ordinario con la residencia habitual de la víctima, excepto cuando otros factores, tales como su actividad profesional en el extranjero indiquen otra cosa. El TJUE destaca la previsibilidad de este factor de conexión para el demandado (*eDate/Martinez*, considerando 50). De conformidad con el TJUE, este foro está mejor situado para valorar el impacto de la información publicada *online* sobre los derechos de la personalidad de la víctima y *todo* el daño causado podrá reclamarse en este único foro. Debe resaltarse, en todo caso, que debido a la falta de claridad del considerando 48 de *eDate/Martinez* («[...] la víctima de una lesión [...] puede acudir, en función del lugar en el que haya producido el daño causado en la Unión Europea por dicha lesión, a un fuero por la totalidad de ese daño»), no queda claro si el daño que puede ser reclamado se limita a la totalidad del daño causado en cualquier Estado miembro dentro de las fronteras comunitarias, o si este considerando 48 pretende más bien clarificar que el centro de intereses de la víctima tiene que estar situado en la UE.

No obstante, y a pesar de los argumentos esgrimidos en contra de la utilidad del segundo criterio consagrado en la decisión *Shevill* (lugar de difusión) en los casos de publicaciones *online*, el TJUE mantiene la opción para la víctima de plantear la demanda en cada uno de los Estados miembros en cuyo territorio el contenido *online* es o ha sido accesible, pero en este caso sólo respecto del daño causado en el territorio del Estado del foro. La sentencia *eDate/Martínez*, por tanto, no corrige los criterios de competencia establecidos en *Shevill* con respecto al art. 5.3, sino que añade uno adicional. Por supuesto, la víctima puede también presentar su demanda en el Estado del domicilio del demandado, de conformidad con el art. 2 del Reglamento 44/2001.

3. El razonamiento del TJUE en los casos relativos a la vulneración de derechos de la personalidad a través de publicaciones *online* debe, en principio, ser aprobado, en tanto en cuanto el TJUE establece un foro en el centro de intereses de la presunta víctima. El centro de intereses como criterio de competencia es mucho más previsible para ambas partes que lugares de difusión globalmente dispersos. El hecho de que la creación de este foro opere en favor del demandante se justifica por el daño exponencialmente más alto que puede ser causado por una violación *online* de los derechos de la personalidad y, por tanto, parece aceptable a luz del considerando 11 y el art. 2 de Bruselas I. El TJUE introduce el «centro de intereses», hasta hoy generalmente conocido a partir del Reglamento (CE) 1346/2000, sobre Procedimientos de Insolvencia, como un nuevo criterio de competencia en Bruselas I, pero no en concordancia con el art. 4 del citado Reglamento de Insolvencia, donde se hace referencia al «centro de intereses *principales*». Probablemente la intención no sea que en casos de difamación pueda haber más de un centro de intereses de conformidad con el art. 5.3 de Bruselas I, pero la diferencia en la formulación entre el presente caso y el art. 3.1 del Reglamento de Insolvencia es desafortunada. Aunque los tipos de intereses (económicos o privados) enunciados en el art. 3.1 del Reglamento de Insolvencia y en *eDate/Martinez*, respectivamente, no son los mismos, se podría haber utilizado la misma formulación si en ambos casos se está pensando en un solo centro de intereses.

Además, no queda claro en relación con la dimensión potencial del daño sufrido, si debe excluirse que el tribunal del Estado miembro donde se localice el centro de intereses de la víctima puede pronunciarse sobre la compensación del daño sufrido a nivel mundial. El considerando 48, más atrás citado, parece más bien indicar un límite al daño sufrido dentro de la Unión Europea, a través de la imprecisa frase «[...] en función del lugar en el que haya producido el daño causado en la Unión Europea por dicha lesión». Pensamos que debería evitarse una tal imprecisión en la redacción de una sentencia del TJUE.

También resulta difícil entender por qué se ha mantenido el foro del *lugar de la difusión* y la limitación al daño causado en el Estado del foro vinculado a dicho daño (*Shevill*). No ha sido un criterio adecuado para los medios de comunicación escritos, y es aún peor en los casos *online*. En primer lugar, teniendo en cuenta que, conforme a la propia argumentación del TJUE, la «difusión» en los casos de publicaciones *online* puede ser declarada muy fácilmente, la demanda puede ser potencialmente interpuesta en cada uno de los Estados miembros, lo que plantea una vía abierta para el *forum shopping*. En segundo lugar, el mantenimiento de este foro consagrado en *Shevill* puede derivar en una acción de cesación limitada a la publicación del contenido dañoso solo en el Estado del foro. No está claro cómo puede conseguirse esto en la práctica en los casos de publicaciones *online,* cuando el sitio web en cuestión necesitaría bloquearse sólo para los usuarios del Estado del foro. También es poco claro cómo puede cuantificarse el daño experimentado *únicamente en el Estado del foro*. El mantenimiento del foro del Estado de «difusión» es también problemático a la luz del

actual proceso de revisión del Reglamento Bruselas I y su potencial extensión a los demandados domiciliados en terceros Estados. En los casos futuros con demandados domiciliados en terceros Estados, el art. 5.3 concedería competencia judicial internacional a los tribunales de cualquier Estado miembro en el que el supuesto contenido dañoso distribuido *online* es accesible. Esta situación es altamente imprevisible para los demandados domiciliados en terceros Estados.

4. La segunda cuestión a la que se enfrenta el TJUE se refiere al largo y duradero debate sobre si la Directiva 2000/31/EC (Directiva de comercio electrónico) se aplica o no a situaciones jurídico privadas, incluyendo la violación de los derechos de la personalidad vía Internet, y si busca establecer, en su art. 3, una norma de conflicto aplicando la ley material del Estado de origen.

A la luz de su considerando 25 y su art. 1.4, el TJUE concluye que el ámbito de aplicación de la Directiva abarca cuestiones de Derecho privado, incluyendo la vulneración de derechos de la personalidad a través de publicaciones *online,* pero que no incluye una norma que implique una transposición en una norma de conflicto nacional. Teniendo en cuenta la ausencia de una norma de conflicto relativa a tales temas en el Reglamento 864/2007 [«Roma II», véase su art. 1.2.*g)*], la ley aplicable vendrá determinada por la correspondiente norma de conflicto nacional sobre la vulneración de los derechos de la personalidad. El papel del art. 3 de la Directiva 2000/31/CE es asegurar que la ley declarada aplicable no imponga «requisitos más estrictos» a un proveedor de servicios *online* (considerando 68 de la sentencia) que el Derecho sustantivo de su Estado de origen habría impuesto (*eDate/Martinez,* considerandos 58f, 60f, 68), con algunas excepciones en el art. 3.4.

5. Obviamente, el razonamiento del TJUE sobre el art. 3 de la Directiva de comercio electrónico tiene impacto sobre la interpretación y la aplicación de la legislación nacional que implementa sus disposiciones a las violaciones de derechos de la personalidad cometidas por proveedores de servicios *online*.

La combinación de la variedad de foros puestos a disposición de la presunta víctima, de acuerdo con el art. 5.3, junto con el foro general del art. 2 del Reglamento 44/2001, parece estar compensada por el principio del país de origen, que juega un papel correctivo de la ley aplicable: asegura que el emisor de contenido *online* está protegido cuando respeta los criterios establecidos por la ley de su país de origen. Como el TJUE señala, un proveedor de servicios no debe estar sujeto a «requisitos más estrictos» bajo la ley aplicable que aquellos que tiene que respetar en virtud del estándar de su país de origen. Podríamos plantearnos cómo va a funcionar en la práctica la interacción entre la ley aplicable y las normas vigentes en el país de origen. ¿Qué son «requisitos más estrictos»? No está claro cómo va a resolverse un supuesto en el que la ley del Estado de origen y la *lex causae* diverjan de forma considerable, pero conduzcan a los mismos resultados, y cómo se resolverá el caso contrario en el que similares mecanismos en las dos leyes conduzcan a resultados divergentes.

Igualmente, debe también ponerse de manifiesto que si el Reglamento Bruselas I extiende su aplicación a demandados domiciliados en terceros Estados, estos no disfrutarían de los beneficios del principio del país de origen previsto en el art. 3 de la Directiva 2000/31/CE, dado que su ámbito territorial de aplicación está limitado al de los Estados miembros.

6. En conclusión, aunque la sentencia del TJUE ha clarificado puntos importantes, el mantenimiento del foro del «lugar de difusión» en las situaciones *online* es desafortunado y la aplicación de las normas nacionales implementando el art. 3 de la Directiva 2000/31/CE para ajustar ese estándar de protección de la *lex causae* son

aspectos que plantean diversos problemas prácticos. Además, la redacción de la sentencia no es lo suficientemente clara en relación con algunos temas importantes.

Eva LEIN
Herbert Smith Senior Research Fellow in PIL
British Institute of International and Comparative Law

1.2. Ley aplicable

2012-8-Pr

REGLAMENTO «ROMA II», SOBRE LEY APLICABLE A LAS OBLIGACIONES EXTRACONTRACTUALES.—Ámbito de aplicación temporal.—Hechos acaecidos entre el momento de su entrada en vigor y el momento de su aplicación efectiva.—Acción directa contra el asegurador.

Preceptos aplicados: Arts. 31 y 32 del Reglamento Roma II; art. 297 TFUE.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 4.ª), de 17 de noviembre de 2011, asunto C-412/10, *Deo Antoine Homawoo c. GMF Assurances SA*. Ponente: M. Berger.

F.: *http://curia.europa.eu*.

Los artículos 31 y 32 del Reglamento (CE) núm. 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II»), puestos en relación con el artículo 297 TFUE, deben interpretarse en el sentido que un órgano jurisdiccional nacional está obligado a aplicar este Reglamento únicamente a los hechos, generadores de daño, que se produzcan a partir del 11 de enero de 2009 y que no influyen en la delimitación del ámbito de aplicación temporal de este Reglamento la fecha en que se inicie el procedimiento de reclamación de indemnización ni la fecha en que el órgano jurisdiccional que conozca del asunto determine la ley aplicable.

Nota: 1. En los últimos tiempos, las cuestiones vinculadas a la aplicación temporal de las nuevas normas comunitarias tienen un protagonismo que no deriva tanto de su gran importancia y su intrínseca complejidad (como todo lo que afecta al llamado Derecho transitorio), cuanto de descuidos, tramitaciones apresuradas o falta de sensibilidad técnica por parte de nuestros legisladores europeos. El último episodio, hasta ahora (recordemos la necesidad de modificar —a través de una corrección de errores— el art. 28 del Reglamento Roma I para afirmar su ámbito de aplicación a los contratos celebrados «a partir» del 17 de diciembre de 2009, en vez de «después del...») lo proporciona la STJUE de 17 de noviembre de 2011 en el asunto C-412/10 (*Homawoo*). Se trata de la primera sentencia interpretativa del Reglamento (CE) núm. 864/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II», RR II en adelante), y, a mi juicio, es correcta. Ofrece la mejor de las soluciones posibles a una duda relevante en torno a la aplicación temporal de las reglas del Reglamento Roma II a hechos generadores de daño, acontecidos con *anterioridad a la fecha de su aplicación* y con *posterioridad a la fecha de su entrada en vigor*. La duda no es sorprendente y ya había sido objeto de tratamiento específico (p. ej., GLÖCKNER, J., «Keine klare Sa-

che: der zeitliche Anwendungsbereich der Rom II-Verordnung», *IPrax*, 2009, pp. 121-124, o en el mismo número, BÜCKEN, A., «Intertemporaler Anwendungsbereich der Rom II-VO», pp. 125-128). Tras señalar muy sucintamente los hechos que provocaron la cuestión prejudicial, centraré las coordenadas temporales relevantes y concluiré muy sumariamente con la respuesta otorgada por el TJ que, como he adelantado, considero acertada.

2. El caso es sencillo y aún podría estar llamado a repetirse en el futuro. De hecho, en la práctica británica, el procedimiento que dio pie a la cuestión prejudicial corrió paralelo a otro de similar estructura que concluyó de forma distinta, según narraré. Se trata de una acción directa contra la aseguradora planteada ante los tribunales británicos por la víctima de un accidente de circulación ocurrido en Francia. La competencia de los tribunales ingleses viene dada por los arts. 11.2 y 9.1.*b)* del Reglamento 44/2001 en su interpretación otorgada por el TJUE [STJCE de 13 de diciembre de 2007, asunto C-463/06, *FBTO Schadeverzekeringen NV c. Jack Odenbreit,* con nota de CARBALLO PIÑEIRO, L., *REDI,* 2007-22-Pr y STJCE (Sala 3.ª), de 17 de septiembre de 2009, en el asunto C-347/08 (*Vorarlberger Gebietskrankenkasse*) con nota crítica de GARAU SOBRINO, F., *REDI*, 2009-25-Pr]. El demandado tiene su domicilio en Francia y aunque la ley aplicable a la responsabilidad sería la francesa, tanto en aplicación de las normas del Reglamento Roma II, cuanto siguiendo la solución conflictual inglesa, una notable diferencia hace surgir el conflicto: la *valoración* del daño corresponderá a la ley francesa si se aplica Roma II [art. 15.*c)*] y a la ley inglesa si se aplica la solución conflictual nacional.

Los elementos temporales del caso motivan la duda: el accidente se produjo el 29 de agosto de 2007; la acción se interpuso el 8 de enero de 2009; el RR II entró en vigor el 20 de agosto de 2007; el RR II comienza a aplicarse el 11 de enero de 2009; la acción estaba pendiente tras la fecha de aplicación del RR II. En esencia, se trata de saber si el RR II determina la ley aplicable a la responsabilidad surgida de hechos acaecidos con posterioridad a su entrada en vigor y con anterioridad a su fecha de aplicación.

La jueza que entiende de la cuestión sobre la aplicación del RR II al caso [*Homawoo c. GMF Assurance SA* (2010) EWHC 1941 (QB)] es de la opinión de que la seguridad jurídica, con independencia de la situación de los procedimientos abiertos, aconsejaría tomar como fecha decisiva el 11 de enero de 2009 (fecha de aplicación), pero a la vista de la claridad del tenor del art. 31 del RR II, y tras realizar un inusual examen doctrinal de la cuestión (núms. 18 y ss. de la resolución, donde incluso se hace alusión a la Sentencia del Tribunal Federal Alemán, de 9 de julio de 2009, que pasó de refilón sobre el tema: véase su considerando 20 en *Lexetius.com/2009,2518,* considera que es necesario un pronunciamiento del TJUE (puntos 50 a 52 de la resolución, que puede verse en *http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/QB/2010/1941.html*). Efectivamente, el mencionado art. 31 dispone que «el presente Reglamento se aplicará a los hechos generadores de daño que se produzcan después de su entrada en vigor». Ello motivó, por ejemplo, que en otro procedimiento, *Bacon c. Nacional Suiza* (2010) EWHC 1941 (QB), solo tres días después de la decisión en *Homawoo*, el Juez Tomlinson considera exactamente lo contrario: que el RR II es aplicable a la acción directa contra la aseguradora en el caso de un accidente de circulación acaecido en España el 7 de septiembre de 2007. Aunque el problema de la valoración del daño no llegó a plantearse, pues el juez consideró que no existía responsabilidad por parte del causante del daño (la responsabilidad había sido exclusiva de la víctima atropellada) a los meros efectos «académicos» (así se expresa en los apdos. 37 y ss. de su decisión: *http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/QB/2010/2017.html*), entró en el tema y dio preferencia a una literal interpretación del citado art. 31 del RR II.

En este contexto, la cuestión prejudicial fue del siguiente tenor: «¿Deben interpretarse los arts. 31 y 32 del Reglamento (CE) núm. 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II), en relación con el art. 297 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en el sentido de que exigen que un tribunal nacional aplique Roma II y, en particular, su art. 15, letra *c)*, en un asunto en el que el hecho que genera el daño hubiera ocurrido el 29 de agosto de 2007? [...] ¿Influye en la respuesta que debe darse a la cuestión alguno de los siguientes hechos: [...] i) que el procedimiento en el que se pretenda una indemnización de daños y perjuicios se iniciara el 8 de enero de 2009; [...] ii) que el tribunal nacional no hubiera adoptado decisión alguna en cuanto a la ley aplicable antes del 11 de enero de 2009?».

3. El TJ fue parco y contundente en su respuesta, que ya adelanta en el punto 33 de su sentencia. El RR II sólo se aplica a los hechos, generadores de daño, que se produzcan a partir del 11 de enero de 2009 y no influyen en la delimitación del ámbito de aplicación temporal de este Reglamento ni la fecha en que se inicie el procedimiento de reclamación de indemnización ni la fecha en que el órgano jurisdiccional que conozca del asunto determine la ley aplicable. Las razones para esta solución se cifran en la garantía de la previsibilidad, seguridad jurídica y aplicación uniforme a supuestos similares. La respuesta ataja así situaciones paradójicas o simplemente aleatorias, que plantearía considerar dentro del ámbito de aplicación temporal los hechos surgidos con posterioridad al 20 de agosto de 2007: por ejemplo, de considerar como momento crítico el de la fecha de entrada en vigor, un hecho ocurrido el 29 de agosto de 2007 tendría un régimen jurídico distinto en función de que se juzgase y sentenciase antes del 11 de enero de 2009 o después. En el primer caso no podría ser de aplicación el RR II y se resolvería conforme a las normas nacionales (u otras convencionales), mientras que en el segundo sí (ello sin introducir otros momentos relevantes que aumentarían la heterogeneidad: inicio del procedimiento, momento procesal de determinación de la ley aplicable, momento de visto para sentencia, momento de la sentencia...). Esta misma situación paradójica podría extenderse a un mismo hecho dañoso con varias víctimas implicadas y varias acciones interpuestas por cada una de las víctimas en momentos distintos, que estarían sujetas a distintas leyes aplicables, por el mero hecho de las vicisitudes procesales.

Estas vicisitudes procesales introducen un alto grado de incertidumbre, incompatible con los referidos objetivos del RR II. Pero además, como se puso de manifiesto ya desde el propio procedimiento de remisión, la mera solución que parte de *momentos procesales* se muestra claramente deficitaria para las situaciones en las que, sin más, no hay ni tiene por qué haber proceso. Es decir, todas las situaciones en las que las partes pueden llegar a un acuerdo sin necesidad de intermediación de un tribunal. La jueza de remisión lo pone de manifiesto (núm. 46 de su resolución); en las Conclusiones del abogado general (núms. 53 y ss.) también se retiene esta idea como relevante para hacer valer la solución que al final se propuso: para negociar hay que tener certeza de la ley que sería aplicable en caso de no llegar a un acuerdo. No obstante, el mismo argumento fue, o bien rebajado de importancia o incluso utilizado también en sentido contrario: la indefinición sobre el régimen jurídico aplicable a la responsabilidad de hechos acaecidos tras la entrada en vigor del RR II y el momento de su aplicación puede ser un incentivo para que las partes implicadas lleguen a un acuerdo sin pasar por un juez (véase DICKINSON, A., «Tick, Tock: Temporal Application of the Rome II Regulation Referred to the CJEU», *www.conflictoflaws.net*, de 13 de agosto de 2010, haciéndose eco —y asumiendo— la postura del juez en el caso *Bacon*).

Esta discusión sobre idénticos tópicos con conclusiones diferentes también es apreciable en cómo se aborda el análisis de los trabajos legislativos que desembocan en la redacción final de los preceptos controvertidos: en las conclusiones del abogado general (núms. 25 y ss.) se realiza un detallado análisis de antecedentes y tramitación para concluir que la fecha relevante es la que figura en el art. 31 como fecha de aplicación. Por su parte, el juez en el asunto *Bacon*, hace lo propio en los Considerandos 46 y ss. de su resolución, para llegar justo a la conclusión contraria.

4. La sentencia ofrece, como señalé, una respuesta correcta (incluso quienes habían propuesto la contraria, es decir, la aplicación del RR II a los hechos ocurridos a partir del 20 de agosto de 2007, así lo consideran, modificando su postura: DICKINSON, A., *op. cit*.). Entre la doctrina española había sido una solución asumida [GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., «The Rome II Regulation: On the Way Towards a European Private International Law Code», *European Legal Forum*, 2007 (3), pp. 77-91, p. 81, nota 17; FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, Madrid, Cizur Menor, 6.ª ed., 2011, p. 565] y cierra el problema que fue prontamente detectado. El caso, además, da la oportunidad de ver la riqueza del razonamiento y la existencia de discursos igualmente coherentes, aunque con conclusiones distintas, en las ilustrativas resoluciones locales *Bacon* y *Homawoo* (véase SCHULZE, G., «Vorlagebeschluss zur intertemporalen Anwendung der Rom II-VO», *IPRax*, 2011, pp. 287-288).

Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ
Universidad de Santiago de Compostela

2. PRÁCTICA ESPAÑOLA: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2012-9-Pr

FILIACIÓN NATURAL.—Acción de impugnación de la paternidad: inadmisión *a limine* de demanda de impugnación.—Sentencia extranjera declarando la filiación impugnada.—Disposición Transitoria 6.ª de la Ley 11/1981. Art. 764.2 LEC.—Derecho de acceso a la jurisdicción. Principio *pro actione*.—Amparo constitucional.—Vulneración existente.

Preceptos aplicados: art. 24.1, art. 39.2 CE; DT 6.ª de la Ley 11/1981; art. 764.2 LEC.

Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala 2.ª) núm. 8/2011, de 28 de febrero. Ponente: Ramón Rodríguez Arribas.

F.: *Aranzadi Westlaw,* RTC 2011/8.

[...] La doctrina que acaba de exponerse, conduce a la estimación de esta primera queja de la demanda de amparo. Por lo que hace referencia al Auto de inadmisión dictado por el Juzgado de Primera Instancia, en éste se adopta como veíamos dicha decisión aplicando exclusivamente el art. 764.2 LECiv; concediendo efectos de Sentencia firme en España a la dictada por el Tribunal de Lima en 1970 y que las recurrentes aportaron junto con su demanda. Sin que se argumente sobre validez, firmeza y ejecutividad en España de dicha Sentencia extranjera. Pues bien, pese a lo señalado por el Ministerio Fiscal no existe dato objetivo alguno que permita colegir, ni siquiera de modo tácito, que el Juzgado tuvo en cuenta la posible aplicación de la disposición transitoria sexta de la Ley 11/1981 que las actoras reclamaban.

[...] En principio, la apreciación judicial de que los hechos del caso presentan un elemento de extranjería como es la nacionalidad y residencia de la codemandada doña N. G. P. C., o el país donde se ha dictado la sentencia que se invoca, y que ello obliga a atender a las reglas de conflicto de los arts. 9.1 y 9.4 del Código Civil constituye un juicio de legalidad ordinaria del que, en principio y por ello mismo, no cabría hacer reproche en este proceso de amparo. Además, su aplicación ex novo por el Auto de la Audiencia no puede reputarse como una injerencia judicial indebida en la configuración del objeto litigioso, causante por ello de incongruencia e indefensión: primero, porque la aplicación de esas reglas de conflicto, cuando proceden, devienen de carácter imperativo ex arts. 12.1 y 12.6 CC. Segundo y no menos relevante, porque como las propias recurrentes de amparo admiten, el art. 9.4 CC fue objeto de consideración en su escrito de demanda de primera instancia.

[...] El Auto de apelación recurrido empieza por sostener que la disposición transitoria sexta de la Ley 11/1981 deviene un precepto material, mientras que el art. 764.2 LECiv lo es de naturaleza procesal. No aporta sin embargo las razones para poder discernir esta diferente calificación, siendo que ambos dispositivos se encargan de regular una misma cuestión jurídica de manera compatible entre sí, esto es, fijando el principio general y los supuestos de excepción para la inimpugnabilidad de un estado de filiación declarado judicialmente, según hemos visto ya.

Esa diferencia se afirma sin más de manera apodíctica y, apoyándose en ella, el Auto de apelación excluye la aplicación de la disposición transitoria sexta de la Ley 11/1981 al no haberse acreditado una norma extranjera de similar tenor. Sin embargo, no hace lo propio con el art. 764.2 LECiv, sobre el que no plantea la posible incidencia de reglas de conflicto internacional, dejando expedita su aplicación con el resultado de inadmitirse la demanda ahora por presunto óbice de cosa juzgada, en virtud de la sentencia peruana. Óbice que la disposición transitoria sexta de la Ley 11/1981, de haberse podido aplicar, habría desactivado.

Este tratamiento diferenciado entre normas sustancialmente de la misma índole, distorsiona el sentido de la regla de la especialidad normativa con resultado de impedir el derecho a una decisión de fondo de las pretensiones de la demanda (art. 24.1 CE).

Nota: 1. Son muchos los interesantes puntos vinculados al DIPr que plantea la STC 8/2011 (Sala 2.ª), de 28 de febrero. Demasiados para ser desarrollados convenientemente en el estrecho marco de esta nota de jurisprudencia. Por ello me concentraré en enumerarlos, ordenarlos y emitir una tentativa opinión de por dónde habrían de ir los tiros, cuando el TC no los ha disparado, por no ser necesario para resolver lo que se le pedía.

El TC concede el amparo por considerar vulnerado el art. 24.1 CE en su vertiente de derecho de acceso al proceso en un supuesto en el que a las demandantes (tres hermanas) se les inadmitió *a limine* una acción de impugnación de la filiación al considerar el Juzgado, primero, y la Audiencia Provincial, después, que la existencia de una previa sentencia declarando el vínculo de filiación cuya impugnación se pretendía era supuesto de hecho del art. 764.2 LEC, a cuyo tenor, «los tribunales rechazarán la admisión a trámite de cualquier demanda que pretenda la impugnación de la filiación declarada por sentencia firme...». Las demandantes argüían la aplicación al caso de la DT 6.ª de la Ley 11/1981, que señala: «Las sentencias firmes sobre filiación no impedirán que pueda ejercitarse de nuevo la acción que se funde en pruebas o hechos sólo previstos por la legislación nueva».

La internacionalidad del supuesto venía dada por la nacionalidad y residencia habitual de la hija cuya filiación se impugnaba y, sobre todo, porque la sentencia que in-

tegraba el supuesto de hecho de ambas normas citadas era una Sentencia del Juzgado Civil núm. 4 de Lima, de 2 de septiembre de 1970. Además de este principal elemento, los aspectos que en las sucesivas instancias judiciales y ante el TC tuvieron más o menos relevancia fueron la existencia de una competencia judicial internacional de los Juzgados y Tribunales españoles de acuerdo con el art. 22.3 LOPJ, la relevancia del art. 9.4 CC en orden a la determinación de la ley aplicable a la acción interpuesta, la prueba del Derecho californiano (¿?) y del Derecho peruano, la nacionalidad no española de la hija demandada y la calificación (procesal o sustantiva) de los dos preceptos enfrentados en las instancias judiciales, es decir, la citada DT 6.ª de la Ley 11/1981 y el art. 764.2 LEC. De entre los diversos argumentos utilizados por el TC, este último me parece que está en el trasfondo de la admisión del amparo, como luego señalaré, aunque ciertamente de forma colateral o instrumental.

Tras resumir sucintamente los hechos y antes de analizar el contenido de la STC también haré mínimamente alusión a la situación que motivaba que las recurrentes en amparo arguyesen, junto a la vulneración del art. 24.1 CE, la del principio de igualdad del art. 14 CE, pues puede resultar interesante desde el DIPr.

2. El supuesto fáctico que llega hasta el TC parte de la existencia de la referida sentencia peruana de 1970 que declara la filiación entre el padre de las demandantes y su presunta hermana. Tras la muerte del padre esta última instó un procedimiento de intervención de caudal hereditario del causante aduciendo su relación de parentesco declarado en aquella sentencia. Las demandantes y recurrentes ante el TC promovieron la correspondiente acción de impugnación de la filiación que fue inadmitida, tal cual señalé con anterioridad. No queda clara la nacionalidad de la demandada cuya filiación se impugna (sí parece que no es española) ni su residencia habitual (que parece que es California); existe una hermana codemandada —por no ser demandante—, cuya nacionalidad es española; las demandantes residen en España y dos de ellas, al menos, son españolas. Y lo más sorprendente de todo: en ningún momento se pone de manifiesto si la sentencia peruana fue objeto de reconocimiento en España o no. Algo que en el razonamiento del TC tampoco ocupa un lugar destacado.

3. Como dije, el TC concedió el amparo por considerar que se había vulnerado el art. 24.1 CE y, como consecuencia de ello, no entró a valorar si había existido vulneración del art. 14 CE. Esta presunta vulneración intuyo que se refiere simplemente al hecho (una vez entrado en juego el art. 9.4 CC) de que la filiación resultaría distinta de unas «hermanas» a otras. Algo que, como sabemos, es el resultado normal de que la norma de conflicto remita a dos leyes distintas para dos personas distintas. Ningún trato discriminatorio pues en que la ley francesa diga que este francés es hijo de Pedro y este español no lo es. En la pasada jurisprudencia del TC (aunque referida a un supuesto de filiación en el ámbito interregional) la STC 236/2000 (Sala 2.ª), de 16 de octubre de 2000, es sumamente ilustrativa de este hecho. Sin embargo, el texto de la sentencia nos alerta de que quizá exista algún tipo de razón (no necesariamente constitucional) en la queja de las recurrentes: la Audiencia rechazó la aplicación del Derecho español y las recurrentes consideran que eso supone una clara discriminación «sólo por el hecho de que la demandada tiene *o ha adquirido una nacionalidad distinta de la española*». No conocemos todos los datos precisos para saber si nos encontramos ante la hipótesis que propongo a los meros efectos especulativos: *¿quid* de la situación en que efectivamente la demandada nació española (o le fue atribuida la nacionalidad española como consecuencia de la acción de filiación: art. 17.1 CC en 1970, redacción según Ley de 15 de julio de 1954)? ¿Puede un cambio de nacionalidad «blindar» la sentencia que de otra forma podría ser (en su caso) revisada? Típico supuesto de conflicto móvil en el que el margen que en su día planteó Julio González Campos

abogando por una solución *favor filii* (González Campos, J. D., *Comentarios del Código Civil*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, vol. 1, p. 86) probablemente hubiera de traducirse en este caso en una solución pro verdad biológica o pro igualdad de trato.

4. No fue necesario, sin embargo entrar en tan delicado asunto, pues el TC vio claro desde el primer momento que había una vulneración de la tutela judicial efectiva. Sus razones fueron algunas genéricas e incluso formales, típicas de una comprensión amplia del derecho de acceso a la jurisdicción presidido por el principio *pro actione* desprovisto de rigorismo o formalismo excesivos; otras más sustantivas. Las reconducibles a problemas de DIPr ocupan una posición no siempre clara.

En el FD 3.º se adelanta el juicio positivo al amparo. Y comienza el TC con una frase esperanzadora para los que leemos esta crónica al señalar que el Juzgado concede eficacia a la sentencia peruana sin argumentar «sobre validez, firmeza y ejecutividad en España de dicha sentencia extranjera». Quizá este hecho, absolutamente sorprendente desde la óptica del DIPr, no fuese bastante para admitir el amparo, por lo que el TC abandona inmediatamente esta línea de razonamiento para señalar que lo realmente clave es que el Juzgado obvió absolutamente toda referencia a la DT 6.ª de la Ley 11/1981, como si solo existiese el art. 764.2 LEC. Faltó explicación y además (el además lo añado yo) hay que tener en cuenta el art. 39.2 CE, sobre el derecho a la investigación de la paternidad (último párrafo del FD 3.º, que parece jugar más como argumento *tópico* que como clave de la decisión).

5. En el FD 4.º el TC ataca el auto de la Audiencia para llegar a la misma conclusión de su incompatibilidad con la tutela judicial efectiva. Mientras que el Juzgado había decidido, sin más, aplicar la LEC e inadmitir la demanda por considerar que se daba el supuesto de hecho de su art. 764.2, en contra de la opinión de las demandantes de que era aplicable la referida DT 6.ª y sin justificación o explicación alguna del porqué de tal solución, la Audiencia decidió entrar en un huerto nuevo: el de la aplicación de una eventual ley extranjera por mediación del art. 9.4 CC. A la sorprendente prueba del Derecho extranjero *californiano y peruano* planteada por las demandantes, nada objetó la Audiencia (es decir, nada dijo de a qué título era aplicable el californiano, parece que de la residencia habitual de la demandada) ni a qué título el peruano: ¿nacionalidad de la hija? o ¿acaso corolario de la asunción de la teoría de la extensión de efectos de las sentencias extranjeras reconocidas en orden a su eventual modificación? No creo que ni por asomo se estuviese pensando en estos términos. Es más, el devenir de este razonamiento «conflictual» pone de manifiesto que la habilidad de la Audiencia en el manejo de estos temas no era mucha. Su razonamiento concluye que no habiéndose probado que la ley californiana o la peruana contenían una norma similar a la de la DT 6.ª, «no procede aplicar al caso de autos la DT 6.ª de la Ley 11/1981 y habida cuenta que los procesos civiles que se sigan en territorio nacional se regirán únicamente por las normas procesales españolas, con las solas excepciones que puedan prever los Tratados y Convenios internacionales —(art. 3 de la LECiv)— es aplicable el art. 764.2 de la LECiv.».

El razonamiento no pudo ser más errático. En primer lugar, y como ya he señalado, nada se dice sobre las condiciones de reconocimiento de la sentencia extranjera. En segundo término la «selección» de la ley aplicable es aleatoria: peruana o californiana, ¿por qué? En tercer lugar la global articulación de la argumentación es igualmente sorprendente: una propuesta admisible sería, efectivamente, considerar que la posibilidad de modificar una sentencia sobre filiación es algo que debe determinar la ley rectora de la misma: se busca esa ley y se aplica. La consecuencia lógica de lo que parece haber acreditado la Audiencia sería que no cabe esta tal acción porque no está

prevista en la ley aplicable (la ley nacional de la hija). Pero «su» lógica es que no cabe aplicar la ley española (¿sustantiva?) porque la ley aplicable extranjera no prevé un mecanismo similar. Nada que añadir a tan singular aproximación. Lógica que aún da una nueva pirueta para desembocar en la LEC: esto es un tema procesal y se aplica el art. 764.2 LEC. Pues bien, para ese viaje no hacían falta las alforjas de los arts. 9.4, 9.1 y 12.1 CC que tan eruditamente cita la Audiencia. Y así se lo reprende el TC cuando le dice que este razonamiento vulnera la tutela judicial efectiva de los demandantes.

El TC no entiende de piruetas y calificaciones sustantivas o procesales. No considera lesivo para la tutela judicial efectiva el hecho de que se haya incorporado un razonamiento conflictual en la segunda instancia cuando no se había suscitado en la primera (algo que alegaban las recurrentes en amparo): las normas de conflicto se aplican de oficio —dice el TC— y además el tema de la aplicación del Derecho extranjero ya venía planteado en la demanda. Lo que es inadmisible a los ojos del TC es que la Audiencia realice una diferencia apodíptica entre el art. 764.2 LEC y la DT 6.ª de la Ley 11/1981. Que —dentro de su incoherente razonamiento, añado yo— considere que ambas normas son tan distintas (¿una sustantiva y otra procesal?); que asuma un «tratamiento diferenciado de normas sustancialmente de la misma índole». Y es claro: los supuestos de hecho de ambas normas contemplan la acción de filiación que contraría una sentencia firme anterior. Y ello requiere una delimitación de ambas para salvar esta antinomia normativa, si es que ello es posible (el criterio temporal sería el más adecuado); no vale una opción apriorística como la de la Audiencia.

Nos priva el TC (ciertamente no era ese su cometido) de saber si tales normas han de calificarse como integrantes de la ley rectora de la filiación o como normas puramente procesales y ajenas a la dimensión sustantiva. Sí parece indicarnos que la calificación ha de ser la misma, sin perjuicio de que el sistema exija una delimitación escrupulosa de su supuesto de hecho. A mi juicio, se trata de dos normas que integran el ámbito de aplicación de la ley rectora de la filiación.

6. La STC como dije, está preñada de temas de DIPr. El último, llamativo e impreciso en cuanto a su verdadero alcance, se refiere a la competencia judicial internacional. También como argumento (creo) *ad abundantiam*, el TC recalca que tanto el Juzgado como la Audiencia han dejado de conocer en un caso para el que existía competencia judicial internacional de los tribunales españoles (art. 22.3 LOPJ). Con cita de la conocida STC 61/2000, de 13 de marzo, no sé si el TC pretende sumar otro argumento (innecesario e impropio, pues no considero que exista analogía entre los supuestos de hecho de ambos casos) o meramente (como hizo con el recurso al art. 39.2 CE) reafirmar su conclusión, mediante la reproducción literal y entrecomillada de un párrafo de la STC 61/2000 como antesala, sin mayores explicaciones, del fallo.

Santiago Álvarez González
Universidad de Santiago de Compostela

3. PRÁCTICA ESPAÑOLA: DERECHO JUDICIAL INTERNACIONAL

3.1. Competencia judicial internacional

2012-10-Pr

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL Y DESPIDO.—Competencia judicial internacional de los tribunales españoles para conocer de demanda de despido presentada por trabajadores españoles frente a empresa extranjera y

socios con domicilio en España.—Aplicación de la doctrina del levantamiento del velo social.

Preceptos aplicados: arts. 6.1, 18-21 Reglamento 44/2001; art. 25 LOPJ.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1.ª), núm. 1548/2011, de 28 de febrero. Ponente: Amador García Ros**.**

F.: ***Aranzadi Westlaw,*** **JUR 2011/181267.**

TERCERO. [...] En definitiva a la vista de los argumentos que nos preceden, debemos estimar el recurso de suplicación, declarando que los Juzgados y Tribunales españoles no son competentes para conocer de este proceso de despido contra la empresa Moonstone shipping LTD, en los que existe un elemento de extranjería que está domiciliado en un Estado miembro, como es Malta. Y en cambio, sí somos competentes para conocer del despido frente a los socios demandados, por tener su domicilio en España. En consecuencia, ahora debemos resolver, como se pide en el recurso, si procede la nulidad de la sentencia por falta de motivación, y si en definitiva, estos tienen la legitimación pasiva que les atribuyó la sentencia de instancia sin realizar al respecto ningún tipo de razonamiento.

QUINTO. En cuanto, a la vulneración de la doctrina del levantamiento del velo, tenemos que estimar el recurso, y por ende, estimar la falta de legitimación pasiva de los recurrentes. De acuerdo con reiterado criterio jurisprudencial —SSTS de 20 de enero de 2003, de 26 de diciembre de 2001, de 25 de mayo de 2000— levantar el velo de una persona jurídica equivale a hacer una abstracción de su personalidad, o de alguno de sus atributos, en hipótesis determinadas y excepcionales, de tal forma que se deja sin efecto el principio de separación de patrimonios e incomunicabilidad de sus responsabilidades, entre la persona jurídica y las personas físicas que la soportan, o incluso entre diferentes empresas, si estas formase un grupo. Esta teoría, lo que en realidad persigue es dar preeminencia a las realidades económicas sobre las formas jurídicas y todo ello en función de salvaguardar un interés superior público. Ahora bien, el levantamiento del velo, como construcción doctrino judicial, sólo puede ser apreciada por los Jueces y Tribunales, y únicamente es posible aplicarla para aquellas situaciones que se han venido perfilando doctrinalmente, como puede ser la confusión de patrimonios, la infracapitalización, el fraude, la persona jurídica ficticia y la conclusión de contratos entre la persona/s física/s (socios) y su sociedad o en el uso de la persona jurídica con clara intencionalidad de perjudicar los derechos de los trabajadores que ha contratado. En el caso, presente, de los hechos probados, ni en la mejor de las interpretaciones, se puede deducir que los recurrentes hubieren colocado a la empresa en alguna de estas situaciones, ni tampoco, por lo que a este procedimiento atañe, que hubieren utilizado la personalidad jurídica de ésta con clara voluntad de perjudicar el derecho de los actores, es más, tal y como se apunta en el escrito de recurso y se recoge en la sentencia, cuando, alguno de los socios utilizaba la embarcación para fines privados, estos corrían con los gastos que con su uso conllevaba.

Nota: 1. Los hechos que acaban en el despido de los dos trabajadores reclamantes son difíciles de concretar, aunque no acaban siendo objeto de análisis en la decisión aquí comentada; se decide sobre la competencia judicial internacional de los tribunales españoles para conocer de la reclamación presentada frente a la compañía que operaba el yate en el que ambos trabajaban, así como frente a sus socios españoles, cuestión de la que nos ocuparemos en primer lugar (2). El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña también decide sobre la falta de motivación de la sentencia

de instancia, cuestión sobre la que falla en sentido negativo, apuntando que sí había motivación, aunque fuera somera, del rechazo de la excepción de falta de legitimación pasiva de los socios españoles. Precisamente, esta última cuestión es la que justifica la estimación del recurso de suplicación presentado por los demandados y que será abordada en esta nota en último lugar (3). La cuestión de fondo, finalmente no resuelta, es la impugnación del despido presentada por la dotación de un yate matriculado en Malta, compuesta por un capitán y una asistente, ambos de nacionalidad española. El yate es propiedad de una sociedad con sede en Malta, que es la que gestiona su contratación a terceros.

2. La relación contractual de ambos trabajadores con la citada compañía maltesa se inicia en el año 2008, existiendo contrato por escrito con el capitán, verbal en el caso de la camarera. La fecha de contratación indica, como señala el Alto Tribunal catalán, que el asunto encaja dentro de la Sección 5.ª del Reglamento 44/2001, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia civil y mercantil (en adelante, RB I), dedicado a contratos individuales de trabajo como los aquí discutidos. Por otra parte, tanto la compañía como los socios demandados tienen domicilio en un Estado miembro. Sin embargo, el análisis de si concurre la competencia judicial internacional de los tribunales catalanes ha de disociarse en función de los demandados.

Previamente, deben hacerse dos precisiones: la primera atañe al juego de la autonomía de la voluntad en materia de trabajo, restringido, como es sabido, por mor de la presencia de una parte débil en el contrato. Ello conlleva la inoperatividad de la sumisión expresa a los tribunales de Malta contenida en el contrato de trabajo suscrito por el capitán del yate despedido (a tenor de lo dispuesto en el art. 21 RB I). La segunda cuestión, de más enjundia, concierne al foro especial por razón de la materia previsto en el art. 19.2 RB I; la Sección 5.ª del Reglamento distingue entre trabajador y empresario para atribuirles unos y otros foros de ataque, más amplios en el primer caso y que incluyen el lugar de prestación habitual de trabajo. Pues bien, tratándose de un buque que no se limita a navegar por aguas territoriales, enfrentamos el problema de determinar cuál sea dicho lugar de prestación habitual de trabajo, produciéndose aquí un interesante enlace entre el Derecho internacional público y el privado: por regla general, se atribuye la jurisdicción sobre el buque al Estado del pabellón, también en materia laboral. Esta atribución es muy discutida, atendiendo al principio de libre inmatriculación y a la huida de las flotas hacia pabellones de conveniencia. En este supuesto, cabe destacar que el Alto Tribunal catalán no duda en designar como lugar habitual de trabajo a Malta, el Estado del pabellón del yate, también sede de la sociedad propietaria del yate. Ello no obsta a que el caso proporcione un buen ejemplo de la internacionalización del mar, puesto que se apunta en la relación de hechos que el yate fue construido en Polonia, trasladado por una tripulación australiana hasta Ibiza, luego se dirigió a Grecia e hizo parte del invierno en Port Ginesta (Cataluña), no acercándose prácticamente a puertos malteses.

Descartados los criterios anteriores para fundar la jurisdicción española, queda el domicilio de las partes demandadas, una con sede en Malta y las otras, los socios demandados, con domicilio en Cataluña, foro a partir del que la primera instancia resolvió y que ha conducido a la suplicación aquí decidida. Concretamente, la demanda sólo se admite a trámite respecto a estos últimos, puesto que, como recuerda el tribunal de segunda instancia, no cabe la conexidad, ya que no es aplicable el art. 6.1 RB I, por no estar incluido, tampoco por remisión, en la Sección 5.ª RB I (STJCE de 22 de mayo de 2008, asunto C-462/06, *Glaxosmithkline, Laboratoires Glaxosmithkline c. Jean-Pierre Rouard*).

3. El grado de heterogeneidad de las relaciones laborales marítimas es tal que bien puede ocurrir que los elementos relevantes de la relación laboral apunten todos ellos a distintos Estados. Ahora bien y por razón de los mecanismos convencionales dispuestos para frenar esta internacionalización, proliferan en la práctica marítima las denominadas *one ship companies*, esto es, sociedades que sólo tienen un bien, el barco, con el objeto de eludir a los acreedores de la compañía que realmente gestiona el navío, o navíos, y cuyo domicilio social suele coincidir con el pabellón del barco. En estos casos, los tribunales suelen acudir a la doctrina del levantamiento del velo social, lo que así parece hacer, en este caso, el tribunal de instancia en relación con los socios españoles de la sociedad maltesa (aunque, como se desprende de la relación de hechos probados, finalmente no les condene por caducidad de la acción).

De la motivación del Tribunal Superior de Justicia destaca la relación de indicios que han de concurrir para proceder al levantamiento del velo, «como puede ser la confusión de patrimonios, la infracapitalización, el fraude, la persona jurídica ficticia y la conclusión de contratos entre la/s persona/s física/s (socios) y su sociedad o en el uso de la persona jurídica con clara intencionalidad de perjudicar los derechos de los trabajadores que ha contratado» (véase FJ 5.º), lo que no concurre en el caso, donde claramente se separaban las actividades de la sociedad de las de los socios, como cuando éstos usaban el yate para sus vacaciones privadas pagando de su bolsillo sus propios gastos. Es de destacar, en particular, que el sueldo de los trabajadores era pagado a través de transferencia por la compañía maltesa; aunque no siempre, puesto que en autos consta que las reclamaciones por retraso eran dirigidas a los socios, habiendo pagado alguno en mano el salario correspondiente. En todo caso, no hay razones suficientes para levantar el velo, tampoco desde la perspectiva de la jurisprudencia del TJUE, formulada en materia de insolvencia (véase STJUE de 15 de diciembre de 2011, asunto C-191/10, *Rastelli Davide*).

4. Sin que puedan merecer reproche las argumentaciones jurídicas del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, el asunto pone sobre la mesa una realidad jurídica en la que el *forum shopping* se corporeiza a través de la constitución de una sociedad en el Estado de inmatriculación del yate, probablemente a efectos de disminuir los costes fiscales y laborales de su gestión. Ello tiene otra consecuencia y es la remisión, de acuerdo con el Derecho de la Unión Europea, a un foro que, en principio, no coincide con el del domicilio del trabajador, privándole, en consecuencia, de un arma esencial en la defensa de sus derechos laborales.

Laura Carballo Piñeiro
Universidad de Santiago de Compostela

2012-11-Pr

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.—Divorcio.—Inaplicación del Reglamento 2201/2003.—Aplicación de la LOPJ. Falta de competencia judicial internacional.

Preceptos aplicados: art. 22 LOPJ.

Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 24.ª), de 1 de junio de 2011. Ponente: Rosario Hernández Hernández.

F.: ***Aranzadi Westlaw,*** **JUR 2011/247156.**

Es al caso de aplicación lo dispuesto en el art. 22 de la LOPJ [...].

No concurren los presupuestos determinantes de la competencia judicial de los Juzgados y tribunales españoles para el conocimiento y fallo de la demanda de divorcio de mutuo acuerdo [...].

No es dable la aplicación postulada del Reglamento (CE) núm. 2201/2003 [...].

[...] en primer lugar no se ejercita acción en reconocimiento y ejecución de sentencia de divorcio dictada por país extranjero, sino que se pretende la declaración de divorcio y sanción judicial ex novo de convenio regulador de los efectos de la crisis matrimonial, razón por la cual no es de aplicación el meritado Reglamento comunitario, tal y como se indica por el Ministerio Fiscal en su escrito de oposición [...].

Pero es más, ni siquiera en el supuesto más favorable a la tesis de los recurrentes hubiera sido factible la aplicación del mentado Reglamento, pues este solo ampara y atrae la competencia de los Juzgados y tribunales españoles cuando se trate de Estados miembros, dándose la circunstancia de que no forma parte de la Comunidad Europea Chile, país de origen de estos litigantes, en el que uno de ellos reside, como así lo hace la hija común [...].

Nota: Puesto que esta nota se publica en una revista especializada, que se lee esencialmente en el ámbito universitario, en realidad huelga todo comentario a la retahíla de despropósitos contenidos en los párrafos que se reproducen. No se pueden cometer más errores en tan breve espacio. El Reglamento, tal y como indica su propio título, contiene normas de competencia judicial internacional, tanto para lo que es la disolución del vínculo, como en relación con la responsabilidad parental y no se refiere únicamente al reconocimiento y ejecución de decisiones. En virtud del principio de primacía del Derecho comunitario no procede aplicar el art. 22.3 de la LOPJ que fundamenta la decisión que se comenta. Los tribunales españoles son competentes en virtud del art. 3, apartado *a)* del Reglamento comunitario respecto al divorcio, por hallarse en España la residencia habitual de uno de los cónyuges y plantearse la demanda de mutuo acuerdo. Por lo que respecta a las cuestiones relativas a la responsabilidad parental, pese a residir la hija común en Chile, posiblemente pudiera apreciarse una prórroga de competencia en virtud del art. 12.1, pues tal era la voluntad de los titulares de la responsabilidad parental. De acuerdo con el apartado cuarto del citado precepto tal prórroga se vería favorecida puesto que «cuando el menor tenga su residencia habitual en el territorio de un tercer Estado que no sea parte contratante del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 [...], se presumirá que la competencia basada en el presente artículo es en beneficio del menor» y Chile no es Estado parte ni del Convenio de La Haya de 1961 en materia de protección de menores, ni del posterior Convenio de 1996. En relación con las pensiones de alimentos se hubiera debido examinar el Reglamento 44/2001, que hubiera atribuido competencia a los tribunales españoles por tratarse de una demanda incidental a una acción relativa al estado de las personas, en cuyo caso es competente el tribunal competente para conocer de ésta (art. 5.2).

Concurren además, al menos, cinco circunstancias agravantes. Yerra la Audiencia de la capital del Reino, tribunal de apelación de una provincia en la que están empadronados 1.063.803 ciudadanos de nacionalidad extranjera (fuente: Instituto de Estadística de la Comunidad de Madrid, datos del año 2009). Yerra un órgano colegiado, integrado por tres magistrados. Yerra dicho órgano amparándose en un escrito erróneo del Ministerio Fiscal. Se trata de un error reiterado puesto que el Auto objeto de comentario confirma un Auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Majadahonda. Por consiguiente, no se trata de un desliz imputable a la falta de diligencia o pericia de un individuo concreto, sino de algo mucho más profundo, de un fallo de la Administración de justicia.

Este fallo se produce en relación con un sector normativo muy concreto, respecto al cual constatamos una y otra vez un déficit de formación muy importante (véase GONZÁLEZ BEILFUSS, C., «La aplicación en España del Reglamento 2201/2003 en materia matrimonial y sobre la responsabilidad parental: señales de alarma», *RJC*, 2011-3, pp. 731-741). Puesto que a la formación nos dedicamos los profesores de Derecho internacional privado que como colectivo sostenemos esta *Revista,* parte de la responsabilidad de la situación es nuestra y de las Facultades de Derecho españolas que han favorecido una formación cada vez menos exigente, en la que frente a la complejidad creciente del ordenamiento jurídico la respuesta es la laxitud. No hemos conseguido, además, que se introduzcan nuestras materias en los temarios de las oposiciones a jueces o fiscales ni que el Derecho internacional privado sea parte significativa de la formación posterior, que se imparte en la Escuela Judicial del Consejo General del Poder Judicial o en el Centro de Estudios Jurídicos encargado de la formación de los fiscales.

Existen, sin embargo, algunos datos que abren perspectivas de mejora de la situación actual. En primer lugar, se ha de tener en cuenta que conforme al art. 81.2*.f)* del TFUE, precepto que forma parte del Capítulo 3 del Título V relativo a la cooperación civil, el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán medidas para garantizar el apoyo a la formación de magistrados y del personal al servicio de la administración de justicia. El 13 de septiembre de 2011 se hizo pública la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las regiones titulada «Crear Confianza en una Justicia Europea. Nueva Dimensión de la Formación Judicial Europea» [COM (2011) 551 final]. En dicha comunicación se pone de manifiesto que la formación judicial es esencial para construir un espacio judicial europeo, abriéndose importantes perspectivas de futuro, también desde un punto de vista financiero, para el periodo 2013-2020. Quizás sea este el empujón que faltaba para que la formación en Derecho internacional privado de nuestros jueces y fiscales mejore significativamente.

Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS
Universidad de Barcelona

4. PRÁCTICA ESPAÑOLA: DERECHO CIVIL INTERNACIONAL

4.1. Protección de menores

2012-12-Pr

GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES.—Derechos de visita.—Sentencias contradictorias dictadas en Estados miembros distintos.—Nulidad de sentencia por falta de competencia judicial internacional.

Preceptos aplicados: art. 8 del Reglamento 2201/2003.

Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 5.ª), de 25 de febrero de 2011. Ponente: Manuel Conde Núñez.

F.: ***Aranzadi Westlaw,*** **JUR 2011/169933.**

No procede declarar la nulidad de la sentencia de instancia [...] con fundamento en que los tribunales españoles carecían de jurisdicción y competencia para conocer del procedimiento de relaciones paterno-filiales [...].

Aún cuando sea dudoso si era a los tribunales belgas o a los tribunales españoles a los que les correspondía la competencia [...] y aún cuando los tribunales belgas [...] consideren que la competencia para conocer del presente litigio [...] les corresponde a los tribunales de ese país no es menos cierto que, a pesar de ello, ni siquiera el Tribunal de apelación de Bruselas considera que la sentencia del Juzgado de Primera Instancia [...] objeto del presente recurso sea nula [...] por cuanto se hace referencia en la sentencia belga [...] los órganos jurisdiccionales en adelante competentes tendrán a bien restaurar vínculos normales entre Sandra y su padre y de asignar a este último un derecho de visita respetuoso con su lugar y papel de padre [...].

[...] dada la situación actual del conflicto —tener que decidir los tribunales españoles sobre el régimen de visita— hace innecesario que tengamos que pronunciarnos sobre la competencia ab initio *de los tribunales de uno u otro país [...].*

Nota: 1. La sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña pone fin a un largo litigio judicial acerca de la guarda y custodia de una niña de muy corta edad, que había sido trasladada desde su lugar de residencia habitual, Bélgica, a España, el 17 de diciembre de 2008. La decisión que comentamos reproduce fragmentos tanto de la decisión española dictada en primera instancia, como de decisiones dictadas en Bélgica, en primera y segunda instancia, acerca de la misma cuestión. Las sentencias de primera instancia dictadas en España —el 11 de noviembre de 2009— y en Bélgica —el 20 de octubre de 2009— eran contradictorias, puesto que atribuían respectivamente la guarda y custodia a la madre (en España) y al padre (en Bélgica). Afortunadamente tal contradicción se resuelve en segunda instancia, pues en Bélgica el Tribunal de Apelación de Bruselas dictó una Sentencia el 17 de junio de 2010, atribuyendo la custodia a la madre y dicha decisión es corroborada por la Audiencia Provincial. Por lo que respecta al régimen de visitas el tribunal de apelación belga expresa su confianza en que los órganos jurisdiccionales españoles «tendrán a bien restaurar vínculos normales entre Sandra y su padre y de asignar a este último un derecho de visita respetuoso con su lugar y papel de padre». Los tribunales españoles, sensibles a dicha muestra de confianza, resuelven acerca de dicho régimen de visitas ampliando el concedido en instancia.

2. Son varias las cuestiones a comentar y por razones de espacio lo haremos de manera selectiva y muy sucinta. Una primera cuestión litigiosa entre los progenitores es el carácter lícito o ilícito del traslado, cuestión examinada en España en un procedimiento previo de sustracción internacional de menores, en aplicación del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores y del Reglamento 2201/2003.

El juez español denegó el retorno de la niña por entender que D. Abilio no detentaba derechos de custodia que hubieran sido vulnerados por el traslado de la niña a España. Esta interpretación no es compartida por las autoridades belgas quienes entienden que, siendo la patria potestad respecto a la menor conjunta, las decisiones de trascendencia —como el cambio del lugar de residencia al extranjero— corresponden conforme al Derecho belga a ambos progenitores. Si tenemos en cuenta la interpretación autónoma del concepto de custodia efectuada en los arts. 5 del Convenio de La Haya y 2.11.*b)* del Reglamento comunitario, todo indica que la decisión española que no apreció la ilicitud del traslado no era correcta y que la razón asiste a las autoridades belgas.

Siendo esto así *de lege lata*, este caso pondría de manifiesto algunos déficits de la regulación actual de la sustracción de menores, que ya han sido reiteradamente denunciados. Aunque el art. 5 del Convenio de La Haya alude tanto al cuidado cotidiano

del niño como al derecho a determinar el lugar de residencia, es esta última cuestión la que acaba teniendo mayor peso. Si como ocurre en el caso que examinamos, ambos progenitores detentan derechos a intervenir respecto a la determinación del lugar de residencia de un niño, quien no ejerce el cuidado cotidiano del niño acaba teniendo la posibilidad de interponer la acción de retorno.

El desequilibro que esta regulación introduce debería contrarrestarse estableciendo mecanismos para poder efectuar los traslados lícitamente. Más concretamente, en la situación fáctica que se deduce de la sentencia que comentamos, Dña. Juana debería haber podido trasladarse a España sin incurrir en ningún acto ilícito, puesto que era ella quien ejercía la mayor parte del cuidado cotidiano y D. Abilio nunca convivió con Dña. Juana ni con la niña y, aunque tenía cierta implicación en la crianza de la menor, nunca fue su cuidador principal. Además Dña. Juana tenía razones de peso para trasladarse a España ya que había perdido su empleo en Bruselas. En tales circunstancias no parece legítimo exigir a Dña. Juana que mantenga su domicilio en Bruselas. Es, por tanto, necesario que se regulen adecuadamente las denominadas *relocation disputes* como forma de prevenir actuaciones unilaterales que desencadenan la aplicación de los mecanismos de retorno.

3. Otra cuestión discutible es la competencia de los jueces belgas en cuanto al fondo una vez los tribunales españoles habían desestimado la acción de retorno. Es de lamentar que la Audiencia eluda pronunciarse sobre esta cuestión pues existen argumentos favorables a la competencia de los tribunales españoles que deberían haberse examinado toda vez que se había solicitado la nulidad de las actuaciones realizadas en España por falta de competencia judicial internacional. Puesto que el juez español competente para decidir acerca del retorno de la menor a Bélgica llegó a la conclusión —aunque sea errónea— de que el traslado era lícito, no se acaba de entender por qué se transmitió copia de la resolución judicial de no restitución a las autoridades belgas al amparo del art. 11.6 del Reglamento Bruselas II bis. Conforme al tenor literal del precepto dicha transmisión solo es obligatoria si la no restitución se fundamenta en el art. 13 del Convenio de La Haya. En la doctrina se discute si procede en caso de concurrencia de otras causas de denegación del retorno. Si la decisión de no retorno se basa en la falta de ilicitud del traslado se puede perfectamente defender que no son aplicables ni el art. 11.7 ni el art. 10 del Reglamento. Por consiguiente, una vez resuelto el incidente relativo a la sustracción y firme la decisión de que el traslado era lícito, serían de aplicación las reglas generales del Reglamento Bruselas II bis, en virtud de las cuales el cambio de residencia habitual de la niña implicaría un cambio en la autoridad competente. Serían, por tanto, las autoridades españolas las competentes para decidir acerca de la guarda y custodia y los derechos de visita en relación con la menor Sandra y procedería desestimar la solicitud de nulidad de las actuaciones por haber sido estas realizadas por autoridad competente.

En el caso que nos ocupa las autoridades belgas y españolas se consideraron, sin embargo, simultáneamente competentes respecto al fondo de la disputa entre los progenitores. En tales circunstancias no funcionó tampoco de manera correcta la regla relativa a la litispendencia contenida en el art. 19.2 del Reglamento, que hubiera obligado al tribunal frente al que se hubiere presentado la segunda demanda a suspender de oficio el procedimiento en tanto no se hubiere establecido la competencia del órgano jurisdiccional ante el que se interpuso la primera. El resultado son dos sentencias contradictorias dictadas en primera instancia en Bélgica y Holanda que generan una situación claudicante y dificultan la relación del niño con el padre frente al riesgo —no infundado— de que éste aprovechase el ejercicio de los derechos de visita otorgados por la sentencia española para trasladarse a Bélgica, país en el que sería titular de la custodia.

4. Este es otro aspecto que llama la atención. A pesar de que se trataba de una niña de corta edad que nunca había convivido con su padre, el mero hecho de que la madre la hubiera trasladado a España es suficiente para que los tribunales de este país otorguen derechos de custodia al padre. Por consiguiente, el caso que comentamos demuestra que la posición jurídica de quien ha trasladado a un niño al extranjero se ve afectada en el procedimiento en cuanto al fondo. La distinción teórica entre dos procedimientos —uno relativo al traslado y otro respecto a la disputa en cuanto al fondo— no se sostiene en la práctica y el interés superior del niño, que debería ser la consideración principal para decidir acerca de la guarda y custodia, acaba siendo prejuzgado. Aunque la decisión que comentamos no entra en el tema, no debe perderse de vista que la sustracción de menores es frecuentemente una acción punible. Por consiguiente, quien la comete no ve restaurado el *statu quo* ante si se ordena el retorno.

5. El caso que comentamos demuestra adicionalmente que finalmente es el paso del tiempo el factor que acaba siendo decisivo en la resolución del litigio. En segunda instancia los tribunales belgas no pueden sino acabar reconociendo que es la sustractora quien a pesar de todo debe ser la titular de la guarda y custodia. Ha pasado un año y medio desde el traslado y la niña no ha tenido ningún contacto con su padre desde entonces. A esta misma conclusión llegan los tribunales españoles que además recogen otros datos. Con el transcurso del tiempo la madre de la niña había contraído matrimonio y había tenido otro hijo. Lo único que se puede hacer en tales circunstancias es incidir sobre el derecho de visita y modularlo a fin de que se restaure la relación entre el padre y la niña, pues ya no es imaginable que madre e hija regresen a Bruselas. En este extremo hay acuerdo entre las autoridades belgas y españolas. Estas últimas acceden a un régimen de visitas ampliado, respecto al concedido en primera instancia.

6. Desde un punto de vista judicial así concluye la disputa acerca de la guarda y custodia. Tras una larga batalla judicial frente a los tribunales españoles y belgas, resta por ver si los derechos de visita que esta sentencia otorga al padre podrán ejercerse con normalidad. En cualquier caso se comprueba que las reglas contenidas en el art. 11 del Reglamento Bruselas II bis no han tenido ningún impacto positivo y solo han contribuido a dilatar la resolución del caso y a exacerbar el conflicto entre los progenitores.

Cristina González Beilfuss
Universidad de Barcelona

4.2. Filiación natural

2012-13-Pr

FILIACIÓN.—Maternidad subrogada.—Inscripción en el Registro Civil español: no.—Menores nacidos en California.—Promotores cónyuges varones.—Contrariedad con legislación registral vigente.—Contrariedad con orden público español.

Preceptos aplicados: art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950; art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989; arts. 7.3 y 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo de 2006; art. 34.1 del Reglamento 44/2001; art. 9.1 del Reglamento 593/2008 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales; arts. 9.3, 10.1, 14, 15, 39.2 de la Constitución Española; art. 23 de la Ley del Registro Civil; art. 954.3 LEC de 1881; art. 23 de la Ley de Adopción Internacional; arts. 12.4, 175

y ss., 1.271, 1.274 y 1.275 CC; arts. 81 y 85 del Reglamento del Registro Civil; Instrucción DGRN de 7 de octubre de 2010.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10.ª), de 23 de noviembre de 2011. Ponente: Carlos Esparza Olcina.

F.: ***Aranzadi Westlaw,*** **JUR 2011/420242.**

Segundo. También desde el punto de vista del llamado método del reconocimiento de las decisiones extranjeras, [...] existen importantes obstáculos a la inscripción en el Registro Civil español de la filiación pretendida [...]. Estos obstáculos radican en la infracción por la certificación registral californiana del orden público internacional español (tal como prescriben para sus respectivos ámbitos los artículos 954.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 y el artículo 23 de la ley de Adopción Internacional y 34.1 del Reglamento 44/2001); y vienen a coincidir con las razones que llevaron al legislador español a prohibir, conforme al Derecho actualmente vigente en España, el contrato de gestación subrogada o por sustitución; en concreto, se trata de los problemas que suscita esta figura en relación con principios tales como el que la persona humana no puede ser objeto del comercio de los hombres, o lo que es lo mismo, que el niño no puede ser objeto de transacción, así la propia dignidad de la persona. Principios reflejados, además de en el artículo 10.1 de la Constitución, en su artículo 15, que reconoce el derecho a la integridad moral, el artículo 39.2 de la misma norma fundamental, que proclama que los poderes públicos aseguran la protección integral de los hijos y de las madres cualquiera que sea su estado civil, el artículo 1.271 del Código Civil, que prescribe que pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres y el artículo 1.275 del mismo cuerpo legal, que impide la producción de efectos a los contratos con causa ilícita. Incluso puede considerarse al artículo 10 de la Ley 14/2006 como una norma de policía, en el sentido del artículo 9.1 del Reglamento 593/2008 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: «una disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, basta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación».

Nota: 1. La raquítica reproducción del texto de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011 no refleja convenientemente la importancia de la decisión, la tercera en un caso ampliamente conocido, tras la Res. DGRN de 18 de febrero de 2009 (nota Quiñones Escámez, A., *REDI*, 2009, pp. 215-219) y la posterior Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia, de 17 de septiembre de 2010. Recordemos: tras la admisión de la inscripción de la filiación de dos gemelos nacidos en California mediante gestación por sustitución, a favor del matrimonio de varones españoles comitentes, el recurso del Ministerio Fiscal fue estimado por el Juzgado. Ahora, la AP ratifica la sentencia de instancia.

De la real importancia del caso da cuenta, al menos, la enumeración del arsenal de Derecho positivo manejado: preceptos «citados», más que preceptos propiamente aplicados, pero que alertan sobre la complejidad del debate. El hecho de haberme pronunciado en otro momento sobre la gran mayoría de aspectos que aborda y resuelve dicha sentencia (Álvarez González, S., «Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero», *AEDIPr*, 2010, pp. 339-377, especialmente, pp. 354-356), me exime, creo, de abundar en aquellos en los que coincido con la AP (la mayoría). Basta recordar que estoy en general de acuerdo con lo que la sentencia anotada señala en los Fundamentos de Derecho primero, donde se reafirma la opera-

tividad del art. 23 LRC, como obstáculo legal al reconocimiento, con las matizaciones que hice en mi trabajo citado (p. 356); tercero, donde se describe que el caso, y otros similares, suponen un fraude a la ley española, *lato sensu* considerado, en el que la ausencia de conexión es un factor relevante (pp. 362-364; véase, en sentido contrario, Orejudo Prieto de los Mozos, P., «Recognition in Spain of Parentage Created by Surrogate Motherhood», *YPIL*, 2010, núm. 12, pp. 619-637, pp. 632-633); cuarto, donde se afirma con razón la ausencia de discriminación entre el supuesto de dos cónyuges varones y el de cónyuges mujeres (pp. 352 y, sobre todo, 361); y quinto, en el que también se afirma el *interés del menor* no se ve *necesariamente* afectado con la no inscripción, ya que el ordenamiento jurídico provee múltiples vías de su tutela *in casu* (pp. 370-371, entre otras). Por ello, limitaré mi comentario a lo dispuesto en el FD 2.º, con el que discrepo (2), antes de concluir (3).

2. En el FD 2.º, se habla del obstáculo del orden público como impedimento a la práctica de la inscripción. La AP sigue en la órbita del tipo de procedimiento registral incoado (solicitud de inscripción con base en certificaciones de registros extranjeros) pero su discurso vale igual para referirnos al reconocimiento de una propia sentencia extranjera declarando la filiación surgida de maternidad subrogada o la propia relación de filiación. Se trata, de un orden público, al decir de la Audiencia, que tutela *que la persona humana no puede ser objeto del comercio de los hombres, o lo que es lo mismo, que el niño no puede ser objeto de transacción, así la propia dignidad de la persona*: los arts. 10.1, 14 y 39.2 de la Constitución Española entran en juego para oponerse al reconocimiento de cualquier tipo de sentencia o de situación que haga valer una maternidad subrogada en España.

Es realmente difícil abordar este tema, cuando en él coinciden opiniones desde puntos de vista tan alejados como los de un feminismo o un catolicismo militantes (obviamente, desde distintas perspectivas). A mi juicio, la consecuencia común y más problemática para nuestro Derecho de una maternidad de sustitución, es decir, el hecho de que la filiación que de ella deriva no coincida con la filiación materna de la madre gestante, no es per se contraria al orden público español; los alegados derechos fundamentales no se ven, en mi opinión, afectados. No veo por ningún lado afectada la *dignidad* de quien libre y voluntariamente pide a una mujer que lleve en su vientre quien en el futuro habrá de ser su hijo, ni de la mujer que *libre y voluntariamente* acepta esa petición. Por supuesto, no veo en qué medida puede verse afectada la dignidad del nacido (véase, en este mismo sentido, Atienza, M., «Sobre la nueva Ley de Reproducción Humana Asistida», *Revista de Bioética y Derecho*, 2008, núm. 14, pp. 4-9). Como ya he señalado en el lugar más atrás citado, ello no significa que cualquier tipo de filiación derivada de maternidad subrogada sea inmune al orden público español, sino que este título de determinación de la filiación no es, *en todos los casos*, contrario a nuestro orden público: porque no en todos los casos cosifica al nacido; no en todos los casos denigra a la madre gestante; no en todos los casos hay «beneficios materiales indebidos». ¿Consideramos la adopción contraria al orden público español? No, per se. Mas, en ocasiones, sí puede producirse una vulneración de la dignidad de los padres biológicos, una vulneración de sus derechos a ser oídos, sí puede acontecer una comercialización del menor adoptado, sí la existencia de «beneficios materiales indebidos». Y en estos casos, la adopción sí vulnera el orden público español. Y sí se ven afectados los arts. 10.1, 15, 39.2 (y otros) de la CE (la visión de la sentencia en este punto coincide con la de Orejudo Prieto de los Mozos, P., *op. cit*., p. 633). Distinguir entre los supuestos aceptables y los no aceptables es mucho más justo (y puede que más eficiente para la tutela de los derechos implicados: así lo ven Trimmings, K. y Beaumont, P., «International Surrogacy Arrangements: an Urgent Need for Legal Regulation at the International Level», *Journal of Private International*

Law, núm. 7, 2011, pp. 627-647, p. 647, cuando exigen una regulación específica) que abstraerse del caso concreto y defender un orden público apriorístico y voluntarista.

En apoyo de su visión, la AP se vuelca sobre el «contrato» de gestación subrogada para apuntalar la vulneración del orden público español en un caso, y para considerar que el art. 10 de la Ley 14/2006 es una norma de policía en los términos del Reglamento Roma I. Al margen de la inadecuada mención de este último (véase art. 1.2 del mismo) hay que hacer mención a dos extremos: por un lado, que, en términos de reconocimiento de una sentencia extranjera (o de una situación jurídica), son sus concretos efectos en el ordenamiento jurídico del foro y no sus causas legales los que han de ser contrastados con los principios de orden público; de nuevo, puede haber una correlación (es frecuente que la haya) entre el reproche o desvalor que se aparejen a unas (las normas extranjeras) y otros (los efectos del reconocimiento en el foro), pero es una correlación *no necesaria* en todos los casos. En cuanto a la consideración del mencionado artículo como norma de policía o norma material imperativa, tampoco me parece que deba abundarse en la distinta operatividad que poseería esta calificación en sede de ley aplicable y en sede de reconocimiento (hace un análisis más detallado de esta posible calificación Quiñones Escámez, A., «Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada en torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009», *InDret*, 3/2009, punto 3.1, pp. 16 y ss.).

3. Es difícil saber si este será el último episodio en el caso resuelto. En otros similares acaecidos en fechas recientes en países de nuestro entorno y resueltos de forma similar se ha anunciado que se recurrirá al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sobre la base del inefable art. 8 de la Convención. Resulta incierta la suerte de tales recursos. El muy conocido precedente de la Sentencia *Wagner c. Luxemburgo* es una referencia obligada en aras al necesario respeto de las situaciones de estado civil consolidadas en el extranjero (junto con la más reciente *Negrepontis-Giannisis c. Grecia,* de 3 de mayo de 2011). No obstante, no veo clara la traslación de su doctrina a todos los casos que nos ocupan (véase Kinsch, P., «Recognition in the Forum of a Status Acquired Abroad – Private International Law Rules and European Human Rights Law», *Convergence and Divergence in Private International Law, Liber Amicorum Kurt Siehr*, La Haya y Zúrich, 2010, pp. 259-275, pp. 272-273; Orejudo Prieto de los Mozos, P., *op. cit.*, p. 635), aunque sí podría cubrir una parte de ellos.

En todo caso, lo que sí creo es que difícilmente se mantendrá la doctrina sentada por la sentencia que comentamos de forma indefinida. Si consideramos pertinentes sus argumentos, la importancia y el peso sustancial de los principios de orden público alegados suponen un obstáculo casi insalvable para el reconocimiento de las situaciones generadas por una práctica imparable. Aunque yo no creo que sean pertinentes en todos los casos, lo que sí creo es que la necesidad de una regulación *ad hoc* se hace cada vez más necesaria.

Para concluir, la situación tras la futura entrada en vigor de la nueva LRC clarificará, para bien, algunas dudas y defectos del procedimiento registral a que se contrae el presente caso, pero no aporta —porque no es su función— elementos fundamentales para orientar la general problemática del reconocimiento en España de la filiación derivada de maternidad subrogada.

Santiago Álvarez González [1]
Universidad de Santiago de Compostela

[1] Esta nota se ha hecho con una subvención de la Secretaría General de Universidades del Ministerio de Educación (Ref. PR2011-0125, del Programa de Movilidad).

4.3. Adopción internacional

2012-14-Pr

ADOPCIÓN INTERNACIONAL.—Ley aplicable: dimensiones internacional e interna.—Necesidad de propuesta previa para la adopción de menores bajo régimen de *kafala*.

Preceptos aplicados: arts. 14, 18, 19 y 34 de la Ley de Adopción Internacional, 9.5 CC, 115 y ss. del *Codi de Família* catalán.

Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18.ª), de 27 de junio de 2011. Ponente: M.ª José Pérez Tormo.

F.: *Aranzadi Westlaw,* JUR 2011/320499.

Con su demanda inicial los instantes aportaron la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos legales para la constitución de la adopción [...].

Un mero examen de los documentos aportados pone no obstante de manifiesto que no se ha aportado la propuesta previa que debe emitir l'Institut Català d'Acolliment i de l'Adopció, con el contenido que exige el artículo 120 del Codi de Família, pero en esta alzada se ha acordado la realización de un informe por el ICAA sobre la situación y adaptación del menor a la familia adoptante, habiéndose informado sobre la plena adaptación del menor a la familia instante de la adopción.

Antes de entrar a examinar la cuestión que concretamente se nos plantea ahora en el presente supuesto, se hace necesario determinar cuál es la legislación aplicable [...].

Nos encontramos por tanto, ante un supuesto en el que un menor está residiendo en España, bajo la guarda y cuidado de los instantes, a quienes se ha otorgado la tutela dativa «Kafala» por la autoridad judicial competente del país de origen del menor, que solicita ante las autoridades judiciales españolas la constitución de la adopción [...].

La competencia para la constitución de la adopción a los Juzgados y Tribunales españoles la atribuye el artículo 14 de la Ley de Adopción Internacional. Son los artículos 18 y 19 de la referida Ley los que determinan la legislación aplicable al presente supuesto, que es la ley española, en tanto el adoptando tiene su residencia habitual en España en el momento de constitución de la adopción (art. 18.a) y adquirirá, en virtud de la adopción, la nacionalidad española (art. 19.1.b). Residiendo adoptantes y adoptando en Cataluña, la legislación aplicable pues, es la contenida en el Codi de Família, artículos 115 y siguientes [...].

El art. 117 del Codi de Família permite la adopción de las personas que se encuentren en situación de acogimiento preadoptivo y de las personas que se encuentren en situación de acogimiento simple de los que quieran adoptar si no es posible el retorno de aquellas a su familia [...].

La Sala estima, que en el presente caso de constitución «ex novo» de una adopción de un menor extranjero que se encuentra en régimen de acogimiento familiar, no se requiere la propuesta previa de la entidad pública. Dicha propuesta previa se exige en los supuestos de adopción de un menor que ha sido previamente declarado en situación de desamparo por la entidad pública [...].

Estos supuestos son totalmente diferentes a los que se plantean en la constitución de una adopción de un menor extranjero, cuya situación de acogimiento viene determinada

por resolución de la autoridad competente del país de origen del menor. La intervención de la entidad pública en estos supuestos se limita a garantizar la concurrencia de las condiciones de idoneidad del adoptante o adoptantes y el positivo seguimiento del acogimiento una vez el menor se traslada a España, pero no es la institución o autoridad que ha constituido el acogimiento o ha solicitado su constitución y su intervención no viene determinada por su condición de tutora legal del menor extranjero. Si la medida de protección de menores adoptada por la autoridad competente extranjera es asimilable a una tutela, el propio artículo 120 del Codi de Família no exige la propuesta previa, permitiendo a los adoptandos la petición directa ante los Juzgados, sin perjuicio de que en estos casos, como en los demás, debe valorarse por el Juez las condiciones de idoneidad de los adoptantes o adoptante y la concurrencia de las demás condiciones y requisitos exigidos en la ley.

Nota: 1. El punto de partida de los hechos que dieron lugar al auto que examinamos es el nacimiento de un niño en Marruecos, en octubre de 2007. Al cabo de diez meses, en agosto de 2008, un juzgado marroquí declara que es un niño abandonado y constituye una *kafala*, nombrando *kafils* a un matrimonio de españoles residentes en España. Cinco meses más tarde, en enero de 2009, el mismo juzgado autoriza la salida del menor del territorio marroquí, momento desde el cual pasa a residir en España con los *kafils*. En una fecha indeterminada pero próxima a dicho traslado, estos instan la constitución de la adopción del menor, que es denegada por el JPI núm. 7 de Martorell en un Auto de diciembre de 2009; frente a ello, los instantes de la adopción formulan un recurso de apelación que da lugar al presente auto.

El JPI había denegado la constitución de la adopción por dos motivos: primero, la ausencia del informe de las autoridades marroquíes certificando que el menor podía ser adoptado, y segundo, la falta de aprobación de la cuenta final de la tutela. La AP da la razón a los apelantes al entender, por una parte, que no cabe exigir un informe que dichas autoridades no pueden emitir, por ser la adopción una institución desconocida en el Derecho marroquí; y por otra, que no pueden rendirse cuentas de una tutela inexistente. Esta última conclusión es del todo acertada, por cuanto la *kafala* no *es* una tutela, sino que *se equipara* al acogimiento familiar o a la tutela en virtud del art. 34 de la Ley de Adopción Internacional (LAI).

2. Descartados así ambos impedimentos, la AP procede a verificar si cabe constituir la adopción, y para ello se plantea en primer lugar cuál debe ser el Derecho aplicable a la misma, pasando de puntillas sobre la determinación de su propia competencia judicial internacional —si bien entendemos que la misma no plantea dudas con base en los criterios del art. 14 LAI—. La AP afirma que debe aplicar el Derecho español en virtud de los arts. 18 y 19 LAI, aunque en puridad tan sólo debería haber usado el primero para declarar aplicable la ley española —en tanto que el menor reside en España en el momento de la constitución de la adopción: art. 18.1.*a)*—. En efecto, el art. 19.1 plantea la posibilidad de aplicar adicionalmente la ley nacional del adoptando —*in casu*, el Derecho marroquí— para determinar su capacidad y los consentimientos de todos los sujetos intervinientes en la adopción. Para ello, deben concurrir ciertas circunstancias (residencia del adoptando fuera de España o no adquisición de la nacionalidad española mediante la adopción) que ciertamente no se dan en el caso examinado. Con todo, ello simplemente comporta que no sea necesario tener en cuenta la ley nacional del adoptando; y no, como afirma la AP, que la futura adquisición de nacionalidad española por parte de éste comporte la aplicación del Derecho español a la constitución de la adopción.

En este sentido, debe destacarse lo expeditivo de la determinación de la ley aplicable: en ningún momento el tribunal se plantea descartar la toma en consideración

de otra legislación —la marroquí, *qua* ley personal del adoptando—, de acuerdo con el complejo entramado de leyes potencialmente susceptibles de ser aplicadas o tomadas en cuenta en virtud de los arts. 19 o 20 LAI. Cabe pensar que esta preterición no es sino un reflejo de la complejidad de la regulación de la LAI al respecto (complejidad subrayada críticamente, por ejemplo, por ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Reflexiones sobre la Ley 54/2007, de adopción internacional», *Diario La Ley*, 25 de marzo de 2008, núm. 6.910, pp. 1-8, pp. 4-5, o por PARADELA AREÁN, P., «Breve comentario a la Ley 54/2007 de adopción internacional», *REEI*, 2008, núm. 16, pp. 1-12, p. 4).

Merece señalarse que la AP se plantee expresamente la dimensión interterritorial del supuesto, y justifique la aplicación de los arts. 115 y ss. del *Codi de Família* catalán —aún aplicables de modo transitorio, puesto que en la fecha del auto estas normas ya habían sido derogadas y sustituidas por los arts. 235-30 y ss. del Libro II del Código Civil de Cataluña—. La AP basa esta elección en la residencia de adoptantes y adoptando en Cataluña. Se trata de un criterio aceptable ante la falta de una solución expresa en la LAI (ausencia denunciada, en relación con el Proyecto de LAI, por ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «El Proyecto de Ley sobre adopción internacional: una crítica para sobrevivir a su explicación docente», *Actualidad Civil*, diciembre 2007, núm. 22, pp. 2597-2618), y que de hecho ya había sido utilizado anteriormente (p. ej., por la propia AP de Barcelona en su Auto de 20 de octubre de 2008, con nota de ARENAS GARCÍA, R., *REDI,* 2009-1, pp. 217-220). Parecería, con todo, más apropiado limitarse al criterio de la residencia del adoptando —excluyendo la de los adoptantes, ya que en el momento de constitución de la adopción no tienen por qué coincidir necesariamente ambos lugares—, proyectando así al ámbito interterritorial la solución prevista a nivel internacional por el art. 18 LAI, para dar con ello cumplimiento al mandato del art. 16.1 CC.

3. Con base en el Derecho catalán, la AP termina por constituir la adopción de un menor marroquí traído a España bajo régimen de *kafala*. Y lo hace disponiendo que, en situaciones como la examinada, no será necesaria la propuesta previa de la entidad pública autonómica ni el transcurso del plazo de un año desde la fecha en que el menor se encuentra acogido por los adoptantes. Ello se justifica porque la entidad pública en cuestión, la autoridad catalana, no es la que ha intervenido en la constitución del acogimiento: recuérdese que la *kafala* había sido constituida por un juzgado marroquí. El problema de esta solución es que descansa en una presunción de control por parte de la autoridad del Estado de origen del menor, que haría innecesario un nuevo control en España; en cambio, para la constitución de la *kafala* la autoridad competente en ningún caso ha procedido a un control que tome en consideración las consecuencias de la adopción, en especial en lo relativo a la absoluta modificación de los vínculos familiares entre el adoptando y sus familias biológica y adoptiva, puesto que como es sabido la *kafala* no supone modificación alguna de estos vínculos (DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., «Efectos jurídicos en España del acogimiento de Derecho islámico ("kafala")», *Diario La Ley*, 3 de mayo de 2010, núm. 7.393, pp. 8-13, p. 8). Por ello, la interpretación de la AP da carta de naturaleza a procedimientos acelerados de «conversión» de *kafalas* en adopciones: con escasos controles tanto en uno como en otro Estado (situación denunciada por ARENAS GARCÍA, R. y GONZÁLEZ BEILFUSS, C., «La Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional: entre la realidad y el deseo», *REEI*, 2009, núm. 17, pp. 1-39, pp. 18-19, apdos. 27-28), y sin que sea necesario ni siquiera el transcurso de un año de acogimiento para iniciar el procedimiento; permisividad que contrasta con las concepciones más restrictivas de otros Estados —p. ej., Francia— (*id*., p. 13, apdo. 19).

Crístian ORÓ MARTÍNEZ
Universidad Autónoma de Barcelona

4.4. Obligaciones contractuales

2012-15-Pr

INSCRIPCIÓN DE COMPRAVENTA DE INMUEBLE PROPIEDAD DE MENOR EXTRANJERO.—Delimitación de leyes aplicables: validez del título, eficacia jurídico real, publicidad registral.—Falta de acreditación de las medidas de protección del menor adoptadas por resolución judicial extranjera.—Aplicación extrajudicial del Derecho extranjero.

Preceptos aplicados: arts. 1 y 4 Convenio de Roma de 1980; arts. 9.1, 9.4, 10.1, 10.11 12.1 y 12.6 CC; arts. 4, 18, 99 y 100 LH; art. 281 LEC; art. 36 RH; art. 168.4 RN.

Resolución de 20 de enero de 2011, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (Propiedad).

F.: ***Aranzadi Westlaw,*** **RJ 2011/3435.**

[...] FD Cuarto: [...] el problema que se plantea en el presente supuesto no es la falta de autorización judicial de una enajenación o la no acreditación de tal autorización —cuestiones que la doctrina de forma mayoritaria incluye dentro de la capacidad y, en consecuencia, excluye del ámbito de aplicación del Convenio de Roma— sino la falta de acreditación del cumplimiento de las cautelas impuestas por la resolución judicial venezolana autorizadora de tal enajenación. En consecuencia, la cuestión que debemos resolver es si nos encontramos ante cuestiones que el Convenio incluye dentro del ámbito de la lex contractus y, por tanto, quedarían sometidas al ordenamiento español o si, por el contrario, se trata de dos cuestiones que el propio instrumento comunitario deja fuera de la Ley aplicable al contrato —y del ámbito de aplicación material del propio Convenio— y que quedarían sometidas al ordenamiento nacional al que remitiesen las normas de conflicto de cada Estado.

[...] FD Séptimo: Una vez identificados los diferentes ordenamientos que podrían reclamar su aplicación al presente supuesto, y tras identificar la función que cumple cada uno, la correcta resolución del presente supuesto obliga a precisar de forma inequívoca el modo en que se interrelacionan todos ellos y, en especial, la relación entre el ordenamiento aplicable a la capacidad y el que regula los aspectos relativos a la eficacia real y publicidad.

De este modo, corresponde al ordenamiento español establecer los requisitos necesarios para considerar válidamente transmitida la propiedad del bien inmueble. Ello supone que, pese a que el título que se pretenda inscribir se someta a un ordenamiento diferente, su eficacia traslativa queda supeditada a la concurrencia de título válido y modo exigida por el Derecho español. Ahora bien, a la hora de determinar si existe o no título válido para dotar de eficacia real al contrato deberá acudirse al ordenamiento venezolano para determinar si la falta de acreditación de las cautelas impuestas por el Juez tiene o no consecuencias sobre la propia relación contractual y, en su caso, identificar cuáles serían tales consecuencias [...].

Y lo mismo cabe señalar con relación a la publicidad registral —al fin y al cabo, la cuestión planteada en el presente recurso—. La normativa registral española persigue evitar a toda costa la inscripción de títulos claudicantes y ello se manifiesta de forma clara en los artículos 18, 99 y 100 de la Ley Hipotecaria al exigir al Registrador que sólo

se proceda a la inscripción cuando, entre otros requisitos, se acredite la capacidad de los otorgantes del título —acreditación que se extiende a la legitimación para intervenir en la relación jurídica, en los casos de representante legal o voluntario, o del órgano de la persona jurídica otorgante— y a la validez de los actos dispositivos. La aplicación de todo lo apuntado al presente supuesto implica que, tal y como ya se ha apuntado, será el ordenamiento venezolano el que determine si existía legitimación para intervenir en la celebración del contrato por parte del padre del menor y, si resultaba necesario establecer determinadas cautelas para considerar cumplidos tales requisitos. Ahora bien, como también se ha señalado con anterioridad, también será este ordenamiento al que corresponda determinar si la falta de acreditación de los mencionados requisitos tendría consecuencias sobre la suerte del contrato o, por el contrario, se proyectarían únicamente sobre el ámbito de las relaciones paterno-filiales. El Registrador únicamente debería denegar la inscripción si se verificara la primera posibilidad, dado que sólo en tal caso se vería comprometida la validez del contrato. Por el contrario, si la información que le suministrara el ordenamiento venezolano es que la falta de acreditación de la emisión del cheque a favor del menor y de la consignación del pago carecen de incidencia alguna sobre la propia relación contractual y, en consecuencia, no existe duda alguna sobre la validez del título inscribible, el Registrador no debería poner obstáculo alguno a la inscripción por tales motivos.

FD Octavo: Llegados a este punto, es necesario poner de manifiesto que, la aplicación al presente supuesto de la legislación venezolana queda sometida necesariamente a su acreditación ante el Registrador ya que, al igual que en el ámbito procesal, el Derecho extranjero ha de ser objeto de prueba [...]. La normativa aplicable a la acreditación en sede registral del ordenamiento extranjero debe buscarse, en primer término, en el artículo 36 del Reglamento Hipotecario, norma que regula los medios de prueba del Derecho extranjero en relación con la observancia de las formas y solemnidades extranjeras y la aptitud y capacidad legal necesarias para el acto [...].

[...] Asimismo, esta Dirección General ha señalado en diferentes ocasiones que las autoridades públicas que desarrollan funciones no jurisdiccionales (cfr. artículos 281 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 168.4 del Reglamento Notarial y 36.2 del Reglamento Hipotecario), pueden realizar bajo su responsabilidad un juicio de suficiencia respecto de la alegación de la Ley extranjera aunque no resulte probada por las partes, siempre que posea conocimiento de la misma [...]. En consecuencia, el Registrador, pese a que quien insta la inscripción no acredite el contenido del ordenamiento extranjero de acuerdo a los imperativos expuestos, podrá aplicar un Derecho extranjero si tiene conocimiento de él o indaga su contenido y vigencia. En caso contrario, deberá suspender la inscripción.

FD Noveno: En el presente supuesto, la calificación negativa del Registrador se basa en una referencia genérica a «la necesidad de acreditar el cheque como medio de pago empleado y su posterior consignación [...] por aplicación de la autorización judicial extranjera», sin fundamentar tal solución en la aplicación del ordenamiento venezolano ni hacer mención alguna a una eventual falta de acreditación del contenido de este ordenamiento. Esta falta de referencia al ordenamiento venezolano supone un incumplimiento de la obligación impuesta por el artículo 12.6 del Código Civil que, como ya se ha apuntado, impone la aplicación de oficio de la norma de conflicto que resulte aplicable al supuesto, en este caso el artículo 10.11 del Código Civil. Dado que dicho precepto remite al ordenamiento venezolano, la calificación negativa del Registrador sólo podría haberse basado, bien en el hecho de no considerar válidamente acreditado el contenido del Derecho venezolano o bien, en la aseveración, bajo su responsabilidad, de que para tal ordenamiento la falta de acreditación del cumplimiento de los requisitos impuestos por el órgano judicial puede afectar a la validez de la propia relación contractual y, en

consecuencia, existiría el riesgo de que un título claudicante pudiera acceder al Registro. Por el contrario, lo que no puede hacer el Registrador es ignorar en su calificación el ordenamiento al que remite la norma de conflicto que resulte aplicable, vulnerando de este modo una norma —el artículo 12.6 del Código Civil— cuya aplicación resulta imperativa para cualquier autoridad española, incluidas las registrales.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto en los términos que resultan de los anteriores fundamentos.

Nota: 1. La Resolución parcialmente transcrita resuelve un recurso frente a la suspensión de la inscripción en el Registro de la Propiedad español de la compraventa de partes indivisas de varias fincas situadas en nuestro país, de las que era propietario un menor venezolano. El padre, en calidad de representante legal del menor, había obtenido de la correspondiente autoridad judicial venezolana una autorización para proceder a la venta; autorización que se acompañaba de dos cautelas: el empleo de un cheque como medio de pago y su consignación judicial. El negocio jurídico fue autenticado ante notario venezolano y posteriormente protocolizado por notario español. El Registrador, en un primer momento, opone diversos defectos —que, por razones de espacio, no serán analizados en esta sede—; pero desiste posteriormente de todos, excepto del relativo a la falta de acreditación de las referidas cautelas.

La DGRN estima el recurso, al entender que la decisión del Registrador no se encuentra debidamente motivada. En efecto, la suspensión, a juicio de la DGRN, estaría justificada en dos supuestos: el primero, en caso de que la autoridad española entendiese que no se ha probado de forma suficiente la ley venezolana, en tanto que ley aplicable a la determinación de las consecuencias que sobre la validez del título inscribible pueda acarrear la mencionada falta de cumplimiento de los requisitos impuestos por la autoridad judicial extranjera (sobre la determinación de la ley aplicable, §§ 2 y 3); y el segundo, si el registrador considerase que, como consecuencia de la falta de cumplimiento de las cautelas, el título no es válido, a tenor de lo establecido en dicha ley, aunque ésta no haya sido acreditada, pero siempre que sea conocida por el propio registrador. A mi juicio, la alegación de esta segunda razón sustentaría sin dudas la nota de calificación recurrida, por lo que, en este punto, la Resolución resulta plenamente acertada. Sin embargo, generaría más dudas la suspensión derivada de la falta de prueba de la ley extranjera aplicable (al respecto, § 4). En todo lo demás, se trata de una decisión modélica en su argumentación, que da muestra de un manejo impecable de la normativa aplicable.

2. La inscripción de la compraventa —que, como indica la DGRN, es la cuestión que, en definitiva, se plantea en el recurso— está sujeta a las normas españolas (arts. 18, 99 y 100 LH); y éstas imponen a la autoridad registral que compruebe que el título sea válido, lo que incluye que haya sido otorgado por personas capaces. De esta forma, resulta preciso realizar una delimitación de las diferentes leyes que resultan aplicables a los diversos aspectos que determinan la validez de la compraventa; pues su eficacia jurídico-real, como también aclara el Centro Directivo, estaría sujeta a la ley española, en tanto que *lex rei sitae* (art. 10.1 CC). En la tarea de precisar las leyes aplicables a la validez del título (exigido, junto con el modo, por la ley española, para que opere la eficacia traslativa del negocio), la DGRN efectúa una delimitación intachable de las normas de conflicto. Afirma, en primer término, la aplicabilidad del Convenio de Roma de 1980 (CR), descartando la del Reglamento Roma I (RRI) en atención a su ámbito temporal, dado que la compraventa tuvo lugar antes de la entrada en vigor del instrumento institucional (véase art. 28 RRI). La *lex contractus*, en consecuencia, sería la española en atención a la presunción específica del art. 4.3 CR:

la DGRN se plantea y rechaza el recurso a la cláusula de excepción del art. 4.5 CR, porque el contrato no presenta vínculos más estrechos con otro Estado que no sea el español: además de ser España el lugar donde se encuentran los inmuebles, es en este país donde tiene su residencia habitual el comprador. En segundo lugar, la DGRN recuerda que el CR no disciplina la ley aplicable a la capacidad (art. 1.2 CR); y que, en atención a la calificación autónoma que es preciso realizar para concretar el ámbito de la exclusión, tanto la cuestión de si los contratantes son capaces para concluir el negocio, como las modalidades de ejercicio de la representación legal y las cautelas que la acompañan, están exceptuadas del instrumento convencional. Resulta obligado, por tanto, determinar la ley aplicable a esta cuestión de conformidad con las normas de conflicto estatales.

La DGRN advierte a continuación que a efectos de precisar qué norma de conflicto española debe aplicarse, la calificación debe realizarse *ex lege fori* (art. 12.1 CC), de forma que las cautelas impuestas por el juez venezolano, que no se habrían observado (o, al menos, acreditado), pertenecen al ámbito de la representación legal, antes que a la capacidad. Ciertamente, el ordenamiento español establece, entre los deberes de los progenitores, el de recabar la correspondiente autorización judicial para la enajenación de inmuebles que pertenecen a los hijos (art. 166 CC). Y, aunque la jurisprudencia española no haya sido constante en lo que respecta a la incidencia de la ausencia de tal autorización sobre la validez del contrato [véase, sobre las diversas posturas mantenidas, la STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 225/2010, de 22 de abril, *Westlaw Aranzadi* RJ 2010/2380], de lo que no cabe duda es que dicha falta de autorización afecta a la eficacia del negocio. Así, en la sentencia antes citada, el TS, a la luz de lo dispuesto en el art. 1259.2 CC, considera que, aunque no se trate de un supuesto de nulidad radical ni de anulabilidad, el negocio jurídico se hallaría incompleto; que tendría una eficacia provisional, pendiente de ratificación por el afectado. Debe observarse, en este punto, que el TS entiende que la autorización judicial no es un complemento de la capacidad, sino «un elemento del acto de disposición, puesto que los padres solos no pueden efectuarlo» (FD 5.º de la sentencia antes citada). Es más: la STS de 22 de abril de 2010 califica el art. 166 CC de «norma imperativa» cuyo incumplimiento «lleva a la aplicación del art. 6.3 CC» (*ibid.*). Cabría, por tanto, considerar que es la ley española, en tanto que *lex contractus*, la que debe precisar las consecuencias de la ausencia de autorización. Pero en el supuesto que la DGRN examina la venta sí se encontraba autorizada judicialmente. Como se ha indicado, el problema que opone el registrador es la falta de acreditación de las condiciones que, adicionalmente, la autoridad venezolana impuso, supuestamente en aplicación de la *lex fori*. De ahí que lo que corresponda es decidir si esta ley —u otra— debe determinar las consecuencias de tal incumplimiento.

Como se ha indicado, la DGRN entiende que conforme a la calificación española, la autorización judicial no se refiere sensu stricto a la capacidad, sino a la representación legal. La norma de conflicto aplicable no es, por tanto, el art. 9.1 CC, sino el citado art. 10.11 CC. De esta manera, es la ley rectora de la representación, esto es, la reguladora de las relaciones paterno-filiales, la que rige las consecuencias que sobre el contrato puede tener el incumplimiento de los deberes del representante. La remisión que efectúa el art. 10.11 CC, debe entenderse realizada en el caso en concreto a lo dispuesto en el art. 9.4 CC, según el cual se aplicará la ley nacional del hijo, esto es, la de la República Bolivariana de Venezuela. En este punto, pues, se plantea la cuestión de la prueba de la ley extranjera en el ámbito extrajudicial (§ 4).

3. Pero antes de analizar el tratamiento del Derecho extranjero en esta sede, interesa detenerse, siquiera brevemente, en un aspecto que la DGRN no aborda, cuál es

la posible aplicación al caso de los instrumentos convencionales en la materia. Así, en primer lugar, el Convenio de La Haya de 1961 puede descartarse, al margen de cualquier otra consideración, en atención a su ámbito espacial, pues su art. 13 exige que el menor resida habitualmente en un Estado parte (y Venezuela no lo es). Sin embargo, atendiendo al criterio espacial, el Convenio de La Haya de 1996 desplazaría al art. 9.4 CC, habida cuenta del carácter universal de sus normas de conflicto (art. 20 CH 96), lo que invita a continuar indagando en su aplicabilidad, y revela dudas en lo que respecta al ámbito material y, vinculado a éste, también al temporal. A tenor de lo dispuesto en los arts. 1.2 y 3.*g)* CH 96, no cabe duda de que el Convenio de La Haya de 1996 regula tanto competencia como la ley aplicable a la *adopción* de medidas de protección de los bienes de los menores, como la consistente en la necesidad de autorización judicial previa a su enajenación por los representantes legales. Pero no es posible afirmar con igual rotundidad que el CH 1996 también se aplica a la cuestión de determinar la ley rectora de las consecuencias que comporta sobre la validez de una compraventa el hecho de que no haya sido autorizada, o no se hayan cumplido ciertas cautelas. Las dudas derivan del hecho de que el Convenio vincula la ley aplicable a la competencia previamente establecida: según el art. 15.1 CH 96, las autoridades competentes (para la adopción de medidas) deben aplicar su propia ley, salvo que consideren que existe una ley más vinculada con el supuesto. Y, a este respecto, el *Informe explicativo* ilustra que, precisamente en esta materia, en interés del menor cabría considerar más vinculada la ley del lugar donde radican los inmuebles, cuando de lo que se trata es de autorizar la venta de dichos bienes, cuando se encuentran en un Estado diferente al de la residencia habitual del menor (véase LAGARDE, P., «Informe explicativo del Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, el Derecho aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección del menor», en su § 89, disponible en *http://www.hcch.net/upload/expl34s.pdf*). En este supuesto, ni la autoridad española es la competente para adoptar medidas de protección, dado que no es la de la residencia habitual del menor (art. 5 CH 96), ni es lo que debe realizar en el recurso. Como se ha indicado, el registrador no debía decidir sobre la autorización de la compraventa, sino precisar qué ley determina las consecuencias sobre la validez del negocio de la falta de acreditación de las medidas adoptadas cuando fue autorizada por un juez extranjero. La autoridad española no aplicaría las normas de competencia, por lo que cabe cuestionar la aplicabilidad del criterio *forum legis*. De esta forma, cabría sostener que el Convenio no se aplica; o bien, que sí resulta aplicable, y que, en una suerte de bilateralización de sus normas, la competencia correspondería a la autoridad venezolana (por más que no esté vinculada por el CH 96) de la residencia del menor, que debía aplicar su propia ley o, a lo sumo, la española. A lo expuesto hay que añadir, no obstante, que la aplicación del CH 96 podía descartarse en atención a su ámbito temporal. No existe una norma específica en el art. 53 CH 96 en lo que respecta a la aplicación de las normas de conflicto, por lo que se entiende que éstas se aplican por la autoridad que establece su competencia con base en el Convenio, esto es, cuando éste se encuentra en vigor en el momento en que surge el litigio (véase el citado *Informe*). De ahí que, si el CH 96 resultase aplicable a la determinación de la ley rectora de las consecuencias sobre la validez del contrato de la ignorancia de las medidas de protección adoptadas por otra autoridad, se suscita otra interrogante: ¿el Convenio debe encontrarse en vigor en el momento en que se inicia el procedimiento extranjero en el que se adoptan las medidas, o cuando la autoridad del foro entra a conocer del recurso en el que ha de determinar la ley aplicable a la cuestión? Cualquiera que fuera el caso, como se ha advertido, en el supuesto no caben dudas sobre la inaplicabilidad del instrumento.

4. La DGRN, como se anunció, entiende que el registrador podía suspender la inscripción por dos razones, ninguna de las cuales fue debidamente explicitada. Una es que la ley venezolana, siendo conocida por la autoridad, derivase la ineficacia del contrato de la falta de acreditación de las cautelas impuestas por el juez para proceder a la compraventa del bien del menor. Y es que, frente a lo que acontece en el ámbito del procedimiento civil, en el que, como es sabido, el conocimiento por la autoridad judicial del Derecho extranjero no libera de la necesidad de probarlo, si el Registrador conoce suficientemente la ley extranjera aplicable, puede prescindir de la prueba, dejando constancia de este hecho en el asiento (art. 36 RH). La segunda razón, según la DGRN, es que el registrador entienda que la ley venezolana no ha sido probada en todos los elementos que configuran la prueba, y que la DGRN explicita (contenido, sentido, alcance e interpretación actuales). Y es en esta cuestión en la que cabría oponer la interpretación que parte de la doctrina española viene realizando, en relación con la posibilidad (y obligación, frente a lo que la DGRN sostiene) de aplicación de oficio del Derecho extranjero [por todos, CARBALLO PIÑEIRO, L., «El carácter imperativo de la norma de conflicto y la prueba del Derecho extranjero. Una relectura en clave procesal y constitucional», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. I, 2001, pp. 483-503; JIMÉNEZ BLANCO, P., «Comentario al "artículo 281"», en GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, F. (coord.), *Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000)*, Oviedo, 2000, pp. 348-351; OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., «Imperatividad de la norma de conflicto y prueba del Derecho extranjero en los reglamentos sobre ley aplicable a las situaciones privadas internacionales», en ABEL LLUCH, X. *et al.* (dirs.), *La prueba judicial. Desafíos en las jurisdicciones civil, penal, laboral y contencioso-administrativo*, Madrid, La Ley, 2011, pp. 477-498]. Si cabe defender que las autoridades judiciales españolas podrían ordenar la realización de las actuaciones precisas para completar la prueba de la ley extranjera aplicable en el marco de un proceso civil (véanse las referencias citadas *supra*), con mayor razón cabría trasladar esta interpretación al ámbito extrajudicial, donde la posibilidad de revisión jurisdiccional de las decisiones permite una mayor relajación del rigor en la acreditación de la ley extranjera. El registrador, en definitiva, debería recabar la información precisa sobre la ley venezolana, para decidir sobre el fondo, esto es, sobre si la compraventa puede o no ser objeto de inscripción.

Patricia OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS
Universidad Complutense de Madrid

4.5. Sucesiones

2012-16-Pr

SUCESIONES: Derecho vizcaíno: poder testatorio.—Cambio de vecindad civil del causante y poderdante.—Ley sucesoria: Derecho común.—Respeto de las legítimas de la ley sucesoria.—Nulidad de la asignación de bienes realizada por el comisario: no.

Preceptos aplicables: arts. 9.8, 14.5 2.º y 16 CC.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4.ª) núm. 194/2011, de 18 de marzo de 2011. Ponente: Ana Belén Iracheta Undagoitia.

F.: ***Aranzadi Westlaw,*** **JUR 2011/303248.**

Y como quiera que D. Moisés [...] perdió su vecindad civil vizcaína y recuperó su vecindad común, que es la de su nacimiento, y, por tanto, su sucesión deberá regirse por las

disposiciones del Derecho civil común, Código Civil, sin perjuicio de la validez del poder testatorio otorgado a favor de su esposa en el mientras tuvo vecindad civil foral vizcaína.

Y la consecuencia de la aplicación a la sucesión de las disposiciones del Código Civil en materia de sucesiones no es la nulidad de la disposición de bienes realizada por la comisario, que es lo que se solicita en la demanda, sino la obligación de respetar las legítimas de Derecho civil, que es dos tercios de la herencia, de los que uno es de libre disposición entre los legitimarios (art. 808 CC).

Nota: 1. En la presente sentencia se conoce de un conflicto interregional sucesorio a raíz del que se suscitan distintos problemas en relación con el art. 9.8 CC. El demandante solicita que se declare nulo y sin efecto el ejercicio de un poder testatorio que el causante otorgó en el año 1974 a su cónyuge, una de las demandadas, así como que se declare también la nulidad de las adjudicaciones consecuencia de dicho ejercicio, de las que es beneficiaria la hija de la comisaria, también demandada. Dicho poder testatorio se realizó al amparo del Derecho vizcaíno y el demandante pretende que tal nulidad se declare bajo la aplicación de la legislación del CC, al entender que el causante ostentaba la vecindad civil común en el momento de su fallecimiento; sin embargo, la demandada se opone a tal pretensión y alega la aplicación del Derecho civil vizcaíno al tener el causante la vecindad civil vizcaína en el momento del otorgamiento del poder testatorio y que, por tanto, siendo este válido, también tiene plena validez la disposición de bienes realizada en el año 2005. La demanda es desestimada en instancia y el demandante apela ante la Audiencia Provincial de Vizcaya; este tribunal entiende que debe ocuparse de dos cuestiones: en primer lugar, determinar cuál es la ley aplicable a la sucesión del causante, lo que dependerá de la vecindad civil que éste ostentase en el momento del fallecimiento y, en segundo lugar, para el caso de que sea aplicable la legislación del CC, determinar cuáles son las consecuencias de los actos realizados al amparo de las disposiciones contempladas en la legislación foral.

2. La Audiencia Provincial reacciona ante la extraña interpretación que sobre este artículo realiza el Juzgado de instancia para resolver el litigio. Dicho Juzgado entiende que para solucionar el caso el único momento relevante para determinar la vecindad civil del causante es el del momento del otorgamiento del poder testatorio, siendo irrelevante la vecindad civil del causante en el momento de su fallecimiento; sobre esta base aplica el Derecho vizcaíno a título de ley de la vecindad civil del causante en el momento del otorgamiento del poder. En la sentencia no quedan claros los términos concretos de esta interpretación que, a nuestro juicio, sólo sería defendible en el caso de que el Juzgado se estuviera refiriendo únicamente a la *validez material* del poder otorgado y no a todos sus efectos.

La Audiencia Provincial realiza una aplicación completa y más correcta del art. 9.8 CC; aunque no es del todo clara en sus argumentos. A diferencia del Juzgado, la Audiencia sí entiende que la determinación de la vecindad civil del causante en el momento del fallecimiento es relevante para resolver la controversia sobre el ejercicio del poder testatorio y sus consecuencias sobre los bienes de la herencia. Tras determinar que el causante tenía vecindad civil común en el momento de su fallecimiento por residencia continuada durante diez años en territorio común, al amparo del art. 14.5, apartado 2.º CC, se suscita la cuestión del juego de cada una de las leyes en presencia: la ley de Derecho civil del País Vasco en lo que atañe al Derecho vizcaíno, a título de ley de la vecindad civil del causante en el momento del otorgamiento del poder testatorio, y el CC, a título de ley de la vecindad civil del causante en el momento del fallecimiento. Dicho de otro modo, se trata de determinar el ámbito de aplicación respectivo de estas dos leyes al amparo de lo dispuesto en el art. 9.8 CC.

La AP, en aplicación del art. 9.8 CC, entiende que la sucesión del causante se rige por el CC, pero ello no obsta la *validez* del poder testatorio otorgado por el causante al amparo de la legislación vizcaína. No obstante esta validez, el ejercicio del válido poder otorgado por el causante debe enmarcarse dentro de la ley que rige su sucesión hereditaria al menos en lo que al respeto de las legítimas se refiere, por mandato expreso del art. 9.8 CC. Por ello, la solución a la que llega la Audiencia Provincial es la correcta, pues determina que la consecuencia de que la ley sucesoria sea el CC no es la radical nulidad de la disposición, pedida en la demanda, sino la obligación de respetar en tales disposiciones el régimen legitimario del CC; es decir, no se trata de un problema de validez del poder testatorio, sino de un problema, en su caso, de eficacia del concreto ejercicio del mismo. Lo cierto es que el demandante se postula en términos de validez-nulidad del ejercicio del poder testatorio y no en términos de eficacia del mismo, ni hace referencia alguna al respeto de ningún sistema legitimario. La sentencia no proporciona datos suficientes para conocer el interés del demandante en el caso, pues no se señala qué relación de parentesco tiene con el causante o si una de las demandadas, la beneficiaria de la disposición de bienes realizada por la comisaria e hija de ésta, es también hija del causante. A falta de estos datos no podemos más que especular sobre las intenciones del demandante. Es posible que este pretendiera dejar sin efecto el poder testatorio porque la alternativa le beneficiaría, bien por la existencia de un testamento válido y anterior del causante, que habría que considerar si el ejercicio del poder testatorio se declara nulo, bien por la apertura de sucesión intestada del causante.

3. Al amparo de la convivencia de estas dos leyes distintas pueden darse otra serie de problemas a los que el art. 9.8 CC no da solución. Parece claro que la validez del poder testatorio se regula conforme al Derecho vizcaíno y que las legítimas se determinan conforme al CC, pero no queda claro qué ocurre con el régimen jurídico del poder testatorio. El comitente puede señalar expresamente qué funciones confiere al comisario, pero no es algo necesario; para el caso de que nada se diga el Derecho vizcaíno prevé un régimen subsidiario. ¿Qué ley se aplica al régimen jurídico del ejercicio del poder testatorio? ¿El Derecho vizcaíno o el CC? El art. 9.8 CC no da una respuesta a esta cuestión, pues de la previsión del segundo inciso del mismo sólo se deriva que se aplica el Derecho vizcaíno a la validez del poder testatorio. Lo lógico, a nuestro juicio, sería que fuera el propio Derecho vizcaíno el que determinara dicho régimen jurídico, pues la ley sucesoria, el CC, no tiene por qué prever la figura del poder testatorio y, por tanto, podrían darse problemas de adaptación como por ejemplo el de la imposibilidad de rellenar el contenido del poder testatorio bajo el régimen del CC, en aquellos casos en los que el comitente no hizo mención expresa de las funciones conferidas al comisario. No está claro, pues, cuál es la ley aplicable al ejercicio del poder testatorio, es decir, a qué Derecho debe ajustarse la comisaria en el ejercicio del poder que el causante le ha conferido. El tribunal no repara en esta cuestión, sino que se limita a decir que, en todo caso, deben respetarse las legítimas de la ley sucesoria. Por los datos de la sentencia, aunque no son concluyentes a este respecto, parece que la comisaria se ha amparado en el Derecho vizcaíno. De lo que no cabe duda es de que, si en el ejercicio del poder testatorio no se tuvo en cuenta la ley sucesoria, bien porque se tuvo en cuenta la ley bajo la que se otorgó el poder testatorio, bien porque la ley sucesoria aún no se conocía, los problemas de eficacia en lo que respecta a las legítimas se valorarán bajo la ley sucesoria.

En la sentencia tampoco se llega a la concreta solución de lo que ocurre en este sentido con la concreta ejecución del poder testatorio y sus consecuencias sobre los bienes de la herencia, sino que meramente se apunta que habrá que realizar las valoraciones oportunas para saber si se respetan o no las cuotas legitimarias del CC. Cabe

pensar que, por los datos de la sentencia, la comisaria no ejecutó el poder testatorio en observancia de la ley sucesoria, sino del Derecho vizcaíno (Derecho del que pretendía su aplicación en la contestación a la demanda). Ello nos lleva a otra incógnita sobre los motivos de la demanda, teniendo en cuenta la comparación entre las legítimas vizcaínas y las del CC. En efecto, tenemos en presencia dos Derechos distintos, el del CC, como ley sucesoria, y el Derecho vizcaíno, como Derecho que da validez al poder testatorio y a cuyo amparo, presuntamente se ejecutó el mismo; tenemos también dos sistemas legitimarios distintos, que suponiendo que el causante tuviera descendientes (en la sentencia no se aclara quiénes son los legitimarios del causante), serían una cuota de cuatro quintos bajo el Derecho vizcaíno (art. 55 Ley de Derecho civil del País Vasco) y una cuota de dos tercios bajo el CC (art. 808 CC) y suponiendo que tuvieran ascendientes serían de una cuota de un medio bajo el Derecho vizcaíno (art. 56 Ley de Derecho civil del País Vasco) y de un tercio por concurrir con el cónyuge supérstite bajo el CC (art. 809 CC). Acudiendo a la concreta solución parece que en este caso no debería haber problema alguno en este sentido si se respetaron las exigencias legitimarias del Derecho vizcaíno, puesto que esta ley prevé una cuota legitimaria más alta que la prevista por el CC y, por tanto, si se respetaron las cuotas del Derecho vizcaíno (las más amplias), se cubren y se superan las cuotas de la ley sucesoria. Como es bien sabido, la solución del CC hace que en la práctica prevalezca igualmente el sistema legitimario más amplio, con todas las críticas que justamente se han realizado a este respecto, por suponer la ruptura del principio de neutralidad del sistema de Derecho interregional (Font Segura, A., «La sucesión hereditaria en Derecho interregional», *Anuario de Derecho civil,* t. LIII, 2000, pp. 49 y ss.; también, Álvarez González, S., *Estudios de Derecho interregional,* Universidad de Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico, 2007, p. 59).

5. El interés de la sentencia que nos ocupa radica en la existencia de diversos problemas que afectan al art. 9.8 CC. La AP se ocupa de la interpretación del precepto y lo hace, a nuestro modo de ver, de forma adecuada, aunque menos exhaustiva de lo que desde una perspectiva de interpretación de todas las posibilidades del art. 9.8 CC nos hubiese gustado. El tribunal se enfrenta a un problema de ámbito de aplicación de dos leyes potencialmente distintas, la ley sucesoria y la ley bajo la que se otorga la disposición testamentaria en la que se otorga un poder testatorio. Hace una diferenciación, a este respecto y de manera más o menos expresa, entre los problemas de validez material de un poder testatorio y los problemas de eficacia del ejercicio concreto de dicho poder. Es una diferenciación simple, sin incidir en aspectos singulares, estructuralmente correcta. El supuesto daría también lugar a otro tipo de cuestiones de interés para los que el art. 9.8 CC no da solución y en los que el tribunal no entra, tales como la determinación del régimen jurídico del poder testatorio. Por último, y pese a que el tribunal sólo deja apuntada la cuestión, el caso encierra también un ejemplo de la problemática que en Derecho interregional existe en torno a la amplia divergencia de sistemas legitimarios y el inconfesado favor del art. 9.8 CC a los Derechos con sistemas legitimarios más amplios. La ausencia de una mayor claridad en los datos fácticos, nos impide conocer la razón de la impugnación cuando las relaciones entre el Derecho vizcaíno y el CC en materia de legítimas son realmente especiales en los términos expuestos.

Isabel Rodríguez-Uría Suárez [1]
Universidad de Santiago de Compostela

[1] La presente nota se enmarca en el Proyecto de investigación subvencionado por el Ministerio de Educación y Ciencia y el Feder [Ref. DER2010-15162 (subprograma JURI)].

III. INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN

A) DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

Selección y coordinación a cargo de
Romualdo BERMEJO GARCÍA
Catedrático de Derecho internacional público
Universidad de León

SUMARIO: 1. LAS RECIENTES PROPUESTAS DE REVISIÓN DE LA POLÍTICA EUROPEA DE VECINDAD.—2. LA ADMISIÓN POR LA CONFERENCIA GENERAL DE LA UNESCO DE PALESTINA COMO ESTADO MIEMBRO DE LA ORGANIZACIÓN: REACCIONES Y CONSECUENCIAS JURÍDICAS A LA LUZ DE LA ACTUAL ESTRATEGIA PALESTINA DE BÚSQUEDA DEL RECONOCIMIENTO INTERNACIONAL.—3. LA PROTECCIÓN DE LAS INVERSIONES ESPAÑOLAS Y LAS ECONOMÍAS EMERGENTES: EL APPRI CON VIETNAM.—4. LOS DERECHOS HUMANOS COMO LÍMITE A LA VOLUNTAD POPULAR: EL CASO *GELMAN*.

1. LAS RECIENTES PROPUESTAS DE REVISIÓN DE LA POLÍTICA EUROPEA DE VECINDAD

1. La posibilidad ofrecida por el Tratado de Lisboa de enfocar la cooperación con los Estados vecinos de una forma más integrada, permitió que tan solo unos meses más tarde de su entrada en vigor se planteara la conveniencia de reconsiderar la Política Europea de Vecindad (PEV). Posteriormente, y con los acontecimientos acaecidos en el mundo árabe desde principios de 2011, se generó en la Unión Europea (UE) la necesidad de reorientar el enfoque de las relaciones euromediterráneas existentes hasta el momento y de forma particular la PEV, con el objetivo de afrontar los retos derivados de la nueva situación que se estaba generando en el sur mediterráneo.

2. A tal efecto, la Comisión Europea y la Alta Representante de la UE para la Política Exterior, presentaron una Comunicación conjunta el pasado 25 de mayo de 2011, con el título «Una nueva respuesta a una vecindad cambiante» [Documento COM (2011) 303 final]. En dicho documento se pone de manifiesto la necesidad de adoptar un nuevo enfoque basado en un compromiso compartido con los países vecinos respecto a los valores universales de la democracia, el Estado de Derecho y los

derechos humanos. Esta nueva orientación exigirá en el futuro aplicar de una forma mucho más rigurosa el principio de diferenciación de tal forma que los vínculos de cada país vecino con la UE dependerán directamente de las aspiraciones, capacidades y necesidades de cada uno de ellos, así como de los resultados obtenidos en el proceso de reformas políticas y económicas emprendidas. Cuanto mayor sean los resultados obtenidos, mayor será también el grado de integración económica y de cooperación política que ofrezca la UE a cada uno de sus vecinos.

3. Con el nuevo enfoque de la PEV, la UE pretende conceder un mayor apoyo a los países vecinos para la consecución de una democracia viable y sólida, basada en el pluripartidismo y en unas elecciones libres y transparentes, en una división real de poderes que incluya un poder judicial fuerte e independiente, en el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales, así como en una Administración pública eficaz y transparente. El apoyo de la UE a los países vecinos debe enfocarse asimismo a la consecución de otros dos objetivos: por un lado, el logro de un desarrollo económico y un crecimiento sostenible capaz de reducir las enormes desigualdades sociales y regionales existentes, de crear empleo y elevar el nivel de vida de los ciudadanos; y por otro lado, la mejora de los sistemas de sanidad y educación.

4. La revisión de la PEV que proponen conjuntamente la Comisión Europea y la Alta Representante se basa igualmente en el principio de condicionalidad que debe regir las relaciones bilaterales, en la medida en que la ayuda de la UE a los países vecinos dependerá directamente de los progresos obtenidos en el proceso de reformas tanto políticas, en particular la consolidación de la democracia y del Estado de Derecho, como económicas. De esta forma la UE prestará mayor apoyo a aquellos vecinos que más hayan avanzado en este proceso reformador, apoyo que se materializará en una mayor financiación que permita más desarrollo económico y social, una mayor facilitación de la movilidad, un aumento de la financiación del Banco Europeo de Inversiones (BEI) en apoyo a las inversiones y un mayor acceso a los mercados comunitarios.

5. Las reformas adoptadas en el periodo 2010-2012, reflejadas en los informes de situación anuales, se tomarán como referencia para decidir las asignaciones financieras nacionales para 2014 y años sucesivos. El principio de condicionalidad deberá operar igualmente en sentido inverso, es decir penalizando, incluso con la reducción de la financiación, a aquellos países vecinos que no hayan avanzado en el proceso de reformas, tomando medidas adicionales, como sanciones selectivas, respecto de aquellos que violen los derechos humanos y las normas básicas democráticas.

6. El apoyo financiero de la UE a los países vecinos en su transición a una democracia viable y sólida, incluirá el refuerzo a los agentes, como partidos políticos, ONG o sindicatos, que luchan por su consecución, a través del establecimiento de una Dotación Europea para la Democracia y de un Mecanismo de Vecindad para la Sociedad Civil, además del ya existente Instrumento Europeo para la Democracia y los Derechos Humanos. El nuevo enfoque de la PEV deberá prestar una atención preferente a la consecución en los países de la vecindad, de un crecimiento económico firme y sostenible, para lo cual es indispensable la ayuda al entorno empresarial, en particular a las pequeñas y medianas empresas, a la creación de empleo y al fomento de la Inversión Extranjera Directa (IED), así como a la transferencia de tecnología, cuestiones que sin duda se verán favorecidas con la transición política hacia una democracia estable.

7. La nueva PEV deberá reforzar los vínculos comerciales con los países vecinos principalmente a través de la creación de zonas de libre comercio exhaustivas, que

implican no solo el desmantelamiento progresivo de las barreras comerciales y de los derechos de importación, sino también la convergencia reglamentaria en sectores como las normas sanitarias y fitosanitarias, los procedimientos aduaneros, la contratación pública, la competencia y la protección de las inversiones. El mayor acceso a los mercados de bienes podrá potenciarse a través de acuerdos sobre evaluación de la conformidad y aceptación de los productos industriales, que facilitarán el reconocimiento mutuo de los certificados de conformidad. Con el objetivo de apoyar el proceso de reformas, la UE debe seguir ofreciendo el asesoramiento de expertos a través de los programas de desarrollo institucional o de otros mecanismos como los programas de hermanamiento y el TAIEX, que constituye un instrumento de asistencia y asesoramiento técnico específico e intercambio de información que apoya a los países socios en lo relativo a la aproximación, aplicación y ejecución de la legislación de la UE.

8. La profundización de la cooperación sectorial deberá estar en el punto de mira de la nueva PEV. Aunque la cooperación puede extenderse a toda una serie de sectores relativos a las cuestiones de cooperación política y de seguridad, protección de los consumidores, salud pública, investigación y desarrollo tecnológicos, turismo, política social, derecho de las sociedades o política marítima, entre otros, deberá focalizarse de una forma particular en una serie de sectores prioritarios como la energía, el transporte, la protección del medioambiente y la lucha contra el cambio climático, el espacio común del conocimiento, la enseñanza superior, la investigación y la innovación.

9. La revisión de la PEV debe incluir asimismo un replanteamiento de las cuestiones de la migración y de la movilidad, de tal forma que resulte beneficioso para ambas partes e integren una serie de factores como la gestión adecuada de la migración legal y de las fronteras, el asilo o el desarrollo económico [Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Comunicación sobre migración. Documento COM (2011) 248 final, de 4 de mayo de 2011]. El marco para garantizar que la circulación de personas entre la UE y un tercer país está bien gestionada lo proporcionarán las asociaciones de movilidad, que incorporan una serie de medidas como un mejor acceso a los canales de migración legal, y una serie de iniciativas para mejorar la gestión de las fronteras y de la migración irregular.

10. Con independencia de que ya se han establecido asociaciones de movilidad con algunos países de la vecindad oriental, como Moldova y Georgia, o de la que se está a punto de concluir con Armenia, la Comisión, de conformidad con la «Comunicación sobre un diálogo para la migración, la movilidad y la seguridad con los países del Mediterráneo Meridional» [Documento COM (2011) 292/3] iniciará negociaciones con Marruecos, Túnez y Egipto, con los que, con carácter previo, pondrá en marcha un diálogo en materia de migración, movilidad y seguridad. Con el objetivo de mejorar la movilidad de estudiantes, investigadores y empresarios, e incluso de expedir visados de entrada múltiple para estos colectivos, la Comisión insta a los Estados miembros a que utilicen todas las posibilidades que ofrece el código de visados de la UE. En cuanto al asilo, conviene señalar que la aplicación del Programa de Protección Regional, que ya se utiliza para Belarús, Moldova y Ucrania, se extenderá a Egipto, Libia y Túnez, cuando las circunstancias lo permitan.

11. El nuevo enfoque de la PEV debe reforzar de forma decidida sus dimensiones regionales: la Asociación Oriental y el Mediterráneo Meridional, con el objetivo de desarrollar proyectos de cooperación regionales y viables en los ámbitos del comercio, el transporte, la energía, la movilidad o la migración, así como responder a los

específicos retos de cada región en los ámbitos políticos, geográficos, económicos y sociales. Sin lugar a dudas, la potenciación de la cooperación regional es compatible con el refuerzo de la cooperación subregional, centrada en temas más específicos y con la participación más limitada de países. Un ejemplo lo podría constituir la cooperación subregional en el Magreb, que podría centrarse en el apoyo a una mayor interconexión física.

12. Por lo que respecta al Mediterráneo meridional, objeto prioritario de la UE tras las turbulencias acaecidas en el mundo árabe, la Comisión Europea y la Alta Representante ya habían adoptado una Comunicación conjunta en la que exponían las orientaciones generales que debían regir el proceso de revisión de la política mediterránea de la UE [Documento COM (2011) 200 final, Bruselas, 8 de marzo de 2011]. Esta partiría de la creación de una «Asociación para la democracia y la prosperidad compartida con los países del Mediterráneo Meridional», muchos de cuyos planteamientos comparte la citada Comunicación conjunta posterior sobre «Una nueva respuesta a una vecindad cambiante», en particular en las cuestiones relativas a la transición hacia la democracia y el desarrollo institucional; la asociación reforzada con las personas, y el desarrollo económico sostenible e integrador.

13. La nueva asociación, que como ya advertimos estará más orientada a las necesidades concretas y al nivel de ambición en el proceso de reformas demostrado por cada socio, podrá ampliar la concesión del estatuto avanzado, ya concedido a Marruecos en 2008 y a Jordania en 2010, a otros países que demuestren igual disposición y compromiso con las reformas. La concesión del estatuto, que se basa en un Plan de Acción nuevo y más global, podrá implicar un refuerzo a la cooperación política y de seguridad, un incremento de las concesiones comerciales y una mayor integración en el mercado interior de la UE, así como un mayor apoyo financiero a las reformas.

14. Con el objetivo de apoyar la transformación democrática y dar respuesta a los nuevos retos planteados tras los acontecimientos acaecidos en el Mediterráneo meridional, se establecerán Programas Globales de Desarrollo Institucional, similares a los ya aplicados con los vecinos orientales, que proporcionarán asesoramiento y apoyo financiero para desarrollar la capacidad de aquellos organismos que se consideran claves para consolidar el proceso de transición a la democracia. Para crear una asociación más fuerte con las personas, segundo pilar en el que debe basarse la nueva asociación, la Comisión pondrá en marcha, como ya advertimos, un diálogo en materia de migración, movilidad y seguridad con Marruecos, Túnez y Egipto, previo al establecimiento de una asociación de movilidad, y potenciará los programas dirigidos a los jóvenes, como los encaminados a ampliar la cooperación escolar (*eTwinning*); la movilidad de estudiantes y de personal académico universitario (*Erasmus Mundus*); la modernización de las universidades (*Tempus*), y la movilidad de los jóvenes (Juventud en Acción).

15. Finalmente, y en relación con el tercer pilar en el que debe basarse la nueva asociación —el desarrollo económico sostenible e integrador— la UE deberá intensificar sus esfuerzos para mejorar las disposiciones comerciales de los Acuerdos de Asociación y finalizar las negociaciones actuales sobre la agricultura, servicios y derecho de establecimiento, ofreciendo a aquellos vecinos del sur que hayan realizado más rápidamente las reformas necesarias, la posibilidad de establecer zonas de libre comercio exhaustivas. Con el fin de prestar apoyo a las reformas estructurales que serán necesarias a tal efecto, la Comisión financiará programas de desarrollo agrícola y rural, promoverá la cooperación industrial a escala euromediterránea, con la aplicación de la Carta Euromediterránea de la Empresa —en particular entre las PYME— y

fomentará igualmente el diálogo sobre el empleo y la política social mediante el Foro de Diálogo Social Euromediterráneo.

16. La nueva orientación de la PEV basada en un compromiso compartido en los valores universales de la democracia, el Estado de Derecho y los derechos humanos, requerirá incrementar en 1.242 millones de euros los recursos previstos en el IEVA para el periodo 2011-2013, que se situaban en los 5.700 millones de euros. La ayuda financiera se destinará a la financiación de las líneas de acción descritas anteriormente y relativas a los tres grandes pilares de la nueva PEV. Por otra parte y con el fin de impulsar el desarrollo de los vecinos, prestar apoyo a los grandes proyectos de infraestructura y promover la cooperación sectorial, debería aumentarse el mandato exterior del BEI y de otros bancos regionales como el Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo (BERD).

17. Aunque en el próximo marco financiero plurianual 2014-2020, el IEVA seguirá siendo el principal instrumento de financiación, para lograr el reto de una asistencia financiera externa capaz de cubrir las necesidades planteadas por el nuevo enfoque de la PEV, será necesario que la UE intensifique sus esfuerzos de coordinación con sus Estados miembros, otros donantes bilaterales, el BEI, el BERD y las instituciones financieras internacionales. En este sentido, procede hacer notar que la asignación presupuestaria propuesta por la Comisión para el periodo 2014-2020, dedica un total de 16.100 millones de euros al IEVA y 1.400 al Instrumento Europeo para la Democracia y los Derechos Humanos [Comisión Europea. Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones. Un presupuesto para Europa 2020. Parte II. Documento COM (2011) 500 final Parte II, Bruselas, 29 de junio de 2011, p. 50].

18. El nuevo enfoque de la PEV ha sido planteado conjuntamente por la Comisión y la Alta Representante en un momento en el que una parte de los vecinos del sur se hallan en un proceso de transformación democrática sin precedentes, que recuerda, aunque con muchas especificidades y todas las cautelas posibles, a la acontecida en el vecindario este en la última década del pasado siglo. Las propuestas, que deberán ser respaldadas por el Parlamento Europeo y el Consejo, pretenden dar respuesta adecuada a las nuevas necesidades surgidas en el vecindario este, pero sobre todo sur, de la UE que configuran un total de ochocientos millones de personas, cuya libertad, seguridad y desarrollo merecen ser compartidas, lo que sin lugar a dudas redundará en el reforzamiento de los intereses de la propia Unión.

Antonio Blanc Altemir
Universidad de Lleida

2. LA ADMISIÓN POR LA CONFERENCIA GENERAL DE LA UNESCO DE PALESTINA COMO ESTADO MIEMBRO DE LA ORGANIZACIÓN: REACCIONES Y CONSECUENCIAS JURÍDICAS A LA LUZ DE LA ACTUAL ESTRATEGIA PALESTINA DE BÚSQUEDA DEL RECONOCIMIENTO INTERNACIONAL

1. El pasado 31 de octubre la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) votó la admisión de Palestina como Estado miembro de la Organización, con 107 votos a favor, 14 en contra y 52 abstenciones. Esta decisión llevó a Estados Unidos a la retención de los fondos a la Organización. Palestina gozaba hasta entonces del estatuto de observador,

y su petición se enmarca en su estrategia actual de buscar el reconocimiento internacional, que se constituye en una «pieza clave de [su] acción política» en la afirmación de su estatalidad ante «la imposibilidad de desarrollar negociaciones con el Gobierno israelí y el continuo deterioro de la situación en los territorios ocupados» (BARRAÑEDA BAJO, I., «La iniciativa palestina en Naciones Unidas: expectativas, posibilidades y riesgos», *ARI*, 132/2011, 21 de septiembre de 2011, Real Instituto Elcano, p. 1). Las negociaciones de paz directas entre israelíes y palestinos fueron suspendidas en septiembre de 2011 por el Presidente de la Autoridad Palestina, Mahmud Abbas, ante la negativa israelí de prorrogar la moratoria sobre la construcción de asentamientos en los territorios ocupados. La retención de la contribución financiera de Estados Unidos (sesenta millones de dólares que tenía previsto transferir en noviembre) priva a la UNESCO del 22 por 100 de su presupuesto.

2. Esta votación en la UNESCO se produce poco después de que Mahmud Abbas pidiese oficialmente la adhesión plena de Palestina como Estado miembro de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) el 23 de septiembre. El reconocimiento de Palestina en las Naciones Unidas como Estado miembro, le otorgaría un estatus que le permitiría denunciar ante la justicia internacional la ocupación israelí. La necesidad de que la solicitud tenga que pasar por el Consejo de Seguridad dota a la misma de una relevancia única, de la que por supuesto Israel es consciente como lo muestran las palabras de Amos Gilad, jefe del equipo negociador israelí en las conversaciones con la Autoridad Palestina, al mostrar su descontento: «Han acudido al Consejo de Seguridad que, de acuerdo con la Carta, tiene el poder de forzarnos. Forzarnos a reconocer algo que debía ser resultado de un diálogo. Si obtuvieran el respaldo del Consejo, ¿para qué necesitarían negociar?» («Quieren forzarnos a reconocer lo que debería salir del diálogo», *El País*, 31 de octubre de 2011). El Comité de Admisiones de la ONU no pudo llegar a un acuerdo sobre la cuestión. Palestina solo contaría con el apoyo de ocho Estados, necesitando de al menos nueve votos favorables y evitar el veto de alguno de los cinco miembros permanentes. Los quince Estados miembros del Consejo de Seguridad, especialmente los cinco con derecho de veto, disponen de instrumentos para retrasar la votación todo el tiempo que sea necesario para buscar otras opciones, incluso por meses («Las potencias intentan enfriar el afán palestino de ser un Estado de la ONU», *El País*, 19 de septiembre de 2011). Palestina contaría con el apoyo de China, Rusia, Brasil, India, Sudáfrica y Líbano; Estados Unidos se ha opuesto; Francia, Reino Unido y Colombia han mostrado su voluntad de abstención, Portugal y Bosnia-Herzegovina también se abstendrían. Gabón y Nigeria podrían sumarse a los votos favorables a Palestina, quien de esta forma dispondría de ocho votos («El Consejo de Seguridad se prepara para votar sobre el Estado Palestino», *El País*, 11 de noviembre de 2011). Si Palestina consiguiese los nueve votos, Estados Unidos se vería en la situación de tener que utilizar su veto «alargando aún más la larga lista de vetos en defensa de su socio [...] y deteriorando aún más la imagen de la Administración Obama en este tema» (BARRAÑEDA BAJO, I., *op. cit*., pp. 3 y 4). Tiene sin embargo, la presión del Congreso, donde un importante grupo de legisladores pretende suspender [la ayuda] que Estados Unidos concede a la Autoridad Palestina si ésta insiste en [...] reclamar su reconocimiento como Estado» («Las potencias intentan...», *doc. cit*.), y también unas elecciones muy próximas («Palestinians Request U. N. Status; Powers Press for Talks», *The New York Times*, 23 de septiembre de 2011).

3. En caso de ser aprobada por el Consejo de Seguridad, la recomendación de ingreso pasaría a la Asamblea General donde la admisión requiere el voto favorable de dos tercios de los miembros (presentes y que voten). Aunque el reconocimiento de los Estados no compete a la organización sino a los Estados, como señala Barra-

ñeda Bajo, «la incorporación plena de Palestina en Naciones Unidas supondría un reconocimiento fuerte de su existencia, precisando la base territorial legal y legítima de esa entidad, y de la persistencia de una realidad constrictiva no conforme al derecho internacional». Implicaría reconocer que no hay ningún obstáculo jurídico y «apremiaría desde el plano multilateral la retirada del ocupante» (BARRAÑEDA BAJO, I., *op. cit*., p. 4). Y es que como señaló el secretario general adjunto de la ONU para Asuntos Políticos ante el Consejo de Seguridad, Lynn Pascoe, «el consenso internacional y las evaluaciones de entidades como el Banco Mundial que han reconocido la solidez de las instituciones palestinas, así como la mejora de la economía y la seguridad son avances importantes». La Autoridad Palestina es capaz de gobernar un Estado, las dificultades para su creación son políticas: los puntos no resueltos del conflicto entre las partes, la continua ocupación israelí, la división palestina («Los mayores obstáculos para el Estado palestino son políticos, afirma ONU», 27 de septiembre de 2011, Noticias ONU, *www.un.org*).

4. En medio de las conjeturas sobre el curso que habría de seguir en la ONU la solicitud de admisión se producía en la UNESCO, el 31 de octubre, la votación sobre la admisión de Palestina como Estado miembro de la Organización. España, los Estados latinoamericanos, africanos y árabes votaron a favor, Italia y el Reino Unido se abstuvieron, Alemania, Estados Unidos, Israel y Canadá votaron en contra. Requiere especial atención el voto favorable de Francia, que provocó el descontento de Israel, y cuyos efectos jurídicos resultan de interés siendo Francia miembro permanente del Consejo de Seguridad. Destacó la fuerza de los BRIC —Brasil, Rusia, India y China— que votaron a favor. A diferencia de la ONU, donde la adhesión requiere el aval del Consejo de Seguridad, la admisión en la UNESCO necesita, además de la recomendación del Consejo Ejecutivo —que Palestina obtuvo a principios de octubre— dos tercios de los votos favorables de los Estados que votan y asisten a la Conferencia General, compuesta por todos los Estados miembros. Palestina firmará la Convención para la protección del Patrimonio Mundial, para así poder pedir el reconocimiento de los sitios en los territorios ocupados por Israel. Se busca que la Iglesia de la Natividad de Belén sea el primer sitio inscrito bajo el nombre de Palestina, desde 2012 («La Palestine devient membre à part entière de l'UNESCO», *Le Monde,* 31 de octubre de 2011).

La UNESCO se presenta como el foro paradigmático para iniciar la cadena de admisiones de Palestina en las distintas organizaciones, teniendo en cuenta sus aportaciones en el proceso descolonizador, principalmente en África, desde la vertiente de la soberanía cultural, reafirmándola, apoyando y haciendo participar a los movimientos de liberación en el desarrollo de sus programas y en la redacción de sus publicaciones, contribuyendo a la revalorización de las identidades culturales de los países recién descolonizados (STENOU, K., *L'UNESCO et la question de la diversité culturelle: bilan et stratégies, 1946-2004,* París, UNESCO, 2004, pp. 1 y 13). No hay que olvidar tampoco su misión última de contribuir al diálogo entre pueblos y Estados. Por lo que a Palestina se refiere, la UNESCO ha desarrollado importantes programas para la cooperación cultural y educativa. Como señaló el Presidente Abbas en la ceremonia de izada de la bandera palestina en la UNESCO, ésta contribuyó enormemente a la preservación de la identidad palestina («La bandera palestina ondea en la UNESCO», 13 de diciembre de 2001, *www.unesco.org*).

5. Respecto al anuncio de la retención de fondos, Estados Unidos alega una ley de principios de los noventa que le prohíbe financiar agencias de la ONU que reconozcan plenamente a Palestina mientras no exista un acuerdo de paz con Israel, si bien como es sabido, la simple invocación de una norma interna no es en sí misma vincu-

lante para el Derecho internacional. Israel también anunció que cesará su aportación a la UNESCO, la cual, sumada a la de Estados Unidos, supondría una pérdida para la UNESCO de cerca de un cuarto de su presupuesto. Señaló además que lo sucedido en la Conferencia General el 31 de octubre debilitaría la capacidad de los Estados que fueron favorables a Palestina en la votación, para influir en Israel, en concreto en lo relativo al proceso de paz («La Palestine devient membre...», *doc. cit*.).

La directora de la UNESCO lanzó una Declaración sobre la suspensión de fondos por parte de Estados Unidos (disponible en *www.unesco.org*) en la que resaltaba la traducción de dicha suspensión en la extrema dificultad de seguir llevando a cabo las actividades de la Organización, entre las que destacó algunas en las que Estados Unidos ha puesto especial interés como la «ayuda [...] a desarrollar y mantener medios de información libres y competitivos en Iraq, Túnez y Egipto», y resaltó que «la UNESCO es [...] el único organismo de Naciones Unidas que tiene el mandato de promover la educación sobre el Holocausto en el mundo», mandato que lleva a cabo a través de programas educativos financiados por Estados Unidos e Israel. En su visita a Washington, Bokova se reunió el 14 de diciembre con Steny Hoyer (segundo congresista de mayor rango entre los demócratas) y Gary Ackerman (jefe del subcomité para Oriente Medio y el Sur de Asia de la Cámara de Representantes) a quienes dijo que «el cese de la financiación obstaculiza nuestra capacidad de llevar a cabo programas en Iraq y Afganistán que coinciden plenamente con los intereses nacionales de Estados Unidos». Al día siguiente se reunía con la Presidenta del Comité de Relaciones Exteriores del Congreso de Estados Unidos, Ileana Ros-Lehtinen, y los congresistas demócratas Howard Berman y Russ Carnahan, así como con el Senador Patrick Leahy, Presidente del Comité de Relaciones Exteriores. Todos expresaron su sentir de que «no habrá ningún cambio inmediato», si bien el último señaló que el «Congreso debe también ser consciente de las consecuencias de la situación, que además menoscaban la influencia exterior de Estados Unidos» (sección de noticias de *www.unesco.org*).

6. Ante esta situación, Irina Bokova lanzó un Fondo de Emergencia Multidonantes, dirigido a Estados miembros, a instituciones públicas, fundaciones e individuos, y al que se está respondiendo con fuerza. El Gobierno de Gabón anunció una donación de dos millones de dólares, Indonesia de diez, e Islandia ha concedido ya 100.000 dólares. Además, la directora general pidió a los Estados miembros que apoyen un aumento inmediato del Fondo de Operaciones de la Organización para 2012-2013 de 30 a 65 millones de dólares y que paguen sus contribuciones obligatorias lo antes posible en 2012.

7. Por su parte, la Autoridad Palestina utiliza su admisión en la UNESCO para ampliar su presencia en otras Organizaciones de la familia de las Naciones Unidas («La autoridad Palestina busca el reconocimiento en 16 agencias de la ONU», *El País*, 2 de noviembre de 2011). Tengamos en cuenta que las normas de cada una son diferentes: por ejemplo, la Organización Mundial de la Salud solo admite entre sus miembros a Estados miembros de las Naciones Unidas, pero no es el caso de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual [véase su convenio constitutivo, cuyo art. 5, apartado 2.i) se refiere expresamente a los Estados que sean miembros «de alguno de los organismos especializados vinculados a las Naciones Unidas»], en la que de solicitar Palestina su ingreso, y Estados Unidos cortar la financiación, se verían afectados los intereses de muchas de las industrias estadounidenses, cuyos derechos encuentran en la Organización un mecanismo de protección de primer orden. Además, los Estados que no atiendan sus obligaciones financieras pueden ver suspendidos sus derechos de voto.

8. Quedan por constatar los eventuales efectos que el nuevo estatuto de Palestina en la UNESCO y los intentos en la búsqueda del reconocimiento internacional tendrán en el proceso de negociación entre palestinos e israelíes, si bien Israel ha anunciado que aquellos no lo facilitarían. Como ha señalado repetidamente la ONU, la negociación y la búsqueda del reconocimiento de la estatalidad palestina en la Comunidad Internacional deben ir de la mano. Con la sombra de recientes episodios de violencia, y el anuncio israelí en diciembre de la construcción de nuevos asentamientos en Jerusalén Oriental, las negociaciones se reanudan el 3 de enero en Amman (Jordania). Por lo que respecta a su admisión en las Naciones Unidas, de no ser admitida como Estado miembro, la Asamblea General puede aprobar una resolución sobre el Estado de Palestina, «haciendo incluso explícita mención a las fronteras de 1949-1967 y que podría también, a instancia del secretario general, elevar su actual estatuto de (entidad) observador permanente al de Estado no miembro observador permanente (como el Vaticano en la actualidad o Suiza hasta 2002). Se "reconocería" así el Estado de Palestina, situándolo en la antesala de la adhesión» (Barrañeda Bajo, I., *op. cit*., p. 4). En fin, las acciones de reconocimiento internacional ponen de manifiesto que la situación de iure, en la que se va avanzando, debe, moralmente, traducirse en una situación de facto. Más allá de la apuesta por la fuerza del Derecho, que supone esta estrategia de Palestina de hacer uso todos los mecanismos del Derecho internacional, y su creciente apoyo en la Comunidad Internacional (por citar los actos más recientes: el reconocimiento de Islandia, la firma del acuerdo de libre comercio entre Palestina y MERCOSUR, o la elevación de la representación de Palestina en Austria a embajada) que son en sí mismos hechos valiosos, al poner en evidencia la diferente realidad de los hechos y del Derecho, «es indispensable un apoyo político claro de ciertos actores implicados y muy particularmente de la UE» (*ibid.*) que se ha mostrado dividida en la votación de la UNESCO, así como que los reconocimientos formales se traduzcan en medidas que efectivamente permitan a Palestina desplegar sus atributos de soberanía.

Beatriz Barreiro Carril
Universidad Rey Juan Carlos

3. LA PROTECCIÓN DE LAS INVERSIONES ESPAÑOLAS Y LAS ECONOMÍAS EMERGENTES: EL APPRI CON VIETNAM

1. En los últimos meses la celebración de acuerdos para la promoción y la protección recíproca de las inversiones (en adelante APPRI) por parte de España se ha venido desarrollando al calor de dos tendencias. En primer lugar, la política convencional española parece condicionada por la atribución a la Unión Europea (UE) del ejercicio de la competencia sobre protección de las inversiones extranjeras directas mediante el art. 207 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Y, en segundo lugar, tras haber orientado su política convencional hacia los Estados de Europa, el Mediterráneo y América Latina durante los años noventa, España ha enfocado ahora su punto de mira hacia las economías emergentes y, en especial, a los países del Golfo Pérsico. En esta última línea se enmarcan el APPRI celebrado con Kuwait (*BOE*, de 1 de abril de 2008), examinado en esta *Revista* [véase vol. LX (2008), 2, pp. 695-700] y los acuerdos firmados con otros Estados árabes que se están tramitando en sede parlamentaria al tiempo de cerrar estas líneas (Arabia Saudita, Bahrein, Emiratos Árabes Unidos o Yemen). Asimismo, destaca el APPRI celebrado entre España y la República Socialista de Vietnam (*BOE*, de 17 de diciembre de

2011), que se firmó en Hanoi el 20 de febrero de 2006, entró en vigor el pasado 21 de julio de 2011 y será analizado en la presente nota en el contexto de la citada «comunitarización» de esta competencia hasta ahora ejercida por los Estados miembros de la UE.

2. Vietnam es una de las principales economías emergentes de Asia. Así lo entiende la UE, por ejemplo, quien está negociando un acuerdo de asociación y cooperación que sirva como base para incrementar las relaciones bilaterales entre ambas partes, hasta ahora regidas por el Acuerdo de cooperación entre la Comunidad Europea y la República Socialista de Vietnam (*DO* L 136, de 7 de junio de 1996, p. 29). Tras la firma del APPRI el 20 de febrero de 2006, España y Vietnam renovaron por cuarta vez su programa marco de cooperación financiera. En el periodo 2008-2010 este programa ha supuesto por parte española un desembolso de 265 millones de euros para financiar diversos proyectos, entre los que destaca la construcción del sistema de metro de la ciudad de Ho Chi Minh (200 millones de euros).

Se trata del octavo APPRI que España celebra con un país de la zona Asia-Pacífico, tras los acuerdos de primera generación concluidos con Corea (*BOE*, de 13 de diciembre de 1994), Filipinas (*BOE*, de 17 de noviembre de 1994), India (*BOE*, de 3 de febrero 1999), Indonesia (*BOE*, de 5 de febrero de 1997), Malasia (*BOE*, de 8 de marzo de 1996) y Pakistán (*BOE*, de 12 de junio de 1996) y el más reciente APPRI de segunda generación celebrado con China (*BOE*, de 8 de julio de 2008), analizado en esta revista [véase LXI (2009), 1, pp. 305-311]. Vietnam ha celebrado apenas una treintena de APPRI principalmente con Estados vecinos y varios miembros de la UE como Dinamarca (25 de agosto de 1993), Finlandia (13 de septiembre de 1993), Francia (8 de noviembre de 1994), Hungría (26 de agosto de 1994), Italia (18 de mayo de 1990), Polonia (31 de agosto de 1994), el Reino Unido (1 de agosto de 2002), la República Checa (25 de noviembre de 1997), Suecia (8 de septiembre de 1993) o la Unión Económica Belgo-Luxemburguesa (UEBL) (24 de enero de 1999), entre otros.

Por lo que respecta al contenido sustantivo principal del APPRI, deben realizarse una serie de consideraciones relacionadas con el concepto de inversión e inversor, el contenido de las obligaciones jurídicas para los Estados miembros y los mecanismos para el arreglo de las controversias.

3. Conforme con el modelo de APPRI español de segunda generación, los conceptos de inversión e inversor se contemplan de una forma amplia en el APPRI. En el art. 1.1 del APPRI se incluye una definición del concepto inversión extranjera que, además de contener el habitual catálogo abierto, se extiende a «las inversiones realizadas en el territorio de una Parte Contratante por cualquier sociedad de esa misma Parte Contratante que sea propiedad o esté controlada efectivamente por inversores de la otra Parte, siempre que se hayan efectuado de conformidad con las leyes y reglamentos de la primera Parte Contratante». Asimismo, amén de reconocer como inversores a las personas físicas que sean nacionales de las partes, el art. 1.2.*b)* del APPRI establece que el lugar de constitución de la sociedad y su domicilio social son los criterios que determinan la nacionalidad de las personas jurídicas y, por tanto, sirven para atribuir la condición de inversor extranjero.

Estos criterios han sido acogidos de manera homogénea por la más reciente práctica convencional española. No obstante, en el contexto de las relaciones entre España y el resto de países de la zona, desarrolladas durante mediados de la década de los noventa, se evidencian importantes diferencias. En efecto, por ejemplo, los APPRI celebrados por España con India y Malasia sólo contemplan el criterio del lugar de constitución; el APPRI con Corea apela al criterio de la residencia; el APPRI celebrado

con Indonesia se refiere al lugar de constitución de la sociedad, pero incorpora adicionalmente el criterio de la dirección efectiva; y, por último, el APPRI celebrado con Filipinas menciona los criterios del lugar de constitución, el domicilio y el ejercicio efectivo de actividades. Debe también mencionarse, en este orden de cosas, que los últimos APPRI citados (Filipinas e Indonesia) consideran como inversores a las personas físicas residentes (y no nacionales) en los Estados partes.

Esta disparidad de criterios se reproduce igualmente en la práctica mantenida por los Estados miembros de la UE con Vietnam, situación que resulta de especial interés en la actualidad por las razones apuntadas *supra*. De hecho, únicamente los APPRI celebrados por Vietnam con Dinamarca, Italia, la República Checa y la UEBL establecen los mismos criterios que el APPRI español. Mientras que, por ejemplo, el art. 1.3.*b)* del APPRI celebrado con Suecia se refiere a «*any legal person having its seat in the territory of either Contracting Party, or in a third country with a predominant interest of an investor of either Contracting Party*», el art. 1.3.*b)* del APPRI con Finlandia atribuye la condición de inversor extranjero a «*any legal person having its seat in the Territory of either Contracting Party*». Y los arts. 1.d.i) y 12 del APPRI celebrado con el Reino Unido la confiere a las «*corporations, firms and associations incorporated or constitued under the law in force in any part of the United Kingdom or in any territory to which this Agreement is extended*», entendiendo como tales los territorios dependientes (como Gibraltar).

4. Las obligaciones de promoción y especialmente la de protección de las inversiones extranjeras constituyen la columna vertebral de los APPRI. Al tratarse de un mandato de actividad, la obligación de promoción y admisión se ha redactado en el art. 2 del APPRI siguiendo un modelo al que España viene acogiéndose tradicionalmente, por ejemplo, en los APPRI celebrados con India (art. 3), Indonesia (art. 2) o Malasia (art. II). En cualquier caso, como ya se ha explicado en esta *Revista* [véase vol. LXI (2009), 2, pp. 414-419], se trata de una obligación de actividad muy poco utilizada en la práctica de los arbitrajes inversor-Estado.

Más interesante resulta la redacción de las diversas obligaciones de protección reconocidas en estos acuerdos internacionales. En primer lugar, por cuanto a la obligación de proporcionar tanto un trato justo y equitativo como plena protección y seguridad, el art. 3.1 somete este mandato al Derecho internacional (DI). Se trata de una fórmula excepcional en la práctica convencional española, en línea con la empleada por España en el APPRI celebrado con México (art. IV). Esta redacción pretende equiparar el trato justo y equitativo con el estándar mínimo de trato concedido por el DI consuetudinario. Entre los miembros de la UE únicamente Francia utiliza una redacción similar en el APPRI con Vietnam (art. 3). Por el contrario, no se utiliza en los APPRI celebrados con Dinamarca (art. 3.1), Finlandia (art. 2.2), Hungría (art. 2.2), Italia (art. 2.2), Polonia (art. 2.2), la República Checa (art. 2.2), el Reino Unido (art. 2.2), Suecia (art. 2.1) y la UEBL (art. 3). Por tanto, una mayoría de Estados miembros de la UE conciben el concepto de trato justo y equitativo de manera autónoma. España también lo considera desde esta perspectiva, salvo en casos excepcionales como el que nos ocupa.

El art. 3.2 del APPRI también establece una cláusula de cobertura (*umbrella clause*) con el siguiente enunciado: «Cada Parte Contratante respetará toda obligación que haya contraído por escrito con respecto a las inversiones de inversores de la otra Parte Contratante». Así las cosas, las reclamaciones contractuales podrán adquirir la condición de reclamación convencional y, para mayor seguridad de los inversores extranjeros, quedar protegidas por el APPRI.

En segundo lugar, otro de los elementos nucleares de la obligación de protección consiste en la concesión del trato nacional (TN) y de nación más favorecida (NMF) a las inversiones y/o inversores. Los apartados 1 y 2 del art. 4 del APPRI celebrado entre España y Vietnam conceden el trato de NMF tanto a las inversiones como a los inversores extranjeros, si bien para estos últimos sólo por lo que respecta a la «gestión, mantenimiento, utilización, disfrute o enajenación de sus inversiones». En cambio, el mandato de no discriminación reconocido a través del TN sólo se reconoce a las inversiones (art. 4.3), pero no a los inversores extranjeros.

La práctica convencional española con los Estados de Asia-Pacífico también ha sido vacilante. Los APPRI celebrados con Filipinas e Indonesia no reconocen el TN (arts. 3 y 4, respectivamente) y prevén únicamente el trato de NMF. El APPRI con Corea concede el TN y de NMF tanto a inversiones como inversores (arts. 3.1 y 3.2). Mientras que los APPRI con China, India y Malasia otorgan el trato de NMF a inversiones e inversores extranjeros, pero el TN únicamente a las primeras (arts. 3.2, III.2 y 5, respectivamente). En el caso de los APPRI celebrados por Vietnam con otros miembros de la UE tampoco existe homogeneidad. El APPRI con Suecia tan sólo reconoce el trato de NMF a las inversiones extranjeras (art. 3). Los APPRI con Italia y Polonia emplean una solución similar a la adoptada por el APPRI español (arts. 3 y 3, respectivamente). Por último, los APPRI celebrados con Dinamarca, Francia, el Reino Unido y la República Checa admiten el TN y de NMF tanto a los inversores como a las inversiones (arts. 3, 4, 3 y 3, respectivamente).

El art. 4.4 del APPRI establece la necesaria cláusula que restringe la extensión, en virtud del trato de NMF, de los beneficios derivados de la participación de alguno de los Estados partes en una Organización internacional. El Tribunal de Justicia de la UE dictó una serie de sentencias en las que precisamente se declaraba el incumplimiento de Austria (asunto C-205/06), Suecia (asunto C-249/06) y Finlandia (asunto C-118/07), por haber mantenido en vigor APPRI que no contenían la citada cláusula y que, por tanto, suponían una violación de las normas relativas a la libre circulación de capitales previstas en el Derecho primario de la UE.

En tercer lugar, el art. 5 del APPRI establece un precepto destinado a prohibir las expropiaciones (directas o indirectas) injustificadas, ilícitas y discriminatorias. Esta disposición se ha redactado con detalle y conforme al modelo español de APPRI de segunda generación. Por tanto, extiende su ámbito de aplicación sobre tanto las expropiaciones y las nacionalizaciones como aquellas medidas de efecto equivalente, siempre que reúnan los tres caracteres citados. La adopción de estas medidas precisa de una indemnización ajustada a los parámetros de la «cláusula Hull»; según indica el art. 5.1, la indemnización debe ser «pronta, adecuada y efectiva». Los apartados 2 y 3 de este precepto regulan con mayor concisión la forma utilizada para calcular el montante final de la indemnización y se refieren, más en particular, al valor de mercado de la inversión expropiada en el momento inmediatamente anterior a que esta se produjera, a la necesidad de introducir en la misma los correspondientes intereses y, por último, a su efectividad y libre convertibilidad.

El art. 5 del APPRI, adicionalmente, establece dos previsiones de interés en sus apartados 4 y 5. El apartado 4 reconoce al inversor afectado por una expropiación o medida de efecto equivalente el derecho «con arreglo a la legislación de la Parte Contratante que realice la expropiación, a que una autoridad judicial u otra autoridad competente e independiente de esta Parte Contratante revise con prontitud el caso, incluidos la tasación de su inversión y el pago de la indemnización, de conformidad con los principios establecidos en el presente artículo». Este derecho se viene recono-

ciendo progresivamente en la práctica convencional española de segunda generación, por ejemplo, en el art. V.3 del APPRI celebrado con México (*BOE*, de 3 de abril de 2008) y en el art. 4.3 del APPRI celebrado con China. Entre los Estados miembros de la UE que han celebrado un APPRI con Vietnam, se reconoce esta posibilidad en el art. 5 del APPRI con Dinamarca.

El art. 5.5 del APPRI extiende la protección convencional contra las medidas de expropiación o nacionalización adoptadas por los Estados, sobre los inversores extranjeros que operen en el Estado receptor de la inversión a través de sociedades locales. Como se explicó en esta misma Revista [véase vol. LXII (2010), 1, p. 278], esta solución constituye una seña de identidad de la segunda generación de APPRI españoles que, no obstante, también prevé algún APPRI concluido en la década de los noventa, como por ejemplo el celebrado con India (art. 6.4). Otros miembros de la UE también han previsto esta disposición en sus APPRI con Vietnam. Es el caso de Hungría (art. 5.3), Italia (art. 5.IV), Polonia (art. 5.3) y el Reino Unido (art. 5.2).

En cuarto lugar, el APPRI celebrado con Vietnam emplea una redacción consistente con la política española de segunda generación para establecer las cláusulas de compensación por pérdidas (art. 6), de libre transferencia de las rentas y capitales derivados de la inversión (art. 7) y de subrogación (art. 9). Importa advertir que la primera cláusula, referida a la compensación de las pérdidas, se ha previsto de manera amplia, como viene siendo habitual en la práctica española salvo cuando la contraparte es un Estado de América Latina. Ello supone no solo el otorgamiento del TN o de NMF ante las posibles indemnizaciones realizadas por el Estado receptor a resultas de los daños ocasionados en las inversiones como consecuencia de un conflicto armado, sino también el reconocimiento expreso del principio, según el cual se genera un derecho de indemnización y compensación a favor del inversor cuando, en el contexto de un conflicto armado, este sufre la destrucción de su inversión o su requisa por la autoridad del Estado receptor «sin que lo exigiera la necesidad de la situación».

En quinto lugar, el art. 8 del APPRI, confirma la no afectación de los compromisos celebrados entre las partes en materia de propiedad intelectual e industrial (apdo. 3) y hace compatible el APPRI con las condiciones más favorables que hubieran pactado un inversor extranjero con el Estado receptor de la inversión (apdo. 2). Además, el apartado 1 del citado precepto reza lo siguiente: «si la legislación de cualquiera de las Partes Contratantes o las obligaciones dimanantes del Derecho internacional, ya existentes o que surjan posteriormente entre las Partes Contratantes además del presente Acuerdo, contienen normas, ya sean generales o específicas, en virtud de las cuales deba concederse a las inversiones realizadas por inversores de la otra Parte Contratante un tratamiento más favorable que el previsto en el presente Acuerdo, dichas normas prevalecerán sobre el presente Acuerdo en la medida que sean más favorables».

Desde la perspectiva del Derecho de los tratados este precepto podría invocarse para hacer compatibles las futuras obligaciones contraídas por España y la UE con Vietnam a través de un acuerdo mixto. En particular, entendemos que su interpretación sistemática permitiría salvar las posibles situaciones de superposición normativa que, en el marco de la política convencional que debe emprender la UE en los próximos años, va a generar la cláusula que prevé el mantenimiento temporal de los efectos de un APPRI tras su denuncia para las inversiones ya establecidas (art. 13.3 del APPRI con Vietnam). A excepción de Dinamarca, Finlandia y Suecia, los APPRI celebrados por otros Estados miembros de la UE con Vietnam también recogen esta cláusula.

Por último, conviene señalar que el art. 12 del APPRI extiende su ámbito de aplicación a las inversiones anteriores y posteriores al momento de su entrada en vigor, pero

no limita expresamente su aplicación a las controversias surgidas tras su entrada en vigor (principio de irretroactividad), como es práctica general en la política convencional española. Mientras que el art. 13.2 del APPRI dispone su vigencia por un periodo inicial de diez años, transcurrido el cual se entenderá indefinidamente prorrogado salvo que las partes notifiquen su denuncia.

5. Las disposiciones de carácter procesal destinadas al arreglo de controversias interestatal e inversor-Estado conforman la otra gran clave de bóveda de los APPRI. Respecto a las primeras, establecidas en el art. 10, el APPRI con Vietnam no introduce ninguna novedad a destacar en la práctica española. El arbitraje interestatal de inversiones es un terreno poco explorado, pero con un enorme potencial jurídico. Así lo evidencia, por ejemplo, la reciente publicación del laudo arbitral dictado el 15 de enero de 2008 que resuelve una controversia de esta naturaleza entre Italia y Cuba, las negociaciones emprendidas por Ecuador para denunciar el APPRI celebrado con los Estados Unidos de América o las más recientes acciones de este último Estado, en el marco de los tratados de libre comercio celebrados con Perú y Centroamérica, llevadas a cabo para garantizar el cumplimiento de ciertas obligaciones convencionales en materia de derechos humanos. Así las cosas, la futura actividad convencional de la UE debería prestar atención a este expediente e integrarlo en su política de condicionalidad con terceros países.

Por lo que se refiere al arbitraje inversor-Estado, el APPRI celebrado con Vietnam tampoco incorpora novedades relevantes. El art. 11 no establece periodos de espera ni una cláusula *fork-in-the-road*, circunstancia que permite al inversor, agotadas las negociaciones y transcurridos seis meses desde la notificación por escrito de la controversia al Estado receptor, someter esta bien a los tribunales internos, bien a un arbitraje internacional administrado por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) o por el Centro Internacional para el Arreglo de Controversias Relativas a Inversiones (CIADI). Cabe señalar que Vietnam no es parte en el Convenio sobre arreglo de diferencias relativa a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, hecho en Washington el 18 de marzo de 1965 (*BOE*, de 13 de septiembre de 1994), pero el inversor español afectado podría eventualmente invocar el art. 11.2 del APPRI para activar el Mecanismo Complementario del Convenio CIADI. Hasta el momento se conoce tan sólo un arbitraje de inversión donde haya participado Vietnam, finalizado por acuerdo de las partes el 14 de marzo de 2007. Se trata del caso *Trinh Vinh Binh c. Vietnam*, administrado conforme a las reglas de la CNUDMI en el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo y sobre la base del APPRI celebrado entre Vietnam y los Países Bajos.

6. En suma, el APPRI celebrado por España con Vietnam constituye un ejemplo de la consolidación de la segunda generación de la política convencional de promoción y protección de las inversiones. Al mismo tiempo, este APPRI revela las importantes diferencias existentes en la política convencional llevada a cabo por los Estados miembros de la UE. Esta heterogeneidad exigirá alcanzar compromisos cuando la UE y sus Estados miembros celebren acuerdos de esta naturaleza con terceros sujetos y puede dar lugar a no pocas controversias derivadas de una superposición normativa o solapamiento entre los APPRI concluidos por los Estados miembros y los posteriores acuerdos que celebren estos junto a la UE con terceros sobre la misma materia.

Francisco José Pascual Vives
Universidad de Alcalá

4. LOS DERECHOS HUMANOS COMO LÍMITE A LA VOLUNTAD POPULAR: EL CASO *GELMAN*

1. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH, la Corte) en sus más de tres décadas de funcionamiento ha emitido muchas sentencias y opiniones consultivas de las que se desprende una interpretación progresiva de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y otros instrumentos de carácter temático que nacieron en este sistema regional. Siempre *pro homini* ha resuelto asuntos que han generado grandes discusiones en el Derecho interno, justamente, por realizar interpretaciones extensivas para lograr una mejor protección de los derechos humanos.

2. En este sentido, el 24 de febrero del 2011 resolvió el caso *Gelman c. Uruguay.* En esta sentencia, la Corte se pronuncia sobre un hecho cuyo origen se encuentra en 1976, cuando el 24 de agosto, María Claudia García Iruretagoyena, en avanzado estado de embarazo, fue detenida en Buenos Aires junto a otras tres personas, entre ellos Marcelo Ariel Gelman Schubaroff, su esposo, por agentes estatales uruguayos y argentinos en el marco de la denominada «Operación Cóndor». En octubre del mismo año María Claudia fue trasladada a Montevideo-Uruguay de forma clandestina por autoridades uruguayas donde permaneció detenida, dando a luz a una niña, María Macarena Gelman García, que fue entregada a una familia uruguaya. Tras el nacimiento de la niña se desconoce, hasta la fecha, el paradero de María Claudia.

3. Uruguay ratificó la CADH y reconoció la competencia contenciosa de la Corte el 19 de abril de 1985. Al ser demandado ante la Corte el Estado uruguayo en su contestación a la demanda reconoció la violación de los derechos de María Claudia y su hija María Macarena durante el ejercicio del poder por un Gobierno de facto que tuvo lugar entre 1973 y 1985 y la categoría de víctima en el proceso a Juan Gelman. Esto para la Corte constituyó un reconocimiento parcial de responsabilidad y señaló la subsistencia de la controversia en cuanto a la determinación de las consecuencias de los hechos ocurridos desde febrero de 1985.

4. La Corte destaca la especial relevancia del caso por haberse desarrollado en un contexto de dictadura militar, y en el marco de la denominada «Operación Cóndor». Durante la década de los setenta la región del Cono Sur se encontraba en manos de Gobiernos dictatoriales (Uruguay, Chile, Argentina, Brasil, Bolivia, Paraguay, Perú) cuya base ideológica era la doctrina de seguridad nacional a través del cual realizaban un seguimiento a los movimientos de izquierda y otros «enemigos comunes» sin importar la nacionalidad, es así que iniciaron a nivel interestatal una represión contra las personas a quienes consideraban «elementos subversivos». Esta situación hizo que los ciudadanos se refugiaran en países fronterizos lo que motivó la adopción de estrategias comunes de «defensa» por las dictaduras. Así nace la «Operación Cóndor» (caso *Gelman*, párr. 44). La doctrina de seguridad nacional y la Operación Cóndor han sido reconocidas en el caso *Goiburú c. Paraguay,* sentencia del año 2006.

5. Estos actos para la Corte además de contradictorios con los fines y propósitos de la organización de la comunidad internacional constituyeron una práctica sistemática de «terrorismo de Estado» a nivel interestatal, que se vio favorecida por la situación de impunidad imperante en aquel entonces en esta región, dada la ausencia del debido proceso y la ineficacia de las instituciones judiciales para hacer frente a las violaciones sistemáticas de derechos humanos.

6. De esta sentencia se advierte, en primer lugar, el pronunciamiento sobre un hecho cuyo origen está en 1976, antes de que este órgano judicial iniciara sus labores;

y en segundo lugar, su pronunciamiento sobre la incompatibilidad de una ley interna, Ley de Caducidad, que había sido sometida a consulta y respaldada en dos ocasiones por el pueblo uruguayo.

7. Respecto al primer punto, la Corte se ha pronunciado sobre hechos sucedidos con anterioridad a su entrada en funcionamiento y con antelación a que el Estado haya ratificado la CADH y/o asumido la competencia contenciosa del Tribunal. En principio y por regla general, la competencia *ratione temporis* limita la competencia del Tribunal frente a hechos sucedidos con anterioridad a la ratificación de la CADH y a la aceptación voluntaria de la competencia contenciosa del Tribunal. Así, por ejemplo en el caso *Blake,* aceptó la limitación *ratione temporis* de su competencia respecto a la privación de la libertad y muerte del señor Blake que se habían consumado en marzo de 1985 y que no podían considerarse *per se* de carácter continuado (caso *Blake c. Guatemala,* Sentencia CIDH de 24 de enero de 1998, párr. 54), sin embargo, destacó que no obstante a haberse consumado los hechos en fecha anterior a que el Estado haya asumido la competencia contenciosa, «sus efectos podían prolongarse de manera continua o permanente hasta el momento en que se establezca el destino o paradero de la víctima», situación que se produjo el 14 de junio de 1992, fecha posterior al reconocimiento de la jurisdicción contenciosa del Tribunal por parte de Guatemala, y se declaró competente para conocer el caso (párr. 54). La desaparición de Blake marca el inicio de una situación continuada y permitió a la Corte pronunciarse sobre los hechos y efectos posteriores a la fecha de reconocimiento de su competencia por Guatemala.

Similar criterio se aplica en el caso *Almonacid c. Chile* (Sentencia CIDH de 26 de septiembre de 2006). La muerte del señor Almonacid se remonta a septiembre de 1973. Chile ratificó la CADH y asumió la competencia contenciosa de la Corte el 21 de agosto de 1990 y manifestó su reconocimiento para «hechos posteriores a la fecha del depósito de instrumento de Ratificación o, en todo caso, a hechos cuyo principio de ejecución sean posteriores al 11 de marzo de 1990». Para la Corte esta declaración es una limitación temporal al reconocimiento de la competencia del Tribunal y no una reserva. Así, señala «de acuerdo al principio de *compétence* de la *compétence,* no puede dejar a la voluntad de los Estados que éstos determinen cuáles hechos se encuentran excluidos de su competencia. Esta determinación es un deber que corresponde al Tribunal en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales» (párr. 45). Ante el alegato de Chile sobre su incompetencia para conocer el caso por tratarse de un hecho sucedido antes de que asumiera su competencia, bajo el argumento de que la investigación criminal constituye un todo único y continuo, permanente en el tiempo y no susceptible de ser dividido, parcializado, ni siquiera material o formalmente (párr. 47), la Corte señala que en un proceso «se pueden producir diversos hechos independientes que podrían configurar violaciones específicas y autónomas de denegación de justicia» (párr. 48) como por ejemplo, la prohibición a los defensores de entrevistarse a solas con sus clientes, y se declaró competente para conocer los hechos ocurridos después de la ratificación de la CADH y de asumir la competencia contenciosa de la Corte.

La Corte en el caso *Gelman* señala que la desaparición forzada de personas constituye una violación grave, múltiple y continuada de derechos humanos debido a la particular relevancia de las transgresiones que conlleva y la naturaleza de los derechos lesionados. Destaca que «es necesario reiterar el fundamento jurídico que sustenta una perspectiva integral sobre la desaparición forzada de personas en razón de la pluralidad de conductas que, cohesionadas por un único fin, vulneran de manera permanente, mientras subsistan, bienes jurídicos protegidos por la Convención» (caso *Gelman,* párr. 72). Es así que «en una perspectiva comprensiva de la gravedad y el ca-

rácter continuado o permanente de la figura de la desaparición forzada de personas, ésta permanece mientras no se conozca el paradero de la persona desaparecida y se determine con certeza su identidad» (párr. 73). Es una violación múltiple de varios derechos protegidos por la CADH que trae consigo otras violaciones conexas en que la víctima se encuentra en un estado de indefensión, mas aún si forma parte de un patrón sistemático o práctica aplicada o tolerada por el Estado (párr. 74).

Para la Corte, la desaparición forzada de María Claudia por la naturaleza de los derechos lesionados constituye una violación de una norma de *ius cogens*, fundamentalmente grave por haberse llevado a cabo como parte de una práctica sistemática de «terrorismo de Estado» a nivel interestatal, al que se le puede calificar como un crimen de lesa humanidad (párr. 99).

8. Respecto al segundo punto, aplicación de las leyes de amnistía, en el caso *Barrios Altos* (caso *Barrios Altos c. Perú,* Sentencia CIDH de 14 de marzo de 2001) por vez primera, la Corte se pronuncia sobre la incompatibilidad de estas leyes con la CADH y destaca que carecen de efectos jurídicos.

En el caso *Gelman,* la Corte ha dado por probado la violación de una serie de derechos reconocidos en diversos instrumentos del Sistema Interamericano y destaca otros actos realizados por el Estado que de alguna manera tienen relación con su conducta en vista con el esclarecimiento de dichas situaciones. Es el caso de la Ley de Caducidad núm. 15.848 aprobada por el Parlamento uruguayo el 22 de diciembre de 1986, en cuyo art. 1 señala: «Reconócese que, como consecuencia de la lógica de los hechos originados por el acuerdo celebrado entre partidos políticos y las Fuerzas Armadas en agosto de 1984 y a efecto de concluir la transición hacia la plena vigencia del orden constitucional, ha caducado el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado respecto de los delitos cometidos hasta el 1 de marzo de 1985 por funcionarios militares y policiales, equiparados y asimilados por móviles políticos o en ocasión del cumplimiento de sus funciones y en ocasión de acciones ordenadas por los mandos que actuaron durante el periodo de facto». Se trata de una ley que impide la investigación de las violaciones a los derechos humanos cometidos con anterioridad al 1 de marzo de 1985. La ley señala que a estos efectos el juez que conozca una causa debe requerir al Poder Ejecutivo que informe si el hecho investigado está comprendido o no en el art. 1 de la ley. Así, el Poder Judicial se ve limitado por la actuación del Poder Ejecutivo quien según sea el caso procederá a ordenar el archivo del caso.

La recepción de los familiares de las víctimas de la Ley de Caducidad no ha sido pacífica. La Suprema Corte, ante el recurso de inconstitucionalidad planteado, sostuvo su constitucionalidad y efectos vinculantes para el caso concreto.

En 1989 se interpuso un recurso de referéndum contra la Ley de Caducidad, el cual no fue aprobado por el pueblo uruguayo. Dos décadas después, el 19 de octubre de 2009, la Suprema Corte de Justicia en el caso *Sabalsagaray Curutchet Blanca Stela* declaró la inconstitucionalidad de los arts. 1, 3 y 4 de la ley y resolvió la inaplicabilidad a dicho caso, criterio que reiteró en el caso *Organización de Derechos Humanos*, de 29 de octubre de 2010. El 25 de octubre del mismo año, nuevamente, mediante el mecanismo de «iniciativa popular» se sometió a consideración un proyecto de reforma constitucional por el cual se introduciría en la Constitución una disposición especial que declararía nula la Ley de Caducidad y dejaría inexistentes los arts. 1, 2, 3 y 4, propuesta que tampoco fue aprobada.

Esta ley, cuyo fin era excluir de la responsabilidad penal a los responsables de la violación a los derechos humanos, desde su aprobación fue respaldada tanto por el Poder Judicial como por el pueblo uruguayo hasta en dos ocasiones.

Esta ley ha sido aprobada en un régimen democrático y posteriormente respaldada por la población uruguaya, pero como bien señala la Corte, esto no le concede, automáticamente ni por sí sola, legitimidad ante el Derecho internacional. «La participación de la ciudadanía con respecto a dicha ley, utilizando procedimientos de ejercicio directo de la democracia (referéndum y plebiscito) se debe considerar, entonces, como hecho atribuible al Estado y generador, por tanto, de la responsabilidad internacional de aquél» (caso *Gelman*, párr. 238). Además, dice, la sola existencia de un régimen democrático no garantiza *per se* el respeto del Derecho internacional.

Así, la legitimación democrática de ciertos actos en una sociedad encuentra su límite en las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos, «de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho internacional de los derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo "susceptible de ser decidido" por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un "control de convencionalidad" que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no solo del poder judicial» (párr. 239).

La desaparición de Claudia Gelman fue denunciada ante el órgano judicial por Juan Gelman el 19 de junio de 2002, la misma que se archivó en aplicación de la Ley de Caducidad en más de una ocasión y su última reapertura fue a instancia de María Macarena el 28 de agosto de 2008 que a la fecha aún no ha concluido.

La Corte destaca en este caso la obligación del Estado de investigar y sancionar las violaciones de derechos humanos y en caso de desapariciones forzadas su obligación de investigar el caso *ex officio*, sin dilación y de manera efectiva, para ser oportuna.

La Ley de Caducidad uruguaya o «ley de amnistía», así como la prescripción y cualquier excluyente de responsabilidad cuyo fin sea impedir la investigación, juzgamiento y sanción de los responsables de violaciones graves de los derechos humanos resulta incompatible con las normas de Derecho internacional de los derechos humanos, como lo ha venido señalando la Corte. En el caso *Gelman* afirma que la interpretación y aplicación de la Ley de Caducidad ha afectado la obligación internacional del Estado de investigar y sancionar las graves violaciones referidas a la desaparición forzada de María Claudia y a la sustracción y ocultamiento de identidad de María Macarena, al impedir que los familiares de las víctimas fueran atendidas conforme a los derechos reconocidos por la CADH y debido a su manifiesta incompatibilidad con la CADH, las disposiciones que impiden la investigación y sanción de graves violaciones de derechos humanos carecen de efectos jurídicos y no deben seguir siendo un obstáculo en la investigación de este caso ni de ningún otro.

Así, la Corte conoció este caso cuyos hechos sucedieron hace más de tres décadas y ha concluido que la Ley de Caducidad refrendada por la población uruguaya carece de efectos jurídicos por su incompatibilidad con la CADH y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. Además indicó que el Estado asegure que la ley no vuelva a representar un obstáculo en la investigación y sanción de los responsables de tales hechos ni de otros similares sucedidos en Uruguay.

9. En suma advertimos de la sentencia materia de análisis el importante papel de la jurisprudencia en la protección de los derechos humanos. La interpretación que realiza sobre la Ley de Caducidad traspasa la voluntad popular que ratificó su vigencia, algo impensable en otros tiempos, pero también es de destacar la recepción de

esta decisión por parte del Estado, que por encima de la voluntad popular, procedió el 27 de octubre de 2011, mediante Ley núm. 18.831 a la derogación de esta ley tan controvertida en aras de una mejor protección a los derechos humanos. Deja claro que los derechos humanos constituyen un límite infranqueable, incluso a la voluntad de las mayorías.

Florabel QUISPE REMÓN
Universidad Carlos III de Madrid

B) DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Selección y coordinación a cargo de
Joaquim-J. FORNER DELAYGUA
Catedrático de Derecho internacional privado
Universidad de Barcelona

SUMARIO: 1. XXI REUNIÓN DEL GRUPO EUROPEO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO (GEDIP), BRUSELAS, 16-18 DE SEPTIEMBRE DE 2011.—2. CONMEMORACIÓN DEL 50.º ANIVERSARIO DEL CONVENIO APOSTILLA (PARÍS, 4-5 DE OCTUBRE DE 2011).—3. UN FINAL ¿FELIZ? [EN TORNO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO) DE 11 DE NOVIEMBRE DE 2010].—4. CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LAS INMUNIDADES JURISDICCIONALES DE LOS ESTADOS Y DE SUS BIENES, HECHA EN NUEVA YORK EL 2 DE DICIEMBRE DE 2004.—5. NUEVOS REGLAMENTOS COMUNITARIOS Y SU IMPACTO EN EL DERECHO CATALÁN (UNIVERSIDAD ABAT OLIBA CEU, 30 DE JUNIO-1 DE JULIO DE 2011).—6. INTRODUCCIÓN A LA NUEVA LEY POLACA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, DE 4 DE FEBRERO DE 2011 (SEGUIDA DEL TEXTO TRADUCIDO AL INGLÉS DE LA LEY).

1. XXI REUNIÓN DEL GRUPO EUROPEO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO (GEDIP), BRUSELAS, 16-18 DE SEPTIEMBRE DE 2011

1. La XXI reunión del Grupo Europeo de Derecho internacional privado tuvo lugar en Bruselas, los días 16 a 18 de septiembre de 2011. En esta ocasión, la organización de la reunión corrió a cargo de los Profs. M. Fallon, de la Universidad de Louvain-la-Neuve, y J. Meeusen, de la Universidad de Antwerpen. Esta reunión tenía un sentido especial, pues se celebraba el vigésimo aniversario de la creación del GEDIP, que tuvo lugar en Bélgica, específicamente en Louvain-la-Neuve, los días 3 a 5 de octubre de 1991 (Información de J. D. González Campos y A. Borrás en *REDI,* 1991, 2, pp. 596 y ss.) y que ha trabajado sin interrupción desde esa fecha (de las sucesivas reuniones se ha dado puntualmente cuenta en esta revista por sus miembros españoles).

El punto culminante de la reunión lo constituyó la presentación de la obra *Le droit internacional privé européen en construction - Vingt ans de travaux du GEDIP/Building*

European Private International Law - Twenty Years' Work by GEDIP, publicado bajo la dirección de M. Fallon, P. Kinsch y Ch. Kohler (Cambridge-Amberes-Portland, Intersentia, 2011), cuya recensión aparece en la sección de bibliografía de esta *Revista* (pp. 297 y ss.). Esta obra recoge los trabajos del Grupo durante los últimos veinte años y ofrece una fuente documental inestimable para entender la evolución reciente del Derecho internacional privado europeo. La presentación corrió a cargo del Prof. M. Fallon que rememoró el papel esencial que en la creación del GEDIP tuvieron los Profs. P. Lagarde y F. Rigaux. El actual presidente, Prof. Ch. Kohler, intervino resaltando el papel de sus antecesores en el cargo, del actual secretario y, muy en particular, los constantes desvelos de Marc Fallon.

2. La primera jornada de trabajo comenzó con una exposición del Prof. E. Jayme sobre la ley aplicable a los efectos patrimoniales de la disolución del vínculo conyugal. En esta intervención, criticó el sistema vigente, basado en un fraccionamiento de la ley aplicable a los distintos efectos económicos o patrimoniales derivados de la disolución del vínculo conyugal (obligaciones alimenticias, disolución del régimen económico, atribución de la vivienda familiar...), aplicable igualmente a la disolución de las parejas registradas. El principal argumento de su tesis fue la consistencia sistemática interna que en el Derecho material existe entre todos esos efectos y que el fraccionamiento conflictual vigente pone en cuestión.

La siguiente intervención corrió a cargo de C. Kohler, quien analizó el Libro Verde presentado por la Comisión en materia de certificados de estado civil [Documento COM(2010) 747 final]. Ch. Kohler, tras describir brevemente el contenido del Libro Verde, puso especial énfasis en las dos aproximaciones que plantea la Comisión en ese texto: una armonización conflictual o un reconocimiento mutuo de pleno derecho de los actos o certificados de estado civil. El primero pasa por establecer unas normas de conflicto uniformes a los diferentes actos que determinan el estado civil de las personas físicas. El segundo se contenta con establecer un principio de reconocimiento mutuo de las situaciones jurídicas personales creadas al amparo del ordenamiento jurídico de otro Estado miembro. El ponente se mostró especialmente crítico con una implantación incondicionada de este segundo método y defendió la oportunidad de una armonización conflictual como condición previa al reconocimiento mutuo de los certificados de estado civil.

A continuación, H. van Loon, Secretario General de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, resumió los trabajos recientes de esta institución y K. Vandekerckhove, representante de la Comisión Europea, hizo lo propio en relación con los trabajos de la Unión Europea. La representante de la Comisión describió la actividad exterior de la Unión, en particular en el seno de la Conferencia de La Haya, expuso el estado de las negociaciones en relación con los Reglamentos Bruselas I, sucesiones y sobre la patente europea. También introdujo las propuestas más recientes presentadas por la Comisión, como el Reglamento sobre embargo de cuentas bancarias, y las previsiones de trabajos futuros en áreas como las acciones colectivas.

3. La segunda jornada se dedicó principalmente a analizar los trabajos que está realizando el Grupo en relación con la parte general del Derecho internacional privado europeo. En primer lugar, tomando como punto de partida las discusiones de la reunión anterior, la Prof. S. Bariatti expuso las dificultades que presenta el empleo de la nacionalidad como criterio de conexión en el Derecho internacional privado europeo, en particular en los casos de doble nacionalidad. Tras revisar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la discusión del grupo se centró en varios puntos.

En primer lugar, en el papel que puede y debe jugar la nacionalidad como criterio de conexión. La opinión general es que este papel debe ser muy limitado y, en todo caso, subsidiario al de otros criterios, como el de la residencia.

En segundo lugar, en cuanto a la solución de los conflictos de doble nacionalidad, se concluyó que no es procedente adoptar una regla absoluta para todos los sectores, sino que debe buscarse una solución adaptada a las particularidades de cada sector del Derecho internacional privado: competencia judicial, ley aplicable y reconocimiento y ejecución. A estos efectos, debe tenerse en cuenta la *policy* en cada instrumento europeo para resolver adecuadamente esas cuestiones: el hecho de que la regla de base de un texto sea la autonomía de la voluntad limitada (y la nacionalidad sea una de las posibles opciones elegibles) o de que la selección de la nacionalidad efectiva afecte a terceros son variables que deben tenerse en cuenta en la solución de las diferentes situaciones. Incluso dentro de un mismo instrumento, se apuntó la posibilidad de que ese criterio pudiese cumplir diferentes funciones y, por consiguiente, pudiese concretarse de distintas maneras.

En tercer lugar, se consideró oportuno también prestar atención a las relaciones con aquellos terceros Estados que siguen empleando la nacionalidad como factor predominante, y valorar si requieren una solución propia. El Grupo acordó seguir trabajando en estas materias con el objetivo de poder presentar una propuesta en la próxima reunión.

Seguidamente, el Prof. P. Lagarde presentó un borrador de articulado de una parte general del Derecho internacional privado europeo. En esta propuesta se incluyen las reglas procesales comunes a los distintos instrumentos (litispendencia, control de oficio de la competencia judicial internacional, causas de denegación del reconocimiento, etc.) así como reglas generales en materia de coordinación con los Convenios internacionales, carácter universal de las normas, reenvío, leyes de policía del foro, orden público y una cláusula de escape de alcance general. Sin perjuicio del contenido particular de cada regla, la reacción mayoritaria del Grupo fue muy favorable a la propuesta, pues constituye el primer intento serio, coherente y razonable de presentar un texto de esta naturaleza. Si bien se entendió que no debía aceptarse como una propuesta acabada, sino como base para un eventual futuro instrumento.

La jornada terminó con una intervención de H. van Loon, quien informó sobre los avances del subgrupo constituido para analizar el régimen del Derecho extranjero. Tras hacer referencia a los trabajos del *Institut Suisse de Droit Comparé* de Lausanne y de la propia Conferencia de La Haya, examinó la cuestión particular de si el Derecho europeo impone algún tipo de obligación a los jueces de los Estados miembros de aplicar *ex officio* la ley extranjera designada por las normas de conflicto europeas. Su conclusión provisional, así como la de la mayoría de los miembros del Grupo, fue negativa. A partir de aquí, el debate giró en torno a las dificultades prácticas que presenta la aplicación de una ley extranjera para el juez nacional y las posibles soluciones. El Grupo acordó seguir estudiando estas cuestiones, enmarcándolas en un problema más general: la autonomía del Derecho procesal interno *vis à vis* las normas de conflicto europeas.

4. En la tercera y última jornada científica, P. Kinsch resumió la jurisprudencia reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en materia de Derecho internacional privado. Dentro de esta jurisprudencia, destacó tres asuntos. El asunto *Ammadjadi c. Alemania,* Sentencia de 9 de marzo de 2010, donde el TEDH concluye que la aplicación de la ley nacional común a dos cónyuges iraníes residentes en Alemania ofrece una conexión objetiva y razonable, que no puede considerarse contraria

al principio de no discriminación. El asunto *Sneersone y Kampanella c. Italia,* Sentencia de 12 de julio de 2011, donde se afirma que el Estado de origen de una decisión de retorno del menor trasladado ilícitamente al extranjero puede constituir una violación del art. 8 del Convenio. Y el asunto *Negrepontis-Giannisis c. Grecia,* Sentencia de 3 de mayo de 2011, donde el TEDH lleva a cabo un control del orden público invocado por las autoridades griegas para negar el reconocimiento de una adopción constituida en los Estados Unidos. El Tribunal considera que es contraria al Convenio la negativa de las autoridades judiciales griegas a reconocer una adopción constituida en los Estados Unidos por un monje griego por violar el orden público griego (las autoridades griegas habían entendido que permitir la adopción por un monje ortodoxo es contraria a su orden público). A raíz de esta intervención, Ch. Kohler informó de las negociaciones que la Unión Europea está llevando a cabo para la ratificación del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de los mecanismos de cooperación institucional que se están diseñando para los casos en los que la violación del Convenio la cometen las autoridades de un Estado miembro pero en ejecución de una norma europea. Entre estos mecanismos se contempla la posibilidad de llamar como codemandado a la propia Unión Europea (*codefendant mechanism*) o de un recurso de previo pronunciamiento ante el TJUE (*prior-involvement*).

Por último, el Prof. F. J. Garcimartín hizo una exposición sobre un tema específico: los problemas de ley aplicable en materia de responsabilidad del folleto (*prospectus liability*). En ella, puso de relieve las dificultades de aplicar el criterio del lugar del daño (*loci damni*) a los daños puramente económicos o financieros, así como la interacción de ese criterio, que constituye la regla de base en el Reglamento Roma II, con el principio de Estado de origen que consagra la llamada Directiva de folletos (Directiva 2003/71). Se trata de un tema sobre el que el GEDIP no ha trabajado anteriormente y que es recibido con interés por los miembros del Grupo.

5. La próxima reunión del Grupo tendrá lugar en Łódź (Polonia), a invitación del Prof. T. Pajor y en ella se presentará la continuación de los trabajos sobre los temas que se han tratado en la presente reunión.

Alegría Borrás y Francisco J. Garcimartín
Universidades de Barcelona y Autónoma de Madrid

2. CONMEMORACIÓN DEL 50.º ANIVERSARIO DEL CONVENIO APOSTILLA (PARÍS, 4-5 DE OCTUBRE DE 2011)

1. Con motivo de la celebración del 50.º aniversario del Convenio de La Haya, de 5 de octubre de 1961, suprimiendo la Exigencia de la Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros, se celebró un acto conmemorativo en el emblemático edificio del Ministerio de Justicia de Francia en la *Place Vendôme*. El día anterior se celebró una recepción ofrecida por la *Chambre Nationale des Huissiers de Justice* y por el Consejo Superior del Notariado de Francia, en la que pronunciaron sendos parlamentos el Sr. Jean Daniel Lachkar, Presidente de dicha *Chambre* y el Sr. Hans van Loon, Secretario General de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, que glosaron el aniversario del Convenio de La Haya del que son parte mayor número de Estados, exactamente 102 tras la adhesión de Costa Rica. Al acto asistieron unas cien personas, procedentes de 29 países y Organizaciones internacionales.

2. El acto de celebración se inició formalmente con las intervenciones del Sr. M. Mercier, Ministro de Justicia y Libertades de Francia y del Sr. Hans van Loon, Se-

cretario General de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado. El acto conmemorativo tuvo una marcada vocación de futuro, en cuanto la «Reunión de París» constituyó no sólo la Conmemoración del cincuentenario del Convenio sobre apostilla, sino también la Tercera reunión regional del proyecto *E-APP para Europa*, financiado por la Comisión Europea para el avance de la apostilla electrónica en Europa [Programa e-AAP, sobre el que informa con detalle M.ª Mayela Celis, Oficial Legal Senior de la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya, en su nota «Novedades del Programa Piloto de Apostillas electrónicas (e-APP)», en esta *Revista,* 2011, 2, pp. 320 y ss.]. Seguidamente intervino el Sr. Wong Yan Lung, Secretario de Justicia del Gobierno de la Región administrativa especial de Hong Kong, poniendo de relieve las características y las claves para el funcionamiento del Convenio.

3. A continuación, toda la mañana se dedicó a examinar el balance y perspectivas del Convenio Apostilla y la reflexión sobre su orientación futura, en una mesa redonda presidida por el Sr. Jean-Pierre Ancel, Presidente de honor de la *Première Chambre* de la *Cour de Cassation* de Francia. En ella intervinieron el Prof. Pierre Callé, de la Universidad de Caen, el Sr. Jean-Marie Huet, *Procureur général* ante la *Cour d'appel* de Aix-en-Provence, el Sr. William Fritzlen, Consejero del Departamento de Estado en Washington, la Sra. Niovi Ringou, Responsable Adjunto de Unidad de la Dirección General de Justicia de la Comisión Europea, el Sr. Christophe Bernasconi, Secretario General Adjunto de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, y la Prof. Alegría Borrás. Desde distintas perspectivas, todos ellos pusieron de relieve cómo el Convenio de 1961 que, obviamente, no podía prever la apostilla electrónica, ha permitido utilizarla, ya que es neutro en cuanto a los medios. Por otra parte, se destacaron los objetivos del programa sobre apostilla electrónica y las características técnicas de su implantación. La actitud española ha sido pionera en este Programa y, en esta ocasión como ya se había hecho con anterioridad en La Haya, se ha presentado el vídeo sobre el nuevo sistema elaborado por el Ministerio de Justicia español, con cuya proyección terminó la sesión de la mañana.

4. En la sesión de la tarde, en una primera parte se informó sobre la experiencia adquirida en España sobre el funcionamiento práctico y los aspectos técnicos de la apostilla electrónica, en la que intervinieron el Sr. Félix Martín Gordo, Subdirector General Adjunto de nuevas tecnologías del Ministerio de Justicia, el Sr. José Luis Hernández Carrión, Jefe del área de innovación del mismo Departamento, el Sr. Juan Ignacio Cabo Pan, Subdirector General de información administrativa de inspección general de servicios, y el Sr. Javier Parra García, Secretario de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, que es quien comenzó a emitir apostillas electrónicas en España a finales de 2008 (sobre la experiencia, su reciente trabajo, Parra, J. L., «El tráfico internacional de documentos públicos de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado y las oportunidades que abre el programa E-APP», *La Ley. Práctica de Tribunales,* noviembre de 2011, núm. 87, pp. 28 y ss.). Entre los datos estadísticos, resalta que, a fecha 30 de septiembre de 2011, de las 50.083 apostillas emitidas en España, 3.729 han sido apostillas electrónicas, habiéndolas hecho 36 autoridades distintas. Como punto culminante del proceso se considera la orden JUS 1207/2011, de 4 de mayo, por la que se crea y regula el Registro Electrónico de Apostillas del Ministerio de Justicia y se regula el procedimiento de emisión de apostillas en soporte papel y electrónico (*BOE* de 14 de mayo de 2011) que, además, tiene la ventaja de clarificar (art. 13) que «tendrán plena validez en España las Apostillas Electrónicas válidamente emitidas por las Autoridades con competencia para realizar el trámite de legalización única o Apostilla de otros Estados contratantes» del Convenio de 1961.

5. A continuación tuvo lugar otra mesa redonda, moderada por las Sras. M.ª Mayela Celis, de la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya, y Lucía Prieto, del Ministerio de Justicia español, en la que representantes de diversos países intervinieron para explicar sus experiencias y perspectivas en la implantación de la apostilla electrónica. Los intervinientes fueron la Sra. Jocelyne Palenne (Francia), el Sr. Ugo Bechini (Italia), la Sra. Angela Slater (Reino Unido), el Sr. Carlos José de Sousa Mendes (Portugal), el Sr. John Gregory (Canadá), la Sra. Julie Remy (Bélgica), la Sra. Lali Kalandadze (Georgia) y el Sr. Jorge Antonio Méndez Torres-Llosa (Perú).

6. Después se adoptaron unas conclusiones, en las que, tras congratularse por los resultados obtenidos, se realizan una serie de recomendaciones para la implantación y avance de la apostilla electrónica en Europa y en el mundo (pueden verse, así como toda la información relativa al Convenio y a la apostilla electrónica en *http://www.hcch.net*, «Secciones especializadas», «Sección Apostilla», «50 años del Convenio sobre Apostilla (1961-2011)» y allí, obtener mayor información sobre el acto «reunión de París»). Se anunció, además, la celebración del 7.º Foro internacional sobre e-APP, que será organizado conjuntamente por el Ministerio de Transportes de Turquía y el Instituto de Derecho de las nuevas tecnologías de la Universidad Bilgi de Estambul en colaboración con la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya y que tendrá lugar en junio de 2012 en Izmir (Turquía). Las intervenciones del Sr. Laurent Vallé, *Directeur des Affaires Civiles et du Sceau,* Ministerio de Justicia y de las libertades de Francia y del Sr. Hans van Loon cerraron esta densa Jornada.

7. Es de destacar en este caso el papel realmente puntero desempeñado por España que, por nota verbal de 23 de junio de 2011, comunicó al depositario del Convenio la puesta en práctica del nuevo sistema, lanzado el 16 de mayo de 2011 en virtud de la mencionada orden, implantándose de forma progresiva en todo el territorio nacional. Con estas importantes modificaciones, quedaba obsoleto el Real Decreto 2433/1978, de 2 de octubre, por el que se determinaban las autoridades que podían emitir la apostilla y la Orden Ministerial de 30 de diciembre de 1978 por la que se interpretaba y desarrollaba el anterior Decreto. De ahí que hayan sido derogados y sustituidos por el Real Decreto 1497/2011, de 24 de octubre (*BOE* 16 de noviembre de 2011) por el que se determinan los funcionarios y autoridades competentes para realizar la legalización única o Apostilla prevista en el Convenio de 1961 de forma acorde con las nuevas circunstancias superando, en particular, la división territorial de competencias, es decir, con independencia del lugar del territorio nacional de procedencia del documento a apostillar.

Alegría Borrás
Universidad de Barcelona

3. UN FINAL ¿FELIZ? [EN TORNO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO) DE 11 DE NOVIEMBRE DE 2010]

1. En un viaje a Suiza, en septiembre de 2011, una excelente amiga, con la que habíamos tenido ocasión de hablar en repetidas ocasiones de un famoso caso de no retorno de unos niños retenidos ilícitamente en España y que constituye uno de los casos de sustracción internacional de menores que más litros de tinta ha hecho correr en España y en Suiza, me hizo un comentario: «¿Te has enterado de que el Tribunal Supremo español ha condenado al Estado español a pagar la cantidad de 184.515,69 euros a la madre suiza por mal funcionamiento de la justicia española?». Mi respuesta

fue negativa, pues nada había visto. A partir de ahí, intenté encontrar los datos relativos al caso y, realmente, no aparecen referencias entre los internacional-privatistas, al menos que yo haya encontrado. Y es que concurrían dos circunstancias que dificultaban la difusión de la sentencia. Por una parte, se trata de una Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, no tan habitualmente consultada por nosotros. Por otra parte, la afectada se ha convertido en «Doña Florencia» en la difusión de la Sentencia del Tribunal Supremo. Localizada la Sentencia (RJ 2010/8275), todo fue cuestión de ir examinando los nuevos hechos y ese final muchos años después.

2. Hablar de este caso requiere remontarse muchos años atrás, cuando incluso muchos de los lectores todavía no estaban en edad de dedicarse al Derecho internacional privado. Una suiza, casada con un español, obtiene el divorcio en Suiza en 1991, estableciéndose un régimen de visitas a favor del padre. Como consecuencia de ello, los dos hijos, pequeños entonces, vinieron a España para pasar las vacaciones con su padre en julio de 1991, sin que regresaran a Suiza al término de las mismas, por lo que la madre solicitó el retorno de los niños al amparo del Convenio de La Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. El Juzgado de 1.ª Instancia e Instrucción de Almería núm. 1 dictó el Auto de 24 de marzo de 1992 ordenando la restitución de los menores, confirmado en apelación por la Audiencia Provincial de Almería por otro Auto de 24 de marzo de 1992, sin que el retorno tuviera lugar, por complicados problemas que no es necesario recordar aquí. De forma paralela, el padre solicitó, en julio de 1991, la guarda y custodia de los menores como medida provisional en el marco de una demanda de separación. El Juzgado de 1.ª Instancia e Instrucción núm. 6 de Almería, en Sentencia de 11 de diciembre de 1992, estimó la demanda, acordó la separación y atribuyó al padre la guarda y custodia de los hijos, con un régimen de visitas a favor de la madre, sentencia que igualmente fue confirmada por Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería de 27 de octubre de 1993. No es necesario decir el revuelo que la situación provocó, tanto a nivel de los implicados, como a nivel doctrinal e incluso en las relaciones entre España y Suiza.

3. En esta situación, el Ministerio Fiscal interpuso un recurso de casación en interés de ley, que dio lugar a la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 1998, que declaró haber lugar a la casación. Aunque el recurso de casación fue interpuesto por el Ministerio Fiscal, la madre compareció ante el Tribunal Supremo, notificándosele la Sentencia con fecha 25 de junio de 1998. Esta sentencia no podía alterar la situación jurídica creada por la Audiencia de Almería, pero declaró sin ambages que se trata de una situación con «consecuencias frustrantes», ya que una resolución firme de un tribunal español, recaída en un procedimiento de retorno, no puede ser ejecutada como consecuencia de la sentencia dictada por el mismo tribunal en el procedimiento de separación. Y en la propia sentencia del Tribunal Supremo se dice que «la inmodificabilidad de la cosa juzgada no impide que los que se hallen legitimados en el caso, ejerciten si vieren convenirle las acciones correspondientes, para obtener la reparación de los daños y perjuicios causados, según las responsabilidades que procedan».

4. Es a partir de ese momento cuando se inicia la última etapa de este caso: la madre presenta una reclamación administrativa el 18 de junio de 1999, invocando el mal funcionamiento de la Administración de Justicia y reclamando una indemnización por un importe total de 43.820.885 pesetas, por una serie de conceptos que detalla suficientemente. En este caso, se dictó una Resolución del Ministerio de Justicia el 20 de junio de 2003, tras un informe del CGPJ y un dictamen del Consejo de Estado, desestimando la reclamación realizada por la madre, que interpone entonces un recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional. La base es el anormal

funcionamiento de la Administración de Justicia española. Por su parte, la Abogacía del Estado entiende que la acción ha prescrito, ya que el art. 293.2 LOPJ establece que «el derecho a reclamar la indemnización prescribirá al año, a partir del día en que pudo ejercitarse», lo que concuerda con el art. 142.5, de la Ley 30/1992, en el sentido de que «en todo caso, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo». Considera así relevantes los años 1991, 1992 y 1993, a los que retrotrae el *dies a quo* para el cómputo del plazo de un año, lo que no comparte la Audiencia Nacional en su Sentencia de 18 de mayo de 2006, para la cual es únicamente la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 1998 la que debe ser tomada en cuenta a los efectos del plazo para presentar el recurso. En sus términos, hasta ese momento «no cabía hablar de ilicitud de la situación ya que se estaba en presencia de dos decisiones judiciales firmes, dictadas en procedimientos diferentes, si bien la sentencia de separación interfería en la efectividad del retorno acordado con anterioridad por auto judicial, haciendo imposible ejecutar este último. Es precisamente este *aliquid novi* aportado por la sentencia de casación del Tribunal Supremo el que marca el *dies a quo* del cómputo del plazo anual de prescripción para el ejercicio de la acción en vía administrativa», concluyendo que la reclamación administrativa se presentó dentro del plazo legal.

5. La Audiencia Nacional examina la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 1998 y el Informe del CGPJ, que reconoce un anormal funcionamiento de la Administración de Justicia. En este punto detecta tres supuestos «de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, que son los siguientes: *a)* una dilación indebida en la sustanciación del procedimiento de retorno instado en su día por la madre de los menores y aquí demandante; *b)* la inejecución material de la decisión judicial de retorno de los menores como consecuencia de lo que parece ser una falta de la diligencia judicial debida para hacer efectivo el derecho de la madre, que constituye lo que podría denominarse la primera fase de inejecución; *c)* el dictado de la sentencia de separación, que conllevaba la imposibilidad de la ejecución de la resolución de retorno, con lesión del derecho a la tutela judicial efectiva de la aquí actora y propiciando —según la sentencia de casación del Tribunal Supremo— un resultado en fraude de ley». En este punto, resalta la Audiencia Nacional que «el informe del CGPJ alude a la "peculiar singularidad" de que ambas resoluciones judiciales han sido dictadas por el mismo Tribunal (la Audiencia Provincial de Almería), lo que —según el meritado informe— «pone de manifiesto un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, sin que para ello sea necesario entrar en el campo del error judicial». La Audiencia Nacional llega así a la conclusión de que existe un anormal funcionamiento, «que ha originado a la demandante una serie de daños y perjuicios cuya indemnización viene a impetrar, daños y perjuicios que son efectivos, individualizados, evaluables económicamente y que están, además, en directa relación con aquel funcionamiento anormal de la Administración de Justicia». Discutiéndose a partir de ahí la cuantía de la indemnización, es el momento en que la Audiencia Nacional establece el derecho a una indemnización por el anormal funcionamiento de la Administración de Justicia de 184.515,69 euros, que se incrementará, en su caso, por los correspondientes intereses legales.

6. Ante esta decisión, el Abogado del Estado interpuso recurso de casación, solicitando que se casara la sentencia y se declarara conforme a Derecho el acto impugnado, a lo que se opuso «Doña Florencia». El Tribunal Supremo, en la mencionada Sentencia de 11 de noviembre de 2010, declara no haber lugar al recurso de casación, dejando claro que es la Sentencia del Tribunal Supremo de 1998 la que «vino a clarificar la confusa situación hasta entonces existente, en que regían dos decisiones

judiciales que se contradecían mutuamente (la de retorno a favor de la madre y la de separación judicial que atribuía la custodia al padre), impidiendo la sentencia de separación el cumplimiento del derecho de retorno que tenía reconocido la madre; y esa confusa situación, derivada de dichas resoluciones judiciales, fue definitivamente aclarada por la Sentencia de 22 de junio de 1998 de esta Sala que confirmó la ilicitud de la situación creada por la Sentencia de 27 de octubre de 1993, dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Almería y que hacía imposible la tutela efectiva de la madre actora».

7. Es así como vuelvo al principio de esta información: se trata de una decisión de interés, sin duda, pero difícil de valorar. No cabe duda que responde a un interés en el buen funcionamiento del Convenio de La Haya de 1980. Pero ¿cómo?, ¿cuándo?, y ¿para qué? Han transcurrido veinte años desde que se inició el caso y las situaciones personales de los implicados han cambiado. El elemento más positivo del caso es, sin duda, que el mal funcionamiento del Convenio de La Haya de 1980 y, en su caso, del Reglamento 2201/2003, constituye una responsabilidad del Estado, cuyas autoridades deberán ser más cuidadosas en la correcta aplicación de los textos relativos al retorno en los supuestos de sustracción internacional de menores.

Alegría Borrás
Universidad de Barcelona

4. CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LAS INMUNIDADES JURISDICCIONALES DE LOS ESTADOS Y DE SUS BIENES, HECHA EN NUEVA YORK EL 2 DE DICIEMBRE DE 2004 *

1. El pasado 18 de febrero de 2011 se publicó en el *BOCG* la autorización para proceder a la ratificación de la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 2 de diciembre de 2004 (*BOGC*, Sección A, núm. 396, de 18 de febrero de 2011).

2. La Convención está compuesta por un preámbulo, 33 artículos y un anexo que, de conformidad con su art. 25, constituye parte integrante de ella. Los artículos están divididos en seis partes referidas, respectivamente, a su ámbito de aplicación, los principios, los procesos en los que no cabe la inmunidad del Estado, los efectos de la inmunidad en relación con medidas coercitivas adoptadas en un proceso judicial, distintas disposiciones relativas al proceso y las cláusulas finales. El instrumento, referido tanto a la inmunidad de jurisdicción como a la inmunidad de ejecución, utiliza un concepto amplio de Estado que incluye al Estado y sus órganos de gobierno, a sus organismos e instituciones, a sus representantes y a los elementos constitutivos de las diversas subdivisiones políticas del Estado. Para que pueda llevarse a cabo su aplicación es preciso que tanto el Estado al que pertenece el tribunal que conoce del asunto o que pretende ejecutar los bienes como el Estado frente al que se plantea el proceso o cuyos bienes pretenden ser ejecutados sean Estados parte, ya que el instrumento no es de aplicación universal. Además, el art. 4 establece la irretroactividad de la Convención, de modo que esta sólo será aplicable a los procesos que se incoen tras

* El presente trabajo se ha realizado en el marco de una estancia de investigación en el BIICL (Londres), en el marco de los proyectos de investigación con ref. INCITE09PXIB202096PR y DER2010-17048 (subprograma JURI), subvencionados por la Consellería de Economía e Industria de la Xunta de Galicia, y el Ministerio de Ciencia e Innovación, respectivamente, y el FEDER.

su entrada en vigor en los Estados implicados, esto es, en el Estado del tribunal que conoce de la cuestión o pretende la ejecución de los bienes y el Estado demandado o cuyos bienes pretenden ejecutarse.

El instrumento recoge la tesis de la inmunidad restringida, asumida en el panorama internacional, en virtud de la cual no todas las actividades del Estado quedan al margen de poder ser enjuiciadas por un tribunal extranjero, sino que, en principio, solo aquellos actos en los que el Estado actúa revestido de imperio, en el ejercicio de sus prerrogativas, no son susceptibles de solventarse ante la jurisdicción de otro Estado. En concreto, la Convención establece en su art. 5 la regla general, en virtud de la cual todo Estado goza de inmunidad de jurisdicción ante los tribunales de otro Estado para sí y para sus bienes y, a continuación, recoge los supuestos en los que el Estado renuncia a la inmunidad, ya sea a través del consentimiento expreso al ejercicio de la jurisdicción ya mediante la actuación en un proceso. Las excepciones, recogidas en la parte tercera, implican que un Estado pueda verse sometido a la jurisdicción de otro Estado aunque no exista consentimiento por su parte, si el supuesto se enmarca en alguno de los supuestos a los que se alude: los referidos a transacciones mercantiles entre el Estado en cuestión con personas extranjeras; los de contratos laborales del Estado con una persona natural para la realización de un trabajo en el territorio del Estado que pretende conocer del asunto; aquellos que se refieran a la responsabilidad extracontractual por parte del Estado por lesiones a personas y daños a los bienes; los procesos en los que se ventilen derechos e intereses sobre bienes tanto muebles como inmuebles; los procesos relativos a la determinación de derechos de propiedad intelectual e industrial o a lesiones sobre los mismos; aquellos procesos sobre la participación del Estado en una sociedad compuesta por varios socios que no sean Estados ni organizaciones internacionales y que se hayan constituido con arreglo a la ley del Estado del foro o tengan allí su establecimiento; los casos de explotación de un buque para un servicio público comercial; y, por último, los procesos relativos a la validez, interpretación o aplicación de un convenio arbitral celebrado por el Estado con una persona física o jurídica extranjera. No obstante, las excepciones no son absolutas, sino que es posible que, tal y como establecen los preceptos que las regulan, los Estados interesados dispongan otra cosa, de modo que puedan modificar o limitar la aplicación de las excepciones recogidas en la Convención. Por lo que respecta a la inmunidad del Estado frente a las medidas coercitivas, la Convención establece como regla general la inmunidad y exceptúa los supuestos en los que media consentimiento del Estado para llevar a cabo medidas coercitivas sobre sus bienes y los casos en los que los bienes en cuestión se destinen a fines distintos de los fines oficiales no comerciales, circunstancia a la que se refiere en términos negativos, haciendo referencia a una lista de bienes que no se consideran bienes destinados a fines distintos de fines oficiales no comerciales y, por tanto, no son susceptibles de ser ejecutados, la propia Convención en su art. 21 (sobre la Convención, véase Fox, H., *The Law of State Immunity,* Oxford University Press, 2002).

3. En nuestro país no existe una regulación completa de las inmunidades estatales, sino que la cuestión se ha venido conformando por vía jurisprudencial y a través de la referencia de preceptos aislados. En el ámbito legislativo el art. 21.2 de la LOPJ exceptúa el conocimiento por parte de los tribunales españoles de los supuestos de inmunidad de jurisdicción y ejecución establecidos por las normas de Derecho internacional público. En esta misma línea el art. 36.2.1.ª de la LEC determina la necesaria abstención por parte de los tribunales civiles españoles en los asuntos en los que se haya formulado demanda o solicitado ejecución respecto de sujetos o bienes que gocen de inmunidad de jurisdicción o de ejecución conforme a las normas de Derecho

internacional público. Ambos preceptos se limitan a establecer la necesaria observancia de las normas de Derecho internacional en la materia, pero no establecen los supuestos concretos en los que existe inmunidad de jurisdicción ni su régimen jurídico. En este mismo sentido el RD 1654/1980 sobre Servicio de lo Contencioso del Estado en el exterior, que se encuentra ya derogado, realizaba una referencia genérica en sus arts. 7 y 16 a las inmunidades estatales de jurisdicción y ejecución, si bien no establecía su régimen jurídico ni los supuestos en los que procedía alegar la inmunidad. Ante este panorama legislativo los pronunciamientos jurisprudenciales realizados en este marco normativo destacan por la asunción de la tesis de la inmunidad restringida mediante la distinción entre los *acta iure gestionis* y los *acta iure imperii*. En un primer momento los pronunciamientos jurisprudenciales eran más oscuros, la tesis de la inmunidad restringida no se mostraba de forma inequívoca y era común que los tribunales utilizasen como base de sus pronunciamientos instrumentos que no recogían los supuestos de las inmunidades estatales en su ámbito de aplicación material [véase, entre otras, la STSJ de Madrid, de 8 de febrero de 1990, Aranzadi Westlaw (AS 1990/786 M)]. En las últimas décadas, sin embargo, la tesis de la inmunidad restringida aparece de forma clara en las resoluciones judiciales [véanse, entre otras, la STS de 1 de diciembre de 1986, Aranzadi Westlaw (RJ 1986/7231); la STC de 1 de julio de 1992, Aranzadi Westlaw (RTC 1992/107); la STC de 10 de febrero de 1997, Aranzadi Westlaw (RTC 1997/18); y la STC de 17 de septiembre de 2001, Aranzadi Westlaw (RTC 2001/176); no obstante véase la STC de 28 de septiembre de 1995, Aranzadi Westlaw (RTC 1995/140), objeto de comentario por Espósito Massicci, C. D., y Garcimartín Alférez, F. J., «El art. 24 de la Constitución y la inmunidad civil de los agentes diplomáticos extranjeros», *Revista Española de Derecho Constitucional,* mayo-agosto 1996, año 16, núm. 47, pp. 257 a 292]. De otro lado, ante la ausencia de un régimen específico, los órganos jurisdiccionales españoles ya utilizaban la Convención de las Naciones Unidas sobre inmunidades jurisdiccionales y los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU sobre la materia para apoyar sus pronunciamientos sobre las inmunidades estatales.

4. Por lo que respecta a la oportunidad de la ratificación de la Convención, frente a las voces más críticas —referidas fundamentalmente al peligro de petrificación de la materia debido a su fijación en un convenio internacional—, los partidarios defienden la seguridad jurídica y certeza que aporta la cristalización de la práctica internacional sobre las inmunidades estatales en un texto fruto de más de dos décadas de trabajos sobre la materia (véase Fox, H., «In defence of state inmmunity: why the UN Convention on State Immunnity is important», *ICLQ,* vol. 55, abril de 2006, pp. 399 a 406).

Paula Paradela Areán
Universidad de Santiago de Compostela

5. NUEVOS REGLAMENTOS COMUNITARIOS Y SU IMPACTO EN EL DERECHO CATALÁN (UNIVERSIDAD ABAT OLIBA CEU, 30 DE JUNIO-1 DE JULIO DE 2011)

1. Los días 30 de junio y 1 de julio de 2011 se celebró, en el Aula Magna de la Universidad Abat Oliba CEU de Barcelona, un Congreso Internacional dedicado a los *Nuevos Reglamentos comunitarios y su impacto en el Derecho catalán*. Su organización corrió a cargo de la Prof. Carmen Parra, de la Universidad Abat Oliba CEU, y constituye una de las actividades del proyecto del mismo título concedido por la *Agència de Gestió d'Ajuts Universitaris i de Recerca* (AGAUR), de la Generalitat de Cataluña, a

la Universidad de acogida. El Congreso, cuyos trabajos se recogerán además en una publicación ulterior, se proponía ofrecer, partiendo de la perspectiva del Derecho catalán, una panorámica transversal y comparada sobre la aplicación de la normativa comunitaria. Para ello se conjugaron, por un lado, las materias respecto de las cuales la Comunidad Autónoma de Cataluña tiene competencia legislativa con el análisis, por otro lado, de los Reglamentos comunitarios, aunque extendiéndose también y de manera puntual a instrumentos de fuente convencional relacionados, que les afectan, o lo harán en el futuro. Y, por otro, se combinó la presencia de especialistas provenientes de instituciones y Universidades extranjeras con la de especialistas radicados en Universidades catalanas entre los que intercambiar opiniones acerca de su concreta implementación y de su previsible incidencia en la práctica.

2. El Congreso se estructuró en tres bloques, el primero de los cuales se desarrolló durante la tarde de la primera jornada, mientras que los otros dos ocuparon la mañana de la segunda. El primer bloque, que vino precedido de una presentación general del Congreso, se reservó a los Reglamentos comunitarios procesales que llevan prácticamente una década utilizándose; en suma, los más indicados para comparar su aplicación en uno u otro territorio. En el segundo bloque se abordó la cohabitación de normas de distinta fuente en materia de Derecho de familia y de las dificultades que se suscitan entre los Reglamentos comunitarios y los Convenios elaborados por la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado. En el tercer y último bloque se retomaron las situaciones familiares y se añadieron las de carácter sucesorio, ambas competencia del legislador catalán, enfocándolas desde el examen de los nuevos Reglamentos comunitarios que proyectan regularlas.

3. Se encargaron de inaugurar el Congreso su organizadora junto con la Prof. Alegría Borrás, de la Universidad de Barcelona. Por este orden, la Prof. Carmen Parra destacó la celebración previa de un seminario o *workshop* que tenía por objetivo presentar y preparar el Congreso. Por su parte, la Prof. Alegría Borrás pronunció una conferencia marco que versó sobre la influencia del Derecho de la Unión Europea en el Derecho internacional privado. Una influencia que calificó de esencial y que, a través de técnicas de reglamentación propias, tiene su reflejo en las dimensiones internacional e interna. En esta última, y mediante remisiones a los sistemas plurilegislativos, su efecto consigue trasladarse al ordenamiento jurídico catalán.

4. El bloque procesal lo presentó y moderó el Prof. Luis de Lima Pinheiro, de la Universidad de Lisboa. A tal efecto, expuso los elementos generales del Reglamento Bruselas (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 y del 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, y repasó la evolución de su base jurídica así como la de los demás Reglamentos procesales. Finalizó su intervención efectuando una evaluación sobre sus logros, materializados en una mayor certeza y seguridad jurídicas, aunque lamentó que la confección de todas estas normas no esté exenta de un halo político. Dio paso así al turno de ponencias que abrió el Prof. Rafael Arenas, de la Universidad Autónoma de Barcelona, el cual se centró en la interacción de los Reglamentos comunitarios y las reglas nacionales en los aspectos procesales y de su delimitación. Interacción que arranca del carácter incompleto de los instrumentos europeos, los cuales se apoyan, con una intensidad variable, en las normas procesales internas para poder aplicarse adecuadamente. En este contexto, analizó el papel del juez nacional como juez comunitario y concluyó señalando fórmulas para facilitar esta convivencia normativa.

A continuación, tomó la palabra la Prof. Georgina Garriga, de la Universidad de Barcelona, ofreciendo un repaso de la práctica judicial de los Tribunales españoles en aplicación de los Reglamentos instrumentales, es decir, del Reglamento 1393/2007 y del Reglamento 1348/2000, ambos relativos a la notificación y al traslado en los Estados miembros de Documentos Judiciales y Extrajudiciales en Materia Civil y Mercantil, y del Reglamento 1206/2001, relativo a la Cooperación entre los Órganos Jurisdiccionales de los Estados miembros en el Ámbito de la Obtención de Pruebas en Materia Civil y Mercantil. Examen jurisprudencial que incluyó referencias particulares a los tribunales ubicados en Cataluña y que se focalizó, dada su amplia utilización en comparación con el Reglamento en materia de obtención de pruebas, a los dedicados a las notificaciones. Así, identificó las que, a su juicio, son las principales cuestiones que dificultan su correcta aplicación (como la identificación del domicilio de la parte destinataria a emplazar) y que son consecuencia de las ambigüedades en la literalidad del instrumento. Intervino a continuación la Prof. Sabine Corneloup, de la Universidad de Borgoña, con una contribución ilustrativa de la práctica judicial de los tribunales franceses respecto de la aplicación de los Reglamentos procesales y su impacto en el Derecho francés. Dejando a un lado el Reglamento Bruselas I, indicó los tres instrumentos más citados por la jurisprudencia [el Reglamento de notificaciones, el Reglamento (CE) núm. 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre Procedimientos de Insolvencia, y el Reglamento Bruselas II bis] y subrayó la clara determinación adoptada durante los últimos años por el legislador francés de mejorar la implementación de los Reglamentos europeos. Puso fin a su parlamento con una reflexión que fue puesta en común en el debate que tuvo lugar a continuación: la necesidad de incrementar medios y esfuerzos en la formación de jueces, abogados y estudiantes en Derecho internacional privado. Ámbito que ha sido elevado a la categoría de institucional desde que en virtud del Tratado de Lisboa haya pasado a ser competencia de la Unión Europea [ex art. 81.2.*h)* TFUE] en lo que concierne a jueces y personal al servicio de la administración de justicia.

5. El segundo bloque, dedicado de manera monográfica al Derecho de familia, ocupó la primera parte de la segunda jornada del Congreso. El Prof. Joaquim-Joan Forner, de la Universidad de Barcelona, ofreció una sucinta presentación que situó el tema, apoyándose en recientes sentencias en las que la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro II del Código Civil de Cataluña, Relativo a la Persona y la Familia se aplica para disciplinar relaciones jurídicas transfronterizas. Inició la ronda de ponencias la Prof. Carmen Parra para hablar de la alambicada regulación de las obligaciones alimenticias, profusamente legislada en el plano internacional desde la Unión Europea y la Conferencia de La Haya. Separó los supuestos de intersección de aquellos en los que reina un único instrumento en cada unos de los sectores. Esta exposición dejó patente la dificultad que supone para el operador jurídico determinar la norma aplicable y que previsiblemente se agrava en Cataluña. Tras ella, la Prof. Cristina González Beilfuss, de la Universidad de Barcelona, destacó los aspectos más relevantes del nuevo Reglamento 1259/2010, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una Cooperación Reforzada en el Ámbito de la Ley Aplicable al Divorcio y a la Separación Judicial, primer instrumento que ha sido adoptado a través del mecanismo de la cooperación reforzada previsto en el art. 81.3 TFUE. Teniendo en cuenta la profunda disparidad normativa existente en Derecho de familia entre los Estados miembros, estimó justificada la base jurídica del instrumento aunque también planteó la posibilidad de extenderla a otras materias en las que no se ha pensado inicialmente. Concluyó algo escéptica respecto de su eventual aplicación al contrastar los argumentos esgrimidos por los Estados inclinados hacia la aplicación de la *lex fori* con la solución encarnada

en el Reglamento que permite la elección de la ley aplicable. En último lugar, el Prof. Alberto Malatesta, de la Università Cattaneo di Castellanza, aportó la perspectiva italiana del Reglamento Bruselas II bis y del Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996, relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en Materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños, en la materia que los relaciona, ofreciendo una visión general de ambos cuerpos normativos, analizó la *ratio* de sus foros de competencia e ilustró el quebranto de la mutua confianza entre tribunales a través de jurisprudencia comparada.

6. La Prof. Cristina González Beilfuss presentó el tercer bloque dedicado a las propuestas de la Unión Europea en materia familiar y sucesoria. Una vez introducidos cada uno de los ponentes, le cedió la palabra al primero de ellos, el Prof. Andrea Bonomi, de la Universidad de Lausanne, el cual realizó una exposición integrada de siguientes instrumentos: la Propuesta de Reglamento del Consejo Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento y la Ejecución de Resoluciones en Materia de Efectos Patrimoniales de las Uniones Registradas; la Propuesta de Reglamento del Consejo Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento y la Ejecución de Resoluciones en Materia de Regímenes Económico Matrimoniales y la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento y la Ejecución de las Resoluciones y los Actos Auténticos en Materia de Sucesiones y a la Creación de un Certificado Sucesorio Europeo. De esta manera, examinó los clásicos y particulares problemas de Derecho internacional privado de coordinación de instrumentos y calificación de instituciones y nociones jurídicas que tienen lugar en cada sector. Cuestiones todas ellas difíciles tanto en el plano teórico como práctico, y que se materializarán en caso de prosperar estas propuestas, dada la estrecha vinculación que demuestran tener en la práctica las materias que aisladamente regulan cada una de ellas. El Prof. Josep M. Fontanellas, de la Universidad de Lleida, en su ponencia, retomó las propuestas sobre parejas registradas y regímenes económicos matrimoniales para examinarlas de forma detallada señalando los aspectos en los que interaccionan, y considerando qué efectos tendría su adopción para el ordenamiento civil catalán. Finalmente, tomó la palabra la Prof. María Álvarez, de la Universidad de Barcelona, para centrarse en la propuesta en materia sucesoria sin dejar de indicar algunos de los problemas de coordinación ya referidos. Repasó los sectores que proyecta regular la propuesta, los entresijos de su negociación y la compatibilidad de sus soluciones con el Derecho vigente en Cataluña. Antes de dar paso a los actos protocolarios de clausura, la Prof. Cristina González Beilfuss moderó un dilatado y animado debate en el que se realizaron intervenciones respecto de las ponencias de los dos bloques de la sesión matinal, asumiendo un papel protagonista los problemas de calificación.

7. En la clausura del Congreso la Prof. Carmen Parra presentó a la conferenciante, la Prof. Marta Pertegás, actualmente Primera Secretaria de la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, con una intervención dedicada a la incidencia de los Convenios de La Haya en el Derecho catalán. Para ello, consideró el tema a través de una doble perspectiva: la aportación de la Conferencia de La Haya al Derecho catalán y la relación inversa. Lo que a su parecer se traduce, en uno y otro sentido, en ofrecer, a través de los Convenios de La Haya, un complemento al legislador catalán en las materias de su competencia; y en ser Cataluña, para la Conferencia, una referencia al formar parte de un ordenamiento plurilegislativo. Finalmente, tomó la palabra el Prof. Carlos Pérez del Valle, Rector de la Universidad Abat Oliba CEU, el cual pronunció unas palabras de agradecimiento y se congratuló del éxito del evento. También la Prof. Carmen Parra quiso agradecer públicamente la

presencia de todos los asistentes y muy especialmente la de los conferenciantes, por el altísimo nivel que habían aportado al Congreso.

Verona TIÓ PÉREZ-ALBERT
Universidad de Barcelona

6. INTRODUCCIÓN A LA NUEVA LEY POLACA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE 4 DE FEBRERO DE 2011 (SEGUIDA DEL TEXTO TRADUCIDO AL INGLÉS DE LA LEY)

1. La redacción de la nueva Ley polaca de Derecho internacional privado (en adelante Ley o nueva Ley polaca de Dipr) vino precedida por un debate iniciado a principios de los años noventa, principalmente entre académicos, acerca de la necesidad de modificar las reglas polacas de conflictos de leyes. En los debates, los académicos señalaron la importancia de las nuevas soluciones introducidas en las últimas décadas por las reformas de Derecho internacional privado en ciertos Estados (por ej., Austria, Alemania, Suiza, Italia, Bélgica), así como el desarrollo del Derecho comunitario y en particular el Convenio de Roma, de 19 de junio de 1980, sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales (Convenio de Roma). Si bien había un acuerdo generalizado acerca de la necesidad del cambio, las opiniones diferían acerca de la suficiencia de modificar la legislación existente o de la necesidad de optar por elaborar una nueva ley. Finalmente prevaleció la segunda opción. Sus partidarios señalaban que si bien la Ley de Dipr de 1965 fue una pieza de legislación muy eficaz en el momento de su promulgación, con el paso del tiempo se había mostrado insuficiente. El desarrollo de la práctica había revelado lagunas y vacíos significativos (por ej., falta de regulación de la representación, de protección de la parte débil, de la propiedad industrial e intelectual) y había también identificado deficiencias derivadas de la rigidez de las normas (por ej., restricciones excesivas en las posibilidades de elección de la ley aplicable, reglas muy amplias o excesivamente rígidas, ausencia de la residencia habitual como punto de conexión, etc.).

El proyecto de la nueva Ley fue redactado por un Grupo de Derecho internacional privado designado en enero de 2001, por decisión del Comité de Codificación de Derecho Civil que depende del Ministerio de Justicia. El grupo se componía de más de doce expertos, principalmente académicos, bajo la presidencia del Prof. Maksymilian Pazdan de la Universidad de Silesia (PAZDAN, V. M., «Recent codifications of private international law. The Polish experience», *Rapport polonais au XVIIIe Congrès international de droit comparé, Washington 2010*, Wyd. UŁ, Łódź, 2010, pp. 49 y ss.). Durante 2003 y 2004 el Grupo mantuvo más de una docena de reuniones, que dieron lugar en 2004 a un primer borrador de proyecto de Ley. Dicho primer borrador constituyó la base para los debates en diversos círculos de las profesiones jurídicas. En octubre de 2006 se publicó un segundo borrador que incorporaba opiniones y enmiendas propuestas durante dichos debates [*Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego* (*Issues About Conflict of Laws*), 2007, vol. 1, pp. 115-131]. A raíz de los comentarios doctrinales, de los trabajos legislativos y como reacción a los nuevos actos legislativos de la Unión Europea (en particular, los Reglamentos Roma I y Roma II), se introdujeron enmiendas posteriores así como otros añadidos al proyecto de Ley. El 31 de octubre de 2008, el Gobierno sometió el Proyecto de Ley al Parlamento (documento núm. 1.277). El *Sejm* (primera cámara del parlamento polaco) aprobó la Ley el 4 de febrero de 2011 y se publicó en el *Dziennik Ustaw* (*Diario Oficial* polaco) el 15 de abril de 2011.

La nueva Ley polaca de Dipr entró en vigor el 16 de mayo de 2011, salvo el art. 63, que entró en vigor el 18 de junio de 2011 junto con el Reglamento 4/2009, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento y la Ejecución de las Resoluciones y la Cooperación en Materia de Obligaciones de Alimentos, de manera que las disposiciones de la anterior ley siguieron en vigor hasta 17 de junio de 2011. Por lo demás, la nueva Ley derogó la Ley de 12 de noviembre de 1965, que a su vez había reemplazado a la primera ley polaca de Dipr de 2 de agosto de 1926 [para más información acerca del desarrollo del Dipr polaco durante el siglo XX, véase PAJOR, T., «Polish Private International Law at the End of the 20th Century: Progress or Regress?», en SYMEONIDES, S. C. (ed.), *Private International Law at the End of the 20th Century: Progress or Regress?*, Londres, Kluwer, 2000, pp. 329 y ss.]. El ámbito de la nueva Ley polaca de Dipr está exclusivamente limitado a los aspectos de conflicto de leyes. La competencia judicial internacional de los tribunales polacos y otros aspectos procesales de naturaleza internacional se encuentran regulados en el Código de procedimiento civil [Ley de 17 de noviembre de 1964 —*Dziennik Ustaw,* núm. 43, marginal 296, y posteriores enmiendas—; la Parte IV del Código de procedimiento civil conteniendo normas sobre competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras fue significativamente reformada en 2008, véase PAJOR, T., «Consumer Protection in Poland», en FERNÁNDEZ ARROYO, D. P. (ed.), *Consumer Protection in International Private Relationships*, Asunción, CEDEP, 2010, pp. 367-373]. El art. 1.143.1 de dicho Código dispone que el Derecho extranjero aplicable se determina y aplica *ex officio* por el tribunal. Si no puede averiguarse en tiempo razonable el contenido del Derecho extranjero, de conformidad con el art. 10.2 de la nueva Ley polaca de Dipr, será aplicable el Derecho polaco.

2. En comparación con la Ley de Dipr de 1965 (acerca de la misma, MACZYŃSKI, A., «Polish Private International Law», *YPIL*, vol. 6, 2004, pp. 203-220), la nueva Ley polaca de Dipr, introduce varias innovaciones sin romper la continuidad del desarrollo, tratando de encontrar un compromiso razonable en cuestiones esenciales.

La nueva Ley polaca de Dipr es más amplia y brinda disposiciones más detalladas y específicas, sin caer en la trampa del casuismo. Contiene normas de conflicto de leyes que se echaban de menos en la reglamentación anterior. Entre estas se cuentan, por ej., disposiciones acerca de la protección de derechos de la personalidad de personas naturales y jurídicas (arts. 16 y 20), acerca del nombre propio y apellido (art. 15), representación (arts. 22 y 23), bienes en tránsito (art. 43), garantías anotadas en cuenta (art. 44), propiedad industrial e intelectual (arts. 46 y 47), efectos frente a terceros del régimen económico matrimonial (art. 53) y convenio arbitral (arts. 39 y 40).

Pueden encontrarse ejemplos de reglas más detalladas en la nueva Ley polaca de Dipr en las disposiciones relativas a la protección de la contraparte de una persona incapaz (art. 12 —personas naturales— y art. 18 —personas jurídicas—), transferencia de sede de personas jurídicas (art. 19.1), fusión de personas jurídicas (art. 19.2), asunción de deuda (art. 37), efecto de la variación de tipo de cambio en la cuantificación de la responsabilidad (art. 38), régimen económico matrimonial (arts. 51 a 53), guarda y curatela (arts. 60 a 62). Todas las normas acabadas de citar habrán de facilitar la tarea de los tribunales en la determinación de la ley aplicable.

3. Otra característica general de la nueva Ley polaca de Dipr es el intento de alcanzar un compromiso equilibrado entre previsibilidad y flexibilidad de las decisiones. La Ley de 1965 había optado claramente por el primero de los valores mencionados. Contenía principalmente normas de supuesto de hecho amplio con puntos de conexión definidos precisamente, no ofreciendo base alguna para la desviación en un

caso particular (salvo en aplicación de figuras de Derecho internacional privado como la calificación o la cláusula de orden público). Por su parte, la nueva Ley polaca de Dipr contiene ciertas referencias directas a la fórmula de los vínculos más estrechos —p. ej., art. 9 (Estados plurilegislativos), art. 10.1 (imposibilidad de determinar el punto de conexión), arts. 51.2 y 57.2 (falta de nacionalidad común de los esposos)—. El considerable significado atribuido al principio de proximidad por el legislador polaco ha sido decisivamente expresado en el art. 67. Este precepto cierra de algún modo el sistema de normas de conflicto disponiendo que en caso de que las normas nacionales, internacionales o comunitarias no indiquen cuál es la ley aplicable a una determinada relación, será aplicable la ley del Estado más estrechamente vinculado a dicha relación. El principio de proximidad está también incorporado en la nueva Ley en la forma de dos cláusulas de excepción (*escape clauses*) para obligaciones derivadas de acto unilateral (art. 32.2 *in fine*) y para las *res in transitu* (art. 43). Ha de tenerse en cuenta que estas disposiciones complementarán las del mismo tipo que se encuentran en normas comunitarias. Sin embargo, la nueva Ley polaca de Dipr no contiene una cláusula general de excepción, como las del art. 15 de la Ley suiza de Dipr o del art. 19 de la Ley belga de Dipr. El Grupo que preparó el borrador de la ley tenía el convencimiento de que una cláusula de este tipo significaría una amenaza excesiva al principio de previsibilidad de las decisiones.

4. Adicionalmente a la referencia a la formula de los vínculos más estrechos, la nueva Ley polaca de Dipr busca incrementar la flexibilidad en la determinación de la ley aplicable, ampliando los ámbitos en los que es posible la elección de la ley aplicable por las partes. La importancia creciente de este punto de conexión queda confirmada al situar su reglamentación en una de las primeras disposiciones de la nueva Ley (art. 4). La anterior ley admitía la elección —con ciertos límites— sólo en el caso de obligaciones contractuales. La vigente Ley ofrece la posibilidad de elección de la ley aplicable (independientemente de los casos regulados por Reglamentos de la UE) para las obligaciones derivadas de actos unilaterales (art. 32.1), convenios arbitrales (art. 39.1), así como limitadamente para el régimen económico matrimonial (art. 52) y sucesiones (art. 64.1). En todos los casos acabados de mencionar, las partes interesadas pueden escoger la ley que estimen más adecuada para el caso particular, preservando la completa previsibilidad de la decisión que resuelva el conflicto de leyes. Ambos valores —habitualmente contradictorios— pueden encontrar así una protección óptima.

5. Una característica importante de la nueva Ley polaca de Dipr es su apertura hacia distintos métodos de reglamentación, sea en el nivel sustantivo, sea en el nivel conflictual. En el caso del Derecho substantivo, es importante saber si la determinación de la ley aplicable se limita a exclusivamente a las normas de Derecho privado. La anterior ley no regulaba este aspecto, si bien la doctrina y los tribunales polacos empezaron al cabo del tiempo a admitir cautelosamente la aplicación del Derecho público extranjero. La nueva Ley confirma esta evolución en el estado de opinión. Su art. 6 prevé que la ley aplicable se refiere también a las normas de Derecho público que sean aplicables a una relación jurídica dada según dicha ley. Esta previsión aclara como mínimo parte de las numerosas dudas que plantean las relaciones privadas reguladas asimismo por normas de Derecho público.

Por lo que se refiere al método conflictual, la Ley de 1965 operaba bajo la asunción de la igualdad entre los diversos ordenamientos jurídicos en competencia, estaba compuesta principalmente por normas de conflicto multilaterales y no mencionaba las normas imperativas de Dipr. La evolución del legislador polaco es visible en el art. 8 de la nueva Ley que, de conformidad con el art. 7 del Convenio de Roma, con-

templa la aplicación de las normas imperativas de Dipr del foro (art. 8.1) y autoriza a los tribunales —bajo ciertas condiciones— a dar efecto a dichas normas de terceros Estados (art. 8.2). Esto significa que el legislador acepta distintos métodos en la determinación de la ley aplicable y autoriza la aplicación de una determinada norma no sólo por medio de la designación por una norma de conflicto de corte savigniano, sino también sobre la base de la voluntad de aplicación de la norma según resulta del contenido o propósito de la misma.

6. Sin embargo, la introducción del art. 8 fue criticada en relación con sus dos párrafos. Se señaló la innecesariedad de estipular la aplicación de las normas imperativas de Dipr del foro (a diferencia de lo que ocurre en un tratado), puesto que son normas invariablemente vinculantes para el tribunal. Finalmente se decidió que la cuestión era de tal importancia para la práctica contemporánea que no debía ser omitida en la nueva Ley; este enfoque lo habían seguido los legisladores suizo (art. 18) y belga (art. 20.1). Además, cabe destacar que incluso si la crítica mencionada estuviese justificada, el art. 8.1 preserva un cierto contenido normativo ya que contiene directrices interpretativas para la caracterización de las normas imperativas de Dipr. Si dicha caracterización ha de basarse en el contenido o en el propósito de la regla, esto ha de resultar claramente de la propia norma. Semejante interpretación cautelosa es importante para la seguridad de las transacciones jurídicas, ya que facilita la consistencia en la aplicación de la nueva Ley polaca de Dipr y mitiga el riesgo de decisiones arbitrarias.

En cuanto a dar efecto a las normas imperativas de Dipr de terceros Estados, la crítica era más fuerte. Los críticos subrayaban que la Ley estaba adoptando el art. 7.1 del Convenio de Roma de 1980, regla controvertida cuya aplicación fue objeto de reserva por varios Estados partes, aunque no por Polonia, y que fue sustancialmente modificada en el Reglamento Roma I. No obstante había el argumento contrario, en el sentido de que la postura del legislador comunitario en este caso no debía tener carácter determinante, ya que representaba más bien un compromiso entre varios intereses, y no necesariamente la valoración sustantiva de la solución. Por lo demás, la autorización al tribunal del art. 8.2 parece de utilidad, dado que tratar las normas imperativas de Dipr de terceros Estados únicamente como *legal data* para la ley aplicable no permitiría siempre que una decisión fuese a la vez sustantivamente correcta e internacionalmente eficaz.

7. Otra característica de la nueva Ley polaca de Dipr es su mayor sensibilidad hacia el resultado de Derecho material al que lleva la decisión en el terreno del conflicto de leyes. Esto está expresado en particular en las normas de conflicto que proporcionan especial protección a la parte débil. El consumidor puede servir aquí de ejemplo. Su protección está garantizada en primer lugar por las reglas del art. 6 del reglamento Roma I. La nueva Ley polaca de Dipr complementa esta regulación en el art. 30. Este precepto protege al consumidor contra los efectos adversos de aplicar la ley de un Estado que no es miembro del EEE a un contrato estrechamente vinculado a dicha área, ya que en este caso el estándar mínimo de protección lo fijan las normas materiales polacas que transponen las seis Directivas listadas en dicho precepto. Podemos así asumir que dichas normas materiales devienen normas semiimperativas de Dipr y que este ejemplo ilustra que en caso de Derecho sustantivo complejo y multisistema, la protección adecuada del consumidor puede exigir la aplicación simultánea de varios métodos de resolución del conflicto de leyes. Otro ejemplo de protección de la parte débil se encuentra en los apartados 2 y 3 del art. 55, que determinan la ley aplicable a la declaración judicial de la paternidad de manera que facilita dicha declaración. Otro ejemplo se encuentra en el art. 16.2, según el que, en casos de infracción

de derechos de la personalidad, la víctima puede optar entre la aplicación de la ley del lugar de acaecimiento del hecho causante de la infracción y la ley del lugar donde se manifiestan las consecuencias del hecho causante, de manera que será aplicada la ley más favorable a la víctima de la infracción.

8. Una tarea específica de la nueva Ley polaca de Dipr es el ajuste del Dipr polaco a la gradual unificación del Dipr por los instrumentos del Derecho de la UE. Puede decirse que el ritmo del proceso de alguna manera ha sorprendido al legislador polaco. Particularmente en los años recientes, cuando el proyecto de Ley ya se hallaba en el Parlamento, la oposición al proyecto ganó fuerza, reclamando que se renunciase a la adopción de la nueva Ley dado que en cualquier caso quedaría en buena medida superado por el Derecho unificado de la UE. A pesar de esto, se culminó el proceso legislativo. Con la finalidad de armonizar mejor las distintas fuentes jurídicas, se incorporaron al texto normativo varias referencias a los principales instrumentos normativos de la UE —por ej., arts. 28 (Reglamento Roma I), 33 (Reglamento Roma II), 34 (Convenio de La Haya sobre la Ley Aplicable en Materia de Accidentes de Circulación por Carretera, de 4 de mayo de 1971), 56 y 59 (Convenio de La Haya relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en Materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños, de 19 de octubre de 1996), 63 (Reglamento del Consejo 4/2009, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento y la Ejecución de las Resoluciones y la Cooperación en Materia de Obligaciones de Alimentos), 66 (Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 sobre los Conflictos de Leyes en Materia de Forma de las Disposiciones Testamentarias)—. Estas disposiciones son de carácter informativo principalmente, puesto que los instrumentos jurídicos indicados han quedado incorporados en el sistema jurídico polaco y tienen prioridad sobre la nueva Ley polaca de Dipr de conformidad con el art. 91.2 y 3 de la Constitución polaca. Poseen pleno efecto, sin embargo, las disposiciones de la nueva Ley polaca de Dipr que amplían el ámbito de instrumentos internacionales o comunitarios a ámbitos excluidos originariamente de estos instrumentos (por ej., arts. 28.2 y 66.2). En varias ocasiones, la Ley introduce sus propias soluciones con la intención de colmar lagunas de los reglamentos comunitarios. Este es, por ej., el caso de los arts. 16 y 20 (protección de derechos de la personalidad), 35 (responsabilidad civil por actos *iure imperii*) y 36 (efectos de la cesión de créditos en relación con terceros).

La armonización de la nueva Ley polaca de Dipr con las soluciones del Dipr contemporáneo y con los Reglamentos comunitarios también se manifiesta mediante la introducción de la noción de residencia habitual, ausente de la anterior ley. Este punto de conexión aparece en varias disposiciones, usualmente junto con la nacionalidad y el domicilio, aunque en tercer lugar tras los otros dos (por ej., arts. 3.1, 51, 54, 57.2, 64.1). Esto indica que la nacionalidad mantiene ampliamente su posición privilegiada, lo que ya sucedía con las leyes polacas anteriores. El art. 2.1 de la nueva Ley polaca de Dipr también da primacía a la nacionalidad polaca en caso de concurrir con otra, si bien esta solución estaba ausente del proyecto originario. Esta preferencia está no obstante ligeramente limitada por el art. 2.3, que incorpora en la Ley un postulado —ya presente en la doctrina— de igualdad de tratamiento entre la nacionalidad polaca y la extranjera a los efectos de considerar la nacionalidad común de dos o más personas.

La influencia de tendencias contemporáneas puede verse asimismo en la nueva regulación del reenvío. En principio, el reenvío de segundo grado deja de estar presente en la nueva Ley. En la actualidad, el art. 5 autoriza solamente el reenvío de retorno, ulteriormente limitado por una lista de exclusiones. Sin embargo, cuando se trata de

determinar la ley aplicable a una persona jurídica, el art. 17.2 prevé el reenvío de la ley de la sede a la ley del Estado de incorporación, sin eliminar el reenvío de segundo grado.

Otro ejemplo de la influencia del Derecho de la UE se encuentra en el art. 19.1 de la nueva Ley polaca de Dipr, al disponer que el traslado de sede social a otro Estado comporta que a partir de ese momento la ley aplicable a la persona jurídica es la de ese otro Estado. La última frase del precepto prevé que el traslado de sede dentro del EEE no tiene como resultado la pérdida de personalidad jurídica.

También la reglamentación de la forma de los actos jurídicos sigue el modelo comunitario, ampliado —en comparación con la anterior ley— el concurso alternativo de leyes cuyos requisitos en cuanto a la forma basta con cumplir (art. 25.1 y 3). Sin embargo, esta facilidad para preservar la validez formal de un acto no se aplica a las disposiciones de propiedad inmobiliaria ni a actos relativos a la fusión, escisión, transformación y disolución de personas jurídicas (art. 25.2). En estos casos la nueva Ley polaca de Dipr resulta más restrictiva que la anterior Ley de 1965. En la actualidad, los requisitos que conciernen a la forma de estos actos jurídicos los determina exclusivamente la *lex causae*.

9. Una consideración final, por último. Por una parte, cabe discutir si era necesaria la adopción de la nueva Ley polaca de Dipr. Por otra, sin embargo, la Ley tendrá con seguridad gran utilidad para las profesiones jurídicas, que reciben con ella una base sólida y moderna para aplicar el Derecho en un área actualmente sujeta a transformaciones fundamentales.

Tomasz PAJOR
Universidad de Łódź (Polonia)
Miembro del GEDIP [1]

The Act on Private International Law dated 4 February 2011 [2]

(O.J. of 15.04.2011, No 80, item 432) [3]

Chapter 1
General Provisions

Article 1

This act governs the applicable law for private law relationships connected with more than one state.

---

[1] El autor de esta información falleció inesperadamente el 1 de marzo de 2012. El coordinador de esta sección, Prof. J. J. Forner, ha realizado la traducción de esta nota, redactada originalmente en inglés.

[2] Traducción del polaco al inglés Dr. Maciej Zachariasiewicz, LLM (Facultad de Derecho de la Universidad de Kozminski). Hicieron comentarios valiosos en particular la Dra. Maria-Anna Zachariasiewicz (Universidad de Silesia), así como el Prof. Dr. hab. Tomasz Pajor (Universidad de Łódź) y el Dr. hab. Maciej Szpunar (Universidad de Silesia). Se ocupó de la revisión el Sr. Nick Faulkner. El autor desea expresar su gratitud por la amable ayuda de los mencionados expertos. No obstante, cualquier error debe atribuirse al autor exclusivamente.

[3] La Ley entró en vigor el 16 de mayo de 2011.

Article 2

1. If this act provides for the applicability of the law of nationality, a Polish citizen is subject to Polish law, even if the law of another state treats him or her as its citizen.
2. If a foreigner is a citizen of two or more states, he or she is subject to the law of the state with which this person is most closely connected.
3. If, in order to establish the applicable law, this act requires that given persons are citizens of the same state, it suffices that the law of this state treats these persons as its citizens.

Article 3

1. If this act provides for the applicability of the law of nationality and it is not possible to establish the nationality of a given person, or if he or she does not have the nationality of any state, or it is not possible to establish the content of the law of nationality, then the law of the state in which the given person is domiciled will be applied; if there is no domicile, the law of the state in which he or she has habitual residence will be applied.
2. Paragraph 1 applies mutatis mutandis with respect to a person who has been afforded protection in a state other than the state of his or her nationality, and whose links with the latter state have been permanently broken, as a result of a violation of the fundamental human rights therein.

Article 4

1. Where this act so provides, it is permissible to make a choice of the applicable law.
2. The choice of law shall be made expressly or clearly demonstrated by the circumstances of the case, unless the provision concerning the choice of law provides otherwise.
3. A choice of law made after the legal relationship has already been created shall not adversely affect the rights of third parties.
4. If at the time of making the juridical act and before the law was chosen, the parties have complied with the formal requirements provided for in the law applicable to the form of the juridical act, its formal validity may not be questioned under the law chosen by the parties.
5. In determining whether the choice of law was made and whether it is valid, Articles 11, 17, 24 and 25 apply.
6. Paragraphs 2-5 apply to the modification and revocation of the choice of law.

Article 5

1. If the foreign law that is indicated as applicable law by this act, refers back to the Polish law, the Polish law applies.
2. Paragraph 1 does not apply if the applicable law:

1) was determined by the parties' choice of law;
2) concerns the formal validity of a juridical act;

3) concerns the contractual or non-contractual obligations, or obligations arising out of a unilateral juridical act, which are governed by the law determined in accordance with the provisions of this act.

Article 6

1. The applicable law, determined in accordance with the provisions of this act, encompasses also the rules of public law, if they should be applied under the applicable law to a given legal relationship.
2. If the law applicable to a given relationship contains rules that raise presumptions of law or allocate the burden of proof with regards to this relationship, these rules apply.

Article 7

A foreign law shall not be applied, if its application would lead to consequences that are incompatible with the public policy of the Republic of Poland.

Article 8

1. The determination of a foreign applicable law does not prevent the application of the rules of Polish law, if it clearly results from their content or purpose that they should be applied to a given legal relationship irrespective of the law otherwise applicable.
2. When applying the law determined under the provisions of this act, effect may be given to the mandatory rules of another state with which the considered legal relationship has a close connection, if under the law of that state the rules in question should be applied irrespective of the law otherwise applicable to that legal relationship. In considering whether to give effect to these provisions, regard shall be had to their nature and purpose and to the consequences of their application or non-application.

Article 9

If, in the state whose law is applicable, there are different legal systems in force, the law of that state determines which of the legal systems should apply. If there is no such determination, the legal system that has the closest connection with the legal relationship in question applies.

Article 10

1. If it is not possible to establish the circumstances upon which the application of the foreign law depends, the law of the state with which the legal relationship has the closest connection applies.
2. If it is not possible to ascertain the content of the foreign law within a reasonable time, Polish law applies.

Chapter 2
Natural persons

Article 11

1. A natural person's legal capacity and capacity to act is governed by the law of his or her nationality.
2. If a natural person makes a juridical act within the scope of his or her business, it suffices that he or she has the capacity to act under the law of the state in which the business is operated.
3. Paragraph 1 does not exclude the application of the law governing the juridical act, if it results from that law that there are specific requirements as to the capacity to make the juridical act in question.

Article 12

1. If the contract was concluded between persons present in the same state, a natural person who would have capacity under the law of that state may invoke his or her incapacity resulting from the law specified in Article 11 paragraph 1, only if at the time of entering into the contract the other party was aware of that incapacity, or was not aware thereof as a result of negligence.
2. A natural person making a unilateral juridical act who would have capacity under the law of the state in which the juridical act was made, may invoke his or her incapacity under the law specified in Article 11 paragraph 1 only if this does not adversely affect anyone who, despite having acted diligently, was convinced that the person making the juridical act had the capacity.
3. If a natural person acts through a representative, it is the circumstances on the part of the representative that decide about the prerequisites of the application of paragraphs 1 and 2.
4. The provisions contained in paragraphs 1 and 2 do not apply to juridical acts relating to family, guardianship and succession law, or to transfers concerning immovable property located elsewhere than in the state in which the juridical act was made.

Article 13

1. The legal incapacitation of a natural person is governed by the law of his or her nationality.
2. If the Polish court decides about the legal incapacitation of a foreign citizen, Polish law applies.

Article 14

1. A presumption of death or a declaration of the death of a natural person is governed by the law of his or her nationality.
2. If the Polish court decides on the presumption of death or declaration of death of a foreign citizen, Polish law applies.

Article 15

1. The name and surname of a natural person is governed by the law of his or her nationality.

2. The acquisition or alteration of a name or surname is governed by the law applicable to the consequences of an event that leads to the acquisition or alteration of the name or surname. However, the choice of surname at the time of concluding or terminating marriage are governed by the law of the nationality of each of the spouses.

Article 16

1. The personal rights of a natural person are governed by the law of his or her nationality.

2. A natural person whose personal rights were threatened or infringed may claim protection under the law of the state where the event giving rise to a threat or infringement has occurred, or under the law of the state where the consequences of the infringement occurred.

3. If the infringement of a natural person's personal rights occurs in the media, the law of the state in which the broadcaster or publisher has its seat or habitual residence determines the right to reply, rectify and similar protective measures.

Chapter 3
Legal persons and unincorporated entities

Article 17

1. A legal person is governed by the law of the state, in which it has its seat.

2. However, if the law determined under paragraph 1 refers to the law of the state according to which the legal person has been incorporated, that law applies.

3. The law determined under paragraphs 1 and 2 governs in particular:

1) the formation, merger, division, transformation and dissolution of a legal person;
2) the nature of a legal person;
3) the name and business name;
4) the capacity of a legal person;
5) the competences and rules of functioning, as well as appointment and dismissal of the members of the corporate bodies;
6) representation;
7) the acquisition and loss of the status of a shareholder or a membership and the rights and obligations pertaining thereto;
8) the liability of the shareholders or members for the obligations of the legal person;
9) the consequences of a breach of law, the act of incorporation or the articles of association by a representative of the legal person.

Article 18

1. If a legal person makes a juridical act within the scope of its business, it suffices that it has the capacity to make such an act under the law of the state in which the business is operated.

2. A legal person may invoke limitations as to its capacity or representation resulting from the law indicated by Article 17, paragraphs 1 and 2 as against the other party, if such limitations are not known under the law of the state in which the juridical act has been made, only if the other party was aware of them or was not aware thereof as a result of its negligence. This does not apply to dispositions of immovable property located in a state other than a state in which the juridical act has been made.

Article 19

1. Upon the transfer of the seat to another state, a legal person is governed by the law of that state. The legal personality acquired under the law of the state of the hitherto seat is preserved if the laws of each interested states so provides. The transfer of the seat within the European Economic Area does not result in the loss of legal personality.

2. A merger of legal persons having their seats in different states is completed if the requirements provided for in these states are satisfied.

Article 20

1. Article 16 mutatis mutandis applies to the protection of the personal rights of legal persons.

Article 21

The provisions of Articles 17-20 mutatis mutandis apply to unincorporated entities without legal personality.

Chapter 4
Representation

Article 22

The statutory representation is subject to the law applicable to the legal relationship resulting in the power to act on behalf of another.

Article 23

1. The authority of an agent is governed by the law chosen by the principal. However, towards a third person, with whom the agent has made a juridical act, the chosen law can only be invoked if the third person was aware or could have easily learned about the choice of law. The principal may invoke the chosen law against the agent only if the latter was aware or could have easily learned about the choice of law.

2. In the absence of a choice, the authority of an agent is governed, as appropriate, by:

1) the law of the state in which the agent has a seat where he constantly operates, or

2) the law of the state in which the principal's business is located, if it also constitutes the place where the agent constantly operates, or

3) the law of the state in which the agent actually acted while representing the principal, or in which the agent should have acted according to the intention of the principal.

Chapter 5
Making a juridical act and its form

Article 24

1. When determining whether the juridical act has been made, the law governing that juridical act applies.

2. A party claiming that he or she has not made a declaration of intent, may invoke the law of the state in which he or she has habitual residence, if it appears from the circumstances that it would not be justified to determine the effects of his or her conduct in accordance with the law specified in paragraph 1.

Article 25

1. The form of a juridical act is governed by the law applicable to that juridical act. However, it suffices to satisfy the formal requirements provided in the law of the state in which the juridical act has been made. If a contract is concluded between persons who are in different states at the time when making the declarations of intent, it suffices to satisfy the formal requirements provided for such a contract in the law of either of these states.

2. The second and third sentences of paragraph 1 does not apply to dispositions of immovable property, or to juridical acts that relate to the formation, merger, division, transformation and dissolution of a legal person or an unincorporated entity without legal personality.

3. If the juridical act has been carried out by a representative, for the purposes of the second and third sentence of paragraph 1, the circumstances on the part of the representative are taken into consideration.

Chapter 6
Prescription of claims and the lapse of time

Article 26

The prescription of a claim is subject to the law applicable to the claim in question.

Article 27

Article 26 mutatis mutandis applies to other legal institutions concerning lapse of time.

Chapter 7
Obligations

Article 28

1. The law applicable to the contractual obligation is determined in accordance with Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I) (O.J. UE L 177 of 04.07.2008, p. 6).

2. The contractual obligations that, under Article 1(2)(j), are excluded from the scope of application of the Regulation referred to in paragraph 1, are subject to the rules of the Regulation laid down with respect to a given obligation.

Article 29

1. If Polish law provides for compulsory insurance, the insurance contract is subject to Polish law.

2. If the law of a member state of the European Economic Area, which provides for compulsory insurance, determines its own law as applicable to the insurance contract, this law applies.

Article 30

1. Irrespective of the cases covered by the regulation referred to in Article 28, the parties' choice of law of a state that is not a member of the European Economic Area for a contract that has a close connection with the territory of at least one member state, may not deprive the consumer of the protection afforded to him or her by provisions of Polish law that implement the following directives:

1) Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts (O.J. L 95 of 21.04.1993, p. 29; O.J. Polish special edition, ch. 15, vol. 2, p. 288);

2) Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council of 20 May 1997 on the protection of consumers in respect of distance contracts (O.J. L 144 of 04.06.1997, p. 19; O.J. Polish special edition, ch. 15, vol. 3, p. 319);

3) Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees (O.J. L 171 of 07.07.1999, p. 12; O.J. Polish special edition, ch. 15, vol. 4, p. 223);

4) Directive 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council of 23 September 2002 concerning the distance marketing of consumer financial services and amending Council Directives 90/619/EEC, 97/7/EC and 98/27/EC (O.J. L 271 of 09.10.2002, p. 16; O.J. Polish special edition, ch. 6, vol. 4, p. 321);

5) Directive 2008/48/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2008 on credit agreements for consumers and repealing Council Directive 87/102/EEC (O.J. L 133 of 22.05.2008, p. 66, as amended);

2. If the law applicable to a contract that falls within the scope of Directive 2008/122/EC of the European Parliament and of the Council of 14 January 2009 on the protection of consumers in respect of certain aspects of timeshare, long-term holiday product, resale and exchange contracts (O.J. L 33 of 03.02.2009, p. 10) is the law

of a state that is not a member of the European Economic Area, the consumer may not be deprived of the protection afforded to him or her by provisions of Polish law implementing that directive:

1) if any of the immovable properties are located in a member state, or

2) in the case of a contract not directly related to immovable property, if the business entity pursues commercial or professional activities in a member state or, by any means, directs such activities to a member state, and the contract falls within the scope of these activities.

Article 31

An obligation resulting out of the securities other than a bill of exchange or cheque are governed by the law of the state in which the security was issued.

Article 32

1. An obligation resulting out of a unilateral juridical act is subject to the law chosen by the person making this act. From the time when both parties of the obligation are specified, the choice of law, its modification or revocation, requires the consent of both parties.

2. In the absence of a choice of law, an obligation resulting out of a unilateral juridical act is subject to the law of the state, in which the person making this act has his or her habitual residence or seat. Where it results from the circumstances that the obligation is more closely connected with the law of a different state, the law of that state applies.

Article 33

The law applicable to an obligation resulting out of an event that is not a juridical act is determined in accordance with Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II) (O.J. L 199 of 31.07.2007, p. 40).

Article 34

The law applicable to civil non-contractual liability arising from traffic accidents is determined in accordance with the Hague Convention on the Law Applicable to Traffic Accidents, of 4 May 1971 (O.J. of 2003, No 63, item 585).

Article 35

Civil liability for acts and omissions of authorities exercising public power in a given state is governed by the law of that state.

Article 36

The law governing the assigned claim determines the effects of the assignment as against third parties.

Article 37

The assumption of a debt is subject to the law of the state that governs the assumed debt.

Article 38

The impact of a change in the value of currency on the amount due under the obligation is governed by the law applicable to that obligation.

Chapter 8
Arbitration agreement

Article 39

1. Arbitration agreements are governed by the law chosen by the parties.
2. In the absence of a choice of law, an arbitration agreement is subject to the law of the state, in which the place of arbitration designated by the parties is located. If the parties have not made such a designation, the arbitration agreement is governed by the law applicable to the relationship constituting an object of the dispute; it suffices, however, if the agreement is valid according to the law of the state in which arbitration proceedings are held, or the award was rendered by the arbitration tribunal.

Article 40

The formal validity of an arbitration agreement is governed by the law of the state in which arbitration takes place. It suffices, however, if the formal requirements of the law of the state governing the arbitration agreement are satisfied.

Chapter 9
Ownership and other property rights. Possession

Article 41

1. Ownership and other property rights are governed by the law of the state in which their object is located.
2. The acquisition and loss of ownership, as well as the acquisition and loss or alteration of the content of other property rights, is governed by the law of the state in which their object was located at the time when the event causing these effects occurred.

Article 42

The property rights to an aircraft, ship or rail vehicle are subject to the law of the state in which they are registered; in the absence of a register or entry therein —to the law of the state in which the aircraft, ship or rail vehicle has its home port, station or other similar site.

Article 43

The property rights to goods in transit are governed by the law of the state from which the goods were dispatched. If it results from the circumstances that these rights are more closely connected with the law of a different state, the law of that state applies.

Article 44

The rights to securities entered in an account within the securities settlement system are subject to the law of the state in which the account is managed.

Article 45

Articles 41-44 mutatis mutandis apply to possession.

Chapter 10
Intellectual property

Article 46

1. The creation, content and termination of rights to intellectual property are governed by the law of the state, in which they are exercised.
2. Paragraph 1 also applies to the dispositions of the rights to intellectual property and to the determination of the priority of these rights.
3. The protection of the rights to intellectual property is subject to the law of the state under which the protection is sought.

Article 47

An employee's rights against an employer, resulting out of intellectual property related to the employee's pursuit of the activities under an employment relationship, are governed by the law applicable to that relationship.

Chapter 11
Matrimonial matters

Article 48

The ability to conclude a marriage is determined towards each of the parties by the law of his or her nationality as of the day when the marriage is concluded.

Article 49

1. The formal validity of a marriage is governed by the law of the state in which it is concluded.

2. If a marriage is concluded outside of the Republic of Poland, it suffices to comply with formal requirements provided for by the law of nationality of both spouses, or by the law of the place of their common domicile or habitual residence as of the day when the marriage is concluded.

Article 50

The consequences of the lack of ability to conclude a marriage or of a failure to comply with formal requirements of marriage are determined by the law specified in Articles 48 and 49, respectively.

Article 51

1. The personal relations between spouses and the matrimonial property regime are governed by the law of the state of which both spouses are currently nationals.
2. In the absence of the common law of nationality, the law of the state in which both spouses are domiciled applies, and if spouses are not domiciled in the same state —the law of the state, in which both spouses have their habitual residence—. If the spouses do not have their habitual residence in the same state, the law of the state with which both spouses are otherwise most closely connected applies.

Article 52

1. As the law applicable to their matrimonial property regime, the spouses are free to choose the law of nationality of one of the spouses, or the law where one of the spouses is domiciled or has habitual residence. The choice may also be made before the marriage is concluded.
2. The matrimonial property agreement is governed by the law chosen by the spouses in accordance with paragraph 1. In the absence of a choice of law, the matrimonial property agreement is governed by the law applicable to the spouses' personal relationships and the matrimonial property regime, as of the day when the agreement was concluded.
3. In making the choice of law for the matrimonial property regime or matrimonial property agreement, it suffices to comply with the formal requirements established for the matrimonial property agreements in the chosen law, or in the law of the state in which the choice was made.

Article 53

1. If, at the time when an obligation was created, the spouse and the third party creditor had their habitual residence in the same state, the law of that state determines the effectiveness of the matrimonial property regime against a third party, unless at the time when the obligation was created, the third party was aware of the character and content of the regime, or could have learnt of it, if he or she had exercised due care, or if requirements as to the publicity and registration under the law applicable to the matrimonial property regime, or —in the case of the property rights relating

to immovable property— in the law of the state where the immovable property is located, were satisfied.

2. Paragraph 1 mutatis mutandis applies to the spouse's liability for the debts incurred by the other spouse in providing for ordinary family needs.

Article 54

1. The termination of marriage is governed by the law of the state of which both spouses are nationals at the time when the termination of marriage is requested.

2. In the absence of a common law of nationality, the law of the state in which both spouses are domiciled at the time when the termination of marriage is requested applies, and if spouses are not domiciled in the same state at that time —the law of the state in which both spouses had their last habitual residence applies, as long as one of them has still his or her habitual residence there—.

3. If the circumstances do not allow the applicable law to be determined pursuant to paragraphs 1 and 2, the termination of marriage is governed by Polish law.

4. Paragraphs 1 through 3 mutatis mutandis apply to a separation.

Chapter 12
Parent-child relationships

Article 55

1. The determination and challenge of the child's filiation is governed by the child's law of nationality as of the time of his or her birth.

2. If the child's law of nationality as of the time of his or her birth does not provide for the judicial determination of fatherhood, the judicial determination of fatherhood is subject to the child's law of nationality as of the time when filiation is determined.

3. The declaration of acknowledgment is governed by the child's law of nationality as of the time of acknowledgment. If that law does not provide for the declaration of acknowledgment, the child's law of nationality as of the time of birth applies, as long as that law provides for acknowledgment.

4. The declaration of acknowledgment of an unborn but already conceived child is subject to the mother's law of nationality as of the time of acknowledgment.

Article 56

1. The law applicable to parental authority and access to children is determined in accordance with the Hague Convention on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children, of 19 October 1996 (O.J. L 151 of 11.06.2008, p. 39; O.J. of 2010, No 172, item 1158).

2. If the habitual residence of a child is transferred to a state that is not a party to the convention mentioned in paragraph 1, the law of that state determines, from the time of the transfer, the conditions under which measures adopted in the state of previous habitual residence may be made use of.

Chapter 13
Adoption

Article 57

1. Adoption is governed by the law of nationality of the adoptive parent.
2. Adoption by a married couple is subject to their common law of nationality. In the absence of the common law of nationality, the law of the state in which both spouses are domiciled applies, and if spouses are not domiciled in the same state —the law of the state in which both spouses have their habitual residence—. If the spouses do not have their habitual residence in the same state, the law of a state with which both spouses are otherwise most closely connected applies.

Article 58

Adoption cannot, however, take place without satisfying the requirements of the law of nationality of the person who is to be adopted relating to his or her consent, the consent of his or her legal representative, the permission from the relevant public authority, and the limits to adoption relating to the transfer of the domicile to another state.

Chapter 14
Guardianship and curatorship

Article 59

1. The law applicable to guardianship and curatorship is determined in accordance with the Hague Convention on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children, of 19 October 1996 (O.J. L 151 of 11.06.2008, p. 39; O.J. of 2010, No 172, item 1158).
2. If the habitual residence of a child is transferred to a state that is not a party to the convention mentioned in paragraph 1, the law of that state determines, from the moment of the transfer, the conditions under which measures adopted in the state of previous habitual residence may be made use of.

Article 60

1. Establishing a guardianship, curatorship or other protective measures for an adult is governed by that person's law of nationality.
2. If the Polish court decides on the measures referred to in paragraph 1 with respect to a foreigner who is domiciled or has his or her habitual residence in the Republic of Poland, Polish law applies.
3. Exercising the measures referred to in paragraph 1 is subject to the law of the state in which the person affected by these measures has his or her habitual residence.
4. In cases referred to in Article 1107 paragraph 2 and 3 of the Code of Civil Procedure of 17 November 1964 (O.J. No 43, item 296), Polish law will apply. The same relates to the exercise of the adjudicated measures.

Article 61

The curatorship of a legal person is subject to the law of the state that governs that legal person.

Article 62

The curatorship to perform a particular matter is subject to the law of the state governing that particular matter.

Chapter 15
Maintenance obligations

Article 63

The law applicable to maintenance obligations is determined by the Council Regulation (EC) No 4/2009 of 18 December 2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and co-operation in matters relating to maintenance obligations (O.J. L 7 of 10.01.2009, p. 1).

Chapter 16
Succession

Article 64

1. In a will or in another disposition upon death, a person may designate, as the law governing the succession, his or her law of nationality, the law of his or her domicile, or the law of his or her habitual residence as of the time of making the disposition, or as of the time of his or her death.
2. In the absence of the choice of law, succession is governed by the law of nationality of the deceased as of the time of his or her death.

Article 65

Subject to Article 66, the validity of a will or other disposition upon death is governed by the law of nationality of the deceased as of the time of making the disposition.

Article 66

1. The formal validity of a will, or its revocation, is determined in accordance with the Convention of 5 October 1961 on the Conflicts of Laws Relating to the Form of Testamentary Dispositions (O.J. of 1969, No 34, item 284).
2. The law determined in accordance with paragraph 1, mutatis mutandis applies to the formal validity of other dispositions upon death.

Chapter 17
Other legal relationships

Article 67

If this act, or the specific rules of law, or the ratified international conventions to which the Republic of Poland is a party, or the European Union law, do not determine the applicable law for a relationship falling within the scope of this act, the law most closely connected with the relationship applies.

Article 68

Articles 3 paragraphs 1, 6 and 7 of the Aviation Law of 3 July 2002 (O.J. of 2006, No 100, item 696, as amended) do not apply to relationships falling within the scope of this act.

Chapter 18
Amendments to the existing laws

Article 69

In the Civil Code of 23rd April 1964 (O.J. No 16, item 93, as amended), Article 449[11] is repealed.

Article 70

In the Labour Code of 26 June 1974 (O.J. of 1998, No 21, item 94, as amended), Article 6 is repealed.

Article 71

In the Act on Work on Commercial Sea Ships of 23 May 1991 (O.J. of 1991, No 61, item 258, as amended), Article 2 is repealed.

Article 72

In the Act on Travel Services of 29 August 1997 (O.J. of 2004 No 61, item 258, as amended) Article 11b paragraph 1 takes the following wording:

«1. It is not permitted to exclude or limit by way of contract the liability provided for in Article 11a, subject to paragraphs 2 and 3».

Article 73

In the Act on the Protection of Certain Rights of Consumers and the Defective Product Liability of 2 March 2000 (O.J. of 2000, No 22, item 271, as amended) Article 17 takes the following wording:

«Article 17. It is not permitted to exclude or limit by way of contract the rights of the consumers provided for in Articles 1-16e».

Article 74

In the Act on Consumer Credit of 20 July 2001 (O.J. of 2001, No 100, item 1081, as amended) Article 17 takes the following wording:

«Article 17. The terms of the contract may not exclude or limit the rights of the consumers provided for in the act. In such a case, the rules of the act apply».

Article 75

In the Sea Code of 18 September 2001 (O.J. of 2009, No 217, item 1689 and of 2010, No 127, item 857) the following amendments are introduced:

1) In Article 355:

a) Paragraphs 1 and 3 are repealed;
b) Paragraph 4 takes the following wording:

«Paragraph 4. The privileges on the ship and the cargo are governed by the law of the state in which the claim relating to the receivable secured by a privilege is brought before the court».

2) Article 356 takes the following wording:

«Article 356. If the determination of the applicable law depends on the place of an event, it is the state of its flag that is treated as the place of the event that occurred on the sea ship residing outside the territory of the coastal state».

3) Articles 358 and 359 are repealed.

Article 76

In the Aviation Law of 3 July 2002 (O.J. of 2006, No 100, item 696, as amended) the following amendments are introduced:

1) Article 1 paragraph 4 takes the following wording:

«4. The rules of aviation law do not apply to state aviation, except for Articles 1 paragraph 6, Article 2, Articles 3-9, Article 14, Article 33, Article 35, paragraph 2, Article 43, Article 44, Article 60, Article 74, Article 75, Article 76 paragraph 2, Article 89, Article 92, Articles 119-125, Article 128, Article 130, Article 133, Article 140, Article 149 as well as Article 150 of the act, and subject to paragraph 5».

2) Article 10 is repealed;
3) In Article 11, paragraph 1 is repealed;
4) Articles 12 and 13 are repealed;
5) In article 15, paragraph 2 is repealed.

Article 77

In the act of 27 July 2002 on the particular terms of the consumer sale and the amendment of Civil Code (O.J. of 2002, No 141, item 1176; of 2004, No 96, item 959 and of 2009, No 115, item 960) article 11 takes the following wording:

«Article 11. The rights provided for in the present act cannot be excluded nor limited by way of contract concluded before the seller is notified of the nonconformity of consumer goods with the contract. In particular, this cannot be done by the buyer's declaration that he or she is aware of all of the nonconformities of the goods with the contract».

Article 78

In the Act on the Insurance Industry of 22 May 2003 (O.J. of 2010, No 11, item 66, as amended) the following amendments are introduced:

1) In Article 129, paragraphs 3-5 are repealed;
2) Article 130 is repealed.

Article 79

In the Act on Compulsory Insurance, the Insurance Guarantee Fund and the Polish Motor Insurer's Bureau of 22 May 2003 (O.J. of 2003, No 124, item 1152, as amended), in its Article 3, paragraph 2 is repealed.

Chapter 18
Ending provisions

Article 80

The Private International Law of 12 November 1965 (O.J. of 1965, No 46, item 290 as amended) is repealed, with the exception of provisions relating to maintenance obligations, which remain in force until 17 June 2011.

Article 81

The act enters into force 30 days after its publication, with the exception of Article 63, which enters into force on 18 June 2011.

V. BIBLIOGRAFÍA

Sección coordinada por F. Mariño (Derecho Internacional Público), G. Palao (Derecho Internacional Privado) y C. García (Relaciones Internacionales)

A) RECENSIONES

Andrés Sáenz de Santa María, P., *Sistema de Derecho internacional público*, Pamplona, Civitas, 2011, 634 pp.

En el año 2008, la editorial Civitas publicó la última edición del *Curso de Derecho internacional público* bajo la autoría común y de igual responsabilidad de los Profs. Julio González Campos, Luis Ignacio Sánchez Rodríguez y Paz Andrés Sáenz de Santa María. Este *Curso* fue editado en sus primeras versiones por el Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo y después por el de la Universidad Complutense, hasta recalar finalmente en 1998 en la citada editorial, una vez que sus autores consideraron completado su contenido y conveniente su publicación en una editorial de prestigio. Si bien a lo largo de las décadas de los ochenta y noventa, el *Curso* fue convirtiéndose en un manual de referencia dentro de la Universidad española y en una sólida prueba de la buena salud de nuestra doctrina científica en la materia. Tras el fallecimiento de los Profs. González Campos en 2007 y Sánchez Rodríguez en 2010, la Prof. Andrés Sáenz de Santa María se ha hecho cargo del proyecto como única autora, procediendo a una revisión y actualización sustancial del texto del antiguo manual que justifica, amén de otras consideraciones, que conste como la primera edición de una nueva obra. Ha colaborado en esta tarea, y así se reconoce expresamente, el Prof. Javier González Vega, Catedrático de Derecho internacional público de la Universidad de Oviedo. La verdad es que todas estas circunstancias hubieran merecido un prólogo de la autora explicando la nueva etapa que abre con esta publicación, sin duda deudora del antiguo manual, pero ha optado por obviarlo. No obstante, esta recensión atenderá y será consecuente con la evidencia de que este manual es tributario, naturalmente que a mucha honra para la autora, de la antigua obra.

La obra, bien editada, se presenta en un formato más propio de una monografía al uso que de un manual universitario tradicional; desde luego, se trata de una presentación mucho más económica que la del antiguo manual; esto la hace de difícil manejo como manual de trabajo y consulta diaria para el estudiante, por sus contenidos muy comprimidos que hacen engañoso su volumen de páginas. Basta observar el conjunto de manuales universitarios de la disciplina hoy en cir-

culación para comprobar que esta clase de presentación se ha generalizado, en detrimento de otras presentaciones más costosas pero mucho más cómodas de manejar. No obstante, la autora ha reducido sensiblemente el índice de materias del antiguo manual (que alcanzaba las 1.150 pp.), probablemente a causa también de los nuevos Grados bolonios y los cambios introducidos en los planes de estudio en Derecho.

En efecto, la autora ha procedido a una importante poda de la antigua obra; por citar algún ejemplo, sus dos primeros capítulos han quedado reducidos a uno en la nueva; también ha desaparecido el capítulo sobre las organizaciones internacionales, sustituido por un breve epígrafe en la nueva; eran, por cierto, temas muy queridos para el Prof. González Campos y seguramente le habrá resultado doloroso hacerlo, pero las exigencias del guión, léase el llamado Plan Bolonia, son implacables al margen de la bondad o maldad de las mismas, debate que huelga en esta recensión. La autora también ha sintetizado y salvado sabiamente, en muy buen castellano, la apuesta y el debate doctrinal que caracterizaban al antiguo manual, como se aprecia en concreto en las pp. 107-114 en relación con las pp. 167-178 de la antigua obra, dedicadas a introducir al alumno en el importante capítulo III, y en general a lo largo de todo este capítulo sobre la formación de las normas y la creación de derechos y obligaciones internacionales (pp. 107-222), en mi opinión una de las señas de identidad del antiguo manual. Por tanto, el nuevo manual no renuncia a la enjundia del antiguo y seguirá siendo de pesada digestión para el alumno medio, si no cuenta con la ayuda de un docente bien preparado y dispuesto. La autora también ha roto ocasionalmente la estructura tradicional de la antigua obra situando en el capítulo II de la nueva el estudio de los sujetos del ordenamiento internacional, cuando antes se estudiaba en el capítulo XII, asumiendo aquí la posición de aquéllos que sostienen que es más pedagógico e ilustrativo para el alumno proceder de esta manera; y ha suprimido otro capítulo, el dedicado al Derecho diplomático y consular. Son cambios menores y explicables, que para nada influyen en la estrecha y armónica relación que sigue existiendo entre una y otra obra. Añadir, en el mismo sentido, que la autora ha suprimido el apartado tradicional sobre las fuentes de conocimiento y los diversos índices, sustituidos por unos sencillos anexos que recogen la jurisprudencia citada y la bibliografía complementaria presentada por capítulos.

Pero conviene subrayar, como ya hemos anticipado, que las principales señas de identidad de la antigua obra permanecen. Desde el punto de vista sustantivo, destacaríamos el análisis riguroso del ordenamiento jurídico internacional desde la óptica e interacción de las estructuras normativas (sobre todo relacional e institucional), la atención especial a la práctica de los Estados en general y de España y de la UE en particular, y el cuidado análisis de la jurisprudencia internacional en la medida en que declara el DI en vigor. Mantiene también la apuesta ideológica a favor de la instauración del concepto de comunidad internacional (véase capítulo VI, pp. 399-462), usado profusamente a lo largo del todo el manual, aunque se trate todavía más de una noción estratégica y de combate, de un bello objetivo, que de una realidad fehaciente de acuerdo con la práctica internacional contemporánea. Todo ello, en fin, sigue haciendo de este manual un texto exigente para el alumno de Licenciatura y aún más para el de Grado y un buen texto de trabajo y consulta para el alumno de posgrado, opositores a altos cuerpos de la Administración y jóvenes abogados.

Es esperanzador que un proyecto docente como el que puso en pie el Prof. González Campos hace ya muchos años en la Universidad de Oviedo tenga continuidad y sea adaptado y renovado por su discípula predilecta, a pesar de la es-

quiva fortuna, que la ha obligado a hacer frente a la desaparición casi coetánea de dos coautores. Es bueno también para la doctrina española que se remoce y consolide esta obra dentro del conjunto de manuales de la disciplina que la han enriquecido en las últimas décadas y la han llevado a equipararse con los países de nuestro entorno cultural. Sólo queda felicitar a la Prof. Andrés Sáenz de Santa María por la tarea emprendida, a la que imaginamos incorporará con el tiempo savia nueva en su empeño por mantener bien vivos la memoria y el magisterio de Julio González Campos.

Carlos JIMÉNEZ PIERNAS
Universidad de Alcalá

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Conflicto de leyes y teoría económica*, Granada, Colex, Colección: El Derecho de la Globalización, 2011, 261 pp. (prólogo de A. L. CALVO CARAVACA).

Es grata y comprometida tarea escribir esta recensión del libro del Prof. Javier Carrascosa *Conflicto de leyes y teoría económica*. Una obra que para el Derecho internacional privado —pero no solo— supondrá un comienzo y, al mismo tiempo, la conclusión de una etapa que posibilitará nuevos inicios. Una obra canónica, construida con elementos clásicos que aporta razonamientos novedosos para explicar y construir el fundamento del método conflictual —aunque no solo—, en la que el autor interroga los frunces y las oquedades que muestran las normas del Derecho internacional privado en el proceso dialógico de su elaboración y su aplicación y que hacen posible que el Derecho internacional privado sea *un instrumento práctico, útil y preciso para potenciar* —y regular— *la vida internacional de los particulares*.

En este nuevo libro, Carrascosa constata y describe cómo es el razonamiento conflictual, al tiempo que capta las singularidades que articulan nuevas producciones y nuevas creaciones. Con ello nos abre un abanico de problemas que obligan a una lectura interdisciplinar, que no es la mera adición de distintas aproximaciones, sino más bien la relectura de los conocimientos propios de cada disciplina en el contexto de las ciencias sociales (el Derecho y la Economía). En lugar de apropiarse de ideas ajenas, rehace con profundidad las propias, construidas tras intensa dedicación al Derecho internacional privado, fructificada en una amplísima bibliografía plagada de contribuciones que unen el afán pedagógico y el espíritu científico, suman reflexión y didáctica. Esta obra de madurez profesional es un claro exponente de su capacidad para interrogar al pasado sobre los problemas que ocupan nuestro presente y facilitar respuestas que incorporan los resultados más fructíferos de la investigación de vanguardia (entre otros muchos, véanse marginales 96 a103, 166, 213 a 218).

El lector se enfrenta a una obra que contribuye a la construcción de conocimientos que potencian los recursos para problematizar las condiciones concretas en que las normas de conflicto surgen y en las que se desenvuelven. Javier Carrascosa expone con suma claridad la oposición de lo idéntico —las relaciones de los particulares— y lo diverso —el Derecho de los Estados—, la micro- y la macroeconomía, lo público y lo privado. Y lo hace desvelando las divisiones que hacen difícil dar cuenta de una realidad compleja, de múltiples niveles, causas y efectos, como lo es la de las relaciones internacionales de los particulares, en la tensión entre estatalidad y globalización. A fin de escapar de estas falsas dicotomías, da cuenta y razón de la trama de relaciones e interferencias y con ello es capaz de producir dispositivos que nos

permitan leer y sostener la tensión entre la Economía y el Derecho como punto de cruce y punto de fuga. Un claro exponente de lo afirmado lo encontraremos en el análisis de la tirantez entre el principio de proximidad y la autonomía de la voluntad (marginales 138 a 146).

Conflicto de leyes y teoría económica, inscrita entre las mejores construcciones del análisis económico del Derecho, prescinde no obstante de la categoría marxiana que concibe al Derecho como superestructura. No es un reproche, más bien la expresión de un deseo, tras la lectura de la Parte Primera, dedicada al *Intercambio internacional, Derecho y Economía. Bases económicas del conflicto de leyes*, en la que tras explicar con maestría las *claves económicas del Derecho* (marginales 8 a 20), enuncia la función —¿o funciones?— del Derecho internacional privado (marginales 35 a 39) con la que hila las estrategias que opone el Derecho a los efectos negativos derivados de la estatalidad del Derecho, su diversidad mantenida y superada gracias a la norma de conflicto como *sistema de incentivos para la libre circulación internacional de las personas, los bienes, los recursos económicos, los factores productivos y las ideas* (marginal 50).

Carrascosa desarrolla una argumentación dialéctica a propósito del conflicto de leyes y de los procedimientos adecuados para su solución. Tal explicación se presenta en forma recursiva y se fundamenta en un procedimiento consistente en discutir los términos de las premisas al tiempo que las constituye en objeto del procedimiento formal que las concibe y aplica. Examinando la coherencia de sus argumentos, Carrascosa denuncia el procedimiento retórico, vinculado a la *doxa* (previsibilidad, proximidad, vinculación más estrecha, relación más significativa, contactos más relevantes, expectativas de las partes, etc.) y nos revela que se trata de una forma de análisis que compara los términos en discusión reproduciendo simplemente una copia del paradigma. Frente a ello, Carrascosa relaciona la forma general del discurso para resolver los problemas de las relaciones privadas internacionales con la verdad del paradigma más adecuado: *ofrecer el escenario jurídico más eficiente para resolver los litigios internacionales suscitados entre los particulares*. Y lo hace construyendo una estructura conceptual y argumental de la exposición y el procedimiento, que analiza la propia construcción y va demostrando en el mismo análisis la verdad interna del procedimiento. Además de describir la forma interna del procedimiento, destaca la condición económica y social respecto de los problemas que explica, el interés por el análisis de la organización de los mismos como herramientas de estudio, conocimiento y persuasión para deducir premisas plausibles y generalizables.

El autor recurre a un procedimiento que permite sistematizar los problemas y funciona como prototipo que presenta la forma de un silogismo demostrativo compuesto de tres metapremisas: prótasis, apódosis y conclusión. Carrascosa expresa razonamientos probables y presenta, especialmente en la segunda parte, ejemplos de argumentos inductivos que contienen enunciados referidos a hechos, a normas y a conceptos generales. Organiza las premisas respetando la secuencia dialéctica de los argumentos (Premisa 1: lo fáctico; Premisa 2: lo normativo; Conclusión: resolver la controversia al menor coste) y tras repasar en la Parte Segunda las diferentes propuestas (ejemplos en marginales 80 y 81, 86 y 87, 154, 155, 160), arma un modelo que aplica para explicar y justificar el Derecho internacional privado vigente en España (ejemplos en marginales 177, 180, 181, 182, 187, 189, 104, 196, 198, 203, 208, 210, 240, 247 a 258, 263 a 265, 270 a 272).

Debe ponerse de relieve que la lectura pausada y reflexiva de esta obra suscita una profunda duda metodológica en el lector. Este puede llegar a pensar que la obra de Carrascosa es excesivamente

arriesgada. En un cierto momento, hasta los razonamientos más asentados del Derecho internacional privado parecen tambalearse. El autor pone en cuestión, por ejemplo, la teoría de la prestación característica (en marginales 232 a 240) o el fundamento, radicado en la identidad cultural, de la nacionalidad de la persona física como punto de conexión en las típicas materias del «estatuto personal», como las crisis matrimoniales o la capacidad de la persona (en marginales 171 a 184, entre otros). Sin embargo, se trata de una impresión meramente fugaz y pasajera. En el fondo, al cerrar la última página de esta obra, varios pensamientos fluyen naturalmente en la mente del lector y, entre ellos, destaca poderosamente uno de ellos. El autor cuestiona la explicación tradicional —que más que explicación es un relato—, pero no el argumento tradicional empleado para sustentar las normas de conflicto fundamentales de todo sistema de Derecho internacional privado. La explicación «económica» del autor permite ver más claro que la inmensa mayoría de las normas de conflicto están vertebradas por ejes teóricos profundamente sólidos, lo que resulta positivo, pues tales normas fomentan el intercambio internacional y la vida internacional de los particulares.

Por otro lado, y desde un punto de vista meramente formal, el uso de las «tablas» para el cálculo del coste conflictual de las soluciones legales puede resultar llamativo para los juristas más clásicos especializados en Derecho internacional privado. Sin embargo, también aquí, en el fondo, la obra de Carrascosa es clásica. Estas tablas constituyen otro modo de presentar tesis clásicas, un modo más vivaz, más directo, más transparente.

Carrascosa ha empleado los útiles de la Economía como una mera «teoría efectiva», en los términos que han expuesto Stephen Hawking y Leonard Mlodinow en su estimulante ensayo *The Grand Design* (2010). De ese modo, el autor presenta una explicación económica del razonamiento conflictual, esto es, un marco instrumental empleado con el solo objetivo de explicar y comprender el funcionamiento de las normas de conflicto, sin necesidad de describir todos los detalles de sus procesos subyacentes. Pero ni es un marco excluyente de otras perspectivas, ni es un marco que pretenda ser exclusivo. El análisis económico que lleva a cabo el autor enriquece al lector, pues no constituye un vano y mero ejercicio teorizante sobre cuestiones *de lege ferenda*, sino un escenario explicativo que permite, también, soluciones prácticas más adecuadas.

Quizás, algún lector desprevenido incurra en la superficialidad del burgués gentilhombre, de Molière. Pero, contra esa superficialidad, la obra de Carrascosa provee de los antídotos: rigor en los argumentos, claridad en la exposición, coraje en los planteamientos, denuedo en los razonamientos y solidez en las conclusiones. *Conflicto de leyes y teoría económica* erige un escenario de reflexión y diálogo interdisciplinar. Su esquema es tan clásico como novedoso es el planteamiento. En la Parte Primera, estructurada en dos grandes epígrafes, se nos presenta y explica el problema (*Escasez, intercambio, mercado, conflictos interindividuales y Derecho internacional privado*) y se plantean las hipótesis (*Estrategias jurídicas a los efectos negativos provocados por la diversidad de Derechos privados estatales*). En la Parte Segunda, *Fundamentos Económicos de la Norma de conflicto de leyes*, se exponen y aclaran los conceptos y nos va acercando gradualmente a: *las ideas regulativas básicas de la norma de conflicto, la determinación de la ley estatal que genera los costes conflictuales más reducidos, los criterios generales para la localización eficiente y los problemas adicionales de dicha localización*. El lector encontrará en los cuatro apartados de esta Segunda Parte una explicación gradual y sostenida, con sólidas líneas de razonamiento, fáciles de seguir. Finalmente, en la Parte Tercera, Carrascosa despliega toda su ca-

pacidad de análisis y de exploración para ligar los diferentes sectores del Derecho internacional privado español a la médula de los *costes conflictuales reducidos y los puntos de conexión eficientes*. Con primorosa firmeza nos introduce sus perspectivas, sin sesgo de subjetivismo, para alcanzar la comprensión de cómo funcionan las normas de conflicto, en aras de la eficiencia y de la minoración de los costes conflictuales, en el Derecho de familia y sucesiones y en el Derecho patrimonial. Destaca en estos apartados la pulcritud con que el autor procura explicar sus perspectivas, ahondar en la discusión, razonar sus premisas y objetivar sus planteamientos y proposiciones. Quienes a partir de ahora se aproximen a los problemas del análisis económico del Derecho tienen en esta obra una referencia imprescindible; obligada para quienes se dediquen con honestidad al estudio del Derecho internacional privado.

Pilar Blanco-Morales Limones
Universidad de Extremadura

Cervell Hortal, M. J., *Naciones Unidas, Derecho internacional y Darfur,* Granada, Comares, 2010, 227 pp.

El libro objeto de este comentario constituye, a mi juicio, una excelente monografía que es una evolución —con un importante valor añadido— de trabajos anteriores de su autora, la Prof. María José Cervell Hortal de la Universidad de Murcia. De hecho, con un título tan general, el libro objeto de esta recensión es bastante más que un libro sobre Naciones Unidas y Darfur o sobre el Derecho internacional y Darfur. En realidad, es también más que una sola monografía, en la medida en que según qué orden de lectura de capítulos se haga —tal como propuso Julio Cortázar en *Rayuela*—, estaríamos o bien ante un libro sobre la crisis humanitaria de Darfur y los intentos de la comunidad internacional para su resolución, o bien ante un libro sobre la evolución, el contenido y las dificultades de aplicación práctica del concepto de la responsabilidad de proteger. Pero tras su atenta lectura uno acaba por entender que esta monografía es mucho más que la simple suma de estos dos enfoques. A lo largo de sus más de doscientas páginas, la autora nos lleva constantemente y con gran maestría del concepto de la responsabilidad de proteger al que sería el caso de estudio, y del caso de estudio y su compleja evolución al concepto y a su también contradictoria evolución.

En ambas orientaciones la monografía que nos ocupa es de gran actualidad, sobre un conflicto todavía no resuelto y sobre una noción —la de la responsabilidad de proteger— demasiado reciente y sobre la que el Secretario General Ban Kimoon presentó un interesante —aunque limitado— Informe en enero de 2009. El resultado de todo ello es una visión global sobre actuales e importantes cuestiones y desafíos jurídico-internacionales, formulada de manera muy rigurosa —desde el punto de vista científico y del uso del aparato bibliográfico y documental pertinente, así como del amplio conocimiento de la actuación de las Naciones Unidas que la Prof. Cervell pone en valor— e imbuida, además, de unas profundas convicciones que aparecen continuamente en la superficie de la monografía y, especialmente, en sus conclusiones. Hay aquí, por tanto, un hilo conductor diferente al habitual en este tipo de estudios, innovador y original, con una vocación omnicomprensiva y con un hilo conductor que, con giros constantes de ida y vuelta, desemboca en unas motivadas y motivadoras conclusiones.

Es cierto, sin embargo, que un ejercicio como este tiene sus riesgos y, en algún momento de la monografía, algún lector

quizás prefiriera la orientación resultante de dos monografías separadas, aunque creo que el enfoque que nos ofrece la autora le da mayor valor añadido. La Prof. Cervell, como digo, se lo toma, además, como la realización de un «deber» propio de cualquier iusinternacionalista mediante el que, a través de un análisis jurídico-internacional, se efectúa también un claro llamamiento a la acción para evitar nuevas barbaries. Es decir, en definitiva, un alegato en defensa del Derecho internacional; de ahí también, quizás, la generalidad y amplitud del título de la monografía.

Al margen de la opción de la lectura salteada de capítulos, por lo que se refiere a la estructura sistemática de la monografía, conviene formular una breve presentación de su contenido. En el primer capítulo la profesora murciana sitúa al lector en las claves del conflicto en Darfur, de los múltiples elementos subyacentes y de sus distintos participantes. Se trata de un conflicto que no sólo es interétnico, sino que tiene claramente otras implicaciones económicas y sociales, y que se enmarca en el más grande conflicto sudanés, particularmente en relación con el sur; y que no es sólo un conflicto de carácter interno, como al principio se quería creer, sino que es un conflicto con elementos internacionales o con participación o implicación de los Estados vecinos y con intereses presentes de otros Estados, algunos de ellos grandes potencias. Hay aquí reflejada también una voluntad omnicomprensiva de aprehender todos los elementos en juego y todas sus interacciones. Como señala Cervell, el conflicto de Darfur se enmarca en el más grande y ya histórico conflicto sudanés, particularmente en la región del sur que, desde el Acuerdo General de Paz de 2005, parece encaminado a la pacificación, con referéndum de independencia incluido, aunque se trate de un proceso que corre serios riesgos de estar abocado al más estrepitoso de los fracasos. Absoluta fragilidad, por tanto, del proceso general de paz sudanés, como también es frágil todo el proceso de paz en Darfur y las diferentes iniciativas, treguas y acuerdos planteados desde el inicio del conflicto en Darfur, en el año 2003, que son objeto de un detallado seguimiento por parte de la Prof. Cervell a lo largo de esta obra.

El segundo capítulo de la monografía se dedica íntegramente al estudio de la noción de la responsabilidad de proteger, abordando su alcance y contenido desde que la noción fue formulada por la Comisión Internacional sobre Intervención y Soberanía de los Estados en 2001 para sustituir a un concepto más complejo y discutido como era el de la intervención humanitaria, hasta el reciente informe del Secretario General «Hacer efectiva la responsabilidad de proteger», de 12 de enero de 2009, que fue objeto de debate en la Asamblea General en julio de 2009 sin ningún resultado relevante. En el camino, la autora nos muestra cómo en el Informe del Grupo de Alto Nivel sobre las Amenazas, los Desafíos y el Cambio y en el Informe del Secretario General Kofi Annan sobre «Un concepto más amplio de la libertad: desarrollo, paz y derechos humanos para todos» se fue dando forma a este principio y a las condiciones para el uso de la fuerza, aunque en la Cumbre Mundial 2005 todo ello quedara en poco más que en un enunciado vago e impreciso, aunque solemne. Enunciado vago e impreciso que se centró exclusivamente en las cuatro situaciones en las que se considera susceptible de aplicación la responsabilidad de proteger: limpieza étnica, genocidio, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. Como nos muestra la autora, a partir de esta asunción en la Cumbre Mundial 2005 se ha ido observando una paulatina dilución del concepto hasta focalizarlo fundamentalmente en los temas relacionados con la prevención y la reconstrucción, dejando prácticamente de lado lo que era su centro y también su aspecto más complejo y controvertido, en relación con la obligación de reacción.

De otro lado, de los tres elementos de la responsabilidad de proteger (prevención, reacción y reconstrucción) la Prof. Cervell se ocupa, en el tercer capítulo de esta monografía, de la responsabilidad de prevención —aunque para Darfur ya fuera tarde—. Lo hace porque entiende que todavía cabe evitar que la cosa empeore y que se traslade a otros países de la región y que cabe lograr que se consoliden los limitados atisbos de paz y a ello dedica un buen número de páginas analizando la responsabilidad de prevención (*pro futuro*) en relación con el conflicto en Darfur y los incontables esfuerzos políticos, de Naciones Unidas y de la Unión Africana, que sólo han logrado breves periodos de tregua. Una situación de un cierto *stand by* que se sigue manteniendo en la actualidad y que hace que las perspectivas de futuro sean, cuanto menos, pobres y con una escasa lista de resultados. La conclusión resulta evidente: en este caso, como en tantos otros, son necesarias medidas de carácter estructural y no basta solo con medidas coyunturales u operacionales. Se trata, en definitiva, de un planteamiento que, como nos indica la profesora murciana, pone de relieve que la lección aprendida de la crisis de Darfur debería ser, precisamente, la de no haber hecho la prevención a tiempo.

El cuarto capítulo se ocupa de las operaciones de paz, tanto de las Naciones Unidas como de la Unión Africana y, por supuesto, de la actualmente existente operación híbrida de las Naciones Unidas y la Unión Africana. Siguiendo su enfoque, la autora se ocupa de estas operaciones de paz en relación con la responsabilidad de proteger y las sitúa, así, a medio camino entre la dimensión de prevención y la dimensión de reacción. Aquí también Cervell nos ofrece un repaso histórico de la evolución de las operaciones de paz y de sus más recientes orientaciones, atendiendo también a la cambiante naturaleza de los conflictos; cambios de planteamiento que, sin embargo, no han podido evitar algunas debilidades de las mismas, como en el caso de Darfur se ha puesto claramente de manifiesto. En este capítulo son objeto de análisis las distintas operaciones emprendidas en Sudán en un proceso continuado que va desde la UNAMIS (Misión Avanzada de las Naciones Unidas en Sudán, establecida en 2004); la UNMIS (Misión de las Naciones Unidas en Sudán, transformación de la anterior en 2005); la MINURCAT (Misión de las Naciones Unidas en Chad y República Centroafricana, establecida en 2007 y que tiene en cuenta la dimensión regional); pasando por las operaciones AMIS I y II (Misión de la Unión Africana en Sudán, creada en 2004); y, finalmente, la UNAMID (Operación Híbrida de la Unión Africana y las Naciones Unidas en Darfur) creada en 2007 y que sustituyó a la Misión de la Unión Africana, aunque tampoco ha tenido más éxito que sus predecesoras en términos de eficacia real. Se trata de un análisis previo porque lo verdaderamente relevante es el análisis que nos ofrece la Prof. Cervell sobre la factibilidad —difícil y no garantizada— del binomio operaciones de paz/responsabilidad de proteger como única vía para detener el conflicto y proteger a la población civil.

El capítulo V se ocupa, en otro giro de la autora, de la responsabilidad de reaccionar que, como hemos indicado, constituye el núcleo duro y más controvertido políticamente de la responsabilidad de proteger. Responsabilidad de reacción que necesariamente debería pasar, como advierte Cervell siguiendo los trabajos de la Comisión sobre Intervención y Soberanía de los Estados, del Grupo de Alto Nivel y del propio Secretario General Kofi Annan, por el establecimiento de los criterios de legalidad o indicadores para la autorización del uso de la fuerza. Como es sabido, estos criterios, finalmente, no se establecieron y la responsabilidad de proteger en el Documento Final de la Cumbre Mundial 2005 tuvo sólo el contenido y el ámbito material posible, atendiendo al consenso político del mo-

mento. Dicho lo cual, en otro ya no sorprendente giro, la Prof. Cervell se adentra en las medidas coercitivas adoptadas por el Consejo de Seguridad en relación con el conflicto de Darfur que, a partir del año 2004, fueron *in crescendo*, así como respecto de las medidas de la Unión Africana y de su recientemente creado Consejo de Paz y Seguridad. Concluye con todo ello, de un lado, subrayando la debilidad de la Unión Africana —y también la debilidad de las Naciones Unidas— y, de otro lado, reiterando la idea de que sobre la responsabilidad de reaccionar se ha echado un tupido velo que sólo deja visible los contornos de los componentes de la responsabilidad de proteger, es decir, la responsabilidad de prevenir y la responsabilidad de reconstruir.

Por último, el capítulo VI aborda otra dimensión, interrelacionada —por supuesto— pero que no por ello deja de ser diferencial, que es la de la responsabilidad penal internacional. Es cierto que el Informe del Secretario General sobre la responsabilidad de proteger se refiere a ella, pero más como instrumento de disuasión, y es cierto también que responde a la situación de Darfur, pues la persecución penal contra el Presidente de Sudán responde a esta situación, pero quizás en este capítulo la autora se aleja más de la perspectiva compleja e interactiva que ha presidido el resto de su monografía, mediante la que ha enlazado la responsabilidad de proteger con el conflicto de Darfur. Así, la Prof. Cervell, partiendo de planteamientos sobre la misma evolución histórica de la responsabilidad penal internacional, se ocupa del proceso puesto en marcha con la Resolución 1593 (2005) de 31 de marzo, del Consejo de Seguridad, por la que se remitía la cuestión de Darfur a la Corte Penal Internacional —aunque con las significativas abstenciones de Estados Unidos y China— y la posterior orden de arresto dictada por la CPI en marzo de 2009 contra el Presidente Al Bashir.

En definitiva, para terminar y volviendo a lo que señalaba al principio de este comentario, quizás no acaba de quedar claro si la situación en Darfur como particular caso de estudio es una excusa para hablar de la responsabilidad de proteger o si la responsabilidad de proteger es la excusa para hablar de Darfur. En cualquier caso, se trata de dos temas importantes, de alto contenido desde la perspectiva del Derecho internacional y que, sobre todo, han afectado, afectan y pueden afectar, a millones de seres humanos, por lo que siempre es oportuno escribir con rigor —y con pasión— sobre estos temas como hace la Prof. Cervell. Como dice la propia autora, se trata de buscar, al hilo del análisis de Darfur y de la aplicación de la responsabilidad de proteger, alternativas efectivas que respondan de manera eficaz a las grandes crisis humanitarias. En este sentido, comparto plenamente la posición sostenida en las conclusiones en el sentido de que aún estamos a tiempo de evitar nuevos Darfur, siempre y cuando los Estados demuestren con hechos su voluntad: reforzar la prevención y perfeccionar sus mecanismos de aplicación, suplir las carencias demostradas de las operaciones de paz, e impedir, incluso por la fuerza, cuando la situación lo exija y bajo los parámetros que dicta la legalidad, la comisión de nuevas barbaries.

Xavier PONS RAFOLS
Universidad de Barcelona

COMBALIA, Z.; DIAGO DIAGO, M. P., y GONZÁLEZ-VARAS, A. (coords.), *Derecho islámico e interculturalidad*, Madrid, Iustel, 2011, 429 pp.

1. El desplazamiento transfronterizo de personas por los contactos y vínculos que la persona del migrante mantiene con la sociedad de acogida y de origen,

pone en marcha un proceso de intercambios culturales que se manifiesta en las relaciones sociales y dentro de las cuales se encuentra el factor religioso. En este ámbito, la tendencia actualmente observada es la intensificación y una pluralidad de religiosidades de muy distinta índole, dentro de las cuales el Islam tiene un importante grado de visibilidad en nuestro país. Ello se debe a la presencia de grupos de inmigrantes de cultura y confesión islámica, de los cuales, el colectivo magrebí originario de Marruecos es el más numeroso de los actualmente establecidos en España.

2. Como ha sido puesto de manifiesto por la doctrina europea y española actual, esta es una realidad que entraña importantes consecuencias para el Derecho internacional privado, al enfrentarse en esta materia, no sólo con contradicciones normativas más o menos intensas de uno a otro sistema jurídico, sino con verdaderos conflictos culturales de identidad e integración, no siempre de fácil resolución. Desde la óptica del Derecho internacional privado, estos conflictos son particularmente relevantes en el ámbito de las relaciones individuales de Derecho de familia y en el ámbito de las relaciones paterno-filiales. Sin embargo, este tipo de conflictos no son actualmente los únicos. Desde una perspectiva jurídica más amplia, la exteriorización de diferentes alteridades religiosas en la sociedad de acogida, protagonizada por colectivos de inmigrantes de procedencia diversa y en particular por los que profesan la religión musulmana, está suscitando múltiples cuestiones jurídicas y sociales vinculadas al factor religioso. La mayoría de estas cuestiones aparecen expresamente contempladas en el contenido de los Acuerdos de Cooperación del Estado con la FEREDE, con la FCI y con la CIE, aprobados por las Leyes 24, 25 y 26/1992, de 10 de noviembre. Sin embargo, su operatividad y aplicabilidad en la práctica no se ha dejado sentir en la sociedad española hasta finales de los años noventa, como consecuencia del incremento de la población migrante musulmana en nuestro país y de la visibilidad de determinadas expresiones religiosas y manifestaciones o proyecciones concretas del ejercicio del derecho a la libertad religiosa consagrado por la Constitución Española.

3. En la presente obra colectiva, desde una perspectiva interdisciplinar y transversal, destacados profesores de Derecho internacional privado, de Derecho eclesiástico del Estado y de Estudios árabes e islámicos de las Universidades de Barcelona, Zaragoza, A Coruña, Pablo de Olavide de Sevilla, Extremadura, Complutense y Autónoma de Madrid, abordan con rigurosidad algunos de los conflictos jurídicos interculturales más relevantes, y que con mayor frecuencia en la práctica se suscitan en la sociedad española y europea actual como consecuencia de la presencia en nuestro país de una población inmigrante de origen extraeuropeo y confesión islámica.

Con el objetivo de sistematizar el contenido de las diferentes aportaciones jurídicas, la obra se estructura correctamente en tres diferentes secciones.

La primera sección denominada *Interculturalidad, Islam y Derecho en Europa* contempla desde una dimensión fundamentalmente iusinternacionalprivatista cuatro interesantes estudios: en primer lugar, el trabajo de la Prof. de Derecho internacional privado A. Borrás, que lleva por título «Europa: entre la integración y la multiculturalidad» (pp. 23-43); en segundo lugar, el estudio realizado por la Prof. de Derecho eclesiástico del Estado María J. Roca sobre «¿La Sharía como ley aplicable en virtud de la libertad religiosa?» (pp. 45-87); en tercer lugar, el trabajo del Prof. de Derecho internacional privado A. Rodríguez Benot, relativo al «Estatuto personal de los extranjeros procedentes de países musulmanes» (pp. 89-110) y finalmente en cuarto lugar, la aportación de la Prof.

de Derecho internacional privado M. P. Diago Diago sobre «La *kafala* islámica en España» (pp. 111-159).

La segunda sección denominada *Conflicto intercultural y derechos humanos en el Islam* se inicia con el estudio del Prof. J. Martínez Torrón sobre «El Islam en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos» (pp. 163-215), seguido del trabajo de la Prof. Z. Combalía sobre «El derecho de libertad de expresión en el Islam: perspectiva comparada» (pp. 217-260) y de la aportación del Prof. A. González-Varas Ibáñez sobre «Derechos educativos en el ámbito islámico» (pp. 261-299), todos ellos especialistas y profesores de Derecho eclesiástico del Estado.

La obra finaliza con una tercera sección denominada *Islam, Derecho y Política* encabezada con un trabajo del Prof. de Derecho eclesiástico del Estado, J. Rosell sobre «El Islam institucional en España» (pp. 303-330); seguida por la aportación del también Profesor de Derecho eclesiástico del Estado, J. Ferreiro, relativa a la «Política del Gobierno en materia de libertad religiosa e integración del Islam» (pp. 331-404) y por último con un estudio de Waleed Saleh, Profesor de Estudios árabes e islámicos, y que lleva por título «Iraq en la encrucijada» (pp. 405-429).

4. Sin duda alguna, nos encontramos ante una obra colectiva que aporta nuevas e interesantes claves para el debate jurídico actual de la interculturalidad y que nos merece una valoración positiva no solo por la oportunidad de la selección de las materias jurídicas estudiadas, sino por su carácter interdisciplinar.

La combinación de enfoques y de análisis de los conflictos derivados de la diferenciación y de la coexistencia de culturas en los que sus autores reflexionan críticamente y se pronuncian sobre la conveniencia de la búsqueda de soluciones ponderadas para resolver y abordar más adecuadamente estos conflictos, convierte a los estudios que integran esta obra en un valioso material para el desarrollo de futuros trabajos de investigación y en un referente para un mejor conocimiento de los sistemas jurídicos extranjeros en los que se hace visible la concurrencia de concepciones religiosas como el Islam y de modelos de familia muy diversos entre sí.

María Asunción Asín Cabrera
Universidad de La Laguna

FALLON, M.; KINSCH, P., y KOHLER, Ch. (eds.), *Le droit international privé européen en construction. Vingt ans de travaux du GEDIP/Building European Private International Law, Twenty Years' work by GEDIP,* Cambridge/Amberes/Portland, Intersentia, 2011, 888 pp.

Si echáramos la vista veinte años atrás, como melancólicamente nos propone el bolero, sería difícil llegar a imaginar el vertiginoso avance que ha sufrido el Derecho internacional en el marco de la Unión Europea durante ese intenso periodo. La compleja situación normativa vigente era sencillamente impensable a inicios de los años noventa, ni se podía preconizar —como se atisba en nuestros días— que los sistemas estatales de Derecho internacional privado se pudieran ver paulatinamente sustituidos por uno de origen europeo con voluntad de completud. Puede que para esto último aún hayan de pasar otros tantos veinte años, pero la velocidad con la que se suceden los expedientes en este ámbito (sobre todo si los comparamos con la pasividad de algunos legisladores estatales) y su aparentemente imparable expansión nos permite poder aventurar un fecundo futuro al Derecho internacional privado en el continente europeo.

Nadie puede adivinar ese devenir, pero sí es posible —e incluso resulta imprescindible— reflexionar científicamente y con total independencia sobre la mejor forma en la que se puede atender a los distintos desafíos que suscita el proceso de integración europea y su interacción con el Derecho internacional privado. Ahí precisamente reside uno de los signos distintivos de la labor que ha desarrollado durante las últimas dos décadas el *Groupe Européen de Droit International Privé* [conocido por sus siglas en francés (GEDIP)], recogida en este libro desde su primera reunión celebrada en Lovaina-la-Nueva en 1991, hasta la celebrada en Copenhague en 2010. Una actividad, por cierto, bien conocida por el lector español, gracias a las puntuales crónicas de los resultados alcanzados con ocasión de las distintas reuniones del grupo, que han elaborado para esta *Revista* principalmente los Profs. Alegría Borrás o Julio D. González Campos y, más recientemente, Francisco J. Garcimartín.

Para celebrar estas dos décadas de estudio riguroso e innovador, veinte años de discusión y reflexión académica sobre aspectos medulares del Derecho internacional privado en el ámbito europeo, se ha publicado este impresionante volumen, imprescindible en cualquier biblioteca jurídica especializada en nuestra disciplina. Sin duda, no resultaba necesario agrupar el constante quehacer del GEDIP en una monografía como la reseñada. Y ello, debido a que todos sus proyectos de reglas uniformes, propuestas de convenios o de artículos, informes, conclusiones, declaraciones, comentarios, respuestas a libros verdes, orientaciones, etc. se encuentran ya disponibles al público a través de su página web (*www.gedip-egpil.eu*). Sin embargo, al verse todo este material agrupado, sistematizado y contar con unos exhaustivos índices, esta obra va a servir decididamente a poner de manifiesto el gran valor de las aportaciones del Grupo, así como a facilitar su manejo y difusión.

Una presentación y una ordenación de los trabajos elaborados por el GEDIP que, a su vez, cuenta con un prefacio de François Rigaux y con unas clarificadoras presentaciones elaboradas por Christian Kohler, Patrick Kinsch, Trevor Hartley y Paul Lagarde —todos ellos, miembros del GEDIP—, en las que fundamentalmente se resumen las distintas etapas en las que se ha periodificado su trabajo (coincidiendo normalmente con los expedientes que se encontraban en proceso de discusión en el seno de las instituciones europeas) y las diversas materias a las que se ha enfrentado el GEDIP durante estas dos décadas de actividad ininterrumpida (esto es, familia, sucesiones, obligaciones —contractuales y no contractuales—, competencia judicial internacional, separación y divorcio, regímenes económicos matrimoniales, la interacción con las libertades de circulación, la competencia de la actual Unión Europea en este sector o la aplicación de determinados instrumentos a las relaciones con terceros Estados y su juego con respecto a situaciones externas), así como expone su método de trabajo y la extracción de sus miembros (caracterizado, entre otros, por el número reducido y selectivo de sus integrantes). Por todo lo expuesto, junto al acierto de esta publicación, hay que felicitar al GEDIP por este feliz aniversario y desear que los próximos veinte sean tan fructíferos como los que ya han pasado.

Los desafíos y los cuestionamientos a los que se enfrentaba el Derecho internacional privado en la Europa de inicios de los noventa, necesitaba una reflexión académica e independiente que fuera de conjunto y a escala regional. Un crucial desafío que encontró en la iniciativa que supuso el GEDIP un marco de discusión de primer nivel. Un análisis que también halló eco en la atención que a este fenómeno ha dedicado la mayor parte de la doctrina en el continente europeo, pero que carecía de un empuje colectivo hasta ese momento desde la academia, fuera

de las instancias oficiales. Una labor de reflexión científica que todavía resulta imprescindible en nuestros días, ya se lleve a cabo por medio de grupos de investigadores aislados y vinculados a una única universidad, por parte del propio GEDIP o en el marco de iniciativas más amplias, abiertas e integradoras en las que interactúen académicos y profesionales (como podría ser en la actualidad y a modo de ejemplo, el *European Law Institute*). Y es que, en esta trascendental discusión e ilusionante proceso constructivo, todos hemos de sumar y nadie sobra.

Guillermo PALAO MORENO
Universidad de Valencia

FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C., y MAYORDOMO RODRIGO, V., *Código de normas internacionales relativas a las víctimas*, Madrid, Tecnos, 2011, 307 pp.

Esta obra es la primera compilación en español de las normas internacionales relativas a las víctimas. Tras un estudio preliminar en el que se identifican a las normas internacionales relativas a las víctimas en atención a su origen (normas de ámbito general o universal adoptadas por la ONU; normas internacionales de ámbito regional adoptadas por el Consejo de Europa, la Unión Europea o la Organización de Estados Americanos), en este Código se nos presenta a las normas internacionales relativas a las víctimas clasificadas en atención a las diversas categorías existentes de víctimas y, dentro de ellas, ordenadas según su origen o procedencia.

La primera categoría de víctimas son las víctimas de delitos. La única norma de ámbito general o universal (ONU) es la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y abuso de poder, de 29 de noviembre de 1985. En el ámbito del Consejo de Europa, además del Convenio europeo sobre indemnización a las víctimas de delitos violentos, de 24 de noviembre de 1983, se incluyen siete recomendaciones adoptadas por el Comité de Ministros del Consejo de Europa entre 1977 y 2006. En el caso de la Unión Europea, se incluyen tanto la Decisión Marco del Consejo 2001/220/JAI, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, de 15 de marzo de 2001, como la Directiva 2004/80/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre indemnización a las víctimas de delitos. En el ámbito americano, el Convenio Centroamericano para la Protección de Víctimas, Testigos, Peritos y demás sujetos que intervienen en la investigación y en el proceso penal, particularmente en la narcoactividad y delincuencia organizada, de 11 de diciembre de 2007.

Respecto de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del Derecho internacional humanitario sólo se incluye, en el ámbito general o universal de la ONU, 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, de 19 de abril de 2005.

Sobre las víctimas de desaparición forzada, en el sistema general o universal de la ONU se incluyen tanto a la Resolución 47/133, de 18 de diciembre de 1992, de la Asamblea General, como a su posterior concreción en la Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, de 20 de diciembre de 2006. Se complementa, en el ámbito regional americano, con la Convención interamericana

sobre desaparición forzada de personas, de 9 de junio de 1984. Las víctimas del terrorismo son la única categoría de víctimas respecto de las que no existe ninguna norma específica de ámbito general o universal adoptada por la ONU.

Sí existen, sin embargo, en el ámbito europeo, tanto como consecuencia de la acción del Consejo de Europa (Líneas directrices sobre la protección de las víctimas de actos terroristas, de 2 de marzo de 2005, y el Convenio núm. 196 del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo, de 16 de mayo de 2005), como de la Unión Europea (Decisión Marco del Consejo 2002/475/JAI, sobre la lucha contra el terrorismo, de 13 de junio de 2002).

Sobre las víctimas de violaciones del Derecho internacional penal se incluyen, extractados, las partes relevantes del Estatuto de la Corte Penal Internacional, de 17 de julio de 1998, así como de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional.

Finalmente, relativas a las víctimas de trata, se incluyen como normas de ámbito general o universal tanto a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, de 15 de noviembre de 2000, como al Protocolo complementario para prevenir, reprimir y sancionar la trata de las personas, especialmente mujeres y niños. De nuevo en el ámbito regional europeo conviven el Convenio núm. 197 del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, de 16 de mayo de 2005, con la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo.

El presente Código es destacable, en consecuencia, tanto por la novedad u originalidad de su contenido frente a las más tradicionales compilaciones normativas, como por su sistematicidad y exhaustividad. Es igualmente destacable la importancia de situar a las víctimas en el centro de la acción penal internacional, algo durante mucho tiempo olvidado tanto por los ordenamientos internos como por el ordenamiento jurídico internacional.

Valentín Bou Franch
Universidad de Valencia

Fernández de Casadevante Romaní, C., *El Derecho internacional de las víctimas*, México DF, Porrúa, 2011, 307 pp.

El Derecho internacional tradicionalmente ha prestado casi nula atención a las víctimas. La estructura predominantemente interestatal de la comunidad internacional ha favorecido que las normas internacionales tengan como finalidad principal la protección de los intereses y de los objetivos generales de los Estados. La toma en consideración del individuo como víctima de una violación de una norma jurídica es relativamente reciente y sólo se ha dado en sectores muy concretos de este ordenamiento jurídico.

Entre estos sectores, la relevancia de las víctimas varía mucho. El Derecho internacional de los derechos humanos se ha erigido desde la perspectiva de que el Estado es el último responsable de la violación de las normas internacionales relativas a los derechos humanos, sin tomar en consideración las violaciones cometidas por actores no estatales. Estos otros supuestos sólo son tenidos en cuenta por el Derecho internacional penal y por el Derecho internacional humanitario, que abordan estas otras violaciones de los derechos humanos desde la pers-

pectiva de la responsabilidad internacional del individuo autor del hecho ilícito. La consecuencia ha sido que la preocupación por las víctimas de infracciones de normas internacionales ha sido residual y excepcional.

En este contexto, la publicación de una monografía sobre el Derecho internacional de las víctimas constituye una prueba de madurez del Derecho internacional y de su doctrina. Carlos Fernández de Casadevante Romaní cubre de esta forma una laguna importante en el Derecho internacional contemporáneo, poniendo de relieve el proceso de humanización creciente experimentado por el orden jurídico internacional. Situar a las víctimas en el centro de la preocupación de las normas internacionales es, además, la única vía disponible para conseguir la justicia material, superadora de los análisis formalistas relativos al alcance de los derechos o de los elementos definidores de los crímenes.

Esta monografía está claramente estructurada en dos partes. En la primera, el Prof. Casadevante examina todas las normas internacionales relativas a las distintas categorías de víctimas ya que, con independencia de la referencia particular que las mismas contienen a determinadas categorías de víctimas, todas ellas poseen, además, elementos comunes que permiten afirmar la existencia de un estatuto jurídico internacional común a todas las categorías de víctimas.

Las normas internacionales relativas a las víctimas son tanto de ámbito universal, como regional (europeo y americano), teniendo una naturaleza muy dispar. Estas normas ponen de manifiesto la inexistencia de un concepto internacional único de víctima, existiendo casi tantas definiciones de víctimas como categorías de víctimas contempladas por las normas internacionales. Las distintas categorías internacionales de víctimas (directas e indirectas) comprenden a las víctimas de delitos; a las víctimas del abuso de poder; a las víctimas de violaciones manifiestas de los derechos humanos; a las víctimas de violaciones graves del Derecho internacional humanitario; a las víctimas de desapariciones forzadas; a las víctimas de violaciones del Derecho internacional penal; y a las víctimas del terrorismo.

Tras un análisis particularizado de cada una de estas categorías de víctimas, Fernández de Casadevante realiza una referencia especial a las víctimas del terrorismo, sin duda por la escasa atención que hacia las mismas ha dedicado la ONU, a diferencia de lo que sucede en el ámbito regional europeo (Consejo de Europa y Unión Europea). Tras un análisis superador de la falta de una definición universal del crimen de terrorismo, Fernández de Casadevante suple igualmente la falta de una definición universal de «víctimas del terrorismo» por diversas vías: por referencia a las normas internacionales que contienen una definición de terrorismo y/o que contienen un catálogo de actos considerados como terroristas; por referencia a los tratados internacionales en materia de terrorismo aludidos de modo expreso en la Resolución 1566 (2004) del Consejo de Seguridad; y como consecuencia de la obligación que tienen los Estados de tipificar tales actos como delitos en sus ordenamientos internos. Obligación esta última que, no es baladí recordarlo, se ha generalizado por la asunción de competencias cuasilegislativas en esta materia por parte del Consejo de Seguridad, delegando su control en el Comité contra el terrorismo.

En la segunda parte de esta monografía, Fernández de Casadevante aborda la construcción de un estatuto jurídico internacional de las víctimas, contenido en las diferentes normas internacionales existentes y conformado por un catálogo de derechos del que son titulares todas las categorías de víctimas. Los derechos que integran este estatuto jurídico internacional de las víctimas no son más que la particularización, respecto de las víctimas, de derechos ya vigentes en el De-

recho internacional de los derechos humanos. Estos derechos son: el derecho de asistencia de urgencia y a más largo plazo; el derecho de investigación y persecución; el derecho de acceso efectivo a la justicia y a la administración de justicia; el derecho a la reparación e indemnización; el derecho a la protección de la vida privada y familiar; el derecho a la protección de la dignidad y de la seguridad; el derecho a la información; el derecho a la verdad; el derecho a la memoria; y el derecho a una protección reforzada.

Valentín Bou Franch
Universidad de Valencia

Pastor Ridruejo, J. A., *Curso de Derecho internacional público y organizaciones internacionales,* Madrid, 15.ª ed., Tecnos, 2011, 829 pp.

El Prof. Pastor Ridruejo ha sido, durante las últimas décadas, y sigue siendo, uno de los maestros indiscutibles del Derecho internacional público de la doctrina española e internacional. Con la inteligente sencillez propia de un magisterio largamente practicado en las aulas y seminarios universitarios al mismo tiempo que derivada de una experiencia profesional forjada en la Asesoría Jurídica Internacional del Ministerio de Asuntos Exteriores de España y en su participación dentro del sistema universal de protección de derechos humanos de Naciones Unidas, expone en este manual la mejor síntesis de su pensamiento sobre la naturaleza del Derecho internacional, las complejidades de su sistema normativo y todos los aspectos esenciales de su contenido actual en creciente ampliación.

El Prof. Pastor expone su definición (que no constituye una *concepción*) del Derecho internacional como «el conjunto de normas positivadas por los poderes normativos peculiares de la Comunidad Internacional» (p. 33) y explica que su clave principal reside en la forma de producción de las normas internacionales y está dotada por ello de un carácter predominantemente formal.

Sin embargo su concepción, nos indica, no es en absoluto lógico-formal puesto que la aproximación técnico-jurídica no es la única perspectiva para aprehender el Derecho internacional: necesita de otras dos *aproximaciones* que palian el formalismo de la definición, la axiológica y la histórico-sociológica. Y en efecto, dedica claras páginas a exponer en síntesis su modo de llevar a cabo esas dos aproximaciones. Personalmente no puedo sino alabar esa terminología, lejos de quienes se refieren a *los tres métodos* aplicables al estudio y conocimiento del Derecho internacional, fruto de una mala importación a nuestra disciplina de los por otra parte fértiles sistemas conceptuales de los Profs. Reale y Goldschmidt.

El autor nos explica en su dilatada presentación a la 15.ª edición de su Manual que con la obra busca una *presentación global* del Derecho internacional a la altura de 2011, «con sus luces y sombras». Y a fe que lo logra puesto que ninguno de los grandes temas o ámbitos materiales cuya regulación u ordenación preocupa a la Comunidad Internacional, quedan fuera de su análisis.

No solamente es pues de subrayar su preferencia por la utilización perfectamente consciente del término «Comunidad Internacional» como el mejor para referirse a ese extraordinario fenómeno de que todos los pueblos y Estados de la tierra forman algo así como una unidad de naturaleza cuasilegisladora (según la concepción arquetípica de origen vitoriano) sino que, preocupado como está por la *unidad* del Derecho internacional (nunca considerado expresamente un *ordenamiento jurídico* en sentido propio), se detenga en exponer cómo la unidad

del Derecho internacional se impone gracias a la vigencia de principios jurídicos por encima de tendencias o fenómenos de una fragmentación que algunos espíritus más *saturnales*, detectarían en los «acontecimientos, tendencias y estructuras históricos» contemporáneos, sobre la base de un pretendido realismo de raíces estériles tanto en lo moral, como en lo político y en lo jurídico, favorecedor de los intereses de los países más poderosos.

Pues no sólo el autor se declara «realista», atento como está en efecto a la realidad de los hechos, sino que los conoce y valora y, en esa línea, expone su postura personal: el Derecho de gentes tiene una fundamentación *humanista y antivoluntarista* cuya mejor expresión está en la vigencia dentro del «conjunto de las normas internacionales» de los principios generales del Derecho y, más específicamente, de las normas y principios de *jus cogens* del Derecho internacional.

La atención extrema que dedica al *Individuo en el Derecho internacional* (capítulo IV) y a *los Pueblos* en el Derecho internacional (capítulo V) indica hasta qué punto la protección internacional de los derechos humanos forma parte de sus preocupaciones más acendradas.

Mas la Comunidad Internacional está organizada, por lo menos parcialmente, por medio de las Organizaciones Internacionales: hasta 150 páginas se dedican a la exposición de una teoría general de dichas Organizaciones y en especial a la exposición de las estructuras, funciones y logros de Naciones Unidas y su sistema de Organismos Especializados.

El autor muestra su realismo cuando señala (p. 764) que «la Organización ha fracasado [...] en la realización de los propósitos básicos que enuncia la Carta, pero en un vigoroso y ejemplar esfuerzo de adaptación histórica ha llevado a cabo una acción encomiable y alentadora en otros terrenos y en este orden de ideas hay que afirmar que no tiene alternativa».

En efecto, como el autor indica no hay que olvidar nunca el carácter esencialmente intergubernamental de la Organización de las Naciones Unidas. Personalmente, junto con otra doctrina, veo en la Carta y en algunos de sus principios el embrión de una constitución material del ordenamiento internacional.

Integran el cuerpo del libro anchos capítulos sobre el Estado y sus competencias; los órganos estatales encargados de las relaciones internacionales; el hecho ilícito internacional y sus sanciones; la solución pacífica de controversias internacionales; y el uso de la fuerza.

Y no lo menos destacable. En breve estudio se hace referencia a las relaciones entre el Derecho internacional y los Derechos internos, particularmente en la perspectiva del Derecho español. A la práctica española se dedica la atención que merece. En suma un libro de primera referencia incluso en la «época» de nueva reorganización de los estudios universitarios, hecha «a la boloñesa», que nos ha tocado vivir.

Fernando M. Mariño Menéndez
Universidad Carlos III de Madrid

Sereno Rosado, A., *Ríos que nos separan, aguas que unen. Análisis jurídico de los Convenios Hispano-Lusos sobre aguas internacionales,* Valladolid, Lex Nova, 2011, 408 pp.

En relación con la monografía objeto de la presente recensión hay dos circunstancias que podríamos considerar como de carácter general, que a juicio de quien firma estas líneas merecen una mención específica. La primera es la referida a la

trascendencia del objeto de estudio, que como es lógico va directamente relacionada con la oportunidad del mismo; la segunda alude a la especial idoneidad de la autora para acometer esta tarea. Respecto de la primera debe señalarse que la mencionada trascendencia no descansa solo en las consideraciones genéricas que puedan hacerse respecto a la trascendencia de las aguas compartidas por varios Estados, en especial en el actual contexto de crisis hídrica, sino que a ello debe añadirse que precisamente la cooperación hídrica entre ambos Estados ibéricos es, por su tradición y sus circunstancias particulares, un buen banco de pruebas para analizar la evolución que se ha venido produciendo en el ámbito del Derecho de los cursos de agua internacionales, pudiendo a este respecto destacar por ejemplo la dimensión institucional de esta cooperación, a la cual la autora presta la debida atención en el capítulo III, en el que se ocupa de los órganos creados en el marco del Convenio sobre cooperación para la protección y el aprovechamiento sostenible de las aguas de las cuencas hidrográficas hispano-portuguesas, hecho *ad referendum* en Albufeira el 30 de noviembre de 1998. En cuanto a la segunda cuestión de carácter general, la relativa a la especial idoneidad de la autora para la realización de este estudio, ello resulta de su experiencia vital a caballo entre los dos Estados involucrados, España y Portugal, puesto que su nacionalidad española y la realización de parte de sus estudios de Derecho en la Universidad de Extremadura se ve *compensada*, entendiendo esto a los efectos de la mencionada asimilación de puntos de vista diversos, por el hecho de que realizase su tesis de Doctorado en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Portuguesa, además de contar posteriormente con una experiencia profesional en este ámbito en el vecino país.

De hecho, la citada tesis de Doctorado, defendida por la autora el 22 de junio de 2010, constituye la base sobre la que se apoya esta monografía, si bien, como ella misma advierte en una nota introductoria, lo que ahora se hace no es una mera síntesis de la mencionada tesis sino más bien una nueva aproximación a la cooperación hídrica hispano-portuguesa, que entre otras novedades incorpora una actualización de la materia.

Entrando ya en el contenido de la monografía debe destacarse que la misma se estructura en tres grandes bloques equilibrados en cuanto a su extensión y que siguen una lógica que va de lo general a lo particular. De acuerdo con esta, el capítulo I se dedica al análisis genérico de los dos ámbitos del Derecho internacional concernidos por la monografía, por un lado el régimen jurídico de las aguas internacionales y por otro la cooperación transfronteriza. A continuación la autora dedica el capítulo II a la cooperación hispano-lusa en materia de aguas para cerrar el estudio, previamente a las conclusiones alcanzadas en el mismo, con un capítulo III centrado en la cuestión de los organismos de cooperación en los que se articula la mencionada cooperación entre ambos Estados. Las conclusiones alcanzadas en el análisis de las distintas cuestiones incluidas en cada uno de estos capítulos se apoyan en un adecuado aparato bibliográfico que se hace manifiesto tanto en el conjunto de notas como en la bibliografía final, en la que cobra especial relevancia el recurso equilibrado a fuentes doctrinales españolas y portuguesas, indispensable para intentar mantener esa posición neutral, o al menos comprensiva de todos los intereses en presencia, que debe existir en todo estudio científico que pretenda ser riguroso.

Por lo que respecta al capítulo I debe decirse que la autora lleva a cabo una acertada exposición de las principales cuestiones relativas a los dos ámbitos antes mencionados, limitada de forma tan inevitable como lógica por razones de espacio. En cuanto al régimen jurídico de las aguas internacionales, la autora de-

dica especial atención a la evolución del objeto de regulación por el Derecho internacional en esta materia, pasando del concepto de río internacional al de cuenca hidrográfica internacional al hilo de la propia evolución de los usos de las aguas compartidas, con el interés centrado en la navegación en un primer momento y la posterior aparición de nuevos usos que han desplazado a éste, en especial el de la producción de energía eléctrica en el caso de los ríos ibéricos compartidos, que presentan el factor añadido de su carácter consuntivo del recurso.

A este respecto se señalan las diversas tesis adoptadas para resolver las posibles controversias relativas a la utilización de los recursos hídricos, optando de entre todas ellas por la de la unidad de cuenca como la más adecuada, no sólo por atender a la realidad de la unidad de dichos recursos sino también por incorporar la idea de desarrollo sostenible que, como se señala en la monografía, implica la incorporación del interés de la Humanidad al conjunto de intereses en presencia en relación con el régimen jurídico-internacional de las aguas compartidas entre varios Estados. Asimismo, se dedica una atención especial a la Convención sobre el Derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, de 21 de mayo de 1997, destacándose las razones del fracaso de la misma en cuanto a su entrada en vigor.

Asimismo en este primer capítulo se integra el estudio del Derecho de aguas elaborado en el marco de la Unión Europea, y muy en especial como es lógico de la Directiva Marco de Aguas, dedicando un lugar central al concepto de Demarcación Hidrográfica Internacional. En este sentido destaca la afirmación de la autora de que la mencionada Directiva Marco de Aguas ha ido en varios aspectos más allá de la Convención de Nueva York de 1997, entre otras cosas favorecida por el mayor grado de homogeneidad del marco en el que se integra el primero de esos textos, así como de las características del ordenamiento jurídico en el que cada uno de esos dos textos se enmarca, el Derecho de la Unión Europea en el primer caso y el Derecho de los cursos de agua internacionales con carácter general en el segundo.

Tras unas páginas dedicadas a la cooperación transfronteriza, y especialmente al papel de las regiones europeas como actores de la cooperación internacional, este capítulo I se cierra con el estudio del marco general de la cooperación entre ambos Estados ibéricos. Sobre este particular se hace hincapié en los diversos cambios ocurridos en las últimas décadas que han llevado, en palabras de Amparo Sereno, a pasar de «unas excelentes relaciones formales pero inexistentes relaciones reales» en la cooperación anterior a la década de los años setenta a «un escenario en el que se extiende una compleja e intensa tela descentralizada de relaciones institucionales y de colaboración informal entre representantes de los intereses locales y regionales transfronterizos». Entre los acontecimientos que se encuentran en la base de esos cambios se señalan tanto el Tratado de Amistad y Cooperación de 1977 entre ambos Estados como la incorporación de estos al Consejo de Europa y a las entonces Comunidades Europeas, con la posibilidad de servirse de los instrumentos de cooperación transfronteriza existentes en el marco de ambas Organizaciones Internacionales.

El capítulo II se dedica de forma específica, como ya se ha señalado, a la cooperación entre ambos Estados en materia hídrica, tomando como objeto de análisis principal el Convenio de Albufeira. Sin embargo, este texto se apoya en una amplia tradición de convenios bilaterales en la materia que es retenida por la autora, que analiza desde el Tratado de Límites entre ambos Estados de 1864 hasta los precedentes más inmediatos del Convenio de 1998, los Convenios de 1964 y 1968. Ese recorrido histórico

es utilizado por Amparo Sereno para subrayar tanto la evolución del Derecho de las aguas compartidas por ambos Estados, paralelo a la evolución del Derecho de los cursos de agua internacionales en general, como los elementos que el Convenio de 1998 toma de sus precedentes. Especial relevancia presentan las consideraciones apuntadas por la autora en relación con la introducción del componente de protección medioambiental en esa cooperación hídrica así como el salto que se produce en un momento determinado, en concreto con el Convenio de 1968, al pasarse de un régimen más bien individualizado a otro que supone una aproximación global, en el que se inspira el Convenio de Albufeira, tal como se desprende de su propio título.

En relación con este texto, que configura el marco jurídico-internacional de las aguas ibéricas compartidas actualmente vigente, la autora señala tanto las razones que movieron a su conclusión, entre las cuales destaca la cuestión de los trasvases entre cuencas y muy en particular el Plan Hidrológico Nacional, que Amparo Sereno contrapone al interés general, configurándose esta oposición como el telón de fondo del Convenio de 1998. Igualmente se presta atención a las fuentes de las que bebe el citado Convenio, subrayándose por la autora que el mismo «es el resultado de una especie de juego de ajedrez desarrollado en tres tableros diferentes: el bilateral, el comunitario y el internacional». Más en particular se destaca la trascendencia e influencia que en el contenido del Convenio de Albufeira tiene la Directiva Marco de Aguas, que aunque es adoptada con posterioridad ejerce esa influencia a través del conocimiento que los negociadores españoles y portugueses tenían de los textos previos que se iban adoptando en sede comunitaria. El resultado es el reconocimiento expresado por la autora del mérito jurídico y diplomático del Convenio de Albufeira, y más en particular su alineación con el moderno Derecho internacional y comunitario sobre la materia. Por otra parte en este capítulo se considera el régimen de caudales como una cuestión central, destacando la regulación que se hace del mismo en el Convenio de Albufeira así como en los distintos textos que lo desarrollan, siempre con el trasfondo de la cuestión de los trasvases entre cuencas y de la influencia que de ello pudiera resultar para las aguas compartidas entre ambos Estados.

El capítulo III está centrado en el análisis de los organismos creados en el Convenio de Albufeira y en los que se articula la cooperación hídrica hispanoportuguesa. La trascendencia de esta cuestión es destacada por la autora desde el comienzo del capítulo, afirmando la concepción del Convenio no como un fin en sí mismo sino como el principio de un proceso, en cuyo desarrollo los mencionados organismos juegan un papel crucial. También en este capítulo el análisis de los precedentes tiene un papel destacado, analizando las diversas Comisiones creadas en los distintos Convenios bilaterales entre ambos Estados, de las que la estructura institucional creada en el Convenio de 1998 por una parte es continuadora y por otra conlleva una ruptura con lo anteriormente establecido. Esta ruptura de la tradición anterior se manifiesta de manera especialmente visible en la aparición de un nuevo órgano de naturaleza política, la Conferencia de las Partes, pero también la propia Comisión se suma a esa dinámica rupturista, suponiendo, en palabras de Amparo Sereno, un claro avance en materia de cooperación, afirmación que se apoya especialmente en la mayor intensidad de competencias y responsabilidad de esta en comparación con las de sus antecesoras.

Sin embargo, Amparo Sereno no se limita a un examen minucioso de las funciones y tareas de los distintos órganos que conforman la estructura institucional creada por el Convenio de Albufeira, prestando especial atención a la cuestión

de la naturaleza jurídica de la Comisión de Aplicación y Desarrollo del Convenio, así como de la actividad hasta este momento desarrollada por los distintos órganos, sino que se lleva a cabo una interesante comparación de dicha Comisión con otros modelos de cooperación hídrica, tomando para ello seis elementos que sirven como punto de referencia de cara a la conclusión relativa al buen funcionamiento de este tipo de organismos.

Los organismos tomados como referencia para ese análisis comparativo son la Comisión Internacional de Aguas y Límites y la Comisión Conjunta Internacional, creadas por los Estados Unidos de América con México y Canadá respectivamente, así como las Comisiones del Rin y del Danubio. En cuanto a las características en las que descansa el mencionado análisis comparativo se señalan: una estructura administrativa adecuada, la transparencia y la apertura a la participación pública, la capacidad para la resolución de conflictos, la dependencia respecto de los distintos Gobiernos, la existencia de una adecuada financiación y los mecanismos seguidos para la aplicación de las decisiones.

El resultado de ese análisis comparativo es que la Comisión Hispano-Portuguesa no cumple tres de esos requisitos, en concreto los de su adecuación a las características de las cuencas compartidas por ambos Estados, la de su apertura a la sociedad civil y a la participación pública y la de su financiación, por lo que la autora plantea una propuesta de modificación de la estructura y naturaleza de la citada Comisión que gira en torno a la necesidad de dotar a esta de una estructura con personalidad jurídica y presupuesto propio y hacerla más descentralizada y abierta a la participación de otros actores.

La monografía se cierra con unas conclusiones finales en las que se da cabida a la experiencia de los diez años de cooperación hasta el momento transcurridos. El resultado es una obra que permite una adecuada comprensión del actual esquema de cooperación hídrica entre ambos Estados ibéricos, así como del grado de adaptación del mismo al moderno Derecho de Aguas tanto internacional como de la Unión Europea. Por todo ello cabe concluir que este estudio supone una aportación digna de mérito a la doctrina internacionalista española, carente hasta el momento de un análisis global de la cuestión, laguna que Amparo Sereno viene en este momento a colmar.

Sergio SALINAS ARCEGA
Universidad de Zaragoza

SOTILLO, J. Á., *El sistema de cooperación para el desarrollo. Actores, formas y procesos,* Madrid, La Catarata, 2011, 318 pp.

Entre el 29 de noviembre y el 1 de diciembre de 2011 se reunieron en Busan (Corea del Sur) con ocasión del *4.º Foro de Alto Nivel sobre la Eficacia de la Ayuda,* más de dos mil delegados, entre representantes de países en desarrollo, países donantes, organizaciones internacionales, sector privado y sociedad civil. Tras las sesiones de Roma (2003), París (2005) y Accra (2008), los primeros balances del Foro de Busan parecen apuntar a la importancia de reforzar la transparencia de la ayuda oficial al desarrollo mediante el compromiso y apoyo a la *International Aid Transparency Initiative* para conseguir que la cooperación tenga un verdadero impacto.

Asimismo, parece incuestionable el papel fundamental que los BRIC están llamados a desempeñar al respecto en un escenario internacional en el que están cada vez más presentes. En cualquier caso, los avances y retrocesos que

la reunión de Busan haya supuesto en el largo y tortuoso camino hacia el cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo del Milenio sólo pueden comprenderse si se analizan teniendo en cuenta cómo se ha configurado y transformado aquello que entendemos como cooperación al desarrollo.

En un contexto internacional cada vez más complejo, el libro *El sistema de cooperación para el desarrollo. Actores, formas y procesos* constituye una suerte de mapa que ayuda a orientarse. En efecto, José Ángel Sotillo, Prof. titular de Relaciones Internacionales en la Universidad Complutense de Madrid y Director del Instituto Universitario de Desarrollo y Cooperación, se propone en su último libro presentar un panorama general del sistema internacional de cooperación para el desarrollo. Esta obra, definida por su propio autor como heterodoxa e híbrida, constituye un ambicioso ejercicio de reflexión, tanto académica como personal, trufado de referencias que van más allá de las obras fundamentales en el estudio del desarrollo para incorporar guiños a la cultura popular mediante alusiones a novelas, poemas, películas y canciones.

La obra que nos ocupa, prologada por el diplomático Carmelo Angulo Barturen, consta de ocho capítulos y se complementa con una cronología de la cooperación internacional para el desarrollo firmada por Juan Pablo Prado Lallande y con unos anexos accesibles desde la web del Instituto Universitario de Cooperación y Desarrollo que integran textos y documentos referenciados en la obra. El primer capítulo resulta especialmente clarificador ya que está dedicado a explicar conceptos básicos como el desarrollo, el desarrollo sostenible, el desarrollo humano, la cooperación o el cada vez más presente en el debate concepto de decrecimiento, entre otros. Además, se trata la relevante cuestión de la medición del desarrollo y la pobreza a través de diferentes indicadores como el Índice de Desarrollo Humano, el Índice Multidimensional de la Pobreza, el Índice de Pobreza Humana o el Índice de Capacidades Básicas. El capítulo se cierra prestando atención a la dimensión más práctica mediante el análisis realizado por Juan Manuel Toledano y Héctor Sáinz de los instrumentos más habituales a la hora de implementar las políticas de desarrollo, esto es, los proyectos y los programas, así como el reflejo de estos instrumentos en el caso del Plan Director 2009-2011 de la cooperación española.

En los siguientes dos capítulos, sorprendentemente breves y cuyo contenido quizás podría haberse subsumido en uno, el autor realiza una contextualización que servirá de punto de partida para comprender cómo ha ido cambiando la manera de entender y poner en práctica la cooperación para el desarrollo desde sus inicios hasta la actualidad. Así, en el capítulo 2 el autor se propone identificar quiénes son los países subdesarrollados y cómo son percibidos. Por su parte, en el capítulo 3 el autor se aleja de las perspectivas de análisis del desarrollo más economicistas que lo vinculan al crecimiento económico para reivindicar una visión propia de las Relaciones Internacionales, más comprehensiva, que resulta óptima para captar todas las dimensiones, actores y procesos implicados en la cooperación para el desarrollo.

A continuación, los capítulos 4, 5 y 6 están dedicados a explicar las transformaciones del sistema de cooperación para el desarrollo en el contexto de los cambios acaecidos en el sistema internacional. El primero de ellos trata los orígenes de la ayuda al desarrollo. Partiendo de la creación del sistema Bretton Woods tras la Segunda Guerra Mundial, y la especial relevancia del Fondo Monetario Internacional y del Banco Mundial, el autor recorre las etapas de la cooperación durante la guerra fría haciendo énfasis en la vinculación entre la ayuda y la política exterior de los países donantes y en la aparición del Tercer Mundo

(Movimiento de los Países No Alineados, Grupo de los 77) como un actor fundamental en las relaciones internacionales que reivindicaba un Nuevo Orden Económico Mundial. En el segundo capítulo de esta parte se analiza el subdesarrollo y la pobreza en el contexto contradictorio de la globalización y del triunfo de las recetas neoliberales, cuya expresión más conocida, tanto en la política como en la economía internacional, es el llamado «consenso de Washington». Frente a estas respuestas, se recogen también otras iniciativas para responder al reto del desarrollo elaboradas en el clima de cierto optimismo surgido tras el colapso del sistema bipolar y en las que la Organización de las Naciones Unidas tuvo un papel destacado. Ejemplo de ello son la multitud de cumbres internacionales celebradas durante la década de los noventa, que fueron perfilando los objetivos de desarrollo internacional, y que concluyeron en la formulación de los Objetivos de Desarrollo del Milenio en el año 2000. Esta agenda de desarrollo del siglo XXI se ha ido configurando a partir de cumbres internacionales (Monterrey, París, Accra, Busan) a las que se han incorporado nuevos actores internacionales, tanto estatales como no estatales, tanto públicos como privados, y que se han centrado en hacer propuestas de mejora de la eficacia, la eficiencia y la transparencia de la cooperación para conseguir optimizar sus resultados. Finalmente, en el último capítulo de esta parte se abordan los retos para la cooperación para el desarrollo en el actual contexto de crisis económica. El autor reflexiona sobre el poder, las respuestas a la crisis que se proponen desde los países más poderosos, con especial atención al G-20 y su impacto en el desarrollo.

El capítulo 7 recoge una serie de colaboraciones breves de expertos e investigadores, en su mayoría vinculados al Instituto Universitario de Cooperación y Desarrollo (Universidad Complutense de Madrid), que tratan cuestiones tan importantes para la cooperación para el desarrollo como la formulación de visiones alternativas y subversivas del desarrollo (Enara Echart Muñoz); el papel de los medios de comunicación (Juan Bernabé Fraguas); los derechos humanos como instrumento de cooperación para el desarrollo (Juncal Gilsanz Blanco); la relación entre migraciones, género y desarrollo (Marta Carballo de la Riva); la conexión entre democratización y desarrollo (Carlos Illán); el debate sobre la vinculación entre ayuda, rehabilitación y desarrollo (Francisco Rey Marcos); la posibilidad y apuesta por un cambio de paradigma del desarrollo sostenible (Cecilia Carballo de la Riva); la potencialidad de formas de cooperación alternativas a las tradicionales como la cooperación Sur-Sur y la cooperación triangular (Bruno Ayllón Pino) o la capacidad transformadora de la cooperación internacional para el desarrollo entendida como una herramienta válida para construir otro mundo (Javier Surasky).

El libro se cierra con unas reflexiones finales en las que José Ángel Sotillo alerta de los pobres resultados de una cooperación para el desarrollo concebida como un fenómeno asistencial y unidireccional, como un instrumento de poder al servicio de la política exterior de los donantes y como un fenómeno cultural caracterizado por su etnocentrismo. Frente a esta visión contemporizadora con el statu quo, el autor reivindica, desde una perspectiva crítica, la necesidad de realizar cambios de calado estructural para conseguir realizar los objetivos de una cooperación para el desarrollo verdaderamente eficaz. José Ángel Sotillo defiende con vehemencia la importancia de la movilización a todos los niveles contra un sistema que, tal y como está diseñado, no puede funcionar. Es precisamente en tales demandas de cambio, en la educación para el desarrollo y en el fomento de una ciudadanía verdaderamente global donde reside la esperanza para hacer de este mundo un lugar más justo.

Con una redacción clara y una ambición divulgativa, este «libro de libros» resultará de gran interés para todos aquellos que quieran conocer de qué hablamos cuando hablamos de cooperación para el desarrollo. Desde una visión crítica e inconformista, esta obra hace un énfasis muy saludable, especialmente en tiempos de pensamiento único y pesimismo generalizado, en destacar que existen otras maneras de pensar el desarrollo cuyas implicaciones políticas, económicas y sociales quizás nos acerquen a un mundo mejor.

Matilde PÉREZ HERRANZ
Universitat Pompeu Fabra

VACAS FERNÁNDEZ, F., *El terrorismo como crimen internacional: Definición, naturaleza y consecuencias jurídicas internacionales para las personas,* Valencia, Tirant Lo Blanch, Monografías 750, 2011, 348 pp.

Mucho tiene que decir el ordenamiento jurídico internacional en la lucha contra el terrorismo, no solo porque se trata de un fenómeno global sino porque este ordenamiento *dispone de mecanismos y herramientas muy útiles* para afirmar los derechos fundamentales de las personas y acabar con comportamientos que atentan contra los seres humanos. A la doctrina internacionalista se le ha abierto aquí un campo muy rico para el análisis y para formular propuestas que tiendan a mejorar la cooperación internacional en la lucha contra el terrorismo.

Desde todas estas perspectivas, el trabajo del Dr. Vacas Fernández que ahora comentamos aporta un análisis muy riguroso y completo y nos presenta propuestas que deberían ser tenidas en cuenta en los procesos de decisión normativa en el plano internacional. El excelente Prólogo del Prof. José Manuel Rodríguez Uribes marca el camino en el que se desarrolla el trabajo y nos sitúa, con reflexiones político-filosóficas enmarcadas en la realidad, en un ámbito que debe ir más allá de intereses científicos puntuales y penetrar en la defensa, sin límites, de los derechos fundamentales. De cualquier forma, el trabajo del Prof. Félix Vacas viene caracterizado, entre otros, por los siguientes elementos:

En primer lugar, se trata, sin lugar a dudas, de *un trabajo jurídico con una visión normativista de la realidad internacional* en el ámbito objeto de estudio. He de decir que yo coincido con una visión así y que considero, como él, que sin descuidar todos los aspectos que encierra un fenómeno tan complejo como el terrorismo internacional, se precisan de análisis y estudios que penetren, con intensidad, en el marco de las normas que lo regulan y que, a la postre, ayudan a prevenir y combatir los actos terroristas. La fuerza del Derecho internacional se asegura con una posición de este tipo en el que la norma es lo que prima. Las reflexiones del Dr. Vacas Fernández están en esta línea, acertada, y lo hace, además, con profundidad.

Los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) son muy tenidos en cuenta así como Conferencias internacionales (como la Conferencia para la creación de la Corte Penal Internacional) y la labor que desarrollan diversos órganos de las Naciones Unidas, pero, también, todo se completa con el estudio de casos de la práctica y las posiciones asumidas por Tribunales internacionales. En realidad, una visión jurídica de conjunto para descubrir la definición de terrorismo y para apreciar su eventual consideración como crimen internacional y las consecuencias sobre las víctimas.

En segundo lugar, el Dr. Félix Vacas penetra en ámbitos conceptuales que resultan muy necesarios en el quehacer tendente a acabar con las prácticas te-

rroristas. Desde luego, la primera parte la dedica a la espinosa cuestión de contar con una *definición de terrorismo en el ordenamiento jurídico internacional* y analiza, con detalle, todas las posiciones existentes sobre la base de estructuras normativas muy bien fundamentadas. La posición que mantiene el autor se sustenta en un examen profundo y aboga, en definitiva, por contar con una definición del fenómeno terrorista, aunque es muy consciente de las dificultades que se plantean en la práctica por la extraordinaria heterogeneidad de los componentes de la actual Comunidad Internacional. No lo sé, pero quizá el autor coincidiría conmigo en que el hecho de que no se cuente con una definición no impide que se prosiga la lucha contra los actos terroristas y que se puedan identificar estos actos. La posición que mantiene el Dr. Félix Vacas es muy acorde con el mejor funcionamiento del ordenamiento jurídico internacional pero seguro que reconoce, porque en esto siempre hemos mantenido posiciones diversas, que, hasta tanto, el Derecho internacional no ceja en el empeño de combatir actos que claramente se pueden calificar de terroristas.

Asimismo, el capítulo IV de la Segunda Parte se destina a estudiar *el terrorismo como crimen internacion*al. Por fin la doctrina internacionalista, sobre todo la española, puede contar con unas reflexiones de calidad en esta materia alejadas de posiciones políticas e interesadas. Dejo al lector que transite por las posiciones del Dr. Vacas Fernández, sobre todo en el último apartado de este capítulo sobre el terrorismo como subtipo de crimen de lesa humanidad y el terrorismo como crimen internacional autónomo.

Por último, cabe destacar el estudio realizado en el capítulo VI sobre *el papel y el significado de las víctimas del terrorismo* tanto en el Derecho internacional como europeo. La perspectiva del autor es, sin lugar a dudas, la más adecuada, entroncada en la defensa de los derechos humanos. Pero no se trata de un análisis general, como normalmente se viene haciendo, sino que, por el contrario, en esta obra se penetra en las consecuencias específicas y *en la consideración del estatuto jurídico de las víctimas*. Este capítulo abre un espacio muy amplio para futuras investigaciones tanto porque está muy bien fundamentado como por las aportaciones prácticas que se contienen.

En último término el pensamiento del autor gira en torno a lo que resulta más importante: *la exigencia de responsabilidad*. Algo que deja ver, con toda claridad, en el capítulo V con especial consideración de las posiciones asumidas por Tribunales internacionales. La trayectoria académica del Dr. Félix Vacas prueba que conoce bien el sector de la responsabilidad en el ordenamiento jurídico internacional y, a mi juicio, hace bien teniéndolo muy presente en el campo de la lucha contra el terrorismo internacional y la protección de las víctimas.

En definitiva, el lector encontrará no sólo un buen trabajo de investigación repleto de reflexiones conceptuales y avances normativos sino, también, un trabajo comprometido con el Derecho internacional en su dimensión más atractiva: la defensa de los derechos de las personas.

Cástor Miguel Díaz Barrado
Universidad Rey Juan Carlos