REVISTA ESPAÑOLA

DE

DERECHO INTERNACIONAL

VOL. LXII-2010
NÚM. 1
ENERO-JUNIO

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE PROFESORES DE DERECHO INTERNACIONAL
Y RELACIONES INTERNACIONALES

—

MARCIAL PONS

MADRID-2010

SUMARIO/CONTENTS/SOMMAIRE

Pág.

In memoriam Prof. José Manuel Peláez Marón 11
In memoriam Prof. Miguel Amores Conradi 15

I. ESTUDIOS/ETUDES/STUDIES

Jiménez Piernas, C., *Los Estados fracasados y el Derecho internacional: el caso de Somalia* 17
— Failed States and International Law: the Case of Somalia
— Les États faillis et le Droit international: le cas de la Somalie
Do Amaral Júnior, A., *El «diálogo» de las fuentes: fragmentación y coherencia en el Derecho internacional contemporáneo* 61
— The «Dialogue» of sources: Fragmentation and Coherence in Contemporary International Law
— Le «dialogue» des sources: fragmentation et cohérence dans le Droit international contemporain
Cruz Ortiz de Landázuri, L. M., *La reparación a las víctimas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos* 89
— Reparation for Victims in the European Convention on Human Rights
— La réparation pour les victimes dans la Convention européenne des Droits de l'Homme

II. NOTAS/NOTES

De Pietri, D., *La redefinición de la zona contigua por la legislación interna de los Estados* 119

Pág.

— The Redefinition of the Contiguous Zone by the Internal Legislation of the States
— La redéfinition de la zone contigüe par la législation interne des Etats

III. JURISPRUDENCIA/JURISPRUDENCE

A) *Jurisprudencia en materia de Derecho internacional público* 145
Jurisprudence in Matters of Public International Law
Jurisprudence en matière de Droit international public
B) *Jurisprudencia española y comunitaria de Derecho internacional privado* 197
Spanish and Community Jurisprudence of Private International Law
Jurisprudence espagnole et communautaire de Droit international privé

IV. PRÁCTICA /PRATIQUE/PRACTICE

La proyección internacional de España 255

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

A) *Derecho internacional público* 277
Public International Law
Droit internacional public

1. *España impulsa las inversiones extranjeras en la cuenca mediterránea mediante el APPRI con Libia*, por Francisco José Pascual Vives 277
2. *El estatuto jurídico de la IATA en España. Sí, ¿por qué no? pero así, no*, por Xavier Pons Rafols 283
3. *La nueva estrategia nuclear estadounidense: ¿un futuro libre de armas nucleares?*, por Cesáreo Gutiérrez Espada y María José Cervell Hortal..... 291
4. *Prestaciones de seguridad social para personas pertenecientes a la minoría romaní: comentario sobre la Sentencia del TEDH de 8 de diciembre de 2009, en el asunto Muñoz Díaz c. España*, por Björn Arp 300
5. *Reflexiones con ocasión de la celebración del III foro de la Alianza de Civilizaciones (Río de Janeiro, 27-29 de mayo de 2010): ¿qué futuro para la diversidad de las expresiones culturales?*, por Beatriz Barreiro Carril..... 308
6. *Avances recientes en la cooperación en materia de lucha contra el terrorismo entre la Unión Europea y los Estados Unidos: la Declaración Conjunta de 3 de junio de 2010 suscrita en el marco de la Presidencia Española de la Unión Europea*, por María Belén Olmos 315
7. *Una oportunidad perdida: apreciaciones sobre el fallo del Tribunal Internacional de Justicia sobre el asunto de las papeleras en el río Uruguay y la protección internacional del medio ambiente*, por Ana Manero Salvador..... 319

B) *Derecho internacional privado* 323
Private International Law
Droit international privé

Pág.

1. *Consejo sobre los Asuntos Generales y la política de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado (7-9 de abril de 2010)*, por Alegría Borrás 323
2. *Reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 1993 en materia de adopción internacional (17 a 25 de junio de 2010)*, por Alegría Borrás 329
3. *VI Foro internacional sobre el programa piloto de apostillas electrónicas (e-app), celebrado en Madrid, 29-30 de junio de 2010*, por Alegría Borrás..... 335
4. *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el fin del Derecho. 18 de marzo de 2010. Universitat Autònoma de Barcelona. Facultad de Derecho*, por Maria Font Mas y Diana Marín Consarnau 338
5. *Crónica de la Jornada sobre el Derecho catalán de sucesiones en Europa (Palacio de Pedralbes, Barcelona, 30 de abril de 2010)*, por Josep M. Fontanellas i Morell..... 341

VI. BIBLIOGRAFÍA/BIBLIOGRAPHIE/BIBLIOGRAPHY

A) *Recensiones* 347
Book reviews
Recensions

ÁLVAREZ RUBIO, J. J.; AGOGUÉS MENDIZÁBAL, C.; IRURETAGOIENA AGIRREZABALAGA, I., y MAGALLÓN ELÓSEGUI, N., *Difamación y protección de los derechos de la personalidad: ley aplicable en Europa*, por Guillermo Palao Moreno 347
BADÍA MARTÍ, A.; PIGRAU SOLÉ, A., y OLESTI RAYO, A. (coords.), *Homenaje a la Profesora Victoria Abellán Honrubia. El Derecho internacional ante los retos de nuestro tiempo*. Dos vols. *I. El Derecho internacional ante los retos de nuestro tiempo. II. La Unión Europea ante los retos de nuestro tiempo,* por Fernando M. Mariño Menéndez..... 350
BASEDOW, J.; BIRDS, J.; CLARKE, M.; COUSY, H., y HEISS, H. (eds.), *Principles of European Insurance Contract Law,* por Guillermo Palao Moreno..... 354
CEBADA ROMERO, A., *La Unión Europea: ¿Una acción exterior inteligente?,* por Ángel Chueca Sancho..... 357
ESPINAR VICENTE, J. M., *Tratado elemental de Derecho internacional privado,* por Pedro A. De Miguel Asensio..... 360
FONTANELLAS MORELL, J. M., *La* professio iuris *sucesoria,* por Carmen Azcárraga Monzonís 363
GARCÍA ROCA, J., *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración,* por Carlos R. Fernández Liesa 364
HINOJOSA MARTÍNEZ, L. M., y ROLDÁN BARBERO, J. (coords.), *Derecho internacional económico,* por Xavier Fernández Pons..... 366
MAESTRE CASAS, P.; DURÁN AYAGO, A., y VELÁZQUEZ SÁNCHEZ, M.ª M., *Aplicación Práctica del Derecho internacional privado: casos y soluciones,* por Juan José Álvarez Rubio 369
MARIÑO MENÉNDEZ, F. M. (coord.), *La aplicación del Derecho internacional de los derechos humanos en Derecho español,* por Ana M. Salado Osuna 370
MORÁN BLANCO, S., y GONZÁLEZ MARTÍN, A., *Asimetría, guerras e información,* por Cástor Miguel Díaz Barrado 375

Pág.

MUÑOZ FERNÁNDEZ, A., *La protección del adulto en el Derecho internacional privado*, por Pilar Blanco-Morales Limones 377
PASCUAL VIVES, F. J., *El Derecho de los Tratados en la jurisprudencia comunitaria,* por Araceli Mangas Martín 379
QUIÑONES ESCÁMEZ, A.; RODRÍGUEZ BENOT, A.; ZEKRI, H., y OUHIDA, J., *Kafala y adopción en las relaciones hispano-marroquíes,* por Javier Carrascosa 381
SEIBERT-FOHR, A., *Prosecuting serious human rights violations,* por Carlos Fernández de Casadevante Romani 384

B) *Libros recibidos* 387
Books received
Livres reçus

IN MEMORIAM

JOSÉ MANUEL PELÁEZ MARÓN

José Manuel Peláez Marón, Catedrático emérito de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales en la Universidad de Sevilla, falleció el pasado 15 de enero. Hombre de profunda fe, durante varios años sobrellevó de modo ejemplar el dolor y el sufrimiento de la enfermedad.

Tuve el privilegio de ser su amigo y su compañero de trabajo universitario durante muchos años, por lo que pido al lector de estas líneas que comprenda y disculpe que en ellas no me limite a una reseña de sus méritos y contribuciones científicas sino que intente ir más allá y señale algunos aspectos personales del Profesor Peláez.

Doctor en Derecho, era también Licenciado en Filosofía y Letras y en Psicología y Psicotecnia, lo que explica que en el aula fuese un profesor que aspiraba a imprimir a su trabajo una dimensión que iba más allá de la pura preocupación del especialista. Desde los primeros días de curso formulaba preguntas a sus alumnos con el propósito de conocer su formación filosófica, histórica o literaria, esfuerzo que muchas veces le ocasionó decepciones; pero nunca se desanimó sino que, por el contrario, a lo largo del desarrollo del curso explicaba cada problema de Derecho internacional público o de Derecho comunitario europeo desde una perspectiva histórica y de análisis pluridisciplinar, no meramente técnica.

Entre otras muchas, tenía una virtud: la de servir a la ciudad donde estuviese ubicada la Universidad en la que prestara sus servicios. Por ello, cuando obtuvo la Cátedra de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales en la Universidad de Córdoba se trasladó a vivir a esta ciudad, en la que se instaló con su familia. Las facilidades de desplazamiento entre Sevilla y Córdoba le hubieran permitido continuar viviendo en Sevilla y cumplir sus deberes de profesor yendo y viniendo; pero no lo hizo, en un claro signo de cómo entendía su función universitaria.

El arraigo en Córdoba no le supuso una visión localista de la Universidad pues, por el contrario, cultivó intensamente contactos académicos que tenían su origen en las bibliotecas del Palais des Nations de Ginebra y del Palais de la Paix de La Haya así como en las Universidades de Bruselas y París, donde en su juventud había realizado estancias de investigación, y en su activa participación en el Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, del que fue ponente en la sesión de Cáceres, en 1992, sobre el tema *La evolución del principio de no intervención en el Derecho internacional del siglo XX*.

Sus relaciones científicas con profesores de Universidades iberoamericanas le llevaron a impartir cursos como profesor visitante en muchos y diversos centros: Universidad de Belgrano, en Buenos Aires; Universidad de los Andes, en Bogotá; Universidad Nacional Autónoma de México; la Pontificia Universidad Católica de Perú; y de modo frecuente, en la Universidad de Córdoba, en Argentina, en razón de sus excelentes relaciones personales con el profesor Ernesto Rey Caro: con él y el profesor Peláez se unieron estrechamente la Córdoba de Argentina y la de España.

Como investigador cultivó varias líneas: el Derecho de la integración europea, que ya le interesó en su tesis doctoral y campo en el que fue Catedrático de Derecho Comunitario Europeo en el marco de una Acción Jean Monnet. En este sector, publicó varios libros y numerosos artículos, e impulsó la creación de dos publicaciones periódicas: *Cuestiones Actuales de Derecho Comunitario,* editada por la Universidad de Córdoba y, más tarde, tras su reincorporación a la Universidad de Sevilla, el *Anuario de Derecho Europeo*, publicado por esta Universidad.

Pero no se limitó al ámbito especializado del Derecho de la integración europea sino que cultivó otros sectores del Derecho internacional público, entre los que destacan sus análisis sobre los problemas de la deuda externa, el abismo Norte-Sur, y las exigencias de la justicia social internacional en el mundo contemporáneo. Su libro *Globalización, deuda externa y exigencias de justicia social,* publicado en 2003, es un excelente y claro testimonio de esta preocupación y de su compromiso intelectual, su esfuerzo por contribuir a la consolidación de un Derecho internacional creador de condiciones de paz.

Por su formación y por las enseñanzas que en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla había recibido de maestros como don Manuel Giménez Fernández y don Mariano Aguilar Navarro, José Manuel Peláez no era positivista. Nunca se conformó con la reducción del papel del jurista a la mera exégesis del Derecho positivo vigente, sino que siempre se esforzó en explorar y mostrar las posibilidades que este sistema positivo ofrece para, mediante una interpretación teleológica y finalista de las normas, ir más allá de la *lex lata* e introducir aspectos *de lege ferenda*.

Buena prueba de ello es que al formular su concepción del Derecho internacional público en una de sus últimas publicaciones empleara las siguientes palabras: «sistema de normas y principios rectores de la vida de relación in-

ternacional, en la que los Estados no son los únicos sujetos, al objeto primordial de proveer al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, promover y ordenar el desarrollo económico sostenible así como la preservación del medio ambiente, y todo ello a los fines de crear las condiciones sociales objetivas suficientes para dar vida a un marco normativo capaz de asegurar una defensa eficaz de los derechos humanos y las libertades fundamentales».

Juan Antonio CARRILLO SALCEDO

IN MEMORIAM

MIGUEL AMORES CONRADI

El profesor y amigo Miguel Amores Conradi se ha ido para no volver. Miguel, siempre lúcido, creativo e inteligente, era un *gentleman,* un hombre de palabra que se distingue por su caballerosidad, y un profesor brillante. La mayor parte de su carrera la desarrolló, desde sus primeros estudios de Derecho hasta su último puesto como Catedrático de Derecho internacional privado (aunque a él le gustaba más decir de Derecho privado internacional), en la Universidad Autónoma de Madrid. La trayectoria profesional de Miguel se encaminó al ámbito público desde sus comienzos. Primero en la Universidad. Así, tras licenciarse en Derecho en Madrid obtuvo un brillante Doctorado en la Universidad italiana de Bolonia en el año 1985 y después ingresó en las filas del grupo de profesores que Julio González Campos dirigía en la UAM. Tras lograr la condición de Profesor titular completó su formación como profesor visitante durante un año en la Universidad de Berkeley, California. De ahí volvió para concursar con éxito por una plaza de Catedrático en la Universidad de Cádiz en el año 1993.

El profesor Julio González Campos fue nombrado magistrado del Tribunal Constitucional y Miguel dirigió su talento hacia la Constitución y lo internacional. Su huella como Letrado del Tribunal Constitucional es perceptible en algunas de las sentencias del Tribunal, como la STC 21/1997, cuyo fundamento segundo gustaba recordar al hilo de los acontecimientos de estos últimos dos años: *la actuación extraterritorial de los poderes públicos «no deja de estar sujeta a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico»*.

Los estudios de Miguel sobre la dimensión constitucional del Derecho procesal civil internacional son y seguirán siendo un paso obligado en la literatura jurídica española y europea. Sin querer convertir esta nota en una relación bibliográfica, cito sólo uno especialmente querido para él por estar dedicado al que siempre consideró maestro y guía: «Constitución y proceso

civil internacional. Un balance», *Pacis Artes. Homenaje a J. D. González Campos*, vol. 2, Madrid, Eurolex, 2005, pp. 1184-1215.

Después de su experiencia constitucional Miguel volvió, ya como Catedrático, a la Universidad Autónoma de Madrid, a cuyo buen gobierno contribuyó con energía y buen hacer como Director del Departamento de Derecho privado, social y económico. De no haberse cruzado la enfermedad, no me cabe duda de que estaba llamado a convertirse en Decano de la Facultad, pues poseía un liderazgo natural, invisible pero perceptible, y gozaba del respeto y estima de todos sus compañeros. Miguel fue Secretario de la *Revista Española de Derecho Internacional,* y era vocal de su Consejo de redacción.

Hasta la última semana de su vida, Miguel animó y dirigió los proyectos de investigación del grupo de profesores de Derecho internacional privado de la Universidad Autónoma. Si se me permite la licencia murió, como un luchador, con las botas puestas. Descanse en paz.

Miguel VIRGÓS SORIANO

Revista Española de Derecho Internacional
Sección ESTUDIOS
© 2010 Asociación de Profesores
de Derecho Internacional y
Relaciones Internacionales
ISSN: 0034-9380, vol. LXII/1
Madrid, enero-junio 2010 págs. 17-59

LOS ESTADOS FRACASADOS Y EL DERECHO INTERNACIONAL: EL CASO DE SOMALIA

Carlos JIMÉNEZ PIERNAS
Catedrático de Derecho Internacional Público
y Relaciones Internacionales
Universidad de Alcalá

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LOS HECHOS.—2.1. Somalia, arquetipo de un Estado fracasado.—2.2. Actos de delincuencia organizada en las aguas adyacentes a la costa de Somalia.—3. LA PRÁCTICA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE SOMALIA Y OTROS ESTADOS FRACASADOS.—3.1. El principio básico de la soberanía e integridad territorial del Estado.—3.2. La práctica concordante del Consejo de Seguridad.—3.3. La regionalización del sistema de seguridad colectiva en África: el papel de la UA.—3.4. El papel de la UE y de la OMI en este proceso de regionalización.—4. LA NOCIÓN DE ESTADOS FRACASADOS A LA LUZ DE LA PRÁCTICA ANALIZADA.—5. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

La situación que sufre Somalia desde 1991 ha pasado bastante desapercibida en el sistema internacional hasta que el resultado adverso y el lastimoso final de las operaciones de mantenimiento de la paz (OMP) de las Naciones Unidas en Somalia (ONUSOM I y II) entre 1992 y 1995 [1], primero, y los actos

[1] Que son ya historia y de las que no nos vamos a ocupar. Recomendamos la lectura del *Informe de la Misión enviada por el Consejo de Seguridad a Somalia los días 26 y 27 de octubre de 1994*, 3 de noviembre de 1994 (S/1994/1245), *passim,* dicho Informe fue antesala de la Resolución 954 (1994) del CdS, de 4 de noviembre, en la que se reconocía la no consecución de los objetivos previstos por ONUSOM II, se reprochaba a las partes somalíes la falta de cooperación y se acordaba no prorrogar el mandato de la OMP. La retirada de la ONUSOM II culminó en marzo de 1995. Véase también, si se quiere, las Resoluciones 751 (1992), de 24 de abril, por la que se creó la ONUSOM I; y 794 (1992), de 3 de diciembre, y 814 (1993), de 26 de marzo, por la que se creó la ONUSOM II.

de delincuencia organizada [2] en las aguas frente a su costa, más de una década después, han puesto a dicho Estado en el punto de mira de los medios de comunicación y de la opinión pública mundial. Somalia viene siendo también objeto de atención preferente por parte de las organizaciones internacionales de ámbito universal con competencias en la materia, muy en particular la Organización de las Naciones Unidas (ONU), con su Consejo de Seguridad (CdS) y Secretario General (SG) al frente, y la Organización Marítima Internacional (OMI); y de organizaciones regionales como la Unión Africana (UA), de forma destacada, y hasta la propia Unión Europea (UE).

Mucho más que la guerra civil en Somalia y sus graves consecuencias para el país y la región del Cuerno de África, lo que ha creado cierta ansiedad en el seno del sistema internacional [3] ha sido el fenómeno de la delincuencia organizada en las aguas frente a su costa, que ha merecido una auténtica riada de publicaciones (bien artículos o monografías) que parece no tener fin [4]; la doctrina española no ha permanecido desde luego ajena a este interés [5]. Si

---

[2] Tanto el CdS como la AG califican esos actos ilícitos en sus resoluciones, de forma genérica y sin explicación, como «piratería y robo a mano armada». Tal calificación ofrece aristas y matices dignos de un análisis jurídico detallado que preferimos dejar para otra ocasión. Dado el objeto de este trabajo, hemos optado por reemplazar dicha calificación por otra más ambigua y neutra, que deja pendiente el debate jurídico a este respecto. Emplearemos indistintamente en su sustitución las fórmulas «actos ilícitos» o «actos de delincuencia organizada» contra la navegación marítima, porque describen de forma suficiente el fenómeno aunque no resuelvan las dudas sobre la correcta calificación de dichos actos conforme al DI. Nos basamos para ello en la terminología usada por las Naciones Unidas: véase, por ejemplo, la Resolución 63/111 de la AG, de 12 de febrero de 2009, Preámbulo y párrs. 61, 67-69 y 74-75.

[3] Ansiedad hasta cierto punto justificada tras el apresamiento por la fuerza el 25 de septiembre de 2008, a unos 320 km de la costa somalí, del *MV Faina*, mercante con bandera de Ucrania y una carga de armamento pesado que incluía treinta tanques rusos T72: *Keesing's Record of World Events* [antiguos *Keesing's Contemporary Archives*], vol. 54 (2008), p. 48763; y del superpetrolero de bandera saudí *MV Sirius Star* el 15 de noviembre de 2008, a unos 770 km de la costa somalí, en plena alta mar, cargado con dos millones de barriles de crudo: *Keesing's*, vol. 54 (2008), p. 48868, y vol. 55 (2009), p. 48968. Ambos buques fueron posteriormente liberados previo pago de rescates millonarios.

[4] Se anuncia, por ejemplo, para dentro de unos meses y entre otras novedades, un libro editado por Van Ginkel, B., y Van der Putten, F.-P., *The International Response to Somali Piracy Challenges and Opportunities*, Martinus Nijhoff, 2010, 192 pp. El título nos parece muy pertinente. En el mismo sentido, la Resolución 1722 (2010), de 28 de abril, adoptada por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, así como el Informe en que se basa (Doc. 12193, 1 de abril de 2010, *Report of the Political Affairs Committee*), llevan por título «Piracy - a crime and a challenge for democracies», en *http://assembly.coe.int*. Al parecer, tanto la doctrina como las instituciones interesadas han tomado conciencia rápidamente del reto que representan esta clase de actos ilícitos; pero no ha sucedido lo mismo con el fenómeno que los causa, a saber, la situación de fracaso del Estado somalí.

[5] Consultar, sin ánimo exhaustivo, los siguientes títulos en papel: Jiménez Piernas, C., «Actos de piratería y bandidaje cometidos frente a las costas de Somalia: análisis desde el Derecho Internacional», *ARI*, núm. 61 (febrero de 2009), 16-19, colgado en la web del Real Instituto Elcano desde el mes de diciembre de 2008; los capítulos IV, V y VI del número monográfico dedicado al «Impacto de los riesgos emergentes en la seguridad marítima», en *Cuadernos de Estrategia*, núm. 140 (2008), publicación periódica editada por el Instituto Español de Estudios Estratégicos del Ministerio de Defensa; Sobrino Heredia, J. M., «Piratería y terrorismo en el mar», *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz* (2008), pp. 81-147; Jorge Urbina, J., «La cooperación internacional en la prevención y control de los actos de piratería en el actual Derecho del Mar», en Pueyo Losa, J., y Jorge Urbina, J. (coords.), *La cooperación internacional en la ordenación de los mares y océanos*, Madrid, 2009, pp. 321-362; VV.AA., *Crisis somalí, piratería e intervención internacional*, Madrid, 2009, libro editado por el Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado-UNED; y Salinas Alcega, S., «La represión de

bien el fenómeno de la delincuencia organizada en las aguas frente a la costa de Somalia no pasa de ser una mera consecuencia, sin duda indeseable, del verdadero problema que arrastra Somalia desde hace casi dos décadas, a saber, su eterna guerra civil que ha desembocado en una situación de Estado fracasado. En definitiva, con ocasión del análisis de ese fenómeno de la delincuencia organizada surgen enseguida otros aspectos de mayor relevancia para un iusinternacionalista, como el origen del mismo y las peculiaridades que aporta la situación de Somalia como Estado fracasado; la imparable externalización y regionalización de la seguridad colectiva que pone en evidencia la historia de este caso y de la que es testigo privilegiado la UA; o el papel desempeñado por otras organizaciones regionales como la UE, y universales como la OMI, directamente interesadas e implicadas en poner coto a dicho fenómeno.

Hay otros aspectos dignos de atención, como el problema ya evocado en la nota 2 de la correcta calificación, conforme al Derecho Internacional (DI), de los llamados «actos de piratería y robo a mano armada» cometidos en las aguas adyacentes a la costa de Somalia, la tipificación de los mismos en los ordenamientos internos, y la cooperación internacional con los países vecinos de Somalia para la represión de esas actividades, sobre todo el enjuiciamiento y encarcelamiento de los declarados culpables. Sin despreciar el protagonismo que cobra el desarrollo científico y técnico en este escenario, porque sin la actual revolución de las comunicaciones y las facilidades que aportan Internet y medios como el *Global Positioning System* (GPS), no habría forma de explicar el auge y el éxito de la piratería en las aguas del Índico occidental; o el avance de la privatización del uso de la fuerza, al aceptar algunos gobiernos la presencia de guardas privados armados en buques de su bandera para prevenir o repeler esos actos ilícitos. Pero dichos aspectos quedarán fuera de este estudio, centrado en la aplicación de la noción de Estado fracasado, y sus consecuencias para el DI, al caso de Somalia. Aunque anunciamos que serán objeto de atención en un próximo trabajo a fin de completar el análisis global de todas las manifestaciones asociadas al fracaso de Somalia como Estado.

El núcleo de este estudio girará, pues, en torno a un hecho que entendemos crucial. El armazón jurídico del DI sigue basado en las vigas maestras de los Estados soberanos. Pretendemos saber desde una óptica jurídica qué pasa en el sistema, tanto en los subsistemas regionales como en el universal, cuando algunas de esas vigas fallan, cuando algunos Estados fracasan; saber cómo reacciona el sistema frente a este fenómeno y hasta qué punto se resiente, si es el caso, la estructura general del mismo. Para ello, nada mejor que el recurso al método del estudio de casos; es cierto que posee un alcance limitado, pero proporcionará información fiable acerca de cómo se enfrenta el DI a los desafíos que plantean algunos Estados fracasados. El objetivo es enriquecer el debate sobre el tema y la misma noción de Estado interesado,

---

la piratería en Somalia. Respuestas desde el Derecho internacional y español», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 11 (marzo de 2010), pp. 46-55.

asuntos que hasta ahora han ocupado más a los politólogos [6] que a los juristas, y a estos últimos desde ámbitos muy concretos, como el relacionado con la promoción y protección de los derechos humanos y el DI humanitario en tales situaciones. El caso de Somalia, como el de Afganistán y el de la República Democrática del Congo (RDC), aunque no vayan a ser objeto principal de nuestra atención, nos brindan la oportunidad de analizar el fenómeno de los llamados Estados fracasados desde esta óptica sistémica y estructural [7]. En este plan entra por supuesto el análisis del fenómeno de la delincuencia organizada en las aguas adyacentes a la costa de Somalia, pero no como un fenómeno aislado sino integrado en la realidad global de una situación de fracaso del Estado, y desprovisto de los problemas de calificación jurídica que conllevan esas actividades ilícitas realizadas por particulares, que reiteramos serán objeto de un posterior estudio.

Por último, el análisis del caso de Somalia es, por su propia naturaleza, un ejercicio que propicia la indagación interdisciplinar, porque obliga a combinar aproximaciones propias tanto del Derecho internacional público y el Derecho constitucional como de la Ciencia política y las Relaciones internacionales. No obstante, este estudio adopta una aproximación eminentemente jurídica. Se advierte también que la documentación de los órganos de la ONU con competencias en las materias que nos ocupan (en particular la emanada del CdS y del SG) es voluminosa y de desigual importancia; se cita selectivamente por cortesía con el lector, aunque se ha procurado ser exhaustivo en la documentación referida a Somalia. Anunciamos, por último, que prestaremos atención tanto a la producción científica en papel como en formato electrónico porque así lo impone el material sobre el tema en este medio [8].

2. LOS HECHOS

2.1. Somalia, arquetipo de un Estado fracasado

Desde la caída del régimen del presidente Siad Barre en 1991, hace ya 19 años, Somalia carece de un gobierno central con autoridad efectiva sobre su territorio y padece desde entonces una cruenta guerra civil [9] protagonizada

---

[6] Véase, por ejemplo, FUKUYAMA, F., *State-Bulding: Governance and World Order in the 21st Century*, New York, Ithaca, 2004, sobre todo caps. 2 (pp. 43 y ss.) y 3 (pp. 92 y ss.).

[7] La práctica internacional es ya suficientemente rica a este respecto. Podríamos incluir también, por ejemplo, los precedentes de Haití, Liberia, Sierra Leona o Sudán. Hemos optado por elegir tres casos muy relevantes, que se caracterizan por compartir los siguientes rasgos: son Estados que sufren conflictos armados internos, que siguen abiertos y sin solución, poseen una evidente importancia geoestratégica y se han convertido en auténticos retos para el sistema internacional.

[8] La literatura en formato electrónico empieza a ser abundante. Sin ánimo exhaustivo, en España el Real Instituto Elcano se ha distinguido en el seguimiento de este fenómeno. En el mundo anglosajón, subrayamos la atención prestada al tema por parte de la American Society of International Law.

[9] En términos técnicos y más rigurosos, es un conflicto armado sin carácter internacional, regido por el art. 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, en vigor desde el 21 de octubre de 1950, que es ya DI consuetudinario, y por el Protocolo II Adicional a dichos Convenios, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, de 8 de

por distintos clanes [10] y facciones (algunas de ellas extremistas o radicales) que lideran caudillos locales en calidad de jefes políticos, que luchan por el control de cierto espacio político y económico dentro del país. Estos grupos en presencia carecen de la fuerza necesaria para imponer una solución militar a dicho conflicto, pero poseen en cambio capacidad suficiente para impugnar con éxito la existencia de un poder central. Durante este largo periodo de radical desgobierno, Somalia ha sufrido un gravísimo proceso de deterioro económico y desintegración política, que ha arrasado los fundamentos y las instituciones del país, que hoy carece de las estructuras administrativas básicas, entre ellas una administración de justicia y de policía dignas de tal nombre [11].

En el año 2004, se formó un Gobierno Federal de Transición (GFT), que para la ONU es un «gobierno constituido legítimamente y reconocido internacionalmente» [12], y que ha sobrevivido hasta la fecha en condiciones muy precarias por varias causas, entre otras, la corrupción y sus divisiones internas [13], la influencia nociva de los clanes principales que se reparten las carteras ministeriales [14], y la inestabilidad general creada después de tantos años de caudillismo [15]. Cuando parecía adivinarse una mejora de la situación política, la irrupción en el escenario somalí de la Unión de Tribunales Islámicos [16] (UTI) en el año 2006 la embrolló aún más.

---

junio de 1977 y en vigor desde el 7 de diciembre de 1978. Somalia es parte en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949; en cambio, no se encuentra entre los 165 Estados que ya son partes, a día de hoy, en el Protocolo II. Por tanto, es de aplicación al conflicto somalí exclusivamente el art. 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, tanto por vía consuetudinaria como convencional.

[10] Véanse las voces «clan» y «tribu» en GINER, S., LAMO DE ESPINOSA, E., y TORRES, C. (eds.), *Diccionario de Sociología*, Madrid, 1998, pp. 110 y 802.

[11] *Informe del Secretario General sobre la situación en Somalia*, 25 de junio de 2007 (S/2007/381), párrs. 34 y 45-46; *Informe del Secretario General sobre la situación en Somalia*, 14 de marzo de 2008 (S/2008/178), Anexo III, párrs. 1-2; *Rapport du Secrétaire géneral sur la situation en Somalie*, 16 juillet 2008 (S/2008/466), párrs. 13-16; *Informe del Secretario General sobre la situación en Somalia*, 9 de marzo de 2009 (S/2009/132), párrs. 41-43 y 46; *Informe del Secretario General sobre la situación en Somalia*, 20 de julio de 2009 (S/2009/373), párrs. 53 y 71; *Informe del Secretario General sobre la situación en Somalia*, 8 de enero de 2010 (S/2009/684), párr. 5; *Informe del Secretario General sobre la situación en Somalia*, 11 de mayo de 2010 (S/2010/234), párrs. 81-82.

[12] Doc. S/2009/373, párr. 63.

[13] Sirva como botón de muestra el enfrentamiento inaudito entre el presidente y el primer ministro del GFT en los meses de septiembre y octubre de 2007, zanjado con la renuncia de este último, narrado en el *Informe del Secretario General sobre la situación en Somalia*, 7 de noviembre de 2007 (S/2007/658), párrs. 11-13 y 84; véase también *Informe del Secretario General sobre la situación en Somalia*, 17 de noviembre de 2008 (S/2008/709), párrs. 2-5 y 23-24. Cfr. *Keesing's*, vol. 53 (2007), p. 48177.

[14] *Informe del Secretario General sobre la situación en Somalia*, 28 de febrero de 2007 (S/2007/115), párr. 13.

[15] Según el SG de la ONU, los «caudillos han sido responsables de una gran parte del conflicto que ha afectado a Somalia en los últimos 16 años. Desafiaron y socavaron la autoridad del presente Gobierno Federal de Transición y propagaron la inseguridad por el país»: Doc. S/2007/115, párr. 66.

[16] Definida como «una unión compleja de clérigos de tendencias moderadas y radicales adscrita a tribunales de la ley islámica basados en clanes y dominados por el clan Hawiye, creada al principio como una respuesta a la anarquía y la violencia imperantes en Mogadiscio»: *Informe del Secretario General sobre los niños y el conflicto armado en Somalia*, 7 de mayo de 2007 (S/2007/259), párr. 6. Es evidente el sustrato cultural que sirvió de argamasa para la creación de la UTI y que explica su rápido y relativo éxito.

La UTI cobró con rapidez mucha fuerza en Mogadiscio y amplió enseguida su control a lo largo de 2006, de forma generalmente pacífica, a más de la mitad del territorio del sur del país y a las ciudades de esa región con la excepción de Baidoa, sede provisional del GFT; de hecho, a finales de 2006, la autoridad del GFT se limitaba a la ciudad de Baidoa y sus alrededores [17]. La UTI contaba además con el apoyo popular gracias a cierto grado de paz y estabilidad que imponía en el territorio bajo su control, hecho sin precedentes durante toda la guerra civil, donde distintas facciones armadas habían controlado diferentes zonas del país y de la capital, y la vida diaria se caracterizaba por la anarquía, la militarización y la comisión impune de toda clase de actos de violencia armada, asesinatos, violaciones y otros delitos, así como por la restricción de movimientos y toda suerte de calamidades sufridas por la población civil [18]. Pero esta expansión territorial de la UTI y la consiguiente debilidad del GFT causó gran preocupación en la vecina Etiopía, cuyo gobierno acusaba a la UTI de apoyar a grupos insurgentes dentro de Etiopía y la consideraba una amenaza para su seguridad nacional; también Kenia y Estados Unidos manifestaron su preocupación porque la UTI pudiera dar refugio a elementos de Al-Qaeda; la UTI recibía, por su parte, ayuda de otros Estados, Eritrea entre ellos [19]. Por fin, Etiopía decidió intervenir en el conflicto interno somalí y sus tropas, en coalición con las del GFT, expulsaron a la UTI de todos los distritos o regiones administrativas que controlaba en una ofensiva de apenas tres semanas (de fines de diciembre de 2006 a mitad de enero de 2007), con alguna colaboración militar norteamericana traducida en el bombardeo aéreo de reductos de la UTI en el extremo meridional del país, justificada como ataques a bastiones de Al-Qaeda [20].

La caída de la UTI acabó con el relativo orden y seguridad impuestos en el territorio bajo su control y especialmente en Mogadiscio, volviendo la rivalidad entre clanes, la violencia armada y el bandolerismo [21] tanto a la capital como a las zonas rurales del país. De hecho, desde su pírrico triunfo militar en 2007 gracias a la decisiva ayuda etíope, el GFT ha sido incapaz de establecer su autoridad y el orden público e imponer un programa de desarme forzado en la capital y otros centros de población importantes; tampoco ha acabado con la resistencia política y la insurgencia que mantenía la UTI en zonas de Somalia meridional, que más bien se fue incrementando paulatinamente desde su derrota militar en enero de 2007 [22].

---

[17] *Ibid*., párrs. 7-8 y 13.

[18] *Ibid*., párrs. 9-10.

[19] *Ibid*., párrs. 10-12.

[20] Doc. S/2007/115, párrs. 2-6; y S/2007/259, párrs. 14-15. Cfr. *Keesing's*, vol. 53 (2007), pp. 47672 y 47965.

[21] De acuerdo con el DI general, podemos definir como bandidaje o bandolerismo la comisión habitual de actos de secuestro, robo y pillaje, ejecutados por bandas armadas organizadas: véanse «Rapports» del árbitro M. Huber en *Reclamations britanniques dans la Zone Espagnole du Maroc (Accord Anglo-Espagnol du 29 Mai 1923)*, La Haye, 1925, p. 56, párr. 4; y siguiéndolo, Ralston, J. H., *Supplement to 1926 Revised Edition of the Law and Procedure of International Tribunals*, Stanford University (California), 1936, pp. 175-176, párr. 613b.

[22] Doc. S/2007/115, párrs. 7-9; S/2007/259, párrs. 16-18; S/2007/381, párrs. 12, 14, 17-18, 20 y 31; S/2007/658, párrs. 2-8, 15 y 17-21; S/2008/178, párrs. 18-21 y Anexo III, párrs. 4-11; S/2008/466, párrs. 17-20; y S/2009/373, párrs. 4-5 y 7-12. Cfr. *Keesing's*, vol. 54 (2008), pp. 48505 y 48621.

En enero de 2009, el GFT formó coalición con el conglomerado de fuerzas opositoras «Alianza para la Nueva Liberación de Somalia», coincidiendo con la retirada de las fuerzas etíopes, que finalizó el 25 de enero, y se designó como nuevo presidente a Sharif Ahmed, islamista moderado y uno de los líderes de la UTI [23]. El Acuerdo de Yibuti, que hizo posible este avance en el proceso de pacificación de Somalia, prevé también la creación de una nueva Fuerza Nacional de Seguridad, de 5.000 a 6.000 efectivos, formada por fuerzas del GFT y de la citada «Alianza» [24]. Pero desde ese mismo mes de enero y en medio del vacío dejado por las tropas etíopes, esta nueva y esperanzadora coalición de gobierno ha sufrido una ofensiva militar sostenida de los grupos insurgentes extremistas en que se ha ido diluyendo la antigua UTI, que cuentan ya en sus filas con combatientes extranjeros y que declaran abiertamente que trabajan para Al-Qaeda y que reciben su apoyo, lo que ha otorgado un sesgo aún más preocupante al conflicto interno somalí [25]; ello incluye un incremento apreciable del terrorismo de corte islamista (atentados a gran escala y ataques suicidas o la combinación de ambos) [26]. De forma que a mediados del año 2010, el GFT, políticamente reforzado tras el Acuerdo de Yibuti, sigue siendo la autoridad legítima y reconocida en Somalia, pero a duras penas consigue mantener su autoridad en muchas partes del país, incluida la capital, frente a la presión militar de los grupos insurgentes extremistas [27].

El GFT tampoco ha puesto freno a las ansias independentistas (la llamada «Somalilandia», proclamada en 1991) y autonomistas (la llamada «Puntlandia», proclamada en 1998) de las regiones que ocupan la mitad norte del país; los tres partidos políticos principales de «Somalilandia» reafirmaron el 14 de enero de 2007 su soberanía e independencia frente al GFT; mientras que las autoridades de «Puntlandia» se permiten detener y devolver a Somalia central y meridional a centenares de desplazados internos somalíes [28]; por si no bastara, las fuerzas de una y otra región han llegado a combatir entre sí por el control de áreas limítrofes en litigio [29]. Este escenario ha hecho fracasar hasta

---

[23] Gutiérrez de Terán Gómez-Benita, I., «Somalia tras la elección de un presidente islamista: paradojas africanas», *ARI* 29/2009, en *http://www.realinstitutoelcano.org*.

[24] Doc. S/2009/132, párrs. 5-10 y 38-39.

[25] Doc. S/2009/132, párrs. 15-16; S/2009/373, párrs. 10-11; *Informe del Secretario General sobre Somalia presentado en virtud de la resolución 1872 (2009) del Consejo de Seguridad*, 2 de octubre de 2009 (S/2009/503), párrs. 5-6 y 75-76; S/2009/684, párr. 16; y S/2010/234, párr. 8.

[26] Véanse las Declaraciones de la Presidencia del Consejo de Seguridad (a partir de ahora, Declaraciones de la Presidencia) de 14 de junio de 2007 (S/PRST/2007/19), 30 de octubre de 2008 (S/PRST/2008/41) y 3 de diciembre de 2009 (S/PRST/2009/31). Y el *Informe del Secretario General sobre Somalia en virtud de la resolución 1863 (2009) del Consejo de Seguridad*, 16 de abril de 2009 (S/2009/210), párrs. 5-7. Cfr. *Keesing's*, vol. 54 (2008), p. 48813. Los gravísimos atentados terroristas cometidos en Kampala, la capital de Uganda, el día 11 de julio de 2010, que han causado unos ochenta muertos y muchos más heridos, reivindicados por la milicia islamista somalí más poderosa (*Al Shabad*), que ha declarado públicamente lealtad a Al-Qaeda y que exige la retirada de las tropas ugandesas de la AMISOM, confirman esta deriva terrorista y la proyectan fuera de las fronteras de Somalia, en este caso en el África oriental.

[27] Doc. S/2009/503, párrs. 14-18 y 23-24.

[28] Doc. S/2007/115, párrs. 12 y 38.

[29] Doc. S/2007/381, párr. 19; S/2007/658, párr. 14; y S/2008/178, Anexo III, párr. 3. Para la ONU siguen siendo «regiones somalíes»: *Informe del Secretario General presentado de conformidad con la Resolución 1846 (2008) del Consejo de Seguridad*, 16 de marzo de 2009 (S/2009/146), párr. 10.

ahora cualquier proceso de transición hacia una situación de paz civil. Tanto la ONU en el plano universal, como la Unión Africana (UA) en el plano regional (mediante la Misión de la UA en Somalia, AMISOM) [30], vienen prestando su colaboración al GFT, primero para sostenerlo militarmente tras la retirada etíope, y luego para poner fin si es posible a la situación de conflicto armado interno que padece el país, facilitando un proceso de transición política pacífica; pero no se ha logrado el objetivo de la celebración de un referéndum constitucional y de elecciones libres en el año 2009, con el fin de instaurar un régimen político de corte federal en el país conforme a lo pactado en la llamada «Carta Federal de Transición» [31].

En resumen, los factores principales que atizan la guerra civil en Somalia y hacen muy complejo este conflicto son [32]: el completo colapso del gobierno central; la importancia de la estructura de clanes y la manipulación de los conflictos que surgen entre ellos; los enfrentamientos entre facciones por el poder político y económico; el abastecimiento de armas, a pesar del embargo ordenado por el CdS; la competencia encarnizada por los recursos, incluido el agua, los pastos y las tierras fértiles; la influencia e injerencia de los países vecinos, que apoyan militarmente a partes opuestas; la estrategia mundial de lucha contra el terrorismo, que explica el sostén que se ha venido prestando al GFT; el sentimiento general de impunidad; y la extrema situación humanitaria. Visto todo lo expuesto, no puede extrañar que Somalia se encuentre cerca de agotar el periodo de transición, que acaba en agosto de 2011, sin cumplir varias tareas imprescindibles para culminarlo, entre ellas la redacción y aprobación de una Constitución política de corte federal [33].

La situación crítica por la que pasa Somalia, a causa de la incapacidad del GFT para imponer su autoridad y garantizar cierta estabilidad política y un mínimo orden y seguridad en todo el territorio del Estado, constituye una amenaza para la paz y la seguridad internacionales en la región a juicio del CdS, que se viene ocupando activa y asiduamente de dicha situación, y que le ha llevado a adoptar una batería de resoluciones de las que nos ocuparemos en el epígrafe 3 de este trabajo.

---

[30] La Resolución 1744 (2007) del CdS, de 20 de febrero, autorizó y apoyó el establecimiento de la Misión de la Unión Africana en Somalia (AMISOM); en marzo de 2007, se desplegó en Mogadiscio el primer contingente de 1.100 soldados ugandeses. En julio de 2007, la UA decidió prorrogar otros seis meses el mandato de la AMISOM, prórroga acogida con alivio y satisfacción por el CdS en su Resolución 1772 (2007), de 20 de agosto. Véanse Doc. S/2007/658, párr. 30; e *Informe del Secretario General sobre la situación en Somalia*, 17 de noviembre de 2008 (S/2008/709), *passim*. Podemos anticipar que, tras sucesivas prórrogas del mandato, las tropas de la AMISOM siguen hasta la fecha en Somalia.

[31] Véase Resolución 1814 (2008) del CdS, de 15 de mayo, párr. 5.

[32] Doc. S/2008/178, Anexo II, párr. 8. Compárese este diagnóstico con el de la situación en Afganistán que ofrece SAIKAL, A., «The United Nations and Democratization in Afganistán», en NEWMAN, E., y RICH, R. (eds.), *The United Nations Role in Promoting Democracy: Between Ideals and Reality*, New York, 2004, 320-338, pp. 334-335.

[33] Doc. S/2010/234, párr. 78.

2.2. Actos de delincuencia organizada en las aguas adyacentes a la costa de Somalia

Parecía inevitable que, de una u otra forma, la situación de fracaso del Estado somalí se proyectara o reflejara fuera de sus fronteras y así ha ocurrido. El GFT ha reconocido de forma expresa y reiterada su incapacidad manifiesta, ya para prevenir, ya para reprimir, el incremento espectacular de actos de delincuencia organizada que vienen cometiéndose (sobre todo desde 2007 [34]) en las aguas adyacentes a su costa y que han convertido a las aguas del golfo de Adén en las más peligrosas del mundo, por delante de las aguas del mar del Sur de la China y el estrecho de Malaca y del golfo de Guinea, áreas tradicionalmente afectadas por esta misma lacra [35]. Es obvio que si el GFT es incapaz de controlar de forma efectiva su territorio, tampoco controle las aguas marinas bajo su soberanía o jurisdicción, al menos formal. Este inusitado incremento de un claro fenómeno de delincuencia organizada responde por supuesto al estado de desgobierno que padece Somalia, país con una gran fachada litoral al océano Índico. De hecho, conviene decirlo enseguida, el CdS ha reiterado en sus resoluciones, como un lugar común, que la plena erradicación de estas actividades ilícitas en las aguas frente a las costas de Somalia pasa necesariamente por la paz y estabilidad del país, el fortalecimiento de sus instituciones, el desarrollo económico y social, el respeto de los derechos humanos y el imperio de la ley; el SG, los Estados miembros y otras organizaciones internacionales interesadas son de la misma opinión [36]. La consecución de estos objetivos representa, en las circunstancias actuales, una quimera.

El *modus operandi* está bien establecido. Pequeños grupos armados en lanchas rápidas, que proceden de tierra o de un buque nodriza, abordan por sorpresa a buques vulnerables (desde yates de recreo hasta grandes petroleros, pasando por buques pesqueros y mercantes), a veces a mucha distancia de la tierra firme, tomando como rehén a la tripulación y conduciendo ha-

---

[34] Porque se han documentado ataques desde muchos años antes. Véase IMO, *Reports on Acts of Piracy and Armed Robbery against Ships. Annual Report - 2007* (MSC.4/Circ.115, 10 de abril de 2008), Anexo 5, donde puede observarse la evolución estadística desde 1994 en la región denominada «*Indian Ocean*»*:* en *http://www.imo.org*. Cfr. *Keesing's*, vols. 51 (2005), p. 46919, y 52 (2006), p. 47193.

[35] Doc. S/2008/709, párrs. 19, 54, 58 y 101; e *Informe del Secretario General presentado de conformidad con la resolución 1846 (2008) del Consejo de Seguridad*, 13 de noviembre de 2009 (S/2009/590), párrs. 52-59. Cfr. *Le Monde diplomatique*, núm. 656 (noviembre de 2008), pp. 24-25.

[36] Véanse los Preámbulos de las Resoluciones 1838 (2008) del CdS, de 7 de octubre; 1846 (2008), de 2 de diciembre; 1897 (2009), de 30 de noviembre; y 1918 (2010), de 27 de abril. Cfr., en el mismo sentido, la información proporcionada por el SG sobre la situación en Somalia: S/2009/132, párr. 111; S/2009/146, párrs. 43-44 y 59-60; S/2009/373, párr. 59; y S/2009/590, párrs. 92 y 94. Así como la opinión de los Estados miembros: véanse Cartas idénticas de fecha 8 de mayo de 2008 dirigidas al SG, al Presidente de la AG y al Presidente del CdS por los Representantes Permanentes de Canadá, Dinamarca, España, Grecia, Japón, Noruega, Países Bajos y República de Corea ante las Naciones Unidas (A/62/841-S/2008/310). Y la posición de otras organizaciones internacionales interesadas en el problema: véase Resolución 1722 (2010), párrs. 1, 6 y 17.1, y el Informe que la sustenta (Doc. 12193, 1 de abril de 2010), párrs. 23-29, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, citados *supra* en nota 4.

bitualmente la nave capturada a puertos sobre todo en la costa de la región autónoma de «Puntlandia», convertidos así en auténticas guaridas de bucaneros donde han llegado a recalar a la vez hasta una decena de embarcaciones capturadas y dos centenares de rehenes de distintas nacionalidades. El grupo contacta con el armador, pide un rescate millonario, se negocia con mejor o peor fortuna y se acuerda a la baja una determinada cantidad de dinero en dólares a abonar en metálico, procediéndose entonces a la liberación de la nave y de su tripulación; pero nunca antes de que la gente encargada de cobrar el rescate quede a salvo a fin de evitar cualquier operación militar destinada a detener a los malhechores y recuperar el dinero; hay evidencias de que estas redes o tramas de delincuencia organizada, dedicadas al robo, la depredación y el secuestro con fines lucrativos estrictamente personales, cuentan con la complicidad de las autoridades locales [37].

En los últimos años, de 2007 hasta la fecha, se han registrado, al parecer, unos cuatrocientos ataques (la mayoría por suerte frustrados) contra buques de muchas banderas. Estos actos se han convertido en un desafío a la libertad de comercio y navegación en la región, en especial a la seguridad de la navegación internacional que discurre por esas aguas, una vía de paso estratégica entre el océano Índico y el mar Rojo, con un incremento espectacular del número de apresamientos en los últimos años, estimándose en unos 47 los buques capturados durante 2009. El dinero recaudado por los rescates puede estimarse en decenas de millones de dólares por año [38].

Merece la pena destacar las nuevas formas que ha adoptado el viejo oficio de la piratería en las aguas del Índico occidental. Además del aumento exponencial y el atrevimiento de sus actividades (han apresado grandes buques mercantes), esas redes de delincuentes están utilizando «tácticas operacionales más atrevidas, al actuar a mayor distancia de la costa, hacia Seychelles, y al recurrir a armas más complejas» [39]; han llegado a producirse ataques

---

[37] Doc. S/2009/146, párrs. 4-7. Sirva de ejemplo el apresamiento por la fuerza (mediando el uso de lanzagranadas, que causaron graves daños materiales al buque) el 20 de abril de 2008, en alta mar, a 230 millas náuticas de la costa somalí, del pesquero español *Playa de Bakio*, posteriormente liberado tras el pago del correspondiente rescate: véanse cartas de fecha 23 de abril y 1 de mayo de 2008, dirigidas al Presidente del CdS por el Representante Permanente de España ante las Naciones Unidas (S/2008/271 y S/2008/292); y *Keesing's*, vol. 54 (2008), p. 48505.

[38] Puede consultarse la información fiable ofrecida por la OMI, que publica informes anuales al respecto: Doc. MSC.4/Circ.115, ya citado en nota 32; *Reports on Acts of Piracy and Armed Robbery against Ships. Annual Report - 2008* (MSC.4/Circ.133, 19 de marzo de 2009), y *Annual Report - 2009* (MSC.4/Circ.152, 29 de marzo de 2010), Anexos 2, 3, 4 y 5 de todos ellos, donde se aprecia gráficamente el incremento espectacular del número de actos ilícitos contra la navegación en aguas frente a la costa de Somalia desde 2007 hasta la fecha, tanto en números absolutos como por comparación con otras regiones del planeta; disponibles en *http://www.imo.org*. Véanse los Preámbulos de las Resoluciones 1772 (2007) del CdS, de 20 de agosto, y 1801 (2008), de 20 de febrero; además del párr. 18 de la primera. Cfr., en el mismo sentido, la información proporcionada por el SG sobre la situación en Somalia (Doc. S/2008/709, párrs. 53-58). Y el Informe presentado a la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (Doc. 12193, 1 de abril de 2010), párrs. 15-19, citado en nota 4.

[39] Doc. S/2009/373, párr. 56 (cita); S/2009/590, párr. 83; y S/2009/684, párr. 23. Y Carta del SG al Presidente del CdS, 3 de noviembre de 2009 (S/2009/569), párr. 6 del Anexo. Cfr. HAMMOND, L., «Somali Piracy: A Dangerous Internal and External Threat», *ARI* 162/2008, en *http://www.realinstitutoelcano.org*.

incluso a mil millas de distancia de la costa oriental de Somalia, en pleno océano Índico [40]. Llama la atención el dato contrastado del gran incremento de los ataques en plena alta mar [41]. Ello significa que la situación de Estado fracasado que padece Somalia proyecta su inestabilidad e inseguridad más allá de las aguas bajo su soberanía o jurisdicción, a cientos de millas de distancia de la costa somalí.

Las consecuencias indeseables que se derivan de este fenómeno para la paz y seguridad internacionales en la región son obvias. Una situación de peligro evidente para la seguridad de la navegación y de las rutas comerciales en toda el área del golfo de Adén, bajo cuya influencia se encuentra el propio canal de Suez [42], con el consiguiente encarecimiento de los fletes y las primas de seguro marítimo. Impedimentos en la distribución entre la población civil de la ayuda del Programa Mundial de Alimentos de las Naciones Unidas, que llega por mar a Somalia, para hacer frente a la grave emergencia humanitaria en que se encuentra sumido el país. Un riesgo apreciable de que los dólares del lucrativo negocio de los rescates sirvan para burlar el embargo de armas general y completo decretado por el CdS contra Somalia [43]. Amén de que el dinero obtenido por estos medios alimente el mismo fenómeno, permitiendo la compra de armas y equipos más sofisticados (lanchas más rápidas y armas y tecnología avanzadas) [44].

Ante esta situación, que afecta de lleno a la estabilidad de la región del Cuerno de África y del sistema internacional en su conjunto, sobre todo por los peligros que genera para la libertad de comercio y navegación en rutas marítimas estratégicas, y a petición del GFT, el CdS ha respondido con una batería de resoluciones que permiten la represión por la fuerza de los actos de delincuencia organizada en esas aguas e incluso en territorio somalí, mediando para ello una autorización previa y general del GFT a favor de los gobiernos que cooperan con él [45]; detallaremos más adelante la respuesta del CdS.

---

[40] Doc. S/2010/234, párr. 12.

[41] Doc. OMI, MSC.4/Circ.115, párr. 5; MSC.4/Circ.133, párr. 5 y Anexo 3; y MSC.4/Circ.152, párr. 6 y Anexo 3.

[42] Véase el diario *El Mundo*, 1 de febrero de 2009, suplemento *Mercados*, p. 22.

[43] Véase Resolución 1844 (2008) del CdS, de 20 de noviembre, Preámbulo y párr. 6. Embargo del que se exceptúa al GFT.

[44] Véase Resolución 1851 (2008) del CdS, de 16 de diciembre, párr. 9.

[45] Resoluciones 1816 (2008), de 2 de junio, párrs. 7 y 9; 1846 (2008), párrs. 9-11; y 1851 (2008), párrs. 6 y 10.

3. LA PRÁCTICA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE SOMALIA Y OTROS ESTADOS FRACASADOS

3.1. El principio básico de la soberanía e integridad territorial del Estado

Es el momento de recordar el valor normativo que posee, en el DI contemporáneo, el principio [46] de la soberanía e integridad territorial del Estado para apreciar mejor el papel que desempeña en el caso de los Estados fracasados. Puede anticiparse que se trata de un principio consuetudinario fundamental del ordenamiento jurídico contemporáneo, según prueban tanto la práctica (en particular la práctica institucional de la ONU) como la jurisprudencia internacional.

El origen de dicho principio se encuentra en los principios formulados en el art. 2 de la Carta, que fija las obligaciones principales a que se somete la conducta de los órganos y de los miembros de la ONU con el fin de propiciar y fortalecer la paz y seguridad internacionales; su párrafo primero establece en concreto que la «Organización está basada en el principio de la igualdad soberana de todos sus miembros». La llamada guerra fría impidió el desarrollo de esos principios contenidos en el art. 2 de la Carta hasta la aprobación solemne, por consenso y tras un largo proceso de negociación en el seno de un Comité Especial, de la Resolución 2625 (XXV) de la AG, de 24 de octubre de 1970. La Resolución incluye como Anexo la «Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas», dentro de cuyas disposiciones generales afirma, en su apartado 3, que:

> «Los principios de la Carta incorporados en la presente Declaración constituyen principios básicos de Derecho Internacional y, por consiguiente, insta a todos los Estados a que se guíen por estos principios en su comportamiento internacional y a que desarrollen sus relaciones mutuas sobre la base de su estricto cumplimiento».

La Resolución 2625 declara y desarrolla progresivamente cierto número de principios ya recogidos en la Carta, que son por tanto comunes a ambas. Tales principios expresan valores jurídicos y reglas de organización indispensables que, por su contenido normativo consuetudinario, ocupan una posición central en el ordenamiento y constituyen no sólo el marco normativo general del DI contemporáneo sino su principal seña de identidad. Entre ellos se encuentra y destaca el principio de la soberanía e integridad territorial del Estado, sin duda el menos novedoso de todos, porque se limita a reflejar

---

[46] Los principios son, según la Corte Internacional de Justicia (CIJ), «*des règles du droit international pour lesquelles l'appellation de principes peut être justifiée en raison de leur caractère plus général et plus fondamental*»: *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine (Canada/États-Unis d'Amérique), arrêt du 12 octobre 1984 (fond)*, CIJ, *Rec. 1984*, párr. 79.

como un espejo la estructura interestatal y descentralizada de la Sociedad Internacional (SI) de nuestros días. La Resolución 2625, al declarar dicho principio, mantiene el mismo enunciado que el art. 2.1.º de la Carta («El principio de la igualdad soberana de los Estados») y lo dota del siguiente contenido sustantivo, que reproducimos en parte por su valor clarificador:

> «Todos los Estados gozan de igualdad soberana. Tienen iguales derechos e iguales deberes y son por igual miembros de la comunidad internacional, pese a las diferencias de orden económico, social, político o de otra índole.
>
> En particular, la igualdad soberana comprende los elementos siguientes:
>
> *a)* los Estados son iguales jurídicamente;
> *b)* cada Estado goza de los derechos inherentes a la plena soberanía;
> *c)* cada Estado tiene el deber de respetar la personalidad de los demás Estados;
> *d)* la integridad territorial y la independencia política del Estado son inviolables; [...]».

A la vista de estos elementos, hay que concluir que la soberanía plena y exclusiva y sus derechos inherentes, la integridad territorial e independencia política y la igualdad formal, representan bien el estatuto jurídico del Estado en el ordenamiento internacional contemporáneo, un estatuto jurídico muy perdurable y consistente [47]. Es habitual, además, que el principio llamado genéricamente de la igualdad soberana de los Estados pueda enunciarse también, reducido a su esencia, como el principio que defiende la soberanía e integridad territorial del Estado.

Para interpretar y aplicar este principio hay que acudir a la disposición general del apartado 2 de la Resolución 2625, que declara que todos los principios enumerados en la misma «están relacionados entre sí y cada uno de ellos debe interpretarse en el contexto de los restantes». Esa disposición es muy oportuna, porque la Resolución 2625 contiene varias e importantes referencias al citado principio, tanto en el Preámbulo como en la parte dispositiva. En el Preámbulo, la AG reafirma, «de conformidad con la Carta, la importancia básica de la igualdad soberana»; y se muestra convencida «de que todo intento de quebrantar parcial o totalmente la unidad nacional y la integridad territorial de un Estado o país o su independencia política es incompatible con los propósitos y principios de la Carta».

En cuanto a la parte dispositiva, encontramos referencias explícitas al principio de la soberanía e integridad territorial del Estado en otros dos prin-

---

[47] La definición de estos elementos se remonta a mucho tiempo atrás, como avala la jurisprudencia internacional. Véase *Island of Palmas Case (Netherlands/United States of America), Award of 4 April 1928*, *R.S.A.*, vol. 2, p. 838: «*Sovereignty in the relations between States signifies independence. Independence in regard to a portion of the globe is the right to exercise therein, to the exclusion of any other State, the functions of a State. The development of the national organisation of States during the last few centuries and, as a corollary, the development of international law, have established this principle of the exclusive competence of the State in regard to its own territory in such a way as to make it the point of departure in settling most questions that concern international relations*». Y *Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie), arrêt du 9 avril 1949 (fond)*, CIJ, *Rec. 1949*, p. 35: «*Entre États indépendants, le respect de la souveraineté territoriale est l'une des bases essentielles des rapports internationaux*».

cipios vecinos y estrechamente relacionados con éste [48]. A saber, en el principio que prohíbe el recurso a la amenaza o al uso de la fuerza, o mediante cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas, contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado; este principio subraya el valor de la integridad territorial del Estado como un medio o instrumento utilísimo para preservar la paz y la seguridad internacionales, y ha sido reconocido por la CIJ en su jurisprudencia [49]. También en otro principio, el de no intervención, no recogido expresamente en la Carta pero desarrollado en la Resolución 2625, que lo formula como sigue:

> «Ningún Estado o grupo de Estados tiene derecho de intervenir directa o indirectamente, y sea cual fuere el motivo, en los asuntos internos o externos de ningún otro. Por tanto, no solamente la intervención armada, sino también cualquier otra forma de injerencia o de amenaza atentatoria de la personalidad del Estado, o de los elementos políticos, económicos y culturales que lo constituyen, son violaciones del Derecho Internacional».

La CIJ tuvo la oportunidad de precisar este principio en su sentencia de 27 de junio de 1986 en el *Caso de las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*. Para la Corte, el principio consuetudinario fundamental de no intervención contaba con una práctica constante y bien establecida, que defendía el derecho de todo Estado a conducir sus asuntos sin injerencia externa directa o indirecta, y lo presentaba como un corolario del principio de soberanía del Estado [50]. La Corte insistió en advertir que los tres principios, el de soberanía y los de prohibición del uso de la fuerza y no intervención, se superponían inevitablemente hasta cierto punto, ya que diversos actos atribuidos al gobierno norteamericano (como el minado de puertos nicaragüenses) incurrían en una violación simultánea de todos ellos [51], tal y como la parte dispositiva del fallo puso de manifiesto [52]. Para terminar, la Corte declaró el principio de la soberanía e integridad territorial del Estado como un principio consuetudinario universalmente aceptado, al igual que los principios de prohibición del recurso a la amenaza o al uso de la fuerza y de no intervención, valiéndose para ello de diversos y contundentes medios de prueba [53].

La Resolución 2625 cierra incluso el desarrollo de otro de sus principios, el de la igualdad de derechos y la libre determinación de los pueblos, con una

---

[48] *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), arrêt du 27 juin 1986 (fond)*: CIJ, *Rec. 1986*, párr. 212 (cita) y ss.: «*La Cour doit maintenant traiter du principe du respect de la souveraineté des États, qui en droit international est étroitement lié à celui de la prohibition de l'emploi de la force et à celui de non-intervention*».

[49] *Ibid*., párrs. 187-191 («*les représentants des États le mentionnent souvent comme étant non seulement un principe de droit international coutumier, mais encore un principe fondamental ou essentiel de ce droit*»: párr. 190). Véase también *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le Territoire palestinien occupé, avis consultatif du 9 juillet 2004*: CIJ, *Rec. 2004*, párrs. 74-75 y 87.

[50] *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), arrêt du 27 juin 1986 (fond)*: CIJ, *Rec. 1986*, párrs. 202 y ss. y 242: «*On a pu d'ailleurs présenter ce principe comme un corollaire du principe d'égalité souveraine des États*» (párr. 202).

[51] *Ibid*., párr. 251.

[52] *Ibid*., párr. 292, apartado 6).

[53] *Ibid*., párrs. 204 y 292, apartado 5), 189 y 264.

cláusula de salvaguarda a favor de la soberanía e integridad territorial del Estado, afirmando que «[n]inguna de las disposiciones de los párrafos precedentes se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta cualquier acción encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial de Estados soberanos e independientes», advirtiendo que:

> «Todo Estado se abstendrá de cualquier acción dirigida al quebrantamiento parcial o total de la unidad nacional e integridad territorial de cualquier otro Estado o país».

La Resolución 2625 se inscribe en una práctica de la ONU sustancialmente coherente con su contenido. Valga recordar, a título ejemplar, las Resoluciones de la AG citadas en su Preámbulo u otras resoluciones previas, como la Resolución 2131 (XX) [54], de 21 de diciembre de 1965, o la Resolución 2160 (XXI) [55], de 30 de noviembre de 1966. Así como otras Resoluciones posteriores, declarativas de principios, muy en particular la Resolución 50/6, de 9 de noviembre de 1995, que contiene la «Declaración con motivo del cincuentenario de las Naciones Unidas», que por supuesto reafirma, veinticinco años después, los principios enunciados en 1970.

Veamos a continuación cómo soporta este principio la prueba de resistencia de su confrontación con la realidad de los Estados fracasados. Para ello, nada mejor que repasar la práctica al respecto del CdS, en tanto que máximo responsable del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales en el seno del sistema. En efecto, a la vista del marco jurídico general y bien consolidado del principio de soberanía e integridad territorial del Estado, que ya ha superado otras pruebas difíciles y cuya formulación casi evoca un jardín francés bien cuidado, cabe preguntarse cuál ha sido la práctica seguida por el CdS cuando se ha ocupado de algunas situaciones de Estados fracasados que han caído bajo su competencia.

3.2. La práctica concordante del Consejo de Seguridad

En concreto, interesa conocer la aplicación del principio de la soberanía e integridad territorial del Estado por parte del CdS en el contexto de las funciones y poderes que la Carta le confiere para cumplir con «la responsabilidad principal de mantener la paz y la seguridad internacionales» (art. 24.1). Anticipamos que la práctica del CdS ha tenido que ser respetuosa con dicho principio tal y como le exige el art. 24.2 de la Carta, que modula los poderes del CdS imponiendo su conformidad con los propósitos y principios de la ONU [56]:

---

[54] «Declaración sobre la inadmisibilidad de la intervención en los asuntos internos de los Estados y protección de su independencia y soberanía».

[55] «Observancia estricta de la prohibición de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza en las relaciones internacionales y del derecho de los pueblos a la libre determinación».

[56] Aunque somos conscientes de las dificultades que plantea en la práctica el control eficaz de la legalidad de la acción del CdS: Aznar, M., «El control de legalidad de la acción del Consejo de Seguri-

«En el desempeño de sus funciones, el Consejo de Seguridad procederá de acuerdo con los Propósitos y Principios de las Naciones Unidas».

Pero ¿cómo se ha logrado esa concordancia o conformidad? No olvidemos que el CdS es un órgano político y que no podemos entrar a enjuiciar la conformidad a derecho de la apreciación política que lleve a cabo *ex* art. 39 de la Carta, a la hora de determinar la existencia de una amenaza a la paz, un quebrantamiento de la paz o un acto de agresión; sólo pueden ser objeto de control jurídico las medidas que se deriven de tal apreciación. Recordamos que nos atendremos al método del estudio de casos para comprobar de forma fehaciente cómo se ha conducido el CdS, analizando en particular el caso de Somalia. Como ya hemos visto, se trata de un interminable conflicto armado interno que ha degenerado en una situación de Estado fracasado, que sin duda pone en peligro la paz y la seguridad de la región del Cuerno de África. Es conveniente estudiarlo en el contexto de otros casos muy similares para confirmar la práctica del CdS. Nos referimos a otros conflictos armados internos que se han prolongado en el tiempo, que también han derivado en Estados fracasados, y que a juicio del CdS también ponen en peligro la paz y seguridad internacionales obligándole a intervenir e implicarse en su solución. La práctica de las dos últimas décadas es muy rica y somete a una dura prueba al principio de la soberanía e integridad territorial de los Estados afectados por dichas situaciones, tal y como acabamos de definirlo *supra*.

Es cierto que para calificar los conflictos armados internos como «conflictos armados sin carácter internacional», el DI exige «que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo» [57]. Si bien el CdS es muy libre, en el desempeño de sus funciones, de interpretar y aplicar a su discreción estos requisitos muy estrictos a fin de ocuparse de cualquier conflicto armado interno o guerra civil que, a su entender, ponga en peligro la paz y seguridad internacionales, cuyo mantenimiento es su principal responsabilidad.

Puede afirmarse en rigor, si nos limitamos a tres casos muy relevantes, que los Estados de Afganistán, República Democrática del Congo y Somalia han padecido y todavía padecen conflictos armados internos, que han culminado de forma incontestable en una situación de fracaso generalizado de dichos Estados. No afirmamos que, necesariamente, un conflicto armado interno deba concluir con la quiebra política de un Estado; el caso de Haití lo desmentiría. Sólo aseguramos que eso es lo que ha sucedido en cierto número de casos, la mayoría concentrados no por casualidad en el continente africano.

---

dad de las Naciones Unidas en el ámbito del Capítulo VII de la Carta», en *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, vol. 8 (1998), 31-72, pp. 49-53 y ss. y 70-72.

[57] Según el art. 1.1 del Protocolo Adicional II de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949, ya citado.

Todos ellos han merecido la atención del CdS, en virtud de los poderes que le otorgan los Capítulos VII y VIII de la Carta, para determinar la existencia de amenazas a la paz y seguridad internacionales y adoptar las decisiones oportunas para enfrentarse a ellas [58]. En todos estos conflictos, podemos rastrear y establecer un determinado patrón de conducta seguido por el CdS, que ha hecho uso en sus resoluciones del arsenal jurídico puesto a su disposición por el ordenamiento internacional y la propia práctica de la ONU, respetando sus contenidos normativos.

En efecto, el CdS ha constatado y denunciado las graves infracciones de los derechos humanos y del DI humanitario cometidas por las partes, grupos o facciones en lucha, concretadas *inter alia* en toda clase de abusos y crímenes contra la población civil, en particular contra la más vulnerable (como los niños), e incluso en ataques terroristas indiscriminados [59]. También ha constatado y denunciado las crisis y catástrofes humanitarias, traducidas sobre todo en grandes pérdidas de vidas humanas y daños materiales generalizados, a causa de la prolongación *sine die* de estos conflictos, los obstáculos que oponen los bandos en lucha al acceso y asistencia humanitaria a la población civil y la perpetuación de graves violaciones del DI humanitario [60]. En el caso de Somalia (incluidas las regiones de «Puntlandia» y «Somalilandia», aunque con mucha más virulencia en la zona central y meridional del país), todas las partes implicadas en el conflicto (el GFT, las tropas etíopes desde el año 2006 hasta su retirada, las milicias islamistas y demás grupos armados) son auto-

---

[58] Véanse arts. 39-42 y ss. y 52-54 de la Carta.

[59] Para Afganistán: Resoluciones 1193 (1998), Preámbulo (cita) y párrs. 9-10; 1214 (1998), Preámbulo (cita) y párrs. 4-5; 1267 (1999), Preámbulo y párrs. 1-3; 1333 (2000), Preámbulo y párrs. 1-3; y 1806 (2008), párrs. 11-14. Declaraciones de la Presidencia de 6 de abril de 1998 (S/PRST/1998/9) (cita), 14 de julio de 1998 (S/PRST/1998/22) (cita), y 23 de agosto de 2005 (S/PRST/2005/40).

Para la RDC: Resoluciones 1355 (2001), párrs. 15-19; 1417 (2002), párrs. 4-5; 1445 (2002), párr. 15; 1493 (2003), párrs. 8-13; y 1565 (2004), párrs. 19-21. Declaraciones de la Presidencia de 13 de julio de 1998 (S/PRST/1998/20), 31 de agosto de 1998 (S/PRST/1998/26), 11 de diciembre de 1998 (S/PRST/1998/36), 18 de octubre de 2002 (S/PRST/2002/27), y 13 de julio de 2005 (S/PRST/2005/31).

Para Somalia: Resoluciones 794 (1992), Preámbulo y párrs. 2-5; 897 (1994), Preámbulo; 923 (1994), Preámbulo; 1814 (2008), párrs. 16-18, y 1863 (2009), Preámbulo y párrs. 19-20. Declaraciones de la Presidencia de 29 de junio de 2000 (S/PRST/2000/22), 30 de abril de 2007 (S/PRST/2007/13), 14 de junio de 2007 (S/PRST/2007/19), y 30 de octubre de 2008 (S/PRST/2008/41). Cfr., en el mismo sentido, los Informes del SG al CdS sobre la situación en Somalia: Doc. S/2007/115, párrs. 33-38 y 60-61; S/2007/381, párrs. 59-63; S/2007/658, párrs. 42-45 y 47; S/2008/178, párrs. 55-57; *Informe del Secretario General sobre los niños y el conflicto armado en Somalia*, 30 de mayo de 2008 (S/2008/352), párrs. 17-44; S/2008/466, párrs. 55-58; y S/2009/684, párrs. 16 y 28-34.

[60] Para Afganistán: Resoluciones 1193 (1998), Preámbulo y párrs. 6-8 y 12-15; y 1214 (1998), Preámbulo y párrs. 6-7 y 11-15. Declaraciones de la Presidencia de 23 de marzo de 1994 (S/PRST/1994/12), 16 de abril de 1997 (S/PRST/1997/55), 6 de abril de 1998 (S/PRST/1998/9), 6 de agosto de 1998 (S/PRST/1998/24), 25 de octubre de 1999 (S/PRST/1999/29), y 7 de abril de 2000 (S/PRST/2000/12).

Para la RDC: Resoluciones 1468 (2003), párrs. 2-3; y 1856 (2008), Preámbulo y párr. 13.

Para Somalia: Resoluciones 733 (1992), Preámbulo; 746 (1992), Preámbulo; 1801 (2008), párr. 14; 1814 (2008), Preámbulo y párr. 12; y 1863 (2009), Preámbulo y párr. 3. Declaraciones de la Presidencia de 15 de marzo de 2006 (S/PRST/2006/11), y 19 de diciembre de 2007 (S/PRST/2007/49). Cfr., en el mismo sentido, los Informes del SG al CdS sobre la situación en Somalia: Doc. S/2007/115, párr. 49; S/2007/658, párr. 39; S/2008/178, párrs. 47-51; S/2008/352, párrs. 45-54; S/2008/466, párrs. 50-54; S/2008/709, párrs. 68-71; S/2009/373, párrs. 43-50; y S/2009/684, párrs. 18 y 24.

res de graves violaciones de los derechos humanos contra la población civil, sobre todo la más vulnerable [61].

El CdS también ha constatado reiteradamente la incapacidad de las autoridades de estos Estados para ejercer un control efectivo sobre todos sus espacios soberanos y garantizar la seguridad y el orden público en los mismos [62]. En el caso particular de Somalia, ya hemos explicado cómo el GFT y las autoridades locales han reconocido también su incapacidad para prevenir y reprimir el incremento espectacular de los actos de delincuencia organizada que se vienen produciendo en las aguas de su costa desde el año 2007, tanto en aguas bajo su soberanía o jurisdicción como en alta mar, entre otras razones a causa del desgobierno y las tensiones disgregadoras que padece el país [63].

¿Cuál ha sido la respuesta del CdS ante el desafío del contraste entre lo que dispone el DI sobre el principio de la soberanía e integridad territorial y la realidad de los Estados fracasados? De entrada, el CdS ha instado continuamente a los Estados miembros de la Organización, así como a las organizaciones regionales interesadas que cooperan con el CdS en el mantenimiento del sistema de seguridad colectiva en las zonas afectadas, a que ayuden con medios económicos, técnicos y humanos para crear y reforzar la capacidad de las autoridades y para otras tareas [64].

No nos consta que se hayan planteado o alentado reclamaciones de responsabilidad internacional contra estos Estados por el incumplimiento flagrante de sus obligaciones con otros sujetos del DI. A pesar de las posibilidades teóricas que ofrecería el DI en este sentido, según alguna doctrina [65], en virtud de la posible atribución a estos Estados de la conducta por acción u omisión de sus órganos [66]; de la conducta de personas o grupos de personas

---

[61] Véase, a título ejemplar, Doc. S/2008/352, párrs. 74-83; y S/2010/234, párrs. 10 y 19-23.

[62] Para Afganistán: Resoluciones 1536 (2004), Preámbulo; 1563 (2004), Preámbulo; 1623 (2005), Preámbulo; 1806 (2008), párrs. 15-19; y 1817 (2008), párrs. 1-2 y 6-8. Declaraciones de la Presidencia de 18 de junio de 2003 (S/PRST/2003/7), y 6 de abril de 2004 (S/PRST/2004/9).

Para la RDC: Resoluciones 1399 (2002), párr. 1 y ss.; y 1756 (2007), párr. 7. Declaraciones de la Presidencia de 7 de junio de 2004 (S/PRST/2004/19), y 25 de enero de 2006 (S/PRST/2006/4).

Para Somalia: véanse *supra* epígrafes 2.1 (sobre todo) y 2.2, y sus respectivas notas a pie. Cfr., en el mismo sentido, los Informes del SG al CdS sobre la situación en Somalia: Doc. S/2007/381, párr. 39; S/2007/658, párrs. 22 y 93; S/2008/466, párrs. 23 y 86; S/2008/709, párr. 19; y S/2009/684, párrs. 21-23.

[63] Véanse *supra* notas 33 a 35 y el texto al que se refieren.

[64] Para Afganistán: Resoluciones 1076 (1996), párrs. 9 y 12; 1378 (2001), párr. 4; 1383 (2001), párr. 6; 1401 (2002), párrs. 3-5; 1471 (2003), párrs. 2-4; y 1746 (2007), Preámbulo.

Para la RDC: Resolución 1671 (2006), párrs. 1-4 y 6-8.

Para Somalia: Resoluciones 733 (1992), párrs. 2-3, 7 y 9; 746 (1992), párrs. 3-5; 794 (1992), párr. 17; 1772 (2007), párrs. 9.*b)* y *c)*; y 1863 (2009), párr. 23. Declaración de la Presidencia de 28 de marzo de 2002 (S/PRST/2002/8).

[65] GIORGETTI, C., *A Principled Approach to State Failure. International Community Actions in Emergency Situations*, Leiden, 2010, pp. 188-192; y THÜRER, D., «Failing States» (Last Updated February 2009), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, párrs. 27-28, en *www.mpepil.com*.

[66] Véanse arts. 4-7, y sus respectivos Comentarios, del Proyecto de Artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, adoptado por la Comisión de Derecho Internacional (CDI) en su 53.º periodo de sesiones (2001) y sometido a la consideración de la AG, en *Anuario CDI*, 2001-II (2.ª parte), pp. 39-48.

que actúan bajo la dirección o control de dichos órganos [67]; de la conducta de personas o grupos de personas que ejercen de hecho funciones del poder público en ausencia o en defecto de las autoridades oficiales [68]; del comportamiento de un movimiento insurreccional que se convierte en el nuevo gobierno del Estado o que logra establecer un nuevo Estado [69]; o de una conducta que el Estado reconoce o adopta como propia [70]. Ahora bien y como vamos a ver, la disposición y voluntad política del SG y del CdS no van en la dirección de imponer esta vía correctiva a los Estados fracasados.

Parece que la CIJ tampoco transita por esa vía. Mediante Sentencia de 19 de diciembre de 2005 en el *Caso de las actividades armadas en el territorio del Congo (República Democrática del Congo c. Uganda)*, la Corte se ha pronunciado sobre las diferencias surgidas entre la República Democrática del Congo y Uganda a causa de las actividades e incursiones de grupos armados irregulares de base étnica a uno y otro lado de su frontera común, así como de la ocupación ugandesa de parte de territorio congolés. Esos hechos poseen un claro origen: las sucesivas guerras civiles congolesas y su situación de Estado fracasado, en un contexto general de inestabilidad e inseguridad poscolonial en la región de los Grandes Lagos. En agosto de 1998, una coalición de grupos rebeldes, con la ayuda de tropas de Ruanda y Uganda, intentó derrocar el régimen del presidente Laurent-Désiré Kabila; con este motivo, se produjo la ocupación ugandesa de la región congolesa de Kivu, con abundantes recursos naturales estratégicos; así estalló la última guerra civil congolesa, condicionada por la intervención militar de Ruanda y Uganda en el conflicto, uno de cuyos episodios más llamativos fueron los duros combates sostenidos en junio de 2000, entre tropas de Ruanda y Uganda, en Kisangani (antigua Stanleyville), la ciudad más importante del norte del país y situada a 500 kilómetros de la frontera con ambos vecinos. A pesar del Acuerdo de Lusaka sobre alto el fuego, de 10 de julio de 1999, los combates continuaron sobre todo en el este del país, hasta que en enero de 2002 se produjo un nuevo rebrote del conflicto en esa misma región, con nueva intervención de tropas de Uganda y Ruanda; las tropas de Ruanda se retiraron de territorio congolés tras un acuerdo de paz en julio de 2002, mientras que las tropas ugandesas se retiraron finalmente en el año 2003 [71].

Pues bien, la Corte se ha mostrado muy exigente con los medios de prueba sobre la presencia y actividad de esos grupos armados irregulares, y muy

---

[67] *Ibid*., pp. 49-51, art. 8 y Comentario («Comportamiento bajo la dirección o control del Estado»).

[68] *Ibid*., p. 51, art. 9 y Comentario («Comportamiento en caso de ausencia o defecto de las autoridades oficiales»).

[69] *Ibid*., pp. 52-54, art. 10 y Comentario («Comportamiento de un movimiento insurreccional o de otra índole»).

[70] *Ibid*., pp. 54-56, art. 11 y Comentario («Comportamiento que el Estado reconoce y adopta como propio»).

[71] Véase *Activités armées sur le territoire du Congo (République Démocratique du Congo c. Ouganda), arrêt du 19 décembre 2005*: CIJ, *Recueil 2005*, párrs. 26-27 (para la introducción de los hechos), 28-34 (para la versión congolesa) y 35-41 (para la versión ugandesa). Cfr. UERPMANN-WITTZACK, R., «Armed Activities on the Territory of the Congo Cases» (Last Updated February 2007), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, párrs. 1-5; y PHILIPP, *loc. cit.*, párrs. 9-19, en *www.mpepil.com*.

prudente en la aplicación de las reglas consuetudinarias sobre la responsabilidad internacional del Estado; la Corte se ha atenido a la prueba del apoyo activo político y militar de Uganda a uno solo de esos grupos para declarar la ilicitud de su conducta y consiguiente responsabilidad [72]. Además, la Corte ha considerado las circunstancias geográficas (la lejanía y las dificultades de acceso a las zonas fronterizas que son objeto de las actividades armadas de esos grupos), para justificar la incapacidad de las autoridades de ambos países para ponerles fin [73]. Por otra parte, sin referirse al terrorismo internacional y esquivando el problema de si el DI contemporáneo otorga el derecho de legítima defensa contra ataques armados de fuerzas irregulares, la Corte ratificó que la legítima defensa presupone un ataque armado previo de un Estado agresor [74]. Todo apunta a que la Corte no aceptaría la legalidad de acciones militares contra actores no estatales (entre ellos, grupos terroristas) en el territorio de otro Estado alegando legítima defensa, salvo que pueda probarse una implicación directa o indirecta del Estado en las actividades de esos actores, conforme a las reglas del Derecho de la responsabilidad internacional [75]; prueba que resulta por definición harto difícil. La Corte sigue, pues, anclada a una concepción clásica de la responsabilidad del Estado en relación con las actividades armadas de grupos irregulares y terroristas [76], sin duda muy conveniente para los Estados fracasados, que suelen padecer esta clase de problemas.

Por otra parte, entendemos que el art. 25 (estado de necesidad) del Proyecto de Artículos de la CDI podría convertirse en la última defensa del Estado fracasado, porque permite razonablemente excluir su responsabilidad en el conjunto de los supuestos de atribución enumerados *supra*, ya que designa «casos excepcionales en que la única forma que tiene un Estado de salvaguardar un interés esencial amenazado por un peligro grave e inminente [como el de la misma extinción del Estado] es, de momento, no cumplir otra obligación internacional de menor importancia o urgencia. En las condiciones estrictamente definidas en el art. 25, esa excusa se reconoce como circunstancia que excluye la ilicitud» [77] internacional del Estado. La condición general impuesta por el apartado *b)* del párrafo 2.º de este artículo, de que no puede

---

[72] *Activités armées sur le territoire du Congo (République Démocratique du Congo c. Ouganda), arrêt du 19 décembre 2005*: CIJ, *Recueil 2005*, párrs. 161-165 y 297 y ss. Cfr. UERPMANN-WITTZACK, *loc. cit.*, párrs. 9 y 15.

[73] *Activités armées sur le territoire du Congo (République Démocratique du Congo c. Ouganda), arrêt du 19 décembre 2005*: CIJ, *Recueil 2005*, párrs. 301 y 303.

[74] *Ibid*., párrs. 141-147 y 304.

[75] *Ibid*., párr. 146. Véanse en sentido contrario las opiniones individuales de los jueces Kooijmans (*ibid*., párrs. 19-32, sobre todo 25 y ss.) y Simma (*ibid*., párrs. 4-15, sobre todo 11 y ss.). Cfr. UERPMANN-WITTZACK, *loc. cit.*, párrs. 8 y 21.

[76] Que encarna muy bien el art. 3.*g)* de la Resolución 3314 (XXIX) de la AG, de 14 de diciembre de 1974, sobre «Definición de la agresión», que caracterizó hace más de 35 años como acto de agresión «[e]l envío por un Estado, o en su nombre, de bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios que lleven a cabo actos de fuerza armada contra otro Estado de tal gravedad que sean equiparables a los actos antes enumerados, o su sustancial participación en dichos actos».

[77] Véase Proyecto de Artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, adoptado por la Comisión de Derecho Internacional (CDI) en su 53º periodo de sesiones (2001)

alegarse el estado de necesidad si el Estado responsable ha contribuido de forma «suficientemente sustancial y no simplemente incidental o periférica» a que se produzca esa situación de necesidad, no parece que sea de aplicación en los tres casos de Estados fracasados que nos ocupan a la vista de las causas profundas de su situación [78].

Es más factible, en cambio, en una situación de fracaso del Estado, exigir la responsabilidad penal de los individuos presuntos autores de crímenes tipificados por el DI, ya que de la persecución y castigo de los mismos podría ocuparse un tercer Estado en virtud del principio de justicia universal; podemos definir la jurisdicción penal universal como la competencia de un Estado para perseguir, juzgar y, de ser declarado culpable, castigar a todo sospechoso de la comisión de crímenes internacionales, prescindiendo del lugar de comisión de los mismos y de su nacionalidad [79]. Siempre que, como advierte el Institut de Droit Internacional (IDI), la competencia de los Estados «*must be governed by clear rules in order to ensure legal certainty, and the reasonable exercise of that jurisdiction*» y se someta a las reglas del DI consuetudinario que rigen su ejercicio [80].

También cabría aplicar, si fuera el caso, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI), de 1998, cuyo art. 8.2.*c)* califica como crímenes de guerra las violaciones graves del art. 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, siempre que se hayan cometido tras su entrada en vigor el 1 de julio de 2002 (art. 11.1 del Estatuto); aunque entendemos que este tipo penal forma ya parte del DI consuetudinario [81]. La CPI posee competencia para enjuiciar a cualquier individuo mayor de dieciocho años (art. 26), sin exclusión alguna por la posición o cargo que éste ocupe en un Estado, de manera que no pueda alegarse inmunidad (arts. 27 y 28); es una competencia automática sobre todos los crímenes presuntamente cometidos en el territorio o por los nacionales de cualquier Estado que haya ratificado el Estatuto (arts. 5 y 12). Al margen de las dificultades que plantee en la práctica, la exigencia de una responsabilidad penal individual por parte de la CPI, en el contexto de una

---

y sometido a la consideración de la AG, en *Anuario CDI*, 2001-II (2.ª parte), pp. 85-90, art. 25 y Comentario («Estado de necesidad»). Cita en p. 85, párr. 1.

[78] *Ibid*., p. 89, párr. 20.

[79] Véase, para esta noción, la Resolución de 26 de agosto de 2005, sobre «*Universal criminal jurisdiction with regard to the crime of genocide, crimes against humanity and war crimes*», adoptada por el Institut de Droit International (IDI) en su Sesión de Cracovia (2005), párr. 1, en *http://www.idi-iil.org*.

[80] *Ibid.*, Preámbulo (cita) y párrs. 3-6 de la Resolución de 26 de agosto de 2005 del *IDI*. Cfr., en el mismo sentido, el incipiente trabajo codificador de la CDI sobre «La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut iudicare*)», muy relacionada con esta materia: *Informe de la Comisión de Derecho Internacional 59º periodo de sesiones (2007)*, Suplemento núm. 10 (A/62/10), pp. 207-212, párrs. 345-368; e *Informe de la Comisión de Derecho Internacional 60.º periodo de sesiones (2008)*, Suplemento núm. 10 (A/63/10), pp. 385-391, párrs. 312-332; no se ha avanzado en los trabajos durante el periodo de sesiones de 2009: *Informe de la Comisión de Derecho Internacional 61º periodo de sesiones (2009)*, Suplemento núm. 10 (A/64/10), pp. 383-388, párrs. 194-204.

[81] Cfr. Thürer, *loc. cit.*, párrs. 29-31; y O'Shea, A., «Individual Criminal Responsibility» (Last Updated May 2009), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, párr. 8, en *www.mpepil.com*. Somalia no es parte en el Estatuto de Roma de la CPI, de 17 de julio de 1998; sí lo son Afganistán y República Democrática del Congo.

situación de Estado fracasado, representa un importante avance del DI contemporáneo [82].

El CdS también ha defendido a ultranza, como un *prius* indiscutible, la soberanía, la integridad territorial, la independencia política y la unidad de los Estados inmersos en situaciones de fracaso, y también de los Estados vecinos cuando ha sido necesario [83]. Se trata casi de una fórmula de estilo en la práctica del CdS, incluida generalmente en el preámbulo de sus resoluciones, pero que guarda plena coherencia con la parte dispositiva de las mismas. En la defensa de la soberanía e integridad territorial de los Estados que padecen estas situaciones, el CdS ha prescindido de cualquier otra consideración sobre sus causas u origen, su carácter endémico, la debilidad e incapacidad de los Estados que las padecen, y sobre los riesgos que crean para el mantenimiento de la seguridad colectiva del correspondiente subsistema regional e incluso del sistema general.

El CdS ha abogado especialmente, frente a las situaciones de fracaso, por preservar el principio de la soberanía e integridad territorial del Estado, recordando además a los Estados vecinos la obligación de no injerirse en los asuntos internos de los Estados afectados [84]. Es evidente la complacencia con que el CdS, un órgano político predispuesto a la doctrina del mal menor, ha tratado la intervención militar etíope en Somalia para salvar al agónico GFT

---

[82] De hecho, el caso de Thomas Lubanga, nacional congolés acusado de crímenes de guerra, será el primero visto por la CPI: PHILIPP, C. E., «Congo, Democratic Republic of the» (Last Updated February 2007), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, párr. 24, en *www.mpepil.com*.

[83] Para Afganistán: véase el Preámbulo de las Resoluciones sobre este conflicto que van desde la 1076 (1996) hasta la 1833 (2008). Declaraciones de la Presidencia de 11 de agosto de 1994 (S/PRST/1994/43), 30 de noviembre de 1994 (S/PRST/1994/77), 15 de febrero de 1996 (S/PRST/1996/6), 30 de septiembre de 1996 (S/PRST/1996/40), 6 de abril de 1998 (S/PRST/1998/9), 14 de julio de 1998 (S/PRST/1998/22), y 11 de julio de 2008 (S/PRST/2008/26).

Para la RDC: véase el Preámbulo de las Resoluciones sobre este conflicto que van desde la 1234 (1999), también sus párrs. 1-3, hasta la 1857 (2008). Declaraciones de la Presidencia de 19 de noviembre de 2003 (S/PRST/2003/21), 14 de mayo de 2004 (S/PRST/2004/15), y 21 de octubre de 2008 (S/PRST/ 2008 /38). En esta documentación destaca la preocupación del CdS por defender la soberanía de la RDC sobre sus recursos naturales, combatiendo la explotación y el comercio ilegal de los mismos. Valga la cita de la Resolución 1457 (2003), párrs. 7-18.

Para Somalia: véase el Preámbulo de la Resolución 897 (1994) y de las Resoluciones 1744 (2007) a 1897 (2009) que se ocupan de este conflicto. Y Declaraciones de la Presidencia de 15 de marzo de 2006 (S/PRST/2006/11), y 19 de diciembre de 2007 (S/PRST/2007/49). Cfr., en el mismo sentido, los Informes del SG al CdS sobre la situación en Somalia, más concretamente en «Somalilandia» y «Puntlandia», regiones que están a la espera de que se apruebe una Constitución federal en referendo para que se clarifique su estatuto jurídico interno e internacional; entretanto, para el SG son «regiones autónomas» regidas por «gobiernos federales»: Doc. S/2009/503, párrs. 36 (cita) y 37 (cita).

[84] Para Afganistán: Resoluciones 1076 (1996), Preámbulo y párrs. 3-4; 1193 (1998), párrs. 3-4; 1214 (1998), Preámbulo; 1453 (2002), párr. 1; y 1662 (2006), párr. 19. Declaraciones de la Presidencia de 15 de febrero de 1996 (S/PRST/1996/6), 30 de septiembre de 1996 (S/PRST/1996/40), 9 de julio de 1997 (S/PRST/1997/35), y 14 de julio de 1998 (S/PRST/1998/22).

Para la RDC: Resoluciones 1468 (2003), párr. 13; 1484 (2003), párr. 7; y 1493 (2003), párr. 18. Declaración de la Presidencia de 22 de junio de 2004 (S/PRST/2004/21).

Para Somalia: Resoluciones 1425 (2002), Preámbulo; 1474 (2003), Preámbulo; 1519 (2003), Preámbulo; y 1863 (2009), Preámbulo y párr. 17. Cfr., en el mismo sentido, los Informes del SG al CdS sobre la situación en Somalia: Doc. S/2009/503, párr. 10.

en diciembre de 2006, así como el mantenimiento de tropas etíopes en territorio somalí para sostenerlo. Pero el CdS nunca perdió de vista que la solución a medio plazo pasaba por la salida de las tropas etíopes y el respeto de dicho principio; como ocurrió finalmente en enero de 2009 [85]. No obstante, es prácticamente imposible que, por la misma fuerza de las cosas, las crisis regionales que crean los Estados fracasados no provoquen en algún momento, antes o después, por unas u otras causas (a veces inconfesables) alguna clase de injerencia en sus asuntos internos por parte de los Estados vecinos, como lo prueban los tres casos que nos ocupan (Afganistán, República Democrática del Congo y Somalia).

El CdS ha auspiciado también toda clase de procesos pacíficos de transición política y acuerdos de paz inclusivos, fundados en el diálogo, la conciliación de los intereses de todos los bandos en presencia y la instauración de instituciones democráticas, con el fin de estabilizar y reconstruir esos Estados [86]. En el bien entendido de que, en la práctica de la ONU, el papel de la Organización en la promoción de la democracia y los derechos humanos se encuentra sometido a los principios básicos del DI contemporáneo ya comentados [87]; al margen de las propuestas *de lege ferenda*, bienintencionadas y razonables, que puedan hacerse al respecto [88], no confirmadas en la práctica del CdS, inclinada a admitir en los mandatos de las distintas misiones la conveniencia del buen gobierno, pero todavía teñida de las ambigüedades e incoherencias que conllevan en su seno los equilibrios entre política y derecho [89].

En cuanto a Somalia, los planes del SG, reiterados en sus Informes al CdS y en sus Cartas al Presidente del mismo, se pueden resumir en cuatro directri-

---

[85] Como finalmente ha sucedido en enero de 2009: Declaración de la Presidencia de 4 de septiembre de 2008 (S/PRST/2008/33).

[86] Para Afganistán: Resoluciones 1076 (1996), párrs. 1-2 y 7-8; 1193 (1998), párrs. 1-2 y 5; 1214 (1998), Preámbulo y párrs. 1-2; 1378 (2001), párrs. 1-2; 1662 (2006), párrs. 4-6; 1659 (2006), párrs. 1-2; y 1746 (2007), párrs. 9, 15-16 y 19. Declaraciones de la Presidencia de 16 de abril de 1997 (S/PRST/1997/20), 15 de julio de 2004 (S/PRST/2004/25), 12 de octubre de 2004 ((S/PRST/2004/35), 23 de agosto de 2005 (S/PRST/2005/40), y 17 de julio de 2007 (S/PRST/2007/27).

Para la RDC: Resoluciones 1417 (2002), párrs. 13-14; 1445 (2002), párr. 9; 1635 (2005), párr. 4; 1693 (2006), párrs. 3-4; y 1711 (2006), Preámbulo y párrs. 6 y 8-9. Cfr. Philipp, *loc. cit.*, párrs. 20-22 y 26-27, en *www.mpepil.com*.

Para Somalia: Resoluciones 746 (1992), párr. 9; 751 (1992), párrs. 9-10; 767 (1992), párrs. 11 y 16; 1725 (2006), Preámbulo y párrs. 1-2; 1744 (2007), párrs. 1-3; 1772 (2007), párrs. 1-6; 1801 (2008), párrs. 9-10; 1814 (2008), Preámbulo y párr. 5; y 1863 (2009), párr. 3. Y Declaraciones de la Presidencia de 11 de noviembre de 2003 (S/PRST/2003/19), 7 de marzo de 2005 (S/PRST/2005/11), 13 de julio de 2006 (S/PRST/2006/31), 22 de diciembre de 2006 (S/PRST/2006/59), y 30 de abril de 2007 (S/PRST/2007/13). Cfr., en el mismo sentido, los Informes del SG al CdS sobre la situación en Somalia: Doc. S/2007/115, párrs. 17, 22, 62 y 65; S/2007/381, párrs. 7, 9-10, 13, 22 y 95-96; S/2009/503, párrs. 32-35; S/2009/684, párrs. 80 y 83; y S/2010/234, párrs. 4 y 78-79.

[87] Rich, R., y Newman, E., «Introduction: Approaching Democratization Policy», en Newman y Rich (eds.), *op. cit*., 3-31, pp. 10-20. Cfr., en este sentido, el caso de la RDC: Barrios, C., «Assessing Democracy Assistance: Democratic Republic of the Congo» (14 de junio de 2010), pp. 2-3 y 7-11, en *http://www.fride.org*.

[88] Farer, T. J., «The Promotion of Democracy: International Law and Norms», en Newman y Rich (eds.), *op. cit*., 32-61, pp. 55-58.

[89] Rich, R., «Crafting Security Council Mandates», en Newman y Rich (eds.), *op. cit*., 62-85, pp. 76-83.

ces: facilitar el diálogo y el proceso de reconciliación política, auspiciando el establecimiento de instituciones de transición ampliamente representativas; mejorar la seguridad en el país, ayudando al pleno despliegue de la AMISOM «hasta un nivel que permita la retirada de las fuerzas extranjeras»; promover la asistencia humanitaria y la asistencia para el desarrollo; y abordar los aspectos regionales del conflicto para lograr su solución [90]. Como ha subrayado el SG en sus Informes al CdS, la solución de estos conflictos pasa siempre por una consideración de la dimensión regional de los mismos, una realidad patente en el caso de Somalia; dice el SG que «no será posible alcanzar la seguridad duradera en Somalia sin abordar los aspectos regionales de la crisis» [91]; para ello y en su opinión, habrá que «atender a las preocupaciones en materia de seguridad de Somalia y sus vecinos, incluso en lo que respecta a la soberanía y la integridad territorial de todos los Estados de la región» [92]. En concreto, el SG ha llegado a expresar su temor al «uso potencial de Somalia como base para una guerra por procuración entre Etiopía y Eritrea» [93], y el CdS ha advertido reiteradamente a Eritrea que no intervenga en los asuntos internos de Somalia [94]. En fin, el CdS ha ratificado esta política en sus resoluciones [95].

El CdS, además, ha decretado embargos generales y completos de armas y equipo militar para apagar, o al menos limitar, estos conflictos armados sin carácter internacional [96]; y ha adoptado sanciones selectivas diplomáticas (como la prohibición de viajar) y financieras (como la congelación de activos y fondos) contra los particulares que contravengan sus decisiones [97]. Dicho sea al margen de la dudosa efectividad de estas medidas, al menos en el caso de Somalia, donde han cosechado un rotundo fracaso para disgusto del SG [98].

---

[90] Doc. S/2007/381, párr. 28; S/2007/658, párrs. 81 (cita) y 85-86; S/2008/178, párrs. 35 y 39; y la Carta del SG al Presidente del CdS, de 26 de septiembre de 2007 (S/2007/566).

[91] Doc. S/2007/115, párr. 70; S/2007/381, párr. 103 (cita).

[92] Doc. S/2007/658, párr. 92.

[93] Doc. S/2008/178, párr. 22.

[94] Resolución 1907 (2009), Preámbulo y párrs. 1-2. Declaraciones de la Presidencia de 18 de mayo de 2009 (S/PRST/2009/15) y 9 de julio de 2009 (S/PRST/2009/19).

[95] Resoluciones 1872 (2009), párrs. 1-3 y 9-10; y 1910 (2010), párrs. 12-15.

[96] Para Afganistán: Resoluciones 1333 (2000), párrs. 5-6 y 18-24; y 1390 (2002), párrs. 2.*c)* y 5-8. Declaración de la Presidencia de 16 de diciembre de 1997 (S/PRST/1997/55).

Para la RDC: Resoluciones 1493 (2003), párrs. 19-23, 1533 (2004), párrs. 1-5 y ss., y sucesivas, hasta la Resolución 1857 (2008), párrs. 1-2.

Para Somalia: Resolución 733 (1992), párr. 5; el embargo general y completo de todos los suministros de armas y equipo militar ha sido afinado y enmendado en sucesivas Resoluciones hasta la Resolución 1772 (2007).

[97] Para Afganistán: Resoluciones 1267 (1999), párrs. 4 y 8-9; 1333 (2000), párrs. 8.*c)* y 18-24; y 1390 (2002), párrs. 2.*a)* y *b)* y 5-8.

Para la RDC: Resolución 1596 (2005), párrs. 13-16, y sucesivas, hasta la Resolución 1857 (2008), párrs. 4-6 y ss.

Para Somalia: Resoluciones 733 (1992) y 1844 (2008), *passim*. A las que sumar las más recientes Resoluciones 1853 (2008), Preámbulo y párrs. 1-3; 1907 (2009), párrs. 1-2, 5-7, 15-17 y 21; y 1916 (2010), párrs. 1-2, 6 y 10.

[98] Doc. S/2007/381, párr. 39; S/2007/658, párr. 16; S/2009/146, párrs. 55-58; y S/2009/373, párr. 9.

A la vista de esta práctica institucional, no puede dudarse de la defensa coherente del principio de la soberanía e integridad territorial del Estado por parte del CdS y del SG de la ONU, incluso en situaciones tan difíciles como las padecidas por Estados fracasados. El CdS, en concreto, ha seguido una práctica constante y uniforme en situaciones de fracaso del Estado, a pesar de su prolongación *sine die,* de su repercusión humanitaria y del deterioro que provocan en el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales al menos en el plano regional e incluso en el plano universal. Hay que subrayar que cualesquiera que sean las circunstancias que rodeen el fracaso del Estado (las tensiones secesionistas, la dimensión étnica y religiosa del conflicto interno de turno, las graves violaciones de los derechos humanos y del DI humanitario contra la población civil y otras), no han alterado la práctica firme del CdS destinada a preservar la soberanía e integridad territorial de los Estados que sufren tales situaciones. Por tanto, el CdS no ha asumido ninguna clase de desregulación de los principios básicos aplicables; todo lo contrario, los ha mantenido en su integridad, sin proceder siquiera a una cierta adaptación de los mismos.

3.3. La regionalización del sistema de seguridad colectiva en África: el papel de la UA

El CdS ha aprobado o autorizado igualmente un apreciable número de misiones de paz (OMP) de distinta naturaleza, sobre todo con el fin de amparar esos procesos de paz, incrementar la seguridad sobre el terreno, prestar toda la asistencia posible y evitar catástrofes humanitarias [99]. Por ceñirnos a los Estados fracasados que nos ocupan, el CdS ha llegado a autorizar expresamente el uso de la fuerza en cumplimiento del correspondiente mandato, contando con el consentimiento y la colaboración del Estado implicado y en

---

[99] Para Afganistán: desde las Resoluciones 1386 (2001), párrs. 1-4, que autoriza el establecimiento de la Fuerza Internacional de Asistencia para la Seguridad (FIAS), y 1401 (2002), párrs. 1-2, que establece la Misión de Asistencia de las Naciones Unidas en Afganistán (UNAMA), hasta la 1917 (2010), párrs. 2-6, pasando por la 1833 (2008), párrs. 1-3, 1868 (2009), párrs. 2-4, y 1890 (2009), párrs. 1-4, se suceden una cadena de resoluciones que prorrogan, amplían y coordinan dichas misiones en Afganistán, siempre con el objetivo de instaurar la paz y seguridad en el país y consolidar las instituciones democráticas.

Para la RDC: desde la Resolución 1291 (2000), párrs. 3-8, pasando por la 1355 (2001), párrs. 29-30 y ss., 1856 (2008), párrs. 1-3, y 1906 (2009), párrs. 1-6 y 19-28, hasta la 1925 (2010), Preámbulo y párrs. 1-6 y 12, se suceden un conjunto de resoluciones que establecen, renuevan y amplían la Misión de las Naciones Unidas en la RDC (MONUC), que a partir del 1 de julio de 2010 pasará a denominarse MONUSCO. Véase entre otras la Resolución 1565 (2004), párrs. 1-7, que pone de manifiesto el esfuerzo permanente en materia de seguridad y asistencia hecho por la MONUC. Cfr. en el mismo sentido, entre otras, las Declaraciones de la Presidencia de 3 de agosto de 2006 (S/PRST/2006/36), y 3 de abril de 2007 (S/PRST/2007/9).

Para Somalia: Resoluciones 751 (1992), párrs. 2-5; 897 (1994), párrs. 1-4; 1772 (2007), párrs. 9-10; y 1744 (2007), párrs. 4-5, por la que se autoriza la Misión de la Unidad Africana en Somalia (AMISOM). Las Resoluciones que siguen han renovado y reforzado el mandato de la AMISOM: 1801 (2008), párrs. 1-5; 1831 (2008), párr. 1; 1863 (2009), Preámbulo y párrs. 1-2, 10 y 19; y 1910 (2010), párrs. 1-5. Cfr., en el mismo sentido, los Informes del SG al CdS sobre la situación en Somalia: Doc. S/2007/115, párrs. 67-68; S/2007/259, párr. 82; S/2007/381, párr. 25.

el marco del Capítulo VII de la Carta, en el caso de la Misión de las Naciones Unidas en la RDC (MONUC); cuando ha dudado de la colaboración de las partes y ha evitado el riesgo de desplegar una OMP con autorización del uso de la fuerza, ha autorizado en cambio a fuerzas multinacionales para que usen la fuerza siempre con el consentimiento previo del Estado territorial, puesto que no se trata de operaciones coercitivas para imponer la paz, pero tampoco son OMP de las Naciones Unidas por cuanto se llevan a cabo al margen de la Organización, como ha sido el caso de la Fuerza Internacional de Asistencia para la Seguridad (FIAS) en Afganistán; o bien ha recurrido al mecanismo ortodoxo de colaboración con acuerdos u organismos regionales para la autorización de una misión de paz y del uso de la fuerza en defensa del mandato, con el consentimiento del GFT y en el marco de los Capítulos VII y VIII de la Carta, como ha sido el caso de la AMISOM en Somalia [100]. Somalia es, por cierto, un caso ejemplar para explicar los avances en el proceso de externalización y paralela regionalización de la seguridad colectiva en el subsistema regional africano.

Es bien sabido que se ha venido diseñando, desde los años noventa, un nuevo modelo de cooperación más estrecha entre la ONU y las organizaciones regionales y subregionales competentes, para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, desarrollando la letra y el espíritu del Capítulo VIII de la Carta en cuanto al reparto de responsabilidades sobre seguridad colectiva entre la ONU y esas organizaciones. El objetivo principal es reforzar esa relación, admitiendo la interrelación y las sinergias entre una y otras, reconociendo que el regionalismo es necesario y constituye un componente más del multilateralismo; se trata de compartir las funciones sobre seguridad colectiva, mediante la prevención, gestión y resolución de conflictos en todas las regiones del sistema, particularmente en África.

No se cuestiona, naturalmente, la arquitectura del Capítulo VIII (arts. 52 a 54) de la Carta, que establece que todas las medidas coercitivas que apliquen las organizaciones regionales deben estar autorizadas por el CdS; se evitan así los riesgos de fragmentación en un sector clave del ordenamiento internacional, a causa de la posible aparición de regímenes especiales de naturaleza convencional contradictorios e incompatibles con el régimen de seguridad colectiva previsto en la Carta, que hicieran quebrar su unidad como régimen general [101]. Pero este régimen de autorizaciones por parte del CdS, que actúa como un árbitro que autoriza o no, y legitima o no, que se use la fuerza, implica una externalización del uso de la fuerza y una adaptación, que no un debilitamiento, del sistema originalmente previsto en la Carta.

---

[100] Cfr. CARDONA, J., «Las excepciones al principio que prohíbe el uso de la fuerza: Reflexiones a la luz de la práctica reciente», en DUPOY, P.-M. *et al.* (eds.), *Common Values in International Law. Essays in Honour of Christian Tomuschat*, Kehl, 2006, 723-748, pp. 727-735.

[101] *Informe de la Comisión de Derecho Internacional-58º periodo de sesiones (2006)*, Doc. Suplemento núm. 10 (A/61/10), pp. 461 (párr. 31), 462-463 (párrs. 34-36) y 465 (párrs. 41-42). Cfr. KLEIN, E., «Self-Contained Regime» (Last Updated November 2006), parrs. 7-11 y 16; y PAUWELYN, J., «Fragmentation of International Law» (Last Updated September 2006), párrs. 24-27, *Max Planck Encyclopedia of Public Internation Law*, en *www.mpepil.com*.

Se pretende, en concreto, fijar un marco funcional estable que otorgue coherencia y fiabilidad a esta asociación estratégica, garantizando el apoyo y la ayuda técnica e institucional de la ONU para reforzar la capacidad de estas organizaciones, en particular de la UA. Sobre todo mediante una financiación sostenible, flexible y predecible, que garantice a largo plazo la planificación, el despliegue y la continuidad de misiones emprendidas por la UA y autorizadas por el CdS [102]. La solución a la carencia de recursos previsibles y sostenibles para llevar a cabo estas misiones viene ocupando a ambas organizaciones, que desean superar las limitaciones operacionales fundamentales que provoca la falta de financiación, la incapacidad para alcanzar los niveles de efectivos recogidos en el mandato, la reducción de la eficacia operativa, y la imposibilidad de hacer frente a las cargas administrativas, de gestión financiera y de supervisión y presentación de informes que exigen estas misiones [103].

Es cierto que la UA se encuentra en una situación privilegiada para comprender las causas profundas de muchos conflictos regionales y de influir en su prevención o arreglo merced a su conocimiento de la región; puede además ofrecer capacidades complementarias y ventajas comparativas, realizando misiones en condiciones que no sean en cambio favorables a una OMP de la ONU, o respecto de las que mantengan en su seno posiciones divergentes sobre la mejor forma de proceder. El CdS ha intentado extender esta relación estratégica a otros aspectos como la promoción de la democracia y los derechos humanos o a la delincuencia organizada transnacional, el tráfico de drogas y el terrorismo [104].

Así se explica que, a pesar de la beatífica intención periódicamente declarada por el CdS de establecer una OMP en Somalia, relevando a la AMISOM [105], el SG haya desaconsejado vivamente en sus Informes al CdS una nueva OMP en Somalia, exponiendo con contundencia un conjunto de dificultades políticas, financieras, logísticas y funcionales para el éxito de la misma [106]; sobre todo, la grave inseguridad que viene padeciendo ese país, el entorno político muy fragmentado y un proceso de transición no suficientemente incluyente,

---

[102] Declaraciones de la Presidencia de 28 de marzo de 2007 (S/PRST/2007/7), 18 de marzo de 2009 (S/PRST/2009/3), 26 de octubre de 2009 (S/PRST/2009/26) y 13 de enero de 2010 (S/PRST/2010/1). Y el *Informe del Secretario General sobre la relación entre las Naciones Unidas y las organizaciones regionales, en particular la Unión Africana, en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales*, 7 de abril de 2008 (S/2008/186), párrs. 3-12 y 71-82; que debe relacionarse con otro *Informe del Secretario General sobre la aplicación de la resolución 1625 (2005) del Consejo de Seguridad relativa a la prevención de conflictos, en particular en África*, 14 de enero de 2008 (S/2008/18), párrs. 45-52, 64.*c), e)* y *k)*, y 65.*d), e)* y *f)*.

[103] *Informe del Secretario General: Apoyo a las operaciones de la Unión Africana para el mantenimiento de la paz autorizadas por las Naciones Unidas*, 18 de septiembre de 2009 (A/64/359 - S/2009/470), párrs. 6-10, 19-21 y ss., y 64-68.

[104] Véanse, con carácter general, Declaración de la Presidencia de 24 de febrero de 2010 (S/PRST/2010/4); y respecto de la UA, Declaración de la Presidencia de 5 de mayo de 2009 (S/PRST/2009/11).

[105] Véanse, por ejemplo, las Resoluciones 1863 (2009), párrs. 4-5, y 1872 (2009), párrs. 11-13.

[106] Doc. S/2007/381, párrs. 35-47; S/2008/178, Anexo III, párrs. 13, 18-19, 22-26 y 37-39; S/2008/709, párrs. 47-52; S/2009/132, párr. 116; y S/2009/210, párrs. 44-47 y 56-57.

que llevaban al SG a calificar una OMP de las Naciones Unidas como «una opción de alto riesgo» [107]. A cambio, el SG ha auspiciado decididamente la asunción alternativa de la responsabilidad en materia tan delicada por parte de la UA a través de la AMISOM, a la que la ONU presta todo el apoyo posible y para la que ha reclamado la ayuda financiera, logística y técnica de la comunidad internacional, y ha animado al incremento de sus efectivos y a su fortalecimiento a fin de que cumpla los objetivos previstos: principalmente servir de sostén al GFT en sustitución de las tropas etíopes, como así ha sucedido desde enero de 2009 [108]. El CdS ha terminado aceptando y asumiendo, en sus resoluciones, los argumentos del SG [109].

Como ha afirmado muy bien el SG, «una operación de mantenimiento de la paz forma parte de una solución política, pero no la sustituye» [110]. Y ha aplicado esta directriz al caso que nos ocupa en idénticos términos: «Una posible operación de las Naciones Unidas [en Somalia] tendrá éxito solamente si se despliega en apoyo de un proceso político, no en sustitución de éste»; al no darse las condiciones necesarias en Somalia, el SG advierte no sólo sobre la inviabilidad de una OMP sino que augura su fracaso [111]. En definitiva, tras el desgraciado final de ONUSOM I y II, el SG, con la lección bien aprendida, pone en guardia al CdS sobre la repetición del mismo error, a saber: en el estado actual de desarrollo de la estructura institucional del ordenamiento internacional, no es factible salvar a ningún Estado fracasado sustituyendo o contradiciendo la voluntad política de su población y clase dirigente, mediando incluso el uso de la fuerza sin el consentimiento del Estado afectado, como permitía ONUSOM II; conviene más bien colaborar en procesos donde exista un consenso social básico interno sobre la superación de esa situación

---

[107] Doc. S/2009/210, párr. 56.

[108] Doc. S/2007/115, párr. 67; S/2007/381, párr. 99; S/2007/658, párrs. 31-32 y 89; S/2008/178, párrs. 23-29, 84-85 y Anexo I; S/2008/466, párrs. 31-35; S/2008/709, párrs. 59-61; S/2009/132, párrs. 13-17 y 113; S/2009/210, párrs. 20 y ss., 62-64 y 83-92; S/2009/373, párrs. 13-16, 29-42 y 66-67; S/2009/503, párrs. 42-55; S/2009/684, párrs. 49-57 y 82; S/2010/234, párrs. 41-51. Véanse también la Carta del SG al Presidente del CdS, de 19 de diciembre de 2008 (S/2008/804), que incluye en Anexo una nota ilustrativa del SG titulada «Somalia: Nuevas medidas en la vía militar de mantenimiento de la paz», donde se explica el nuevo escenario del conflicto tras la retirada de las tropas etíopes (párrs. 2-8 de la Nota citada); y la Carta del SG al Presidente del CdS, de 30 de enero de 2009 (S/2009/60), que incluye un Anexo sobre «Detalles del apoyo que se ha de suministrar a la Misión de la Unión Africana en Somalia», que revela que el funcionamiento de la AMISOM no está a la altura de las reglas de las Naciones Unidas sobre OMP desde una óptica financiera, logística y técnica (párrs. 1-2, 5 y 7 del Anexo citado).

[109] Resoluciones 1863 (2009), párrs. 1-2, 8, 10 y 13-15; 1872 (2009), párrs. 15-20; y 1910 (2010), Preámbulo y párrs. 1-8.

[110] Doc. A/64/359 - S/2009/470, párr. 69.

[111] Doc. S/2007/381, párr. 100 (cita); la Carta del SG al Presidente del CdS, de 13 de agosto de 2007 (S/2007/499), que incluye en Anexo una carta de 4 de agosto de 2007, del presidente de la Comisión de la UA, donde coincide plenamente a este respecto: una operación de las Naciones Unidas tendrá éxito sólo si se despliega en apoyo de un proceso político y no en sustitución de éste, y advierte además que las tareas de la AMISOM exceden ampliamente la capacidad de la UA, solicitando formalmente ayuda financiera, logística y técnica de la ONU; y la Carta del SG al Presidente del CdS, de 8 de mayo de 2008 (S/2008/309), que incluye en Anexo una carta del SG al Presidente de la Comisión de la UA, en la que conviene en la necesidad de ayudar y colaborar decididamente con la AMISOM como paso previo para afrontar a largo plazo los retos que pudiera entrañar una OMP de la ONU, facilitando la transición de una a otra.

de fracaso [112]. Es decir, y en relación con el caso que nos ocupa, «la responsabilidad primordial de hacer avanzar el proceso recae en las autoridades y el pueblo de Somalia» [113]. A la vista de la práctica analizada, ¿puede acaso predicarse otra fórmula para Afganistán y la República Democrática del Congo? No lo parece, porque las causas de estas situaciones de fracaso son habitualmente de naturaleza endógena, y ello exige un esfuerzo interno de recuperación que acompañe a la acción externa de la Sociedad Internacional (SI) organizada [114].

Bien entendido que la AMISOM no tiene el mandato ni la capacidad para asumir una función de imposición coercitiva de la paz. En efecto, conforme al mandato establecido en la Resolución 1744 (2007) del CdS, las fuerzas de AMISOM, que sumaban a mediados de 2010 unos 6.000 efectivos, se limitan a garantizar la seguridad de lugares estratégicos de Mogadiscio, facilitan los desplazamientos de los miembros del GFT y del personal de la ONU, escoltan a puerto buques de carga y la entrega de suministros de primera necesidad a la población local, y apoyan en la capital la labor de la nueva Fuerza de Seguridad Nacional del GFT; en especial, controlan el puerto y el aeropuerto de Mogadiscio, el complejo presidencial, la antigua universidad, la academia militar y otros emplazamientos claves de la capital; ni siquiera han tomado posiciones fuera de ella [115].

3.4. El papel de la UE y de la OMI en este proceso de regionalización

Las primeras reacciones de Estados europeos, afectados por los actos de delincuencia organizada en aguas frente a las costas de Somalia, tuvieron un carácter unilateral y sirvieron de bien poco. Nos referimos en particular a dos pequeñas intervenciones armadas francesas en tierra contra los delincuentes implicados en sendos secuestros de dos yates de su bandera, autorizadas por el GFT somalí y por tanto conformes al DI, que culminaron con la detención y encierro en Francia de una docena de nacionales somalíes; y al envío a la región, por parte de España, de una aeronave de patrulla marítima P-3 Orion, que operó desde la base francesa de Yibuti. Estas reacciones no impidieron el auge del fenómeno en los meses siguientes. No olvidemos que Somalia es un Estado con una amplia fachada marítima de casi 4.000 kilómetros que da al mar Rojo, al golfo de Adén y al océano Índico hasta la frontera con Kenia, y proyecta desde tierra su influencia sobre un área aproximada de unos dos millones de kilómetros cuadrados de agua. Los gobiernos de España y Francia cambiaron de rumbo e impulsaron enseguida, con buen criterio, una respuesta multilateral, o mejor, una reacción institucional de la Unión Europea (UE) y más en concreto una acción común en el marco de la PESC, para

---

[112] Para un breve análisis de ONUSOM I y II, véase GIORGETTI, *op. cit*., pp. 167-169.

[113] Doc. S/2007/115, párr. 63 (cita); S/2007/381, párr. 9; S/2007/658, párr. 33; y S/2009/590, párr. 92.

[114] THÜRER, *loc. cit*., pp. 34-37.

[115] Doc. S/2009/503, párrs. 44-45.

enviar una misión aeronaval a aquellas aguas con el pleno beneplácito de las Naciones Unidas.

Ya sabemos que el CdS, actuando en virtud del Capítulo VII de la Carta, ha entendido que la situación en las aguas adyacentes a la costa de Somalia constituía una amenaza para la paz y seguridad internacionales en la región; de ahí que, en el ejercicio de sus potestades en materia de seguridad colectiva, haya autorizado *inter alia* el uso de la fuerza en esos espacios marinos (no sólo en alta mar sino en la zona económica exclusiva y en el mar territorial somalí), por parte de los buques y aeronaves militares de todos aquellos Estados y organizaciones regionales que han decidido colaborar con el CdS para restablecer la seguridad del tráfico marítimo en aquella región. De hecho, el CdS ha solicitado, y agradecido, la colaboración de los Estados miembros (a título individual) y de las organizaciones regionales interesadas (a título común) [116]. En definitiva, el CdS externaliza también en este supuesto el uso de la fuerza, dejándolo en manos tanto de los Estados como de las organizaciones regionales interesadas, lo que supone ahondar no sólo en la regionalización del sistema de seguridad colectiva, sino hasta en su descentralización.

La impunidad con que han venido actuando las tramas de delincuencia organizada desde sus bases en tierra firme, convertida en su santuario, ha llevado a que tanto el GFT como el propio CdS hayan autorizado el uso de la fuerza contra los delincuentes incluso en el territorio somalí y en su espacio aéreo, con el fin de hostigarles en la retaguardia y sobre todo prevenir sus actos ilícitos. Ésa es la tendencia de las resoluciones del CdS en los dos últimos años, desde la 1816 (2008) de 2 de junio, hasta la 1897 (2009), de 30 de noviembre.

La Resolución 1816 (2008) permitió ya, con el consentimiento general previo y expreso del GFT respecto de los Estados que cooperan con él y por un periodo de seis meses, de forma excepcional y sin crear precedente en derecho, reprimir por la fuerza los actos de delincuencia organizada en el mar territorial de Somalia [117]. Tras la Resolución 1838, de mera transición con vistas a renovar el mandato de seis meses previsto en la Resolución 1816, la Resolución 1846 (2008) propuso a petición del GFT una prórroga de doce meses para las disposiciones de la Resolución 1816 en los mismos términos [118]. Para terminar, la Resolución 1851 (2008) [119] da un paso más y cierra el círculo, siempre a petición expresa del GFT somalí, al confirmar el citado plazo de los doce meses contado a partir de la fecha en que se aprobó la Resolución 1846,

---

[116] Véanse los Preámbulos de las Resoluciones 1846 (2008), de 2 de diciembre; 1851 (2008), de 16 de diciembre; y 1897 (2009), de 30 de noviembre. A título individual, colaboran Estados como China, Rusia o la India. A título común, la UE y la OTAN fundamentalmente, aunque centremos nuestra atención en la UE: Doc. S/2009/146, párrs. 14-31. En cualquier caso, se trata de «una de las mayores flotillas para la lucha contra la piratería de la historia moderna» (párr. 14).

[117] Resolución 1816 (2008), de 2 de junio, párrs. 7 y 9. La Resolución no menciona la zona económica exclusiva, pero se entiende que quien puede lo más (intervenir en el mar territorial), puede lo menos (intervenir en la citada zona).

[118] Resolución 1846 (2008), de 2 de diciembre, párrs. 9-11.

[119] Resolución 1851 (2008), de 16 de diciembre, párrs. 6 y 10.

para reprimir por la fuerza los actos de delincuencia organizada en el propio territorio somalí, mediando por parte del GFT una notificación previa al SG sobre los gobiernos que cooperan con él y están por tanto legitimados para ponerla en práctica. Ello con independencia del uso que se haya hecho de esta autorización, que ha sido nulo. La Resolución 1897 (2009) ha prorrogado por otros doce meses, hasta fines de 2010, las autorizaciones mencionadas en las resoluciones citadas y en idénticos términos [120]. Se mantiene en todo caso el carácter excepcional, sin capacidad para crear precedente, de estas medidas, y el más estricto respeto en su ejercicio del DI humanitario y de las normas internacionales sobre derechos humanos.

Por tanto, la represión de esos actos de delincuencia organizada se somete por el CdS, al menos, a las condiciones típicas de la necesidad (que no haya otra alternativa lícita practicable) y proporcionalidad (la razonable adecuación al fin perseguido) del uso de la fuerza en el DI contemporáneo [121]. De manera que el posible efecto preventivo y disuasorio del uso de la fuerza, tan querido por los estrategas militares y que podemos considerar inherente a la represión en tierra de esta clase de delincuencia en el mar, tendrá que ser compatible con dichas condiciones. Por ejemplo, no podrán atacarse objetivos en tierra y en los puertos que no guarden relación con las actividades ilícitas en el mar. Son las servidumbres del sometimiento a un orden jurídico, aunque las resoluciones citadas del CdS parecen herramientas útiles para la prevención y represión de esta clase de delincuencia en las aguas adyacentes a la costa de Somalia. Sin que ello signifique que el problema tenga solución a corto plazo, porque el número de ataques se ha incrementado cada año; si bien las estadísticas han mejorado, pasando de una *ratio* de un ataque con éxito sobre tres en el año 2006, a uno sobre seis en el año 2008 [122].

Ahora mismo preocupa especialmente, tanto al SG y al CdS como a las Organizaciones interesadas, el fortalecimiento de la capacidad jurídica de los ordenamientos internos para enfrentarse de manera efectiva a esta clase de delincuencia. Se trata de detener y enjuiciar a las personas sospechosas de la comisión de esta clase de delitos, con el objetivo de que todo presunto responsable, ya sea por un acto consumado o en grado de tentativa, sea detenido, enjuiciado y encarcelado si es declarado culpable, dentro siempre del más estricto respeto del DI general y de los derechos humanos. El Derecho penal de muchos Estados occidentales ha quedado obsoleto frente a esta clase de delincuencia organizada a causa de un proceso irreflexivo de desarme normativo del que puede ser un buen ejemplo España [123]. Ello, unido a la falta de

---

[120] Resolución 1897 (2009) del CdS, de 30 de noviembre, párrs. 7-8.

[121] Véase art. 21 («Legítima defensa») del Proyecto de Artículos de la CDI en *Anuario CDI*, 2001-II (2.ª parte), pp. 78-79, párrs. 1 y 6 del Comentario. Y la Resolución de 27 de octubre de 2007, sobre «Present problems of the use of armed force in International Law. A Self-Defence», adoptada por el *IDI* en su Sesión de Santiago de Chile (2007), párrs. 1-5, en *http://www.idi-iil.org*.

[122] Resolución 1723 (2010) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, párr. 5 (citada *supra* en nota 4), y nota 38.

[123] Donde se suprimió alegremente el tipo de la piratería del Código Penal en una reforma del mismo llevada a cabo en 1995.

idoneidad de los ordenamientos de los Estados de la región, tampoco preparados para enfrentarse a los retos de estas formas de delincuencia, conducen a una situación nada satisfactoria en cuanto a los mecanismos de respuesta internos (tanto institucionales como jurídicos) frente a este fenómeno. No hace falta añadir que Somalia, en concreto, es incapaz de colaborar a este respecto, ya que carece de los medios más elementales para ello [124].

Bajo estas estrictas condiciones fijadas por el CdS y con las limitaciones recién comentadas, la misión aeronaval de la UE (bautizada como «Operación Atalanta») se ha destinado tanto a proteger a los buques del Programa Mundial de Alimentos de la ONU como a contribuir a la disuasión, prevención y represión de los actos de delincuencia organizada en las aguas frente a la costa de Somalia, y fue lanzada por fin el 8 de diciembre de 2008 por un periodo de tiempo de doce meses [125], luego prorrogado hasta diciembre de 2010 [126]. Fue precedida por otra misión naval de la OTAN, a petición urgente del CdS, para desempeñar principalmente labores de escolta de los buques que llevan la ayuda humanitaria del Programa Mundial de Alimentos de la ONU a puertos somalíes. En este sentido y de nuevo, las resoluciones del CdS que nos ocupan recuerdan oportunamente la cooperación con la ONU de los acuerdos y organismos regionales, en sus propios ámbitos de acción, en todo lo concerniente al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, formando parte integral dichos subsistemas del sistema general de seguridad colectiva previsto en la Carta [127].

La acción común PESC del Consejo, de 19 de septiembre de 2008, en respuesta y apoyo a la Resolución 1816 (2008) del CdS [128], y la acción común PESC del Consejo, de 10 de noviembre de 2008, en respuesta y apoyo a la Resolución 1838 (2008) del CdS [129], adoptadas ambas en aplicación del Título V del Tratado de la UE entonces en vigor, respetan estrictamente las prescripciones del CdS y del DI en la materia y pretenden colaborar con la

---

[124] Véanse para este párrafo Resolución 1918 (2010) del CdS, de 27 de abril, Preámbulo y párrs. 1-4; Doc. S/2009/146, párrs. 46-51; y S/2009/590, párrs. 44-47. Además de la Resolución 1722 (2010), párrs. 15-16, y el Informe que la sustenta (Doc. 12193, párrs. 53-78) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, citados *supra* en nota 4.

[125] Véase la Decisión 2008/918/PESC del Consejo, de 8 de diciembre de 2008, en *JO* L 330 de 9 de diciembre de 2008, pp. 19-20.

[126] Véase la Decisión 2009/907/PESC del Consejo, de 8 de diciembre de 2009, en *DO* L 322 de 9 de diciembre de 2009, p. 27.

[127] Resolución 1801 (2008) del CdS, de 20 de febrero, párr. 12; y Resolución 1814 (2008), de 15 de mayo, párr. 11; y la opinión del SG en Doc. S/2008/709, párr. 101. La UE no ha limitado su colaboración al ámbito de la seguridad marítima; también se ha terminado involucrando en la formación de las fuerzas de seguridad somalíes: véase Decisión 2010/96/PESC del Consejo, de 15 de febrero de 2010, en *DO* L 44 de 19 de febrero de 2010, pp. 16-19, arts. 1-4 y 12; y Decisión 2010/197/PESC del Consejo, de 31 de marzo de 2010, en *DO* L 87 de 7 de abril de 2010, p. 33, arts. 1-2.

[128] Véase Acción Común 2008/749/PESC del Consejo, de 19 de septiembre de 2008, en *JO* L 252 de 20 de septiembre de 2008, pp. 39-42.

[129] Véase Acción Común 2008/851/PESC del Consejo, de 10 de noviembre de 2008, en *JO* L 301 de 12 de noviembre de 2008, pp. 33-37. Ver también la Decisión 2009/29/PESC del Consejo, de 22 de diciembre de 2008, relativa a la celebración del Acuerdo entre la UE y Somalia sobre el estatuto de la fuerza naval dirigida por la UE en el marco de la «Operación Atalanta», en *DO* L 10 de 15 de enero de 2009, pp. 27-34, arts. 1-4.

ONU contribuyendo a la disuasión, prevención y represión de los actos de delincuencia organizada en las aguas adyacentes a la costa de Somalia. La UE remitió el 30 de octubre de 2008 el correspondiente ofrecimiento de ayuda al GFT somalí para que éste consintiera los actos de autoridad de sus buques y aeronaves militares, y ha establecido taxativamente los objetivos de la «Operación Atalanta», donde se prevé el uso de la fuerza para disuadir, prevenir e intervenir contra los actos de delincuencia organizada que se produzcan incluso en el mar territorial somalí [130]. También se prevé que las personas detenidas por la comisión de estos actos ilícitos o sospechosas de ellos queden bajo la autoridad del Estado (miembro) del pabellón del buque que los haya detenido o de otro Estado miembro que desee ejercer su jurisdicción sobre ellas [131].

Es cierto que hay Estados miembros de la UE que no tienen tipificada la piratería en sus ordenamientos internos, lo que complica el enjuiciamiento de las personas acusadas de la comisión de estos actos; ése es el caso de España, donde pronto entrará en vigor una reforma del Código Penal que tipifica de nuevo el delito de piratería y lo castiga hasta con quince años de cárcel [132]. Aunque los ordenamientos europeos cuentan, al menos, con tipos penales asimilados o afines al robo a mano armada, como sucede en nuestro Código Penal antes y después de su novísima reforma [133]. No obstante, su aplicación a miles de kilómetros de distancia, en aguas de Somalia, plantea complejos problemas logísticos y procesales. Por otra parte, ningún Estado europeo parece entusiasmado con la idea de acoger en sus cárceles a los delincuentes somalíes.

De ahí que el CdS, conocedor de estas dificultades, haya recomendado la cooperación entre todos los Estados interesados (Estado del pabellón, de nacionalidad de las víctimas, de nacionalidad de los autores de los actos de delincuencia organizada, incluso de los Estados vecinos dispuestos a colaborar en el juicio y encarcelamiento de las personas detenidas, etc.), para resolver los problemas de jurisdicción a fin de lograr sanciones penales disuasorias contra los autores de esos actos [134]. La práctica se ha inclinado por esta vía,

---

[130] Véase párr. 12 del Preámbulo y arts. 1 y 2 de la Acción Común 2008/851/PESC del Consejo.

[131] *Ibid.,* art. 12.

[132] Véase Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 19/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que entrará en vigor el próximo 23 de diciembre de 2010, en *BOE* núm. 152 de 23 de junio de 2010, pp. 54811-54883; en particular los nuevos arts. 616 ter y 616 quáter, quedando redactado el primero como sigue: «El que con violencia, intimidación o engaño, se apodere, dañe o destruya una aeronave, buque u otro tipo de embarcación o plataforma en el mar, o bien atente contra las personas, cargamento o bienes que se hallaren a bordo de las mismas, será castigado como reo del delito de piratería con la pena de prisión de diez a quince años. En todo caso, la pena prevista en este artículo se impondrá sin perjuicio de las que correspondan por los delitos cometidos».

[133] Véanse los arts. 237 y 242 (para el robo a mano armada), 164-166 (para el secuestro) y 563 y ss. (para la tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones y explosivos) de nuestro vigente Código Penal; cfr. la nueva redacción de los arts. 566 y 567 y la incorporación de los nuevos arts. 570 bis, ter y quáter del nuevo Código Penal, que no introducen cambios relevantes a estos efectos.

[134] Resoluciones 1846 (2008), de 2 de diciembre, párrs. 14-15; y 1851 (2008), de 16 de diciembre, párr. 3.

como ya anticipaba la Ministra de Defensa, Carme Chacón, en su comparecencia en el Congreso de 21 de enero de 2009, mediante la negociación por parte de la UE de acuerdos con Estados vecinos de Somalia, para que acepten y enjuicien en su territorio a los individuos detenidos y acusados de tales actos [135]. Estas negociaciones han culminado con la firma de sendos acuerdos con Kenia y Seychelles, en marzo y noviembre de 2009, para asegurar el traslado, enjuiciamiento y encarcelación de los delincuentes detenidos en el marco de la «Operación Atalanta» [136]. Todo apunta de nuevo en la misma dirección, a saber, la regionalización de la represión judicial de esos actos de delincuencia organizada.

En el mes de noviembre de 2009, el Alto Representante para la Política Exterior y de Seguridad Común de la UE rindió informe al SG sobre las tareas realizadas y logros alcanzados por la «Operación Atalanta» entre diciembre de 2008 y octubre de 2009, y sobre la disposición de la UE a renovar su mandato si el CdS prorrogara lo dispuesto en la Resolución 1846 (2008), como así ha sucedido [137].

En cuanto al papel de la OMI, una Organización internacional que es organismo especializado de las Naciones unidas en el campo de las comunicaciones y está dedicada a auspiciar y facilitar la cooperación técnica en materia de navegación y seguridad marítima, según dispone el art. 1 de su Convenio constitutivo, es lógico que se haya interesado e involucrado en todo lo relacionado con la situación creada por los actos de delincuencia organizada en las aguas adyacentes a la costa de Somalia.

La actividad de la OMI ha cubierto varios frentes, atendiendo la solicitud del CdS para implicarse en los esfuerzos por combatir la delincuencia organizada en dichas aguas [138]. La OMI ha prestado asistencia técnica general a sus Estados miembros para mejorar su capacidad institucional y jurídica contra estos delitos; ha formulado recomendaciones sobre medidas de seguridad preventivas para evitar los ataques, por medio de Circulares de su Comité de Seguridad Marítima; y ha actualizado sus Directrices para gobiernos, propietarios, armadores, capitanes y tripulación; así como su Código de práctica para la investigación de esta clase de delitos [139].

---

[135] Véase *Boletín de las Cortes*, ... cfr. *El País*, 22 de enero de 2009, p. 18.

[136] Véanse, por ejemplo, Decisión 2009/293/PESC del Consejo, de 26 de febrero de 2009, relativa al Canje de Notas entre la UE y Kenia, en *DO* L 79/47 de 25 de marzo de 2009, pp. 47-48, y dicho Canje de Notas y Anexo, pp. 49-59.

[137] Carta del SG al Presidente del CdS, 3 de noviembre de 2009 (S/2009/569), párrs. 3, 5 y 9-11 del Anexo.

[138] Resolución 1816 (2008) del CdS, de 2 de junio, Preámbulo y párrs. 3-5. Los términos de la relación de colaboración entre la OMI y el CdS están formulados en la intervención de su Secretario General en la sesión 6020, de 20 de noviembre de 2008, del CdS.

[139] IMO, *Recommendations to Governments for preventing and suppressing piracy and armed robbery against ships* (MSC.1/Circ.1333, 26 de junio de 2009), *passim*; y *Guidance to shipowners and ship operators, shipmasters and crews on preventing and suppressing acts of piracy and armed robbery against ships* (MSC.1/Circ.1334, 23 de junio de 2009), *passim*. Véase también la Resolución A.1025(26) de la Asamblea de la OMI: IMO, *Code of Practice for the investigation of crimes of piracy and armed robbery against ships*, Resolution A.1025(26), adopted on 2 December 2009 (A 26/Res.1025, 18 de enero de

El mayor éxito de la OMI ha sido lograr la aprobación en enero de 2009, por 21 Estados de la región del Índico occidental, del Código de Conducta de Yibuti, de 29 de enero de 2009, para la represión de actos ilícitos contra buques en el océano Índico occidental y el golfo de Adén. El Código entró en vigor inmediatamente gracias a la firma de nueve Estados de la región, y prevé el establecimiento de mecanismos de cooperación y coordinación regionales para la represión de dichos actos; ello incluye la puesta en marcha de tres centros de intercambio de información y uno de capacitación en lugares estratégicos de la región. Esta iniciativa sigue los pasos ya dados con el mismo fin y buenos resultados por los Estados del sudeste asiático, mediante la adopción en noviembre de 2004 del *Regional Cooperation Agreement on Combating Piracy and Armed Robbery against Ships* (RECAAP) [140]. El objetivo último en ambos supuestos no es otro, con buen criterio y una vez más, que la regionalización de las responsabilidades para acabar con estas prácticas ilícitas endémicas en ciertas regiones del planeta. La OMI está contribuyendo como mejor puede a este fin.

4. LA NOCIÓN DE ESTADOS FRACASADOS A LA LUZ DE LA PRÁCTICA ANALIZADA

Parece haber consenso acerca del componente principal de la noción de Estados fracasados, incorporada al lenguaje jurídico muy recientemente, en la última década del pasado siglo [141]. Desde una óptica institucional, los Estados fracasados son aquellos en los que ha desaparecido precisamente el elemento constitutivo del Estado [142], es decir, la organización política o gobierno, encargado de cumplir las funciones del Estado tanto en el orden interno como en el orden internacional (en sus relaciones con otros sujetos del DI). En efecto, en esos Estados no hay gobierno o el que existe no ejerce de hecho el monopolio de la violencia o poder de coerción, que suele compartir o quedar en manos de diferentes grupos o facciones enfrentados entre sí; el gobierno deja de ser efectivo, de preservar el orden público y de ejercer en todo o en parte los poderes propios (legislativo, ejecutivo y judicial) del Estado. Bien entendido que la desaparición de ese elemento nuclear suele ser gradual, es un proceso que culmina en una situación de fracaso; también puede haber grados en el proceso de descomposición de un Estado; y hasta podría

---

2010), *passim*; y la Resolución A.1026(26) de dicha Asamblea: IMO, *Piracy and armed robbery against ships in waters off the coast of Somalia*, Resolution A.1026(26), adopted on 2 December 2009 (A 26/Res.1026, 3 de diciembre de 2009), *passim*. Documentación disponible en *http://www.imo.org*. Cfr. Doc. S/2009/590, párr. 36.

[140] La documentación completa sobre la Reunión de Yibuti y la aprobación del Código de Conducta puede consultarse en *http://www.imo.org*. Véanse, en particular, arts. 7-8 y 10-11 del citado Código. Véase también Doc. S/2009/590, párrs. 38-41.

[141] Giorgetti, *op. cit*., p. 26. Thürer, *loc. cit.,* párrs. 4-5.

[142] Sobre este elemento constitutivo y su relación con las condiciones de existencia (territorio y población) del Estado, véase Jiménez Piernas, C. (dir.), *Introducción al Derecho Internacional Público. Práctica española*, Madrid, 2009, pp. 178-180.

establecerse un índice o rango de Estados fracasados [143]. Pero esta clase de ejercicios no interesan a los efectos perseguidos en este estudio.

Es un fenómeno de desintegración política, de colapso interno de la ley y el orden, que culmina en lo que interesa al DI con la incapacidad del Estado fracasado para cumplir y hacer cumplir sus obligaciones internacionales. No obstante, aunque resulte una ficción, el Estado fracasado no deja de ser sujeto del DI, con plena capacidad de obrar, por ejemplo, para obligarse por un tratado internacional; no se pone en cuestión su identidad y continuidad; tampoco deja de estar protegido por los principios básicos del DI contemporáneo ya citados y comentados; pero no es capaz de ejercer sus poderes en la práctica o lo hace de forma muy defectuosa por limitada e intermitente [144]. Así hemos tenido oportunidad de comprobarlo en el caso de los tres Estados objeto de nuestro estudio y de forma especial en el de Somalia, un Estado fracasado en grado sumo.

Interesa subrayar que, para el DI, los Estados fracasados se caracterizan por su incapacidad para hacer frente a las obligaciones derivadas de este ordenamiento [145]. Sobre todo, como es obvio, en el ámbito de la protección de los derechos humanos y del DI humanitario [146]; pero no exclusivamente en ese ámbito, como hemos tenido oportunidad de comprobar en los tres casos objeto de estudio [147]. En otros términos, sólo cuando el caos interno de un Estado fracasado afecta y puede poner en riesgo la estabilidad y seguridad del sistema internacional, sólo entonces y no antes, pasa a ser objeto de atención del DI [148].

En el caso de Somalia, en particular, el GFT ha sido incapaz de controlar no sólo su territorio sino los espacios marinos bajo su soberanía o jurisdicción, lo que ha posibilitado que el fenómeno de la delincuencia organizada se enseñoree de sus aguas interiores, mar territorial y zona económica exclusiva, y se extienda imparable al alta mar, documentándose ataques a mil millas de distancia de su litoral. Claro que se han probado y denunciado también graves violaciones de los derechos humanos y del DI humanitario en Somalia durante las dos últimas décadas, pero está por ver qué clase de incumplimientos preocupan y motivan más a la SI de nuestros días. De hecho, Soma-

---

[143] Véase, a título de ejemplo, el conocido «Failed States Index Scores 2010» en *http://www.fundforpeace.org*. Somalia, República Democrática del Congo y Afganistán constan en los puestos 1.º, 5.º y 6.º de este índice, figurando Chad, Sudán y Zimbabue (por este orden) en los puestos intermedios.

[144] THÜRER, *loc. cit.*, párrs. 5-13.

[145] En relación con la SI organizada, el art. 4 de la Carta de las Naciones Unidas exige para ser miembro de la Organización que el Estado esté capacitado para cumplir las obligaciones de la Carta y se halle dispuesto a hacerlo; y el art. 6 prevé la expulsión de la Organización del Estado que viole repetidamente los principios de la Carta. Por otra parte, y en relación con estas disposiciones, no cabe imaginar un Estado incapaz de cumplir el conjunto de principios básicos o fundamentales del DI contemporáneo tal y como quedan recogidos en la Resolución 2625 y han sido desarrollados en la práctica de la ONU.

[146] THÜRER, *loc. cit.*, párrs. 20-24; y GIORGETTI, *op. cit*., cap. 7, pp. 153-178, que se inclina por aceptar la intervención humanitaria (pp. 177-178).

[147] Cfr. *supra* epígrafe 3.2 y sobre todo las notas 59-63.

[148] Cfr. THÜRER, *loc. cit.*, párrs. 1-2 y 12.

lia venía siendo un Estado fracasado casi olvidado y mal atendido hasta que se puso en peligro la seguridad de la navegación internacional por sus aguas vecinas, produciéndose una serie de reacciones en cadena en el seno del sistema internacional, tanto en el plano relacional como institucional (esto es, en la SI organizada), para hacer frente al fenómeno de la delincuencia organizada en esas aguas [149]. Ello prueba la capacidad de respuesta de la SI organizada y de su órgano principal, el CdS, cuando las circunstancias lo exigen; en este caso, por el impacto directo que la situación de fracaso del Estado somalí provoca sobre la seguridad marítima internacional en esas aguas [150].

Aunque los Estados fracasados no deben confundirse con los Estados que sufren guerras civiles [151], es cierto que dichos conflictos, sobre todo cuando se prolongan en el tiempo sin una posible solución, conducen con mucha frecuencia a una situación de fracaso o quiebra del Estado. La práctica internacional es rica en precedentes que así lo confirman, convirtiéndose la guerra civil en la principal circunstancia coadyuvante. Es el caso de los tres Estados objeto de nuestra indagación y resulta muy obvio en el caso de Somalia [152]. Entendemos que la doctrina no ha hecho suficiente hincapié en el dato de la relevancia de las guerras civiles endémicas para explicar la situación de fracaso de algunos Estados. Ahora bien, no entramos a considerar las causas profundas de los procesos que conducen a medio y largo plazo a una situación de fracaso del Estado [153].

Por la propia fuerza de las cosas, los Estados fracasados pueden suponer una amenaza o peligro para la paz y seguridad internacionales en su región y hasta fuera de ella. Incluso pueden generar, en dosis diferentes, amenazas varias (poco convencionales y más bien asimétricas y difusas) para la propia estabilidad política y seguridad jurídica del sistema internacional en su conjunto. Son, en fin, un factor más que sumar a otros desafíos globales característicos de este comienzo de siglo, como el terrorismo internacional. Sucede que asistimos a un proceso imparable de globalización estratégica en virtud del cual cualquier fenómeno relevante acaecido en el seno de un subsistema regional repercute no ya en dicho subsistema sino también en el sistema internacional, a veces de forma considerable, afectando directamente a Estados situados a miles de kilómetros de distancia del epicentro del fenómeno.

---

[149] Doc. S/2009/590, párrs. 7-16 (para las actividades del Grupo de Contacto sobre la piratería frente a la costa de Somalia), 18-19 (para la presentación general de las actividades navales emprendidas), 20-21 (para la «Operación Atalanta»), 22-23 (para las actividades de la OTAN), 24-26 (para las actividades de las Fuerzas Marítimas Combinadas dirigidas por los Estados Unidos), y 27 (para las medidas de otros Estados miembros de la ONU). Véase para los conceptos de estructura relacional e institucional, JIMÉNEZ PIERNAS, *op. cit.*, pp. 42-45.

[150] Cfr. GIORGETTI, *op. cit*., pp. 40-41. Ante esta evidencia, la autora se queja injustamente (como enseguida se explicará): «*International Law has, in fact, been oblivious to the existente of failing and failed States*» (p. 41).

[151] Como recuerda CASANOVAS Y LA ROSA, O., «Los Estados fracasados», en GARCÍA, C., y RODRIGO, A. J. (eds.), *La seguridad comprometida. Nuevos desafíos, amenazas y conflictos armados*, Madrid, 2008, 83-90, pp. 83-84.

[152] Véase *supra* nota 58 y texto al que se refiere.

[153] Cfr. GIORGETTI, *op. cit*., pp. 44-46.

Basta pensar en Afganistán, antes y después del 11-S, en la crisis financiera internacional cuyo epicentro ha sido la ya desaparecida banca de inversión asentada en Wall Street, o en la situación que padece Somalia. España, una potencia media, se ha visto afectada de lleno por todos estos fenómenos; de hecho, hay tropas españolas en Afganistán; la crisis financiera ha alcanzado a nuestro sistema bancario y dañado nuestra economía nacional; y pesqueros de bandera española han sido acosados o abordados en las aguas del Índico occidental.

El SG cerraba uno de sus Informes sobre la situación en Somalia con una afirmación lacónica y bien cierta: «*La Somalie demeure un véritable problème pour la communauté internationale*» [154]. En efecto, el sistema internacional se enfrenta en el Cuerno de África a problemas de inestabilidad política e inseguridad jurídica causados por el vacío de poder que ha dejado en la región un Estado fracasado, incapaz de controlar de forma efectiva su territorio y sus aguas vecinas. Un Estado que ha perdido el monopolio del uso de la fuerza y es incapaz de cumplir sus obligaciones internacionales. Uno de los síntomas, entre otros muchos, de esa situación de fracaso es el auge de la delincuencia organizada en las aguas frente a su costa, gracias a las bases que esas redes de delincuencia poseen en tierra firme, convertida así en su santuario. Estas circunstancias impiden un tratamiento tradicional del fenómeno, centrado únicamente en la patrulla y vigilancia marítima de las aguas afectadas; sin olvidar las nuevas formas que adopta la delincuencia que se viene practicando en el Índico occidental, con tácticas más atrevidas, medios técnicos más avanzados y armas más complejas. De ahí las dificultades del CdS para hallar una solución satisfactoria al problema, que en todo caso deberá ser multifuncional (no exclusivamente militar) y regional. La resurrección de la piratería, sobre todo en alta mar del Índico occidental evoca, si se nos permite el símil, la reaparición de nuevos brotes de ciertas enfermedades infecciosas que se creían ya erradicadas; el sistema internacional necesita encontrar en su ordenamiento remedios jurídicos idóneos para luchar contra estos nuevos brotes.

Pero más allá de los síntomas y de su tratamiento, asunto por supuesto nada despreciable, puede afirmarse que el ordenamiento internacional no dispone por el momento de mecanismos para enfrentarse a la curación de la enfermedad, esto es, a la solución de los retos y riesgos creados por los Estados fracasados. No, desde luego, en el plano de la estructura relacional o interestatal. Tampoco en el plano de la estructura institucional, salvo el recurso consabido a la acción colectiva de las llamadas OMP aprobadas o autorizadas por el CdS, que han ido adquiriendo una dimensión multifuncional, para cubrir una compleja pluralidad de actividades político-administrativas, muy oportunas en el caso de los Estados fracasados; estas misiones han venido a desempeñar en la práctica cierta tutela *de facto*, relativa y siempre insuficiente, de los Estados fracasados [155]. Como sucede en los tres casos objeto de

[154] Doc. S/2008/466, párr. 79.
[155] THÜRER, *loc. cit.*, párrs. 16-18 y 33. CASANOVAS Y LA ROSA, *loc. cit.*, pp. 85-86.

estudio, especialmente el de Somalia, si bien ya por cuenta de Organizaciones regionales como la UA. Sin olvidar que la responsabilidad del éxito de estas misiones recae habitualmente sobre los propios Estados fracasados, por cuanto las causas de sus crisis son habitualmente de naturaleza endógena [156].

Debe destacarse un rasgo definitorio en el caso de Somalia: el protagonismo cobrado por la UA y, hasta cierto punto, por la UE, sin olvidar desde una óptica eminentemente técnica a la OMI, que han asumido responsabilidades importantes en la región bajo la autoridad del CdS. Ello manifiesta un proceso de externalización y regionalización de la seguridad colectiva, que sigue liderada por el CdS al tiempo que auspicia la colaboración de las organizaciones regionales (sobre todo la UA) en esas tareas. La propia UE se ha sumado a las mismas en aquellos aspectos que más le interesan, a fin de garantizar la seguridad de la navegación y de las rutas comerciales en toda el área del golfo de Adén. En definitiva y en este caso, el sistema de seguridad colectiva diseñado en la Carta transita con paso firme hacia su externalización y regionalización, que no a su fragmentación (porque el CdS sigue liderando y controlando dicho sistema), y desregulación (porque la práctica del CdS sigue los principios básicos del DI que son de aplicación en la materia).

La regionalización de la seguridad colectiva en África representa un atajo sensato por parte de los mecanismos institucionales para hacer frente de forma funcional y comparativamente mejor a los retos y amenazas de los Estados fracasados. Fuera de esta aportación, hasta hoy poco más se ha inventado en el DI para superar los retos y amenazas provocados por los Estados fracasados. En concreto, cabe esperar que la amplia batería de resoluciones adoptadas por el CdS que permiten la represión de los actos de delincuencia organizada no sólo en el mar territorial y la zona económica exclusiva sino también en territorio somalí, junto a la colaboración prestada por otras organizaciones regionales (como la UE) para aplicar dichas resoluciones, terminen dando sus frutos y se vuelva más segura la navegación internacional en el golfo de Adén y áreas adyacentes [157]. Pero la solución definitiva del problema, más allá de sus síntomas, sólo llegará si Somalia se recupera como Estado y vuelve a controlar de manera efectiva su territorio y los espacios marinos bajo su soberanía o jurisdicción.

Porque un Estado fracasado es un tumor cuando menos benigno localizado en una parte del sistema internacional, es muy arriesgado dejarlo desarrollarse aunque se encuentre en la periferia del sistema, como por un grave descuido sucedió con el Afganistán de los talibanes. Por ello son muy oportunas tanto la AMISOM a cargo de la UA como la «Operación Atalanta» por cuenta de la UE, mediante las que estas organizaciones colaboran para la ocasión con el CdS. Mientras el fenómeno de los Estados fracasados permanezca y el DI no encuentre nuevos remedios frente al mismo, sólo cabe impedir la

---

[156] Cfr. THÜRER, *loc. cit.*, párrs. 34 y 37.

[157] Hasta ahora, los resultados son modestos: cfr. *supra* epígrafe 2.2, además de la nota 122 y texto al que se refiere.

extensión del mal y de sus secuelas, sometiendo a cierto control higiénico la evolución de esta nueva disfunción o patología, gracias al papel benemérito desempeñado por la estructura organizada del DI, insuficiente para acabar con la enfermedad pero necesaria para atajar sus peores síntomas y efectos.

5. CONCLUSIONES

Las perturbaciones, algunas graves, que los Estados fracasados producen en el seno del sistema internacional responden sobre todo a que alteran sus fundamentos. El sistema gira en torno al *prius* de un Estado soberano que ejerce el monopolio de la fuerza *ad intra* y cumple sus obligaciones internacionales *ad extra*, lo que permite al conjunto mantener unas relaciones jurídicas basadas en los principios de soberanía e integridad territorial, no intervención y prohibición del uso de la fuerza. Pero los Estados fracasados se caracterizan justamente por la desaparición de su organización política, condición imprescindible para su previo reconocimiento jurídico internacional. No obstante, el DI no prevé mecanismos de revisión del estatus de un Estado. Ante esta laguna, se plantea el dilema de si los Estados fracasados pueden seguir siendo protegidos por el propio sistema, es decir, por los principios básicos del DI, sobre todo los de soberanía y no intervención, puesto que sería falaz admitir al menos en la práctica su igualdad soberana frente a los demás Estados [158].

Hasta el momento, la práctica institucional analizada sugiere que la situación de los Estados fracasados no ha propiciado ninguna clase de revisión de los principios básicos recién citados. Parece obvio que sea en el seno de las Naciones Unidas, dentro de la estructura institucional, donde se llevara a cabo algún proceso de adaptación normativa de dichos principios a esta nueva realidad. Pero hasta ahora, la Organización en pleno ha reaccionado de forma muy conservadora frente al fenómeno de los Estados fracasados, limitándose a estabilizar y sostener a dichos Estados por encima de cualquier otra consideración, sin alterar la formulación y la praxis de dichos principios. Se ha desplegado algún esfuerzo doctrinal [159] para proponer novedades al respecto, pero no pasan de ser aportaciones *de lege ferenda*, porque suponen una adaptación de los principios básicos del DI, sobre todo en relación con el principio de no intervención en los asuntos internos, que hasta ahora no ha tenido acogida en la práctica internacional.

Hasta la fecha, en el DI contemporáneo, el estatuto jurídico del Estado está blindado y a prueba de su propio fracaso. Aunque el fenómeno de los Estados fracasados no parece remitir sino más bien incrementarse, lo cierto es que la SI organizada mantiene la centralidad del Estado soberano en su seno,

---

[158] El profesor CASANOVAS Y LA ROSA ha explicado de forma clara y breve dicho dilema (*loc. cit.*, pp. 87-89). C. GIORGETTI sintetiza lapidariamente el estado de la cuestión (sobre la institución del reconocimiento de Estados sin marcha atrás): «*Easy to Give, not to Take Away*» (*op. cit.*, p. 52).

[159] GIORGETTI, *op. cit.*, pp. 182-188.

sin recurrir más que a medidas o remedios que alivian la sintomatología y atenúan los efectos más graves del fracaso de un Estado en su entorno regional y en el universal; a la espera de que tarde o temprano se recomponga mal que bien la organización política o gobierno de ese Estado, contribuyendo en lo posible a que eso ocurra desde la estructura institucional. Quizás sólo una serie simultánea y cualificada de situaciones de fracaso, que creara un riesgo sistémico, podría alterar el actual estado de cosas.

Por otra parte, sería pura ceguera no ver cómo se robustece y avanza, al calor de esta clase de desafíos, la estructura institucional del ordenamiento internacional contemporáneo. En este caso, mediante un proceso de regionalización del sistema de seguridad colectiva para hacer frente al problema de los Estados fracasados en África. Ahora bien, hay obstáculos estructurales insalvables para que el DI pueda ofrecer soluciones al problema de los Estados fracasados. Porque el DI contemporáneo está genéticamente concebido para respetar y proteger la soberanía e integridad territorial del Estado y la estabilidad de sus relaciones exteriores cuando sufre una guerra civil y aún más cuando cae en una situación de fracaso general. No, desde luego, para intervenir en sus asuntos internos, imponerle un determinado proceso de paz o incluso un régimen político (aunque se funde en la democracia y los derechos humanos), en sustitución o franca contradicción respecto de la voluntad política de su población y clase dirigente. La práctica institucional analizada así lo prueba y salirse de ese guión no resulta, a día de hoy, recomendable.

RESUMEN

LOS ESTADOS FRACASADOS Y EL DERECHO INTERNACIONAL: EL CASO DE SOMALIA

El incremento inusitado de actos de delincuencia organizada cometidos frente a la costa de Somalia, en aguas bajo su soberanía o jurisdicción y en alta mar, ha despertado el interés internacional por la situación que atraviesa ese país, calificado unánimemente desde hace tiempo como un Estado fracasado. Es obvio que ese fenómeno de delincuencia organizada es una consecuencia más, entre otras, de la situación de fracaso del Estado somalí. El caso de Somalia, en el contexto de otros dos casos dignos de estudio, como los de Afganistán y República Democrática del Congo, nos proporciona la posibilidad de enriquecer el debate sobre la noción de Estados fracasados y sus consecuencias para el DI.

En cuanto a la noción, interesa subrayar que hay consenso sobre su elemento nuclear, a saber, la desaparición de la organización política o gobierno, que se encarga de cumplir las funciones del Estado en el orden interno y en el internacional. Los politólogos y constitucionalistas han insistido en las consecuencias de orden interno. Nos corresponde destacar las de orden internacional; esto es, la incapacidad del Estado fracasado para cumplir y hacer cumplir sus obligaciones internacionales con carácter general, no sólo en el ámbito de la protección de los derechos humanos y del DI humanitario, como suele destacarse; aunque en relación con esto, en la práctica estudiada se comprueba también el papel que los conflictos armados internos desempeñan como circunstancia coadyuvante principal en el proceso que conduce a una situación de fracaso.

Ahora bien, el DI no ha previsto hasta ahora mecanismos de revisión del estatus de un Estado fracasado. Es más, la estructura institucional del ordenamiento ha reaccionado de forma conservadora, limitándose a estabilizar y sostener a dichos Estados, sin alterar la

formulación y la praxis de los principios básicos de soberanía e integridad territorial, no intervención y prohibición del uso de la fuerza. En otros términos, el estatuto internacional del Estado está blindado y a prueba de su propio fracaso. El sistema internacional mantiene la centralidad del Estado soberano, recurriendo sólo a medidas que alivien la sintomatología y atenúen los efectos más graves del fracaso de un Estado en su entorno regional y en el sistema universal. Por otra parte, esta clase de desafíos sirven para que se robustezca la estructura institucional del ordenamiento internacional contemporáneo; en este caso, mediante un proceso incipiente de externalización y regionalización del sistema de seguridad colectiva en África, que no tiene por qué conducir a su fragmentación y desregulación.

Palabras clave: Estados fracasados, delincuencia organizada, Derecho internacional, principios básicos del DI, soberanía e integridad territorial del Estado, no intervención, prohibición del recurso a la amenaza o al uso de la fuerza, práctica del Consejo de Seguridad, Corte Internacional de Justicia, regionalización del sistema de seguridad colectiva, Unión Africana, Unión Europea, Organización Marítima Internacional, Somalia, Afganistán, República Democrática del Congo.

ABSTRACT

FAILED STATES AND INTERNATIONAL LAW: THE CASE OF SOMALIA

The unusual increasing levels of organized criminal acts off the Somali coast, namely in sovereign waters, in waters under Somalia's jurisdiction and also in the high seas, raised the international interest in this country which was long time ago characterized as a failed State. This phenomenon is only one of the multiple consequences that a failed State may face. The case of Somalia, in the context of two other noteworthy cases, i. e. Afghanistan and DR Congo, provides the possibility to enrich the debate on the notion of failed States and its consequences vis a vis international law.

The notion of «failed State» reached a general consensus with respect to its central element, that is to say, the disappearance of the political organization in charge of the implementation of the State functions, in the domestic area as well as in the international field. We must point out those elements belonging to the international order, such as the incapacity of a failed State to comply with its international obligations, not only in relation to the protection of human rights and to the international humanitarian law, as is commonly stressed, but in general terms.

However, so far, the international law has not provided for some mechanisms to change the status of a failed State. Furthermore, the institutional legal framework has reacted in a conservative way in the sense that it put the focus on the stabilization of those States without changing the praxis relating to the following fundamental principles: sovereignty, territorial integrity, non intervention or the prohibition of the use of force. Otherwise, the international status of the State is shielded from its own failure.

Keywords: failed State, organised criminality, International Law, fundamental principles of International law, sovereignty and territorial integrity of a State, non intervention, prohibition of the use of force, Security Council's practice, International Court of Justice, regionalization of the collective security system, African Union, European Union, International Maritime Organization, Somalia, Afghanistan, DR Congo.

RÉSUMÉ

LES ÉTATS FAILLIS ET LE DROIT INTERNATIONAL: LE CAS DE LA SOMALIE

L'incrémentation inusitée des actes de criminalité organisée dans la côte de la Somalie, les eaux sous la souveraineté ou la juridiction de l'Etat ainsi que dans la haute mer,

a mené à un plus grand intérêt international envers ce pays qui a été caractérisé depuis long temps comme un État failli. Ce phénomène n'est qu'un des multiples conséquences de la situation de faillite. Le cas de la Somalie, dans le contexte d'autres deux cas méritant aussi une étude approfondie, c'est à dire, l'Afghanistan et la République Démocratique du Congo, apporte largement au débat de la notion de l'État failli et ses conséquences sur le droit international.

La notion de l'État failli a obtenu le consensus en ce qui concerne un élément central, à savoir, la disparition de l'organisation politique ou gouvernement, qui est en charge de l'accomplissement des fonctions de l'État dans l'ordre interne ainsi que dans l'ordre international. Nous devons souligner celles de l'ordre international, comme l'incapacité de l'État failli d'accomplir ses obligations internationales non seulement dans le champ de la protection des droits de l'homme et du droit international humanitaire mais aussi sur un plan général.

En fait, le droit international n'a pas prévu la création des mécanismes de révision du statut d'un État failli. De surcroit, la structure institutionnelle de l'ordre international a réagie d'une manière conservatrice dans le sens que l'accent a été mis sur la stabilisation de ces États, sans changer la formulation et la pratique des principes fondamentales comme la souveraineté, l'intégrité territoriale, la non ingérence ou la prohibition de l'usage de la force. Autrement dit, le statut international de l'État s'est blindé contre son propre faillit.

Mots clés: État failli, criminalité organisée, Droit international, principes fondamentales du Droit international, souveraineté et intégrité territorial de l'État, non ingérence, prohibition de l'usage de la force, pratique du Conseil de Sécurité, Court International de Justice, régionalisation du système de sécurité collective, Union Africaine, Union Européen, Organisation Maritime Internationale, La Somalie, L'Afghanistan, La République Démocratique du Congo.

Revista Española de Derecho Internacional
Sección ESTUDIOS
© 2010 Asociación de Profesores
de Derecho Internacional y
Relaciones Internacionales
ISSN: 0034-9380, vol. LXII/1
Madrid, enero-junio 2010 págs. 61-88

EL «DIÁLOGO» DE LAS FUENTES: FRAGMENTACIÓN Y COHERENCIA EN EL DERECHO INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEO

Alberto DO AMARAL JÚNIOR
Profesor de Derecho Internacional
Facultad de Derecho
Universidad de San Pablo

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. EL RIESGO DE FRAGMENTACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL.—3. TÉCNICAS DE PREVENCIÓN DE CONFLICTOS NORMATIVOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL.—3.1. Las cláusulas de abrogación expresa.—3.2. Las declaraciones de compatibilidad.—3.3. Las cláusulas de incompatibilidad.—3.4. Las cláusulas que adaptan los pactos ya concluidos a los nuevos tratados.—4. EL «DIÁLOGO» DE LAS FUENTES.—5. EL «DIÁLOGO» SISTEMÁTICO DE LA COHERENCIA.—6. EL «DIÁLOGO» DE COORDINACIÓN Y ADAPTACIÓN.—7. EL «DIÁLOGO» SISTEMÁTICO DE LA COMPLEMENTARIEDAD.—8. CONCLUSIÓN.

1. INTRODUCCIÓN

En el comienzo del siglo XXI, los efectos de la mundialización causados sobre todo por la revolución en las comunicaciones se extienden indistintamente a todos los dominios de la vida contemporánea. La cooperación, a su vez, se expande a sectores tan variados como el comercio internacional, los derechos humanos, la explotación de los recursos marinos y la preservación del medio ambiente. Combinados, estos factores van a alcanzar fuertemente el Derecho internacional.

Es aún un hecho incuestionable el que las últimas décadas han conocido una extraordinaria expansión de las normas jurídicas internacionales acompañadas de la formación de la jerarquía normativa en el Derecho interna-

cional gracias al reconocimiento del *ius cogens* por la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

Esa impresionante proliferación normativa entreabrió la posibilidad de conflictos normativos y profundizó la tendencia de fragmentación del Derecho internacional en múltiples subsistemas dotados de lógica propia y fines específicos. Esos hechos suscitan la preocupación con la coherencia del Derecho internacional, ya que la presencia de antinomias es indeseable no solamente por poner al intérprete delante de alternativas inconciliables, sino también porque impiden la realización de la justicia.

Considero, en la línea de Norberto Bobbio, que la coherencia no es condición de validez, pero siempre es una condición para el ordenamiento justo. Las exigencias de certeza (que corresponde al valor de paz o de orden) y justicia (que corresponde al valor de igualdad) desaparecen si el intérprete puede, indistintamente, aplicar reglas contradictorias. Si dos normas antinómicas coexistieren el ordenamiento jurídico no conseguirá garantizar ni la certeza, entendida como posibilidad de prever con exactitud las consecuencias de una conducta dada, ni la justicia, entendida como igual tratamiento entre aquellos que pertenecen a la misma categoría.

En el intento de formular criterios que contemplen las múltiples interacciones normativas, impugno, además, el punto de vista de que el Derecho internacional es un conglomerado de subsistemas desvinculados entre sí. Propongo, al contrario, un nuevo método, llamado «diálogo» de las fuentes, bajo la inspiración del trabajo pionero desarrollado por Eric Jayme en el ámbito del Derecho internacional privado. Lejos de ignorar el desmedido trabajo de los juristas para resolver las antinomias, que la doctrina consolidó en principios comúnmente aceptados, indico la necesidad de un segundo método, que coexista con las soluciones tradicionales. Trátase de aplicar, simultánea, coherente y coordinadamente, las varias fuentes del Derecho internacional para eliminar la norma incompatible solamente cuando se verifica que la contradicción que ella causa es insuperable. La coordinación flexible de las fuentes restablece la coherencia al identificar complementariedades, convergencias y armonías. En esta tarea, la presunción contra el conflicto, enfatizada por Wilfred Jenks hace más de medio siglo, cumple función esencial. El «diálogo» de las fuentes vislumbra la totalidad de las normas internacionales sin olvidar, obviamente, las especificidades que marcan los subsistemas particulares. Lo que se quiere es percibir el Derecho internacional como un sistema en el cual la búsqueda de unidad no hace desaparecer la singularidad de las partes que lo constituyen, y que él mismo se sujeta a principios que organizan los elementos individualmente considerados. Este artículo discute, pues, tres cuestiones:

1. El riesgo de fragmentación de las normas internacionales causado por la existencia de variados subsistemas.
2. La reconstrucción de la coherencia del ordenamiento jurídico internacional por intermedio del «diálogo» de las fuentes.
3. El vínculo entre los varios tipos de «diálogo» de las fuentes y el tema de la justicia en el Derecho internacional contemporáneo.

2. EL RIESGO DE FRAGMENTACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL

La aceleración de la interdependencia engendrada por el advenimiento de la mundialización alargó el campo regulatorio del Derecho internacional a dominios que otrora pertenecían exclusivamente a las relaciones diplomáticas. Ese proceso, que se inició antes mismo de que la globalización se profundizase, ganó vigor delante del imperativo de la búsqueda de solución para los múltiples problemas propuestos por las interacciones económicas, sociales y políticas. Hubo, en prácticamente todos los sectores de la vida internacional, la producción de normas obligatorias, dotadas de precisión, que delegan a un tercero la tarea de solucionar los conflictos a través de la aplicación de reglas jurídicas [1].

Normas cada vez más numerosas son necesarias para regular áreas que van de las telecomunicaciones a la protección del medio ambiente, de la cooperación judicial a la institución de tribunales, del aprovechamiento de los recursos marinos a la protección de los derechos humanos, de la lucha contra el terrorismo a la no proliferación de las armas nucleares, del comercio multilateral a los acuerdos económicos regionales. Las reglas de alcance universal conviven con la tendencia de diferenciación con base en el dominio de normas, en la especificidad que poseen y en el grado de desarrollo de los Estados.

La intensa regulación jurídica de las relaciones internacionales contribuyó a elevar, de forma inusitada, la probabilidad de conflictos normativos. Joost Pauwelyn, al examinar los factores responsables de la proliferación de los conflictos entre las normas internacionales en la actualidad, discrimina un total de ocho factores, de los cuales cuatro son inherentes a la formación de las reglas internacionales y cuatro derivados de las transformaciones del Derecho internacional contemporáneo. En el primer grupo [2] merecen destacarse:

a) La descentralización de la producción normativa. No es raro que en la esfera internacional, marcada por la descentralización del poder, los conflictos normativos sean, hasta cierto punto, naturales en función del creciente número de Estados. Los obstáculos para la obtención del consenso estimulan la elaboración de normas vacías, susceptibles de múltiples interpretaciones, conforme a la naturaleza de los intereses en juego. La probabilidad de consenso disminuye en proporción al mayor número de Estados que participe en las negociaciones de nuevos tratados, como sucede en la OMC, circunstancia que favorece la aparición de normas conflictivas en el interior del mismo régimen o entre regímenes jurídicos distintos.

---

[1] GOLDSTEIN, J., *et al.,* «Introduction: legalization and world politics», GOLDSTEIN, J., *et al.* (eds.), *Legalization in world politics,* Cambridge, MIT Press, 2001, p. 3. Cfr. KAHLER, M., «Conclusion: the causes and consequences of legalization», en GOLDSTEIN, J., *et al.* (eds.), *op. cit*., pp. 271-299. Cfr. LEJBOWICZ, A., *Phiposophie du droit international: l'impossible capture de l'humanité,* Paris, PUF, 1999, pp. 277-398.

[2] PAUWELYN, J., *Conflict of norms in public international law, op. cit*., pp. 13-17.

b) El tiempo. El hecho de que las normas internacionales tienen, fundamentalmente, el mismo valor normativo hace del tiempo una variable de gran relevancia. La variedad y diversidad de los intereses estatales tornan el surgimiento de las normas una consecuencia natural del paso del tiempo.

c) El proceso de formación de las normas internacionales. Además de las particularidades de la vida internacional, la realidad interna de los Estados puede dar origen a conflictos normativos.

En el plano nacional, las negociaciones para la conclusión de tratados internacionales son acompañadas de discusiones que reúnen a diplomáticos, especialistas y representantes de los sectores sociales interesados. Esos debates amplían extraordinariamente el grado de especialización de las cuestiones y desarrollan un estilo específico para abordar los problemas. Organizaciones no gubernamentales, defensoras del libre comercio o de la preservación del medio ambiente, presionan para que sean acogidos los intereses que defienden.

Las presiones aumentan, también, cuando el Parlamento examina un tratado ya concluido a fin de insertarlo en el ordenamiento jurídico doméstico. La diseminación de los grupos organizados, que privilegian una visión segmentada de la realidad, fomenta los conflictos entre tratados. Este fenómeno contagia al Derecho internacional basado en la costumbre, que depende de la amplia aceptación de los destinatarios.

d) La ausencia de un tribunal con jurisdicción general y obligatoria encargada de velar por la aplicación de las normas internacionales. La carencia de un órgano centralizado imposibilita, en muchos casos, la gestión adecuada de las relaciones internacionales por intermedio de la solución pacífica de las controversias. La pluralidad de instancias jurisdiccionales crea el riesgo de que los conflictos sean resueltos de forma diversa y aun contradictoria.

Más allá de estos factores, Joost Pauwelyn añade las siguientes causas para los conflictos de normas internacionales [3]:

1. *El pasaje de las normas de coexistencia para las normas de cooperación*. Los enfoques tradicionales vinculados a la soberanía territorial, a las relaciones diplomáticas y a los dominios de guerra y de paz dieron lugar a la cooperación en las áreas del comercio, medio ambiente y derechos humanos. El vertiginoso aumento del número de tratados multilaterales precipitó no solamente los conflictos entre normas de diferentes subsistemas, a ejemplo de lo que ocurre entre los acuerdos de la OMC y los tratados ambientales, sino también entre las reglas de un mismo subsistema, como se verifica entre las reglas de la OMC.

2. *La globalización*. La aceleración de la interdependencia, efecto inmediato del proceso de globalización, potencia la perspectiva de nuevos conflictos entre tratados internacionales, que obedecen a los más variados motivos. Acuerdos de liberalización comercial entran en colisión con normas internacionales instituidas para garantizar objetivos de carácter social.

---

[3] Pauwelyn, J., *Conflict of norms in public international law, op. cit*., pp. 17-23.

3. *La jerarquía de valores*. El concepto de *ius cogens,* previsto en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, expresa la convicción de que las normas internacionales no se encuentran en el mismo nivel. El reconocimiento de que ciertas normas son superiores a las demás es causa potencial de conflictos.

4. *La ampliación de la solución jurídica de las controversias*. La generalización de los medios jurídicos de solución de los litigios repercute en los conflictos entre las normas de Derecho internacional. Decisiones dictadas en determinadas instancias, como la OMC, tienden a afectar sectores que van más allá del comercio propiamente dicho.

Otras razones militan, todavía, en pro de la intensificación de los conflictos entre tratados. El regionalismo comandó la formación, en todos los continentes, de múltiples acuerdos sobre una gama rica y compleja de temas. La cooperación regional posibilita, muchas veces, la adopción de medidas que no serían factibles en escala más amplia. Jenks [4] apunta las posibles ventajas de los acuerdos regionales: tratar problemas respecto de los cuales es prematuro o poco significativo establecer reglas de alcance mundial; prescribir estándares más elevados y medidas de mayor alcance, más allá de profundizar el grado de unificación del Derecho; fortalecer la uniformidad del Derecho en una región y posibilitar la acción concertada teniendo en cuenta la ejecución de un instrumento internacional que imponga ciertas obligaciones. El regionalismo puso en evidencia las posibilidades de conflicto entre los tratados regionales y los tratados universales que tratan materias idénticas. No siempre es fácil compatibilizar los acuerdos suscritos por los componentes de una subregión y los acuerdos regionales con los cuales ellos se relacionan.

En el Derecho internacional, la antinomia se caracteriza por la existencia de normas incompatibles, de manera que el intérprete no puede aplicar las dos reglas al mismo tiempo. Las incompatibilidades son de tres tipos:

1. Entre una norma que ordena un comportamiento y una norma que prohíbe el mismo comportamiento.
2. Entre una norma que ordena hacer algo y otra que no permite hacerlo.
3. Entre una norma que prohíbe hacer y otra que permite hacerlo.

Las antinomias aparentes son aquellas resolubles por la aplicación de los criterios cronológico, jerárquico y de especialidad. Y las antinomias insolubles son aquellas que se identifican por la falta de criterios para su resolución o por el conflicto entre los criterios jerárquicos y de especialidad, concebidos como criterios fuertes en relación al criterio cronológico. A título ilustrativo, piénsese en la hipótesis de conflicto entre una norma superior general (norma de *ius cogens*) y una norma inferior-especial. En principio, debe prevalecer la norma *ius cogens,* que integra parte del orden público internacional y es la expresión de los valores esenciales para la convivencia colectiva, pero no se

[4] Jenks, W., «Conflict of law-making treaties», *British Yearbook of International Law*, London, vol. 30, 1953, p. 401.

descarta que, en la práctica, la exigencia de adaptar los principios generales de Derecho internacional a las nuevas situaciones culmine con la preponderancia de la norma especial.

Una de las más graves dificultades que las antinomias ocasionan está relacionada con el carácter del contencioso internacional. Este es, en palabras de Rousseau, un contencioso de interpretación o de indemnización, jamás, directamente, un contencioso de anulación. Esto quiere decir que habrá siempre un cierto margen de incompatibilidad casi insuperable, en conformidad con los procedimientos técnicos del Derecho positivo.

El Derecho internacional experimentó en la segunda mitad del siglo XX un intenso proceso de fragmentación, con el surgimiento de múltiples regímenes normativos, muchos de los cuales son incompatibles entre sí. Varios factores concurrieron para potencializar la fuerza irradiadora de este fenómeno, a saber: la proliferación de las reglas internacionales; el aumento de la fragmentación política (yuxtapuesta a la creciente interdependencia global y regional en áreas como la economía, el medio ambiente, la energía, la salud y la expansión de las armas de destrucción masiva); la regionalización del Derecho internacional en virtud del aumento de instancias regionales de producción normativa; la emancipación de los individuos en razón de los Estados nacionales y la especialización de la actividad regulatoria internacional [5].

La fragmentación alcanza, indistintamente, las normas primarias y las normas secundarias del Derecho internacional. La probabilidad de conflictos normativos se acentúa con el avance del regionalismo, pues el sistema normativo creado en el plano regional es, muchas veces, más específico que los regímenes globales y más amplios que los regímenes domésticos. Diversas reglas internacionales pueden, de esta manera, ser aplicadas a la misma situación, hecho que entreabre la perspectiva de colisión entre las obligaciones que incumben a los Estados. Esta circunstancia exige argumentos complejos para identificar la norma que deberá prevalecer, y amenaza provocar más conflictos que aquellos resueltos por la creación de regímenes particulares.

Concomitantemente, la fragmentación alcanza las normas procedimentales en la medida que el foco del Derecho internacional se desplaza de la producción de normas sustantivas de naturaleza general al desarrollo de mecanismos destinados a la solución de disputas. La multiplicación de las reglas secundarias da lugar a la posibilidad de soluciones divergentes capaces de corroer la autoridad y la credibilidad de las instituciones y del propio Derecho internacional. Hafner menciona que la fragmentación tiene efectos positivos al elevar el grado de obediencia a las normas internacionales. En este sentido, los Estados estarían más inclinados a obedecer las reglas particulares que mejor reflejen las especificidades de determinado sector. Los efectos negativos de la fragmentación, por otro lado, se hacen sentir en la visibilidad de las

[5] HAFNER, G., «Pros and cons: ensuing from fragmentation of international law», *Michigan Journal of International Law*, vol. 25, núm. 4, Ann Arbor, 2004, pp. 849-850.

contradicciones que el proceso regulatorio expresa sobre todo en la previsión de obligaciones incompatibles.

En incitante reflexión sobre el tema, Günther Teubner y Andréas Fischer-Lescano parten de la hipótesis formulada en 1971 por Niklas Luhmann, para quien el Derecho global se fragmentaría a lo largo de las líneas sociales y sectoriales y no a lo largo de las líneas territoriales. El motivo sería la transformación de las expectativas normativas (como las expectativas políticas, morales y religiosas) en expectativas cognitivas, en los campos de la tecnología, de la ciencia y de la economía; esa transformación ocurre en la transición de las sociedades nacionalmente organizadas a la sociedad global. Según Teubner y Fischer-Lescano, la fragmentación del Derecho global es más profunda que cualquier perspectiva reduccionista de naturaleza jurídica, política, económica o cultural. Ella es, para los autores citados, el reflejo efímero de la fragmentación multidimensional de la sociedad global de nuestros días [6]. La aspiración de unidad normativa estaría, en principio, condenada al fracaso, ya que no existe un metanivel que solucione los conflictos jurídicos en la sociedad global. En la opinión de Teubner y Fischer-Lescano no se puede combatir la fragmentación ahora existente, solamente buscar una débil compatibilidad normativa de los diferentes fragmentos. Este hecho depende, sin embargo, de la habilidad de las reglas de conflicto para establecer una red específica que reduzca los efectos de las unidades que coexisten [7].

La fragmentación del Derecho internacional viene despertando la atención de la CDI, que designó un Grupo de Estudios sobre el tema, cuyas conclusiones constan en el informe elaborado en abril de 2006 por Martii Koskenniemi. Según orientación expresa de la CDI, el informe no discutió los aspectos institucionales de la fragmentación en cuanto al aumento del número de tribunales para la resolución de los litigios. Por el contrario, se concentró en la dimensión institucional del problema, que corresponde al surgimiento de gran cantidad de normas especiales, en las relaciones que mantienen entre sí y con el Derecho internacional general [8]. Mereció especial interés la aplicación de las máximas *lex specialis* y *lex posterior*, como también las relaciones de importancia en lo relativo al Derecho internacional. El informe observó que los conflictos normativos son peculiares al Derecho internacional en virtud de la naturaleza espontánea, descentralizada y no jerárquica de la producción jurídica, que obligan al intérprete a lidiar con normas de distintos niveles de generalidad. En la doctrina española sobresalen, en ese campo, los

---

[6] TEUBNER, G., y FISCHER-LESCANO, A., «Regime-collisions: the vain search for legal unity in the fragmentation of global law», *Michigan Journal of International Law*, vol. 25, núm. 4, Ann Arbor, 2004, pp. 999-1046; cfr. TEUBNER, G., «Global Bukowina: legal pluralism in the world society», en TEUBNER, G. (eds.), *Global law without a state,* Darmouth, Aldershot, 1997, pp. 3-28.

[7] TEUBNER, G., y FISCHER-LESCANO, A., *op. cit*., pp. 999-1046.

[8] KOSKENNIEMI, M., *Fragmentation of international law*: *difficulties arising from the diversification and expansion of international law*, Helsinki, Erik Castrén Institute of International Law and Human Rights, 2007. Report of the Study Group of the International Law Commission, 13 de abril de 2006, párr. 489.

importantes trabajos de Alicia Cebada [9], Oriol Casanovas [10] y Pablo Zapatero Miguel [11].

Sea como fuere, el riesgo de fragmentación obliga al investigador a examinar si existe, efectivamente, la posibilidad de coherencia en el Derecho internacional contemporáneo.

3. TÉCNICAS DE PREVENCIÓN DE CONFLICTOS NORMATIVOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Aunque no se pueda eliminar totalmente la eclosión de conflictos entre tratados, algunas medidas pueden disminuir su incidencia. La realización de consultas mutuas ayuda a descubrir posibles contradicciones entre instrumentos internacionales que versan sobre materias análogas [12]. Ese medio no es, evidentemente, atributo exclusivo de diplomáticos y funcionarios gubernamentales que negocian en nombre e interés de Estados determinados. En las últimas décadas, las Organizaciones se han valido de él con frecuencia cada vez mayor. En el pasado, la OIT lo utilizó en la preparación de convenciones sobre temas referentes al área de actuación de la FAO, UNESCO y OMS.

La colaboración interorganizacional estimulada por múltiples acuerdos de cooperación favorece la circulación de informaciones, eleva el nivel de transparencia y facilita el conocimiento de las actividades de otras instituciones. Consecuentemente, es mucho más fácil saber qué instrumentos se encuentran en vigor en el ámbito en el que actúan para atenuar los riesgos de conflictos futuros. Es sabido que la cooperación interorganizacional aporta beneficios a la gobernanza internacional al incentivar la armonía decisoria, factor esencial para aliviar el efecto de las disonancias cognitivas en el campo de las relaciones internacionales.

La OMC ha celebrado, a propósito de ese tema, acuerdos de cooperación con el FMI, el Banco Mundial y la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. La divulgación amplia de informaciones sobre el tenor de los acuerdos que los Estados han suscrito puede prevenir conflictos que fatalmente ocurrirían con la intensa producción de normas internacionales. Medida saludable al efecto consta en el art. 102 de la Carta de la ONU, que impone el registro y la publicación por la Secretaría de los tratados y acuerdos internacionales de los cuales sean partes los miembros de la Organización

---

[9] CEBADA, A., «Algunas reflexiones en torno a la fragmentación del ordenamiento jurídico internacional en relación con las organizaciones internacionales», en LÓPEZ CALERA, N. (ed.), *Globalization, Law and Economy, Proceedings of the 22nd IVR World Congress*, Granada, 2005, vol. IV, pp. 202-214, Nomos, 2007.

[10] CASANOVAS Y LA ROSA, O., «Unidad y pluralismo en Derecho internacional público», en CARDONA LLORENS, J., *Cursos euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, 1998, pp. 35-268.

[11] ZAPATERO, P., «Diplomacia y cultura legal en el sistema GATT/OMC», *Cuadernos de Derecho transnacional*, vol. 1, núm. 2, 2009, pp. 262-272; ZAPATERO, P., «Libre comercio y sanciones multilaterales», *Anuario de Derecho Internacional*, núm. 24, 2008, pp. 299-323.

[12] PAUWELYN, J., *Conflict of norms in public international law, op. cit*., pp. 237-240.

de las Naciones Unidas. Las cláusulas de prevención de los conflictos se han revelado como de indudable utilidad para dar coherencia a la producción convencional. Entre las más ampliamente utilizadas merecen que se subrayen las siguientes [13].

3.1. Las cláusulas de abrogación expresa

El art. 20 del Pacto de la Sociedad de las Naciones preconizó: «Los miembros de la Sociedad reconocen [...] que el presente pacto abroga todas las obligaciones o inteligencia *inter se* incompatibles con sus términos y se comprometen solemnemente a no contraer en el futuro compromisos semejantes».

3.2. Las declaraciones de compatibilidad

Salmon comenta que el objeto de esas declaraciones es hacer compatible el nuevo tratado con acuerdos anteriores o futuros que traten de la misma materia. Hasta cierto punto es común la inserción en el texto convencional de criterios jerárquicos indicativos del orden de prioridad entre los tratados. Las cláusulas así redactadas suelen declarar que los tratados no son incompatibles, de modo que la interpretación de uno de los instrumentos no afectará los derechos y obligaciones que establezca el otro. Si uno de los dos compromisos contiene semejante declaración, que en el caso le confiere una condición de inferioridad, el art. 30, párr. 2.º de la Convención de Viena exige que sea interpretado con vistas a buscar la compatibilidad con el tratado superior. Si fracasa ese esfuerzo interpretativo, la preponderancia del tratado superior es la solución que se impone naturalmente en conformidad con el art. 30, párr. 2.º Elaborado para contornear eventuales antagonismos normativos, el art. 21 del Pacto de la Sociedad de las Naciones indicó: «Los compromisos internacionales, tales como los tratados de arbitraje, y las inteligencias regionales (ententes regionales), como la doctrina de Monroe, que aseguran el mantenimiento de la paz, no se consideran incompatibles con ninguna de las disposiciones del presente pacto».

La Carta de la ONU afirmó, una vez más, que los artículos que en ella constan no afectan otros acuerdos existentes. El art. 51 aclara:

> «Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales. Las medidas tomadas por los Miembros en ejercicio del derecho de legítima defensa serán comunicadas inmediatamente al Consejo de Seguridad, y no afectarán en manera alguna la autoridad y responsabilidad del Consejo conforme a la presente Carta para ejercer en cualquier momento la acción que estime necesaria con el fin de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales».

---

[13] SALMON, J. A., *op. cit.*, pp. 294-299.

En la esfera de las declaraciones de compatibilidad entre los tratados se plantea comúnmente el problema de la preservación de los derechos de terceros. El art. 22 de la Convención sobre Diversidad Biológica dice que:

> «1. Las disposiciones de este Convenio no afectarán a los derechos y obligaciones de toda Parte Contratante derivados de cualquier acuerdo internacional existente, excepto cuando el ejercicio de esos derechos y el cumplimiento de esas obligaciones pueda causar graves daños a la diversidad biológica o ponerla en peligro».

En el mismo sentido el art. 311, § 3, de la Convención de Montego Bay sobre el Derecho del Mar, expone:

> «Dos o más Estados parte podrán celebrar acuerdos, aplicables únicamente en sus relaciones mutuas, por los que se modifiquen disposiciones de esta Convención o se suspenda su aplicación, siempre que tales acuerdos no se refieran a ninguna disposición cuya modificación sea incompatible con la consecución efectiva de su objeto y de su fin, y siempre que tales acuerdos no afecten a la aplicación de los principios básicos enunciados en la Convención y que las disposiciones de tales acuerdos no afecten al disfrute de los derechos ni al cumplimiento de las obligaciones que a los demás Estados parte correspondan en virtud de la Convención».

3.3. Las cláusulas de incompatibilidad

El objeto de esas cláusulas es eliminar una de las normas en conflicto, sea del mismo tratado que las contiene, sea de otro compromiso anterior o futuro. Una hipótesis de este tipo de cláusula figura en el art. 103 de la Carta de la ONU: «En caso de conflicto entre las obligaciones que contraigan los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta».

3.4. Las cláusulas que adaptan los pactos ya concluidos a los nuevos tratados

Comunes en los tratados económicos, son convenientes para ajustar las normas superadas por el paso del tiempo al ritmo de los acontecimientos que sobrevengan y, de esa forma, asegurar el cambio pacífico.

Los mecanismos preventivos, a diferencia de las cláusulas que irradian efectos *ex post facto*, anhelan evitar la conclusión de tratados contradictorios. Ellos pueden ser institucionalizados, o puramente interestatales, de conformidad con el art. 311, párr. 4.º, de la Convención sobre el Derecho del Mar de 1982 [14], según el cual «los Estados parte que se propongan celebrar un acuerdo de los mencionados en el párr. 3 notificarán a los demás Estados parte, por

[14] PAUWELYN, J., *Conflict of norms in public international law, op. cit*., pp. 331-332.

medio del depositario de la Convención, su intención de celebrar el acuerdo y la modificación o suspensión que en él se disponga». Si acaso surge algún conflicto relativo al art. 311, párr. 4.º de la Convención de Montego Bay, se aplicarán al caso, muy probablemente, las disposiciones de la parte XV sobre la solución de controversias, pero la decisión llegará a posteriori y se limitará a señalar la incompatibilidad verificada.

En el ámbito de la Unión Europea se determinó un control previo por parte del Tribunal de Justicia. El art. 218, párr. 11, del Tratado de Funcionamiento de la UE dispone que «un Estado miembro, el Parlamento Europeo, el Consejo o la Comisión podrán solicitar el dictamen del Tribunal de Justicia sobre la compatibilidad con los Tratados de cualquier acuerdo previsto. En caso de dictamen negativo del Tribunal de Justicia, el acuerdo previsto no podrá entrar en vigor, salvo modificación de éste o revisión de los Tratados» [15].

Las precauciones antes enumeradas disminuyen, pero no obstan el surgimiento de los conflictos entre tratados. No está de más recordar que las convenciones no son normalmente negociadas por los mismos individuos. La naturaleza especializada de los temas en discusión, la interferencia de factores ligados a la estructura administrativa interna y circunstancias de oportunidad diplomática llevan al continuo cambio de los negociadores en los foros externos. No es infrecuente el desconocimiento del exacto tenor del contenido de compromisos que guardan conexión con los temas debatidos.

Los negociadores tienden aún a empeñarse en ampliar las ventajas en favor del Estado que representan, aunque esta actitud signifique el nacimiento de obligaciones antagónicas a los acuerdos que vinculan a los Estados en dominios relacionados. El alcance limitado de la prevención del conflicto de tratados no debe desestimular la adopción de medidas que alivian sus efectos.

4. EL «DIÁLOGO» DE LAS FUENTES

En el Curso General impartido en la Academia de La Haya, en 1995, Erik Jayme enfatizó que la pluralidad de las fuentes, propia del Derecho posmoderno, requiere la coordinación de las leyes en el interior del sistema jurídico. Ésta es una condición para la eficiencia y la justicia en una época marcada por la tendencia de legislarse sobre las más variadas materias, muchas veces convergentes, tanto en el Derecho interno como en el Derecho internacional [16].

La doctrina más reciente no esconde la intención de buscar la armonía entre las normas, solución que se prefiere a la mera exclusión de una de ellas por los criterios tradicionales para la resolución de las antinomias. Trátase, pues, de la «coherencia derivada o restaurada», necesaria para la eficiencia

[15] Nguyen, Q. D.; Daillier, P., y Pellet, A., *op. cit.*, p. 269.

[16] Jayme, E., «Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne», *Recueil des Cours*, Leiden, vol. 251, 1995, pp. 60 y 251.

funcional del sistema plural y complejo de nuestros días. Erik Jayme no abdica de la labor de siglos de los juristas para resolver las antinomias, pero sugiere un segundo método, la coordinación de las fuentes, que debe coexistir con las soluciones tradicionales [17].

La coherencia se restablece por la coordinación flexible y útil de las fuentes: el descubrimiento de la finalidad de las normas se da por medio de la convivencia y del «diálogo» entre ellas. Jayme bautizó como «diálogo» de las fuentes la aplicación simultánea, coherente y coordinada de fuentes legislativas convergentes [18]. Esa expresión, más allá de su tono casi poético, apunta hacia un nuevo modo de encarar la coexistencia de las normas. La eliminación de la norma incompatible no es abandonada pero es una vía extrema a ser usada cuando todos los otros recursos fallaren. En artículo pionero, Claudia Lima Marques [19], de forma magistral, transpuso la concepción de Jayme a la realidad brasileña para analizar la relación entre el Código de Defensa del Consumidor y el Nuevo Código Civil de 2002.

Las ideas iniciales del gran maestro de Heidelberg, concebidas en el ámbito del Derecho internacional privado, son adecuadas para explicar las interacciones entre las reglas que componen un subsistema específico y la totalidad de las normas del Derecho internacional público. En los últimos tiempos, tratados en los más distintos dominios se multiplicaron en escala vertiginosa y dieron origen a subsistemas normativos que reclaman coordinación, bajo pena de causarse la fragmentación y la pérdida de unidad del Derecho internacional. La pluralidad, la complejidad, la fluidez y el dinamismo se tornaron característicos de las normas internacionales. En este ambiente el «diálogo» de las fuentes es un instrumento de gran valía porque facilita la comunicación de los subsistemas entre sí y con las reglas generales del Derecho internacional.

La utilidad que proporciona reside en captar el modo de relación entre normas pertenecientes a subsistemas diversos según el principio de coherencia, que, en una era de proliferación normativa, busca conferir armonía al proceso de aplicación del Derecho internacional. Consiste en un recurso hermenéutico precioso para comprender la complejidad y el alcance de las relaciones normativas surgidas a partir de la expansión reguladora del Derecho internacional en la última mitad del siglo XX y comienzo del siglo XXI.

El «diálogo» de las fuentes tiene lugar entre reglas horizontales, que se encuentran en el mismo nivel jerárquico. Difiere, así, de la relación normativa jerárquica, que pasó a dominar el Derecho internacional con el reconocimiento del *ius cogens* por la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. En este caso no hay, en rigor, un «diálogo», pero sí un «monólogo»,

---

[17] JAYME, E., *op. cit*., p. 60.

[18] *Ibid.*, p. 259.

[19] MARQUES, C. L., «Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do "diálogo" das fontes no combate às cláusulas abusivas», *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, núm. 45, enero-marzo 2003, pp. 71-99.

porque las reglas superiores preponderan necesariamente sobre aquellas que se sitúan en un nivel inferior. Se concluye, por eso, que los tratados de un subsistema particular se sujetan a las normas de *ius cogens* en razón de la superioridad que preside el relación entre tales reglas.

En efecto, el «diálogo» de las fuentes no es extraño a la tradición del Derecho internacional público, dado que la presunción contra el conflicto, formulada hace más de medio siglo por Wilfred Jenks, tan bien reflejó. La presunción contra el conflicto radica en la suposición de que la nueva norma es compatible con el Derecho internacional que vigila antes de su creación. Se presupone que los Estados, cuando la producción normativa se consuma, toman en cuenta las reglas en vigor en la esperanza de buscar armonía entre el viejo y el nuevo Derecho.

La consecuencia inmediata que converge de ese raciocinio es la necesidad de referencia expresa por parte de la nueva norma dictada al deseo de regular de modo distinto la materia en cuestión. La falta de mención clara en este sentido no autoriza a presumir la intención de los Estados en alejarse de la disciplina jurídica. En estas condiciones, por ser la coherencia la situación de normalidad, compete a la parte que alega el conflicto probarlo. El intérprete debe preferir la interpretación capaz de armonizar el significado de dos normas si estuviere delante de otras alternativas que tornen inevitable la colisión normativa.

Esa presunción comprende, al mismo tiempo, las cláusulas pertenecientes a un compromiso dado y la relación entre distintos tratados. Parece legítimo presumir que, en principio, las disposiciones de un tratado, elaboradas a menudo al final de exhaustivas negociaciones, sean armónicas entre sí y no contraríen los tratados previamente celebrados. Obligaciones contradictorias dificultan la inteligibilidad de lo que fue acordado y amenazan, casi de forma irremediable, el cumplimiento integral de las finalidades originariamente perseguidas [20].

Se presume que los gobiernos no pretenden involucrarse en enlaces incompatibles con los tratados existentes, salvo si, de alguna forma, dejaren evidente esa intención. Huye a la razonabilidad creer que los Estados, voluntariamente, empeñen tantos esfuerzos para producir reglas incompatibles que, en la práctica, echen por tierra todo lo que los entendimientos diplomáticos consiguieron proyectar. No se imagina, igualmente, que los Estados, al comprometerse en múltiples vínculos convencionales, vengan a establecer obligaciones que entren en conflicto y que puedan desgastar la unidad final de la política externa. La presunción que evita el conflicto sería una aplicación detallada de los principios fundamentales de la interpretación de los tratados, como el principio de la razonabilidad, el principio de la buena fe y la presunción de compatibilidad en el Derecho internacional [21]. Al contrario de la posición defendida por Jenks, no vinculo la presunción contra el conflicto

[20] Jenks, W., *op. cit*., pp. 401-453.
[21] *Ibid.*

a la definición restrictiva de antinomia. Es plausible enfatizar el abandono de la presunción contra el conflicto y defender un concepto amplio de antinomia, más apto para abarcar las distintas hipótesis de colisión normativa.

La jurisprudencia de la CIJ acogió, de forma amplia, la presunción contra el conflicto en la interpretación del Derecho internacional. En el caso *Derecho de Paso,* la CIJ estimó: «*It is a rule of interpretation that a text emanating from a Government must, in principle, be interpreted as producing and as intended to produce effects in accordance with existing law and not in violation of it*» [22]. La Corte reiteró ese entendimiento en el caso *Ciertos Gastos* en relación con los actos provenientes de las organizaciones internacionales: «*When the organization takes action which warrants the assertion that it was appropriate for the fulfillment of one of the stated purpose of the United Nations the presumption such action is not ultra vires the Organization*» [23].

En el plan de la OMC el panel del caso *Indonesia c. Autos* [24] y el Órgano de Apelación en los casos *Canadá c. Periodicals, EC c. Bananas III* y *Guatemala c. Cement I* [25] hicieron uso de la presunción contra el conflicto para subrayar la coherencia interna de los acuerdos que integran el sistema multilateral de comercio. En el caso *Argentina c. Textiles and Apparel,* el Órgano de Apelación afirmó existir conflicto entre los tratados de la OMC y las obligaciones que la Argentina asumió frente al FMI.

Pese a la manifiesta utilidad, la presunción contra el conflicto no se aplica indistintamente en todas las circunstancias, sino que sufre limitaciones que le restringen la amplitud, pero que no le disminuyen el valor hermenéutico para la interpretación de las normas internacionales. La presunción contra el conflicto, al postular la continuidad, no puede dificultar el cambio por medio de la interpretación restrictiva de las obligaciones violadas. Trátase de buscar equilibrio entre la estabilidad y la evolución, dos exigencias que acompañan inexorablemente el desarrollo de cualquier sistema normativo.

Más allá de eso, la presunción contra el conflicto no es absoluta, pues no se aplica a toda y cualquier situación. No prevalece, recuerda Jenks, contra el lenguaje claro o la clarividencia de la intención de las partes. No será, tampoco, suficiente para reconciliar dispositivos claramente irreconciliables. Si dos normas colisionan no es posible, por la interpretación de cualquiera de los dispositivos, superar el conflicto que se anunciaba. El intérprete, muchas veces, fracasa en la consecución de ese intento. La presencia de normas irreconciliables reclama la existencia de un criterio que sirva, efectivamente, de orientación al juzgador. El criterio en causa puede encontrarse en la cláusula de conflicto inserta en un tratado o en una regla de Derecho internacional general, como el art. 30 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

---

[22] Caso *Derecho de Paso,* p. 142.
[23] Caso *Ciertos Gastos,* p. 168.
[24] Panel Report, *Indonesia c. Autos,* párrs. 14.29-14.36, 14.97-14.99.
[25] Appellate Body Report, *Guatemala c. Cement I,* párr. 65.

Es fácil percibir que la presunción contra el conflicto es ineficaz para resolver las situaciones en las cuales no hay una verdadera incompatibilidad y la interpretación es apta para conciliar las normas antagónicas. No elimina, no obstante, los conflictos reales que postulan criterios distintos para su resolución.

Esa deseabilidad intrínseca se confronta con la pluralidad de demandas formuladas por grupos sociales domésticos que acaban por resultar en la conclusión de tratados con cláusulas contradictorias, cuya conciliación es imposible.

El «diálogo» de las fuentes, que la presunción contra el conflicto favorece y presupone comprender el Derecho internacional como un sistema, dotado de un repertorio y de una estructura. El repertorio está compuesto por las normas internacionales: tratados, costumbres y principios generales de Derecho, más allá de las definiciones y del orden en que los elementos aparecen en una norma, ya que la estructura es un conjunto de reglas que determinan la relación entre los elementos del repertorio. Tales reglas tienen origen empírico, lógico y valorativo, pues se basan, respectivamente, en la soberanía, vertiente del orden internacional de Westfalia, en el postulado lógico de no contradicción y en el valor de la jerarquía, que recomienda la obediencia a las normas superiores. La presunción contra el conflicto es una regla estructural, ya que deriva del principio de no contradicción, presupuesto para la coherencia de las normas internacionales.

El «diálogo» de las fuentes es condición necesaria para el orden y la justicia del Derecho internacional al enfatizar la coherencia de las normas que lo integran. Es sabido que la paz, la estabilidad y la previsión de los comportamientos están asociadas al valor del orden en la vida social; tales objetivos no se realizan si normas contradictorias suministraren a los hombres orientaciones opuestas, dejándolos en situación de permanente incertidumbre. La justicia, por otro lado, en el pensamiento filosófico occidental, mantiene estrecha relación con la igualdad: todos están de acuerdo en que ser justo es tratar de la misma forma a los seres que poseen la misma característica, razón por la cual es posible agrupar a los detentores de esta característica en una única clase o categoría. La justicia consistirá, pues, en la atribución de igual tratamiento a los sujetos que pertenecieren a esta clase o categoría. Ésa es una acepción formal o abstracta de justicia porque se contenta en prohibir las distinciones sin decir, por ejemplo, cuándo dos seres forman parte de la misma clase ni cómo es preciso tratarlos. La incoherencia entre las normas jurídicas es fuente de injusticia al dispensar consideración desigual a aquellos que pertenecen a la misma clase o categoría. El «diálogo» de las fuentes restablece la coherencia, requisito de la justicia formal, no al eliminar la norma incompatible, como ocurre con los criterios tradicionales para la solución de las antinomias, sino en la importancia dada a la compatibilidad entre los elementos que componen el sistema normativo.

El «diálogo» de las fuentes es útil, también, para la realización de la justicia concreta, entendida como la estipulación del valor que organiza las re-

laciones sociales y define lo que es legítimo en determinado momento histórico. Este hecho se verifica, especialmente, cuando una de las normas que dialoga presenta contenido variable, vago o indeterminado, siendo necesario, por eso, recurrir a las valoraciones internacionales predominantes para garantizar su aplicación. Expresiones como moralidad pública, protección a la vida o a la salud humana, vegetal o animal y recursos naturales, entre otras, reclaman la apelación a valores, experiencias y conceptos que transcienden el ordenamiento jurídico propiamente dicho y lo ponen en contacto directo con el sistema social en el cual el mismo se inserta. La aclaración del significado de tales normas obliga el intérprete a analizar el sentido de las normas posteriormente creadas y de los valores que se cristalizaron en la vida internacional para saber lo que debe ser aceptado o rehusado. Se amplía, en consecuencia, la legitimidad del Derecho internacional en la medida en que al proceso de interpretación se incorporan expectativas, conocimientos y valores surgidos después de la aparición de la norma. No es difícil percibir en este procedimiento la naturaleza abierta, flexible y dinámica que el Derecho internacional manifiesta en la capacidad de adaptación a los cambios posteriormente ocurridos. La justicia concreta se realiza, en este caso, por la acción directa del intérprete y no como fruto del proceso creador de nuevas normas jurídicas. Sin ninguna pretensión de agotar el asunto, distingo, en el Derecho internacional, tres «diálogos», pero reconozco que, conforme el ángulo adoptado, podrían darse otros «diálogos».

5. EL «DIÁLOGO» SISTEMÁTICO DE LA COHERENCIA

Este «diálogo» surge cuando un tratado, por revestir carácter general, suministra los conceptos básicos para aplicación de un tratado específico constitutivo de un subsistema de normas que no es materialmente completo, a ejemplo de la aplicación de reglas sobre validez, retroactividad, interpretación y conflictos entre tratados. Es irrecusable, bajo este aspecto, el rol que la Convención de Viena sobre Derecho de los tratados cumple en la solución de los litigios que involucran la violación de los compromisos firmados en el ámbito de la OMC. La vitalidad del «diálogo» sistemático de coherencia deriva de los propios instrumentos constitutivos del sistema multilateral de comercio cuando éstos invocan otras normas internacionales, en una confesión explícita de lo incompleto que son.

El preámbulo del Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias estimuló la adopción de providencias por los gobiernos con base en normas, directrices y recomendaciones elaboradas por las organizaciones internacionales competentes, entre ellas la Comisión del Codex Alimentarius, la Oficina Internacional de Epizootias y las organizaciones internacionales y regionales que operan en el contexto de la Convención Internacional sobre Protección Vegetal. «Se considerará que las medidas sanitarias o fitosanitarias que estén en conformidad con normas, directrices o recomendaciones internacionales son necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los

animales o para preservar los vegetales y se presumirá que son compatibles con las disposiciones pertinentes del presente Acuerdo y del GATT de 1994» (art. 3.2). Los miembros pueden introducir o mantener medidas sanitarias o fitosanitarias que tengan un nivel más elevado de protección sanitaria o fitosanitaria de lo que se alcanzaría con medidas basadas en normas, directrices o recomendaciones internacionales competentes, si hubiere una justificación científica, o como consecuencia de patrones más rigurosos de los que las autoridades domésticas vengan a instituir (art. 3.3). El art. 2 del Acuerdo sobre Aspectos de los Derechos de la Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio, a su vez, dispone:

> «1. En lo que respecta a las Partes II, III y IV del presente Acuerdo, los Miembros cumplirán los arts. 1 a 12 y el art. 19 del Convenio de París (1967).
>
> 2. Ninguna disposición de las Partes I a IV del presente Acuerdo irá en detrimento de las obligaciones que los Miembros puedan tener entre sí en virtud del Convenio de París, el Convenio de Berna, la Convención de Roma y el Tratado sobre la Propiedad Intelectual respecto de los Circuitos Integrados».

6. EL «DIÁLOGO» DE COORDINACIÓN Y ADAPTACIÓN

El referido «diálogo» deviene de la necesidad de coordinar tratados aislados y subsistemas normativos a fin de constituir un todo dotado de sentido. Ya hemos visto en el apartado 3 algunas de las técnicas de prevención de los conflictos normativos. Cabe añadir en este apartado otros casos que ejemplifican este «diálogo».

El art. XXIV del GATT previó, como excepción al art. I relativo a la cláusula de la nación más favorecida, la formación de áreas de libre comercio y uniones aduaneras.

Los acuerdos concluidos deberían ser notificados al GATT, a quien incumbía examinar la compatibilidad con el art. XXIV y sugerir los ajustes que fuesen necesarios. Aquí lo que se busca es compatibilizar el Derecho definido en el plano mundial y las reglas establecidas por los subconjuntos y atribuir a la OMC la supervisión de esa compatibilidad [26]. Hay, en esa perspectiva, una coherencia lógica en la medida que el Derecho mundial es concebido como superior, y una coherencia económica, pues el regionalismo abierto aparece como etapa intermediaria del proceso de globalización.

En el plano de las normas secundarias es posible reconocer la existencia de coordinación entre los medios de solución de disputas previstos por los tratados multilaterales ambientales y las reglas sobre solución de controversias en la Organización Mundial del Comercio. Así, por ejemplo, las decisiones tomadas en el ámbito de los procedimientos de control de no ejecución de las obligaciones de los tratados ambientales, desde que sean vinculantes para los miembros de la OMC, serán llevadas en cuenta por los paneles y

[26] Ruiz Fabri, H., «La contribution de l'Organisation Mondiale du Commerce à la gestion de l'espace juridique mondial», *op. cit*., pp. 363-364.

por el Órgano de Apelación de acuerdo con el art. 31.3 (c) de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. Consideraciones acerca del cumplimiento de los tratados ambientales, así como las conclusiones obtenidas por los órganos creados para ese fin, serán útiles para la solución de casos en la OMC. La ausencia de consulta previa en el contexto de un acuerdo ambiental no sólo prueba la mala fe del Estado que acciona de forma unilateral sino que también prueba que viola el principio del debido proceso, en contradicción con el *caput* del art. XX del GATT.

Conviene recordar que el art. 13 del ESC habilita a los paneles a solicitar a las partes o a alguna otra instancia informaciones relevantes, como las evidencias recogidas por los órganos que se ocupan de la solución de controversias en jurisdicciones distintas. El examen a ser proferido debe ponderar los hechos producidos para que se tenga la noción exacta del comportamiento de las partes en razón de las restricciones comerciales decretadas en virtud de la violación de las obligaciones contenidas en los tratados ambientales. El respeto al procedimiento que comprueba la no ejecución de las obligaciones de los tratados ambientales es un símbolo indicativo de la práctica estatal, útil para estimar el cumplimiento de las obligaciones contraídas. La eventual imposición de restricciones comerciales, en los términos del tratado ambiental, sería un importante argumento para legitimar la aplicación del art. XX del GATT.

La participación de un miembro de la OMC en el mecanismo que verifica el cumplimiento de los tratados ambientales presume la buena fe para negociar una solución que puede evitar la disputa y la consecuente imposición de sanciones por el órgano institucional creado para tal finalidad. Los paneles de la OMC pueden, igualmente, requerir informaciones a la Secretaría sobre un acuerdo ambiental o usar los análisis y los datos recogidos durante el control de la no ejecución de las obligaciones. Nada impide que los paneles se refieran a las afirmaciones de testigos o a otros elementos producidos gracias a la actuación de los procedimientos contemplados por los tratados ambientales y sujetos a la obligación de confidencialidad. El art. 13.2 y el Anexo 4 del ESC disponen que los paneles pueden valerse de las opiniones y consejos de grupos de especialistas sobre las materias de hecho, científicas o técnicas abordadas en cualquier disputa propuesta ante la OMC. Este artículo es un importante instrumento a ser empleado por los paneles para la obtención de informaciones recogidas por los órganos de los tratados ambientales.

No obstante el pronunciamiento de otras instancias jurisdiccionales sobre el caso, derrumba cualquier posibilidad de alegarse cosa juzgada con ocasión de una controversia suscitada en la OMC, porque, a pesar de la identidad de las partes y de la conexión de las materias discutidas, las obligaciones, el procedimiento y las sanciones aplicables son diferentes, hecho que inutiliza el intento de argüir cosa juzgada por el simple motivo de que los mecanismos de solución de controversias son disciplinados por diversos tratados.

En virtud de lo dispuesto en el art. 23 del ESC es poco probable que los paneles de la OMC rechacen la jurisdicción que les fue concedida o acojan las decisiones proferidas por otros tribunales. Tales decisiones confirman la exis-

tencia de reglas relevantes de Derecho internacional público aplicables entre las partes que deberían ser consideradas en el momento de la interpretación de los dispositivos de los tratados de la OMC. Es legítimo buscar los órganos jurisdiccionales de la OMC antes o después de que una instancia específica haya abordado los aspectos ambientales de la cuestión.

7. EL «DIÁLOGO» SISTEMÁTICO DE LA COMPLEMENTARIEDAD

Lo que se verifica, en este caso, es la aplicación complementaria de las normas y de los principios que las informan, siempre que esto tenga cabida. Se observa, con frecuencia, en los tratados de derechos humanos el uso de cláusulas insertas en instrumentos más antiguos, para la interpretación de dispositivos semejantes de acuerdos posteriormente celebrados. El primer dictamen de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que se emitió en 1982, enfatizó la interacción entre los instrumentos universales y regionales que dan vigor en este dominio. El décimo dictamen de la Corte, emitido en 1989, retoma el asunto al mencionar que las reglas sobre derechos humanos de la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA) deben ser integradas en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre del 1948. Ese procedimiento acentúa la uniformidad interpretativa y la precisión de las obligaciones convencionales, efectos que destacan la preocupación con la unidad final de las normas existentes. El principio de la interpretación teleológica repudia, igualmente, que se circunscriba el alcance del dispositivo, constante en un tratado en vigor, en los términos de las cláusulas de limitación de derechos que figuren en otra convención sobre derechos humanos firmada por el mismo Estado. La complementariedad, así percibida, desea ofrecer a los seres humanos protegidos la más amplia tutela de sus intereses y se fundamenta en la interpretación restrictiva de las cláusulas que limiten los derechos ya instituidos.

La unidad entre los tratados de derechos humanos es perceptible, igualmente, en la aplicación del criterio de la norma más favorable a las víctimas de alguna violación eventualmente perpetrada. La polémica entre monistas y dualistas sobre la primacía del Derecho internacional o del Derecho interno no parece, en este plan, tener relevancia, ya que prevalece la norma más favorable a las víctimas, a pesar de su origen. Surge así una nueva permeabilidad normativa para diluir la separación absoluta entre el Derecho internacional y el Derecho doméstico, motivo de previsión expresa en varios tratados recientes. El art. 5 (2) del Pacto de Derechos Civiles y Políticos impide la restricción o la derogación a los derechos humanos reconocidos o vigentes en cualquier Estado parte, en razón de otras convenciones, leyes, reglamentos o costumbres, «so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado». La Convención Relativa al Estatuto de los Refugiados (art. 5) y la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas (art. 5) determinan que sus disposiciones no perjudicarán los derechos y las ventajas conferidos a los refugiados y a los apátridas por otras normas.

La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención sobre los Derechos del Niño declaran, en el mismo sentido, respectivamente, en los arts. 23 y 41, que las estipulaciones en ellas contenidas no restringirán las disposiciones tendentes a favorecer la igualdad entre hombres y mujeres y la realización de los derechos del niño consagradas en las leyes de un Estado parte o en cualquier otra convención, tratado o acuerdo internacional vigente en este Estado. El mismo espíritu orientó, a nivel regional, la elaboración de los arts. 17 (1) de la Convención Europea para Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes y del art. 60 de la Convención Europea de Derechos Humanos, así como del art. 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y del art. 4 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, denominado Protocolo de San Salvador. Al atenuar la perspectiva de conflicto, el criterio de aplicación de la norma más favorable coordina los tratados que se inspiran en los mismos propósitos. La referida coordinación tiene lugar, tanto a nivel vertical, entre tratados y leyes domésticas, como a nivel horizontal entre dos o más tratados. El objetivo principal es, en todos los casos, verificar cuál es la norma que dispensa mayor protección a las víctimas de violaciones de los derechos humanos.

El «diálogo» sistemático de complementariedad tiene enorme relevancia cuando se trata de relacionar las normas sobre comercio internacional, las normas sobre preservación del medio ambiente y las normas sobre preservación de los derechos humanos. El art. XX del GATT de 1994 favorece el «diálogo» con los demás subsistemas del Derecho internacional, es decir, con los tratados multilaterales ambientales y con las convenciones que protegen los derechos humanos.

Muchos tratados ambientales afectan, directa o indirectamente, la actividad económica, pero pocos osaron establecer sanciones comerciales para castigar los comportamientos no deseados. Destacan, entre esas convenciones, el Protocolo de Montreal sobre las Sustancias que Agotan la Capa de Ozono (Protocolo de Montreal), la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestre (CITES) y la Convención de Basilea sobre el Control del Movimiento Transfronterizo de Desechos Peligrosos (Convención de Basilea). Tales pactos procuraron asegurar la fiel ejecución de las obligaciones, por medio de la punición a los Estados que no cumplen las decisiones tomadas por los medios de solución de controversias. El Protocolo de Montreal trajo una lista indicadora de medidas que la Reunión de las Partes podrá adoptar para contestar a las violaciones perpetradas. A esta altura, se impone el problema de saber si tales sanciones no entran en conflicto con las normas de la OMC, interesadas en salvaguardar el más amplio acceso al mercado interno del miembro importador.

Gabrielle Marceau procura conciliar la interpretación del art. XX con los instrumentos multilaterales sobre la protección del medio ambiente. Ante la falta de iniciativas diplomáticas para compatibilizar comercio y medio am-

biente, la jurisprudencia de la OMC, en cierto sentido, es apta para cumplir esta función, al efectuar el examen de los casos concretos. Las medidas de cuño comercial impuestas o autorizadas por los tratados multilaterales ambientales son compatibles con la OMC, en virtud de la naturaleza permisiva del art. XX [27]. La invocación, por un miembro, de un compromiso ambiental sugiere la necesidad de interpretar el art. XX para alejar el conflicto y garantizar la efectividad del acuerdo en cuestión. El art. XX faculta la adopción de medidas unilaterales para proteger el medio ambiente, aunque en ausencia de convenciones específicas en este sector. No sería lógico si un miembro de la OMC, que es también parte de una convención multilateral sobre medio ambiente, al planear y ejecutar la política gubernamental, se encontrase en una posición más desventajosa que la que resultaría si ningún acuerdo ambiental existiese.

Gabrielle Marceau examina seis situaciones que, potencialmente, darían lugar a un conflicto entre las normas de la OMC y los tratados multilaterales ambientales [28]. Las tres primeras forman el grupo que abarca los acuerdos ambientales celebrados por todas las partes de la disputa y comprenden los casos en que:

1) La medida es exigida por un acuerdo multilateral ambiental.
2) La medida no es exigida, pero está expresamente autorizada.
3) La medida es adoptada para promover los objetivos del acuerdo multilateral ambiental.

Las tres últimas forman el grupo que abarca a los acuerdos ambientales que no cuentan con la adhesión de todas las partes que litigan. Esas situaciones engloban:

4) La medida exigida por un acuerdo multilateral ambiental.
5) La medida no exigida, pero explícitamente autorizada.
6) La medida adoptada para promover los objetivos de un acuerdo multilateral ambiental.

La probabilidad de que ocurra un daño ambiental estimula la reflexión alrededor de los medios útiles para combatirlo. En este contexto, las restricciones comerciales están entre las opciones que los Estados manejan siempre que deciden negociar una nueva convención. Si un tratado multilateral ambiental requiere, en determinadas circunstancias, la imposición de sanciones comerciales, es necesario averiguar, inicialmente, si las partes también son miembros de la OMC. En caso positivo, se presume que la medida comercial exigida por el tratado sobre medio ambiente satisface, plenamente, a los requisitos del art. XX. El acuerdo multilateral ambiental puede, todavía, ser relevante cuando, al contrario de ser exigida, la medida sea simplemente

---

[27] MARCEAU, G., «Conflicts of norms and conflicts of jurisdictions», *op. cit*., p. 1096; cfr. también MARCEAU, G., «A call for coherence in international law: praises for the prohibition against "clinical isolation" in WTO dispute settlement», *Journal of World Trade*, Geneva, vol. 33, núm. 5, octubre 1999, pp. 106-152.

[28] MARCEAU, G., «Conflicts of norms and conflicts of jurisdictions», *op. cit*., pp. 1096-1100.

autorizada. Sería posible concluir que el art. XX autorizó las restricciones al comercio especificadas por el acuerdo multilateral ambiental. Marceau reconoce que la dificultad se agrava si la medida no es exigida o autorizada, pero busca, simplemente, promover los objetivos del acuerdo multilateral ambiental. No obstante eso, el acuerdo multilateral ambiental podrá ser una regla relevante del Derecho internacional a ser considerada en la interpretación del art. XX reivindicada por un miembro de la OMC.

En las situaciones 4), 5) y 6) enunciadas arriba, en que los Estados litigantes no son partes de ambos tratados, el acuerdo multilateral ambiental no es una regla relevante en la relación entre las partes. La participación en tales acuerdos puede, sin embargo, evidenciar que los intereses protegidos por la medida son vitales para un miembro de la OMC. En este caso, la existencia de un acuerdo multilateral ambiental sirve como parte del análisis de las verdaderas circunstancias de una disputa y de las razones que llevaron a un miembro a adoptar la medida en cuestión. La referencia a un acuerdo multilateral ambiental o meramente a su cumplimiento sería uno de los factores en la consideración de que la aplicación de la medida no es injustificable o que ella no se caracteriza como una restricción disfrazada al comercio internacional para los propósitos del *caput* del art. XX [29]. Por último, es necesario recordar que las convenciones multilaterales ambientales son directamente aplicables en la OMC si no aumentan los derechos y obligaciones de los miembros.

En el caso *Gabcikovo c. Nagymaros,* que concierne a los riesgos ecológicos derivados de la construcción de represas en el río Danubio, previstas por el tratado bilateral firmado por Hungría y Checoslovaquia, en 1977, la CIJ estimó que, cuando el tratado incluye obligaciones continuas, el intérprete debe optar por las normas surgidas posteriormente. De modo similar, el Órgano de Apelación, en el caso *US c. Shrimp* [30], interpretó de forma evolutiva el sentido de la expresión «recursos naturales agotables», que se encuentra en el art. XX (g) del GATT de 1994.

El informe hizo referencia a la Convención sobre la Diversidad Biológica, al Acuerdo CITES y a la Convención sobre el Derecho del Mar. Lo dispuesto en el preámbulo del Tratado Constitutivo de la OMC de que el uso de los recursos mundiales respetará el principio del desarrollo sostenible, desempeñó un rol significativo para formar la convicción de los juzgadores de que el art. XX (g) del GATT de 1994 no cubre únicamente a los recursos naturales no agotables.

El GATT se mantuvo aislado de las instituciones internacionales de posguerra. No obstante ese aislamiento institucional, el art. XX representó una vía de comunicación con los demás subsistemas del Derecho internacional, que no fue debidamente utilizada.

El final de la Ronda Uruguay fue testigo de la celebración de tratados que, implícitamente, se ocuparon de los derechos humanos, a ejemplo de

---

[29] Marceau, G., «Conflicts of norms and conflicts of jurisdictions», *op. cit*., p. 1098.
[30] Appellate Body Report, *US c. Shrimp*, párrs. 129-130.

lo que pasa con el Acuerdo sobre los Derechos de la Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio. El referido acuerdo es emblemático, entre otras razones, porque repercute en la efectividad de los derechos humanos, especialmente del derecho a la salud. Los países en desarrollo resistieron a la celebración de un tratado en esta materia, hasta el momento en que las naciones desarrolladas concordaron en negociar compromisos que importaban en la reducción de las barreras a las exportaciones provenientes de tales países. El ADPIC creó reglas básicas de protección a la propiedad intelectual garantizadas por el sistema de solución de controversias de la OMC.

Se acentúa, entre los cambios que el ADPIC introdujo, el compromiso asumido por los miembros de conceder patentes a los productos y procesos que representen una innovación y sean susceptibles de aplicación industrial. Hasta el fin de los años ochenta, cerca de 40 por 100 de los países en desarrollo, incluyendo los más populosos, no poseían sistemas de patente para los medicamentos, en general.

Este hecho causó, en el campo de la industria farmacéutica, la súbita elevación del precio de los medicamentos, con consecuencias ruinosas para extensos grupos de la población de las naciones en desarrollo. La dificultad de acceso a los medicamentos comprometió, gravemente, el derecho a la salud, pues impidió el tratamiento adecuado de innumerables molestias en varias partes del mundo. El problema asume proporciones alarmantes cuando se considera que más del 90 por 100 de los portadores del virus del SIDA no disponen de los recursos suficientes para la adquisición de los medicamentos antirretrovirales que necesitan [31]. Importante destacar que en los países en desarrollo, más allá de la expansión vertiginosa del virus del SIDA, diversos tipos de enfermedades infecciosas acometen a la población más pobre, como por ejemplo: la tuberculosis, la malaria, las infecciones respiratorias, diarrea y el mal de Chagas [32]. A esta lista se añade la diabetes, el asma, las enfermedades cardíacas y mentales, cuya peligrosidad se amplia por el acceso restringido a los medicamentos que las combaten [33].

Esa situación puede atenuarse si hubiera un empleo adecuado de las excepciones contenidas en el ADPIC para conformar políticas públicas que aseguren la eficacia del derecho a la salud. El art. 7 preconiza que el régimen de los derechos de propiedad intelectual debe contribuir a promover la innovación, la transferencia y la diseminación de la tecnología capaces de conducir al bienestar económico y social. Ya el art. 8 indica que los Estados pueden adoptar las medidas necesarias para proteger la salud pública y la nutrición, así como para promover el interés público en sectores vitales para el desarrollo social, económico y tecnológico.

---

[31] Baker, B. K., «Arthritic flexibilities for accessing medicines: analysis of WTO action regarding paragraph 6 of the Doha Declaration on the trips agreement and public health», *Indiana International and Comparative Law Review*, Indianapolis, vol. 14, 2004, p. 613.

[32] *Ibid.*, p. 614.

[33] *Ibid.*, p. 614.

Siguiendo la línea de estas normas, el art. 27.2 autoriza a los miembros a restringir la concesión de patentes si las invenciones causaren un riesgo a la vida humana o a la salud. La lectura conjunta de los arts. 7 y 30 lleva a la conclusión de que cabe a los Estados compatibilizar la protección de los derechos del detentor de la patente y la necesidad de considerar el interés legítimo de terceros [34]. Manifestación elocuente de la flexibilidad que el ADPIC proporciona para la ejecución de políticas públicas en el área de la salud, es la licencia obligatoria, un medio poderoso para ampliar la oferta de medicamentos a precios reducidos.

Ésta consiste en la autorización dada a un tercero para fabricar, usar o vender una invención patentada sin el consentimiento del titular de la patente, en circunstancias claramente establecidas, ante una remuneración previamente fijada [35]. No será exclusiva y tendrá la finalidad precisa de abastecer el mercado doméstico en situaciones excepcionales. La licencia obligatoria será concedida, en los términos del art. 31, si ocurriese abuso del poder de monopolio otorgado por la patente, o cuando lo exija el interés público. En este caso, la tarea de la legislación interna es definir lo que es interés público y las situaciones de emergencia nacional que reclaman la emisión de la licencia obligatoria [36].

Gracias a la iniciativa pionera de Brasil, la Declaración de Doha de 2001, al mantener esa flexibilidad, se expresó así [37]:

> «*We stress the importance we attach to implementation and interpretation of the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPs Agreement) in a Manner supportive of public health, by promoting both access to existing medicines and research and development into new medicines and, in this connection, are adopting a separate declaration*».

De modo análogo, se observó que los miembros de la OMC pueden definir lo que constituye la emergencia nacional u otras circunstancias de extrema urgencia. La falta de capacitación tecnológica de la industria local crea obstáculos muchas veces insuperables para que la licencia obligatoria sirva a la finalidad que la determinó. Para ello, el Consejo General de la OMC, en decisión de 30 de agosto de 2003, permitió a los miembros de la OMC la importación de medicamentos producidos bajo licencia obligatoria si la industria doméstica no estaba en condiciones de abastecer las necesidades del mercado interno. Por miedo a los abusos, la Decisión del Consejo General fijó las exigencias a ser cumplidas por los países que soliciten esa autorización.

---

[34] CULLET, P., *Patents and health in developing countries in law and development: facing complexity in the 21st century*, London, Cavendish, 2003, p. 83.

[35] SCHERER, F. M., y WATAL, J., «Post-TRIPS options for access to patented medicines in developing nations», *Journal of International Economic Law*, Washington, vol. 5, núm. 4, diciembre 2002, pp. 913-919.

[36] CORREA, C. M., *Integrating public health concerns into patent legislation in developing countries*, Geneva, South Centre, 2000. Disponible en *http://www.southcentre.org/publications/publichealth/publichealth-12.htm#P1449_146569*. Consultado el 8 de agosto de 2006.

[37] Declaration on the TRIPS agreement and public health, adopted on 14 November 2001, WT/MIN(01)/DEC/2, párr. 17.

La Declaración de Doha se convirtió en un instrumento privilegiado para interpretar el ADPIC, fundamentalmente las ambigüedades que se refieren a la aplicación de los arts. 30 y 31. La meta es, por lo tanto, conceder a los Estados la libertad necesaria para la adopción de iniciativas que favorezcan el acceso a los medicamentos a las extensas masas de la población pobre. Con esto, se evitaría el conflicto entre el ADPIC y el art. 12 del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Una vía interesante para armonizar comercio y derechos humanos es efectuar la interpretación de los arts. XX y XXI del GATT a la luz de lo dispuesto en el art. 31.3 (c) de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, que alude a cualquier regla relevante de Derecho internacional aplicable a las relaciones entre las partes. Las normas de derechos humanos que vinculan a todos los miembros de la OMC o que reflejan su intención constituyen parte valiosa de este material interpretativo. Ya las convenciones sobre derechos humanos que no cuentan con la adhesión de todos los miembros de la OMC son útiles como información de hecho o evidencia en apoyo a la reivindicación de que una medida es necesaria para proteger a la moralidad pública.

Por este motivo, el intérprete debe buscar comprender el sentido de la expresión «moralidad pública», contenida en el art. XX (a) del GATT de 1994 con apoyo en los parámetros brindados por la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

La lección a extraerse del caso *US c. Shrimp* es que las expresiones de contenido variable e indefinido, como «recursos naturales agotables», no pueden ser interpretadas teniendo en cuenta, exclusivamente, el sentido que los redactores pretendieron conferir al tratado en el momento de su elaboración.

Tales expresiones reflejan los cambios axiológicos que se procesan a lo largo del tiempo a fin de facilitar la interacción entre el ordenamiento jurídico y la realidad social. Más allá de eso, la línea de equilibrio cambia en función de las características y peculiaridades del caso. Las conclusiones del Órgano de Apelación son útiles para la interpretación del art. XX (a) al demostrar gran sensibilidad en relación con las demás normas del Derecho internacional.

El art. XX (a) exhibe potencialidad inequívoca para tratar con graves violaciones a los derechos humanos. Restricciones comerciales que, ordinariamente, no son aceptadas por contrariar la letra y el espíritu del GATT, ganan legitimidad en la medida en que afecten a la moralidad pública.

Janelle Diller y David Levy incluyeron en el mínimo ético cubierto por la moralidad pública a las normas de *ius cogens* que prohíben la esclavitud, la venta o el tráfico de niños y el trabajo realizado bajo tortura [38]. La expresión *moralidad pública* debe ser interpretada bajo la influencia de las normas que

[38] Diller, J. M., y Levy, D. A., «Child labor, trade and investment: towards the harmonization of international law», *The American Journal of International Law*, Washington, vol. 91, núm. 4, octubre 1997, p. 694.

adquirieron el carácter de *ius cogens* y de las reglas internacionales consuetudinarias, que cuentan con la adhesión generalizada de la comunidad internacional.

8. CONCLUSIÓN

El conflicto de normas, tema conocido en el Derecho interno desde hace mucho, despierta en la actualidad un creciente interés de los internacionalistas. Ese hecho está asociado a la intensa producción normativa verificada en las últimas décadas, que amplió de forma inusitada el campo regulatorio del Derecho internacional. El avance de la globalización, en la segunda mitad del siglo XX, imprimió fuerza y vigor a la regulación jurídica internacional, debido al aumento de la interdependencia entre los países y a la necesidad de encontrar solución para las cuestiones de naturaleza común. Temas globales, que afectan al género humano, originaron convenciones, en áreas distintas, dotadas de indiscutible singularidad por las técnicas que emplean y por los objetivos que persiguen. El volumen de tratados, en expansión vertiginosa, trae a colación la probabilidad de conflicto entre normas incompatibles, cuya coexistencia es motivo de recelo y preocupaciones. La multiplicación de subsistemas con lógicas propias y finalidades aparentemente contradictorias, como es el caso del sistema multilateral de comercio, de los tratados sobre la preservación del medio ambiente y la protección de los derechos humanos, agravó aún más el problema.

Debido al riesgo de fragmentación, que la doctrina más reciente anuncia, busqué por medio de un nuevo método, denominado «diálogo de las fuentes», ayudar a reconstruir la coherencia del Derecho internacional contemporáneo. Fundamenta la tesis aquí defendida la concepción de que el Derecho internacional constituye un sistema que no se confunde con un conglomerado de reglas, dispuestas aleatoriamente, sin criterios que las organicen en un todo coherente. Ese sistema comprende no solamente normas, sino también reglas estructurales, de variada procedencia, que definen el modo y relación de las normas en el interior de un conjunto más amplio.

En este contexto, la regla lógica de no contradicción permitió al jurista, en el curso de los siglos, desarrollar principios para la resolución de las antinomias. Los criterios cronológico, jerárquico y de especialidad corresponden al esfuerzo empleado para mantener la cohesión del sistema por la eliminación de una de las normas incompatibles. No obstante la utilidad intrínseca de estos criterios, la regulación jurídica de la vida internacional y la perspectiva de fragmentación en ella implícita sugieren una metodología alternativa, con vistas a la identificación de la convergencia entre las normas, de tal modo que los principios tradicionales para solucionar las antinomias sean un recurso extremo a ser usado cuando otras vías fallaren. El «diálogo» de las fuentes concibe el Derecho internacional como un sistema en el cual las partes componentes están íntimamente relacionadas. La presunción contra el conflicto, derivada de la regla de no contradicción, facilita la convergencia normativa en las situaciones en que, muchas veces, el conflicto se muestra inevitable.

La coordinación solidaria, y no el antagonismo disfuncional, pasan a ser la nota dominante en la relación entre normas aisladas y tratados que pertenecen al mismo subsistema o a subsistemas distintos. Es común, igualmente, que ciertos compromisos, por revestir carácter general, brinden los conceptos para la aplicación de un tratado específico constitutivo de un subsistema de normas que no es materialmente completo. El «diálogo» de las fuentes posibilita, así, la aplicación de normas particulares, coordina compromisos que obedecen a la misma directriz y descubre la complementariedad final entre instrumentos que, en principio, se muestran incompatibles. El término «diálogo», aquí empleado, describe la relación recíproca entre normas diversas en la cual cada una de ellas comunica la solución del caso concreto. El descubrimiento del fin a que sirven es un guía valioso para identificar la existencia de propósitos comunes que las acercan. Al revés de optar por una única regla gracias a los principios clásicos para la superación de las antinomias, el intérprete aplica, simultáneamente, dos o más normas. El «diálogo» de las fuentes restaura la coherencia del ordenamiento, condición necesaria para el orden y la justicia, al garantizar tanto la previsibilidad de las conductas como el igual tratamiento a aquellos que pertenecen a la misma categoría. El orden y la justicia, dos valores caros al sistema jurídico internacional, dependen de la coherencia interna de las normas que lo integran. Un sistema incoherente es injusto y no proporciona la paz y la estabilidad, que están siempre asociadas al establecimiento del orden. Por último, el «diálogo» de las fuentes asegura la realización de la justicia concreta al permitir la actualización del Derecho internacional.

RESUMEN

EL «DIÁLOGO» DE LAS FUENTES: FRAGMENTACIÓN Y COHERENCIA EN EL DERECHO INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEO

El presente trabajo aborda tres cuestiones fundamentales, a saber: el riesgo de fragmentación de las normas internacionales causado por la existencia de variados subsistemas, la reconstrucción de la coherencia del ordenamiento jurídico internacional por intermedio del «diálogo» de las fuentes y, por último, el vínculo entre los varios tipos de «diálogo» de las fuentes y el tema de la justicia en el Derecho internacional contemporáneo. El autor propugna un método para afrontar ese riesgo, inspirado en Eric Jayme, que denomina el diálogo de las fuentes, y que consiste en la aplicación simultánea, coherente y coordinada de las distintas fuentes relevantes de modo que se elimine la norma incompatible solamente cuando se verifique que la contradicción que ella causa es insuperable.

Palabras clave: fragmentación, coherencia, justicia, el diálogo de las fuentes.

ABSTRACT

THE «DIALOGUE» OF SOURCES: FRAGMENTATION AND COHERENCE IN CONTEMPORARY INTERNATIONAL LAW

This work is focused on three main questions, i. e., the risk of international law fragmentation due to the existence of various sub-systems, the reconstruction of coherence within the international law system throughout the «dialogue of sources» and, finally, the

link between the different types of dialogues as well as the topic relating to Justice in contemporary international law. The author proposes the «dialogue of sources» as a method to confront those risks, following Eric Jayme's methodology, consisting of the simultaneous, coherent and coordinated application of different sources and, as a consequence, the elimination of the incompatible norm.

Keywords: fragmentation, coherence, justice, the dialogue of sources.

RÉSUMÉ

LE «DIALOGUE» DES SOURCES: FRAGMENTATION ET COHÉRENCE DANS LE DROIT INTERNATIONAL CONTEMPORAIN

Les trois questions principales abordées dans cet étude sont le risqué de fragmentation du droit international à cause de l'existence de plusieurs sub-systèmes, la reconstruction de la cohérence du système international de normes à travers le dialogue des sources et, finalement, le lien entre le différents types de dialogues ainsi que le sujet de la Justice au sein du droit international contemporaine. L'auteur se base sur une méthode proposée par Eric Jayme consistant en l'application simultanée, cohérente et coordonnée des différentes sources et, par conséquent, l'élimination de la norme incompatible.

Mots clés: fragmentation, coherence, justice, dialogue des sources.

LA REPARACIÓN A LAS VÍCTIMAS EN EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS *

Luis M. CRUZ
Profesor Contratado Doctor de Filosofía del Derecho
Universidade da Coruña

SUMARIO: 1. OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS ANTE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.—2. EL ART. 41 DEL CEDH.—2.1. Los orígenes del art. 41.—2.2. Las condiciones de aplicación del art. 41.—2.3. Otros factores relevantes a la hora de aplicar el art. 41.—3. QUIÉN PUEDE SOLICITAR LA SATISFACCIÓN EQUITATIVA: LAS VÍCTIMAS.—4. FORMAS DE SATISFACCIÓN EQUITATIVA.—5. MÁS ALLÁ DE LA SATISFACCIÓN EQUITATIVA: LA EVOLUCIÓN DEL TRIBUNAL.—6. EL PAPEL DEL COMITÉ DE MINISTROS EN LA REPARACIÓN A LAS VÍCTIMAS.—6.1. Medidas individuales.—6.2. Medidas generales.—7. CONCLUSIONES.

De acuerdo con el derecho de responsabilidad estatal, y, en concreto, con los *Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos* [1], todo Estado que no cumple, ya sea por acción u omisión, una

* El presente trabajo se enmarca dentro del Proyecto de Investigación «Del Discurso de la derrota al discurso del diálogo: justicia transicional, memoria histórica y constitución» financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia (SEJ2007-64461).

[1] El desarrollo de los *Artículos sobre la Responsabilidad del Estado* es fruto de un largo y prolífico trabajo de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, que comenzó en 1953. En agosto de 2001, esta Comisión, en su labor de codificación y desarrollo progresivo del Derecho internacional, adoptó y envió a la Asamblea General un texto de 59 artículos, junto con un extenso comentario anexo, sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. No obstante, recomendaba a la Asamblea General que no fuesen adoptados como un tratado. La Asamblea General, siguiendo la sugerencia de la Comisión, en su Resolución 56/83 de 12 de diciembre de 2001, tomó nota de los artículos y los remitió a los gobiernos sin perjuicio de la cuestión de su futura aprobación o de otro tipo de medida. Véase, al respecto, *American Journal of International Law*, núm. 96, 2002, donde se recogen las ponencias del *Symposium: The ILC's State Responsability Articles*; y CRAWFORD, J., *The*

obligación de Derecho internacional, debe llevar a cabo la pertinente reparación.

La arquitectura básica de los *Artículos sobre la Responsabilidad del Estado* en relación con la obligación a reparar procede de la estructura conceptual articulada por el Tribunal Permanente de Justicia Internacional en el caso *Chorzów Factory* [2]. De acuerdo con el Tribunal,

> «es un principio de Derecho internacional que el incumplimiento de un compromiso conlleva una obligación de hacer una reparación en una forma adecuada. La reparación por tanto es el complemento indispensable de un incumplimiento en la aplicación de una convención y no hay necesidad de que esté indicado en la convención misma» [3].

Para ello,

> «la reparación debe, en la medida de lo posible, eliminar todas las consecuencias del acto ilegal y reestablecer la situación que, con toda probabilidad, habría existido si el acto no hubiera sido cometido. Reparación en especie, o, si esto no es posible, el pago de una suma correspondiente al valor de lo que la restitución en especie requeriría; la indemnización, si fuese necesario, por daños y perjuicios sufridos de lo que no fuese cubierto por la restitución en especie o el pago en su lugar —tales son los principios que servirían para determinar la cantidad de compensación debida por un acto contrario al Derecho internacional—» [4].

Estos principios interrelacionados —que un delito internacional genera una obligación de reparación, y que la reparación debe erradicar, en la medida de lo posible, las consecuencias del acto ilegal, restaurando el *statu quo ante*— son los fundamentos del Derecho internacional, así como de los mecanismos de reparación a las víctimas adoptados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.

Precisamente, el objetivo de este artículo consiste en analizar las dos instituciones sobre las que descansan, tras la entrada en vigor del protocolo adicional núm. 11, los mecanismos de reparación en el Convenio Europeo, en orden a mostrar sus logros y deficiencias [5]. Por un lado, el Tribunal Euro-

---

International Law Commission»s Articles on State Responsability. Introduction, Text and Commentaries, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.

[2] *Factory at Chorzów Case* (*Germany v. Poland*), 1928 PCIJ (ser. A), núm. 17. Esta decisión surge a partir de una expropiación de una fábrica por el gobierno de Polonia, que el Tribunal entendió que violaba la Convención Germano-Polaca sobre la Alta Silesia del 15 de mayo de 1922.

[3] *Chorzów Factory*, Jurisdiction, 21.

[4] *Chorzów Factory*, Indemnity, 47.

[5] En estos momentos, el sistema de garantía del Convenio Europeo de Derechos Humanos se encuentra en una fase transitoria. El 13 de mayo de 2004, el Comité de Ministros adoptó oficialmente el Protocolo 14 con la finalidad de mejorar la eficacia del Tribunal. En concreto, se han introducido una serie de reformas en tres áreas principales: el filtro de las demandas recibidas por el Tribunal que son inadmisibles en virtud de los actuales criterios de admisibilidad, la adición de un nuevo criterio de admisibilidad de las demandas y la emisión de sentencias sin dilaciones indebidas, especialmente en casos reiterativos de violaciones. El único Estado que todavía no lo ha ratificado, a pesar de haberlo firmado, es Rusia. Con objeto de superar el estancamiento en la reforma del Tribunal, bloqueada por la negativa de Rusia, el Comité de Ministros, gracias a una propuesta de España (Acuerdo de Madrid de 12 de mayo de 2009), acordó, con la adopción del Protocolo 14 bis (27 de mayo de 2009), aplicar dos procedimientos sobre el funcionamiento del Tribunal del Protocolo 14 para las demandas procedentes

peo de Derechos Humanos, con sede en Estrasburgo, que es una jurisdicción internacional competente para decidir por sentencias obligatorias sobre las demandas individuales y estatales relativas a violaciones del Convenio. Por otro lado, el Comité de Ministros, que es el órgano político principal del Consejo de Europa y al que el Convenio confiere la competencia específica de supervisar la ejecución de las sentencias del Tribunal.

1. OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS ANTE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Las disposiciones de los arts. 41, 44, 45 y 46 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, en relación con la satisfacción equitativa y el carácter definitivo, la motivación, la fuerza obligatoria y ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se basan en una concepción dualista relativa a los efectos de los juicios de los tribunales internacionales.

Por un lado, las sentencias definitivas, de acuerdo con el art. 46.1, generan una obligación internacional sobre el Estado demandado de acatar todas las consecuencias de la sentencia. Esta asunción de responsabilidad conlleva tres obligaciones: la obligación de poner fin a la violación, la obligación de reparar, esto es, restaurar la situación al momento anterior de la violación (*restitutio in integrum*) y, por último, la obligación de evitar violaciones similares [6]. Así, en el caso *Scozzari y Giunta*, el Tribunal ha resumido la obligación de los Estados, en lo que concierne a la adopción de medidas generales, para prevenir nuevas violaciones del Convenio, e individuales, para reparar al recurrente de las consecuencias de la violación, como sigue:

> «En virtud del art. 46 del Convenio, las Partes contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes, cuya ejecución debe ser supervisada por el Comité de Ministros. De ello se deriva especialmente que el Estado demandado, como responsable de una violación del Convenio o de sus protocolos, viene llamado no solamente a abonar una satisfacción equitativa, sino también a elegir, bajo el control del Comité de Ministros, las medidas generales o, según el caso, individuales a adoptar en el orden jurídico interno a fin de poner término a la violación constatada por el Tribunal y de borrar en la medida de lo posible sus consecuencias» [7].

---

de los países que quieran acogerse a esta fórmula. De este modo, los Estados miembros podrán aceptar que se reduzca de tres a uno el número de jueces que estudian si las demandas presentadas no son inadmisibles y, posteriormente, que se limite de siete a tres los magistrados que formulan una sentencia sobre los casos que hayan sido admitidos a trámite.

[6] *Papamichaloupoulos y otros c. Grecia* (1995), § 34. Véase LAMBERT-ABDELGAWAD, E., *The Execution of Jugments of the European Court of Human Rights*, 2.ª ed., Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2008, pp. 5-13; POLAKIEWICZ, J., «The Execution of Judgments of the European Court of Human Rights», en BLACKBURN, R., y POLAKIEWICZ, J. (eds.), *Fundamental Rights in Europe. The European Convention on Human Rights and its Member States, 1950-2000*, Oxford, Oxford University Press, 2001, pp. 55-76; y LASAGABASTER HERRARTE, I. (dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos: Comentario Sistematico*, Madrid, Thomson/Civitas, 2004.

[7] *Scozzari y Giunta c. Italia* (2000), § 249. Más recientemente: *Scordino c. Italia* (2006), §233; y *Johansson c. Finlandia* (2007), § 64.

Ahora bien, por otro lado es preciso recordar que las sentencias del Tribunal Europeo no tienen un efecto directo sobre el Derecho interno ni sobre los poderes estatales, a no ser que el Derecho interno lo permita o lo requiera [8]. En este sentido, el Convenio Europeo no contiene una disposición similar al art. 68.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que confiere un efecto jurídico inmediato a las sentencias de la Corte Interamericana en el Derecho interno. Las decisiones del Tribunal Europeo son meramente declaratorias: establecen si el Estado ha violado o no el Convenio Europeo. El Tribunal, por tanto, no es competente para anular la legislación o las decisiones que se han llevado a cabo a nivel interno y que son contrarias al Convenio Europeo, ni tampoco tiene poder para revisar las decisiones finales de los tribunales nacionales ni para instituir un procedimiento criminal contra los autores de la violación [9]. En este sentido, los Estados son

> «en principio libres de elegir los medios con los que cumplirán un juicio en el que el Tribunal ha encontrado una infracción. Esta discreción respecto al modo de ejecutar un juicio refleja la libertad de elección que acompaña a la obligación primaria de los Estados contratantes bajo el Convenio de asegurar los derechos y libertades garantizados (art. 1). Si la naturaleza de la infracción permite la *restitutio in integrum*, corresponde al Estado demandado llevarla a efecto, sin que el Tribunal tenga poder alguno ni la posibilidad práctica de hacerlo por sí mismo» [10].

La posición del Tribunal, en este sentido, está en conformidad con las intenciones de los redactores del Convenio y puede ser considerada como expresión de su concepción de la naturaleza subsidiaria del sistema europeo de protección de los derechos humanos. En este sistema, el Tribunal Europeo no juega un papel de tribunal de «cuarta instancia», autorizado para anular las decisiones y los juicios de ámbito nacional, sino el de un órgano competente para asegurar que los estándares mínimos garantizados por el Convenio no sean violados [11]. La única medida que puede ordenar el Tribunal Europeo a

---

[8] Sobre la eficacia de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico español, véase Bujosa Vadell, L. M., *Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el ordenamiento español*, Madrid, Tecnos, 1997, pp. 88-91; Ruiz Miguel, C., *La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Tecnos, 1997, pp. 49-55; Izquierdo Sans, C., «El carácter no ejecutivo de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Comentario a la STS, 1.ª, del 20 de noviembre de 1996)», *Derecho Privado y Constitución*, 11, 1997, pp. 351-377; Revenga Sánchez, M., «En torno a la eficacia de las sentencias del TEDH: ¿Amparo de ejecución o afianzamiento de doctrina?», *Revista Española de Derecho Europeo*, 12, 2004, pp. 522-538; Torralba Mendiola, E., «Sobre la eficacia en España de las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Derecho Privado y Constitución*, 21, 2007, pp. 313-330; y, Ripol Carulla, S., *El Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos y el Derecho Español. La incidencia de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ordenamiento español*, Barcelona, Atelier, 2007.

[9] Véanse Pellonpää, M., «Individual Reparation Claims under the European Convention on Human Rights», en Randelzhofer, A., y Tomuschat, Ch. (eds.), *State Responsibility and the Individual. Reparation in Instances of Grave Violations of Human Rights,* The Hague, Kluwer Law International, 1999, pp. 109-112; y van Boven, Th., «Reparations. A Requirement of Justice», *Memoria del Seminario. El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI,* t. I, 2.ª ed., San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003, pp. 661-664.

[10] *Papamichaloupoulos y otros c. Grecia* (1995), § 34.

[11] Véase Pellonpää, M., «Individual Reparation Claims under the European Convention on Human Rights», *op. cit.,* p. 110.

un Estado demandado es, de acuerdo con el art. 41, una «satisfacción equitativa» (*just satisfaction*).

2. EL ART. 41 DEL CEDH

2.1. Los orígenes del art. 41

El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales otorga al Tribunal la competencia de conceder reparaciones cuando determina que se ha producido una infracción del Convenio. El actual art. 41, versión ligeramente enmendada del antiguo art. 50, establece:

> «Si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus Protocolos y si el Derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa» [12].

Los redactores del Convenio Europeo mostraron desde el principio un claro interés por la concesión de reparaciones adecuadas a las víctimas de las violaciones de derechos humanos. La idea de un sistema europeo de derechos humanos emergió en el Congreso de Europa celebrado en La Haya en mayo de 1948 a iniciativa del Comité Internacional de los Movimientos por la Unidad de Europa. Asimismo, el Congreso adoptó una resolución en la que expresaba su convencimiento de que,

> «con el fin de proteger los valores humanos y la libertad humana, la Asamblea deberá proponer la creación de un Tribunal de Justicia con sanciones adecuadas para hacer respetar esta Carta, y, a este efecto, todo ciudadano de los países asociados podrá iniciar ante el Tribunal, en todo momento y con el menor retraso posible, un recurso por violación de sus derechos, tal como están establecidos en la Carta» [13].

El borrador del Convenio presentado al Comité de Ministros en 1949 preveía un Tribunal capaz tanto de prescribir indemnizaciones monetarias como de requerir al Estado correspondiente que tomase acciones penales o administrativas contra la persona responsable de infringir los derechos humanos. El Tribunal también podría ordenar la revocación, cancelación o enmienda de un acto determinado [14]. A partir de entonces, los debates al respecto, den-

---

[12] «*If the Court finds that there has been a violation of the Convention or the protocols thereto, and if the internal law of the High Contracting Party concerned allows only partial reparation to be made, the Court shall, if necessary, afford just satisfaction to the injured party*». Un análisis del anterior art. 50 puede verse en Castro-Rial Garrone, F., «El derecho de reparación en el Convenio Europeo de Derechos Humanos», en Carrillo Salcedo, J. A., *Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, II*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1995, pp. 123-158.

[13] «Political Resolution of the Hague Congress (7-10 May 1948)», § 13, en *Congress of Europe: The Hague-May, 1948: Resolutions*, London-Paris, International Committee of the Movements for European Unity, p. 7.

[14] Véase Council of Europe, *Collected Edition of the «Travaux Preparatoires» of the European Convention on Human Rights*, The Hague, Martines Nijhoff, 1975, vol. 1, pp. 298-321.

tro y fuera del Consejo de Europa, abarcaron numerosas cuestiones: la conveniencia de instituir un Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el carácter obligatorio de su jurisdicción, la legitimación de los individuos para acceder directamente al Tribunal, la conveniencia de establecer un órgano no jurisdiccional que interviniese previamente al Tribunal, entre otras.

En la primera sesión de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa en 1949, se puso de relieve que la propuesta de un Tribunal con poder sancionador no era aceptada universalmente. De hecho, a pesar de que el borrador de la Comisión Legal y Administrativa de la Asamblea contenía una propuesta muy similar a la del Congreso de 1948, el informe final enviado por la Comisión a la Asamblea la omitió [15].

Por su parte, el Comité de Expertos sobre Derechos Humanos recomendó la adopción de una disposición sustancialmente parecida al antiguo art. 50. Este Comité observó en su informe al Comité de Ministros que dicha disposición estaba de acuerdo

> «con el Derecho internacional actual relacionado como la violación de una obligación por un Estado. A este respecto, la jurisprudencia de un Tribunal Europeo nunca, por tanto, introducirá un elemento nuevo o contrario al Derecho internacional existente. En concreto, el Tribunal no tendrá poder para declarar nulo e invalidar o enmendar actos que emanan de los cuerpos públicos de los Estados firmantes» [16].

A pesar de que en la segunda sesión de la Asamblea Consultiva se propuso otra vez ampliar los poderes del Tribunal para otorgarle una «jurisdicción de apelación», el Comité rechazó la propuesta.

Siguiendo esta línea minimalista, el antiguo art. 50 se redactó tomando como fuente distintas disposiciones de tratados sobre el acuerdo de disputas interestatales, en concreto, el art. 32 del *Geneva General Act on Arbitration* de 1932 sobre el Acuerdo Pacífico de Disputas Internacionales y el art. 10 del Tratado Germano-Suizo de 1921 sobre Arbitraje y Conciliación [17]. Estas disposiciones, de acuerdo con los principios de Derecho internacional de responsabilidad estatal, prescriben la cesación de la infracción y la *restitutio in integrum*. Asimismo, donde no puede obtenerse una conformidad absoluta, se permite una indemnización y otras formas de satisfacción en lugar de la restitución, siempre y cuando el Derecho constitucional del Estado demandado haga difícil o imposible anular o enmendar la infracción [18].

---

[15] La propuesta establecía: «Art. 24. El veredicto del Tribunal ordenará al Estado correspondiente a: (1) anular, suspender o enmendar la decisión incriminatoria; (2) hacer reparación por el daño causado; (3) llevar a cabo las sanciones penales, administrativas o civiles apropiadas que deban ser aplicadas a la persona o personas responsables». COUNCIL OF EUROPE, *Collected Edition of the «Travaux Preparatoires» of the European Convention on Human Rights*, *op. cit.*, vol. 1, p. 212.

[16] COUNCIL OF EUROPE, *Collected Edition of the «Travaux Preparatoires» of the European Convention on Human Rights*, *op. cit.*, vol. 4, p. 44.

[17] Véase *De Wilde, Ooms y Versyp c. Bélgica* (1972), § 16 (*Caso Vagrancy*).

[18] Así, el art. 32 de la *Geneva General Act on Arbitration* establece: «Si en una sentencia judicial o concesión arbitral se declara que un juicio, o una medida impuesta por un tribunal de Derecho u otra autoridad de una de las partes de la disputa, es totalmente o en parte contrario al Derecho

2.2. Las condiciones de aplicación del art. 41

Para que el Tribunal conceda una «satisfacción equitativa» se tienen que cumplir cinco condiciones [19]: en primer lugar, que se produzca una violación por parte de un Estado parte de sus obligaciones respecto al Convenio; en segundo lugar, la existencia de un daño material o moral; en tercer lugar, que se pueda probar una conexión causal entre la violación del Convenio y dicho daño; en cuarto lugar, que el demandante solicite la indemnización; y, por último, la ausencia de posibilidad de una completa reparación (*restitutio in integrum*).

Así, puede suceder que el Tribunal decida que se ha producido una violación del Convenio, pero que o bien no se ha producido ningún daño o que el daño que el solicitante afirma haber recibido no se deriva causalmente de la violación [20]. En estos casos, el Tribunal considera que el juicio declarativo es en sí mismo una satisfacción equitativa [21]. Los casos más típicos donde esto suele suceder son aquellos en los que se demanda una violación del art. 6 del Convenio (derecho a un proceso equitativo). Especialmente cuando la violación consiste en una irregularidad procesal de tipo formal, como puede ser la ausencia de audiencia pública, el Tribunal rehúsa especular qué hubiera sucedido si dicha irregularidad no se hubiera cometido y, por tanto, si el resultado del procedimiento interno hubiera sido otro. Consecuentemente, una posible demanda por pérdida de ingresos debido al tiempo que el demandante estuvo en prisión es rechazada por ausencia de conexión causal entre la pérdida económica y la violación del art. 6 [22].

Ahora bien, la condición que más polémica ha traído consigo es aquélla según la cual el Tribunal debe conceder la satisfacción

> «si el Derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación» [23].

---

internacional, y si el Derecho constitucional de esa parte no permite o sólo permite parcialmente que sean anuladas las consecuencias del juicio o de la medida en cuestión, las partes aceptarán que la sentencia judicial o concesión arbitral conceda a la parte lesionada una satisfacción equitativa». Véase SHELDON, D., *Remedies in International Human Rights Law*, 2.ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 191; y, LOUCAIDES, L. G., «Reparation for Violations of Human Rights under the European Convention and *Restitutio in Integrum*», *European Human Rights Law Review*, núm. 2, 2008, pp. 182-192.

[19] Véanse VAN BOVEN, Th., «Reparations. A Requirement of Justice», *op. cit.,* p. 661; y, VAN DIJK, P.; VAN HOOF, F.; VAN RIJN, A., y ZWAAK, L. (eds.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 4.ª ed., Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2006, pp. 245-251.

[20] Véase *Valenzuela Contreras c. España* (1998), por violación del art. 8.

[21] Véanse *Scott c. España* (1996), por violación del art. 5.3, y *Castells c. España* (1992), por violación del art. 10.

[22] Véase *Ekbatani c. Suecia* (1988). Sobre la negativa a especular, véanse también: *Langborger c. Suecia* (1989); *Mats Jacobsson c. Suecia* (1990); *Van de Hurk c. Holanda* (1994); *Dombo Beheer B. V. c. Holanda* (1993); *Radio ABC c. Austria* (1997); *Tele 1 Privatfernsehgesellschaft MBH c. Austria* (2000); *Oldham c. Reino Unido* (2001).

[23] Véase, al respecto, VAN DIJK, P.; VAN HOOF, F.; VAN RIJN, A., y ZWAAK, L. (eds.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, *op. cit.,* pp. 252-257.

Así, en el *caso Vagrancy* [24], el gobierno belga alegó que la petición de indemnización por parte de los solicitantes estaba mal fundada, ya que existía una ley en Bélgica bajo la cual se podía obtener una indemnización por daños y perjuicios por aquellos actos que el Estado fuese responsable nacional o internacionalmente. Por tanto, los demandantes que solicitaban una indemnización al Tribunal, de acuerdo con el antiguo art. 50, debían solicitar la indemnización en primer lugar a los tribunales nacionales. El Tribunal contestó que efectivamente los tratados de los que deriva el texto de este artículo hacían referencia en particular a aquellos casos donde es posible eliminar las consecuencias de la violación, pero el Derecho interno del Estado concerniente impide hacerlo. Sin embargo, según el Tribunal, esto no altera el hecho de que este artículo puede también aplicarse a aquellos casos en los que, debido a la naturaleza del daño realizado, no es posible eliminar las consecuencias de la violación y por tanto tampoco es posible la plena *restitutio in integrum*. En este último supuesto, aunque el Derecho interno del Estado correspondiente permita una indemnización, el Tribunal considera que puede conceder una indemnización por su parte [25].

El Tribunal por tanto distingue dos tipos de casos a los que se puede aplicar el art. 41: aquellos en los que la *restitutio in integrum* es posible, pero el Estado no quiere o no puede realizarla, y aquellos en los que no es posible de ningún modo, sin tener en cuenta si el Estado puede o no indemnizar.

A pesar de que la decisión del Tribunal fue por unanimidad, existían diferencias de opinión considerables entre los jueces del Tribunal sobre el argumento esgrimido. Así, los jueces Holmbäck, Ross y Wold, en su opinión particular conjunta, afirmaron que el argumento seguido por el Tribunal era «poco sólido» y «completamente ajeno al texto del art. 50» (el actual art. 41). Por un lado, entendían que el argumento del Tribunal presuponía la existencia de una obligación absoluta del Estado de devolver a los demandantes la libertad de la que habían sido privados, lo cual entraba en contradicción clara con el principio *impossibilium nulla est obligatio* [26]. Por otro lado, opinaban que el art. 50 debía ser aplicado únicamente a aquellos casos en los que el Derecho interno no permitiese una reparación plena. Por tanto, la parte demandante debía buscar la reparación en primer lugar ante los tribunales nacionales y no ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sólo en la medida en que el Derecho interno no permitiese la reparación plena, el Tribunal Europeo tenía jurisdicción para conceder una indemnización. A su juicio, la interpretación del Tribunal lleva indebidamente

[24] *De Wilde, Ooms y Versyp c. Bélgica* (1972). De Wilde, Ooms y Versyp, ciudadanos belgas, fueron detenidos y encarcelados entre 1965 y 1966, conforme a la Ley de 27 de noviembre de 1891 para la supresión del vagabundeo y la mendicidad. De Wilde recuperó la libertad después de casi siete meses de prisión, Ooms después de un año y Versyp después de un año y nueve meses. Los tres interpusieron una demanda ante la Comisión Europea de Derechos Humanos en 1966, cuando todavía estaban en la cárcel.

[25] Finalmente, en el *caso Vagrancy*, aunque el Tribunal consideró que tenía jurisdicción para conceder una indemnización a los demandantes, no lo hizo debido a que entendió que las demandas por daños y perjuicios estaban mal fundamentadas.

[26] En 1972, los tres demandantes ya habían recuperado su libertad.

> «a asumir una jurisdicción en relación a las demandas de reparación en todos los casos donde la plena *restitutio* es imposible, sin tener en cuenta la situación del Derecho interno».

Esta opinión, que había sido defendida también por el gobierno belga durante el proceso, fue rebatida por el propio Tribunal sosteniendo que si para la consideración de la aplicación del art. 50 debía requerirse que fuesen agotadas las reparaciones internas, la extensión total del procedimiento previsto en el Convenio difícilmente podría ser considerada compatible con la idea de una protección efectiva de los derechos humanos.

Por su parte, el juez Verdross, en su opinión particular, sugirió una vía intermedia para la aplicación del art. 50. A su juicio, el Tribunal, antes de conceder una indemnización, debía determinar primeramente si el demandante podía obtener una indemnización adecuada en el Derecho interno. Si así era, el Estado demandado debía conceder la indemnización de acuerdo con sus propios procedimientos. El Tribunal, en ese caso, tendría la competencia para asegurar que la satisfacción equitativa sea debidamente dada en un plazo de tiempo razonable.

No obstante, el punto de vista del Tribunal ha llegado a ser una jurisprudencia constante, confirmada explícita o implícitamente en sus sentencias [27].

2.3. Otros factores relevantes a la hora de aplicar el art. 41

Junto a las condiciones de aplicación del art. 41, es preciso tener en cuenta otros factores relevantes que influyen en el Tribunal Europeo a la hora de conceder reparaciones, como son el carácter del demandante y la actitud del gobierno en relación con la violación cometida y su reparación.

Por un lado, el Tribunal ha considerado que las personas condenadas por crímenes no deben recibir indemnización por la violación de un Derecho procesal, a no ser que puedan demostrar su inocencia. En estos casos, la conducta del gobierno es menos significativa, a no ser que sea especialmente grave. Así, en *Silver c. Reino Unido*, los demandantes solicitaban una indemnización por la interferencia de la correspondencia entre los prisioneros y su abogado. El Tribunal, a pesar de que reconoció la existencia de una violación del derecho de los solicitantes, no concedió indemnización alguna, considerando que los prisioneros podían haber experimentado «cierta rabia y sentido de frustración» como resultado de las restricciones que habían sido impuestas sobre ciertas cartas, pero no era de «tal intensidad» que justificase una concesión [28].

---

[27] Véanse, entre otros, *Ringeisen c. Austria* (1972), §§ 15-16; *Neumeister c. Austria* (1974), § 30; *Guzzardi c. Italia* (1980), § 113; *Sunday Times c. Reino Unido* (1980), § 13; *König c. República Federal de Alemania* (1980), § 15; *Barberá, Messegué y Jabardo c. España* (1994), § 17.

[28] *Silver y otros c. Reino Unido* (1991). Los solicitantes sí que recibieron una parte importante de los gastos legales. Casos similares, véanse *Dudgeon c. Reino Unido*, *Golder c. Reino Unido* (1975), *Engel y otros c. Holanda* (1976), *Eckle c. República Federal de Alemania* (1983), *Kruslin c. Francia* (1990).

El caso *McCann c. Reino Unido* es más significativo al respecto, ya que fue el primero en el que Tribunal Europeo condenó a un país por la violación del art. 2 y, sin embargo, se negó a conceder una indemnización debido a las identidades de las víctimas. Los demandantes denunciaron la muerte por las fuerzas de seguridad británicas de tres miembros del IRA sospechosos de querer llevar a cabo un atentando en Gibraltar. Se alegó que dos de los tres fueron disparados por la espalda cuando los soldados intentaban arrestarles. Uno de los soldados testificó que al disparar lo había hecho con intención de matar ya que consideraba que el sospechoso era una amenaza y podía detonar una bomba. Algunos testigos declararon que dos de los sospechosos habían sido disparados mientras estaban tumbados en el suelo, aunque otros discreparon al respecto. Las circunstancias de la muerte del tercero también eran confusas, en particular con relación a si había sido disparado por la espalda o en el suelo. La Comisión no encontró una base convincente para la alegación de que los soldados dispararon a los sospechosos por la espalda y, por 11 votos frente a 6, decidió que no había violación del art. 2 del Convenio. El Tribunal, por el contrario, sí que encontró una violación del derecho a la vida por 10 votos a 9, ya que no estaba persuadido de que

> «la muerte de los tres terroristas constituyese un uso de la fuerza que no fuese más de lo absolutamente necesaria en defensa de personas de una violencia ilegal».

Los familiares demandantes solicitaron una indemnización por daños y perjuicios del mismo nivel que si tuviese que ser concedida por una muerte ilegal bajo el Derecho inglés, así como una indemnización ejemplar si se entendiese que las muertes fueron deliberadas o resultado de una grave negligencia. El Tribunal desestimó la demanda de indemnización, ya que entendió que no era «apropiado» concederla, ya que

> «los tres sospechosos terroristas, que habían sido muertos, habían estado intentando colocar una bomba en Gibraltar» [29].

Por otro lado, la actitud del gobierno respecto a la violación cometida y su disposición a reparar también ha sido un factor importante a la hora de establecer una indemnización. Así, en el caso *Cruz Varas c. Suecia* [30], el Tribunal pidió que se tomaran una serie de medidas cautelares, que el gobierno sueco no llevó a cabo [31]. El Tribunal observó que aunque los Estados han mostrado casi siempre una total conformidad con las peticiones de tales medidas provisionales, sin embargo, esto estaba en última instancia a su discreción. Ahora

---

[29] *McCann c. Reino Unido* (1995), § 219. La base del «hombre malo» para denegar indemnización, a pesar de encontrar una violación del Convenio, está presente también en *Welch c. Reino Unido* (1995) y en *Messina (núm. 2) c. Italia* (2000), en el que los demandantes eran traficantes de drogas.

[30] *Cruz Varas c. Suecia* (1991).

[31] Cruz Varas, de nacionalidad chilena y activista antipinochetista, había solicitado asilo político a Suecia por miedo a las represalias que el Gobierno de su país pudiera tomar contra él. Suecia le denegó el asilo, lo que implicaba su expulsión inmediata. Tras agotar los recursos internos previstos en Suecia, Cruz Varas interpuso, el día antes de la expulsión, una demanda ante la Comisión Europea alegando la vulneración del art. 3 del Convenio, sobre la base de la jurisprudencia del Tribunal a este respecto (*Söring c. Reino Unido*, 1989). La Comisión solicitó al gobierno sueco, como medida cautelar, que no expulsara al demandante.

bien, si el Estado decidía no acceder a tal petición, sabiendo que asume el riesgo de que sea declarada una violación del Convenio, tal declaración tendría que ser vista agravada por el incumplimiento [32].

Asimismo, las indemnizaciones más fuertes que ha impuesto el Tribunal se refieren a casos concernientes al derecho a la vida, tortura, privación de la libertad y de la propiedad [33].

3. QUIÉN PUEDE SOLICITAR LA SATISFACCIÓN EQUITATIVA: LAS VÍCTIMAS

Una de las disputas más serias que se llevaron a cabo durante la realización de los trabajos preparatorios del Convenio Europeo de Derechos Humanos provino de la fuerte resistencia a la posibilidad de que los Estados pudiesen ser llevados ante una jurisdicción supranacional por iniciativa de los particulares. La solución adoptada, como fruto de un compromiso político, fue disponer que los individuos estuvieran autorizados a presentar su demanda sólo ante la Comisión, siempre y cuando el Estado demandado hubiese reconocido la competencia de aquélla. Además, con posterioridad a la intervención de la Comisión, los individuos tampoco podrían someter el asunto al Tribunal, ya que sólo la Comisión o el Estado tendrían legitimación para hacerlo. En este sentido, una de las novedades más importantes de la reforma que supuso la entrada en vigor del Protocolo 11 fue la posibilidad de la demanda individual ante el Tribunal. Así, de acuerdo con el actual art. 34, cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación puede presentar demandas directamente al Tribunal.

Asimismo, la interpretación dada por la Comisión y el Tribunal al concepto de víctima ha supuesto que además de los individuos que han sido perjudicados directamente por la violación de un derecho, también puedan presentar demandas las víctimas potenciales y las víctimas indirectas [34].

Una persona o grupo de personas es considerada víctima potencial cuando una determinada medida o actuación de un Estado puede vulnerar muy probablemente y en un futuro próximo alguno de los derechos protegidos en el Convenio y sus Protocolos. Así, en *Klass y otros c. República Federal de Alemania*, el Tribunal aceptó que

> «un individuo pueda, bajo ciertas condiciones, pretenderse víctima de una violación ocasionada por la simple existencia de medidas secretas o de una legis-

[32] En este caso, el Tribunal, finalmente, declaró que no había violación de los artículos del Convenio.

[33] Véanse, al respecto, *Tomasi c. Francia* (1993); *Aksoy c. Turquía* (1996); *Aydin c. Turquía* (1997); *Selmouni c. Francia* (2000); *Çiçek c. Turquía* (2003); *Anguelova c. Bulgaria* (2004); *Ilaşcu y otros c. Rusia y Moldavia* (2004).

[34] Véase Queralt Jiménez, A., *El Tribunal de Estrasburgo: una jurisdicción internacional para la protección de los derechos fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, pp. 180-188.

> lación que permita esas medidas, sin tener que alegar que tales medidas le han sido, en efecto, aplicadas a él» [35].

Del mismo modo, una persona puede ser considerada víctima cuando exista una normativa que pueda llegar a afectarla aunque todavía no haya generado ninguna consecuencia directa. En *Söring c. Reino Unido*, el Tribunal declaró que el Reino Unido, en caso de que extraditase al demandante, vulneraría los derechos recogidos en el art. 3 del Convenio, ya que existía una gran posibilidad de que sufriera tratos degradantes, inhumanos o torturas en el país donde iba a ser expulsado [36].

Además de las víctimas directas y las potenciales, tanto la Comisión como el Tribunal han contemplado la figura de la víctima indirecta, entendiendo por tal

> «toda persona que hubiera sufrido indirectamente un perjuicio como resultado de una violación o que tuviese un interés personal válido en asegurar el cese de tal violación» [37].

Así, junto a la posibilidad de que los familiares, parientes o, incluso, aquellos que tienen una relación afectiva análoga con el perjudicado directo puedan presentar una demanda, el Tribunal ha admitido como víctima a los accionistas de una sociedad mercantil que se han visto perjudicados juntamente con la empresa por la acción u omisión de las autoridades públicas [38].

Como ya se ha indicado, uno de los logros más importantes de la reforma introducida por el Protocolo 11 ha sido el establecimiento de un mecanismo judicial internacional donde toda víctima de cualquier violación del Convenio Europeo tiene el derecho de buscar y obtener un reconocimiento de sus derechos vulnerados y, si procede, una satisfacción equitativa. Aunque el ejercicio de este derecho individual está sujeto a una serie de condiciones de admisibilidad, establecidas en el art. 35, estas condiciones permanecen enteramente en las manos del solicitante: si las condiciones se satisfacen, el demandante tiene el derecho a obtener una decisión judicial.

En este sentido, la reforma que plantea el Protocolo 14, todavía en fase de ratificación por parte de los Estados, supone un cambio sustancial, al enmendar el art. 35 del Convenio añadiendo una nueva condición de admisibilidad. De acuerdo con esta nueva disposición, el Tribunal declarará inadmisible cualquier demanda individual si considera que

---

[35] *Klass y otros c. República Federal de Alemania* (1978).

[36] *Söring c. Reino Unido* (1989). El demandante, de nacionalidad alemana y detenido en Inglaterra, estaba pendiente de extradición a los Estados Unidos por un asesinato en el estado de Virginia. Los cargos que pesaban sobre él podían llevarle a la pena de muerte en el caso de que fuese declarado culpable. Söring alegó que la decisión de extraditarle a los Estados Unidos conllevaría una violación del art. 3 del Convenio Europeo por parte del Reino Unido, debido a que estaría expuesto al fenómeno del «corredor de la muerte». El demandante fue extraditado sólo después de que se asegurase que no iba a ser condenado a muerte.

[37] *X c. República Federal de Alemania* (1970). Véanse, en esta misma línea, *Koolen c. Bélgica (1963)*; *X. c. Francia* (1992); *Andronicou y Constantinou c. Chipre* (1995).

[38] Véase *G. J. c. Luxemburgo* (2000).

> «el demandante no ha sufrido un menoscabo significativo, a menos que el respeto a los derechos humanos, tal y como se define en el Convenio y en sus Protocolos, exija un examen del fondo de la demanda, siempre y cuando ninguna demanda pueda ser rechazada por estas razones si no ha sido considerada previamente por un tribunal nacional» [39].

El Protocolo 14 responde a la necesidad de garantizar la eficacia futura del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sin embargo, la inclusión de la nueva condición de admisibilidad no parece que ayude a simplificar el proceso de selección de las demandas. Para poder determinar si se ha producido un «menoscabo significativo» será necesario contar con más informes exhaustivos y estudiar a fondo el sumario en la etapa de evaluación de admisibilidad de la demanda. Asimismo, puede conducir a decisiones arbitrarias o aplicarse de modo diferente según el Estado o la Sala del Tribunal implicada [40].

Con esta reforma del art. 35, el ámbito de la protección sustantiva reconocida por el Convenio dejará de coincidir con el ámbito de protección judicial garantizada por el Tribunal, siendo esta última más estrecha. De este modo, algunas víctimas de violaciones de derechos humanos quedarán desprovistas de su derecho a obtener reparación por parte del Tribunal Europeo, si éste considera que dicha violación no es significativa [41].

4. FORMAS DE SATISFACCIÓN EQUITATIVA

Dado el ámbito limitado del art. 41 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y la interpretación restrictiva de su competencia, el Tribunal Europeo no ha ido más allá de conceder indemnizaciones pecuniarias por daños materiales, daños morales, así como el pago por las costas del proceso y los gastos de abogados [42].

Normalmente, las indemnizaciones concedidas son relativamente bajas comparadas con las concedidas por los tribunales nacionales de la mayoría

---

[39] *«[T]he applicant has not suffered a significant disadvantage, unless respect for human rights as defined in the Convention and the Protocols thereto requires an examination of the application on the merits and provided that no case may be rejected on this ground which has not been duly considered by a domestic tribunal»*.

[40] Véase AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Observaciones de Amnistía Internacional sobre el «Informe provisional: Propuestas para garantizar la eficacia a largo plazo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos»*, IOIR/005/2004.

[41] Véase SARDARO, P., «Chapter III. Individual Complaints», en LEMMENS, P., y VANDENHOLE, W., *Protocol no. 14 and the Reform of the European Court of Human Rights*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2005, pp. 45-53.

[42] Una tabla con una selección de las concesiones de satisfacción equitativa realizadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos puede verse en REID, K., *A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights*, 3.ª ed., London, Thomson-Sweet & Maxwell, 2008. Véase también, CAIN, N., «Chapter 21. Just Satisfaction», en SIMOR, J. (ed.), *Human Rights Practice*, 14.ª ed., London, Thomson-Sweet & Maxwell, 2007, 21.001-21.065; ARROWSMITH, T., «Schedule of Article 41 Awards in Selected European Court Judgments (2001-2004)», en LEACH, Ph., *Taking a Case to the European Court of Human Rights*, *op. cit.*, pp. 409-455; CLEMENTS, L. J.; MOLE, N., y SIMMONS, A., *European Human Rights. Taking a Case under the Convention*, 2.ª ed., London, Sweet & Maxwell, 1999, pp. 79-90.

de los Estados del Consejo de Europa. Esto se debe, probablemente, a que la reparación primaria de acuerdo con el Tribunal es la declaración de la violación del Convenio mismo. De hecho, como se ha señalado, en muchos casos el Tribunal rehúsa conceder una indemnización sobre la base de que la declaración es en sí misma una reparación suficiente.

Más que aplicar medidas específicas para calcular la concesión de una indemnización, el Tribunal aplica principios generales al evaluar la satisfacción equitativa. De hecho, en muchos casos es extremadamente difícil, si no imposible, discernir cómo el Tribunal ha llegado a la suma concedida. El propio Tribunal ha reiterado frecuentemente las dificultades que se suelen plantear en cada caso para cuantificar las demandas pecuniarias [43]. En muy pocos casos el Tribunal ha calculado las indemnizaciones con precisión, y normalmente suele conceder una suma global que incluye tanto los daños y perjuicios, como los daños morales y las costas y gastos de abogados [44].

Las demandas solicitando indemnizaciones simbólicas han sido rechazadas en la mayoría de los casos, aunque en el caso *Engel y otros c. Holanda*, concedió una «indemnización simbólica» (*token indemnity*) de 100 florines holandeses (aproximadamente 40 euros) por una detención ilegal que duró entre 22 y 26 horas [45].

Aunque durante mucho tiempo fue reacio a hacerlo, el Tribunal concede el interés como parte de la satisfacción equitativa. Ocasionalmente ha incluido el factor del interés como un elemento de indemnización. Por ejemplo, en *Stran Greek Refineries c. Grecia*, el Tribunal concedió un interés simple del 6 por 100 calculado desde el día de la violación hasta el día de la concesión, puesto que

> «la adecuación de la indemnización disminuiría si tuviese que pagarse sin referencia a las variadas circunstancias que pueden reducir su valor, tales como el hecho de que han trascurrido diez años desde que la decisión arbitral fue recurrida» [46].

Sin embargo, durante años no se concedió el interés de mora (interés desde el día del juicio hasta el pago). El primer paso en este sentido fue dado por el Tribunal en agosto de 1991, cuando introdujo una cláusula especial en las disposiciones operativas de sus sentencias estableciendo que el pago de la compensación debía realizarse dentro de los tres meses siguientes a la publicación de la sentencia. Desde comienzos de 1996, el Tribunal ordena que se pague un interés de mora, en el caso de que el Estado no pague en dicho plazo.

Las indemnizaciones por daños y perjuicios (*damages*) incluyen:

— La pérdida de ganancias (pasadas y futuras) [47].
— La pérdida de medios para ganarse la vida [48].

---

[43] *Young, James y Webster c. Reino Unido* (1983), § 11; *Tanh c. Turquía* (2004), § 182.
[44] *Barberá, Messegue y Jabardo c. España* (1988).
[45] *Engel y otros c. Holanda* (1976).
[46] *Stran Greek Refineries c. Grecia* (1994), § 82.
[47] *Unión Alimentaria c. España* (1989); *Iatridis c. Grecia* (2000); *Elçi y otros c. Turquía* (2003).
[48] *Lallement c. Francia* (2003).

— La pérdida de plan de pensiones y/o beneficios de la seguridad social [49].
— Multas y tasas impuestas [50].
— Daños y perjuicios pagados [51].
— Gastos médicos realizados [52].
— Costas y honorarios en los tribunales nacionales [53].
— Pérdida del valor de la tierra [54].

Las indemnizaciones por daños morales (*moral damages*) incluyen:

— El dolor y sufrimiento [55].
— La angustia y aflicción [56].
— El trauma [57].
— La incerteza y ansiedad [58].
— La vergüenza [59].
— La frustración [60].
— La incomodidad [61].
— Los sentimientos de soledad e impotencia [62].
— La pérdida de oportunidades [63].
— La pérdida de reputación [64].
— La pérdida de relación social [65].

El Tribunal concede a los demandantes las costas y gastos de abogados siempre y cuando se satisfagan las siguientes condiciones: que se hayan realizado realmente, que hayan sido necesarios en orden a obtener la reparación por una violación del Convenio y que sean razonables en relación con la cantidad [66].

---

[49] *Willis c. Reino Unido* (2002).
[50] *Darby c. Suecia* (1990); *Lopes Gomes de Silva c. Portugal* (2002).
[51] *Lopes Gomes de Silva c. Portugal* (2002); *Nikula c. Finlandia* (2004).
[52] *Pitkanen c. Finlandia* (2004).
[53] *Krone Verlag GmbH & Co KG c. Austria* (2003).
[54] *Matos E. Silva c. Portugal* (1996); *Gelsomini Sigeri SRL c. Italia* (2003).
[55] *K. A. c. Finlandia* (2003).
[56] *López Ostra c. España* (1994); *Werner c. Polonia* (2003).
[57] *M. C. c. Bulgaria* (2003).
[58] *Oldham c. Reino Unido* (2001).
[59] *Peck c. Reino Unido* (2003).
[60] *Papamichalopoulos y otros c. Grecia* (1995); *R. D. c. Polonia* (2001); *Oldham c. Reino Unido* (2001).
[61] *Stretch c. Reino Unido* (2004).
[62] *Djavit c. Turquía* (2003).
[63] *Sporrong y Lönnroth c. Suecia* (1984); *Sadak y otros c. Turquía* (2001); *Ezeh y Connors c. Reino Unido* (2003).
[64] *Kyprianou c. Chipre* (2004).
[65] *Kutzner c. Alemania* (2002).
[66] Véase CLEMENTS, L. J.; MOLE, N., y SIMMONS, A., *European Human Rights. Taking a Case under the Convention*, *op. cit.*, pp. 91-97.

5. MÁS ALLÁ DE LA SATISFACCIÓN EQUITATIVA: LA EVOLUCIÓN DEL TRIBUNAL

En los últimos años, el Tribunal Europeo ha mostrado una disposición de ir más allá del mero juicio declarativo y concesión de una indemnización, enfatizando en algunas sentencias cómo la restitución y la no repetición de la violación debían ser consideradas las mejores reparaciones cuando era posible llevarlas a cabo [67]. Así, en el caso *Papamichalopoulos y otros c. Grecia*, sobre el derecho a la propiedad, el Tribunal expresó su opinión de que el art. 53 (actual art. 46 § 1) del Convenio, por el cual las Altas Partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes, imponía un deber sobre los Estados de hacer algo más que simplemente indemnizar a la víctima. Así, inspirándose en la sentencia de 1928 del Tribunal Permanente de Justicia Internacional en el caso *Chorzów Factory*, el Tribunal Europeo observó que

> «un juicio en el que el Tribunal declara una violación impone en el correspondiente Estado una obligación legal de poner fin a la violación y hacer reparación por sus consecuencias de tal modo que restaure en la medida de lo posible la situación existente antes de la violación» [68].

El Tribunal Europeo concluyó que

> «la devolución del terreno en cuestión [...] pondría a los demandantes en la medida de lo posible en una situación equivalente a la que habrían estado si no hubiera tenido lugar la violación del art. 1 del Protocolo núm. 1» [69].

Por ello, además de una indemnización por la pérdida de disfrute del terreno, el Tribunal determinó que el gobierno griego debía bien devolver el terreno, junto con los edificios que la Marina de Grecia había construido allí desde que lo ocupó, bien pagar una indemnización por el terreno y los edificios [70].

También desde octubre de 2003, el Tribunal ha indicado en más de sesenta casos contra Turquía, en los cuales los demandantes habían sido condenados por un tribunal de seguridad, declarado por el Tribunal Europeo como carente de independencia e imparcialidad, que en principio la forma más apropiada de reparar sería asegurar a cada demandante en su debido momento un nuevo juicio por un tribunal independiente e imparcial [71]. Como señala el

---

[67] Véase LEACH, Ph., «Beyond the Bug River: New Approaches to Redress by ECHR», *European Human Rights Review*, núm. 148, 2005, pp. 148-164; SHELTON, D., *Remedies in International Human Rights Law*, *op. cit.*, pp. 280-285.

[68] *Papamichalopoulos y otros c. Grecia* (1995), § 34. En esta misma línea, *Scozzari y Giunta c. Italia* (2000). Casos similares, en los que el Tribunal entiende que la mejor reparación es la restitución de la propiedad: *Brumarescu c. Rumanía* (2001), §§ 22-23; *Tandreu c. Rumanía* (2003), §§ 43-44.

[69] *Papamichalopoulos y otros c. Grecia* (1995), § 38.

[70] El gobierno griego decidió pagar la indemnización en lugar de devolver el terreno. Véase Resolución del Comité de Ministros DH (1998) 309, de 25 de septiembre de 1998.

[71] La primera decisión de este tipo se encuentra en *Gençel c. Turquía* (2003), § 27. Otros casos similares: *Abdullah Aydin c. Turquía* (2004), § 46; *Tezcan Uzunhasanoğlu c. Turquía* (2004), § 29. Como telón

Tribunal en *Öcalam c. Turquía*, aunque sus juicios son esencialmente declaratorios y el Estado es el que debe elegir, sujeto a la supervisión del Comité de Ministros, los medios necesarios para cumplir con sus obligaciones bajo el art. 46 del Convenio, sin embargo,

> «excepcionalmente, con el fin de ayudar al correspondiente Estado a cumplir con sus obligaciones bajo el art. 46, el Tribunal buscará indicar el tipo de medida que podría ser tomada en orden a poner fin a una situación sistémica que ha declarado existir. En tales circunstancias, pueden ser propuestas varias opciones y dejar la elección de la medida y su implementación a la discreción del Estado correspondiente [...]. En otros casos excepcionales, la naturaleza de la violación declarada puede ser tal que no deje elección respecto a las medidas requeridas para repararla y el Tribunal puede decidir indicar únicamente una medida [...]. En el contexto específico de los casos contra Turquía, relativos a la independencia e imparcialidad de los tribunales nacionales de seguridad nacional [...], en principio, la forma más apropiada de reparar sería otorgar al demandante un nuevo juicio sin demora si así lo solicita» [72].

Con la decisión del caso *Assanidze c. Georgia*, el Tribunal extendió esta recomendación de restitución a casos de privación de libertad. El demandante, funcionario en la provincia autónoma de Ajarian, permanecía detenido por las autoridades de dicha provincia tres años después de que el Tribunal Supremo de Georgia le hubiera absuelto y ordenado su puesta en libertad. El gobierno georgiano había intentado llevar a cabo su liberación, sin resultado. La Gran Sala del Tribunal Europeo declaró que

> «por su misma naturaleza, la violación declarada en el caso inmediato no deja una elección real en cuanto a las medidas requeridas para remediarla. En estas condiciones, teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso y la necesidad urgente de poner fin a la violación del art. 5 § 1 y art. 6 § 1 del Convenio [...], el Tribunal considera que el Estado demandando debe asegurar la liberación del demandante en la fecha más pronta posible» [73].

Ahora bien, uno de los cambios más significativos en esta línea ha sido la introducción por parte del Tribunal Europeo de un «procedimiento de sentencias-piloto» (*pilot judgment procedure*) [74]. El Tribunal describió este proce-

---

de fondo de la sugerencia del Tribunal debe tenerse en cuenta la entrada en vigor en febrero de 2003 de una nueva ley turca permitiendo la reapertura de procedimientos judiciales en los casos que han sido decididos por el Tribunal Europeo, véase VANDENHOLEN, W., «Chapter V. Execution of Judgments», en LEMMENS, P., y VANDENHOLE, W., *Protocol no. 14 and the Reform of the European Court of Human Rights*, *op. cit.*, pp. 109-110.

[72] *Öcalan c. Turquía* (2005), § 210. En este mismo sentido, *Bracci c. Italia* (2005), *Claes y otros c. Bélgica* (2005) y *Longoci c. Rumanía* (2006).

[73] *Assanidze c. Georgia* (2004), §§ 202-203. Una decisión similar fue realizada por el Tribunal en el caso *Ilaşcu y otros c. Rusia y Moldavia* (2004), en el que los tres demandantes habían sido detenidos, y continuaban siéndolo, en la República Moldava de Transdniestria, una región de Moldavia que había declarado su independencia en 1991, pero que no había sido reconocida por la comunidad internacional.

[74] Véanse PARASKEVA, C., «Returning the Protection of Human Rights to Where They Belong, At Home», *The International Journal of Human Rights*, núm. 12, 2008, pp. 415-448; y LAMBERT-ABDELGAWAD, E., «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la técnica de las sentencias piloto: una pequeña revolución en marcha en Estrasburgo», *Revista de Derecho Político*, núm. 69, 2007, pp. 355-388.

dimiento por primera vez en 2003 en un documento aprobado por el Pleno del Tribunal y presentado al Comité Directivo de Derechos Humanos en el contexto de la redacción del Protocolo 14 como «una herramienta procesal para tratar con demandas repetitivas bien fundadas». En concreto,

> «supondría conferir al Tribunal el poder de declinar examinar casos (más que declararlos inadmisibles) donde el Tribunal ha identificado la existencia de una violación estructural o sistémica en una sentencia-piloto. Tal sentencia provocaría un proceso de ejecución acelerado ante el Comité de Ministros que supondría no sólo la obligación de eliminar hacia el futuro las causas de la violación, sino también la obligación de introducir un recurso con efecto retroactivo dentro del sistema nacional para reparar el perjuicio sufrido por otras víctimas de la misma violación estructural o sistémica. Mientras se espera la ejecución acelerada de la sentencia-piloto, el Tribunal suspendería el tratamiento de demandas pendientes provocadas por el mismo motivo contra el Estado demandado, previendo que tal motivo sea cubierto por el recurso retroactivo nacional. Se enfatizó en las discusiones del Tribunal que, en el caso de que el Estado demandado no lleve a cabo medidas apropiadas en un tiempo razonable, sería posible para el Tribunal reabrir las demandas suspendidas» [75].

El Comité Directivo de Derechos Humanos no consideró necesario incluir este procedimiento en la reforma del Protocolo 14 ya que entendió que podía ser aplicado sobre la base del texto existente del Convenio mediante una recomendación del Comité de Ministros a los Estados Miembros [76]. Precisamente, en mayo de 2004, el Comité de Ministros con el objetivo de mejorar la efectividad del sistema de protección de los derechos humanos adoptó una resolución en la que invitaba al Tribunal a

> «identificar, en sus juicios que declaran una violación del Convenio, qué considera que es un problema sistémico subyacente y la fuente de este problema, en particular cuando es posible que dé origen a numerosas solicitudes, para asistir a los Estados a encontrar la solución apropiada y al Comité de Ministros a supervisar la ejecución de los juicios» [77].

A partir de entonces, el Tribunal ha seguido esta invitación, recomendando al Estado demandado la adopción de medidas generales para solucionar el problema sistémico detectado [78].

---

[75] *Position Paper of the European Court of Human Rights on proposals for reform of the European Convention on Human Rights and other measures as set out in the report of the Steering Committee for Human Rights of 4 April 2003 [CDDH (2003) 006 Final]*, CDDH-GDR (2003) 024, de 12 de septiembre de 2003, § 43.

[76] Steering Committee for Human Rights (CDDH), *Guaranteeing the long-term effectiveness of the European Court of Human Rights - Implementation of the Declaration adopted by the Committee of Ministers at its 112th Session (14-15 May 2003), Interim Activity Report*, CDDH (2003) 026 Addendum I Final, de 26 de noviembre de 2003, §§ 20-21. Pese a todo, el Pleno del Tribunal Europeo, en su respuesta a este informe, consideró que el procedimiento debía ser incluido en el texto del Convenio. Véase *Response of the European Court of Human Rights to the CDDH Interim Activity Report prepared following the 46th Plenary Administrative Session*, CDDH-GDR (2004) 001, de 2 de febrero de 2004.

[77] *Resolution Res. (2004) 3 of the Committee of Ministres on judgments revealing an underlying systemic problem* (12 de mayo de 2004), § 1.

[78] Véanse *Broniowski c. Polonia* (2004), *Lukenda c. Eslovenia* (2005), *Xenides-Arestis c. Turquía* (2005), *Scordino (núm. 1) c. Italia* (2006), *Hutten-Czapska c. Polonia* (2006), *Driza c. Albania* (2007), *Urbárscka Obec Trenčianske Biskupice c. Eslovaquia* (2007), *Gülmez c. Turquía* (2007).

Dos meses después del *caso Assanidze*, el Tribunal eligió el caso *Broniowski c. Polonia* como un «caso piloto» para determinar la compatibilidad con el Convenio de un plan legislativo relevante que afectaba a un gran número de personas (alrededor de 80.000). El demandante reclamaba que él y su familia habían sido forzados a abandonar su propiedad después de que fuese establecida una nueva frontera al término de la Segunda Guerra Mundial. En 1944, el Estado polaco tomó sobre sí la obligación de indemnizar a las personas repatriadas del área transferida a otros Estados. Mientras que la mayoría de las personas afectadas —más de un millón— habían sido indemnizadas, la familia del demandante no lo había sido, a pesar de muchos esfuerzos durante tres generaciones. El Tribunal señaló que la violación no era un caso aislado, sino que tenía su origen en un problema generalizado del mal funcionamiento de la legislación y la práctica administrativa polaca y que afectaba a muchos ciudadanos.

Por ello, el Tribunal adoptó un «procedimiento de sentencia-piloto» con el objeto de facilitar una resolución lo más rápida y efectiva posible de la disfunción que afectaba a la protección del derecho de la propiedad en el ordenamiento jurídico polaco. Uno de los factores relevantes considerados por el Tribunal para llevar a cabo un procedimiento de este tipo, fue la aparición de un cada vez mayor número de casos que tenían su origen en un mismo problema estructural o sistémico. De hecho, el procedimiento de las sentencias piloto está diseñado primordialmente para ayudar a los Estados Miembros a cumplir su papel en el sistema del Convenio y resuelvan tales problemas a nivel nacional, asegurando los derechos y libertades del Convenio y ofreciendo una reparación más rápida. Al mismo tiempo, este modo de proceder ayuda a reducir la carga que pesa sobre el Tribunal.

Ahora bien, este «procedimiento de sentencias-piloto» no sólo se ha limitado a solicitar explícitamente al Estado demandado que lleve a cabo medidas generales para remediar un defecto sistémico, ya sea a través de medidas legales y prácticas administrativas apropiadas que aseguren la práctica efectiva del derecho de la propiedad respecto todos los afectados, ya sea proveyendo de una reparación equivalente en su lugar [79]. El Tribunal ha ido más allá, manifestando su opinión sobre la compatibilidad de las medidas generales adoptadas por el Estado demandado polaco con el respeto a los derechos humanos protegidos por el Convenio Europeo.

Como se ha señalado, el Tribunal, en su sentencia *Broniowski c. Polonia* (2004), declaró que la violación del art. 1 del Protocolo núm. 1 tenía su origen en un problema sistémico conectado con el mal funcionamiento de la legislación y la administración pública polaca y que eran necesarias medidas individuales y generales para resolver el problema. Además determinó que la cuestión acerca de la concesión de una indemnización por daños y perjuicios y daños morales no estaba lista para decidir en ese momento. Posteriormente, el 6 de septiembre de 2005, el gobierno polaco y el demandante llegaron a

[79] *Broniowski c. Polonia* (2004), §§ 189, 193-194.

un acuerdo amistoso sobre las medidas individuales y las medidas generales a las que se comprometía el gobierno.

De acuerdo con el art. 39, si las partes llegan a un acuerdo amistoso, el Tribunal debe archivar la demanda mediante una resolución, que se limitará a una breve exposición de los hechos y de la resolución adoptada. Ahora bien, el Tribunal puede no archivar la demanda y proseguir su examen «si así lo exige el respeto de los derechos humanos garantizados por el Convenio y sus Protocolos» (art. 37 § 1). Este requisito está incorporado en la regla 62 § 3 del Reglamento del Tribunal [80], que establece:

> «Si la Sala es informada por el Secretario de que las partes han acordado un arreglo amistoso, después de verificar que el acuerdo ha sido alcanzado sobre la base del respeto de los derechos humanos tal como se reconocen en el Convenio y en sus Protocolos, archivará la demanda del registro del Tribunal de acuerdo con la regla 43 § 3» [81].

Teniendo en cuenta estas disposiciones, el Tribunal entendió que en el contexto de un acuerdo amistoso alcanzado tras una sentencia piloto sobre los méritos del caso,

> «la noción de "respeto de los derechos humanos tal como se reconoce en el Convenio y sus Protocolos" necesariamente se extiende más allá del solo interés del demandante individual y requiere que el Tribunal examine el caso desde el punto de vista de las "medidas generales relevantes"» [82].

A juicio del Tribunal, a raíz de una declaración de una violación debida a un defecto de carácter sistémico o estructural, es evidentemente deseable para el funcionamiento efectivo del sistema del Convenio que las reparaciones individual y general vayan a la par. El Estado demandado, dentro de sus posibilidades, tiene que llevar a cabo las medidas generales e individuales necesarias al mismo tiempo y proceder a un arreglo amistoso con el demandante sobre la base de un acuerdo que incorpore ambas categorías de medidas. Actuando de ese modo, el Estado fortalece el carácter subsidiario del sistema de protección de los derechos humanos del Convenio y facilita al Tribunal y al Comité de Ministros el desempeño de sus respectivas funciones [83].

Por ello, de acuerdo con estas circunstancias, el Tribunal debe

> «considerar no sólo la situación individual del demandante sino también las medidas dirigidas a resolver el defecto general subyacente en el ordenamiento jurídico polaco identificado en la sentencia principal como la fuente de la violación declarada» [84].

---

[80] De acuerdo con el actual Reglamento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aprobado en julio de 2007.

[81] La regla 43 § 3 especifica que «la decisión de archivar una demanda que ha sido declarada admisible será dada en la forma de una sentencia».

[82] *Friendly Settlement Judgment, Broniowski c. Polonia* (2005), § 36.

[83] Véase *ibid*.

[84] *Ibid.*, § 37.

De hecho, una vez examinadas las acciones que el gobierno polaco había llevado a cabo y había prometido realizar, el Tribunal entendió que el arreglo amistoso satisfacía el respeto de los derechos humanos protegidos por el convenio y sus Protocolos, y decidió archivar la demanda.

No obstante, esta decisión del Tribunal Europeo no ha estado exenta de discusión. Así, en el caso *Hutten-Czapska c. Polonia*, de similares características al anterior, tomado también como «caso piloto» para resolver un problema sistémico y resuelto de modo semejante [85], el juez italiano Vladimiro Zagrebelsky manifestó su oposición al modo de proceder del Tribunal [86]. A juicio del juez Zagrebelsky, el procedimiento de las sentencias-piloto pone en cuestión el papel y autoridad del Tribunal Europeo con el problema añadido de que no supone ningún beneficio ni para los demandantes, ni para el funcionamiento del Tribunal, ni para la protección de los derechos humanos en general.

A su juicio, el punto débil del procedimiento adoptado por el Tribunal radica en que indica al Estado tomar una serie de medidas generales que van más allá de la satisfacción concreta del demandante. De acuerdo con el art. 46 del Convenio, las Altas Partes Contratantes se comprometen únicamente «a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes», lo cual se refiere a los casos entre el demandante y el Estado demandado. Por ello, el Tribunal, en sus sentencias, no está capacitado para indicar al Estado qué medidas generales debe llevar a cabo. Eso corresponde a otra institución del Convenio que por su naturaleza, composición y responsabilidades son completamente diferentes de las del Tribunal, cuya función es meramente judicial. Por ello, la sentencia del caso *Hutten-Czapska*, sostiene Zagrebelsky,

> «debilita la relación entre los dos pilares del sistema del Convenio —el Tribunal y el Comité de Ministros— y confía al Tribunal deberes fuera de su propia esfera de competencia» [87].

---

[85] *Hutten-Czapska c. Polonia* (2006). La demandante, Maria Hutten-Czaspa, de nacionalidad francesa y de padres polacos y propietaria de una casa y una parcela en Gdynia (Polonia), alegó que la situación creada en Polonia por la implementación de las leyes que imponían a los arrendadores restricciones respecto al incremento de alquileres y a la interrupción de los contratos de arrendamiento suponían una violación del art. 1 del Protocolo 1 del Convenio. La Gran Sala del Tribunal declaró no sólo la existencia de tal violación, sino también que el caso constituía un ejemplo del mal funcionamiento de la legislación polaca de viviendas, que afectaba a cerca de 100.000 arrendadores y a entre 600.000 y 900.000 arrendatarios. Asimismo, determinó que el Estado demandado debería tomar medidas generales para solucionar esta situación. La demandante y el Estado polaco llegaron a un acuerdo amistoso, que fue examinado por el Tribunal Europeo en *Friendly Settlement Judgment, Hutten-Czapska c. Polonia* (2008). Los argumentos de fondo de estas dos sentencias coinciden con los utilizados en el caso *Broniowski*.

[86] En la sentencia *Hutten-Czapska c. Polonia* (2006) emitió una opinión parcialmente disidente y en la *Friendly Settlement Judgment, Hutten-Czapska c. Polonia* (2008) una opinión separada a la que se unió el juez alemán Renate Jaeger.

[87] *Hutten-Czapska c. Polonia (2006) - Partly Dissenting Opinion of Judge Zagrebelsky*.

6. EL PAPEL DEL COMITÉ DE MINISTROS EN LA REPARACIÓN A LAS VÍCTIMAS

El Convenio Europeo de Derechos Humanos estableció para el Comité de Ministros dos funciones específicas: una tarea cuasi jurisdiccional y otra de vigilancia del cumplimiento de las decisiones tomadas por los órganos de protección de los derechos humanos. Por un lado, hasta la entrada en vigor del Protocolo 11, si la demanda era declarada admisible y no era sometida al Tribunal, el informe de la Comisión era enviado al Comité de Ministros, quien debía resolver si se había producido o no una violación del Convenio. El Comité casi siempre adoptaba las recomendaciones de la Comisión, incluido el pago de la indemnización. De acuerdo con el antiguo art. 34 § 4, las decisiones del Comité de Ministros eran declarativas, obligatorias y vinculantes para los Estados. Por otro lado, el Comité de Ministros también ejercía la vigilancia sobre el cumplimiento de las sentencias del Tribunal. Aunque el Convenio Europeo no hace mención expresa de la competencia del Comité para conceder una satisfacción equitativa, sin embargo tal poder estaba implícito en el antiguo art. 32, por el que el éste podía prescribir un periodo durante el cual el Estado correspondiente debía llevar a cabo las medidas que el Comité decidiera.

Con la entrada en vigor del Protocolo 11, el Comité de Ministros, tal como establece el actual art. 46 §2, tiene únicamente la misión de velar por la ejecución de las sentencias definitivas del Tribunal. Para ello, de acuerdo con la regla 6 del *Reglamento del Comité de Ministros para la supervisión de la ejecución de los juicios y de los términos de acuerdos amistosos* [88], una vez que el Tribunal transmite la sentencia definitiva al Comité, éste invita al Estado demandado a informarle de los pasos dados para pagar la cantidad concedida por el Tribunal en relación con la satisfacción equitativa, incluido, si es el caso, el interés de mora. Dependiendo de las circunstancias, la ejecución de la sentencia puede requerir también que el Estado elija a su discreción tanto las medidas individuales para poner fin a las violaciones declaradas y, en la medida en que sea posible, colocar a la parte perjudicada en la misma situación que disfrutara antes de la violación, como las generales en orden a prevenir violaciones similares [89].

6.1. Medidas individuales

El Comité de Ministros considera necesario llevar a cabo medidas individuales a nivel interno, además del pago de la indemnización pecuniaria

---

[88] De acuerdo con el actual Reglamento, adoptado por el Comité de Ministros el 10 de mayo de 2006 en el 964.º encuentro de los *Minister's Deputies*.

[89] Véase LAMBERT-ABDELGAWAD, E., *The Execution of Judgments of the European Court of Human Rights*, cit., pp. 17-31; VAN DIJK, P.; VAN HOOF, F.; VAN RIJN, A., y ZWAAK, L. (eds.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, *op. cit.*, pp. 291-321; y CHRISTO, Th., y RAYMOND, J. P. (eds.), *European Court of Human Rights. Remedies and Execution of Judgments*, London, The British Institute of International and Comparative Law, 2005, pp. 1-47.

determinada por el Tribunal, allí donde la violación declarada sigue teniendo consecuencias negativas para el demandante que no pueden ser reparadas únicamente mediante la indemnización. Así, por ejemplo, el Comité ha solicitado a los Estados demandados la reapertura de procedimientos judiciales internos impugnados [90], el indulto cuando la apertura del procedimiento no es posible [91], la libertad ya sea condicional [92] o incondicional [93], la cancelación del historial delictivo personal en relación con una condena que el Tribunal declaró contraria al Convenio [94], la concesión de un permiso de residencia [95], entre otras medidas [96].

En este sentido, el 19 de enero de 2000, el Comité de Ministros dictó una Recomendación sobre la reapertura de casos a nivel doméstico de acuerdo con las Sentencias del Tribunal Europeo [97]. En esta Recomendación, el Comité invitaba a los Estados miembros del Consejo de Europa a que garantizasen la existencia de medidas adecuadas a nivel interno para conseguir en la medida de lo posible la *restitutio in integrum*. Para ello, les animaba a

---

[90] Resolución DH (1964) 1, de 5 de junio de 1964; Resolución DH (1989) 2, de 18 de enero de 1989; Resolución DH (1994) 84, de 16 de noviembre de 1994; Resolución DH (2004), de 6 de julio de 2004. En España, el Tribunal Constitucional (STC 245/1991) declaró nulas, tomando como base la Sentencia del Tribunal Europeo *Barberá, Messegué y Jabardo c. España* (1988), las Sentencias del Tribunal Supremo, de 4 de abril de 1990 y de 27 de diciembre de 1982, y la Sentencia de la Audiencia Nacional, de 15 de enero de 1982, retrotrayendo las actuaciones al trámite de inicio del juicio oral. Sin embargo, el propio Tribunal Constitucional no ha seguido esta jurisprudencia (casos *Hiro Balani,* 1994; *Ruiz Mateos,* 1997; *Castillo Algar,* 1999; *Perote Pellón,* 2005; *Fuentes Bobo,* 2006; *Prado Bugallo,* 2007), haciendo imposible la reapertura de procedimientos judiciales. Para que una violación del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales justifique la concesión del amparo solicitado, es necesario, según cabe deducir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que concurran las siguientes circunstancias: *a)* que la violación se haya producido en el seno de un proceso penal, en el que están en juego bienes jurídicos tan esenciales como el de la libertad personal; *b)* que la violación haya influido en el resultado del fallo, de tal modo que sin la misma el pronunciamiento jurisdiccional cuestionado hubiera sido distinto; *c)* que la violación sea actual, es decir, que siga produciendo consecuencias negativas para los interesados, y *d)* que la violación no pueda ser reparada a través de la satisfacción equitativa de naturaleza pecuniaria contemplada en el Convenio ni de ningún otro modo. Véase *Informe del Consejo de Estado sobre la Inserción del Derecho Europeo en el Ordenamiento Español*, 14 de febrero de 2008, pp. 306-319.

[91] Así, en los casos *Van Geyseghem* (2001), *Goedhart* (2001), *Stroek L. y C*. (2001) y *Pronk* (2004), el gobierno belga indultó parcialmente a dos de los demandantes (Stroek y Goedhart), borró parcialmente las consecuencias de las condenas, declaró nula la orden de arresto internacional y acortó la condena impuesta a otro de ellos (Van Geyseghem). Véase Resolución DH (2005) 940, de 28 de octubre de 2005.

[92] Resolución DH (2006) 56, de 2 de noviembre de 2006.

[93] Resolución DH (2006) 53, de 2 de noviembre de 2006. El gobierno georgiano liberó al demandante el día después de que el Tribunal hiciese pública la sentencia.

[94] Resolución DH (2004) 32, de 15 de junio de 2004. El gobierno búlgaro adoptó una amnistía general para todos los testigos de Jehová que habían rehusado hacer el servicio militar. Asimismo, fueron eximidos de toda responsabilidad penal.

[95] Resolución DH (2007) 35, de 20 de abril de 2007. El gobierno de Finlandia concedió al demandante un permiso de residencia ininterrumpido, a pesar de que había sido amenazado con la expulsión a la República Democrática del Congo.

[96] Un listado de las medidas individuales adoptadas hasta abril de 2006 puede consultarse en el documento publicado por el Comité de Ministros, H/Exec (2006) 2.

[97] *Recommendation Rec. (2000) 2 of the Committee of Ministers to member states on the re-examination or reopening of certain cases at domestic level following judgments of the European Court of Human Rights*, de 19 de enero de 2000.

que revisaran sus sistemas jurídicos nacionales con vistas a garantizar que, cuando el Tribunal ha declarado una violación del Convenio, pueda ser reexaminado el caso, incluyendo la reapertura de procedimientos. Especialmente en dos casos. En primer lugar, cuando la parte perjudicada continúa sufriendo consecuencias negativas que no pueden ser remediadas adecuadamente con la indemnización ni pueden ser rectificadas, excepto con el reexamen o reapertura. Esto se aplica no sólo a los casos en los que el demandante está condenado a una pena de prisión prolongada y sigue en prisión mientras el Tribunal Europeo examina su demanda, sino también a aquellas personas a las que se ha denegado injustificadamente ciertos derechos civiles o políticos (en particular en los casos de pérdida o no reconocimiento de personalidad jurídica, declaraciones de quiebra o prohibiciones de actividad política), a personas expulsadas en violación de su derecho a la vida familiar, etcétera.

El segundo caso importante surge cuando la Sentencia del Tribunal Europeo lleva a la conclusión de que o bien la decisión interna impugnada es contraria al Convenio, o bien la violación se debe a errores o defectos procesales de tal gravedad que hace que se proyecte una seria duda sobre el resultado de los procedimientos internos. Ejemplos de estas situaciones son las condenas nacionales por el ejercicio legítimo de la libertad de expresión de acuerdo con el art. 10 del Convenio, la falta de tiempo y facilidades para preparar la defensa en un procedimiento criminal, las condenas basadas en declaraciones obtenidas bajo torturas o con pruebas que el demandante no ha tenido la posibilidad de verificar, etcétera.

La nota explicativa de esta Recomendación indica que el término «reexamen» es utilizado de modo genérico, mientras que el de «reapertura de los procedimientos» como medio específico de reexamen. En este sentido, la Recomendación señala que las violaciones del Convenio pueden ser remediadas de acuerdo con medidas individuales diferentes que van desde el reexamen administrativo del caso (p. ej., la concesión de un permiso de residencia previamente denegado) hasta la reapertura plena del procedimiento judicial (p. ej., en casos de condenas criminales).

6.2. Medidas generales

En ciertas situaciones, la violación del Convenio puede resultar bien de la existencia o ausencia de una legislación nacional determinada, bien de la jurisprudencia propia de los tribunales nacionales. En estos casos, el Comité de Ministros ha solicitado a los Estados demandados la enmienda de leyes existentes, la creación de nuevas leyes oportunas e, incluso, el cambio en la jurisprudencia de los tribunales [98].

Al respecto, es relativamente fácil mostrar el efecto del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Austria y Alemania, por ejemplo, han modificado su

[98] Un listado de las medidas generales adoptadas hasta mayo de 2006 puede consultarse en el documento publicado por el Comité de Ministros, H/Exec (2006) 1.

Código de Procedimiento Criminal; Bélgica ha enmendado su Código Penal y las leyes sobre vagabundeo en el Código Civil; Holanda ha modificado su Código de Justicia Militar y la Ley de detención de pacientes mentales; Irlanda ha creado un sistema de asistencia legal; Suecia ha modificado su legislación sobre expropiación y sobre permisos de construcción; Suiza ha enmendado su Código Penal Militar; España ha modificado la Ley de competencia y organización de la jurisdicción militar; Francia ha fortalecido la protección de la privacidad en la comunicaciones telefónicas; Italia ha reformado el sistema judicial para hacerlo más ágil y efectivo; Turquía ha regulado los procedimientos de detención y custodia policial de sospechosos y ha modificado la Ley Antiterrorista y el Código Criminal; Polonia ha modificado la legislación sobre arrendamientos, etc. Del mismo modo, los tribunales nacionales de los Estados miembros del Consejo de Europa, fundamentalmente los tribunales constitucionales, han ido incorporando la jurisprudencia del Tribunal Europeo a la hora de interpretar y garantizar los derechos humanos a nivel interno [99].

Para una mejor consecución de estos objetivos, el Comité de Ministros, en su Recomendación Rec. (2004) 5, de 12 de mayo de 2004, ha invitado a que los Estados miembros establezcan mecanismos de verificación de la compatibilidad tanto de los proyectos de ley y de las leyes aprobadas como de la práctica administrativa con las previsiones del Convenio [100]. Asimismo, en su Recomendación Rec. (2002) 13, de 18 de diciembre de 2002, ha subrayado la conveniencia de que los Estados miembros garanticen la publicación y la difusión del Convenio y de las sentencias del Tribunal Europeo entre las autoridades nacionales [101].

7. CONCLUSIONES

Como se ha señalado al comienzo de este artículo, y se ha mostrado a lo largo del mismo, los mecanismos de reparación en el Convenio Europeo descansan en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en el Comité de Ministros y responden al carácter subsidiario del Convenio mismo respecto de los sistemas jurídicos nacionales.

---

[99] Así, el Tribunal Constitucional español, de acuerdo con el art. 10.2 de la Constitución ha concluido que «la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos [...] no sólo ha de servir de criterio interpretativo en la aplicación de los preceptos constitucionales tuteladores de los derechos fundamentales», sino que «también resulta de aplicación inmediata en nuestro ordenamiento» (STC 303/1993, de 25 de octubre, FJ 8.º). De hecho, el propio Tribunal Constitucional, en los fundamentos jurídicos de sus resoluciones, invoca en numerosas ocasiones las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

[100] *Recommendation Rec. (2004) 5 of the Committee of Ministers to the member states on the verification of the compatibility of draft laws, existing laws and administrative practice with the standards laid down in the European Convention on Human Rights*, de 12 de mayo de 2004.

[101] *Recommendation Rec. (2002) 13 of the Committee of Ministers to member states on the publication and dissemination in the member states of the text of the European Convention on Human Rights and of the case-law of the European Court of Human Rights*, de 18 de diciembre de 2002.

Precisamente este carácter subsidiario es el que explica en gran medida que el Convenio Europeo, a través del Tribunal y el Comité, no haya llevado a cabo una verdadera justicia restaurativa, tal y como establecen los *Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*.

Por un lado, el Tribunal Europeo se ha limitado, bien a emitir un juicio declarativo de la existencia de la violación, con el resultado de que el demandante «gana» el juicio pero no obtiene otra reparación que los gastos del litigio, bien a indemnizar a la parte demandante, en la medida en que se cumpliesen una serie de condiciones. Incluso en algunos casos, como aquellos en los que el demandante es un criminal, ha llegado a denegar la oportuna indemnización, pese a cumplir con las condiciones establecidas.

El Tribunal tampoco suele dar razones de la cantidad que otorga como indemnización por daños morales, señalando únicamente consideraciones de «equidad», e incluso suele conceder una suma global, sin especificar qué corresponde por daños morales y qué por daños y perjuicios. En este sentido, uno de los defectos más importantes del sistema radica en que las indemnizaciones no siempre se conceden de una manera consistente: las cantidades varían considerablemente de un caso a otro, incluso cuando los hechos son similares [102].

Aunque la indemnización sea incapaz de restaurar o reemplazar los derechos que han sido violados y como sustituto muchas veces sea inadecuado, sirve para afirmar un respeto público por la víctima y es un reconocimiento público de la falta cometida. De ahí la necesidad de que en el ámbito de las indemnizaciones sea necesaria e imprescindible la equidad. La incapacidad de lograr una consistencia en las indemnizaciones tiende a erosionar la confianza general en la justicia y la integridad del sistema de derechos humanos [103].

Sólo recientemente, sobre todo a partir de 2003, el Tribunal ha demostrado su determinación por ampliar el alcance de sus sentencias, yendo más allá de una aproximación meramente declarativa, indicando que, en algunos casos, la restitución debe ser considerada como la mejor reparación y delineando una serie de medidas que el Estado demandado debe llevar a cabo para contribuir a la prevención de futuras violaciones. En este sentido, el procedimiento de las sentencias-piloto ha servido al Tribunal para actuar más allá de las funciones que tiene asignadas por el propio Convenio Europeo, en la medida en que se ha atrevido a pronunciarse sobre la compatibilidad de la legislación interna de un país con las disposiciones del Convenio.

Por lo que respecta al Comité de Ministros, se puede decir que en su función de ejecución de las sentencias del Tribunal sí que ha cumplido una función restauradora. Por un lado, ha sido el encargado de examinar si el Estado

---

[102] Este defecto también es propio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Véase CARRILLO, J. A., «Justice in Context: The Relevante of Inter-American Human Rights Law and Practice to Repairing the Past», en DE GREIFF, P. (ed.), *The Handbook of Reparations*, Oxford, Oxford University Press, 2006, pp. 527-530.

[103] Véase SHELTON, D., *Remedies in International Human Rights Law*, *op. cit.*, p. 353.

demandando ha pagado la correspondiente indemnización al demandante. Por otro lado, ha supervisado la adopción por parte del Estado demandado tanto de las medidas individuales que posibilitasen la *restitutio in integrum*, como de las medidas generales necesarias para garantizar la no repetición de las violaciones.

No obstante, hay que tener en cuenta que si bien es cierto que el Comité de Ministros puede sugerir las medidas individuales y generales que crea convenientes, en último extremo es el Estado quien las elige a su discreción. Esto ha llevado en algunos casos a que el Estado responsable no haya hecho frente a su deber de reparar efectiva y plenamente a la víctima [104].

En este sentido, la reforma introducida en el Convenio Europeo por el Protocolo 14 y, en concreto, la nueva redacción del art. 46, ayudarán a mejorar la reparación a las víctimas.

En lo que respecta a este artículo, se han introducido tres nuevos parágrafos [105]. El parágrafo 3, con el fin de supervisar la ejecución de una sentencia definitiva del Tribunal sobre la que existen problemas de interpretación, autoriza al Comité de Ministros, siempre y cuando exista una mayoría de dos tercios de sus representantes que lo aprueben, a solicitar al Tribunal que se pronuncie sobre la interpretación de esa sentencia. No obstante, hay que tener en cuenta que la finalidad de este parágrafo es únicamente permitir al Tribunal que ofrezca una interpretación de la sentencia y no pronunciarse sobre las medidas tomadas por el Estado correspondiente [106].

Los parágrafos 4 y 5, por su parte, autorizan al Comité de Ministros, con el requisito de la mayoría de dos tercios de sus representantes, a que solicite al Tribunal para que se pronuncie si un Estado ha cumplido o no con su

---

[104] En este sentido, el caso más problemático lo constituye Rusia. Desde que este país firmó el Convenio en 1998, se han presentado 55.000 demandas en su contra, de las que 26.000 están siendo actualmente examinadas. Hasta ahora el Tribunal ha pronunciado 580 sentencias, y, en la mayoría de los casos, ha constatado por lo menos una infracción. Así, en las más de cien sentencias de expedientes chechenos —la más reciente, de 28 de mayo de 2009—, Rusia ha sido condenada por el uso de violencia mortal, ejecuciones extrajudiciales, detención ilegal, tortura y maltrato, desapariciones, destrucción de propiedad privada y restricciones en la libertad de desplazamiento. Desde 2002 Rusia es el número uno en términos relativos en demandas presentadas ante el Tribunal y desde 2007 genera un cuarto de ellas. Si bien es cierto que Rusia ha pagado puntualmente las indemnizaciones exigidas, lo cual tiene un gran valor simbólico, ya que supone la admisión de culpabilidad, sin embargo, respecto a las medidas que se le han exigido tanto para llevar a cabo la plena restitución como para que no se repitan las infracciones contra los derechos humanos, sigue habiendo un problema. En algunos casos se puede hablar de progreso, como la mejora de la situación en las cárceles y de la aplicación de las sentencias de los tribunales rusos. Pero cuando se trata de asuntos en los que las fuerzas del orden o los servicios secretos están implicados, existe una renuencia de las autoridades rusas a una verdadera reparación. Véase HUMAN RIGHTS WATCH, *Rusia: Enjuiciar las violaciones de derechos en el Cáucaso septentrional*, 5 de junio de 2009.

[105] Los dos primeros repiten los dos parágrafos del antiguo art. 46. Art. 46.1: «Las Altas partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes». Art. 46.2: «La sentencia definitiva del Tribunal será tramitada al Comité de Ministros, que velará por su ejecución».

[106] Véase *Explanatory Report. Protocol No. 14 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, amending the control system of the Convention*, § 97.

obligación de acatar la sentencia definitiva del Tribunal en un litigio concreto en el que es parte demandada. Si el Tribunal encuentra que el Estado no ha cumplido con dicha obligación, referirá el caso al Comité de Ministros para que éste tome las medidas oportunas. Si, por el contrario, determina que ha cumplido con su obligación, el Comité cerrará el examen del caso. Hay que tener en cuenta que el procedimiento de infracción no tiene como fin reabrir la cuestión de la violación ya decidida por el Tribunal, ni facilitar el pago de la indemnización establecida. Más bien, se entiende que la presión política ejercida por este procedimiento será suficiente para asegurar la ejecución de la sentencia inicial del Tribunal. De hecho, de acuerdo con el *Explanatory Report* del Protocolo 14, se piensa que la mera existencia de un procedimiento de este tipo y la amenaza de su uso actuarán como un incentivo nuevo y efectivo para ejecutar las sentencias del Tribunal [107].

RESUMEN

LA REPARACIÓN A LAS VÍCTIMAS EN EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

De acuerdo con el Derecho internacional de responsabilidad estatal, y, en concreto, con los *Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, todo delito internacional genera una obligación de reparación, y ésta debe erradicar, en la medida de lo posible, las consecuencias del acto ilegal, restaurando el *statu quo ante*. Estos principios interrelacionados son los fundamentos del Derecho internacional, así como de los mecanismos de reparación a las víctimas adoptados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. El objetivo de este artículo consiste en analizar las dos instituciones (el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Comité de Ministros) sobre las que descansan, tras la firma del protocolo adicional núm. 11, los mecanismos de reparación en el Convenio Europeo, en orden a mostrar sus logros y deficiencias.

Palabras clave: reparación, víctimas, violaciones de derechos humanos, Convenio Europeo de Derechos Humanos.

ABSTRACT

REPARATION FOR VICTIMS IN THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS

According to the International Law of State Responsibility, and, specifically, with the *ILC Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, any international wrong generates an obligation of repair, and this one must eradicate, as far as possible, the consequences of the illegal act, restoring the *status quo ante*. These interrelated principles are the foundations of the international law, as well as of the mechanisms of reparation to the victims adopted by the European Convention for the Protection of Human rights and Fundamental Freedoms. The aim of this article consists of analyzing both institutions (the European Court of Human Rights and the Committee of Ministers) on wich, after the signature of the additional protocol 11, rest the mechanisms of reparation in the European Convention, in order to show his achievements and deficiencies.

[107] Véase *Explanatory Report*, § 100.

Keywords: reparation, victims, human rights violations, European Convention of Human Rights.

RÉSUMÉE

LA RÉPARATION POUR LES VICTIMES DANS LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Conformément au Droit International de Responsabilité des Etats, et, en particulier, aux *Articles sur la Responsabilité de l'État pour Fait Internationalement Illicite*, tout délit international engendre une obligation de réparation, et celle-ci doit éradiquer, dans la mesure du possible, les conséquences de l'acte illégal, en restaurant le *status quo ante*. Ces principes mis en relation sont les fondements du droit international, ainsi que des mécanismes de réparation aux victimes adoptés par la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales. L'objectif de cet article consiste à analyser les deux institutions (le Cour Européene de Droits de l'Homme et le Comité des Ministres) sur lesquelles reposent, après la signature du protocole additionnel 11, les mécanismes de réparation dans la Convention Européenne, avec l'objectif de montrer ses réussites et déficiences.

Mots-clés: reparation, victimes, violations de droits de l'homme, Convention Européenne des Droits de l'Homme.

II. NOTAS

LA REDEFINICIÓN DE LA ZONA CONTIGUA POR LA LEGISLACIÓN INTERNA DE LOS ESTADOS

Davide DE PIETRI
Profesor Asociado de Derecho Internacional Público
Universidad de Oviedo

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—1.1. La revalorización de un espacio olvidado.—1.2. La extensión de un espacio englobado.—1.3. La expansión de un espacio comprimido.—2. LA ZONA CONTIGUA EN LA LEGISLACIÓN DE LOS ESTADOS.—2.1. La legislación estatal posterior a la adopción de la Convención.—2.2. La legislación estatal posterior a la entrada en vigor de la Convención.—3. LA PRÁCTICA EN FUNCIÓN DE LAS DISTINTAS ÁREAS GEOGRÁFICAS.—3.1. La práctica de los Estados africanos.—3.2. La práctica de los Estados asiáticos y del Pacífico Sur.—3.3. La práctica de los Estados europeos y de América del Norte.—3.4. La práctica de los Estados latinoamericanos y del Caribe.—4. LAS COMPETENCIAS DEL ESTADO RIBEREÑO EN LA ZONA CONTIGUA A LA LUZ DE LA PRÁCTICA.—5. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

1. Las reivindicaciones de los Estados ribereños sobre el mar adyacente a su territorio marítimo fueron primero a título de soberanía y luego, ya en la segunda mitad del siglo XX, se vincularon con el aprovechamiento económico del mismo, pero la dicotomía tradicional entre mar territorial y alta mar se fue resquebrajando con los intentos de los mismos de proyectar su jurisdicción para hacer más efectivo el cumplimiento de su legislación interna en esferas concretas, a su vez orientadas a la protección de intereses específicos de la comunidad estatal. Frente a la posibilidad de reconocer la existencia de diferentes mares territoriales en función de la materia objeto de regulación, se admitió ya en el periodo de entreguerras por parte de una mayoría de los Estados el concepto de zona contigua.

Como es sabido, el art. 24 de la *Convención sobre el mar territorial y la zona contigua* celebrada en Ginebra el 29 de abril de 1958 [1], habilitaba para la creación de una zona contigua [2] que podía extenderse hasta las doce millas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide el mar territorial; sin embargo, relativamente pocos Estados adoptaron una legislación que efectivamente estableciera una zona de esa naturaleza, a través de la cual poder ejercer el control necesario para prevenir las infracciones a las leyes y reglamentos en materia aduanera, fiscal, de inmigración o sanitaria [3].

2. Con posterioridad, en cambio, se asistió a la adopción creciente de una zona contigua de modo que, tomando como referencia el 16 de noviembre de 1993 [4], por lo menos un tercio de los Estados con litoral marítimo [5] habían establecido una zona de esa naturaleza [6], en la gran mayoría de los casos de 24 millas náuticas, nueva anchura que se establece en el art. 33 [7] de la *Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del mar* celebrada en Montego Bay el 10 de diciembre de 1982 [8]. Más recientemen-

---

[1] Véase, por el texto español, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 514, 1964, núm. 7.477, pp. 241-249. En la Convención se hacía referencia a la zona contigua sólo en el título y en la mencionada disposición.

[2] Sobre la zona contigua, véase *inter alia,* Symonides, J., «Origin and Legal Essence of the Contiguous Zone», *ODILA*, vol. 20, 1989, pp. 203-211. Cfr. también, Economides, C. P., «The Contiguous Zone Today and Tomorrow», en Rozakis, C. L., y Stephanou, C. A. (eds.), *The New Law of the Sea*, Amsterdam-New York-Oxford, Elsevier, 1983, pp. 69-81.

[3] La Convención entró en vigor el 10 de septiembre de 1964 y fue ratificada por 52 Estados. El instrumento de adhesión de España fue depositado el 25 de febrero de 1971, la Convención se encuentra publicada en el *BOE* núm. 307, de 24 de diciembre de 1971, pp. 20882-20884.

[4] Es decir, cuando Guyana efectuó el depósito del sexagésimo instrumento de ratificación necesario para la entrada en vigor de la *Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del mar,* que tuvo lugar el 16 de noviembre de 1994.

[5] Los Estados con litoral marítimo son aproximadamente 150.

[6] Véase Division for Ocean Affairs and the Law of the Sea, Office of Legal Affairs, *The Law of the Sea. Practice of States at the time of entry into force of the United Nations Convention on the Law of the Sea*, New York, Naciones Unidas, 1994, p. 8. Cfr. además, el Anexo II, *ibid.,* pp. 215-216.

[7] Cuyo tenor literal es el siguiente: «1. En una zona contigua a su mar territorial, designada con el nombre de zona contigua, el Estado ribereño podrá tomar las medidas de fiscalización necesarias para: *a)* Prevenir las infracciones de sus leyes y reglamentos aduaneros, fiscales, de inmigración o sanitarios que se cometan en su territorio o en su mar territorial; *b)* Sancionar las infracciones de esas leyes y reglamentos cometidas en su territorio o en su mar territorial. 2. La zona contigua no podrá extenderse más allá de 24 millas marinas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial.» Por otra parte, en relación con los objetos arqueológicos e históricos hallados en el mar, el art. 303 dispone que: «1. Los Estados tienen la obligación de proteger los objetos de carácter arqueológico e histórico hallados en el mar y cooperarán a tal efecto. 2. *A fin de fiscalizar el tráfico de tales objetos, el Estado ribereño, al aplicar el art. 33, podrá presumir que la remoción de aquellos de los fondos marinos de la zona a que se refiere ese artículo sin su autorización constituye una infracción, cometida en su territorio o en su mar territorial, de las leyes y reglamentos mencionados en dicho artículo*. 3. Nada de lo dispuesto en este artículo afectará a los derechos de los propietarios identificables, a las normas sobre salvamento u otras normas del Derecho marítimo o a las leyes y prácticas en materia de intercambios culturales. 4. Este artículo se entenderá sin perjuicio de otros acuerdos internacionales y demás normas de Derecho internacional relativos a la protección de los objetos de carácter arqueológico e histórico» (cursiva añadida).

[8] Véase por el texto español de la Convención, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1.835, 1994, núm. 31.363. El mismo puede consultarse también en internet, *http://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/texts/unclos/convemar_es.pdf*, junto al acta final de la Conferencia, *http://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/texts/acta_final_esp.pdf*. Para la tabla de ratificaciones véase *http://www.un.org/Depts/los/reference_files/status2010.pdf*.

te [9], se puede constatar que cerca de ochenta Estados reivindican una zona contigua, mientras que la participación en la Convención ha alcanzado el número de 160 partes [10].

1.1. La revalorización de un espacio olvidado

3. A finales de la década de los sesenta se habló de la decadencia de la zona contigua y se llegó a afirmar que teniendo en cuenta la práctica de los Estados, se podía decir que la zona contigua era un anacronismo y que había sido superada por otras tesis [11]. Por otra parte, este aparente desaire de los Estados hacia la subsistencia de la zona contigua era en realidad una repercusión de la incapacidad demostrada tanto en la primera como en la segunda conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del mar de alcanzar un acuerdo definitivo en relación con el problema histórico de la anchura del mar territorial [12]. Se trataba de una situación de espera y no de una renuncia

---

[9] Datos actualizados al 31 de julio de 2010. Véase el cuadro de las reivindicaciones relativas a la jurisdicción marítima publicada en el informe del Secretario General de las Naciones Unidas sobre los Océanos y el Derecho del mar (documento A/56/58, de 9 de marzo de 2001, Anexo II, Resumen de los derechos sobre zonas marítimas que hacen valer los países, pp. 132-138) y el cuadro revisado actualizado a 31 de marzo de 2004 publicado en *Derecho del Mar,* Boletín núm. 54 (2005), pp. 118-126. Para los datos más recientes véase en *http://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/claims.htm*.

[10] España ratificó la Convención el 15 de enero de 1997, véase *BOE,* núm. 39, de 14 de febrero de 1997, pp. 4966-5055. La ausencia más destacada sigue siendo la de los Estados Unidos. Tampoco puede olvidarse la ausencia de Camboya, de Colombia, de la República Popular Democrática de Corea, de Ecuador, de El Salvador, de los Emiratos Árabes Unidos, de Eritrea, de la República de Irán, de Israel, de Libia, de Perú, de Siria, de Tailandia, de Timor Oriental, de Turquía y de Venezuela.

[11] Véase Herrero Rubio, A., «Una noción decadente: la "zona contigua"», en *Estudios de Derecho internacional marítimo (Homenaje al profesor José Luis de Azcárraga)*, Madrid, Sindicato Nacional de la Marina Mercante, 1968, pp. 93-104. Cfr., en particular, p. 104: «Si se tiene en cuenta la práctica de los Estados, es posible decir que la zona contigua era, ya en 1958, un anacronismo. Había sido superada por tesis, casi siempre abusivas, aunque no siempre carentes en sus motivaciones de algún fundamento. Detrás de la noción doctrinal de la zona contigua está la mente lúcida y constructiva del gran hombre que fue [...] el profesor Gidel. Su intento de articular en el Derecho actual esa noción brindó a la humanidad una fórmula compensadora, que pareció capaz de satisfacer las ambiciones nacionales en cuanto a la extensión del mar territorial, o sea, de las facultades soberanas del Estado ribereño sobre las aguas cercanas. Pero el mundo no ha entendido su generoso gesto o, peor aún, los egoísmos particulares han logrado, fácticamente, rebasar a aquella equilibrada concepción y, ahora, nos encontramos sumidos en un ámbito dominado por resoluciones unilaterales, difíciles de ser aceptadas y germen de numerosos problemas que el vigente Derecho no puede resolver, sin merma, al menos, de la justicia intrínseca». Cfr. Gidel, G., *Le droit International public de la mer: le temps de paix*, t. III, *La mer territoriale et la zone contigüe,* Paris, Sirey, 1934, y «La mer territoriale et la zone contigüe», *RCADI*, tomo 48, 1934/II, pp. 133-278, en particular, p. 241: «*La mer territoriales fait partie du territoire de l'État riverain. Elle est soumise à la souveraineté de cet État. La zone contigüe ne fait pas partie de la mer territoriales. Elle est une zone de haute mer. La mer territoriale est la zone de l'integralité des compétences de l'État riverain. La zone contigüe est la zone des compétences fragmentaires et spécialisées de l'État riverain*».

[12] Al respecto, cfr. *inter alia,* Treves, T., «Convenciones de Ginebra sobre el Derecho del mar, de 29 de abril de 1958», Biblioteca audiovisual de Derecho internacional de las Naciones Unidas disponible en *http://untreaty.un.org/cod/avl/pdf/ha/gclos/gclos_s.pdf*, p. 2: «La Conferencia, en la que participaron 86 Estados, se organizó en cinco comisiones principales y un plenario, y se rigió por un reglamento similar al de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de modo que, aunque podían aprobarse disposiciones en una de las comisiones por mayoría simple, cuando la disposición llegaba al plenario era necesaria una mayoría de dos tercios para su aprobación. Esta norma procesal hizo imposible que

definitiva; en efecto, en los años inmediatamente posteriores a las conferencias de Ginebra la práctica de los Estados concerniente a las reivindicaciones relativas a la zona contigua varió consiguientemente, de manera que algunos reclamaban un mar territorial de tres millas y una zona contigua de nueve millas, otros un mar territorial de seis millas y una zona contigua de seis millas [13]. Esas pretensiones fueron superadas por el avance hacia un mar territorial de doce millas. De todos modos, la oleada de nuevas reclamaciones de zonas marítimas que ha tenido lugar después de finales de los setenta comprende también muchas reivindicaciones relativas a la zona contigua.

1.2. La extensión de un espacio englobado

4. Como recuerda Treves, la regla retenida en la Convención sobre el Derecho del mar que permite la extensión de la zona contigua hasta las 24 millas constituye una novedad importante respecto a la regulación de Ginebra visto que, antes del comienzo de la tercera conferencia sobre el Derecho del mar, sólo se podían citar a cinco Estados que habían instituido zonas de más de 12 millas cuyo contenido coincidía por lo menos aproximadamente con el de la zona contigua [14]. Siendo la finalidad esencial de la zona contigua

---

se llegara a un acuerdo sobre la anchura del mar territorial. Aunque una anchura de 12 millas probablemente hubiera logrado la aprobación de la comisión, resultaba evidente que no la lograría en el plenario, por lo que la cuestión quedó sin resolver en la Convención sobre el mar territorial y la zona contigua. El hecho de que en esta Convención se estipule que la zona contigua no se puede extender más allá de 12 millas contadas desde la línea de base indica que una anchura superior a 12 millas no se consideraba aceptable. La Asamblea General de las Naciones Unidas estimó que esta cuestión clave no resuelta, junto con la de los límites de la pesca, merecía que se hiciera un esfuerzo mayor por alcanzar un acuerdo e incorporó ambas cuestiones como temas principales del programa de la Segunda Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, que se celebró en Ginebra del 16 de marzo al 26 de abril de 1960. Sin embargo, esta Conferencia no logró cumplir su objetivo. De las diversas propuestas, en las que se fijaban límites máximos comprendidos entre 3 y 200 millas, el Comité Plenario aceptó una en la que se fijaba en 6 millas la anchura del mar territorial, con una zona de pesca inmediatamente contigua de 6 millas más, pero esta propuesta no obtuvo la mayoría de dos tercios necesaria en el plenario».

[13] Véase CHURCHILL, R. R., y LOWE, A. V., *The law of the sea*, 3.ª ed., Manchester, Juris Publishing, 1999, p. 136. Al respecto, cfr. también *International Boundary Study, Series A, Limits in the Seas núm. 36, National Claims to Maritime Jurisdictions, March 1, 1973,* Bureau of Intelligence and Research, Departamento de Estado, Estados Unidos de América, y por último United Nations Legislative Series, *National Legislation and Treaties relating to the Territorial Sea, the Contiguous Zone, the Continental Shelf, the High Seas and to Fishing and Conservation of the Living Resources of the Sea*, New York, Naciones Unidas, 1970, pp. 311-318 (ST/LEG/SER.B/15). Además deben tenerse en cuenta United Nations Legislative Series, *National Legislation and Traties relating to the Law of the Sea,* New York, Naciones Unidas, 1974, pp. 115-116 (ST/LEG/SER.B/16) y United Nations Legislative Series, *National Legislation and Traties relating to the Law of the Sea,* New York, Naciones Unidas, 1980, pp. 177-178 (ST/LEG/SER.B/19).

[14] Véase TREVES, T., «Codification du droit International et practique des États dans le droit de la mer», *RCADI,* tomo 203, 1990/IV, pp. 9-302, y en particular, p. 75. Se trataba de la zona de 15 millas creada en 1956 por Venezuela y de las zonas de 18 millas instituidas en 1958 por Arabia Saudí, en 1967 por Yemen del Norte, en 1969 por Gambia y en 1970 por Sudán. También debe citarse la zona contigua de Egipto de 18 millas; al respecto, véase *Law of the Sea,* Bulletin no. 2 (1983), p. 26; tratándose de la primera cita del Boletín, se hace notar que no de todos ellos se dispone de versión castellana, por lo que en tales casos se remite al lector al texto inglés de la publicación. Además *International Boundary*

la protección de la costa podría incluso haberse dudado de la necesidad de mantenerla existiendo un mar territorial de 12 millas. Sin embargo, se consideró útil conservar esta zona a pesar de la adopción de la regla de las 12 millas para el mar territorial y la creación de una zona económica y exclusiva de 200 millas [15]. Se trató de una respuesta a las preocupaciones que surgían de la utilización por parte de los contrabandistas de medios de transporte cada vez más perfeccionados.

5. A partir del momento en que se afirmó la tendencia a incluir en el texto de negociación el criterio de las 24 millas [16], un número bastante importante de Estados adoptó esta regla sin que diera lugar a ninguna protesta. En particular, 16 países establecieron una zona contigua más allá de las 12 millas del mar territorial durante la celebración de la conferencia [17]. En la práctica posterior, el comportamiento de muchos Estados confirmó esta tendencia respecto a la extensión de la zona contigua; entre éstos, en un primer momento no se encontraba España visto que nuestra zona contigua desapareció subsumida en el mar territorial tras la Ley de 4 de enero de 1977, sin que se dictaran nuevas normas al respecto. Sin embargo, nuestro legislador ha aprovechado la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante [18] para exten-

---

Study, op. cit., p. 29. Respecto de Venezuela véase el art. 3 de la Ley de 22 de julio de 1941: «*for the purposes of maritime control and vigilance, to guard the security of the nation and to project its interests, a contiguous zone of 5 kilometres and 556 metres (3 nautical miles) shall be established*» (estableciendo el art. 1 un mar territorial de 12 millas), United Nations Legislative Series, *National Legislation and Treaties relating to the Territorial sea, the Contiguous Zone, the Continental Shelf, the High Seas and to Fishing and Conservation of the Living Resources of the Sea*, *op. cit.*, p. 132. Para Arabia Saudí véase el art. 8 del Real Decreto núm. 33, de 16 de febrero de 1958: «*with a view to assuring compliance with the laws of the kingdom relating to security, navigation, fiscal and health matters, maritime surveillance may be exercised in a contiguous zone outsider the territorial sea, extending for a distance of six nautical miles in addition to the twelve nautical miles measured from the baseline of the territorial sea...*», *ibid.*, p. 316. Por lo que concierne a Gambia, véase el párr. 3 de la Ley núm. 4, de 19 de abril de 1968 (enmendada por la Ley núm. 9, de 10 de julio de 1969): «*it is hereby declared that her Majesty in right of Her Governement of The Gambia may in the zone of high seas contiguous to the territorial sea of The Gambia and extending seawards to a line eighteen nautical milles from low-water mark exercise control necessary to prevente and punish the infringement of any law or right of The Gambia*», *ibid.*, pp. 313-314. En relación con Sudán, véase la Ley núm. 106 de 1970, United Nations Legislative Series, *National Legislation and traties relating to the Law of the Sea*, New York, Naciones Unidas, 1974, pp. 30-33, y en particular p. 33.

[15] Acerca de la fijación de la anchura de 24 millas véase, por ejemplo, PAZARCI, H., «Le concept de zone contigüe dans la convention sur le droit de la mer», *RBDI*, 1984-1985, núm. 1, pp. 249-271, y en particular, pp. 260-263. Este autor negaba que la anchura de la zona contigua del orden de 24 millas hubiera adquirido un valor consuetudinario con ocasión de los trabajos de la tercera conferencia, mientras que T. Treves, por el contrario, estima que se trató de un ejemplo muy claro de la influencia del proceso de codificación y de su efecto sobre la práctica de los Estados, así que sería difícilmente concebible que, salvo circunstancias especiales, pueda ser contestada una zona contigua por el mero hecho que se extiende hasta las 24 millas.

[16] Véase el proyecto de art. 33 del Texto único informal de negociación, doc. A/CONF.62/WP.8, de 7 de mayo de 1975. La propuesta fue presentada por Bahrein, véase SYMONIDES, J., *op. cit.*, p. 207 y en particular la nota núm. 27 en p. 210.

[17] Antigua y Barbuda (1982), Bangladesh (1974), Camboya (1982), Dominica (1981), la República Dominicana (1977), Haití (1977), Honduras (1982), India (1976), Malta (1976), Myanmar (1977), Marruecos (1980), Pakistán (1976), Sri Lanka (1976), Vanuatu (1981), Vietnam (1977), Yemen del Sur (1977). Para Yibuti véase *infra*.

[18] Ley 27/1992, de 24 de noviembre, véase *BOE* núm. 283, de 25 de noviembre de 1992. Cfr. el art. 7.1 («es zona contigua la que se extiende desde el límite exterior del mar territorial hasta las vein-

der la anchura de nuestra zona contigua a 24 millas náuticas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial y para aclarar que en este espacio el gobierno podrá adoptar las medidas de fiscalización necesarias para prevenir en el territorio nacional o en el mar territorial las infracciones de las leyes y reglamento aduaneros, de contrabando, fiscales, de inmigración o sanitarios y sancionar dichas infracciones.

1.3. La expansión de un espacio comprimido

6. A pesar del hecho de que las dos regulaciones convencionales fijaron de manera precisa el régimen de la zona contigua, hubo algunos países que en la práctica añadieron otras competencias a las expresamente previstas en el texto. Esta interpretación extensiva del régimen jurídico de la zona contigua podría ser también incompatible con el Derecho consuetudinario [19]. En efecto, aunque las legislaciones nacionales sobre la zona contigua seguían en general las disposiciones convencionales, varios Estados también insistían en reivindicar una zona contigua o un espacio similar para la protección de su seguridad [20]. Sin embargo, varios países se han opuesto a estas pretensiones. Por ejemplo, los Estados Unidos [21] objetaron oficialmente a nueve

---

ticuatro millas náuticas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial») y la disposición adicional segunda («En la zona contigua definida en el artículo 7.1 de la presente Ley, el Gobierno podrá adoptar las medidas de fiscalización necesarias para: *a)* Prevenir en el territorio nacional o en el mar territorial las infracciones de las Leyes y reglamentos aduaneros, de contrabando, fiscales, de inmigración o sanitarios. *b)* Sancionar dichas infracciones»].

[19] Al respecto, cfr. Gutiérrez Castillo, V. L., «La zone contigüe dans la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982», *Annuaire du droit de la mer 2002*, t. VII, pp. 149-164, y en particular, pp. 152-154. Sobre el tema, cfr. también Gidel, G., «La mer territoriale...», *op. cit.*, pp. 269-271: «*D'assez nombreuses catégories d'interêts ont été mises en avant soit par les gouvernements, soit par la doctrine, comme susceptibles de motiver l'existence d'une zone contigüe. Comment faire une choix parmi eux et à l'aide de quel critère distinguer ceux qui rendent légitimes les prétentions de l'État riverain à une zone contigüe? [...] pour le moment il faut donc [...] s'en tenir comme intérêts fondant la compétence de l'État riverain dans sa zone contigüe à ceux qui résultent de la coutume internationale, à savoir les intérêts fiscaux, sanitaires et, point plus discuté, les intérêts de sécurité tout court et notamment au point de vue de la défense nationale [...] Une majorité numériquement très importante s'est donc dégagée [...] en faveur de la zone contigüe. Mais il faut reconnaître que cette majorité n'était pas complètement homogène lorsqu'il s'agissait de dresser le catalogue des compétences susceptibles d'être revendiquées dans la zone contigüe par l'État riverain. C'est sur la question des intérêts de sûreté de l'État riverain dans la zone contigüe que les divergences de vues ont été le plus prononcées*».

[20] Sobre el tema, véase Leiner, F. C., «Maritime Security Zones: Prohibited Yet Perpetuated», *VJIL*, vol. 24, 1984, pp. 967-992, y en particular pp. 991-992: «*Although the 1958 Conventions made security zones illegal under international law, maritime security zones continue to be asserted, if only because of the legalistic veil they place over diplomatic and military acts. Maritime security zones are an ongoing problem [...] Since the law is clear, the choice facing the maritime Powers is either to avoid confrontation with coastal States or to make clear that legal rights will not be abridged. To acquiesce in security zones, however, would be to derogate from the freedom of the seas*».

[21] Al respecto, cfr. Roach, J. A., y Smith, R. W., *United States Responses to Excesive Maritime Claims*, 2.ª ed., Martinus Nijhoff, London-The Hague-Boston, 1996, p. 20: «*Some eighteen countries claim the right to expand the competence of the contiguous zone to incluye protection of national security interests, and thus restrict or exclude warships and military aircraft, including Bangladesh, Burma, Haiti, Iran, Sri Lanka, Sudan, Syria, Venezuela, Vietnam and Yemen. Syria claims a 6 mile contiguous zone seaward of its excessive 35 mile territorial sea limit; between 1990 and 1991 Namibia claimed a 200 mile contiguous zone before rolling it back to 24 miles. North Korea claims a 50 mile military boundary*».

de esas reivindicaciones (Bangladesh, Haití, Myanmar, Siria [22], Sri Lanka, Sudán, Venezuela, Vietnam y Yemen) [23]. Además, posteriormente, protestaron [24] también respecto de pretensiones similares de la República Popular China [25] y en relación con Irán [26]. Una mención separada merece la República Popular Democrática de Corea, que en 1977 ha creado una frontera marítima militar de 50 millas [27] rechazada por la República de Corea, los Estados Unidos [28] y Japón [29] porque no guarda relación con el concepto de zona contigua [30].

7. En particular, en el régimen convencional vigente se reconocen competencias al Estado ribereño en materia arqueológica dentro de la zona contigua. Se trata en realidad de una *fictio iuris* visto que se presume *iuris et de iure* que la remoción no autorizada de los objetos arqueológicos de los fondos marinos de la zona contigua constituye una infracción de las leyes y reglamentos aduaneros, fiscales, de inmigración o sanitarios, cosa que seguramente no es [31]. En todo caso, para ejercer válidamente esas competencias el

---

[22] Siria ha modificado su legislación en 2003 pero mantiene las exigencias de seguridad, véase *infra*.

[23] Véase *Derecho del Mar*, informe del Secretario General, Progresos hechos en la aplicación del régimen jurídico general consagrado en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, doc. A/47/512, de 5 de noviembre de 1992, p. 7.

[24] Véase ROACH, J. A., y SMITH, R. W, *op. cit.*, p. 20: «*The United States has diplomatically protested 11 of those claims, and conducted operacional assertions against the claims by Bangladesh, Burma, Cambodia, Haiti, North Korea, Nicaragua, Pakistan, Syria, Vietnam and Yemen*»; véase también pp. 163-172.

[25] Cfr. ROACH, J. A., y SMITH, R. W, *op. cit.*, nota 9 en p. 167.

[26] La protesta se encuentra reproducida en *Derecho del Mar,* Boletín núm. 25 (1994) pp. 100-102. Por lo que atiene a la zona contigua, cfr. p. 102: «La reivindicación estipulada en el art. 13 de la Ley de 1993 de adoptar medidas en la zona contigua de la República Islámica de Irán que sean necesarias para evitar la violación de sus leyes de seguridad, marítima y ambientales excede de lo permitido por el Derecho internacional». Al respecto, véase *infra*.

[27] Véase el anuncio del mando del ejército de 1 de agosto de 1977: «*...in the military Boundary (on the sea, in the sea and in the sky) acts of foreigners, foreign military vessels and foreign military planes are prohibited and civilian ships and civilian planes (excluding fishing boats) are allowed to navexgate or fly only with appropriate prior agreement or approval...*».

[28] Para la protesta norteamericana, véase *Derecho del Mar,* Boletín núm. 15 (1990), pp. 9-10.

[29] Cfr. ROACH, J. A., y SMITH, R. W, *op. cit.,* nota 17 en p. 171. Véase también LEINER, *op. cit.*, nota 109 a p. 985, y PARK, C. H., «The 50-Mile Military Boundary Zone of North Korea», *AJIL*, vol. 72, 1978, p. 866.

[30] En efecto, no se reivindican en dicho límite ninguna de las competencias características del régimen convencional de la zona contigua.

[31] Sobre esta delicada cuestión, cfr. SCOVAZZI, T., «The evolution of International Law of the Sea: New Issues, New Challenges», *RCADI*, vol. 286, 2000, pp. 208-209: «*It seems that Article 303, paragraph 2, gives some rights to the coastal State. But the content of these rights is not clear, as the text of the provision gets entangled in mysterious complications. If literally understood, paragraph 2 suggests that the removal of archaeological and historical objects located in the contiguous zone could determine a violation of national provisions relating to,* inter alia, *sanitary matters and immigration [...] All these textual complications may be due to the desire to avoid any words that could give the impression of establishing some kind of coastal State jurisdiction* (horror jurisdictionis). *But the ghosts of clandestine immigrants, infectious patiens and barbarian vandals do not seem the best company for rendering the idea that coastal States can establish a 24-mile archaeological and historical zone where it can apply its legislation for the aim of protecting the relevant objects. Indeed, a number of States have already established such a zone*». Sobre la protección de patrimonio cultural subacuatico, véase GARABELLO, R., y SCOVAZZI, T. (eds.), *The Protection of Underwater Cultural Heritage. Before and after the 2001 UNESCO Convention*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff, 2003.

Estado ribereño debe en primer lugar crear una zona contigua y en segundo lugar comprender expresamente dichas competencias en su legislación interna. Por último, lo que queda en entredicho es si el Estado ribereño tiene sólo la facultad de añadir estas competencias a las más tradicionales de la zona contigua o también la posibilidad de crear una zona arqueológica con la misma extensión de la zona contigua [32].

8. Respecto de España, en el Proyecto de Ley General de Navegación Marítima [33] presentado el 9 de diciembre de 2008 que se está discutiendo en el Congreso de los Diputados, se toma en consideración a la zona contigua junto a las aguas interiores, el mar territorial y la zona económica exclusiva entre las zonas españolas de interés para la navegación (art. 3), se establece su alcance en el art. 6 [34] y se regula su régimen especial de navegación en el art. 35.1 [35]. Por otra parte, el art. 35.2 añade que la extracción no autorizada de los objetos arqueológicos e históricos que se encuentran en el lecho o subsuelo de las aguas de la zona contigua se considerará como una infracción de las leyes y reglamentos a que se refiere el apartado anterior. Finalmente, el art. 412 relativo a los objetos arqueológicos o históricos situados más allá del mar territorial precisa que la extracción y aprovechamiento de objetos arqueológicos e históricos situados más allá del mar territorial español se regirán por lo previsto en los tratados vigentes y añade que, en todo caso, precisará autorización administrativa la extracción de los objetos arqueológicos o históricos situados en el fondo del mar de la zona contigua española y que la recuperación de tales bienes sin la preceptiva autorización será sancionable como infracción cometida en territorio español.

2. LA ZONA CONTIGUA EN LA LEGISLACIÓN DE LOS ESTADOS

9. Al terminar los trabajos de la tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del mar, poco más de una veintena de Estados reclamaban una zona contigua; entre éstos, sólo tres la mantenían comprendida

---

[32] Acerca de la zona arqueológica, véase KARAGIANNIS, S., «Une nouvelle zone de jurisdiction: la zone archéologique maritime», *Espaces et resources maritimes*, núm. 4, 1990, pp. 2-26, y en particular p. 25: «*c'est pourtant en comparant la zone archéologique maritime à la zone contigüe qu'on s'aperçoit que la zone archéologique maritime est bel et bien une nouvelle institution du droit de la mer, ne partageant, en définitive, avec la zone contigüe que la distance maxima de 24 milles marins. Elle est certes créée de toutes pièces par la Troisième Conférence mais peut, un jour, si les conditions sont réunies, accéder à une reconnaissance par le droit coutumier*».

[33] Al respecto, véase MESEGUER SÁNCHEZ, J. L., «El Proyecto de Ley General de Navegación Marítima y el régimen internacional de los espacios marítimos», *Diario La Ley*, núm. 7.145, Sección Tribuna, 30 de marzo de 2009, año XXX. A partir de su presentación se ha ampliado en numerosas ocasiones el plazo de presentación de enmiendas.

[34] «La zona contigua es la que se extiende desde el límite exterior del mar territorial hasta las veinticuatro millas marinas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial».

[35] «En la zona contigua, el Estado ejercerá sobre los buques extranjeros el control para prevenir las infracciones de las leyes y reglamentos aduaneros, fiscales, sanitarios y de extranjería e inmigración que puedan cometerse dentro de sus fronteras, incluido el mar territorial, así como su jurisdicción penal y administrativa, para sancionar a los autores de las infracciones de dichas normas legales».

en los límites espaciales establecidos por el régimen ginebrino [36]. Se trataba de Chile, los Estados Unidos y de Yugoslavia [37]. Los restantes, salvo alguna excepción [38], hacían propia la anchura reconocida por el nuevo régimen convencional [39].

---

[36] Véase *Law of the Sea,* Bulletin no. 2 (1983), pp. iii-v, cuadro de resumen de los límites de la jurisdicción nacional, y p. vi, cuadro de resumen de la extensión de las zonas marítimas.

[37] Según el art. 593 del Código Civil chileno de 1855, que mencionaba los derechos de policía respecto de las materias relativas a la seguridad del país y a la observancia de las leyes fiscales, véase *Law of the Sea,* Bulletin no. 2 (1983), p. 13. El texto actual se refiere sólo a las infracciones de sus leyes y reglamentos aduaneros, fiscales, de inmigración o sanitarios. Su extensión actual es de 24 millas, cfr. la Ley núm. 18.565 que modifica el Código Civil en materia de espacios marítimos de 13 de octubre de 1986 en *The Law of the Sea*, *Current Developments in State Practice*, New York, 1987, p. 7. Para los Estados Unidos, véase la Ley Arancelaria de 1930 y el Aviso Público núm. 358 del Departamento de Estado sobre el mar territorial y la zona contigua de 1972, *Law of the Sea,* Bulletin no. 2 (1983), p. 89. Respecto de Yugoslavia, véase la Ley de 22 de mayo de 1965, *ibid.,* p. 95.

[38] Para Arabia Saudita, véase el art. 8 del Real Decreto núm. 33, de 16 de febrero de 1958, *Law of the Sea,* Bulletin no. 2 (1983), p. 74, que establece una zona contigua de 18 millas en la que puede asegurar el cumplimiento también de las leyes en materia de seguridad y de navegación; al respecto cfr. también *supra*. En relación con Bangladesh, véase el párr. 4.º de la Ley núm. XXVI de 1974, que crea una zona contigua de 18 millas en la que el Gobierno tenía competencia también en materia de seguridad de la República, *ibid.,* p. 5. Acerca de Gambia, véase el párr. 3 de la Ley núm. 4, de 19 de abril de 1968, enmendada por la Ley núm. 9, de 10 de julio de 1969, *ibid.,* p. 32, que instituye una zona contigua de 18 millas en la que el gobierno puede prevenir y reprimir la violación de cualquier norma o derecho de Gambia; al respecto cfr. también *supra*. Por lo que concierne a Sudán, véase el párr. 9 de la Ley núm. 106, de 28 de noviembre de 1970, *ibid.,* p. 80, que prevé una zona contigua de 18 millas en la que el Estado ejerce también competencias en materia de seguridad. En relación con Venezuela, véase el art. 3 de la Ley de 22 de julio de 1965, *ibid.,* p. 92; al respecto cfr. también *supra*.

[39] Respecto de Antigua y Barbuda véase el art. 6 de la Ley núm. 18 de 17 de agosto de 1982, *Law of the Sea,* Bulletin no. 2 (1983), p. 2. Acerca de Camboya, véase el art. 4 del Decreto del Consejo de Estado de 13 de julio de 1982, donde se menciona también el control de su seguridad. En relación con Dominica, véase el párr. 4 de la Ley núm. 26, de 25 de agosto de 1981, *ibid.,* p. 22. Para la República Dominicana, véase el art. 3 de la Ley núm. 186, de 13 de septiembre de 1967, enmendada por la Ley núm. 573, de 1 de abril de 1977, *ibid.,* p. 24. Véase además el art. 13 de la Ley 66-07, de 22 de mayo de 2007, *Law of the Sea,* Bulletin no. 65 (2008), p. 21. Respecto de Haití, véase el art. 4 del Decreto núm. 38, de 8 de abril de 1977, según el cual el Estado tiene jurisdicción también para la protección de su seguridad. Para la India, véase el párr. 5 de la Ley núm. 80, de 28 de mayo de 1976, *ibid.,* p. 42, de conformidad con el cual el gobierno central puede ejercer los poderes y tomar las medidas que considere necesarios con respecto también a la seguridad de la India. Por lo que concierne a Malta, véase la Ley núm. XXXII, de 7 de diciembre de 1971, como modificada por la Ley núm. XXIV, de 18 de julio de 1978, *ibid.,* p. 55, que incluye el control necesario para prevenir y reprimir las contravenciones también respecto de su legislación relativa a la contaminación. Respecto de Marruecos, véase el art. 7 de la Ley núm. 1-81, de 18 de diciembre de 1980, *ibid.,* p. 60. En relación con Myanmar, véase la Ley núm. 3, de 9 de abril de 1977, en la que se contemplaban también las medidas de salvaguardia de su seguridad, *ibid.,* pp. 9-10. En relación con Pakistán, véase el párr. 6 de la Ley de 22 de diciembre de 1976, *ibid.,* p. 66, que otorga también poderes en materia de seguridad de Pakistán. Respecto de Sri Lanka, véase el párr. 4 de la Ley núm. 22, de 1 de septiembre de 1976 (también la proclamación presidencial de 15 de enero de 1977 para la ejecución de la mencionada ley), *ibid.,* p. 78, que hace referencia también a la legislación escrita relativa a la seguridad de la República. En relación con Vanuatu, véase el párr. 7 de la Ley núm. 23 de 1981, *Law of the Sea,* Bulletin no. 1 (1983), pp. 64-73, y en particular, p. 68, también en *Law of the Sea,* Bulletin no. 2 (1983), p. 91. Respecto de Vietnam, véase el párr. 2 de la declaración de 12 de mayo de 1977, *ibid.,* p. 94, donde también se contempla el control necesario para vigilar sus intereses de seguridad. Para Yemen (del sur), véanse los arts. 11 y 12 de la Ley núm. 45, de 17 de diciembre de 1977, en los que se tiene en cuenta también las exigencias de su seguridad, *ibid.,* p. 20. Para Yibuti véase el art. 11 de la Ley núm. 52/AN/78, de 9 de enero de 1979, reproducida en Smith, R. W., *Exclusive Economic Zone Claims: An Analysis and Primary Documents*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1986, pp. 111-114.

2.1. La legislación estatal posterior a la adopción de la Convención

10. Después de la adopción de la llamada constitución para los océanos, fueron bastantes numerosos los Estados que a lo largo de la década de los ochenta en consideración de su mayor extensión espacial quisieron proyectar su jurisdicción sobre la zona contigua por medio de declaraciones relacionadas con el acuerdo de codificación [40] o elaborando una legislación interna sobre zonas marítimas que tuviera en cuenta los nuevos desarrollos convencionales [41].

---

[40] Egipto, al ratificar la Convención sobre el Derecho del mar el 26 de agosto de 1983, ha formulado diferentes declaraciones, una de las cuales concierne a la zona contigua y sirve para extenderla hasta las 24 millas: «*The Arab Republic of Egypt has decided that its contiguous zone [...] extends to 24 nautical miles from the baselines from which the breadth of the territorial sea is measured, as provided for in article 33 of the Convention*». Su zona contigua ha sido creada para hacer cumplir las leyes y reglamentos en materia de seguridad, navegación y otras de carácter financiero y sanitario. Véase el art. 9 del Decreto de 15 de enero de 1951, modificado por el Decreto presidencial de 17 de febrero de 1958, *Law of the Sea,* Bulletin no. 2 (1983), p. 26. Omán, al ratificar la Convención sobre el Derecho del mar el 17 de agosto de 1989, ha formulado diferentes declaraciones, entre las cuales, la número cuatro precisa que su zona contigua se extiende hasta una distancia de 12 millas náuticas medidas desde el límite exterior de las aguas territoriales en la que el Sultanato ejerce las mismas prerrogativas previstas por la Convención. Véase *Derecho del Mar,* Boletín núm. 14 (1989), p. 9. No hay constancia de una legislación interna sobre la materia.

[41] San Vicente y las Granadinas han creado su zona contigua en 1983. Véanse los párrs. 6 y 19 de la Ley núm. 15, de 19 de mayo de 1983, sobre áreas marítimas. Siempre en el mismo año, Tuvalu ha adoptado una zona contigua de 24 millas. Véanse los párrs. 9 y 10 (4) de la Ley (Declaración) sobre zonas marítimas de 1983. Gabón ha aprovechado la Ley núm. 9 de 1984, que ha establecido la zona económica exclusiva de 200 millas para crear también su zona contigua. Véase el art. 15 de la Ley núm. 9/84, reproducida en *The Law of the Sea*, *Current Developments in State Practice*, New York, 1987, pp. 14-16. El mismo año lo han hecho también Santa Lucía, véase la Ley núm. 6, de 18 de julio de 1984, San Cristóbal y Nieves, véanse las secciones 7 y 11 de la Ley núm. 3, de 30 de agosto de 1984, sobre áreas marítimas, y las Islas Marshall, véanse las secciones 9 y 10 (4) de la Ley (Declaración) sobre zonas marítimas, de 13 de septiembre de 1984. Primero Senegal, véanse los arts. 2 y 4 de la Ley núm. 85-14, de 25 de febrero de 1985, *Derecho del Mar,* Boletín núm. 7 (1986), pp. 81-82, y luego Madagascar han creado en 1985 una zona contigua véase el art. 3 de la Ordenanza núm. 85-013 por la que se determinan los límites de las zonas marítimas de 16 de septiembre de 1985, *Derecho del Mar,* Boletín núm. 7 (1986), pp. 52-55, y en particular, p. 52. México ha vuelto a crear una zona contigua en 1986. Véanse los arts. 42-45 de la Ley federal del mar de 8 de enero de 1986, *Derecho del Mar,* Boletín núm. 7 (1986), pp. 63-75 (también en *The Law of the Sea*, *Current Developments in State Practice*, New York, 1987, pp. 56-69), en particular p. 71. En la exposición de motivos, p. 61, se precisa que «se crea, de conformidad con el Derecho internacional, una nueva zona marina de jurisdicción nacional, la zona contigua, con una anchura de 12 millas marinas a lo largo del límite exterior de nuestro mar territorial, para protegerlo a éste y al territorio nacional en general, y en la que nuestro país tiene derecho a ejercer una serie de competencias especiales, en materia aduanera, fiscal, migratoria y sanitaria. Nuestro país había contado en anteriores ocasiones con zonas como ésta...». Éste fue seguido también por Ghana, véase el párr. 4 de la Ley sobre (delimitación) de las zonas marítimas de 1986, reproducida en *The Law of the Sea*, *Current Developments in State Practice*, New York, 1987, pp. 33-35, y Trinidad y Tobago, véase la Ley núm. 24, de 11 de noviembre de 1986, sobre aguas archipelágicas y zona económica exclusiva, reproducida en *The Law of the Sea*, *Current Developments in State Practice*, vol. 2, New York, 1989, pp. 36-47. Mauritania ha establecido una zona contigua en 1988, véanse los arts. 2 y 6 de la ordenanza 88-120, de 31 de agosto de 1988, por la que se establecen la delimitación y el estatuto jurídico del mar territorial, de la zona contigua, de la zona económica exclusiva y de la plataforma continental; *Derecho del Mar,* Boletín núm. 13 (1989), pp. 36-37. Grenada ha establecido una zona contigua en 1989, véase la sección 9 de la Ley núm. 25, sobre el mar territorial y las fronteras marítimas de 13 de julio de 1989.

11. En relación con los objetos arqueológicos, al margen del rechazo en su día de la proposición de los Siete [42], en la segunda mitad de los años ochenta asistimos a las primeras manifestaciones autónomas de las competencias estatales a éstos vinculadas en el nuevo marco espacial de la zona contigua [43]. Algún país europeo añadió singularmente esas competencias a algunas otras de carácter más tradicional [44].

12. Esta tendencia hacia una reafirmación definitiva de la zona contigua se ha acentuado a lo largo de los primeros años noventa [45], incluyendo tam-

---

[42] Cfr. el documento de la tercera conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del mar A/CONF.62/L.42, de 24 de agosto de 1979, en el que el Presidente de la segunda comisión en su informe toma nota de la propuesta informal de Cabo Verde, Grecia, Italia, Malta, Portugal, Túnez y Yugoslavia para que se atribuyeran al Estado costero derechos soberanos respecto de cualquier objeto de naturaleza arqueológica e histórica que se encontrara en el lecho o subsuelo de su plataforma continental, véase *Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Volume XII (Summary Records, Plenary, General Committee, First and Third Committees, as well as Documents of the Conference, Resumed Eighth Session)*, p. 93.

[43] En efecto, Túnez dispone de una zona contigua de 24 millas pero sólo vinculada a la protección de los hallazgos arqueológicos. Véase el art. 2 de la Ley núm. 86-35, de 9 de mayo de 1986, relativa a la protección de la propiedad arqueológica, los monumentos históricos y los lugares naturales y urbanos. Por lo que concierne a Marruecos en relación con esta cuestión, debe tenerse en cuenta que el art. 5 de la Ley núm. 1-81, de 18 de diciembre de 1980, promulgada por el Dahir núm. 1-81-179, de 8 de abril de 1981, que establece una zona económica exclusiva de 200 millas alrededor de las costas de Marruecos, dispone entre otras cosas que cualquier investigación arqueológica emprendida por Estados extranjeros o por nacionales de un Estado extranjero en la zona económica exclusiva de Marruecos necesitará de la previa autorización de la administración de Marruecos.

[44] Francia ha creado en 1987 una zona contigua en la que ejerce competencias sólo en materia aduanera y en relación con el tráfico de narcóticos. Véase la Ley de 31 de diciembre de 1987, relativa a la campaña contra el tráfico de droga y de modificación de ciertas disposiciones del Código Penal, *Derecho del Mar,* Boletín núm. 12 (1988), pp. 13-14. Con posterioridad, en 1989, las ha extendido al ámbito de las excavaciones arqueológicas. Véase la Ley núm. 84-874, de 11 de diciembre de 1989, relativa a los bienes culturales marítimos y modificativa de la Ley de 27 de septiembre de 1941, que reglamentaba las excavaciones arqueológicas. De conformidad con ésta nadie podrá proceder a prospecciones con materiales especializados que permitan determinar la localización de un bien cultural marítimo, ni a excavaciones o sondeos, sin haber obtenido previamente la autorización administrativa otorgada en función de la calificación del solicitante, así como de la naturaleza y las modalidades de la investigación. Sus disposiciones se aplican también en la zona contigua.

[45] Rumanía ha creado una zona contigua en 1990, véase la Ley de 7 de agosto de 1990, relativa al régimen legal de las aguas interiores, mar territorial y zona contigua de Rumania; *Derecho del Mar,* Boletín, núm. 19 (1991), pp. 10-21, y en particular, p. 11. Namibia dispone desde el año 1991 de una zona contigua de 24 millas. Véase *Derecho del Mar,* Boletín núm. 21 (1992), p. 68: Ley de modificación del Régimen Jurídico del Mar territorial y de la Zona Económica Exclusiva de Namibia, de 1991 que introduce un nuevo párr. 3A en la ley precedente. Curiosamente este país había incluido las competencias propias de la zona contigua en el contexto de la zona económica exclusiva y por lo tanto disponía de facto de una zona contigua de 200 millas que ocasionó las protestas de algunos países, véase el párr. 4.3)*b)* de la Ley núm. 3, de 30 de junio de 1990, sobre Mar Territorial y Zona Económica Exclusiva de Namibia, *Derecho del Mar,* Boletín núm. 21 (1992), pp. 63-67. Qatar ha establecido su zona contigua a lo largo de 1992. Véase el Decreto núm. 40 de 16 de abril de 1992 por el que se define la anchura del mar territorial y la zona contigua del estado de Qatar, *Derecho del Mar,* Boletín núm. 23 (1993), pp. 25-28. En el mismo año lo han hecho también Angola, véase el art. 6 de la Ley sobre las aguas interiores, el mar territorial y la zona económica exclusiva, Ley núm. 21/92, de 28 de agosto de 1992, *Derecho del Mar,* Boletín núm. 40 (1999), pp. 15-17, y Cabo Verde, véanse los arts. 10 y 11 de la Ley núm. 60/IV/92, de 21 de diciembre de 1992. Bahrein ha creado su zona contigua en 1993, véase la Ley sancionada por el Decreto núm. 8, de 20 de abril de 1993, sobre el mar territorial y la zona contigua del estado de Bahrein, *Derecho del Mar,* Boletín núm. 24 (1993), p. 5. Para Australia, resulta relevante la Ley núm. 161 de 1973, sobre los mares y las tierras sumergidas, modificada por la Ley núm. 20 de enmienda de la legislación

bién importantes Estados costeros suramericanos como Argentina [46] y Brasil [47] y grandes potencias como China [48]. No sólo el gigante asiático, sino también otros Estados mantuvieron entre las competencias del Estado ribereño en la zona contigua las relativas al cumplimiento de las leyes y reglamentos en materia de seguridad [49] en abierta contradicción con los dos regímenes convencionales, el entonces vigente así como el presente [50].

13. Pocos días antes de la entrada en vigor de la Convención, Sudáfrica adoptó la Ley núm. 15, de 1994, de zonas marítimas, de 11 de noviembre, por la que establece una zona contigua y una zona cultural marítima [51]. Dentro de la zona contigua de una distancia de 24 millas y del espacio aéreo sobre ésta, la República sudafricana tendrá derecho a ejercer todos los poderes que puedan ser considerados necesarios para prevenir y sancionar las contravenciones a cualquiera de sus leyes fiscales, aduaneras, de emigración e inmigración o sanitarias. Dentro de la zona cultural marítima que tiene la misma extensión de la zona contigua pero de naturaleza autónoma, la República sudafricana, con sujeción a la legislación vigente, tendrá, con respecto a los objetos de carácter arqueológico o histórico hallados en ella, los mismos derechos y facultades que tiene respecto a sus aguas territoriales.

Finlandia reivindica tradicionalmente una zona aduanera que se extiende dos millas más allá del límite exterior del mar territorial [52], por consiguiente

---

marítima de 1994 por la que se declara y promulga que tiene una zona contigua. Véase la sección 2A, *Derecho del Mar,* Boletín núm. 27 (1995), pp. 43-48 y en particular p. 47.

[46] Para Argentina debe mencionarse la Ley núm. 23.968, de 14 de agosto de 1991. Véase el art. 4, *Derecho del Mar,* Boletín núm. 20 (1991), pp. 22-24 y en particular p. 23.

[47] Brasil ha establecido su zona contigua que comprende de las 12 a las 24 millas a partir de las líneas de base por la Ley núm. 8.617, de 4 de enero de 1993, sobre el mar territorial, la zona contigua, la zona económica exclusiva y la plataforma continental. Véanse los arts. 4 y 5, *Derecho del Mar,* Boletín núm. 23 (1993), pp. 15-18.

[48] Según lo establecido en la Ley de 25 de febrero de 1992, sobre el Mar territorial y la Zona Contigua, la República Popular de China podrá, dentro de su zona contigua, prevenir o castigar la infracción de sus leyes y reglamentos de seguridad, aduaneros, fiscales y sanitarios, así como controlar la entrada y la salida en las tierras que forman parte de su territorio, sus aguas interiores y su mar territorial. Por zona contigua se entienden las aguas situadas fuera de su mar territorial, pero adyacentes a él y ésta tiene una anchura de 12 millas náuticas. Véanse los arts. 4 y 13, *Derecho del Mar,* Boletín núm. 21 (1992), pp. 25-28, y en particular, pp. 25-26 y p.27.

[49] Respecto de la República Islámica de Irán, de conformidad con la Ley sobre las zonas marítimas en el golfo Pérsico y el mar de Omán de 2 de mayo de 1993, su gobierno podrá adoptar las medidas necesarias para prevenir en la zona contigua las infracciones a sus leyes y reglamentos, incluidos los de seguridad, aduaneros, marítimos, fiscales, de inmigración, sanitarios y relativos al medio ambiente, así como para la investigación y el enjuiciamiento de los infractores. Véase *Derecho del Mar,* Boletín núm. 24 (1993), pp. 9-13, y en particular, p. 12. Los Emiratos Árabes Unidos por medio de la Ley Federal núm. 19, de 17 de octubre de 1993, relativa a la delimitación de las zonas marítimas han instituido una zona contigua para prevenir y sancionar la violación de sus leyes de seguridad, aduaneras, fiscales, sanitarias o de inmigración. Véase *Derecho del Mar,* Boletín núm. 25 (1994), pp. 93-99, y en particular, p. 95. Sobre la cuestión véase *supra*.

[50] La República Popular China, los Emiratos Árabes Unidos e Irán no eran partes en la Convención de 1958.

[51] Véanse las secciones 5 y 6, *Derecho del Mar,* Boletín núm. 32 (1996), pp. 93-108, y en particular, p. 96.

[52] Véase La Ley Aduanera núm. 573, de 14 de julio de 1978, derogada por la Ley núm. 1.466, de 29 de diciembre de 1994.

ha pasado a ser de catorce millas después de la extensión de la anchura de su mar territorial [53].

2.2. La legislación estatal posterior a la entrada en vigor de la Convención

14. En los años que siguieron a la entrada en vigor de la Convención se ha mantenido y reforzado la tendencia hacia la progresiva afirmación por parte de los Estados costeros de sus competencias sobre la zona contigua. Esta materialización se ha realizado en algunos casos a través de una proclamación específica [54] o bien por medio de una legislación estatal correspondiente también a otros espacios bajo soberanía [55] o jurisdicción estatal [56]. Muchos Estados insulares han optado por adoptar una ley marco sobre zonas marítimas [57]. Para Canadá se ha establecido la zona contigua por medio de la Ley de los océanos de 18 de diciembre de 1996 [58]. El Decreto núm. 172-99 que

---

[53] Véase la Ley núm. 981, de 3 marzo de 1995, que enmienda la Ley relativa a la delimitación de las aguas territoriales de Finlandia núm. 463, de 18 de agosto de 1956.

[54] Para Tailandia es relevante la Proclamación Real, de 14 de agosto de 1995, sobre el establecimiento de la zona contigua.

[55] La República de Corea ha establecido su zona contigua por la Ley núm. 4.986, promulgada el 6 de diciembre de 1995, sobre mar territorial y la zona contigua que enmienda la Ley núm. 3.037, promulgada el 31 de diciembre de 1977. Véase *Derecho del Mar,* Boletín núm. 33 (1997), pp. 47 y 50.

[56] Véase el art. 47 de la Ley relativa a la zona económica exclusiva de Bélgica en el Mar del Norte, de 22 de abril de 1999, *Derecho del Mar,* Boletín núm. 44 (2002), pp. 38-54, y en particular, p. 51. También Nueva Zelanda ha establecido su zona contigua en 1996. Véase la sección 8A de la Ley núm. 28 sobre mar territorial, zona contigua, y zona económica exclusiva, de 26 de septiembre de 1977, modificada por las Leyes núm. 146 de 1980 y núm. 74 de 1996, de 1 de agosto. En relación con la República Oriental del Uruguay la Ley núm. 17.033, de 20 de noviembre de 1998, relativa a las fronteras del mar territorial, de la zona adyacente, de la zona económica exclusiva, y de la plataforma continental, establece una zona contigua de 24 millas en la que se podrán tomar las medidas de fiscalización necesarias para prevenir y sancionar las infracciones de sus leyes y reglamentos aduaneros, fiscales, de inmigración o sanitarios que puedan cometerse en su territorio o en su mar territorial. Véase el art. 3, *Derecho del Mar,* Boletín núm. 41 (1999), p. 49.

[57] En relación con Maldivas, la Ley núm. 6/96, sobre las zonas marítimas establece que la zona marítima contenida dentro de las 12 millas marinas medidas a partir de los límites exteriores del mar territorial se denominará la zona contigua y dentro de ésta se podrán tomar las medidas de fiscalización necesarias para prevenir y sancionar las infracciones de sus leyes y reglamentos aduaneros, fiscales, de inmigración o sanitarios dentro del territorio de Maldivas y en su mar territorial. Véase el párr. 5, *Derecho del Mar,* Boletín núm. 41 (1999), pp. 17-21 y en particular p. 18. Para Jamaica véanse las secciones 19 y 20 de la Ley sobre áreas marítimas, de 3 de julio de 1996 [57]. Nauru ha establecido su zona contigua en 1997. Véase el párr. 5 de la Ley núm. 16, de 13 de junio de 1997, sobre fronteras marítimas. Las Seychelles han establecido una zona contigua en 1999. Véase la sección 8 de la Ley núm. 2 de 1999 sobre zonas marítimas.

[58] Véase el párr. 10, *Derecho del mar,* Boletín núm. 35 (1997), pp. 34-79, y en particular p. 43. Cfr. especialmente los párrs. 11, relativo a la prevención de la infracción de las leyes federales en la zona contigua [«a reserva de las obligaciones internacionales del Canadá, las autoridades de policía federal aduanera, fiscal, de inmigración o sanitaria que tengan motivos razonables para sospechar que, de ingresar en el Canadá, una persona que se encuentre en su zona contigua cometería delito con arreglo a la ley del Canadá, podrán impedir que ingrese en el territorio o cometa el delito... (*A person who is responsible for the enforcement of a federal law that is a customs, fiscal, immigration or sanitary law and who has reasonable grounds to believe that a person in the contiguous zone of Canada would, if that person were to enter Canada, commit an offence under that law may, subject to*

aprueba la Ley de los espacios marítimos de Honduras de 12 de noviembre de 1999 desarrolla el art. 11 de su Constitución 1982 [59] también en lo que se refiere a la zona contigua [60].

15. En línea general, no se han constatado interpretaciones extensivas o abusivas [61] al margen de alguna situación peculiar. Por ejemplo, por lo que concierne a la República de Cuba, el Decreto Ley núm. 158, de 12 de abril de 1995, sobre zona contigua establece dicha zona con una extensión de 24 millas náuticas en las cuales el Estado cubano ejerce las medidas de fiscalización necesarias con el objeto de prevenir las infracciones de las leyes y reglamentos aduaneros, fiscales, de migración, sanitarios, del patrimonio cultural, medio ambiente y recursos naturales vivos y no vivos que pudieran cometerse en el territorio terrestre, en las aguas interiores, en el mar territorial, en la zona económica, en la plataforma insular, en la zona contigua o en el espacio aéreo cubano; y sancionar las infracciones de esas leyes y reglamentos cometidas en dichos espacios [62]. Además pertenecen al Estado cubano los bienes culturales marítimos constituidos por los yacimientos, restos, vestigios o, en general, todo bien que presente un interés prehistórico, arqueológico o histórico que esté situado dentro de la zona contigua, en el lecho del subsuelo del mar de dicha zona contigua.

16. No sólo Cuba sino también otros países han reiterado de manera redundante en función de su previsión en el ámbito de la zona económica exclusiva también la jurisdicción del Estado ribereño en materia de protección del medio ambiente en el ámbito de la zona contigua. Para Mozambique debe mencionarse la Ley núm. 4/96, de 4 de enero, que incluye también la protección medioambiental [63]. Sierra Leona ha creado una zona contigua el mismo año otorgándose competencias también en materia am-

---

Canada's international obligations, prevent the entry of that person into Canada or the commission of the offence...)»], y 12, sobre la aplicación de las leyes federales en la zona contigua [«En los casos en que haya motivos razonables para sospechar que una persona ha cometido un delito tipificado en una ley federal aduanera, fiscal, de inmigración o sanitaria en el Canadá, las facultades de detener, ingresar en la propiedad privada, allanar o decomisar y demás facultades que pueden ejercitar en el Canadá respecto de ese delito podrán ejercitarse también en su zona contigua (*Where there are reasonable grounds to believe that a person has committed an offence in Canada in respect of a federal law that is a customs, fiscal, immigration or sanitary law, every power of arrest, entry, search or seizure or other power that could be exercised in Canada in respect of that offence may also be exercised in the contiguous zone of Canada...*)»].

[59] Aprobada por el Decreto núm. 131, de 11 de enero de 1982: «También pertenecen al Estado de Honduras: [...] La zona contigua a su mar territorial, que se extiende hasta las veinticuatro millas marinas, contadas desde la línea de base desde la cual se mide la anchura del mar territorial».

[60] Véase *Law of the Sea,* Bulletin no. 49 (2002), p. 16.

[61] Respecto de Japón, la Ley sobre mar territorial y la zona contigua (Ley núm. 30 de 1970, modificada por la Ley núm. 73 de 1996), establece su zona contigua que comprende los espacios marítimos que se extienden hasta las 24 millas, dentro de la cual Japón podrá adoptar las medidas que sean necesarias para prevenir o sancionar la violación de sus leyes y reglamentos aduaneros, fiscales, de inmigración o sanitarios dentro de su territorio de conformidad con el art. 33, párr. 1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del mar. Véase el art. 4, *Derecho del Mar,* Boletín núm. 35 (1997), pp. 80-82 y en particular p. 81.

[62] Véase *Derecho del Mar,* Boletín núm. 54 (2005), pp. 33-34.

[63] Véase el art. 8 de la misma.

biental [64]. También Samoa ha creado en 1999 su zona contigua en la que ejerce los poderes necesarios para prevenir y reprimir las violaciones de su normativa también en materia de protección del medio ambiente o respecto de cualquier otra ley [65].

Mayor atención se ha prestado por los Estados a los problemas vinculados con el patrimonio arqueológico e histórico en relación con la zona contigua. Por ejemplo, Portugal, al ratificar la Convención el 3 de noviembre de 1997, declaró que, dentro de una zona contigua a su mar territorial de doce millas náuticas, adoptará las medidas de control que se consideren necesarias, de conformidad con lo dispuesto en el art. 33 de la Convención; además, precisó que sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 303 de la Convención y de la aplicación de otros instrumentos jurídicos de Derecho internacional relativos a la protección del patrimonio arqueológico subacuático, cualquier objeto de carácter histórico o arqueológico encontrado en las zonas marítimas bajo su soberanía o jurisdicción sólo podrán ser removidos después de la notificación previa y con el consentimiento de las autoridades portuguesas competentes [66].

17. A finales de los noventa las dos antiguas superpotencias de la guerra fría se han sumado al grupo hoy en día mayoritario de Estados costeros que reivindican una zona contigua. Por lo que se refiere a la Federación de Rusia, su zona contigua es la franja de mar que está situada más allá de los límites del mar territorial cuyo límite exterior está a una distancia de 24 millas marinas, medidas a partir de las líneas de base desde las cuales se mide la anchura del mar territorial tal como establece la Ley Federal sobre las aguas marítimas interiores, el mar territorial y la zona contigua adoptada por la Duma Estatal el 16 de julio de 1998 y aprobada por el Consejo de la Federación el 17 de julio [67]. En su zona contigua, la Federación de Rusia ejerce el control necesario para prevenir la violación de los reglamentos aduaneros, fiscales, de inmigración o sanitarios establecidos por las leyes internas y por otros instrumentos jurídicos normativos que estén en vigor en el territorio, incluido el mar territorial; y castigar la violación de esas leyes y reglamentos cometida en el territorio, incluido el mar territorial.

18. Respecto de los Estados Unidos, por zona contigua se entiende una zona contigua al mar territorial, en la que se pueden tomar las medidas de fiscalización necesarias para prevenir que se cometan infracciones de sus le-

---

[64] Véase el párr. 7 del Decreto sobre el establecimiento de las zonas marítimas de 28 de marzo de 1996. Para Panamá, véase la Ley núm. 38, de 4 de junio de 1996, por la cual se aprueba la Convención sobre el Derecho del mar.

[65] Véase en párr. 18 de la Ley sobre zonas marítimas, Ley núm. 18, de 25 de agosto de 1999.

[66] Declaraciones análogas han sido efectuadas al ratificar la Convención por parte de Cabo Verde el 19 de agosto de 1987, Malasia el 14 de octubre de 1996, y Bangladesh el 27 de julio de 2001. Respecto de Cabo Verde véase también el art. 28 de la Ley de 21 de diciembre de 1992, citada *supra*: «*the location, exploration and recovery of any object of an archaeological and historical character, as well as treasures existing in the maritime areas of the Republic of Cape Verde [...] by any entity, whether national or foreign, shall require the express authorization of the competent national authorities*».

[67] Véanse los arts. 22 y 23, *Derecho del Mar,* Boletín núm. 46 (2001), p. 31.

yes y reglamentos administrativos, fiscales, de inmigración o sanitarios en su territorio o en su mar territorial, y sancionar las infracciones a esas leyes y reglamentos cometidas en su territorio o en su mar territorial como se establece en la Proclamación de su Presidente de 2 de septiembre de 1999 [68]. La extensión de la zona contigua de los Estados Unidos hasta los límites permitidos por el Derecho internacional promoverá los intereses de ejecución de la ley y de salud pública de los Estados Unidos. Además, esa extensión es una medida importante para prevenir la remoción del patrimonio cultural que se halla en la zona de 24 millas marinas medidas a partir de las líneas de base. De conformidad con el Derecho internacional, reflejado en las disposiciones aplicables de la Convención sobre el Derecho del Mar de 1982, dentro de la zona contigua de los Estados Unidos los buques y aeronaves de todos los países gozan de las libertades de navegación y sobrevuelo por alta mar y del tendido de cables y tuberías submarinos, así como de los demás usos internacionalmente legítimos del mar relacionados con esas libertades, como los asociados con la operación de buques, aeronaves y cables y tuberías submarinos.

19. Después del cambio de milenio, las orientaciones marcadas por la práctica estatal no se han visto modificadas, al mismo tiempo que ésta no ha perdido su dinamismo [69]. A título de ejemplo, en relación con Noruega, la Ley de 27 de junio de 2003 núm. 57, relativa a las aguas territoriales y la zona contigua dispone que se establecerá una zona contigua de 24 millas y que el Rey determinará la fecha en que ha de establecerse la zona contigua y las zonas marítimas que ha de comprender. Dentro de la zona contigua, podrá ejercerse control para prevenir y castigar la transgresión de las leyes y reglamentos aduaneros, fiscales, de inmigración y sanitarios. La legislación sobre la remoción de objetos de carácter arqueológico o histórico aplicable al mar territorial es aplicable también a la zona contigua. El Rey puede prescribir otras normas sobre el establecimiento de la zona contigua y el ejercicio de control sobre ella [70]. Palaos modificó en 2003 su Código nacional creando

---

[68] Véase *Derecho del Mar,* Boletín núm. 41 (1999), p. 48.

[69] Por lo que concierne a Bulgaria, la Ley sobre el espacio marítimo, vías navegables interiores y puertos de 28 de enero de 2000, reafirma la existencia de una zona contigua. Véase *Law of the Sea,* Bulletin no. 49 (2002), p. 28. En particular, después de la fijación de una zona contigua de 24 millas (art. 37) en la que Bulgaria ejerce el control necesario para prevenir las violaciones de sus reglamentos en materia aduanera, fiscal, de inmigración y sanitarios dentro de su territorio y mar territorial se precisa que tiene jurisdicción para castigar a cualquier persona que infrinja esos reglamentos (art. 38) y de conformidad con el art. 39: «*In case there is information that a foreign non-military ship which is in the contiguous zone has violated or intends to violate the provisions of article 38, the authorities of the Ministry of Internal Affairs and the Ministry of defence shall have right to stop the ship, carry out an inspection and take necessary measures for preventing the violation or detain the ship with a view to prosecuting the guilty persons...*». Una zona contigua de 24 millas había ya sido establecida con anterioridad. Cfr. la Ley de 8 de julio de 1987 sobre el espacio oceánico, reproducida en *The Law of the Sea*, *Current Developments in State Practice*, vol. 2, New York, 1989, pp. 3-25, y en particular, p. 12. También en *Derecho del Mar,* Boletín núm. 13 (1989), pp. 17-18 [69]. Nicaragua [69] y Timor Oriental [69] han creado una zona contigua en 2002. Véase el art. 6 de la Ley núm. 420, de 5 de marzo de 2002, y el art. 6 de la Ley núm. 7/2002, de 24 de agosto

[70] Véase la sección 4, *Derecho del Mar,* Boletín núm. 54 (2005), pp. 81-82.

además una zona contigua de 24 millas en la que el gobierno tiene y ejerce «los mismos derechos soberanos respecto de los recursos vivos» de los que dispone en el mar territorial [71].

20. Siria ha modificado su legislación sobre el mar territorial y la zona contigua de manera consistente con los límites espaciales de la Convención [72] y ha creado una zona económica exclusiva por medio de la Ley núm. 28, de 19 de noviembre de 2003 [73]. Sin embargo, las autoridades sirias siguen reivindicando en la zona contigua el ejercicio de los poderes necesarios para prevenir y reprimir las violaciones de sus leyes y reglamentos en materia sanitaria, de seguridad, fiscal, aduanera, de inmigración y medioambiental. Chipre, por medio de la Ley para permitir la proclamación de la zona contigua de 2 de abril de 2004 [74], puede ejercer en la misma, además de las competencias en materia aduanera, fiscal, de inmigración y sanitaria, el control del tráfico de los objetos de naturaleza arqueológica e histórica encontrados en esta zona. Argelia ha instituido una zona contigua de conformidad con las disposiciones de la Convención por medio del Decreto presidencial núm. 04/344, de 6 de noviembre de 2004 [75]. Mención separada merece Lituania porque aunque no haya todavía procedido a establecer legalmente una zona contigua así como una zona económica exclusiva, ya ha fijado jurídicamente a través de una serie de coordinadas geográficas su límite exterior [76].

21. Mauricio ha adoptado, el 28 de febrero de 2005, la Ley sobre la zona marítima, por la que crea su zona contigua [77] y además instituye una zona marítima cultural cuya extensión coincide con la anchura de la anterior y en la que tiene derecho a adoptar reglamentos para regular o autorizar las actividades dirigidas al patrimonio cultural subacuático [78].

Holanda ha instituido su zona contigua por medio de la Ley sobre el establecimiento de la zona contigua de 28 de abril de 2005, y el Decreto de aplica-

---

[71] Véase el párr. 143 del Capítulo 1 del título 27 del Código Nacional de Palaos.

[72] Con anterioridad reivindicaba un mar territorial de 35 millas (véase la Ley 37, de 16 de agosto de 1981, reproducida en *The Law of the Sea*, *Current Developments in State Practice*, New York, 1987, p. 93) y una zona contigua de 41 (6 millas adicionales al mar territorial de conformidad con el Decreto legislativo núm. 304 de 1963 para la «supervisión necesaria»).

[73] Véanse los arts. 19 y 20, *Law of the Sea,* Bulletin no. 55 (2004), pp. 14-20, y en particular, p. 17.

[74] Véase *Law of the Sea,* Bulletin no. 55 (2004), p. 21.

[75] Véase *Law of the Sea,* Bulletin no. 57 (2005), p. 116.

[76] Véase la Res. 1.597, de 6 de diciembre de 2004, del Gobierno de la República de Lituania relativa a la aprobación de los límites del mar territorial, de la zona contigua, de la zona económica exclusiva y de la plataforma continental, *Law of the Sea,* Bulletin no. 61 (2006), pp. 17-21. Está resolución permanecerá en vigor hasta la adopción de las leyes relevantes sobre los límites del mar territorial, de la zona contigua, de la zona económica exclusiva y de la plataforma continental.

[77] Véanse los párrs. 12 y 13, *Law of the Sea,* Bulletin no. 62 (2006), pp. 52-60, en particular p. 55.

[78] *Ibid.,* p. 58, párr. 25: «*(1) The maritime cultural zone of Mauritius is an area of sea concident with the contiguous zone. (2) The Prime Minister may take regulations to regulate and outhorise activities directed at underwater cultural Heritage within the maritime cultural zone*». Por otra parte, Mauricio tiene este mismo derecho (aunque se precisa de carácter exclusivo: «*the exclusive right*»), según el art. 24, en las aguas archipelágicas, aguas interiores y territoriales; también, según el art. 26, tiene el derecho a adoptar reglamentos para prohibir o autorizar cualquier actividad dirigida al patrimonio cultural subacuático en la zona económica exclusiva o en la plataforma continental para prevenir interferencias con los derechos soberanos y la jurisdicción de Mauricio.

ción de 14 de junio de 2006, que contempla también a los objetos arqueológicos e históricos [79]. Dinamarca ha creado la propia a través de su Ley de 24 de junio de 2005, sobre zona contigua y su orden ejecutiva de 29 de junio, que en cambio no afecta al control de los objetos arqueológicos e históricos [80]. Italia se ha atribuido más allá del límite exterior del mar territorial, en el marco de la zona de protección ecológica prevista en la Ley núm. 61, de 8 de febrero de 2006 [81], la jurisdicción para la protección y conservación del medioambiente marino, incluido el patrimonio arqueológico e histórico. La peculiaridad de esta zona consiste en que no tiene un límite exterior predefinido sino que deberá ser establecido de común acuerdo con los Estados cuyo territorio sea adyacente u opuesto al territorio italiano y mientras no existan estos acuerdos se hará referencia a la línea mediana. La Ley sobre pesquerías y jurisdicción marítima de Irlanda, de 4 de abril de 2006, establece en su párr. 84 la zona contigua irlandesa en la que el Estado puede ejercer los derechos y obligaciones previstos por el Derecho internacional [82]. La República Democrática del Congo ha establecido su zona contigua en 2009 [83].

3. LA PRÁCTICA EN FUNCIÓN DE LAS DISTINTAS ÁREAS GEOGRÁFICAS

3.1. La práctica de los Estados africanos

22. Cuando entró en vigor la Convención sobre el Derecho del mar, 14 Estados africanos habían establecido una zona contigua (Cabo Verde, Yibuti, Egipto, Gabón, Gambia, Ghana, Madagascar, Mauritania, Marruecos, Namibia, Senegal, Sudáfrica, Sudán y Túnez). A éstos hay que añadir con posterioridad Argelia, Angola, la República Democrática del Congo, Mau-

[79] Véase *Law of the Sea,* Bulletin no. 62 (2006), pp. 159-163. Sin embargo, en el memorándum explicativo del decreto se precisa que: «*the Act provides solely for the establishment of the contiguous zone. As such, the entry into force of the Act does not entail an intensification of the enforcement of or an extension of the territorial effect of legislation relating to objects of an archaeological or historical nature. This will require the relevant legislation in the Netherlands [...] to be amended. If it is decided to use the establishment of the contiguous zone for customs, taxation, immigration or public health, the applicable laws and regulations in those areas will have to be amended to create the power to apply them in that zone. If it is decided to use the establishment of the contiguous zone for objects of a historical or archaeological nature, the territorial scope of the relevant legislation will have to be extended*».

[80] Véase *Law of the Sea,* Bulletin no. 58 (2005), pp. 17-18. Por otra parte, Dinamarca, en 1984 había enmendado su ley sobre la protección del patrimonio histórico de 31 de mayo de 1963 introduciendo una regla dirigida a la protección de los objetos y lugares arqueológicos que se encuentran sobre la plataforma continental en un límite de 24 millas, cfr. Treves, T., «Codification...», cit., p. 140.

[81] Véase *Law of the Sea,* Bulletin no. 61 (2006), p. 98. Una referencia, aunque más ambigua, al patrimonio arqueológico se encuentra también en el art. 6 de la Ley de 22 de octubre de 2005, relativa a la zona de protección ecológica y a la plataforma continental de la República de Eslovenia, *Law of the Sea,* Bulletin no. 60 (2006), pp. 56-57: «*the legal order of the Republic of Slovenia and the European Union acquis in the areas of protection and preservation of the marine environment, including archaeological Heritage [...] shall apply to the ecological protection zone*».

[82] Véase *Law of the Sea,* Bulletin no. 62 (2006), pp. 61-158, y en particular p. 123.

[83] Véase el art. 6 de la Ley núm. 09/002, de 7 de mayo de 2009, sobre la delimitación de las áreas marítimas de la Republica Democrática del Congo.

ricio, Mozambique, las Seychelles y Sierra Leona. Se trata de una veintena de Estados que representan a más de la mitad de los Estados costeros e insulares del continente. Sin embargo, sigue habiendo importantes ausencias como es el caso de Libia, Eritrea, Somalia, Kenia, Tanzania, Congo, Guinea Ecuatorial, Camerún, Nigeria. La zona contigua de Liberia quedó englobada en su mar territorial de 200 millas en 1977. Benin y Somalia también reivindican un mar territorial de 200 millas y Togo de 30 millas. Tampoco Costa de Marfil y Guinea-Bissau y Santo Tomé y Príncipe han establecido una zona contigua.

23. Todos estos Estados reivindican una zona contigua de 24 millas menos Gambia y Sudán que desde los años setenta han mantenido una zona contigua de 18 millas, es decir, seis millas ulteriores respecto al mar territorial. Egipto y Sudán reivindican también competencia para hacer cumplir las leyes en materia de seguridad. Túnez reivindica sólo competencias en materia arqueológica mientras que Cabo Verde y Marruecos reivindican competencias en materia arqueológica también en la zona económica exclusiva [84]. Mauricio y Sudáfrica han creado una zona cultural marítima.

3.2. La práctica de los Estados asiáticos y del Pacífico sur

24. Por lo que concierne al continente asiático, hay que constatar que en este caso también aproximadamente veinte Estados han instituido una zona contigua [85]. En Asia del Sur, es decir, en el subcontinente indio, los cinco Estados ribereños disponen de una zona contigua [86]. Con excepción de las Maldivas cuya legislación es más reciente, los restantes Estados (Bangladesh, India, Myanmar, Pakistán y Sri Lanka) recogen en la propia, que data de los años setenta, las exigencias relativas a su seguridad como elemento adicional. Por lo que concierne al sureste asiático, se observa que los Estados continentales, lo que llega a coincidir grosso modo con Indochina (Camboya, Myanmar, Tailandia y Vietnam) [87], disponen de una zona contigua mientras que entre los Estados insulares sólo se puede mencionar a Palaos y Timor Oriental. Por consiguiente, hasta el momento Brunei Darussalam, Filipinas [88], Indonesia, Malasia y Singapur no han estimado oportuno establecer una zona contigua.

---

[84] Una pretensión similar se encuentra también en la legislación de Mauricio, al respecto véase *supra*. Para Cabo Verde también en la plataforma continental.

[85] Arabia Saudita, Bahrein, Bangladesh, Camboya, China, la República de Corea, los Emiratos Árabes Unidos, India, la República Islámica de Irán, Japón, las Maldivas, Myanmar, Omán, Pakistán, Qatar, Siria, Sri Lanka, Tailandia, Timor Oriental, Vietnam y Yemen.

[86] De 24 millas salvo la zona contigua de Bangladesh que es de 18.

[87] Las legislaciones de Camboya, Myanmar y Tailandia que son de finales de los años setenta y principio de los ochenta contemplan también las medidas de salvaguardia de la seguridad del Estado; no ocurre lo mismo con la legislación más reciente de Tailandia.

[88] Debe tenerse en cuenta que el mar territorial reivindicado por Filipinas es en realidad un rectángulo definido por coordenadas y que dicha reivindicación se extiende más allá de las 12 millas.

China dispone en la zona contigua según su legislación interna de 1992 de la potestad de prevenir o castigar la infracción de sus leyes y reglamentos también en materia de seguridad [89]. La República de Corea y Japón disponen de una zona contigua desde la mitad de los años noventa.

En Oriente Medio, hay varios Estados que no han instituido una zona contigua. Se trata de Israel y Líbano [90] en la costa mediterránea, Jordania (e Israel) en el mar Rojo [91], Irak y Kuwait [92] en el golfo Pérsico. Los restantes Estados [93] tienen una zona contigua de 24 millas salvo el caso de Arabia Saudita que sigue siendo de 18. Arabia Saudita, los Emiratos Árabes Unidos, Irán, Siria y Yemen invocan además competencia para adoptar medidas para prevenir las violaciones de su legislación en materia de seguridad [94].

25. En relación con los quince Estados del Pacífico Sur, sólo siete de ellos ha proclamado una zona contigua. En el momento en que entró en vigor la Convención, muy pocos Estados lo habían hecho [95], sin embargo la situación fue evolucionando progresivamente de manera que también Australia, Nauru, Nueva Zelanda y Samoa optaron por crear una zona contigua. Por el contrario, se mantienen en una posición de espera las Islas Cook, Fiyi, Kiribati, los Estados Federados de Micronesia, Niue, Papúa Nueva Guinea, las Islas Salomón y Tonga.

3.3. La práctica de los Estados europeos y de América del Norte

26. A la entrada en vigor de la Convención, entre los Estados europeos [96] sólo Bulgaria, Francia, Malta, Rumanía y España habían extendido su zona contigua hasta las 24 millas, mientras que Dinamarca, Finlandia y Noruega reivindicaban respectivamente una zona contigua de cuatro [97], seis [98] y 10

---

[89] Véase *supra*.

[90] También Turquía si se enumera entre los países asiáticos.

[91] La posible existencia de una zona contigua de Jordania (e Israel) en el mar Rojo carece de significado por la angostura del golfo de Aqaba. Siempre en el mar Rojo, el único país africano sin zona contigua es Eritrea.

[92] Según el art. 6 del Decreto relativo a la delimitación de la anchura del mar territorial del Estado de Kuwait de 17 de diciembre de 1967, nada de lo establecido en éste perjudicará los derechos de Kuwait a un área contigua a su mar territorial que será delimitada con posterioridad.

[93] Arabia Saudita, Bahrein, los Emiratos Árabes Unidos, la República islámica de Irán, Omán, Qatar, Siria y Yemen

[94] Véase *supra*.

[95] Las Islas Marshall, Tuvalu y Vanuatu.

[96] Con ocasión de los trabajos de la primera conferencia de codificación de La Haya de 1930, entre los 17 Estados que se mostraron favorables a la noción de zona contigua se encontraban numerosos Estados europeos (Alemania, Bélgica, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Letonia, Noruega, Polonia, Portugal y Turquía). Entre los nueve que se declararon hostiles estaban el Reino Unido y Suecia. También se oponían Canadá y Estados Unidos. Al respecto, véase GIDEL, G., «La mer territoriales...», *op. cit.*, pp. 17-19.

[97] Véase el art. 1 de la Ley Aduanera núm. 519, de 13 de diciembre de 1972.

[98] Cuando el mar territorial de Finlandia era de cuatro millas, es decir una legua escandinava, al respecto cfr. *supra*.

millas [99] medidas desde las líneas de base [100]. Actualmente, sigue habiendo muchos Estados europeos que no disponen de una zona contigua mientras que tanto Canadá como Estados Unidos han adoptado la legislación necesaria para tal efecto.

El balance numérico es todavía a favor de los detractores de la zona contigua porque son 16 los Estados europeos que no disponen de ésta [101]. Se trata de Alemania, Albania, Bosnia-Herzegovina, Croacia, Eslovenia, Estonia, Grecia, Islandia, Italia [102], Letonia, Mónaco [103], Montenegro, Polonia, el Reino Unido, Suecia y Ucrania, mientras que el grupo a favor es más reducido [104].

27. El continente europeo presenta mayor sensibilidad respecto de los yacimientos arqueológicos. Aparte de la mencionada Ley francesa de 1989 [105] debe recordarse que la Ley yugoslava de 23 de julio de 1987 sobre el mar costero y la plataforma continental consideraba recursos de ésta también los objetos arqueológicos y otros artículos enterrados. Después de la entrada en vigor de la Convención, algunos Estados europeos no han desperdiciado la ocasión para precisar sus competencias en materia arqueológica en la zona contigua como ha sido el caso de Holanda, aunque con cierta ambigüedad, y de Noruega. También Chipre puede controlar en la zona contigua el tráfico de objetos arqueológicos e históricos. Otros han ido incluso más allá, aunque de manera poco coherente, invocando dichas competencias también en la zona económica exclusiva y en la plataforma continental o en la zona de protección ecológica; como Eslovenia, Italia o Portugal [106]. También los Estados Unidos al extender hasta las veinticuatro millas la zona contigua precisaron que se trataba de una medida importante para prevenir la remoción del patrimonio cultural que se hallara en la misma [107].

28. En relación con las diferentes subregiones y mares cerrados, la situación es claramente diferenciada. En la cuenca del Mediterráneo muy pocos Estados europeos han establecido una zona contigua (Chipre, Francia, Malta

---

[99] Véase la Resolución Real de 28 de octubre de 1932, relativa a la Ley Aduanera de 22 de junio de 1928.

[100] Cfr. *The Law of the Sea. Practice of States at the time of entry into force of the United Nations Convention, op. cit.,* p. 126.

[101] Si se incluye Turquía, 18.

[102] Al respecto, cfr. *supra*.

[103] El art. L. 210-3 del Código del Mar del Principado de Mónaco aprobado por la Ley núm. 1.198, de 27 de marzo de 1998, precisa que se entiende por «zona adyacente» cualquier zona contigua al mar territorial sobre la que el Principado de Mónaco ejerce o puede ejercer los derechos reconocidos a los Estados costeros por el Derecho internacional, *Law of the Sea,* Bulletin no. 40 (1999), p. 38.

[104] Son sólo 13 los Estados europeos que tienen zona contigua: Bélgica, Bulgaria, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Holanda, Irlanda, Malta, Noruega, Portugal, Rumanía y la Federación de Rusia. Una situación similar es la Lituania, al respecto, cfr. *supra*. Al parecer también Georgia tiene una zona contigua de 24 millas de conformidad con lo establecido por los arts. 28 y 29 de la Ley de 24 de diciembre de 1998 relativa al espacio naval de Georgia, sin embargo no se ha podido disponer de ninguna traducción de la citada ley.

[105] Sobre la Ley danesa de 1984, cfr. *supra*.

[106] Cfr. *supra*.

[107] Véase *supra*.

y España) [108]. En el océano Ártico todos los Estados implicados tienen zona contigua [109]. En el Báltico sólo Dinamarca, Finlandia y la Federación de Rusia tienen zona contigua [110]. En el mar del Norte sólo Alemania y el Reino Unido no disponen de una zona contigua. Finalmente en el mar Negro sólo Turquía y Ucrania no tienen zona contigua [111].

3.4. La práctica de los Estados latinoamericanos y del Caribe

29. En América Central entre los Estados que no han instituido una zona contigua encontramos a Guatemala, Belice y Costa Rica mientras que la han creado México, Honduras, Nicaragua y Panamá. El Salvador sigue reivindicando un mar territorial de 200 millas. La gran mayoría de los países caribeños ha creado una zona contigua [112] menos las Bahamas y Barbados.

Respecto de las competencias adicionales que la legislación interna invoca en la zona contigua, aparte de las pretensiones de Haití (y también de Venezuela) en materia de seguridad sólo debe destacarse la legislación cubana que menciona medidas de fiscalización relativas al medio ambiente y a los recursos naturales [113]. Por otra parte, la legislación cubana hace particular hincapié en las competencias del Estado ribereño en relación con el patrimonio cultural y en los restos arqueológicos [114].

30. En América del Sur, Ecuador y Perú sieguen reivindicando un mar territorial de doscientas millas en la costa del Pacífico. Colombia, Guyana y Surinam no tienen aún zona contigua. Por el contrario, han establecido una zona contigua Venezuela (de quince millas) [115], Brasil, Uruguay, Argentina y Chile.

4. LAS COMPETENCIAS DEL ESTADO RIBEREÑO EN LA ZONA CONTIGUA A LA LUZ DE LA PRÁCTICA

31. En relación con las competencias que el Estado ribereño puede ejercer en el ámbito de la zona contigua, la práctica estatal no ha sido siempre del todo homogénea. Como es sabido, los antecedentes más remotos

---

[108] En su conjunto, sean éstos africanos, asiáticos o europeos, menos de la mitad de los Estados mediterráneos han instituido una zona contigua.

[109] A menos que no se considere también a Islandia como un Estado ribereño del océano Ártico visto que se encuentra justo en el límite del círculo polar ártico. Islandia es miembro de pleno derecho del Consejo Ártico. También Finlandia y Suecia participan aunque no tengan litoral ártico.

[110] Respecto de Lituania, cfr. *supra*.

[111] Respecto de Georgia, cfr. *supra*.

[112] Antigua y Barbuda, Cuba, Dominica, la República Dominicana, Grenada, Haití, Jamaica, Santa Lucía, San Cristóbal y Nieves, San Vicente y las Granadinas y Trinidad y Tobago.

[113] En este sentido, véase también la legislación de Malta que se refiere también a la prevención de la contaminación. Cfr. además, la legislación de Irán y de Samoa.

[114] Véase s*upra*.

[115] Véase s*upra*.

de ésta se encuentran en una legislación del Reino Unido del siglo XVIII [116] que permitía el apresamiento de los buques contrabandistas hasta las ocho leguas de la costa, es decir las 24 millas [117]; sin embargo, este mismo Estado modificó su comportamiento a partir de 1850 en relación con el asunto del *Petit Jules* [118] y se convirtió después en los años siguientes en un acérrimo defensor de la libertad del alta mar, negando por lo tanto la existencia de competencias estatales más allá del límite exterior del mar territorial. Por otra parte, se observó también un enfoque distinto consistente en el hecho de que varios Estados, sobre todo europeos, reivindicaron una pluralidad de zonas jurisdiccionales diferenciadas. La práctica de un tercer grupo de Estados fue mucho más próxima al concepto actual de zona contigua. En efecto, algunos Estados latinoamericanos reclamaban una franja a título de soberanía y más allá una segunda zona en la cual el Estado ostentaba los poderes de policía vinculados sólo a las competencias en materia aduanera y de seguridad.

En el periodo de entreguerras se consolidó el concepto de zona contigua, sobre todo en relación con la práctica convencional bilateral promovida por los Estados Unidos durante la vigencia de la ley que prohibía el consumo de sustancias alcohólicas [119], pero el fracaso de la Conferencia de codificación de La Haya no permitió aclarar definitivamente la cuestión.

32. Por lo que concierne a los preparativos de la primera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del mar, el proyecto presentado por la Comisión de Derecho Internacional habilitaba al establecimiento de una zona para prevenir y reprimir las infracciones de los reglamentos del Estado ribereño en materia aduanera, fiscal y sanitaria [120]. La Comisión en cambio no reconoció la existencia de derechos especiales en materia de seguridad en el ámbito de la zona contigua porque consideró que, por la extrema vaguedad del término seguridad, se podrían producir abusos y por lo tanto la protección de esos derechos no era necesaria. La Comisión tampoco mantuvo su decisión previa consistente en garantizar al Estado costero en su zona contigua el derecho de controlar la inmigración y la emigración [121].

Durante la Conferencia, Polonia presentó una propuesta que contemplaba la posibilidad de establecer una zona contigua por razones de seguridad; sin embargo, después de haber sido aprobada en la primera Comisión no logró

---

[116] Acerca de los antecedentes históricos de la zona contigua, cfr. FROMMER, A. M., «The British hovering acts: a contribution to the study of contiguous zone», *RBDI*, vol. 16, 1981-1982-2, pp. 434-458.

[117] Al respecto, cfr. *inter alia* CHURCHILL, R. R., y LOWE, A. V., *op. cit.*, p. 132.

[118] Se trataba de un buque contrabandista francés capturado a 23 millas de la Isla de Wight ese mismo año. También había habido controversias en la primera mitad del siglo XIX en relación con el apresamiento de buques británicos en la zona aduanera española de seis millas.

[119] Los Estados Unidos celebraron antes de levantar la prohibición en 1933, 16 tratados con el Reino Unido, Alemania, Panamá, Holanda, Cuba, Suecia, Noruega, Dinamarca, Italia, Francia, Bélgica, España, Grecia, Japón, Polonia y Chile.

[120] Cfr. el proyecto de art. 66, *Yearbook of the International Law Commission*, 1956, vol. 2, p. 264.

[121] Véase *ibid.,* p. 295.

la mayoría de votos requerida para su adopción por la sesión plenaria, mientras que fue aprobada otra propuesta de Sri Lanka relativa al control de la inmigración [122].

33. La práctica legislativa estatal posterior a la adopción y entrada en vigor de la Convención sobre el Derecho del mar en relación con las competencias que los Estados costeros han previsto en su zona contigua, plantea el problema de si se trata de un capítulo realmente cerrado. En efecto, aunque no puede haber dudas razonables acerca del carácter taxativo de la enumeración de las competencias del Estado ribereño respecto de la zona contigua adyacente a su mar territorial, una visión de conjunto de la legislación estatal no elimina algunos comportamientos contradictorios.

Es cierto que la gran mayoría de los Estados han incorporado a su legislación interna de manera precisa el régimen convencional bien por mera remisión legislativa o más frecuentemente reproduciendo literalmente su contenido; sin embargo, no se pueden olvidar determinadas actitudes extravagantes por parte de Estados muy importantes en el ámbito de la actual Comunidad internacional.

En particular, en ciertas regiones o áreas geográficas se sigue advirtiendo con mayor sensibilidad que en otras la necesidad de preservar determinados intereses estatales. Esto no siempre comporta una contradicción con el régimen convencional existente como ocurre, por ejemplo, en relación con el mayor protagonismo que adquiere en la cuenca del Mediterráneo la tutela de los objetos arqueológicos que se encuentran en el fondo del mar. Por el contrario, en otros contextos geográficos como, por ejemplo, el de los Estados del mar Rojo, del golfo Pérsico, del subcontinente indio o del mar de China, la consideración reiterada que las legislaciones internas ofrecen a las cuestiones vinculadas a la seguridad del Estado ribereño suponen una desviación evidente del Derecho codificado.

5. CONCLUSIONES

Considerando que en la zona contigua el Estado ribereño tiene los mismos poderes que ostenta en el mar territorial aunque con finalidades más específicas [123], el análisis de la práctica legislativa interna más reciente propone algunas consideraciones conclusivas al mismo tiempo que plantea algunos interrogantes.

En primer lugar, después de un largo periodo de incertidumbre el concepto de zona contigua en su dimensión tradicional ha vuelto a reafirmarse de manera preponderante como una realidad concreta en la práctica de los

---

[122] Véase SYMONIDES, J., *op. cit.,* p. 205.

[123] Véase ODA, S., «The concept of the contiguous zone», *ICLQ*, vol. 11, 1962, p. 153. Sobre la cuestión, cfr. también LOWE, A. V., «The Development of the concept of the contiguous zone», *BYIL*, vol. 52, 1982, pp. 109-169.

Estados. Aunque pueda tener menos importancia al existir un mar territorial más amplio en el lado interior y frecuentemente una zona económica exclusiva en el lado exterior de ésta, no tiene menor consistencia jurídica. Sin embargo, ¿cómo entender las reticencias de algunos Estados importantes? ¿Se trata de un olvido, de una mera inercia o siguen significando un rechazo frontal a una categoría bien asentada? ¿Cuáles son las posibles consecuencias de estas resistencias visto que la existencia de este espacio viene reconocida expresamente por un convenio de codificación de participación universal?

En segundo lugar, salvo rarísimas excepciones que constituyen más un lastre del pasado, no hay discusión relevante en relación con su anchura aunque difieren a veces las formas en que se procede a concretarla. Por otra parte, su proclamación carece de sentido por aquellos muy pocos Estados que todavía insisten en la existencia de un mar territorial de gran extensión.

En tercer lugar, algunos Estados insisten en reivindicar otras competencias distintas a las generalmente aceptadas como es el caso de la potestad para adoptar las medidas necesarias para hacer cumplir la legislación en materia de seguridad. Puede tratarse de una tendencia de carácter regional o puede ser una redundancia del derecho de legítima defensa prevista por el Derecho internacional general. De todos modos, no se despeja la duda de si las llamadas zonas seguridad no admitidas en tiempo de paz, tendrían legitimidad en caso de declararse las hostilidades.

En cuarto lugar, no ha sido todavía aprovechada adecuadamente la facultad prevista en el régimen convencional vigente de extender al ámbito específico de la zona continua también la jurisdicción respecto de los objetos arqueológicos, a pesar de que hay algunos precedentes que apuntan hacia la creación de una zona cultural marítima.

En quinto lugar, es totalmente evidente que para que exista una zona contigua a lo largo de las costas de un Estado sigue siendo absolutamente necesario un acto legislativo de creación, aunque en ocasiones puede ser sustituido por una manifestación inequívoca de la voluntad del Estado expresada de distinta manera.

Finalmente, no debe pasarse por alto el problema latente de la delimitación de la zona contigua entre Estados cuyas costas sean adyacentes o situadas frente a frente. En efecto, aunque el nuevo régimen convencional haya eliminado cualquier referencia al tema, no se puede todavía afirmar que se trate de una cuestión definitivamente resuelta. En realidad, mientras que por un lado se constata una total ausencia de nuevos elementos por lo que concierne a la práctica convencional, por el otro nos encontramos con la evidencia de que el tema sigue siendo recurrente en la legislación interna de los Estados, por lo que habrá que estar atentos a futuros desarrollos.

RESUMEN

LA REDEFINICIÓN DE LA ZONA CONTIGUA POR LA LEGISLACIÓN INTERNA DE LOS ESTADOS

Aunque la Convención de Ginebra de 1958 habilitaba a la creación de una zona contigua, relativamente pocos Estados adoptaron una legislación que efectivamente estableciera una zona de esa naturaleza. Con posterioridad, en cambio, se asistió a la adopción creciente de una zona contigua por parte de los Estados ribereños. Más recientemente, se puede constatar que ochenta Estados reivindican una zona contigua, mientras que la participación en la CNUDM ha alcanzado el número de 160 partes.

Después de un periodo de incertidumbre el concepto de zona contigua ha vuelto a reafirmarse como una realidad concreta en la práctica legislativa de los Estados. Sin embargo, no ha sido todavía aprovechada adecuadamente la facultad de extender la jurisdicción del Estado ribereño respecto de los objetos arqueológicos, a pesar de la creación por parte de algunos países de una zona cultural marítima.

Palabras clave: Derecho del mar, zona contigua, CNUDM, legislación estatal.

ABSTRACT

THE REDEFINITION OF THE CONTIGUOUS ZONE BY THE INTERNAL LEGISLATION OF THE STATES

Although the Geneva Convention of 1958 allowed the creation of a contiguous zone, relatively few states adopted a legislation that effectively establish a zone of that nature. Subsequently however the increasing adoption of a contiguous zone by coastal States could be seen. More recently, it can be seen that eighty States claim a contiguous zone, while the participation in the UNCLOS has reached the number 160 parties.

After a period of uncertainty the contiguous zone concept has been re-affirmed as a concrete reality in legislative practice of States. However, it has not yet been adequately exploited the right to extend Coastal State jurisdiction in respect of archaeological objects, despite the creation by some countries of a maritime cultural zone.

Keywords: Law of the sea, contiguos zone, UNCLOS, internal legislation.

RESUMÉ

LA REDÉFINITION DE LA ZONE CONTIGÜE PAR LA LÉGISLATION INTERNE DES ETATS

Bien que la Convention de Genève de 1958 habilitait la création d'une zone contigüe, relativement peu d'États avaient adopté une législation qui aurait eu pour effet de créer une zone de cette nature. Plus tard, au contraire, on a vu l'adoption croissante d'une zone contigüe par les États riverains. Plus récemment, on peut constater que quatre-vingts États revendiquent une zone contiguë, tandis que la participation en la CNUDM a atteint le nombre de 160 parties.

Après une période d'incertitude, le concept de zone contiguë a été réaffirmé comme une réalité concrète dans la pratique législative des Etats. Toutefois, il n'a pas encore été suffisamment exploité le droit de prolonger la juridiction de l'État riverain pour ce qui concerne les objets archéologiques, en dépit de la création par certains pays d'une zone maritime culturel.

Mots-clés: Droit de la mer, zone contigüe, CNUDM, législation nationale.

Revista Española de Derecho Internacional
Sección JURISPRUDENCIA
© 2010 Asociación de Profesores
de Derecho Internacional y
Relaciones Internacionales
ISSN: 0034-9380, vol. LXII/1
Madrid, enero-junio 2010 págs. 145-195

A) JURISPRUDENCIA 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 DERECHO INTERNACIONAL Y DERECHO INTERNO.—3. ESTATUTO INTERNACIONAL DEL ESTADO.—4. DERECHO DEL MAR.—5. ASILO Y REFUGIO.—6. DERECHOS HUMANOS.—6.1. Cuestiones preliminares.—6.2. Extradición.—6.3. Jurisdicción universal.—6.4. Derechos humanos y jurisdicción universal.—6.5. Recurso de casación y derecho a una doble instancia penal.—6.6. Art. 10.2 Constitución Española.

1. INTRODUCCIÓN

Como en crónicas anteriores sobresale el apartado dedicado a los derechos humanos, importante incluso en su proyección extraterritorial (así, en materia de extradición, de justicia universal, alta mar o de terrorismo). La importancia de esta materia podría ser aún mayor, teniendo en cuenta que los demás epígrafes de esta crónica también dan cuenta de resoluciones judiciales vinculadas a la protección de los derechos fundamentales (obsérvese, por ejemplo, la Sentencia relativa a las reservas formuladas por España al Convenio Europeo de Derechos Humanos, ubicada en el apartado «Relaciones entre Derecho internacional y Derecho interno»). Por consiguiente, el enfoque compartimentado y ordenado *ratione materiae* de la jurisprudencia tiene por objeto facilitar de esta suerte el carácter didáctico de la misma

* La selección se ha efectuado sobre resoluciones dictadas en el primer semestre de 2009. Colaboran en la presente crónica Eva Díez Peralta, Rafael Marín Aís, Pablo Martín Rodríguez, Javier Roldán Barbero, de las Universidades de Granada y Almería.

(para estudios más generales y panorámicos me permito citar mi estudio «El juez español y el Derecho internacional», en prensa para su publicación en el libro coordinado por J. CARDONA LLORENS, *Cuestiones actuales de la jurisdicción internacional*, Tirant lo Blanch).

La continuidad esencial de los temas tratados confirma que la jurisprudencia española en torno al Derecho internacional público sigue centrada en algunos, no muchos, temas, pese a la proliferación y diversificación de las actividades exteriores del Estado que pueden resultar jurídicamente —y también judicialmente— relevantes. Desde luego, los argumentos internacionales son cada vez más abundantes y frecuentes en las resoluciones dictadas por nuestros jueces y tribunales, y aun por órganos administrativos (cfr., por ejemplo, la Resolución adoptada por la Agencia de Protección de datos, de 13 de febrero de 2009, en relación con un caso de dopaje en el ciclismo; en ella se invoca, además de una directiva comunitaria, el Convenio concluido en materia de protección de datos por el Consejo de Europa).

Así pues, toda pretensión de exhaustividad sería ilusoria y además inconveniente, ya que a menudo la «conexión internacional» es poco significativa. De ahí que esta crónica —y, por lo general, las sucesivas— se circunscriban a las resoluciones relevantes dictadas por el Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo, la Audiencia Nacional y los Tribunales Superiores de Justicia.

El juez nacional va asumiendo, ciertamente, su función de juez común del Derecho internacional, ordenamiento hacia el que muestra, en términos generales, una actitud abierta y receptiva. No faltan en la jurisprudencia recaída en el primer semestre de 2009 algunas propuestas *de lege ferenda* atinentes al sistema internacional relativas a la mejor precisión del delito de terrorismo o a la correcta observancia por España de la doble instancia en materia penal exigida por el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966. Tampoco pasemos por alto el papel vanguardista asumido por nuestros jueces y tribunales en materia de justicia universal, que se extiende a lo largo de los últimos años. No es de extrañar esta apertura exterior si tenemos en cuenta que la cooperación jurídica internacional está mediatizando cada vez más no sólo su jurisprudencia, sino también el desempeño de sus funciones (piénsese en la rampante cooperación judicial transnacional en cuestiones como la extradición —o la orden europea de detención y entrega— y el terrorismo digamos «yihadista»).

Ahora bien, esta internacionalización del juez español (o, si se prefiere, la judicialización interna del Derecho internacional) sigue estando limitada por varios factores: la jurisprudencia española en materia jurídico-internacional sigue adoleciendo de impropiedades e incertidumbres terminológicas y conceptuales. Así ocurre a la hora de citar, con frecuencia sin justificar su valor jurídico general y para España, de distintos instrumentos internacionales. Desde luego, el tratado —en sus diversas denominaciones— es el instrumento predominante al ofrecer mayor seguridad y visibilidad jurídica. Pero la atracción hacia el Derecho escrito lleva a ignorar el difuso umbral de normatividad que atraviesa al *Derecho de gentes*, esa *twilight zone* tan recurrente en las relaciones internacionales. Así nos encontramos alguna resolución que no sólo maneja resueltamente acuerdos no normativos, sino que llega a invocar acuerdos internacionales no interestatales. Es el caso de la Sentencia 409/2009 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 26 de marzo de 2009. En esta decisión, en efecto, se pondera la Carta Europea de Salvaguardia de los Derechos Humanos en la Ciudad, documento impulsado por el Ayuntamiento de Barcelona y suscrito ya por más de 350 ciudades. Bien pensado, no es raro que esto suceda si ponderamos, además de las propias ambigüedades propias del orde-

namiento internacional (y que en algún caso se manifiestan en el otorgamiento de un voto particular), la escasa formación iusinternacionalista que se precisa para alcanzar la judicatura en nuestro país. En segundo lugar, aunque superada la concepción meramente gubernamental de la política exterior, no dejan de advertirse cautelas en los órganos judiciales españoles al abordar este campo, tradicionalmente más oscurantista y más político, de las normas y obligaciones que vinculan a y en España. Así sucede con la STS, más adelante reseñada, en que el tribunal rehúsa entrar a valorar las garantías diplomáticas que Rusia ha podido ofrecer a España a fin de asegurar que la pena capital no sea impuesta a la persona requerida de extradición. También es interesante, respecto a los límites de lo político y lo judicial, la STC 98/2009, de 27 de abril, en la cual se entra a conocer, y se desestima, el recurso de amparo planteado por algunos diputados españoles (entre ellos, Rodríguez Zapatero) alegando vulneración del derecho al ejercicio del cargo parlamentario ante la decisión tomada por el Gobierno de José María Aznar de no convocar a la Diputación Permanente del Congreso para informar sobre la guerra de Irak.

Por otra parte, no soslayemos la mención, aunque sí el comentario, de otras resoluciones que se desenvuelven en el contexto internacional, en la política exterior del Estado y que son sustanciadas judicialmente sin llegar a manejar propiamente normas internacionales: éste sería el caso de la Sentencia dictada por la Audiencia Nacional el 16 de mayo de 2009 en la que recae condena por el delito de falsedad a los acusados por el accidente del Yak-42.

En consecuencia, podemos reproducir las palabras publicadas en 1990 por L. I. Sánchez Rodríguez, que, desgraciadamente, siguen teniendo una parte importante de verdad veinte años después: «Si la jurisprudencia es un reflejo importante de la vida jurídica de un país, habrá que convenir que el mundo jurídico español no se muestra especialmente sensible a las instituciones y problemas de nuestro ordenamiento, diagnóstico éste que no guarda la debida coherencia con respecto a la fuerte integración de nuestro país en las relaciones e instituciones públicas internacionales. Muchas son las decisiones en las que se aplican normas internacionales, pero la ratio rectora de la solución suele ser rutinaria, apetitiva y presidida por una escasa originalidad [...]. En otros casos, existen posibles técnicas de solución jurídico-internacional, pero nuestros jueces y tribunales prefieren acudir a otros expedientes técnicos en los que se sienten confortables y seguros» (*REDI* 1990-I, p. 194).

Conviene hacer una observación previa más: la Crónica está enfocada propiamente hacia el Derecho internacional, y no hacia el Derecho de la UE, que cuenta con singularidades y más reseñas provenientes de las revistas especializadas. Sin embargo, el argumento comunitarista saldrá a relucir en aquellas cuestiones intrínsecamente internacionales (como el derecho de asilo) o en aquellas —abundantes— resoluciones en las cuales los fundamentos iusinternacionalistas y europeístas se yuxtaponen y hasta se confunden.

Pasamos, pues, a continuación a glosar, con la oportuna consignación de la persona autora del comentario, la jurisprudencia española en materia de Derecho internacional público relativa al primer semestre de 2009 (el lector sabrá entender que omitamos, en términos generales, desarrollos judiciales posteriores, que servirían para contextualizar mejor esta crónica, y que serán objeto de posteriores comentarios).

Javier ROLDÁN BARBERO

2. RELACIONES ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNO

DERECHOS HUMANOS.—Reserva de España a los arts. 5.1 y 6.1 CEDH.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Militar, Sección 1.ª), de 19 de enero de 2009. Ponente: Ilmo Sr. D. Fernando Pignatelli Meca.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 2807915001200900003.

En idéntico sentido:

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Militar, Sección 1.ª), de 2 de abril de 2009. Ponente: Ilmo Sr. D. Fernando Pignatelli Meca.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Militar, Sección 1.ª), de 14 de mayo de 2009. Ponente: Ilmo Sr. D. Francisco Menchen Herreros.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Militar, Sección 1.ª), de 22 de junio de 2009. Ponente: Ilmo Sr. D. Benito Gálvez Acosta.

SEGUNDO.—Al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, alega el promovente, en el primero de los motivos casacionales, haberse vulnerado su derecho a la libertad personal consagrado en el artículo 17 de la Constitución en relación con el artículo 10 de esta última, que establece que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos sobre las mismas materias ratificados por España, pues siendo así que el artículo 5.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales establece que nadie puede ser privado de su libertad salvo en los casos y con arreglo al procedimiento establecido por la ley, es decir, si ha sido penado legalmente en virtud de una sentencia dictada por un tribunal competente y no por una autoridad administrativa, la sanción de privación de libertad impuesta al recurrente vulnera el citado Convenio —pues España no tiene realizada reserva alguna al mismo para la Ley Orgánica 8/1998—, el artículo 10 de la Constitución y el derecho fundamental del artículo 25 del Primer Cuerpo Legal. Finalmente, al amparo del artículo 35.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, insta a la Sala a plantear al Juez de la Constitución la cuestión de inconstitucionalidad de los artículos 28 a 36 de la Ley Orgánica 8/1998, que, a su juicio, vulneran la Constitución Española.

En síntesis, a juicio del recurrente su derecho a la libertad personal se habría visto lesionado porque la Ley Orgánica 8/1998, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, entró en vigor sin haberse renovado la reserva formulada por España al ratificar, mediante Instrumento de 4 de octubre de 1979, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, reservándose la aplicación de los artículos 5 y 6 del mismo «en la medida en que fueran incompatibles con las disposiciones que, en relación con el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, se contienen en el Título XV del Tratado II y en el Título XXIV del Tratado III del Código de Justicia Militar» de 1945, a la sazón vigente.

Dicha reserva a los artículos 5 y 6 del aludido Convenio fue mantenida (BOE núm. 234, de 30 de septiembre de 1986) en relación con la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, que entró en vigor el 1 de junio de 1986, y cuyos Capítulos II del Título III y II, III y V del Título IV vinieron a sustituir a las mencionadas disposiciones del por ella derogado Código de Justicia Militar.

Ciertamente, al promulgarse la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, actualmente vigente, que derogó la Ley Orgánica 12/1985, no se formuló por España declaración alguna al respecto, de lo que concluye el recurrente que la facultad de la Administración militar para imponer sanciones privativas de libertad que, «a contrario sensu», otorga a aquella el artículo 25.3 de la Constitución y que, a partir de la entrada en vigor para España del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, encontró cobertura en la reserva que el Estado español formuló a los artículos 5 y 6 del aludido tratado en el momento de ratificarlo, carecía, en la fecha en que fue sancionado por el Coronel Jefe del Ala núm. 37 y Base Aérea de Villanubla (Valladolid), de la cobertura de la reserva efectuada en 1979 y mantenida en 1986, por lo que, al serle impuesta con arreglo a la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, la sanción privativa de libertad que ahora recurre se habría producido la lesión de su derecho esencial a la libertad personal puesto que una vez vigente la Ley Orgánica 8/1998 no se habría llevado a cabo por el Estado español manifestación alguna en relación a los artículos 5 y 6 del Convenio de Roma.

No comparte la Sala tal inferencia como resulta del tenor de nuestras Sentencias de 6 de febrero, 28 de octubre y 13 de noviembre de 2008. La reserva formulada en 1979 y «mantenida» en 1986, en ambos casos al amparo del artículo 64 del Convenio Roma de 4 de noviembre de 1950, ha sido igualmente «mantenida» en 2007 por España (BOE núm. 267, de 7 de noviembre de 2007) en relación a la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre. Como dice nuestra Sentencia de 6 de febrero de 2008 «la reserva española "tenía y ha tenido siempre por objeto el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas" (FD 37, apartado tercero STEDH. 02.11.2006) en un principio regulado en el CJM (Instrumento de Ratificación de fecha 26.09.1979), posteriormente reemplazado por LO 12/1985, de lo que se informó el 28.05.1986 a las Partes del Convenio. Esta última LO ha sido sustituida a su vez por la vigente LO 8/1998, cambio legislativo de que el Consejo de Europa no fue informado con anterioridad a la entrada en vigor de la reiterada LO 8/1998, ni tal comunicación se ha producido hasta el 23.05.2007 fecha en la que el Reino de España mantuvo su reserva en los términos publicados en el BOE de 07.11.2007, esto es, "España, de conformidad con el artículo 64 del Convenio, se reserva la aplicación de los artículos 5 y 6 en la medida que resulten incompatibles con la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre —Capítulos II y III del Titulo III y Capítulos I, II, III, IV y V del Titulo IV— del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, que entró en vigor el 3 de febrero de 1999"»; tras ello, la indicada Sentencia señala que «ninguna duda creemos que existe sobre el ámbito material de la reserva, cuya corrección en el momento de ser formulada no ha llegado a cuestionarse, en la medida en que se presentó en tiempo oportuno, respecto de una disposición particular del Convenio, en cuanto que una Ley en vigor estaba en desacuerdo con la disposición, se acompañó la reserva de una breve exposición de la Ley del Estado y la dicha reserva no tenía carácter general (art. 64 del Convenio, actual art. 57 y SSTEDH recaídas en los casos "Belilos", de fecha 29.04.1988 y "Weber" 22.05.1990). La duda que suscita el recurrente se sitúa en relación con la validez de aquella reserva, tras la omisión del Estado español del deber de informar sobre la sustitución de la LO 12/1985 por la LO 8/1998. Quien recurre sostiene que los efectos de la reserva, esto es, la exclusión de los efectos jurídicos de aquellas normas convencionales (arts. 5 y 6 del Convenio), en cuanto

a su aplicación al Estado español (vid. art. 2.1.d) de la Convención de Viena), habrían quedado en suspenso reanudando su virtualidad a raíz de la formalización de lo que la parte llama reserva hecha en 2007 sin adicionales matizaciones. No compartimos lo que se afirma porque, sin perjuicio de la competencia del TEDH para declarar la validez de las reservas, en el caso de haber decaído la misma como consecuencia de aquella falta de comunicación, no creemos que pueda reactivarse una reserva ya finalizada porque ello sería contrario al texto y al espíritu del Convenio, que solo consiente reservas hechas al tiempo de su firma o adhesión (actual art. 57 del Convenio)».

La cuestión básica a resolver es, pues, si la falta de notificación por el Estado español al Secretariado del Consejo de Europa de la modificación legislativa operada a partir de 1998 respecto al Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas afecta a la virtualidad de la reserva inicialmente formulada en 1979 y «mantenida» en 1986 a los artículos 5 y 6 del Convenio Europeo de 1950 en relación con dicho Régimen Disciplinario. Como indica esta Sala en su Sentencia de 13 de noviembre de 2008 en relación a si el Estado español debió actualizar la reserva inicialmente formulada a los artículos 5 y 6 del Convenio hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 «respecto al personal militar o si, por el contrario, tratándose de una ley idéntica no era necesario, dada la homogeneidad de los regímenes disciplinarios establecidos en ambas leyes, notificar el cambio legislativo», y tras puntualizar que «el Estado Español siempre ha tenido la voluntad de mantener la reserva a los arts. 5.1 y 6.1 del CEDH, en el caso de las Fuerzas Armadas, como lo demuestran las sucesivas actualizaciones que hizo a la reserva inicial, no importa que en el caso de la Ley 8/98 no lo hiciera hasta mayo de 2007», concluye la indicada Sentencia que «el Convenio de Roma no establece obligación por parte de los Estados de actualizar las reservas hechas al inicio de la ratificación del Tratado.

Sin embargo, la praxis y lo que es más relevante a los efectos aquí examinados, el TEDH (caso Dacosta Silva de 2 de noviembre de 2006 EDJ 2006/277898) así lo exigen por razones de seguridad jurídica, ya que pudiera ocurrir que la normativa sustitutiva de la anterior que sí fue objeto de reserva, introdujera modificaciones sustanciales respecto a la antigua normativa, de suerte que pudiera resultar incompatible con el Convenio de Roma, de ahí que el Tribunal obligue a los Estados nacionales a comunicar cada cambio legislativo que se produzca respecto a las leyes objeto de reserva a fin de verificar su acomodación a los términos del Convenio».

La aludida Sentencia de 13.11.2008 señala que «sentado por las razones dichas que existe obligación de actualizar las reservas (STEDH Caso Belilos vs Suiza de 29 de abril de 1988 y Weber vs Suiza 22 de mayo de 1990 —EDJ 1988/10470 y EDJ1990/12363, respectivamente—) cualquiera que sea la denominación utilizada, la inmediata cuestión a dilucidar es si la reserva queda suspendida hasta que se actualice o si, por el contrario, continúa en vigor en tanto que el Tribunal declare incompatible la nueva ley con el Tratado», y frente a la tesis del recurrente que «así lo entiende con la consecuencia de que el arresto impuesto en el tiempo en que la reserva aún no había sido actualizada es nulo», afirma que «esta Sala por el contrario, tal como dijimos en nuestras sentencias anteriormente citadas, considera que la reserva a los arts. 5.1 y 6.1 del Convenio estaba en vigor en la fecha en que tuvo lugar el arresto del recurrente y ello porque las reservas cumplen una función diferente a la de las actualizaciones. En efecto, las reservas (admitidas en el Convenio de Roma siempre que no sean generales) tienen como fin excluir en los términos que el Convenio autoriza la aplicación de algunos preceptos de este último. Por el contrario, las actualizaciones responden a otra finalidad: la de permitir un control a posteriori por parte del TEDH de que las modificaciones introducidas en la ley objeto de reserva se ajustan al Convenio, al no introducir un régimen jurídico diferente al anterior, salvo modificaciones, y, por tanto, no esencial. Pues bien, desde esta perspectiva, es decir,

del fin de la norma, es claro que en el presente caso el hecho de que el Estado Español se retrasase varios años en la notificación del cambio legislativo realizado en el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, no conlleva como se pretende, la nulidad del arresto impuesto al recurrente ya que la notificación de la aprobación de la ley permite al TEDH comprobar, aunque tardíamente bien es cierto, si la mencionada ley se adapta o no al Convenio, pudiendo ocurrir que el TEDH así lo considerase (lo que por otra parte parece improbable, pues como señalamos en nuestras sentencias anteriormente referidas, se trata de leyes, la anterior y la nueva, prácticamente idénticas), en cuyo caso la reserva hecha carecería de efectos respecto a la ley posterior, siendo de aplicación la integridad del Convenio, pero hasta que esta hipótesis no se dé, la reserva es válida en razón a que su eficacia no queda condicionada, como se sostiene de contrario, a su actualización ya que ésta cumple una función distinta: la de propiciar en su caso que el TEDH pueda hacer un examen a posteriori respecto a la compatibilidad de la nueva ley con el Convenio. Efectuada esta actualización, habrá de ser el propio TEDH quien en su caso, declare incompatible la ley con el Tratado. Hasta que esta eventualidad no se produzca, la reserva inicialmente hecha por el Estado Español extiende sus efectos a la Ley 8/98 de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas».

TERCERO.—En relación con lo que ha quedado expuesto, hemos de señalar que el Tribunal Constitucional en su Sentencia núm. 141/1998, de 29 de junio, seguida por la del Pleno de dicho Tribunal núm. 292/2005, de 10 de noviembre, afirma que «la reserva consiste en una declaración unilateral hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado multilateral, o al adherirse a él, y si tiene por finalidad excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado, según disponen los arts. 2.1.d) y 21.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados, de 1969 (cuyo Instrumento de adhesión fue publicado en el BOE de 13 de junio de 1980), la consecuencia es que la reserva, en cuanto modifica o excluye una disposición, forma parte del tratado y, por la misma razón, también forma parte de él la retirada de la misma». En este mismo sentido se pronuncia el artículo 2.d) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, a la que se adhirió España mediante Instrumento de 16 de mayo de 1972 (BOE núm. 142, de 13 de junio de 1980).

La reserva formulada por España en 1979 a los artículos 5 y 6 del Convenio de 4 de noviembre de 1950 puede calificarse como una reserva sustantiva de exclusión de cláusulas del Convenio, pues trata de evitar o excluir algunos de los efectos jurídicos que se derivan de los citados preceptos, siendo una reserva permitida por el tratado sobre el que opera (artículo 64 del primitivo texto del mismo, hoy 57 según la modificación del articulado operada por el Protocolo núm. 11, de 11 de mayo de 1994, ratificado por España el 16 de diciembre de 1996 —BOE núm. 152, de 26 de junio de 1998—) y compatible con el objeto y el fin del mismo; la reserva española de mérito forma, pues, parte integrante del Convenio desde 1979.

Dado que, a tenor del artículo 21.1.a) y b) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969, la reserva modifica las disposiciones del tratado respecto a las que se formula, «en la medida determinada por la misma», en las relaciones del Estado autor de la reserva con los demás Estados Partes en el tratado y viceversa y que, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 23.4 de dicha Convención de Viena, la retirada de la reserva «habrá de formularse por escrito», es obvio que, en tanto esto último no se hubiere llevado a cabo, la reserva, una vez formulada por el Estado, surte sus efectos indefinidamente, a menos que el tratado respecto al que se haga disponga expresamente otra cosa, lo que no es el caso del artículo 57 del Convenio Europeo de 4 de noviembre de 1950.

En efecto, la reserva, en cuanto que, una vez aceptada, forma parte integrante del tratado —y, como dice la aludida STC 292/2005, de 10 de noviembre, siguiendo la STC 141/1998, de 29 de junio, «no entra a formar parte del ordenamiento jurídico español si no ha sido previamente publicada de forma oficial»—, debe, por ende, ser publicada con éste, ya que, como estipula el artículo 29.2 del Decreto 801/1972, de 24 de marzo, sobre ordenación de la actividad de la Administración del Estado en materia de tratados internacionales, la publicación en el BOE de los tratados en que España sea Parte se llevará a cabo «mediante la inserción del texto íntegro del tratado [...] así como, en su caso, de las reservas o declaraciones formuladas...»; como afirma la STC 141/1998, tan nombrada, el principio de publicidad de las normas a través de su publicación en el BOE viene a ser exigencia del artículo 9.3 en relación con el 96.1, ambos de la Constitución y 1.5 del Código Civil, principio que guarda íntima relación con el de seguridad jurídica consagrado en el mentado artículo 9.3 de la Norma Legal Fundamental (SSTC 179/1989, 151/1994 y 141/1998). Y, en idéntico sentido, debe la reserva, para dejar de surtir sus efectos, ser formalmente retirada mediante la correspondiente publicación en el BOE, como estipula el artículo 32.2 del indicado Decreto 801/1972, de manera que, como señala la tan aludida STC 141/1998, «la reserva, en cuanto modifica o excluye una disposición forma parte del Tratado y, por la misma razón, también forma parte de él la retirada de la misma», de manera que «una cláusula de un Tratado —y ya se ha indicado que la retirada de reserva lo es— no entra a formar parte del ordenamiento jurídico español si no ha sido publicada previamente de forma oficial».

En suma, a tenor de la STC 292/2005 siguiendo la STC 141/1998, «las reservas a un convenio, y consecuentemente su eliminación, forman parte del convenio mismo, pues delimitan su ámbito de aplicación, tal y como dispone el artículo 21.1 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969 [...] y por tanto deben ser publicadas. Una publicación que además también resulta preceptiva a la luz del Derecho interno español, en el que el art. 32 del Decreto 801/1972 exige la publicación no sólo de las retiradas de las reservas, sino asimismo de cualquier "acto internacional relativo a la enmienda, modificación, terminación y suspensión de la aplicación de los tratados en los que sea parte España"», de manera que el formalismo de la reserva —consecuencia de la exigencia de certeza jurídica en cuanto al alcance del consentimiento del Estado en obligarse que es consustancial al Derecho de los Tratados—, consistente en la forma expresa y escrita de ésta y su comunicación oficial, consignándola en un Instrumento diplomático, al momento en que el Estado manifiesta su consentimiento en obligarse definitivamente por un tratado, impide entender que la reserva formulada por España en 1979 a los artículos 5 y 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales pudiera encontrarse condicionada en su virtualidad o eficacia a la, a tales efectos accesoria, circunstancia de la comunicación al Secretariado del Consejo de Europa de los cambios legislativos que se produzcan en la materia a que dicha reserva se contrae —en el caso que nos ocupa, el Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, y, más en concreto, la imposición con arreglo al mismo por la Administración militar de sanciones privativas de libertad—, pues, como dice nuestra citada Sentencia de 13 de noviembre de 2008, la actualización de la reserva en relación a la Ley interna que venga a regular la materia objeto de reserva cumple, únicamente, la función de que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) que instituye el artículo 19 del Convenio de Roma de 1950 pueda examinar el respeto, por el Estado Parte que lleva a cabo la notificación o comunicación, de los compromisos que resultan del mismo —y no se olvide, a efectos de dicho examen, que, como hemos dicho, del texto del Convenio forma parte, en relación a tal Estado, el de la reserva—. Aceptar la tesis de la recurrente comportaría atribuir al hecho de no comunicar al Secretariado del

Consejo de Europa una modificación legislativa afectante a la materia sobre la que recae la reserva los mismos efectos que hubiera producido la retirada de esta última.

En definitiva, la reserva española de 1979 a los artículos 5 y 6 del Convenio de Roma de 1950 surte efectos indefinidamente en relación a éste último, puesto que forma parte del mismo, en tanto no se retire o revoque formalmente en los términos al efecto previstos en el artículo 22 de la Convención de Viena de 23 de mayo de 1969, como así lo demuestra, a mayor abundamiento, la práctica española al respecto (retirada, el 5 de enero de 1979 —BOE de 31 de julio de 1979—, de la reserva formulada por nuestro país, al momento de ratificar, mediante Instrumento de 4 de agosto de 1952, el Convenio III de Ginebra de 12 de agosto de 1949, en relación a la expresión «Derecho internacional vigente» utilizada en el artículo 99 de dicho tratado, surtiendo efectos dicha retirada a partir de su comunicación al Depositario del Convenio el 10 de mayo de 1979), debiendo tal retirada o revocación, para surtir sus efectos tanto «in foro domestico» como en el ámbito internacional, llevarse a cabo de la misma forma en que se produjo la formulación de la reserva, es decir, por las Cortes Generales, en los términos previstos en los artículos 94.1 de la Constitución y 160 en relación con el 155.2, ambos del Reglamento del Congreso de los Diputados de 10 de febrero de 1982 y concordantes del Reglamento del Senado de 3 de mayo de 1994.

No habiéndose retirado, pues, la reserva por el Estado español, ésta surtió sus plenos efectos desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, hasta la comunicación al Secretariado del Consejo de Europa, el 23 de mayo de 2007, de la modificación habida por dicha Ley Orgánica en la materia objeto de reserva, sin que, por tanto, pueda prosperar la pretensión de la recurrente de que los arrestos impuestos en tal lapso temporal al amparo de dicha Ley Orgánica fueren nulos.

En suma, el mantenimiento de la reserva de 1979 llevado a cabo por España en 2007 no comporta sino que el Consejo de Europa y el TEDH en su caso tengan conocimiento de que la materia objeto de reserva aparece ahora regulada en la Ley Orgánica 8/1998, es decir, una mera notificación de que las disposiciones de la Ley Orgánica 12/1985 a que se refería la comunicación de 28 de mayo de 1986 han venido a ser reemplazadas por las de la Ley Orgánica 8/1998 que se mencionan en la comunicación de 23 de mayo de 2007, manteniéndose la reserva formulada en 1979 a los aludidos artículos 5 y 6 del Convenio Europeo de 1950 en la medida en que continuaren resultando estos incompatibles con las disposiciones que se citan de la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre.

Efectuadas las consideraciones que anteceden, concluimos, dentro de nuestra competencia y al objeto de resolver el motivo casacional, que la materia de los arrestos impuestos a los miembros de las Fuerzas Armadas en aplicación del Régimen Disciplinario propio de éstas continuaba rigiéndose, al momento de adoptarse la resolución sancionadora, por la norma específica que la regula representada por la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, que forma parte del Derecho interno nacional en función y como efecto derivado de la reserva formulada por España en 1979 a los artículos 5 y 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, la cual fue actualizada en 1986 y ha sido mantenida en 2007; de manera que, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, recogida en las SSTC 21/1981, de 15 de junio, 44/1983, de 24 de mayo, 31/1985, de 5 de marzo, y 14/1999, de 22 de febrero, y nuestra propia jurisprudencia (Sentencias citadas de 6 de febrero, 28 de octubre y 13 de noviembre de 2008), el hecho de la imposición, con sujeción a la expresada Ley Orgánica 8/1998 y desde la entrada en vigor de ésta, de las reiteradas sanciones —arrestos— privativas de libertad en el ámbito singular propio del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas no vulnera por sí solo las disposiciones del aludido Convenio Europeo de 4 de

noviembre de 1950 comprendidas en la reserva ni, por ende, el derecho fundamental que se invoca a la libertad personal del artículo 17 de la Constitución.

Con desestimación del motivo.

Nota. 1. Este grupo de sentencias del TS continúa una línea jurisprudencial ya comenzada en 2008 atinente al alcance de la reserva española a los arts. 5.1 y 6.1 del CEDH en lo que se refiere al régimen disciplinario militar en sentido estricto, pues conviene retener que la Sentencia del TEDH de 2 de noviembre de 2006 en el asunto *Dacosta Silva c. España* dejó sentado que el régimen disciplinario de la Guardia Civil no estaba cubierto por dicha reserva, esto es, escapaba al ámbito material de la reserva española. El régimen disciplinario militar ha sufrido dos grandes modificaciones legislativas desde la adhesión de España al CEDH, cuando se encontraba regulado en el preconstitucional Código de Justicia Militar que era la ley interna mencionada en la reserva española. La primera modificación (LO 12/1985) fue oportunamente comunicada al Consejo de Europa en 1986, pero no así la normativa actualmente vigente, la LO 8/1998, de 2 de diciembre, del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, que, entrada en vigor en 1999, no ha sido comunicada hasta el 23 de mayo de 2007 (*BOE* de 7 de noviembre de 2007). La cuestión jurídica principal que resuelve el TS atiende a los efectos de la falta de comunicación de esta modificación legislativa, pues nos encontramos con arrestos disciplinarios que constituyen privación de libertad a efectos del CEDH y de nuestra jurisprudencia constitucional, pero que han sido impuestos en virtud de una nueva legislación que, estando dentro del ámbito material de la reserva, no ha sido notificada al Consejo de Europa.

2. La cuestión jurídica central es, pues, si esta falta de notificación enerva los efectos jurídicos de la reserva con la consecuencia de que dichas sanciones resulten nulas por ser contrarias al Convenio. El TS da una respuesta negativa a esta cuestión, al entender que la obligación de notificación, esto es, la necesidad de actualizar la reserva, no constituye un requisito de validez de la reserva, sino que posee un objetivo jurídico distinto (vinculado con la seguridad jurídica), cual es la de permitir al TEDH comprobar que las modificaciones legislativas operadas con posterioridad se ajustan al Convenio, sin perjuicio de que el TEDH eventualmente pudiera declarar la invalidez de la reserva española por esta causa. La argumentación del TS contenida en este FJ 2.º es difícilmente objetable. Si el TEDH ha establecido con claridad que las condiciones contenidas en el art. 57 del CEDH (ley interna en vigor en el momento de la manifestación del consentimiento, breve exposición de su contenido y proscripción de reservas generales) son condiciones de fondo o validez de las reservas que, en caso de no cumplirse, conllevan su separabilidad dejando intacta la vinculación al CEDH; lo cierto es que no existe jurisprudencia, ni clara ni indiciaria, sobre las consecuencias jurídicas de la falta de comunicación de las legislaciones nacionales que sustituyen a la mencionada en la reserva primigenia, más allá de su vinculación con la seguridad jurídica. Apunta, por ello, nuestro TS a los elementos claves que no son otros que la válida formulación en tiempo de la reserva española y, por supuesto, el enjuiciamiento del cambio normativo desde la perspectiva del ámbito material cubierto por la reserva, esto es, verificar el respeto de la prohibición de que por vía de una ulterior modificación legislativa, el Estado amplíe el ámbito material cubierto por la reserva. Más allá de esto, la práctica del CEDH es, cuando menos, incierta, pues existen ejemplos de retrasos en la comunicación de los cambios normativos o aún con mayor incidencia sobre este requisito, como fue la reacción de Suiza a la Sentencia *Belilos*. Tampoco hay en los trabajos de la CDI sobre reservas hasta el momento, nada que hubiera permitido al TS fundamentar una solución distinta, ni la doctrina se ha pro-

nunciado sobre este asunto. No obstante, si se tiene presente el escandaloso retraso de la Administración española a la hora de comunicar el cambio normativo es de alabar la prudente posición del TS en cuanto a la eventualidad de que el TEDH declare la reserva española inválida o, al menos, inoperante mientras no se haya producido dicha comunicación, por razones de seguridad jurídica, a lo que contribuiría la estricta concepción de las reservas al CEDH y su carácter transitorio. Ello no obsta a que, de producirse esta declaración, se reproduzcan en nuestro país los problemas derivados de la ausencia de una vía procesal clara para dar cumplimiento a las sentencias del Tribunal de Estrasburgo, si bien de la base de datos de asuntos comunicados no existe aún demanda formulada por los afectados.

3. Menos acertadas son las consideraciones que el TS realiza en el FJ 3.º, amparándose en una no más acertada jurisprudencia constitucional (STC 292/2005) sobre la condición de la reserva como parte integrante del tratado internacional, cuando se trata en realidad de un instrumento unilateral de limitación del consentimiento del Estado en obligarse por un tratado. Dicho error de fondo lleva al TS a construir una tortuosa imbricación con la regulación constitucional del procedimiento de conclusión de tratados internacionales (por lo que atiende a la retirada de una reserva) y de su recepción en el ordenamiento español que desemboca en afirmaciones erróneas que confunden ambos planos: el de la vinculación convencional de España de conformidad con las reglas del Derecho internacional y el de la integración del tratado en el ordenamiento interno. Razones de espacio precluyen un tratamiento más detenido de esta cuestión que, siendo más bien una argumentación del TS *ad abundantiam*, era seguramente innecesaria para la emisión del fallo.

Pablo MARTÍN RODRÍGUEZ

TRATADOS.—Infracción del art. 96 de la CE. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados: Vulneración del principio *pacta sunt servanda*. Homologación de títulos.

Sentencia TS (Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 4.ª) de 23 de junio de 2009. Ponente: Antonio Martí García.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079130042009100279.

QUINTO.—[...] Se aduce que la sentencia ha vulnerado determinados principios generales del Derecho Internacional, como son los de la fuerza vinculante y el efecto obligatorio de los tratados internacionales válidamente celebrados e incorporados al ordenamiento jurídico interno; principios de los que da cuenta la Convención de Viena antes aludida y que resultan de aplicación a los Convenios Culturales suscritos entre España y la República Dominicana. Igualmente ha de decaer este argumento. La denegación de la homologación del título de la recurrente no infringe las disposiciones de los artículos 96 de la Constitución española y de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, a la cual se adhirió España por Instrumento de 2 de mayo de 1972, sobre la fuerza vinculante y el efecto obligatorio (principio «pacta sunt servanda») de los Tratados Internacionales válidamente celebrados e incorporados al Ordenamiento interno por la ratificación parlamentaria, habida cuenta de que, como ya señalamos en el fundamento jurídico anterior, en palabras de la Sentencia de 19 de julio de 2002, «El establecimiento de este juicio de equivalencia no es contrario a las previsiones del tan citado artículo 3 del Convenio de 1953 entre España y la República Dominicana, puesto que dicho precepto no

puede interpretarse en el sentido de establecer una homologación automática, incondicionada y acrítica de títulos basada en la mera identidad formal de denominaciones, sino que —como ha proclamado una reiteradísima doctrina jurisprudencial— requiere un control de equivalencia del título extranjero respecto del título español al que se pretende homologar». De tal manera que esa falta de equivalencia apreciada por el órgano que tiene la competencia para ello y las carencias formativas advertidas son las que motivan la denegación de la homologación [...].

Nota. No es la primera vez que una resolución judicial dictada a propósito de un litigio sobre homologación de títulos extranjeros en España justifica un breve comentario en esta crónica (D. DE PIETRI, *REDI,* vol. L (1998), 1, pp. 204-205). En este supuesto concreto, la violación de un tratado internacional y la consiguiente violación del Convenio de Viena de 1969 constituyen el motivo que sustenta el recurso de casación. El Tribunal lo rechaza con apoyo en una reiterada jurisprudencia que desde hace muchos años viene señalando, de forma constante, que una cláusula como la recogida en el art. 3 del Convenio de 1953 concluido entre España y la República Dominicana no implica un reconocimiento automático de los títulos extranjeros en nuestro país. De ahí que el Tribunal Supremo haya llevado a cabo, en este pronunciamiento, una interpretación de la mencionada Convención que prescribe la necesidad de hacer una prueba adicional al título. Más allá de la consideración apuntada sobre el carácter *non self-executing* de la disposición convencional arriba citada, habría que matizar que, desde un punto de vista constitucional, es el primer inciso del párrafo primero del art. 96 de nuestra Carta Magna el que recoge el fundamento de la integración y eficacia de las normas convencionales en España. Por lo demás, puede ser igualmente señalada, en esta sentencia, la omisión a la mención que la jurisprudencia del Supremo suele hacer, también en este punto, al art. 1.5 del Código Civil.

Eva DÍEZ PERALTA

RELACIONES ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO ESPAÑOL: Invocación de Tratados internacionales.

Sentencia TS (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) de 24 de febrero de 2009. Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079120012009100094.

SEXTO.—[...] Así las cosas, resulta perfectamente lógico y en modo alguno arbitrario, que el Tribunal de instancia adquiera la convicción de que el acusado estaba perfectamente impuesto tanto de las sustracciones como de las falsificaciones y alteraciones en las documentaciones y bastidores de los vehículos.

Se alega por el recurrente que este delito se había cometido en Bélgica y no en España por lo que los Tribunales españoles carecen de jurisdicción. Esta alegación no puede prosperar. Hay que recordar que si bien una inicial jurisprudencia de esta Sala estimó que en casos de falsedad de documentos públicos u oficiales había de acreditarse que su alteración había tenido lugar en España, pues en caso contrario carecían de competencia los Tribunales para su enjuiciamiento a la vista del art. 23 de la LOPJ y que tal delito no se encuentra entre los prescritos en los apartados 3 y 4 no pudiendo operar ni el párrafo 1.º ni el principio de personalidad al no ser el autor de nacionalidad española —entre otras SSTS 742/98 de 14 de mayo, 1867/2000 de 29 de diciembre, 1954/2000 de 1 de marzo, 2384/2001 de 7 de diciembre, 1504/2002 de 19 de septiembre—, es lo cierto que tal

jurisprudencia ha sido superada por otra que estima, en una nueva lectura del art. 23.3.º letra f), que la falsificación de documentos de identidad siempre afecta a los intereses del Estado, desde las exigencias derivadas del art. 6 del Convenio de Schengen y porque en definitiva en la realidad social en clave internacional no le puede ser indiferente a ningún país la identificación de personas provistas de documentos identificativos falsos, pues ello afecta a las políticas de visados, inmigración, como de seguridad. Exponente de esta nueva doctrina, son las SSTS 975/2002 de 29.6, 1295/2003 de 7.10, 1089/2004 de 24.9, 66/2005 de 19.1, 476/2006 de 5.4, 431/2008 de 5.4.

Nota. Nos parece oportuno comenzar este brevísimo comentario efectuando una remisión a un pasaje de la célebre sentencia del Tribunal Constitucional 107/1992, de 1 de julio, en el que se aludía a «la necesidad de que los órganos jurisdiccionales se conviertan en intérpretes y aplicadores de la legalidad internacional». Pues bien, esto es lo que ocurre en la sentencia cuyo fundamento jurídico analizamos, en el que se pone de manifiesto, con especial claridad, la imbricación creciente entre el Derecho internacional/europeo y el Derecho interno. Así las cosas, la influencia que ha ejercido el orden internacional en el Derecho procesal español es aquí la causa y el origen de un cambio en la jurisprudencia del Alto Tribunal, que viene respaldado, precisamente, por una interpretación de las disposiciones de la LOPJ, relativas a la competencia de los tribunales españoles para enjuiciar un supuesto de falsedad en documento público, más coherente con las obligaciones internacionales asumidas por nuestro país en el marco del acervo de Schengen.

Eva Díez Peralta

RELACIONES ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNO.—Acuerdo sobre los ADPIC (Acuerdo sobre los Derechos de la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio): Integración en el ordenamiento español y posición preferente en el sistema de fuentes.

Sentencia del TSJ de Madrid (Sala de lo contencioso-administrativo), de 12 de febrero de 2009. Ponente: Sandra María González de Lara Mingo.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079330022009101670.

CUARTO.—[...] Por otra parte, la posición que mantuvo el Representante de España ante el Consejo que gobierna el Acuerdo ADPIC el 18 de noviembre de 1997, en relación a la aplicación del artículo 27 del Acuerdo fue la siguiente:

«En este sentido, cabe destacar que el Acuerdo sobre los ADPIC, como instrumento normativo internacional, posee primacía sobre el Derecho Nacional. De conformidad con el artículo 96.1 de la Constitución Española y con el artículo 1.5 del Código Civil las normas contenidas en los Tratados internacionales obligan a España desde su entrada en vigor, y, en calidad de Tratados, forman parte del ordenamiento interno y gozan de eficacia plena en nuestro Ordenamiento».

En realidad, y en lo que afectaba a la legislación nacional, la Oficina Española de Patentes y Marcas, ya reconocía que el Acuerdo ADPIC formaba parte del ordenamiento interno automáticamente, sin necesidad de mediación de una ley o disposición de incorporación, y así lo declaraba en la Instrucción 2/1995, de 30 de diciembre:

«La eventual contradicción que pudiera surgir entre el Derecho nacional y un tratado internacional suscitaría un puro problema de selección del Derecho aplicable al caso

concreto, que se resolvería aplicando el principio de primacía de los tratados internacionales, reconocido por los artículos 96.1, 2.º inciso de la Constitución y en el dominio de la propiedad Industrial por el 10.4 del Código Civil». Al respecto destaca la Instrucción la jurisprudencia del Tribunal Supremo, citando las Sentencias de 22 de mayo de 1989 y 26 de marzo de 1991, y las Sentencias del Tribunal Constitucional 28/1991, de 13 de marzo y 180/1993, de 5 de julio.

Hay que recordar que la Instrucción se dicta antes de la fecha límite de 1 de enero de 1996, a partir de la cual resultaba obligado aplicar las disposiciones del Acuerdo ADPIC (artículo 65.1). No obstante se ha discutido la relevancia de esta fecha por entender que el 1 de enero de 1996 no es la fecha de aplicación del Acuerdo, sino la fecha límite del comienzo de su aplicación (STJCE de 13 de septiembre de 2001, Schieving Nijstad, C-89/99, p. 12), de manera que una vez publicado el Acuerdo en el BOE, dicha aplicación tendría lugar a partir del día siguiente, el 25 de enero de 1995, conforme a lo dispuesto en los artículos 96.1 CE y 1.5 del Código Civil.

El propio Órgano de Apelación de la OMC en su Informe de 18 de septiembre de 2000, as. Canadá-Período de Protección mediante Patente, se desprende, en relación al artículo 70.7 del Acuerdo ADPIC, que esta disposición rige para las solicitudes de patentes que estaban pendientes en la fecha de aplicación del Acuerdo sobre los ADPIC y estipula que esas solicitudes podrán modificarse para reivindicar la protección mayor que se prevea en ese Acuerdo. La misma máxima interpretativa aplicable al párrafo 6 rige para el párrafo 7 del citado artículo. Si bien, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 70 el acto de presentación de una solicitud esté exento en general de las obligaciones establecidas en el Acuerdo ADPIC, el párrafo 7 de dicho artículo dispone de una excepción específica para el caso de las solicitudes de protección que estén pendientes en la fecha de aplicación del Acuerdo, que podrán modificarse a fin de mejorar la protección.

Nota. Esta sentencia sólo constituye un exponente más de una guerra que se está librando en nuestros Tribunales desde hace algunos años y que enfrenta a la industria farmacéutica innovadora y la de los genéricos. Estos litigios tienen como marco la protección especial que dispensa el Acuerdo sobre los Derechos de la Propiedad Intelectual relacionados con el comercio (en sus siglas, ADPIC), adoptado en el marco de la Organización Mundial del Comercio, a las patentes de productos farmacéuticos. Esta sentencia, como muchas otras, determina que el Acuerdo sobre los ADPIC es una norma directamente aplicable en el ordenamiento jurídico español, es decir, susceptible de crear derechos subjetivos a favor de las personas físicas o jurídicas que pueden ser directamente invocables y protegibles en el marco de un procedimiento judicial entre particulares o de éstos con el Estado. Asimismo, se examina la incidencia que ha tenido el Acuerdo sobre los ADPIC sobre el sistema jurídico de patentes existente en España, y se interpreta el alcance de las obligaciones derivadas de los arts. 27 y 70 del Acuerdo sobre los ADPIC a la luz de las resoluciones emitidas por el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC. Y, en último lugar, es analizado el estado de la cuestión en el marco de la Unión Europea a la luz de la jurisprudencia de su Tribunal de Justicia (en nuestra doctrina véase, al respecto, OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, C., «Efecto Directo y aplicación retroactiva del Acuerdo sobre los Derechos de Propiedad intelectual relacionados con el comercio: el problema de las patentes europeas de medicamentos en España», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado,* t. VIII, 2008, pp. 669-681; SEUBA HERNÁNDEZ, X., «La invocación del Acuerdo sobre los ADPIC ante los Tribunales Españoles y sus consecuencias sobre las patentes farmacéuticas», *iustel.com, Revista General de Derecho Europeo,* núm. 14, octubre 2007, pp. 1-27; SEUBA HERNÁNDEZ, X. (dir.), *Salud Pública y patentes farmacéuticas. Cuestiones de economía, política y derecho,* Madrid, J. M. Bosch Editor, 2008). No obstante lo anterior y,

por lo que a esta edición de la crónica se refiere, la resolución extractada constituye un mero ejemplo, entre otros muchos, de una correcta comprensión de los preceptos que fundamentan la integración y la plena eficacia de los tratados internacionales en España y un conocimiento notable de la posición de los tratados en el sistema de fuentes insistiendo, como ha confirmado una profusa jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en la prevalencia de los tratados sobre las normas internas.

Eva DÍEZ PERALTA

RELACIONES ENTRE DERECHO INTERNACIONAL Y DERECHO INTERNO.— Garantía y función de la publicidad de los tratados internacionales en España.

Sentencia del TSJ de Navarra (Sala de lo Contencioso administrativo), de 29 de mayo de 2009. Ponente: Antonio Rubio Pérez.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 31201330012009100373.

CUARTO.—Tal doctrina o razonamiento debe ser revisado y lo ha sido ya, aunque quizá sin la abundancia argumentativa que hubiese podido evitar este recurso de casación para la unificación de doctrina, en la sentencia recurrida en la que se entiende que los argumentos para resolver la cuestión son de índole constitucional.

La STC (Pleno) de 2-11-1989, núm. 179, dice: «La Constitución, en su artículo 9.3, garantiza el principio de la publicidad de las normas. Esta garantía aparece como consecuencia ineluctable de la proclamación de España como un Estado de Derecho, y se encuentra en íntima relación con el principio de seguridad jurídica consagrado en el mismo art. 9.3 CE: pues sólo podrán asegurarse las posiciones jurídicas de los ciudadanos, la posibilidad de éstos de ejercer y defender sus derechos, y la efectiva sujeción de los ciudadanos y los poderes públicos al ordenamiento jurídico, si los destinatarios de las normas tienen una efectiva oportunidad de conocerlas en cuanto tales normas, mediante un instrumento de difusión general que dé fe de su existencia y contenido por lo que resultarán evidentemente contrarias al principio de publicidad aquellas normas que fueran de imposible o muy difícil conocimiento.

Esta garantía de publicidad aparece reflejada en la Constitución en varios de sus preceptos: así, disponiendo la inmediata publicación de las Leyes aprobadas por las Cortes Generales, tras la sanción real (art. 9.1) y, respecto de los tratados internacionales, condicionando su eficacia a su publicación oficial en España (art. 96.1). En términos más generales, la Constitución reserva al Estado la emisión de las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas (art. 149.1.8), lo que (independientemente de la «vexata quaestio» de si la publicación es un requisito esencial de la existencia de una norma o una condición para su eficacia) es evidentemente aplicable a los requisitos referidos a su publicación. La traducción en la legislación ordinaria de tal garantía se halla, respecto de las leyes, en el art. 2 CC («Las leyes entrarán en vigor a los 20 días de su completa publicación en el "Boletín Oficial del Estado", si en ellas no se dispusiera otra cosa») y, respecto de disposiciones administrativas, en el art. 29 LRJAE («para que produzcan efectos jurídicos de carácter general los Decretos y demás disposiciones administrativas habrán de publicarse en el "Boletín Oficial del Estado", y entrarán en vigor conforme a lo dispuesto en el art. 1 CC») y en el art. 132 LPA («para que produzcan efectos jurídicos, las disposiciones de carácter general habrán de publicarse en el "Boletín Oficial del Estado" y entrarán en vigor conforme a lo dispuesto en el art. 1 CC).

Nota. La sentencia parcialmente transcrita nos sitúa ante un tema de importancia capital, como es el de la función que cumple la publicación formal y oficial de las normas en un ordenamiento democrático. En efecto, esta sentencia se hace eco de una doctrina constitucional ya asentada, en la que se confirma que la exigencia de publicidad normativa impuesta por la Constitución de nuestro país, cuyo vehículo jurídico-formal es la publicación en el *Boletín Oficial del Estado,* alcanza no sólo a las normas internas sino también, lógicamente, a las normas internacionales de naturaleza convencional, y se erige en garantía de certeza de ambas categorías de normas y en condición de su eficacia (sobre estas garantías puede verse, por todos, ARCOS RAMÍREZ, F., *La seguridad jurídica. Una teoría formal*, Madrid, Dykinson, 2000).

Eva DÍEZ PERALTA

RELACIONES ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO ESPAÑOL.—Inclusión de los tratados internacionales en el concepto de norma.

Sentencia TSJ del País Vasco (Sala de lo Social), de 23 de junio de 2009. Ponente: Juan Carlos Benito-Butrón Ochoa.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 48020340012009101583.

CUARTO.—En lo que se refiere a la revisión jurídica, al amparo del artículo 191.c) de la LPL, motivando la interposición del recurso extraordinario en el examen de la infracción de las normas sustantivas o de la jurisprudencia, debe recordarse que el término norma recoge un ámbito amplio jurídico y general que incluye las disposiciones legislativas, la costumbre acreditada, las normas convencionales y hasta los Tratados Internacionales ratificados y publicados. Pero además la remisión a la idea de normas sustantivas no impide igualmente que las normas procesales que determinen el fallo de la resolución deban ser también esgrimidas y alegadas como infracción que se viene a producir en supuestos adjetivos, cuales son entre otros los propios de excepciones de cosa juzgada, incongruencia u otros. Y es que la infracción jurídica denunciada debe atenerse al contenido del fallo de la resolución, por lo que en modo alguno la argumentación de la suplicación se produce frente a las Fundamentaciones Jurídicas, sino sólo contra la parte dispositiva, con cita de las normas infringidas y sin que pueda admitirse una alegación genérica de normas sin concretar el precepto vulnerado u omisión de la conculcación referida, que impediría en todo caso a la Sala entrar en el examen salvo error evidente «iura novit curia» o vulneración de derecho fundamental, y en todo caso según el estudio y resolución del tema planteado, sin perjuicio de que como luego veremos corregiremos con estimación parcial el concepto de fondo de compensación de modificaciones normativas y procederemos a confirmar la existencia de adeudamiento respecto de incrementos de salarios.

Nota. La naturalidad con que nuestra práctica forense debe manejar y aplicar normas de naturaleza internacional se revela en esta sentencia en cuanto que incluye en el concepto de norma a los tratados internacionales ratificados y publicados en España. Una única cuestión centra nuestra atención en estas líneas: no se entiende muy bien por qué el órgano judicial hace hincapié en una distinción impropia entre normas convencionales y tratados internacionales.

Eva DÍEZ PERALTA

3. ESTATUTO INTERNACIONAL DEL ESTADO

INMUNIDAD DE EJECUCIÓN DE ESTADOS EXTRANJEROS.—Ejecución de sentencia. Bienes embargables: IVA pendiente de reembolso. Tutela judicial efectiva.

Sentencia TS (Sala de lo Social, 4.ª) de 22 de junio de 2009. Ponente: Jesús Gullón Rodríguez.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079140012009100618.

QUINTO.—Aplicando la anterior doctrina al caso de autos, tal y como se anticipó en el anterior fundamento, es claro que la demanda ha de desestimarse, pues la sentencia a la que ahora se achaca el error no incidió en absoluto en ninguno de los supuestos jurisprudenciales que implicaría la existencia de tal error, tal y como sostuvieron los demandados en sus escritos de contestación a la demanda y en la vista oral.

Afirma el demandante que fue palmaria y manifiestamente errónea en el sentido antes expresado la interpretación que llevó a cabo la Sala del País Vasco de las previsiones del Real Decreto 3485/2000, de 29 de diciembre, sobre franquicias y exenciones en régimen diplomático, consular y de organismos internacionales, cuyo artículo 3, en relación con el 2.1.a), b), c) y d) contiene el soporte legal que impediría, de conformidad con lo previsto en el artículo 609 de la ley de Enjuiciamiento Civil, y con base firme en el artículo 32.3 Convención de Viena de 1961, en el que se dispone que «Los locales de la misión, el mobiliario y demás bienes situados en ellas, así como los medios de transporte de la misión, no podrán ser objeto de ningún registro, requisa, embargo o medida de ejecución».

Lejos de ello, lo que hizo la sentencia impugnada fue una interpretación perfectamente posible, razonada y coherente de la implicación de tales preceptos en relación con unos bienes muy singulares, las devoluciones del impuesto sobre el valor añadido, que en absoluto están directamente comprendidos en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 18 de abril de 1961 o en la Convención de Viena sobre relaciones consulares de 24 de abril de 1963, pues lo esencial para la Sala del País Vasco, y para el Juzgado de instancia, consistía en que de tales preceptos no se desprende necesariamente esa inembargabilidad. Además, los razonamientos jurídicos de la sentencia se extienden a la ausencia de acreditación por parte del Estado recurrente, de que esas devoluciones estuviesen vinculadas con actividades que supusieran el ejercicio de ius imperii, por lo que tenían la condición de devoluciones de impuestos, o beneficios fiscales ligados a actividades de gestión.

Sobre este punto conviene detenerse un momento, porque la parte demandante propone constantemente en la demanda y lo mismo hizo en la vista oral, una especie de revisión del Derecho aplicado por la Sala de suplicación como si este proceso fuera una casación directa o una apelación, una instancia más en suma, de lo que es buena prueba el hecho de que propuso y aportó una prueba documental —que bien pudo haberla adjuntado al proceso en la instancia o intentarlo en suplicación por vía del artículo 231 LPL y no lo hizo— con la que se pretende que esta Sala entre en el análisis de la interpretación ordinaria de los preceptos en juego y afirme con base en tales documentos que los actos de los que derivaban las discutidas devoluciones estaban sujetos al ius imperii.

Pero la realidad es que la naturaleza de la acción de error judicial ejercitada, tal y como se ha razonado antes in extenso con la cita de la jurisprudencia del Tribunal, impide que podamos llevar a cabo ninguna reflexión sobre el eventual acierto en la interpretación de los preceptos aplicados en la sentencia a la que se atribuye el error, y menos aún analizar una prueba documental para alterar los hechos probados que se tuvieron en cuenta, pues como se dijo, la realizada por la Sala del País Vasco en relación con los referidos preceptos fue una interpretación motivada, coherente y razonable de tales normas que en modo alguno cabe configurar como errónea en el sentido antes indicado.

SEXTO.—Finalmente, desde el punto de vista constitucional, la sentencia de suplicación llevó a cabo una aplicación ponderada del derecho a la tutela judicial efectiva de los trabajadores ejecutantes —artículo 24.1 CE— que en modo alguno fue vulnerado para el hoy demandante, como se puede desprender de las SSTC 107/1992 y 292/1994 y 18/1997, con arreglo a las que «el régimen de inmunidad de ejecución de los Estados extranjeros no es contrario, cualquiera que éste sea, al derecho a la tutela judicial efectiva consagrado por el artículo 24.1 CE, pero [...] una indebida extensión o ampliación por parte de los Tribunales ordinarios del ámbito que es dable atribuir a la inmunidad de ejecución de los Estados extranjeros en el actual ordenamiento internacional acarrea una violación del derecho a la tutela judicial efectiva del ejecutante, porque supone restringir sin motivo las posibilidades del justiciable de conseguir la efectividad del fallo, sin que ninguna norma imponga una excepción a dicha efectividad».

Por esa razón, la sentencia de la Sala del País Vasco analiza detenidamente la naturaleza de los bienes embargados, y con los elementos probatorios con que contaba en el proceso, al que nada aportó el ejecutado ni intentó la introducción de algún hecho probado en tal sentido, se afirmó que esos bienes no estaban sujetos, no constaba que lo estuviesen, o destinados a actividades vinculadas con el ius imperii que hubiese justificado su inmunidad y hubiese justificado también la excepción del Derecho constitucional a obtener la debida ejecución de una sentencia firme, actividad o análisis que, como se dice en la referida jurisprudencia constitucional, corresponde al Juez ejecutante.

Además, en el ATC 112/2002 que cita la resolución hoy impugnada y al que antes nos hemos referido, se afirma categóricamente que no hubo para el Estado demandante de amparo violación del derecho fundamental de tutela judicial efectiva ex artículo 24.1 CE, en un supuesto prácticamente idéntico en que los EE.UU. de América plantearon recurso de amparo contra una decisión similar de embargo del IVA.

En el referido Auto se razona que «el art. 21.2 LOPJ y las normas de Derecho Internacional público a la que tal precepto remite, no imponen una regla de inmunidad absoluta de ejecución de los Estados extranjeros, sino que permiten afirmar la relatividad de dicha inmunidad, conclusión que se ve reforzada por la propia exigencia de la efectividad de los derechos que contienen el art. 24 CE y por la ratio de la inmunidad, que no es la de otorgar a los Estados una protección indiscriminada, sino la de salvaguardar su igualdad e independencia. Por consiguiente, la delimitación del alcance de tal inmunidad debe partir de la premisa de que, con carácter general, cuando en una determinada actividad o cuando en la afectación de determinados bienes no esté empeñada la soberanía del Estado extranjero, tanto el ordenamiento internacional como, por remisión, el ordenamiento interno desautorizan que se inejecute una Sentencia; en consecuencia, una decisión de inejecución supondría en tales casos una vulneración del art. 24.1 CE» (por todas, SSTC 107/1992, de 1 de julio, FJ 4; 292/1994, de 27 de octubre, FJ 3; 18/1997, de 10 de febrero, FJ 6; y 176/2001, de 17 de septiembre, FJ 3).

Nota. La sentencia reseñada viene a engrosar y enriquecer la práctica judicial española en materia de inmunidad judicial del Estado extranjero, al tiempo que con-

firma la propensión de nuestros órganos judiciales a suscribir una concepción restringida de la inmunidad de ejecución, partiendo de un análisis jurídico de la naturaleza de los actos y actividades, llevados a cabo por el Estado extranjero.

En el caso enjuiciado, grosso modo, el Tribunal Supremo desestima una demanda de declaración de error judicial formulada por los Estados Unidos de América contra una Sentencia del TSJ País Vasco, de 8 de abril de 2008, que confirmó la decisión de embargo efectuada por el Juzgado de lo Social núm. 3 de los de Bilbao, en el que se acordó proceder contra las devoluciones que por el concepto de IVA estaban pendientes de ser efectuadas a la Embajada de los Estados Unidos por la Agencia Tributaria de España. De esta suerte, tras más de una década de periplo judicial, dos trabajadores que ejercían labores de administración en el Consulado de Estados Unidos en Bilbao pueden ver cumplida una sentencia favorable que calificó su despido con motivo del cierre de dicho Consulado como improcedente.

El Gobierno de los Estados Unidos, en la alegación formulada en el recurso interpuesto ante la Sala del TSJ del País Vasco, sostenía que las cantidades trabadas en concepto de IVA reembolsable eran bienes vinculados al ejercicio de la soberanía de los Estados Unidos de América en nuestro país y, por consiguiente, bienes inembargables por una causa de inmunidad. Esta es la razón que le lleva a considerar vulnerado su derecho a una tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 de nuestra Constitución y los arts. 605, 606 y 609 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), en conexión con el art. 22.3 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, de 1961, el art. 31 del Convenio de Viena sobre Relaciones Consulares, de 1963 y el art. 3 del Real Decreto 3485/2000, de 29 de diciembre, sobre franquicias y exenciones en régimen diplomático, consular y de organismos internacionales. Concretamente, los preceptos mencionados de sendas Convenciones de Viena estipulan que los locales de las misiones, su mobiliario y demás bienes situados en ellos, incluidos los medios de transporte, gozan de inmunidad frente al registro, requisa, embargo y cualquier otra medida de ejecución. Por su parte, la disposición invocada del Real Decreto 3485/2000 prevé exenciones del impuesto sobre el Valor Añadido en las entregas de bienes, prestaciones de servicios y adquisiciones intracomunitarias realizadas en el marco de relaciones diplomáticas y consulares; no obstante esta excepción se establece a título de reciprocidad.

El Alto Tribunal considera en la sentencia parcialmente transcrita que la Sala del TSJ País Vasco ha manejado correctamente las dos pautas más importantes recogidas en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, en relación con la ejecución de sentencias españolas sobre los bienes de los Estados extranjeros deudores. Ciertamente, en virtud de esta doctrina gozan de inmunidad incondicional de ejecución las cuentas corrientes de las misiones diplomáticas y consulares, así como los restantes bienes que estén afectados a actividades *iure imperii*, pero no los destinados a actividades *iure gestionis* (SSTC 107/1992, 292/1994, 18/1997 y 176/2001. Sobre las sentencias apuntadas pueden verse los comentarios elaborados en esta *Revista* por SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I., «Comentario a la STC 107/1992», vol. XLIV, 1992, pp. 576-582; GONZÁLEZ VEGA, J. A., «Comentario a la STC 292/1994», vol. XLVII, 1995, pp. 268-276; GONZÁLEZ VEGA, J. A., «Comentario a la STC 18/1997», vol. L, núm. 1, 1998, pp. 207-217; QUESADA ALCALÁ, C.: «Comentario a la STC 176/2001», vol. LIV, núm. 1, 2002, pp. 265-271).

La determinación del carácter de los bienes correspondió al juez ejecutor, luego de varios años de llevar a cabo una tarea ardua dirigida a investigar la relación de bienes y derechos susceptibles de embargo que pudiesen existir en nuestro país bajo la titularidad de los Estados Unidos, y a pesar de que este último país, de manera asombrosa,

se había declarado insolvente. De ahí que, como primera opción, el Juzgado de lo Social decretara el embargo de las cantidades depositadas en una cuenta corriente de aquel país en una entidad bancaria situada en territorio español. No obstante, con buen criterio, el propio Juzgado rectificó y unos meses más tarde dejó sin efecto esta decisión, habida cuenta de que el Tribunal Constitucional español había proclamado ya el carácter inembargable de dichas cuentas «tanto por el carácter único e indivisible del saldo [...] como por la imposibilidad de una investigación de las operaciones y de los fondos y destinos de los mismos [...] que supondría una interferencia en la actividad de la misión diplomática, contraria a las reglas del Derecho internacional público» (Sentencia 107/1992).

En realidad, de la literalidad de los preceptos pertinentes de los Convenios de Viena arriba citados no se desprende que el IVA reembolsable sea un bien inembargable, aunque lo mismo cabría decir con respecto a las cuentas corrientes de un Estado y, sin embargo, el Tribunal Constitucional declaró de manera inequívoca su total inembargabilidad. Para más abundamiento, en el caso presente, el Gobierno norteamericano ni siquiera se había preocupado de acreditar, en la instancia procesal oportuna, qué parte de IVA soportado correspondía a operaciones relacionadas con los locales y medios de transporte del Consulado y cuál derivaba de otro tipo de operación ajena al desempeño de la soberanía. De manera que la Sala del TSJ del País Vasco llegó a la conclusión de que el reembolso del IVA es un privilegio tributario que no se correspondía con actividades u operaciones vinculadas con el ejercicio del *ius imperii* por parte de los Estados Unidos, sino al mero *iure gestionis*. Desde luego, para llegar a dicha conclusión la sentencia de la misma Sala esgrimió el criterio, también constitucional, «sobre el carácter no extensivo de la inmunidad de ejecución a la hora de interpretar o aplicar sus normas, precisamente para no perjudicar el derecho a la tutela judicial efectiva de quienes han obtenido una sentencia favorable que no logran hacer que se cumpla por quien fue condenado a ello» (STC 18/1997). De esta forma, concluye el Tribunal Supremo, no incurre en error judicial la sentencia de suplicación de la Sala del TSJ del País Vasco puesto que lleva a cabo un análisis jurídico detallado y motivado de la naturaleza de los bienes embargados para terminar afirmando la ausencia de inmunidad sobre los mismos y la adecuación a derecho de lo acordado por el Juzgado de instancia.

Centrándonos, por último, en la cuestión planteada por Estados Unidos en relación con la supuesta vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, el Tribunal Supremo se limita a declarar que la sentencia de suplicación denunciada se ajusta a los razonamientos expuestos en el Auto del TC 112/2002, de 1 de julio, que, dictado en un caso muy similar de embargo de devoluciones de IVA, inadmitió a trámite el recurso de amparo declarando la manifiesta falta de contenido constitucional del objeto de la denuncia de quien recurría en amparo en aquel caso, también el Gobierno de los Estados Unidos. Particularmente, en este Auto el Alto Tribunal sostuvo que el alcance de tal inmunidad debe partir de la premisa de que, con carácter general, cuando en una determinada actividad o cuando en la afectación de determinados bienes no esté empeñada la soberanía del Estado extranjero, tanto el ordenamiento internacional como el ordenamiento interno desautorizan que no se ejecute una sentencia. Como se deduce de dicha resolución, el Tribunal Constitucional no tenía la menor intención de emitir un pronunciamiento —como años atrás sí había hecho en relación con las cuentas corrientes—, acerca de si, en efecto, el IVA reembolsable es un derecho que no puede quedar sujeto a confiscación por parte de España, dejando a la jurisdicción ordinaria la responsabilidad de decidir qué bienes son o no embargables y, en su caso, declarar la ausencia de inmunidad.

En el plano político es fácil imaginar que esta orientación jurisprudencial que, desde luego, coadyuva a la garantía de la tutela judicial constitucionalmente consagrada, en su dimensión particular de ejecución de sentencias, puede estar generando cierta inquietud en nuestro Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación ante las eventuales presiones diplomáticas que el gobierno del país norteamericano pueda estar ejerciendo por este motivo, invocando la comisión en su contra, por vía judicial, de un hecho ilícito internacional por parte de España. Conviene tener en cuenta que no es la primera vez que Estados Unidos se enfrenta a un problema como el que aquí se comenta (véase SÁNCHEZ PATRÓN, J. M., «La inmunidad de ejecución de los bienes de un Estado Extranjero: el caso Montasa/EE.UU.», *REDI*, núm. 1, 2005, pp. 171-185).

Eva DÍEZ PERALTA

4. DERECHO DEL MAR

ESPACIOS MARÍTIMOS.—Alta mar. Inspección de buque en alta mar. Ejercicio de la jurisdicción penal española.

Sentencia AN (Sala de lo Penal, Sección 2.ª) de 19 de mayo de 2009. Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Sáez Valcárcel.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079220012009100018.

1. *[...] Las defensas denunciaron que la información sobre la existencia del barco y del transporte de la droga procedía de la Dea (Drug Enforcement Administration, dependiente del Ministerio de Justicia de los Estados Unidos de América) y que pudiera tener un origen ilícito, sugiriendo que se había obtenido mediante intervenciones telefónicas observadas sin autorización judicial.*

Es cierto que la noticia inicial que sustentaba la operación policial de búsqueda de una embarcación sospechosa de trasladar droga procedía de una agencia extranjera. Así se manifiesta en las diligencias desde el primer momento, incluso se incorporó el oficio de la Dea de fecha 21.9.2006 (página 714 del sumario). En principio se trata de una comunicación sobre la posible comisión de un delito de persecución universal, tráfico de drogas, entre servicios policiales. La pretensión de conocer el origen de la noticia del crimen es legítima aunque de difícil solución por la opacidad de esos espacios de persecución penal.

[...] El Derecho internacional regula la condición jurídica del buque, su sometimiento a la jurisdicción de un solo estado, su nacionalidad que se confiere mediante su inscripción en el registro correspondiente que le otorga el derecho a enarbolar el pabellón de ese estado y las facultades de control por parte de otras autoridades, ya bajo la modalidad de visita de inspección o de abordaje, caso en que se requiere autorización del estado de pabellón (arts. 91, 92, 97 y 110 de la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar). La falta de autorización para el abordaje —otra cosa, como se ha dicho, es el registro de zonas reservadas de la embarcación— podría constituir, en su caso, un ilícito internacional, pero es un conflicto entre estados por razón de su soberanía que en nada afectaría a la legalidad de la prueba.

Sin embargo, conviene dejar sentado que el catamarán llevaba un pabellón de conveniencia, como resulta de la declaración del responsable de la agencia que gestionó

la transferencia de titularidad y el registro provisional; de hecho fue realizado por una persona aquí acusada, a quien luego se considerará ajena a la nave. Razones de oportunidad determinaron el registro y abanderamiento provisional del catamarán bajo la jurisdicción del Reino Unido. Cuando aseguraron el barco se declaró bajo bandera de Francia (el contrato con Winterthur obra al folio 691). Lo que desvirtúa la pretendida vinculación con dicho estado y la denuncia de falta de autorización, ya que el art. 91 de la Convención citada pide una relación auténtica entre el estado y el buque, que no se daba, ya que el pabellón que portaban era una mera apariencia. Además, consta que las autoridades británicas concedieron permiso para el abordaje de la nave con posterioridad, lo que en el peor de los casos significaría la subsanación de un defecto formal sin trascendencia constitucional (la autorización obra al folio 51 del sumario).

[...] Desde luego el punto de origen y el de llegada, no hay duda, eran espacio sometido a nuestra jurisdicción. Pero solo avanzada la instrucción se tomó conocimiento de que la aprehensión, el punto del abordaje, que se encontraba entre Ibiza, Mallorca y Valencia, estaba situado fuera del mar territorial, más allá de la zona contigua, en la zona económica exclusiva; pero dicho espacio, de hasta doscientas millas, solo ha sido extendido en la cuenca bañada por el océano Atlántico, no en el Mediterráneo, lo que determinaba su ubicación en alta mar (informe del Ministerio de Fomento al folio 643 del sumario). Dicho punto estaba muy próximo a las cuarenta millas desde Ibiza, por lo tanto la certeza de que el apresamiento de la embarcación —a los fines de determinar el lugar de descubrimiento de pruebas materiales del delito y de detención de los encartados, pauta de competencia según el art. 15.1 y 2 Lecrim— se habría obtenido después de ese informe [...].

2. [...] Como se trata de un tipo penal en blanco ha de ser integrado para determinar qué sustancias tienen la consideración de drogas tóxicas o estupefacientes con las listas incorporadas a la Convención Única de las Naciones Unidas, ratificada por España por Instrumento de 3 de febrero de 1966, donde la cocaína aparece incluida entre las gravemente perniciosas para la salud. Dentro de las conductas o actividades tipificadas por hallarse encaminadas a promover, favorecer o facilitar el consumo de drogas tóxicas, hay que considerar tanto la venta o donación, como el transporte o la tenencia, siempre que vayan preordenadas al tráfico. En este caso la actividad enjuiciada e imputada a los coacusados se refería al transporte de la sustancia tóxica desde el mar hasta la costa de las Baleares, en un tramo del circuito de su introducción en Europa.

Nota. En la madrugada del 23 de septiembre de 2006, una patrullera de la Guardia Civil, siguiendo información de una agencia policial estadounidense, interceptó y abordó en alta mar un catamarán que, enarbolando un pabellón de complacencia, era utilizado para transportar un cargamento de cocaína desde algún punto del Levante español hasta las costas de las Islas Baleares.

La sentencia de la Audiencia Nacional, que enjuicia el asunto, encierra varias consideraciones de índole jurídico-internacional. Así, en primer lugar, los recurrentes discuten que la aprehensión del barco por la unidad policial española se haya producido sobre la base de una información recabada por la Agencia Antidrogas de Estados Unidos y obtenida por medios probablemente ilícitos. De la apreciación de la Sala tan sólo se desprende, a este propósito, el carácter rutinario de la cooperación internacional establecida entre servicios policiales para reprimir la comisión de un delito de tráfico de drogas, de persecución y jurisdicción universal.

Por otra parte, la alegación por las defensas de la ilicitud del abordaje de la embarcación, no autorizado a priori por la autoridad del Estado de pabellón, ha sido desmantelada por la Audiencia Nacional acudiendo al *corpus* normativo que se ocupa de

regular la nacionalidad, la condición jurídica de un buque en alta mar y las cuestiones atinentes al ejercicio de la jurisdicción penal en caso de abordaje, materias en las que, como regla general, rige el principio de exclusividad de la competencia del Estado del pabellón. Así las cosas, la Sala argumenta de manera clara y terminante que, de conformidad con el Derecho internacional en vigor para España, y más concretamente con los arts. 91, 92 y 97 de la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar de 1982, los buques navegarán bajo el pabellón de un solo Estado, estando sometidos en alta mar a la jurisdicción exclusiva de ese mismo Estado. Pero también conoce la Sala, de otro lado, que el Convenio de Montego Bay exige una relación auténtica entre el Estado y el buque, que en el presente caso no se daba «ya que el pabellón que portaban era una mera apariencia», dice textualmente la sentencia. De esta suerte, la Sala parece estar dispuesta a llevar hasta sus últimas consecuencias la prohibición de utilizar los pabellones de complacencia, si bien en el caso de autos la autorización del Reino Unido, país cuya bandera enarbolaba la embarcación apresada, llegó en un momento posterior, lo que permitió subsanar lo que la Sala consideró como un mero defecto de forma.

Para más abundamiento, la Audiencia Nacional establece el derecho de visita que asistía a la Patrullera de la Guardia Civil, al servicio del Gobierno de España, ante las sospechas fundadas de que el buque se dedicaba al ejercicio de lo que se conoce como prácticas odiosas, aun cuando entre los actos que merecen tal calificación enumerados en el art. 110 de la CNUDM, citado por la Sala, no figura explícitamente el comercio ilegal de drogas. De ahí que hubiera sido mucho más pertinente la invocación de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988, ratificada por España por Instrumento de 30 de julio de 1990, cuyo art. 17.1 dispone que «las Partes cooperarán en todo lo posible para eliminar el tráfico ilícito por mar, de conformidad con el Derecho Internacional del mar». Y, para ser más precisos, el párrafo tercero de este mismo precepto 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». Por lo demás, la lucha contra el tráfico ilícito de drogas ha llevado a nuestro país a celebrar acuerdos internacionales de carácter bilateral (como los celebrados con Italia y Portugal) que reconocen mutuamente la jurisdicción del otro país para inspeccionar buques presuntamente dedicados a dicha actividad delictiva y socialmente reprobable.

Hechas aquellas consideraciones, la Sala lleva a cabo un repaso breve de los distintos espacios marítimos para determinar el lugar exacto del apresamiento del buque y de la incautación de la droga, a efectos de determinar la competencia objetiva del juez responsable de la investigación sobre la que también discrepan las partes. En la resolución se mencionan los conceptos de Mar Territorial, Zona Contigua y Zona Económica Exclusiva. La referencia a las zonas marítimas es importante, aunque la explicación que contiene la sentencia a estos efectos no sea muy clara. Así, resulta interesante que la Sala considere la Zona Contigua un espacio propio del Derecho del mar y de nuestra jurisdicción, e incluso que se atreva a apuntar los problemas que plantea la delimitación de la Zona Económica Exclusiva en el mar Mediterráneo, si bien entendemos que esta última reflexión no aporta demasiado al presente caso, puesto que las aguas que bañan este espacio marítimo, así como el espacio aéreo suprayacente y el

subsuelo, se consideran espacios libres a efectos de navegación, sobrevuelo y tendido de cables submarinos. Sin embargo, nos parece que, en este punto, el razonamiento de la Audiencia Nacional podría haber encontrado un respaldo más firme si hubiera acudido a una doctrina constitucional asentada, como es la recogida en la Sentencia 21/1997, de 10 de febrero (Sala 2.ª), dictada también en un caso de narcotráfico, para fundamentar la competencia de los jueces y tribunales españoles en el art. 23.4.*f)* de la LOPJ. En efecto, en la Sentencia indicada nuestro Tribunal Constitucional declaró lo siguiente: «ha de tenerse presente, en efecto, que al establecer la extensión y límites de la jurisdicción de los Juzgados y Tribunales españoles, el art. 23.4.*f)* de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, atribuye el conocimiento por nuestros órganos judiciales de los hechos cometidos por españoles y extranjeros fuera del territorio nacional cuando los mismos sean susceptibles de tipificación como delitos, según la Ley penal española, en ciertos supuestos, entre ellos el del apartado *f)*, relativo al "Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes". Lo que entraña, pues, que el legislador ha atribuido un alcance universal a la jurisdicción española para conocer de estos concretos delitos, en correspondencia tanto con su gravedad como con su proyección internacional» (véase el comentario de ZAVALA SALGADO, J., *REDI*, vol. XLIX, 1997, pp. 160-169).

Por último, el Tribunal desemboca en la Convención Única de Naciones Unidas sobre Estupefacientes de 1961 para verificar si la cocaína figura entre las sustancias contempladas en sus listas y con objeto de complementar una norma penal en blanco. La sentencia acaba abordando la relación entre el principio de legalidad penal y el Derecho internacional, o dicho de otro modo, la indudable incidencia del ordenamiento jurídico internacional sobre el Derecho sancionador estatal como consecuencia de su primacía.

Eva DÍEZ PERALTA

PESCA.—Gestión y Conservación de recursos Pesqueros. Tratado de Adhesión de España a las Comunidades Europeas. Acuerdos de cesión de cuotas de pesca entre Estados miembros. Convención de Derecho del Mar de 1982.

Sentencia TS (Sala de lo Contencioso, Sección 4.ª), de 3 de junio de 2009. Ponente: Santiago Martínez-Vares García.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079130042009100281.

TERCERO.—La Sentencia acomete la resolución de la cuestión planteada en el fundamento de Derecho séptimo en el que puede leerse lo que sigue: «Entrando en el examen del fondo del asunto, alegan las actoras en primer término, que el acto impugnado vulnera el Tratado de Adhesión de España a las Comunidades Europeas de 12 de junio de 1985, Tratado que forma parte del Derecho comunitario como Derecho originario. Y ello en tanto en cuanto el art. 161.1.f) de ese Tratado otorgaba a España unas posibilidades de pesca respecto de la zona CIEM VIII del 90% frente a Francia del 10% — en cuanto al boquerón, aceptando las partes que ello incluye también a la anchoa—. En esta línea también se pone de relieve por las recurrentes que la cesión de cuota de 6.000 Tm se ha realizado sin contraprestación alguna, pues ello no se deduce del canje de cartas aportado a los autos.

El presente motivo ha de ser desestimado. Para ello debemos poner de relieve las siguientes consideraciones:

1.º Que el Tratado de Adhesión no ha conferido a España el derecho al mantenimiento de un determinado porcentaje fijo del volumen de capturas disponibles para cada una de las existencias consideradas, volumen que puede cambiar, y no la garantía de una cantidad fija de capturas (STJCCEE de 16 de junio de 1987, asunto Romkes, 46/1986). Así lo ha puesto de relieve el Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas en la sentencia de fecha 18 de abril de 2002, partiendo del debido respeto al principio de estabilidad relativa, que permite mediante una distribución de las posibilidades de pesca garantizar a cada Estado miembro el mantenimiento de las actividades pesqueras de cada población, siendo las posibilidades de pesca el derecho cuantificado de pesca expresado en capturas o en esfuerzo pesquero [art. 3.q) del R. 2.371/2002], y ello sobre la base de los TAC (total admisibles de capturas, consistente en el tope máximo de la cantidad de pescado que puede ser extraído del mar en un concreto caladero o respecto de una especie específica y en un periodo determinado) que concretan los Reglamentos comunitarios cada ejercicio, y así lo preveía el art. 8.4, incisos i) y ii) del Reglamento 3.760/1992, de 20 de diciembre. El citado principio de estabilidad relativa fue recogido en el Reglamento 170/1983 del Consejo de 25 de enero (art. 4.1), después en el art. 8.4, inciso ii) del R. 3.760/1992, y finalmente en el art. 20.1 del Reglamento 2.371/2002. Por consiguiente, se trata de un límite teórico de captura máxima que la flota española no puede sobrepasar en ningún caso. Pero esa cuota «no significa en modo alguno que la flota española tenga garantizado pescar efectivamente el 90% del TAC de anchoa en la zona CIEM VIII, según doctrina del Tribunal de justicia extraída de dicha sentencia y de la de STJPI de la UE de 19 de octubre de 2005».

2.º En consecuencia, es perfectamente posible que la Administración española haya cedido una cuota de sus posibilidades de pesca, lo cual halla perfecto amparo en lo dispuesto en el art. 20.5 del Reglamento comunitario 2.371/2002 del Consejo, de 20 de diciembre, sobre conservación y explotación sostenible de los recursos pesqueros en virtud de la política pesquera común, de aplicación al caso, siendo así que su antecedente que se encontraba en el art. 9 del Reglamento 3.760/1992, fue anulado por la Sentencia del TJCE de fecha 18 de abril de 2002. En virtud de dicho precepto es posible el intercambio de todas las posibilidades de pesca o parte de ellas que se les hayan asignado.

3.º Puesto en relación el mencionado precepto con el art. 161.1.f) del Tratado de Adhesión la Sala considera que no existe vulneración del mencionado Tratado por el hecho de que opere una cesión del volumen de toneladas expresado, sobre la base de que ello no implica que se desconozcan las posibilidades de pesca reconocidas a España por dicho Tratado en el hipotético caso de que se fije un TAC muy bajo en el que la cesión de dicho volumen de toneladas no permita a España alcanzar el mencionado porcentaje del 90%. En este sentido considera la demandada, representante de los intereses pesqueros del sector de altura que tal cesión sólo afecta al excedente que no haya sido pescado por España, interpretación que acepta la Sala en virtud de estas consideraciones:

A) Tal interpretación es la que se deduce de la mencionada STJPI de la UE de fecha 19 de octubre de 2005, la cual debe ponerse en relación con la sentencia de fecha 18 de abril de 2002, silenciada la primera de forma significativa por la recurrente, entendiéndose de la lecturas de ambas, en primer lugar que el Tratado de Adhesión de España no puede ser objeto de desconocimiento en virtud de los acuerdos de cesión de cuotas de pesca entre Estados. Esta afirmación es especialmente significativa respecto de la segunda sentencia de fecha 18 de abril de 2002, si bien no puede extralimitarse su alcance, el cual se refiere propiamente a la imposibilidad de que pueda operar una cesión de cuotas a favor de un país que no tiene reconocidas posibilidades de pesca en una zona, como era el caso de Portugal.

B) En segundo lugar, ésta ha sido la práctica habitual entre España y Francia desde la firma del Tratado de Arcachon, tal como ha puesto de relieve la STJPI de la UE de 19 de octubre de 2005.

C) Por otro lado, de admitir que el Tratado de Adhesión permitiese que las posibilidades de pesca pudieran modificarse por los Países miembros mediante acuerdos bilaterales debiera haberse previsto expresamente en el propio Tratado de Adhesión.

D) Esta interpretación encuentra además, apoyo en el art. 62.2 de la Convención de Derecho del Mar de Montego Bay de 10 de diciembre de 1982, que cita la codemandada, que aunque no forma parte del Derecho Comunitario, sí constituye una norma que debe ser respetada por los países miembros y tenida en cuenta por la misma finalidad de garantizar la protección de los recursos pesqueros.

E) Finalmente, el hecho de que el intercambio tenga lugar antes del 1 de junio y de que pueda ser objeto de revisión en función de la evolución de las capturas ponen de relieve que la mencionada cesión no se realiza en abstracto, sino partiendo de las expectativas de la actividad de pesca de cada ejercicio determinadas a esa fecha en relación con las posibilidades de pesca que determina el Tratado de Adhesión.

Lo expuesto hace innecesario, por otro lado, el planteamiento de cuestión prejudicial alguna, tanto de interpretación como de validez del Derecho Comunitario, siendo de aplicación la doctrina del acto claro (STJCE de 6 de octubre de 1982, asunto CILFIT, o de 22 de octubre de 1987, asunto 3147/1985, con origen en la doctrina del Consejo de Estado Francés, ATS de 27 de enero de 1990, STS de 17 de abril de 1989, 13 de junio de 1990 y de 9 de junio de 2003), o más bien habría que decir aclarado por la Jurisprudencia anteriormente indicada, en línea con lo indicado en el art. 104.3 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Nota. La sentencia, dictada en casación, constituye un buen exponente de la interrelación entre el Derecho de la Unión Europea y el Derecho internacional. Tiene como marco la prórroga, mediante Canje de Notas, del llamado Acuerdo de Arcachon alcanzado entre España y Francia en 1992, un acuerdo importante en clave política, que aspiraba a resolver los intrincados conflictos planteados entre ambos países en relación con la pesca de las anchoas en el Golfo de Vizcaya. Este acuerdo se enmarcó en las relaciones que Francia y España mantienen en el seno de la política pesquera de la Unión Europea. De ahí que el Anexo IV del Reglamento 685/1995 del Consejo, de 27 de marzo, lo recogiera entre las medidas relativas al intercambio de determinadas posibilidades de pesca entre Estados miembros. En efecto, desde un punto de vista técnico-jurídico, tanto el acuerdo como su prórroga contemplan un intercambio de cuotas de pesca de anchoas y otras especies entre ambos países, al tiempo que establecen algunas medidas de conservación y regulación de la actividad pesquera en la zona, a saber: la veda temporal de la pesca de la anchoa del 1 de diciembre al 10 de enero, la prohibición de faenar en sábados y domingos o la prohibición de la pesca de anchoa con arrastre pelágico entre el 20 de marzo y el 31 de mayo.

Particularmente, el recurso de casación interpuesto por las Federaciones de Cofradías de Pescadores de Guipúzcoa y Vizcaya se sustenta en la infracción, por parte de la Sentencia de la Audiencia Nacional recurrida, del art. 161.1.*f)* del Acta de Adhesión del Reino de España a las Comunidades Europeas y del art. 20.5 del Reglamento (CE) 2371/2002, de 21 de diciembre. Las alegaciones de los recurrentes iban dirigidas a obtener un pronunciamiento de la Sala por el que se declarara que el intercambio de posibilidades de pesca entre Francia y España, establecido en el Canje de Notas que prorroga el Acuerdo de Arcachon, refleja una alteración ilegal de la distribución y porcentaje del Total Admisible de Capturas (TAC) previstos en beneficio de nuestro país en el Acta de Adhesión a la Unión Europea y, por tanto, del capital principio de

estabilidad relativa que garantiza a cada Estado miembro el mantenimiento de las actividades pesqueras de cada población.

Una lectura superficial de la sentencia reseñada parece evidenciar un buen manejo y conocimiento, por parte del Alto Tribunal, del Derecho de la Unión Europea. En este sentido, la resolución judicial objeto de este comentario contiene importantes remisiones a la jurisprudencia comunitaria, tanto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea como del Tribunal de Primera Instancia, con objeto de determinar el alcance del concepto de estabilidad relativa en el marco de la política común de pesca. Incluso, en alguna parte de sus argumentaciones, llega a hacer una relectura de esta jurisprudencia para hacer evidente que la Audiencia Nacional ha llevado a cabo, en la sentencia recurrida, una interpretación poco acertada de la misma. También se invoca el tenor literal de la normativa comunitaria adoptada en el ámbito de la política común de pesca, particularmente la recogida en los distintos reglamentos que, en materia de conservación y explotación de los recursos pesqueros, se han ido adoptando en el transcurso de estos años. Y, por último, cuando alude al Tratado de Adhesión de España a las Comunidades Europeas, para referirse a algunas de las condiciones de acceso de los buques españoles a las aguas comunitarias y a sus recursos, lo sitúa correctamente en el Derecho originario.

Sin embargo, una lectura más reposada de la resolución judicial comentada permite detectar algunos errores y despropósitos de carácter jurídico, de los que pasamos a dar debida cuenta. Comienza la Sala fundando su negativa a interponer una cuestión prejudicial «tanto de interpretación como de validez» sobre la base «de la teoría del acto claro o más bien habría que decir aclarado por la jurisprudencia anteriormente indicada —se refiere a la del Tribunal de Justicia—». Algunas consideraciones tenemos que hacer al respecto: ciertamente, la teoría del acto claro flexibiliza la obligación de formular la cuestión prejudicial impuesta por el art. 234 del TCE (actual art. 267 TFUE) a los órganos judiciales nacionales cuyas resoluciones no son susceptibles de recurso alguno. Esta flexibilización se traduce en que el Juez nacional queda liberado del deber que le incumbe cuando la correcta aplicación del Derecho comunitario se impone con tal evidencia que no deja lugar a duda razonable alguna, o cuando, en efecto, la disposición comunitaria de que se trata fue ya objeto de interpretación por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Como se sabe, esta línea jurisprudencial la inició el órgano judicial comunitario en la Sentencia CILFIT de 6 de octubre de 1982, citada por la sentencia reseñada. Ahora bien, también tendría que haber tenido en cuenta la Sala que, en la sentencia Foto-Frost, el TJUE subrayó de manera categórica que los órganos jurisdiccionales nacionales no son competentes para declarar por sí mismos la invalidez de los actos de las instituciones comunitaria. De manera que la obligación de interponer una cuestión prejudicial de validez por parte del órgano judicial que resuelve en última instancia tiene un carácter absoluto. Tampoco se ha percatado el Alto Tribunal de que, según se desprende del apartado *a)* del art. 267 del TFUE, no cabe incoar un procedimiento prejudicial de validez tratándose de normas de Derecho originario. Consideramos, pues, que el fundamento para desestimar el planteamiento de la cuestión prejudicial es poco preciso y está expresado con ligereza, lo que a su vez puede venir motivado por el desconocimiento de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de cuestiones prejudiciales.

Asimismo, en otro de sus razonamientos encontramos un grave desacierto cuando se afirma de manera tajante que la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 no forma parte del Derecho comunitario europeo, si bien debe ser respetada por los países miembros. El Tribunal Supremo desconoce —y no se ha preocupado por conocer— que la propia Comunidad/Unión Europea es Parte contra-

tante de la Convención de Montego Bay, como también lo son todos y cada uno de sus Estados miembros actuales. De hecho España la ratificó en 1997, por imperativo comunitario, razón principal por la que despliega plenos efectos jurídicos en nuestro ordenamiento jurídico (para más detalle, puede verse ROLDÁN BARBERO, J., «Evolución y relaciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y el Derecho marítimo español y europeo», en SOBRINO HEREDIA, J. M. (coord.): *Mares y Océanos en un mundo en cambio: tendencias jurídicas, actores y factores, Jornadas de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales celebrada en 2005 en A Coruña*, BOE, 2007, pp. 99-129).

Eva DÍEZ PERALTA

5. ASILO Y REFUGIO

ASILO.—Agente perseguidor. Invocación de normativa de la Unión Europea.

Sentencia TS (Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 5.ª) de 16 de marzo de 2009. Ponente: Eduardo Calvo Rojas.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079130052009100101.

SÉPTIMO.—En definitiva, la persecución invocada provendría, en su caso, de grupos paramilitares, y al respecto, esta Sala ha venido admitiendo la posibilidad de acceder al asilo pese a que el agente perseguidor no sea el Estado. Entre otras podemos citar las Sentencias de 21 de febrero de 2003 y 25 de febrero de 2004, en las que se indica que: «Ciertamente, como regla general en materia de asilo, es el Estado quien debe ser el agente perseguidor». Ahora bien, por excepción se admite que el «agente perseguidor», sea un ente o sectores de la población, que no respeten las leyes del país, y persigan a ciudadanos por las mismas causas a las que hace referencia la Convención. Si bien, en este caso, dicho comportamiento sólo puede equipararse a la persecución, si el Estado deliberadamente tolera dicha situación o se niegan a proporcionar una protección eficaz o son incapaces de hacerlo. En este sentido, la Posición Común 96/196/JAI, de 4 de marzo de 1996, definida por el Consejo de Ministros de Justicia e Interior de la UE sobre la base del art. K.3 del Tratado de la UE, relativa a la aplicación armonizada de la definición del término «refugiado» conforme al art. 1 de la convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, sostiene en su punto 5 que: «1. Por regla general, la persecución es obra de un órgano del Estado (Estado Central o Estados Federados, poderes regionales y locales), cualquiera que sea su estatuto respecto del Derecho Internacional o de los partidos u organizaciones con control sobre el Estado». Añadiendo, sin embargo, en su punto 4.2 que las persecuciones cometidas por terceros entran en el ámbito de aplicación de la convención de Ginebra cuando estén basadas en los motivos de la Sección A del art. 1 de esta Convención, tengan un carácter personalizado, estén fomentadas o autorizadas por los poderes públicos. Cuando los poderes públicos permanezcan inactivos, dichas persecuciones darán lugar a exámenes particulares de cada una de las solicitudes de estatuto de refugiado, de conformidad con las jurisprudencias nacionales y teniendo especialmente en cuenta el carácter voluntario o involuntario de la inacción constatada. En todo caso, las personas afectadas tendrán derecho a formas de protección adecuadas que resulten conformes con la legislación nacional.

Nota. La resolución judicial, parcialmente extractada, no aporta una respuesta novedosa a la institución del asilo ni a la noción de «agente perseguidor». Sin em-

bargo, es merecedora de una mínima reseña en la medida en que constituye una buena muestra de una doctrina jurisprudencial ya asentada en virtud de la cual, en el contexto de una evaluación completa de reconocimiento de la condición de asilado, una solicitud en este sentido no tiene por qué basarse necesariamente en una persecución llevada a cabo por el Estado, si bien es verdad que en el solicitante de asilo va a recaer la pesada carga de acreditar fehacientemente que la persecución por terceros —grupos paramilitares en el caso de autos— es incitada o tolerada por el Estado, o bien que éste no ha podido proporcionar la protección debida. Por supuesto, de esta línea jurisprudencial ya se ha dado cuenta en crónicas anteriores publicadas en esta *Revista* (véase Sentencia de la Audiencia Nacional de 28 de junio de 2005, comentada por BOLLO AROCENA, M. D., en *REDI*, vol. LVIII (2006), 1, pp. 383-384).

También es bastante frecuente la alusión que hace la Sala, como argumento acumulado, a normativa internacional o europea, aun cuando no se detiene a descifrar su valor y sus efectos jurídicos ni tampoco a comprobar su vigencia. Así lo atestigua la simple invocación de la Posición común adoptada por el Consejo de la Unión Europea en el año 1996 con objeto de armonizar en el conjunto de los Estados miembros la aplicación de los criterios de determinación de la condición de refugiado, todavía vigente. No obstante lo anterior, celebramos la apertura europeísta del órgano judicial que, en este caso, está plenamente justificada y nos congratulamos, particularmente, de que el Tribunal haya vuelto a enmendar el error que cometió en el pasado al atribuir este acto adoptado en el marco del que fuera el Título VI del Tratado de la Unión Europea a otra organización de ámbito europeo, el Consejo de Europa (véase LÓPEZ ESCUDERO, M., y CUESTA RICO, F., «La aplicación judicial del Derecho comunitario en España durante 1998», *RDCE*, pp. 395-418 especialmente p. 418).

Con vistas a futuros pronunciamientos, los órganos judiciales de nuestro país deberán tener presente la reciente Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del Derecho de asilo y de la protección subsidiaria (*BOE* núm. 263, 31 de octubre), puesto que recoge explícitamente en su art. 13.*c)* qué se entenderá por agente perseguidor, entre otros, los agentes no estatales, cuando los agentes estatales no puedan o no quieran asumir la protección efectiva contra la persecución o los daños graves. Esta nueva legislación española en materia de asilo no constituye sino una traslación al ordenamiento jurídico español de una profusa normativa europea en la materia; particularmente, en el caso que nos ocupa, se trataría de la Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida. Por lo demás, esta flamante ley, dice su Exposición de motivos, se ha hecho eco de una abundante jurisprudencia internacional e interna en la materia.

Eva DÍEZ PERALTA

ASILO. Valor de los informes emitidos por el ACNUR. Víctima de trata de personas.

Sentencia AN (Sala de lo Contencioso, Sección 4.ª), de 24 de junio de 2009. Ponente: Tomás García Gonzalo.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079230042009100502.

CUARTO: La situación de D.ª Petra viene determinada por el relato que formula en el escrito de demanda, folios 4 y 5 de la pieza y el informe emitido por el ACNUR. El relato

recoge que ha sido obligada a prostituirse en su País de origen (Ghana), al igual que una hermana suya, quien fue violada y asesinada en la calle, por lo que decidió no volver a salir de noche, y entonces una tía suya decidió enviarla a España a ejercer la prostitución, quien llevó a cabo todas las gestiones para su traslado, sin darle otra opción, y que en la actualidad no quiere continuar viviendo en esas circunstancias, por lo que si regresa está obligada de nuevo a continuar trabajando como prostituta, ya que no puede pagar el dinero utilizado para viajar a España, porque precisamente debía obtenerlo mediante esta actividad.

El Informe emitido por el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, aparece transcrito en el escrito de demanda, sin que por la Administración se haya opuesto rechazo alguno al mismo: «En relación a su escrito del tres de noviembre de 2008 al que se adjuntaba la solicitud de asilo presentada por la persona de referencia y teniendo en cuenta el artículo 5.6 así como el espíritu de la Ley 9/94, modificadora de la Ley 5/84 reguladora del derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado, esta Delegación, tras haber realizado el correspondiente estudio de la misma, le comunica que debería ser admitida a trámite. De las alegaciones de la solicitante se desprende que la misma podría ser una víctima de trata con fines de explotación sexual. La interesada alega cuestiones de especial gravedad como son las referidas a las violaciones que dice haber sufrido, que el tío de su padre la habría puesto en manos de una mafia que la trae a España a ejercer prostitución y que de no hacerlo y regresar, la matarán.

La información consultada por esta delegación sobre la situación en Ghana apunta a que Ghana es fuente, tránsito y destino de mujeres víctimas de trata con fines de explotación sexual y a que el gobierno de ese país no cumple con los estándares mínimos para abordar esta materia.

Esta Delegación entiende que estas alegaciones no resultan manifiestamente inverosímiles y podrían tener cabida en el artículo 1 A de la Convención de Ginebra de 1951. En este sentido, es opinión del ACNUR que el ser o haber sido víctima de trata puede traer consigo el reconocimiento de la condición de refugiado. Así debe deducirse del contenido del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la Trata de personas especialmente mujeres y niños, que complementa la convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, ratificado por España. Su artículo 14 explícitamente establece que el Protocolo no afectará a los derechos, obligaciones y responsabilidades de los Estados y las personas con arreglo al Derecho internacional, y en particular, cuando sean aplicables la Convención de Ginebra de 1951 y su Protocolo de 1967, y el principio de non refoulement. Al haber ratificado este Protocolo, España ha reconocido que algunas víctimas de trata de personas pueden encontrarse en las situación del artículo 1 A (") de la Convención de Ginebra y su Protocolo y, por tanto ser consideradas como refugiadas.

Lo anterior ha sido desarrollado extensamente en las directrices del ACNUR sobre «La aplicación del artículo 1 A (2) de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de Refugiado a las Víctimas de la Trata de Personas y a las personas en situación de riesgo».

Por otro lado esta delegación considera recomendable que la interesada sea entrevistada por personal de un recurso especializado en la asistencia a víctimas de trata, por cuanto de confirmarse los indicios observados por esta delegación, y en consonancia con el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños que complementa la convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia organizada transnacional y con el Convenio del Consejo de Europa sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos, recientemente firmado por España y de próxima ratificación.

Nota. Solamente unas breves reflexiones en torno a los párrafos seleccionados de esta Sentencia, en los que se recoge el fundamento que sostiene la decisión de la Audiencia Nacional de estimar el recurso de apelación interpuesto por una ciudadana de origen ghanés contra el Auto del Juzgado Central que denegó la solicitud de suspensión cautelar —en tanto se sustanciaba la petición de asilo— de una orden de expulsión dictada contra ella, habiendo basado su pretensión en el temor a ser víctima de trata con fines de explotación sexual y en el peligro que para su integridad física conllevaba el regreso a su país.

Ciertamente, la Audiencia Nacional se ha hecho eco de las consideraciones expuestas en el informe emitido por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR, en adelante) que aconseja el asilo, siendo lo más llamativo de su razonamiento el peso que la Sala otorga a unas directrices del ACNUR, del año 2006, en las que se incluye a las víctimas de trata de personas y a las personas en situación de riesgo en el ámbito de aplicación del art. 1 A (2) de la Convención de Ginebra de 1951, así como del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de Refugiado, que, como se sabe, vino a enmendarla con el fin de permitir una interpretación evolutiva de la Convención que tomara en consideración nuevas categorías y situaciones de refugiados. Estas directrices se convierten, pues, en referencias interpretativas muy valiosas para determinar la condición de refugiado, si bien conviene apuntar que carecen de fuerza vinculante. Por otra parte, esta amplia interpretación que en dichas directrices se recoge del mencionado precepto de la Convención de Ginebra es el resultado de la lectura conjunta que la oficina del ACNUR ha realizado de la precitada Convención y otros instrumentos internacionales que combaten abusos contra los derechos humanos, en particular el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la Trata de Personas, especialmente mujeres y niños, rubricado en Nueva York el 15 de noviembre de 2000, que entró en vigor de forma general y para España el 23 de diciembre de 2003. Este Protocolo se erige como el instrumento de ámbito universal para combatir la trata de personas y, a su vez, constituye un complemento de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Asimismo, en el ámbito regional, el ACNUR invoca el Convenio del Consejo de Europea contra la Trata de Seres Humanos, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005, en vigor también para España. De esta forma, se están ofreciendo las máximas garantías para evitar que el principio de no devolución a un país en el que se sufra persecución quede frustrado.

Para concluir estas líneas, cabría apuntar que la flamante ley española reguladora del asilo, la Ley 12/2009 (*BOE* núm. 263, 31 de octubre), sigue concediendo un lugar destacado a la intervención que, a estos efectos, lleva a cabo el ACNUR. Por lo demás, esta ley incluye, con carácter general, la persecución de género como uno de los motivos para la concesión de la condición de refugiado.

Eva DÍEZ PERALTA

6. DERECHOS HUMANOS

6.1. Cuestiones preliminares

Tras un recorrido por la jurisprudencia ordinaria y constitucional en materia de derechos fundamentales correspondiente al periodo que abarca la presente crónica se advierte un profuso manejo por parte de los órganos judiciales españoles de la normativa internacional atinente a los derechos humanos.

En ocasiones esta normativa internacional es manejada por expreso reenvío constitucional, como se observa en relación con la expresa remisión al ámbito internacional en materia de protección a los menores que otorga el art. 39.4 CE. En otras ocasiones se advierte en el texto internacional la condición de aplicabilidad directa (STS de 8 de mayo de 2009 relativa al Convenio de Doble Nacionalidad con Chile); y en otras ocasiones el Tribunal se pregunta por cuestiones relativas a una reserva al Convenio Europeo de Derechos Humanos (aspecto éste ya analizado en el bloque dedicado a las «Relaciones entre el Derecho internacional y el Derecho interno»).

Por su parte, la jurisprudencia del TEDH —en especial la relativa al conjunto de derechos establecidos en el art. 6.1 del CEDH— sigue siendo la principal fuente de inspiración interpretativa de los derechos humanos en España.

En este periodo encontramos una demanda de amparo presentada por el partido político Askatasuna (frente al Auto de la Sala Especial del art. 61 LOPJ del Tribunal Supremo en la pieza separada de ejecución de un procedimiento sobre ilegalización de los partidos políticos Herri Batasuna y otros) por violación de derechos humanos reconocidos en la Constitución «en relación» con artículos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del CEDH: el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, el derecho a la defensa y el derecho a un proceso con todas las garantías —todos ellos del art. 24 CE «en relación» con los arts. 14.1 PIDCP y 6.1 CEDH—. Esta demanda fue desestimada mediante la *STC 43/2009, de 12 de febrero*.

Resulta frecuente la invocación de estos textos internacionales relativos a los derechos humanos por la vía del art. 10.2 CE, aunque en algunas ocasiones se omite mencionar en qué condiciones es utilizado el tratado internacional o qué clase de efectos despliega el tratado en general y en particular para España (como se verá más adelante en la STS de 19 de mayo de 2009, relativa a la aplicación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad).

No siempre son los textos internacionales más conocidos (CEDH, la Declaración Universal de Derechos Humanos o el Pacto de Derechos Civiles y Políticos) los invocados, en ocasiones encontramos otros instrumentos internacionales:

Es el caso de la *Sentencia del Tribunal Constitucional 70/2009, de 23 de marzo*. En ella se invoca el art. 6 del Convenio núm. 108 del Consejo de Europa, de 28 de enero de 1981, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal. Ello confirma el potencial del art. 10.2 CE a la hora de perfilar y concretar el contenido de un derecho fundamental como es la protección de la intimidad, en sus conexiones con la protección de datos de carácter personal: debe recordarse a estos efectos la STS (Sala 3.ª, Sección 7.ª) de 10 de julio de 2006 que trae a colación la conocida STC 292/2000, de 30 de noviembre: «Se trata del derecho a la protección de datos de carácter personal, distinto al derecho a la intimidad, tal como, además, resulta de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que distingue como figuras autónomas el derecho al respeto de su vida privada y familiar y el derecho a la protección de datos de carácter personal». Esta STC 70/2009 invoca numerosa jurisprudencia del TEDH, pero también menciona al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) como garante de los derechos fundamentales. Debe tenerse en cuenta que, una vez completada la adhesión del TJUE al CEDH, este tribunal quedará sometido al control externo del TEDH. ¿Se deberá citar menos por ello al TJUE al ser, a estos efectos, un tribunal «interno» sometido a un pronunciamiento superior del TEDH? No lo creemos, sinceramente.

En el FJ 3.º de la *STS (Sala de lo Penal, Sección 1.ª), de 3 de marzo de 2009,* encontramos la inusitada mención a la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los

Pueblos como único texto internacional que contiene una referencia a la integridad moral. Se trata, obviamente, de un texto que no resulta de aplicación ni despliega ningún tipo de efecto jurídico directo para España, pero que es traída a colación desde una perspectiva comparatista. La cita de la Carta africana es valorada con el fin de delimitar el campo de aplicación del delito contra la integridad moral (art. 173 CP) y la falta de vejaciones injustas (art. 620 CP).

Como se verá en la *STS 185/2009 de 12 de marzo,* en otras ocasiones se invocan textos de diverso e incierto valor jurídico (así sucede con las Reglas de Beijing de 1985 relativas a la protección de menores, ya citadas en numerosas resoluciones anteriores a este periodo).

Hay otras cuestiones que presentan una evidente conexión con los derechos humanos pero en la presente crónica hemos decidido abordarlas en otros apartados más específicos: nos referimos a resoluciones en materia de narcotráfico y alta mar, sobre inmunidad de ejecución del Estado extranjero, sobre el estatuto de refugiado, así como la precitada sobre las reservas formuladas al Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Rafael MARÍN AÍS

6.2. Extradición

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª), de 4 de marzo de 2009. Ponente: Enrique Cancer Lalanne.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079130072009100076.

PRIMERO.—D. Carlos interpone este recurso contencioso-administrativo por vía del procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales, contra el acuerdo del Consejo de Ministros, del 13 de Julio de 2007, por el que de conformidad con el art. 18 de la Ley 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición Pasiva y al no resultar oportuno hacer uso de las facultades que el art. 6.º de dicha Ley confiere al Consejo, decreta la entrega de Carlos a las autoridades de la Federación Rusa.

En la demanda suplica que se dicte sentencia por la que se anule el acuerdo recurrido, por vulneración del derecho fundamental en su momento alegado. Derecho que no es otro que el consagrado en el art. 15 de la Constitución, derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que en ningún caso puedan ser sometidas persona alguna a tratos inhumanos o degradantes, con expresa prohibición de la pena de muerte.

En esencia y, en síntesis, se alega que las garantías presentadas por la parte rusa de mantener con vida al Sr. Carlos, carecen de legitimidad, no se basan en la legislación rusa, o en la Constitución de ese país, interpretadas conforme al artículo 11 del Convenio Europeo sobre extradición, de 13 de diciembre de 1957, y en que el trato inhumano sufrido por otro detenido en virtud de los hechos determinantes de la solicitud cuestionada evidencia también la falta de garantías personales en la Federación Rusa, en lo que se refiere al trato de detenidos y presos.

Nota. En esta sentencia se desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la decisión de la Audiencia Nacional que declaraba procedente la extradición del recurrente a la Federación Rusa. Éste alega en su defensa que las garantías de mantenerle con vida presentadas por la parte rusa y consideradas como suficientes por la Audiencia Nacional (que convalida el acuerdo diplomático en el Auto impug-

nado) carecen de legitimidad, no se basan en la legislación rusa, o en la Constitución de ese país interpretadas conforme al art. 11 del Convenio Europeo sobre extradición, de 13 de diciembre de 1957; el recurrente también considera que el trato inhumano sufrido por otro detenido en virtud de los hechos determinantes de la solicitud cuestionada evidencia también la falta de garantías personales en la Federación Rusa en lo que se refiere al respeto al conjunto de derechos establecidos en el art. 15 de la Constitución (dadas las posibilidades de ser condenado a muerte o de ser sometido a tratos inhumanos o degradantes).

Para considerar que la extradición es conforme a las exigencias del art. 11 del Convenio Europeo sobre Extradición, la «Parte requerida» considera como seguridades suficientes de que no va a ser ejecutada la pena capital las obtenidas por vía diplomática de la «Parte requirente».

Podemos apreciar que la aplicación del art. 11 del Convenio Europeo sobre Extradición confiere un alcance extraterritorial y futuro a la protección del derecho a la vida (art. 15 CE). Sin embargo, al mismo tiempo puede apreciarse la voluntad del Tribunal de no inmiscuirse en la política exterior que corresponde al Ejecutivo, en la medida en que no se extiende hacia el futuro ningún tipo de cautela para verificar el grado efectivo de cumplimiento de dichas garantías. Las mismas sólo son valoradas por el Ejecutivo en el momento de decidir acerca de la procedencia de la extradición y ni la Audiencia Nacional ni el Tribunal Supremo efectúan una comprobación suficiente de las garantías de respeto a los derechos del art. 15 de la Constitución existentes. Debe tenerse en cuenta la obligación que impone el art. 10.2 de la Constitución Española de interpretar las normas relativas a derechos fundamentales recogidos en el texto constitucional con arreglo a los tratados internacionales ratificados por España en la materia. El propio TEDH ha desautorizado estos procedimientos diplomáticos de extradición cuando existe riesgo de que la persona sea condenada a muerte; mientras que la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea ha reafirmado esta garantía de no ser extraditado a un país donde exista grave riesgo de ser sometido a pena de muerte, tortura, o a tratos inhumanos o degradantes (art. 19.2); por todo ello, resulta muy criticable esta decisión judicial que, amparándose en la discrecionalidad gubernamental en política exterior, no entra a valorar la suficiencia de las garantías establecidas en el acuerdo diplomático, considerando que se trata de un acto de soberanía del Ejecutivo no reglado por el Derecho. Estas «garantías diplomáticas» (véase SÁNCHEZ LEGIDO, Á., «Garantías diplomáticas, no devolución y prohibición de la tortura», *REDI*, 2008-1, pp. 11-38) consisten en un compromiso escrito y un conjunto de promesas no juridificadas con el que se pretende asegurar los derechos fundamentales de las personas transferidas a otra jurisdicción. En este contexto la dignidad humana (art. 10.1 CE) y los derechos del art. 15 CE, adquieren una dimensión extraterritorial y deslocalizada que con arreglo al art. 10.2 CE y los textos internacionales en materia de Derechos Humanos debe ser igualmente respetada y salvaguardada por el juez español.

Rafael MARÍN AÍS

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª), de 6 de mayo de 2009. Ponente: Siro Francisco García Pérez.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079120012009100864.

6. Termina el motivo primero del recurso invocando el principio de especialidad, en base al Convenio Europeo sobre Extradición, respecto a que no pueden ser condenados

por 97 tentativas de asesinato ni por un delito de estragos terroristas, por cuanto los acusados fueron entregados para ser juzgados por un solo delito de tentativa de asesinato y por delito de daños terroristas y no de estragos terroristas.

El dictamen del Tribunal francés sobre la extradición se refiere, dentro del Convenio de Extradición de 13 de diciembre de 1957 y del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen de 19 de junio de 1990, a delitos de pertenencia a banda armada, depósito de armas de guerra, depósito de explosivo, falsificación del documento oficial continuada, sustracción de vehículo continuada, asesinato terrorista en grado de tentativa, dos delitos de estragos terroristas, tres delitos de conspiración para asesinato terrorista, en relación con:

«Apolonio, Eulalio, María Dolores y César prepararon un artefacto explosivo que María Dolores y César colocaron en un vehículo el 6 de noviembre de 2001, en la DIRECCION004 de Madrid y que estalló al paso de Florian, subsecretario de Estado de política científica [...]

Y la entrega temporal de los acusados trae causa de aquella extradición en el marco del art. 19.2 de dicho Convenio de 1957.

Aunque el art. 2 se refiere a hechos, el 14 al recoger el principio de especialidad parece referirse a hechos asociados a una calificación jurídica.

Pero el hecho-delito de estragos aparece comprendido en el acuerdo de extradición; y en cuanto a la tentativa o tentativas de asesinato el propio art. 19 deja abierta la puerta a un cambio de calificación; lo que en el presente caso no comporta problema alguno porque la conducta típica sigue siendo exactamente la misma, aunque los resultados sean plurales en el mundo empírico.

7. El segundo de los motivos ha sido deducido al amparo del art. 5.4 LOPJ por vulneración del art. 24.2 CE respecto al juicio sin dilaciones indebidas.

La consideración de que en el art. 21 CP aparecen recogidas circunstancias atenuantes —la 4.ª y la 5.ª— radicadas en factores posteriores al hecho enjuiciado permite, en la analogía fundamental que prevé el art. 21.6.º, plasmar las consecuencias del incumplimiento del derecho al proceso sin dilaciones indebidas, en tiempo razonable, reconocido por el art. 6 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades fundamentales y por el art. 24 CE, en la atenuación de la pena; véanse sentencias de 20 de diciembre de 2004 y 27 de diciembre de 2004, TS.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos viene señalando —sentencias de 25/3/1999 y 12/5/1999— que la racionalidad de la duración del procedimiento debe ser determinada a la luz de las circunstancias particulares de cada caso, como la complejidad del asunto, la conducta de la acusada y la conducta de las autoridades.

Nota. Apreciamos en esta sentencia la conexión que los procedimientos de extradición presentan con numerosos derechos humanos, de modo que en ella se invocan Sentencias del TEDH relativas al derecho al proceso equitativo sin dilaciones indebidas en un plazo razonable. También alude esta sentencia al principio de especialidad en los procedimientos de extradición del art. 14 del Convenio Europeo de Extradición de 1957, y a la posibilidad de cambio en la calificación jurídica de los hechos refiriéndose a su art. 19. Debe recordarse que los hechos que originan el presente pronunciamiento judicial datan de 1999, es decir, son anteriores al establecimiento de la Decisión marco 2002/584/JAI, de 13 de junio de 2002, que establece la orden de detención europea y los procedimientos de entrega entre Estados miembros; se trata de la conocida como euroorden, que convierte la extradición respecto de una

lista de delitos que enumera en un procedimiento esencialmente judicial basado en el principio de confianza mutua, suprimiendo para 32 de ellos la exigencia de doble incriminación (véase SÁNCHEZ LEGIDO, A., «La euro-orden, el principio de doble incriminación y la garantía de los derechos fundamentales», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 14, 2007). Por su parte, la pretendida vulneración de derechos fundamentales de los recurrentes es desestimada en este caso constatando el Tribunal el respeto a derechos fundamentales en la sentencia recurrida de la Audiencia Nacional, y constatando dicho respeto también en el Dictamen del Tribunal francés por el que se acuerda la extradición.

La lucha antiterrorista debe ser respetuosa con los derechos fundamentales (así se pone de manifiesto en la SAN de 30 de abril de 2009), el Reino de España debe exigir su respeto en el interior, pero también debe velar porque éstos no sean vulnerados en el exterior como consecuencia de una decisión del Ejecutivo o del Poder Judicial tomada en su territorio. También la cooperación judicial en materia penal debe enmarcarse dentro del respeto a los derechos fundamentales.

La inclusión de estos supuestos de extradición en el apartado de la presente crónica relativo a derechos humanos no viene simplemente determinada por la obligación de leer en España los derechos humanos a la luz del Derecho internacional, sino que viene justificada por la necesidad de exportar los valores constitucionales (convenientemente mediatizados por los textos internacionales) para prevenir ataques futuros a los derechos humanos en terceros países que indudablemente acabarían teniendo una repercusión interna —más o menos mediata—.

Rafael MARÍN AÍS

6.3. Jurisdicción universal

Jurisdicción Universal. Derecho Humanitario Bélico y Jurisdicción Universal.

Auto de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Juzgado Central de Instrucción Uno), de 21 de mayo de 2009. Ponente: Santiago J. Pedraz Gómez.

F.: TOL 1.505.839©tirantonline.com.

PRIMERO.—Nuestro Código Penal, en el Capítulo III del Título XXIV (Delitos contra la Comunidad Internacional), trata de los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado. Los preceptos que en él se contienen son el resultado de un proceso de internalización de normas originariamente convencionales surgidas en el ámbito del Derecho Internacional dentro del Derecho de la Guerra y dirigidas a la «humanización» de las penosas situaciones creadas por la Guerra.

Dentro de ese Derecho de la Guerra, se distingue entre un ius ad bellum y un ius in bello. El primero se refiere a si bajo alguna condición resulta lícito el recurso a la fuerza de las armas —derecho a la guerra— (cuestión que no afecta al presente caso); mientras que el ius in bello —derecho en la guerra— se refiere a un conjunto normativo que, dada la existencia de un conflicto armado, sea justo o injusto, deben observar los beligerantes, sobre todo con determinadas personas y lugares. Tal ius viene inspirado en el principio de necesidad: Sólo resulta lícito lo que es necesario para conseguir el objetivo de la guerra (Grocio).

Pues bien, el citado Capítulo III comprende las infracciones más graves de las normas fundamentales de ese ius in bello, que no son otras que las recogidas en el artículo 608 del Código Penal (Convenios de Ginebra, Protocolos y Convenio de La Haya).

De este artículo se sigue que las personas protegidas son:

1. *Los heridos, enfermos y náufragos.*
2. *El personal sanitario y religioso.*
3. *Los prisioneros de guerra.*
4. *La población civil.*
5. *Las personas que no participan en las hostilidades.*

El citado artículo 608.3 indica: a los efectos de este capítulo, se entenderán por personas protegidas: la población civil y las personas civiles protegidas en el IV Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 o por el Protocolo I Adicional de 8 de junio de 1977. Los periodistas son considerados población civil. No cabe, pues, duda de que el Sr. J. C. P. era persona protegida.

SEGUNDO.—El artículo 611.1 del Código Penal castiga con la pena de prisión de 10 a 15 años, sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados producidos, al que con ocasión de un conflicto armado realice u ordene realizar ataques indiscriminados o excesivos o haga objeto a la población civil de ataques, represalias o actos o amenazas de violencia cuya finalidad sea aterrorizarla.

El citado artículo 611.1 del Código Penal prohíbe y castiga:

a) La realización de ataques indiscriminados.
b) Los ataques excesivos a la población civil.
c) Los ataques específicos a la población civil.
d) Las represalias.
e) Los actos de violencia.
f) Las amenazas de violencia con la finalidad de amenazar a la población.

Dispensa, pues, una especial protección a la población civil: cualquier ataque (sea indiscriminado, sea excesivo o sea específico) a la población civil es ilegítimo, está prohibido y está castigado penalmente. Así se sigue de dicho artículo, que recoge y desarrolla lo dispuesto en el IV Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y el Protocolo Adicional I de 1977 (mencionados en el artículo 608). El Protocolo, además, establece un principio fundamental: las partes contendientes están obligadas siempre a distinguir entre población civil y combatientes y entre bienes de carácter civil y objetivos militares (art. 48) [...].

Nota. Los hechos que dan lugar al presente litigio son los relativos al fallecimiento en Bagdad del periodista español José Couso el día 8 de abril de 2003. El periodista fue alcanzado por la metralla procedente del estallido de un proyectil lanzado por la 3.ª División de Infantería del Ejército de los Estados Unidos contra el «Hotel Palestina»; situado en zona civil y ocupado por población civil.

En el Auto el Magistrado instructor llega a la conclusión de que existen indicios racionales para considerar que tres miembros de la citada división del Ejército norteamericano pueden ser penalmente responsables de conductas criminales tipificadas en nuestro Código Penal como «Delitos contra la Comunidad Internacional»; en consecuencia acuerda su procesamiento.

Cabe felicitarse del espíritu didáctico que el Auto presenta en sus FFJJ 1.° y 2.° al enmarcar las conductas punibles del art. 611.1 CP en relación con el art. 608 CP en el contexto del *ius in bello* diferenciándolo claramente del *ius ad bellum*. Incluso llega a invocar a Hugo Grocio, el padre doctrinal de esta rama, ubicando la licitud del *ius in bello* dentro del principio de necesidad.

Se trata en definitiva el presente de un caso de extraterritorialidad de la jurisdicción penal española relativo a un delito contra la comunidad internacional. Por tanto, aunque no es un presupuesto para la perseguibilidad de este tipo de delitos que exista algún vínculo con el interés nacional [véase el art. 23.4 LOPJ, letra *h)*], en este caso la conexión con el interés nacional es evidente dada la nacionalidad de la víctima.

Rafael MARÍN AÍS

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Juzgado Central de Instrucción núm. 5), de 30 de abril de 2009. Ponente: José Ricardo Juan de Prada Solaesa.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079220022009100001.

De esta resolución, ya comentada por otro motivo, interesa en este orden de cuestiones resaltar el voto particular concurrente del Magistrado De Prada Solaesa. Este voto propugna la aplicación preferente del Derecho internacional humanitario (art. 611.1 CP) frente a las comunes relativas a los delitos terroristas (tipos penales contenidos en la Sección Segunda del Capítulo V del Título XXII, arts. 571 y siguientes, relativos a los delitos de terrorismo, incluidos los establecidos en los arts. 515.2 y 516 del Código penal; todo ello en relación con las acciones cometidas, bien sean por insurgentes yihadistas, o de otro tipo, que combatan en el conflicto armado que se desarrolla en Irak).

Para llegar a esta decisión el Magistrado señala que la utilización del término terrorista en el indicado contexto de guerra no implica la inmediata aplicación de la legislación común antiterrorista. Por el contrario, la previsión de actos con finalidad terrorista viene reconocida expresamente como crímenes de guerra por el Derecho internacional penal, en las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949 y protocolos adicionales de 1977; incluso menciona jurisprudencia de un tribunal penal internacional *ad hoc* (caso *Stanislav Galio*, Sentencia de 30 de noviembre de 2006 del Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia).

El Magistrado alude a que frente a la inexistencia de un Tratado internacional en materia de terrorismo que recoja expresamente la jurisdicción universal en sentido estricto, sí que existe «dicho Tratado internacional que recoja expresamente la jurisdicción internacional» para los crímenes de guerra a través de las previsiones contenidas en los Convenios de Ginebra y sus protocolos adicionales. Dado este último argumento, el sentido del voto es el de llevar la materia del terrorismo internacional hacia las reglas del Derecho humanitario bélico.

Rafael MARÍN AÍS

6.4. Derechos humanos y jurisdicción universal

Auto del Tribunal Constitucional (Pleno) núm. 186/2009, de 16 junio.

***http://www.tribunalconstitucional.es*.**

FJ 3 [...] «En rigor no se discute aquí la existencia de acción popular en el ámbito de la jurisdicción universal, sino su concreta configuración. Dicho de otro modo, para el órgano judicial promotor de la cuestión los tratados internacionales que perfilan la

jurisdicción universal contendrían una limitación a la libertad de configuración de que goza el legislador para regular la acción popular. Y ello en la medida en que los delitos que persigue la jurisdicción universal suponen un ataque a la comunidad internacional así como a los sujetos que la integran. Si no se permite a éstos colaborar en la represión de dichas conductas se les está privando de un derecho que les reconocerían los tratados internacionales invocados en el Auto de planteamiento (entre otros, en materia de lucha contra la piratería, la Convención sobre alta mar de 29 de abril de 1958 y la de Naciones Unidas sobre el Derecho del mar de 10 de diciembre de 1982; en relación con la falsificación de moneda, el Convenio de 20 de abril de 1929; en la lucha contra el terrorismo, el Convenio de Tokio sobre infracciones y ciertos actos cometidos a bordo de aeronaves de 14 de septiembre de 1963, el Convenio de Nueva York para la represión de atentados terroristas con bombas de 15 de diciembre de 1997, el Convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo de 9 de diciembre de 1999 y el Convenio internacional para la represión de actos de terrorismo nuclear de 13 de abril de 2005; en materia de crimen organizado, el Convenio de sustancias psicotrópicas de 21 de febrero de 1971 y la Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 20 de diciembre de 1988; y, en fin, en materia de lucha contra la corrupción, la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción de 31 de octubre de 2003)».

[...] A este respecto debemos señalar, como ya hemos hecho en la STC 12/2008, de 29 de enero, que «los tratados internacionales no constituyen canon para el enjuiciamiento de la adecuación a la Constitución de normas dotadas de rango legal (SSTC 49/1988, de 22 de marzo, FJ 14; 28/1991, de 14 de febrero, FJ 5; 254/1993, de 20 de julio, FJ 5)» (FJ 2), sin perjuicio, como ya hiciéramos también entonces, de subrayar «la importancia que reviste la remisión constitucional (art. 10.2 CE) a determinados instrumentos de Derecho internacional como criterio interpretativo de los derechos fundamentales. Según hemos reiterado en la STC 236/2007, de 7 de noviembre, "esa decisión del constituyente expresa el reconocimiento de nuestra coincidencia con el ámbito de valores e intereses que dichos instrumentos protegen, así como nuestra voluntad como Nación de incorporarnos a un orden jurídico internacional que propugna la defensa y protección de los derechos humanos como base fundamental de la organización del Estado" (FJ 3)» [...].

Nota. El presente auto viene a resolver una cuestión de inconstitucionalidad que fue elevada en el contexto de una querella contra diversas personas de nacionalidad salvadoreña como responsables de crímenes de lesa humanidad y terrorismo o asesinato; dicha querella fue presentada entre otros por la asociación norteamericana Centre for Justice and Accountability. En la cuestión formulada se plantea la constitucionalidad de los arts. 19 LOPJ y 101 y 270 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en la medida en que circunscriben la acción popular del art. 125 CE a los «españoles»; la cuestión es elevada en el contexto de la competencia de la jurisdicción española para el conocimiento de delitos de persecución universal (art. 23.4 LOPJ). Por tanto, la duda surge al reducirse la participación como parte de los «no españoles» en la persecución de este tipo de delitos sólo a los casos en que sean ofendidos por el mismo, lo cual lleva al Magistrado promotor a pensar que esta opción por la que se decanta el legislador ordinario puede ser contraria al mandato del art. 125 CE que a priori no discrimina entre los ciudadanos según sea su condición española o extranjera. En opinión del Magistrado promotor, el principio de jurisdicción universal limita el margen que tiene el legislador a la hora de configurar la legitimación activa para el ejercicio de la acción popular, e introduce la duda sobre si reducir dicha legitimación a los nacionales españoles sería contrario al art. 125 CE al frustrar la finalidad del principio de jurisdicción universal; para ello se apoya en varios Tratados Internacionales en los

que la persecución de determinados delitos (que afectan a la comunidad internacional en su conjunto y a sus sujetos pasivos concretos individualizados) no está supeditada a la existencia de un interés nacional.

El Tribunal Constitucional había estimado el amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva frente a resoluciones del TS y de la AN que exigen un vínculo con el interés nacional como presupuesto para la persecución de estos crímenes (véanse la STC 237/2005, de 26 de septiembre, dictada en el *Caso Guatemala*; y la STC 227/2007, de 22 de octubre, que estima el amparo frente a resoluciones del TS y de la AN que decidieron la inadmisión a trámite de querellas por delitos de genocidio y tortura en China). Con posterioridad al caso que nos ocupa, la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, ha reformado el art. 23.4 de la LOPJ cercenando la esencia del principio de jurisdicción universal al exigir como presupuesto para que los tribunales españoles puedan conocer de estos crímenes: que quede acreditado que el presunto responsable se halla en territorio nacional (criterio de personalidad activa), que existan víctimas de nacionalidad española (criterio de personalidad pasiva) o bien que haya algún vínculo de conexión relevante con los intereses nacionales (véase REMIRO BRÓTONS, A., «Crímenes internacionales, jueces estatales», *Política Exterior,* núm. 134, marzo-abril, 2010). Pese a la reforma, hay que recordar la prevalencia de los Tratados internacionales sobre la ley española, de modo que es previsible que algún juez siga interpretando por mandato de los tratados y de la propia Constitución en sentido absoluto el principio de jurisdicción universal. De igual modo es posible que la reforma dé lugar a un nuevo pronunciamiento del TC en virtud del derecho a la tutela judicial efectiva, a través de un recurso o cuestión de inconstitucionalidad o bien por vía de amparo; y que el TC vuelva a proclamar esta concepción absoluta del principio de jurisdicción universal. Durante el periodo cubierto por la crónica se han seguido tramitando asuntos que conciernen al ejercicio de la jurisdicción universal en su conexión con los derechos humanos.

Pues bien, la acción popular (art. 125 CE) no es uno de los derechos humanos recogidos en la Constitución, y por tanto en el presente caso no resulta de aplicación el art. 10.2 de la CE (si bien el TC reafirma su importancia); ello lleva al TC a inadmitir la cuestión de inconstitucionalidad reiterando la importancia hermenéutica de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, pero estableciendo que éstos no constituyen un canon de constitucionalidad de las normas de rango legal.

Recogiendo el criterio del Fiscal General del Estado, el TC concluye que el legislador ha respetado la obligación de mínimos que le impone el art. 125 CE al recoger a los ciudadanos españoles. De igual modo la intervención en el proceso penal de quienes mediatamente pudieran verse afectados por los delitos que otorgan competencia a los tribunales españoles con arreglo al principio de jurisdicción universal debería enfocarse en opinión del Fiscal General del Estado (que el TC mantiene) no a través de la vía de la acusación popular, «sino más bien en el plano de la legitimación para la actuación en el proceso de la acusación particular de los afectados por el ilícito en su esfera de derechos e intereses legítimos».

Rafael MARÍN AÍS

6.5. Recurso de casación y derecho a una doble instancia penal

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 128/2009 (Sala de lo Penal, Sección 1.ª), de 11 febrero de 2009. Ponente: José Antonio Martín Pallín.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079120012009100195.

[...] El motivo décimo denuncia la inexistencia en el sistema procesal español del derecho a la doble instancia y añade, por si no lo hubiera hecho, que el testimonio de los agentes está plagado de contradicciones. Esta cuestión se viene planteando de forma reiterada ante esta Sala a partir de varias resoluciones del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas que vigila la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (RCL 1977, 893). En recientes dictámenes se declara la vulneración del artículo 14.5 del Pacto ante la imposibilidad de que el Tribunal Supremo revise las pruebas presentadas en primera instancia. Como se dijo, en el auto de 16 de febrero de 2004 (RJ 2004, 47), no se puede discutir, si nos fijamos en la literalidad del artículo 14.5 del Pacto, que el Tribunal Supremo ostenta la condición de Tribunal Superior tanto respecto de las Audiencias Provinciales y Tribunales Superiores de Justicia como de la Audiencia Nacional, por lo que en este aspecto las previsiones están efectivamente cubiertas. Ahora bien, es preciso reconocer que más allá del texto de la Ley lo que pretende el Pacto, no es la simple intervención de un Tribunal Superior, sino que exige que el tipo de recurso, previsto por el sistema, sea efectivo, en cuanto permita unas ciertas expectativas de revisión del material probatorio. Nuestro sistema procesal puede cumplir con las previsiones del Pacto, si se establecen mecanismos que permitan reinterpretar la decisión del Tribunal de Instancia, revisando la racionalidad de los métodos lógico-inductivos que supone toda actividad judicial de evaluación de las pruebas. Esta actividad tiene que garantizar y extender al máximo las posibilidades de defensa. En todo caso, se debe advertir, que un posible recurso de apelación que ya se ha establecido por el legislador en España, no puede garantizar la plena revisión y reestructuración del material probatorio de la primera instancia, y ni siquiera la grabación videográfica del juicio permite tener un conocimiento idéntico al que permite la percepción sensorial inmediata de las sesiones del juicio oral. Las vivencias así adquiridas son intransferibles, por lo que el Tribunal de Apelación tendría que hacer una valoración aproximada de las pruebas. Es cierto que el Recurso de Casación, en su concepción originaria y en sus modificaciones realizadas antes de la vigencia de la Constitución Española, no satisfacía las exigencias del Pacto, ya que se anclaba en un rígido formalismo, que rechazaba cualquier posibilidad de revisión probatoria que no fuese derivada, con carácter excepcional, del contenido de un documento que evidenciase, sin contradicción alguna, el error en que había incurrido el juzgador de instancia. Podemos afirmar tajantemente que éste no es el modelo actual. La Constitución (RCL 1978, 2836) y la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985, 1578, 2635), en su artículo 5.4 han abierto una amplia expectativa a la revisión probatoria. La vía de la vulneración de los derechos fundamentales de todo acusado de un hecho delictivo y la prevalencia de la tutela judicial efectiva, la presunción de inocencia y la necesidad de motivar suficientemente cuáles han sido los criterios intelectivos y el juicio lógico que ha llevado al órgano juzgador a dictar una determinada resolución, son suficientes elementos para afirmar que el recurso puede ser efectivo. Como podrá verse a lo largo de la lectura de esta Sentencia, este proceso revisorio se ha realizado con profundidad y detalle. La Ley Orgánica de 23 de diciembre de 2003 (RCL 2003, 3008) que modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882, 16), ya

anuncia las vías competenciales para generalizar la doble instancia residenciándola en los Tribunales Superiores de Justicia, pero sin haber desarrollado estas previsiones.

Nota. En esta sentencia encontramos una visión favorable a cumplir con las pautas marcadas por el Comité de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. No llega a reconocerse la vulneración del derecho a la doble instancia penal, pero al mismo tiempo se dice en un condicional muy inmediato que el sistema procesal español puede cumplir con las exigencias derivadas del Pacto de Derechos Civiles y Políticos; por lo tanto está enviando un mensaje al legislador para efectuar la oportuna corrección. Se invita al legislador a expandir al máximo las posibilidades del derecho a la defensa (art. 24.2 CE), con arreglo a la interpretación derivada del arreglo al art. 14.5 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y según lo dispuesto en el art. 10.2 CE.

De esta sentencia se deduce que la reforma introducida en 2003, modificadora de la LOPJ y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, permite cumplir con las exigencias internacionales de la doble instancia penal al prever que ésta se sustancie ante los Tribunales Superiores de Justicia; pero al mismo tiempo reconoce que estas previsiones no han recibido el oportuno desarrollo legislativo.

El mandato interpretativo que el art. 10.2 CE contiene alcanza a los órganos encargados de la interpretación y aplicación de los tratados internacionales: en concreto, a los dictámenes y observaciones finales del Comité de Derechos Humanos y a las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sin embargo, la actual configuración del recurso de casación en materia penal establecida en los arts. 847 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, relativa a recursos de casación ante el Tribunal Supremo frente a las sentencias dictadas por la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, no satisface las exigencias de este derecho a la doble instancia penal tal y como resulta del art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ya que los motivos admisibles de casación no permiten al Tribunal superior revisar la valoración de la actividad probatoria en la que se basa la sentencia condenatoria realizada en la instancia como exige 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 Pacto (aprobadas en su 2.595.ª sesión celebrada el día 30 de octubre de 2008 y correspondiente al 94.º periodo de sesiones). Por su parte el Dictamen del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 20 de julio de 2000 en el que se condena a España por vulnerar el derecho a la doble instancia penal, ha sido objeto de numerosa jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias 762/2001, de 30 de abril; 1860/2000 de 4 de diciembre; 2393/2003 de 19 de febrero de 2003, STS de 8 de abril de 2005; véase SANTOS VARA, J., «Crónica sobre la aplicación judicial del Derecho Internacional Público (enero-junio de 2005)», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 10, 2005, pp. 17-18) y también del Tribunal Constitucional (Sentencia 70/2002, de 3 de abril, que señala: «los dictámenes del Comité de Derechos Humanos no son resoluciones judiciales ni interpretaciones auténticas del Pacto y se refieren a casos concretos, sin que obliguen por sí mismos al Estado a cambiar su legislación, pero su influencia una vez constatada una violación es decisiva para que el Estado haya de adoptar las medidas pertinentes para repararla, lo cual puede suponer en ciertos casos la realización de esos cambios»).

Este motivo también le ha supuesto a España el reproche del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (véase, como opinión doctrinal y periodística, OLLÉ SESÉ, M., «España incumple el Derecho internacional», *El Mundo*, 15 de marzo de 2010). Con posterioridad al espacio temporal que comprende la presente crónica, el día 16 de septiembre de 2009, el Estado español ha ratificado el Protocolo núm. 7 al CEDH,

hecho en Estrasburgo el 22 de noviembre de 1984. En este Protocolo se garantiza el derecho a un doble grado de jurisdicción en materia penal, así como se reconocen las garantías en caso de expulsión de extranjeros (*BOE* de 15 de octubre de 2009). Las crónicas posteriores al primer semestre de 2009 nos informarán de que el Reino de España ha vuelto a ser condenado por el TEDH por este motivo, así como de nuevos desarrollos jurisprudenciales internos.

Rafael MARÍN AÍS

Sentencia 27/2009 del Tribunal Constitucional (Sala Segunda), de 26 de enero.

QUINTO [...] Sin que debamos extender este control, tal como propone el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones, a comprobar si se ha respetado por el órgano judicial el principio pro actione, que implica la exigencia de una motivación reforzada en su resolución al estar en juego la garantía constitucional incorporada a nuestro Ordenamiento con base en el art. 14.5 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos (PIDCP), pues el aspecto del derecho a la tutela judicial efectiva que resulta ahora concernido no es propiamente el del acceso al recurso de una parte en el proceso que pretende la revisión de la condena y la pena que le ha sido impuesta [...].

Nota. La presente sentencia desestima el recurso de amparo interpuesto por Unió Democrática de Catalunya contra el Auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2006. El objeto principal del litigio lo constituye la legitimación del partido político para entender que sus derechos a la tutela judicial efectiva y al honor han sido vulnerados al no haber podido impugnar en sede judicial ordinaria una sentencia en cuyos hechos probados se contienen pronunciamientos relativos a la detracción de fondos públicos hacia fines ajenos al interés general por parte de uno de los miembros de dicho partido político. A lo largo de la tramitación de la causa penal ante el Juzgado de Instrucción núm. 11 de Barcelona, la responsabilidad penal de la persona física a quien habían sido atribuidos los hechos mencionados se había extinguido debido a su fallecimiento. Teniendo en cuenta este marco resulta interesante que el Ministerio Fiscal plantee el respeto al derecho a una doble instancia penal, aunque a nuestro juicio el Tribunal razona correctamente al descartar este aspecto del derecho a la tutela judicial efectiva del objeto del litigio: puesto que no se trata de someter a revisión la condena y la pena impuesta al recurrente, sino que se trata de un aspecto muy diferente: la revisión de las afirmaciones contenidas en una sentencia no condenatoria para el recurrente.

Rafael MARÍN AÍS

6.6. Art. 10.2 Constitución Española

Sentencias del Tribunal Supremo 340 y 341/2009 (Sala de lo Contencioso, Sección 1.ª), de 11 de febrero de 2009. Ponentes: Pablo María Lucas Murillo de la Cueva y Nicolás Antonio Maurandi Guillén, respectivamente.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079130012009100001 y 28079130012009100002; respectivamente.

SÉPTIMO: [...] La jurisprudencia constitucional española, en suma, no ofrece base para afirmar la existencia de un derecho a la objeción de conciencia de alcance general.

Y, por lo que se refiere a instrumentos internacionales que satisfagan las características exigidas por el artículo 10.2 de la Constitución para ser guía de la interpretación en materia de derechos fundamentales, el único que puede traerse a colación es el artículo 10.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que dispone:

«Se reconoce el derecho a la objeción de conciencia de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio».

Es verdad que este precepto no limita el derecho a la objeción de conciencia a un ámbito material determinado. Y es probable que, tras la mención específica a la Carta en el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/2008, por la que se autoriza la ratificación del Tratado de Lisboa, aquélla debe ya ser utilizada como canon interpretativo aun cuando el mencionado Tratado de Lisboa no haya todavía entrado en vigor. Ahora bien, la propia Carta circunscribe su eficacia a aquellos supuestos en que los Estados apliquen Derecho de la Unión Europea, lo que claramente no ocurre en el caso ahora examinado. El artículo 10.2 de la Carta, además, requiere expresamente una interpositio legislatoris para desplegar sus efectos, por lo que no admite un derecho a la objeción de conciencia en ausencia de ley que lo regule. [...]

Nota. A lo largo de la presente sección de la Crónica que dedicamos a los derechos humanos las referencias a la función hermenéutica del art. 10.2 CE son numerosas, aunque bajo esta rúbrica hemos decidido incluir este grupo de resoluciones judiciales como paradigmáticas de la utilidad de este precepto constitucional.

La polémica introducción de la asignatura Educación para la Ciudadanía en la Enseñanza Secundaria Obligatoria (ESO) dio lugar a que se citara la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (entre otros textos internacionales, buscándose argumentos en este ámbito dada la sensibilidad del tema planteado) junto con el CEDH y la jurisprudencia del TEDH en numerosas sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (más de veinte sentencias dentro del periodo comprendido por la presente crónica, siendo la más reciente la fechada el 5 de junio de 2009). En ellas se plantea la virtualidad constitucional de un derecho a la objeción de conciencia frente a esta asignatura con arreglo al derecho de los padres a decidir sobre la educación de sus hijos del art. 27.3 de la Constitución; la primera de esta serie fue la STS de 11 de febrero de 2009, arriba extractada. En ella se concluye la inexistencia de tal derecho a la objeción de conciencia.

Frente a la posición mayoritaria que exige la necesidad de *interpositio legislatoris* para encontrar un derecho a la objeción de conciencia en el art. 10.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea; apreciamos en el voto particular formulado por Peces Morate, al que se adhieren De Oro-Pulido López y Yagüe-Gil, una observación discrepante sobre la necesidad de *interpositio legislatoris* para la existencia en la Carta de un derecho general a la objeción de conciencia susceptible de efecto directo: «En el art. 10.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, pendiente su vigencia de la ratificación del Tratado de Lisboa, "se reconoce el derecho a la objeción de conciencia de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio", lo que no presupone, en contra de lo que se sostiene en la sentencia, que se condicione tal derecho a la *interpositio legislatoris*, sino que se consagra la existencia de un derecho general a la objeción de conciencia y lo que se deja en manos de los legisladores nacionales no es su reconocimiento sino la regulación de la forma en que deberá ejercerse».

Es interesante recordar que estas sentencias son previas a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa (1 de diciembre de 2009). El art. 6.1 del Tratado de la Unión Europea equipara a la Carta de Derechos Fundamentales (*DOUE* serie C 303, de 14 de di-

ciembre de 2007) en valor jurídico a los Tratados. Pero además el art. 51 de la propia Carta dispone: «Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas... a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión...». Por tanto, el Tribunal está manejando como criterio hermenéutico de un derecho fundamental recogido en la Constitución, vía art. 10.2 CE, un instrumento carente de eficacia jurídica vinculante (en ese momento y hasta la entrada en vigor del Tratado de Lisboa), y de valor jurídico incierto (se trata de un instrumento perteneciente al *soft law* que, con anterioridad a la entrada en vigor de Lisboa, ha desplegado notables efectos interpretativos de derechos fundamentales). Había sido ya utilizada por el TJUE en alguna ocasión, y abundantemente en la jurisdicción ordinaria española e incluso constitucional —véanse, entre otras, las Sentencias 292/2000, de 30 de noviembre; 53/2002, de 27 de febrero; 138/2005, de 26 de mayo; 273/2005, de 27 de octubre; 17/2006, de 30 de enero; 41/2006, de 13 de febrero; 176/2008, de 22 de diciembre o la 183/2008 de 22 de diciembre—. La sentencia precisa también que el presente caso recae fuera del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión Europea (y, por tanto, de la propia Carta de Derechos Fundamentales, según su art. 51). Olvida precisar que los textos del Tratado de Lisboa y de la Carta han sido íntegramente reproducidos en la Ley Orgánica 1/2008 y que ésta ha sido objeto de publicación en el *BOE* (sin detenerse en las consecuencias que el art. 96 CE otorga a los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados: omite que la Carta no es propiamente un tratado internacional, aunque ha sido objeto de incorporación por referencia al Tratado de Lisboa y equiparada en valor jurídico a sus preceptos; y que en ese momento aún no se había producido la entrada en vigor de este último con arreglo al Derecho internacional). El resultado de admitir como criterio hermenéutico de derechos fundamentales la Carta es razonable y correcto; si bien, la invocación que la sentencia hace de este instrumento, y sobre todo el razonamiento jurídico para llegar a esa conclusión, es bastante impreciso, laxo y efectúa varios saltos en el pensamiento lógico que pueden escaparse a simple vista.

En todas estas sentencias encontramos el voto particular del Magistrado González Rivas, que discrepa de la opción mayoritaria y, con un amplio recorrido por la normativa y jurisprudencia internacional, concluye que debe prevalecer el derecho de los padres a decidir sobre la formación de sus hijos, existiendo posibilidad por tanto de exención curricular de la citada asignatura con base en el mismo. El voto particular presenta una buena técnica jurídica y en general indaga en el estado de ratificación y publicación de los tratados que invoca a los efectos de los arts. 10.2 y 96.1 de la Constitución. Resulta interesante que invoque una observación general del Comité de Derechos Humanos al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aunque hubiera sido deseable que se pronunciara sobre su valor jurídico (recuérdese el valor jurídico que en palabras del TC tienen sus Dictámenes en relación con la doble instancia penal: no constituyen «interpretación auténtica» del Pacto; si bien el Comité de Derechos Humanos sí se ha autodesignado como «intérprete auténtico del Pacto»); así como que haga referencia al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que suele ser invocado con menor frecuencia que aquél; también es destacable la precisión al introducir la enumeración de jurisprudencia del TEDH de que ésta constituye la «interpretación auténtica» del CEDH, detalle que suele ser omitido por la jurisprudencia interna. Ahora bien, llegada la referencia a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea encontramos algunos errores e imprecisiones:

a) Señala que ha sido «incorporada al Derecho Comunitario Europeo por el Tratado de Lisboa». Debería haber precisado que se trata de una incorporación por referencia al equiparar la Carta en valor jurídico a los Tratados.

b) Establece como fecha de entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1 de enero de 2009; es cierto que ésta fue la fecha prevista, pero dado que la sentencia es posterior a la misma y la entrada en vigor no se había producido [...] estamos claramente ante un descuido.

c) Habla de que la Carta ha sido «ratificada», refiriéndose a su incorporación en la Ley Orgánica de ratificación del Tratado de Lisboa; se echa en falta una mejor expresión puesto que la Carta no es un tratado ni un acuerdo internacional que pueda ser objeto de ratificación.

Rafael MARÍN AÍS

Extracto: Voto particular que formula el magistrado Excmo. Sr. D. Juan José González Rivas a la Sentencia de fecha 11 de febrero de 2009, dictada en el recurso de casación 948/2008.

[...] II. Análisis de las Convenciones Internacionales:

Al tratarse de un derecho fundamental, la interpretación del artículo 27.3 de la Constitución ha de hacerse de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre la materia, ratificados por España (artículo 10.2 de la Constitución), pues dichos Tratados, publicados oficialmente en el Boletín Oficial del Estado, forman parte de nuestro ordenamiento jurídico (artículo 96.1 de la Constitución).

Sobre esta materia, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, dedica a los derechos educativos el artículo 26 y establece. 1.º) «Toda persona tiene derecho a la educación», 2.º) «La Educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales» y en el apartado tercero del artículo 26 subraya que «Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos». Subrayo el carácter «preferente» de este derecho.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966 (BOE n.º 103 de 30 de abril de 1977) reconoce el derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral para sus hijos en el artículo 18, que desarrolla el mismo número de la Declaración Universal de los Derechos Humanos sobre la libertad de pensamiento, conciencia y religión. En el marco de esta regulación, la Convención se ocupa de este derecho en los siguientes términos: «Los Estados parte en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y en su caso, de los tutores legales para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones» (art. 18.4).

El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en la Observación general n.º 22 de 30 de julio de 1993, al artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ha señalado que «La educación obligatoria que incluye el adoctrinamiento en una religión o en unas creencias particulares, es incompatible con el párrafo cuarto del artículo 18, a menos que se hayan previsto exenciones y posibilidades que estén de acuerdo con los deseos de los padres o tutores» y «en este caso, cuando un conjunto de creencias sea considerado como la ideología oficial en Constituciones, Leyes, Programas de Partidos o en la práctica efectiva, no tendrá como consecuencia ningún menoscabo de las libertades consignadas en el artículo 18 ni de ningún otro de los derechos reconocidos en el Pacto, ni ningún tipo de discriminación contra las personas que no suscriban la ideología oficial o se opongan a ella».

El artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos y Culturales de la misma fecha, en el parágrafo tercero del artículo 13 señala: «Los Estados parte en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllos satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones».

III. La interpretación auténtica del artículo 2 del Protocolo n.º 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En el ámbito europeo el Protocolo Adicional primero al Convenio Europeo de 1950 para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales de 20 de marzo de 1952, establece en su artículo segundo que «A nadie se le puede negar el derecho a la instrucción. El Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas».

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que es la instancia competente para la interpretación y aplicación del Convenio y los Protocolos sucesivos (artículo 32.1 del Convenio) afirma como principios generales de interpretación de este precepto que las dos frases o cláusulas que contienen deben interpretarse una a la luz de la otra y que ambas deben hacerlo a la luz de lo dispuesto en los artículos 8, 9 y 10 del Convenio, que reconocen el derecho al respeto a la vida privada y familiar, la libertad de pensamiento, conciencia y religión y la libertad de expresión (sentencias Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen contra Dinamarca de 7 de diciembre de 1976, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 1976/5, serie A, n.º 23; Asunto Valsamis contra Grecia de 18 de diciembre de 1996, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 1996/70; Asunto Folgero y otros contra Noruega de 24 de junio de 2007, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2007/53 y Asunto Hassan y Eylem Zengin contra Turquía de 9 de octubre de 2007, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2007/63).

La expresión utilizada por la segunda parte del artículo segundo del Protocolo n.º 1 ha sido interpretada reiteradamente por el Tribunal de Estrasburgo como generadora de una obligación para el Estado que no se limita solamente a reconocer o a tomar en consideración, sino que el verbo utilizado por el texto «respetará» genera para el Estado una obligación de carácter positivo y ordena al Estado a «respetar las convicciones de los padres tanto religiosas como filosóficas en el conjunto del programa de la enseñanza pública», es decir, al regular «el contenido de la enseñanza y la manera de dispensarla, pero también en el ejercicio del conjunto de las funciones que asume el Estado» (tal es el criterio que se mantiene en STEDH en el asunto Campbell contra el Reino Unido de 25 de febrero de 1982 (STEDH 1982-1, serie A, n.º 48).

En las sentencias de 29 de junio y 9 de octubre de 2007, el TEDH señala que «al cumplir un deber natural hacia los hijos de quienes les corresponde prioritariamente asegurar la educación y la enseñanza, los padres pueden exigir del Estado el respeto a sus convicciones religiosas y filosóficas» y expresamente «se prohíbe al Estado perseguir una finalidad de adoctrinamiento que pueda ser considerada no respetuosa con las convicciones religiosas y filosóficas de los padres», subrayándose que éste es el límite que en modo alguno se puede sobrepasar [...].

En la STEDH 2007/63, p. 55, se contiene la siguiente afirmación «La enseñanza constituye uno de los procedimientos por el cual la escuela se esfuerza en alcanzar el objetivo para el que ha sido creada, incluido el desarrollo y la formación del carácter y el espíritu de los alumnos, así como su autonomía personal».

Sobre la base de tal interpretación auténtica las sentencias analizadas reconocen la posibilidad de dispensa en caso de adoctrinamiento, en materias de contenido moral o filosófico.

La Carta de Derechos de la Unión Europea, aprobada por Acuerdo de 7 de diciembre de 2000 y revisada por Acuerdo de 12 de diciembre de 2007, incorporada al Derecho Comunitario Europeo por el Tratado de Lisboa, firmado el 13 de diciembre de 2007, con entrada en vigor el 1 de enero de 2009 y ratificada también por el Estado Español por Ley Orgánica 1/2008, publicada en el BOE de 31 de julio de 2008, recoge en el artículo 10.2 que «se reconoce el derecho a la objeción de conciencia de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio», en el artículo 14 el derecho a la educación que tiene toda persona y en el párrafo tercero establece que se respetan «de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio, la libertad de creación de centros docentes dentro del respeto a los principios democráticos» formulándose, de manera clara, «el derecho que tienen los padres a garantizar la educación y la enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas» [...].

V. Alcance del derecho a la objeción de conciencia. La tesis mayoritaria se inclina por el no reconocimiento de la objeción por considerar que en el texto constitucional vigente sólo está prevista explícitamente en el caso de la prestación del servicio militar, y siempre que se hubiera reconocido por ley, lo que hubiera cerrado el debate planteado [...].

También, si traspasamos la órbita del Derecho interno al Derecho internacional, los casos Folgero y Zengin (STEDH de 20 de junio de 2007 y 9 de octubre de 2007) reconocen la exención parcial de determinados contenidos curriculares en las disciplinas cuestionadas y el papel neutral e imparcial del Estado cuando se examinan temas concernientes a esta problemática, lo que se reitera en SSTEDH de 4 de diciembre de 2008 (asuntos Kervanci c. Francia y Dogru c. Francia) [...].

En suma, el juicio de ponderación, en una sociedad que proclama la libertad de creencias, la laicidad y la neutralidad del Estado, ha de ser resuelto por el Poder Judicial, como método adecuado para resolver conflictos como el presente cuando están en juego principios y derechos fundamentales y, en este caso, la difícil ponderación de estos intereses que, como reconoce la sentencia, suponen la búsqueda de un punto de equilibrio que es difícil de encontrar entre los artículos 27.2 y 27.3 de la CE, concluye mayoritariamente haciendo prevalecer el artículo 27.2 de la CE —respeto a los principios democráticos de convivencia— frente a la tesis minoritaria que suscribo, de hacer prevalente (lo que la Declaración Universal de Derechos Humanos califica de «preferente») el derecho de los padres a determinar la formación moral de los hijos, pues la vulneración de los artículos 16.1 y 27.3 de la CE es citada, reiteradamente, como infringida [...].

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª), de 11 de mayo de 2009. Ponente: Ramón Trillo Torres.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079130072009100275.

CUARTO.—Por otra parte, al examinar la normativa estatal integrada por la Ley Orgánica 2/2006 y los Reales Decretos 1513/2006, de 7 de diciembre y 1631/2006, de 29 de diciembre, hemos afirmado que cada una de las etapas o enseñanzas que componen el sistema educativo está dotada de un currículo integrado por el conjunto de objetivos, competencias básicas, contenidos, métodos pedagógicos y criterios de evaluación (art. 6 de la Ley Orgánica 2/2006). Las normas reguladoras de la materia Educación para la

Ciudadanía están compuestas por numerosos preceptos, anexos y cuadros, con un contenido denso, estrechamente interrelacionado. Advertíamos que, en la medida en que los reglamentos reguladores de la materia Educación para la Ciudadanía se sirven de una terminología específica, en ocasiones recargada en exceso, la consideración aislada de algunas de sus frases o palabras podría inducir a dudas en torno a su alcance. Ahora bien, su interpretación desde los presupuestos constitucionales y la Recomendación (2002) 12 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, disipa toda duda de infracción de los derechos fundamentales reconocidos en los artículos 16.1 y 27.3 de la Constitución.

Nota. El interés de esta resolución radica en que para desestimar la vulneración de los derechos fundamentales de los arts. 16.1 y 27.3 CE, se esté utilizando una Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa en que se inspira la asignatura de Educación para la ciudadanía. Recomendación que carece de valor jurídico vinculante, pero que penetra por la vía del 10.2 CE, en una lectura extensiva de este precepto, para interpretar las normas internas reguladoras de la citada asignatura (incluso una ley orgánica) que presentan una conexión con estos derechos fundamentales (a la libertad religiosa, y el derecho de los padres a decidir sobre la educación de sus hijos) recogidos en la Constitución. La sentencia hace referencia a la interpretación «a la luz de la jurisprudencia» del TEDH, sin embargo, no es fácil deducir si se refiere a que las normas internas que regulan la asignatura son interpretadas con arreglo a la misma, o si por el contrario se refiere a la interpretación de la citada Recomendación conforme a dicha jurisprudencia. En cualquier caso parece ser una acumulación interpretativa: las normas internas interpretadas a la luz de esta Recomendación del Consejo de Europa, que a su vez debe interpretarse de un modo acorde a la jurisprudencia del TEDH. En cualquier caso, esta remisión es bastante genérica e imprecisa.

Rafael MARÍN AÍS

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 185/2009, de 12 de marzo de 2009. Ponente: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079110012009100143.

En idéntico sentido: **Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 185/2009, de 14 de mayo de 2009.** Ponente: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

QUINTO [...] Por tanto, teniendo en cuenta la doctrina constitucional y la de esta Sala en relación a la intimidad de menores así como la normativa tanto interna como internacional (art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966, ratificado por España el 13 de abril de 1977 (RCL 1977, 893); artículo 16 del Convenio Europeo hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, ratificado por España el 26 de septiembre de 1979 (RCL 1979, 2421); artículo 8 de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores de 29 de noviembre de 1985 —Reglas de Beijing (RCL 1990, 2712)—; y artículo 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por las Naciones Unidas en 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España por instrumento de 30 de noviembre de 1990 (RCL 1990, 2712)) que otorga una especial protección a los menores, no cabe sino confirmar la sentencia recurrida [...].

Nota.—Este mismo párrafo se reproduce en una STS de la misma sala de 14 de mayo de 2009. Esta resolución refleja el especial amparo que encuentra el menor en la normativa internacional por disposición del art. 39.4 CE. En ella encontramos la mención a las Reglas de Beijing, adoptadas por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 40/33 de 29 de noviembre de 2005. Se trata de una norma de valor jurídico incierto y difuso. Por cierto, no es la primera vez que es utilizada como herramienta interpretativa por la vía del art. 10.2 CE.

Rafael MARÍN AÍS

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 19 de mayo de 2009). Ponente: Antonio Salas Carceller.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079110012009202713

SEGUNDO [...] Por otro lado tal interpretación es más adecuada, con el concepto de discapacidad, que contiene la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006, al establecer que la discapacidad es un concepto que evoluciona y resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás, y el artículo 1 establece: «las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales o intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.»

De lo anterior se desprende, por un lado la asunción del modelo social de discapacidad, al considerar que la discapacidad resulta de la interacción con barreras debidas a la actitud y al entorno, y por otro lado, que la definición no es cerrada, sino que incluye a las personas mencionadas, lo que no significa que excluya otras situaciones o personas que puedan estar protegidas por las legislaciones internas de los Estados.

Por tanto a partir de la Convención, aparece una concepción diferente del discapaz, reconociendo su capacidad de asumir responsabilidades tomando las decisiones que les afectan, con el apoyo que sea necesario en cada momento, como protagonistas activos en el desarrollo de su proyecto vital y mientras en el sistema tradicional se opta por el sistema de sustitución, la convención acoge en el artículo 12, el sistema de apoyo, al establecer en el apartado 3.°: «Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica, estableciendo una serie de salvaguardas en el ejercicio de apoyo en la toma de decisiones en el artículo 12.4 que dice lo siguiente: «Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen las salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el Derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionadas y adaptadas a la circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos, por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardas serán proporcionadas al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas» [...].

Nota. La presente Sentencia aplica la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006, firmada y ratificada por el Reino de España, que figura publicada en el *BOE* de 21 de abril de 2008. La plena adquisición de efectos jurídicos en el ámbito internacional de esta Convención tuvo lugar el día 3 de mayo de 2008, cuando fue depositado el vigésimo instrumento de ratificación.

Esta aplicación de instrumentos internacionales sin hacer explícitos cuáles son los efectos jurídicos que de ellos se derivan para las partes contratantes y por tanto para España muestra la opción nada formalista que presenta el TS, y que no es exclusiva de esta resolución [véase también la STS (Sala de lo Civil) 282/2009, de 29 de abril]. Una manifestación de esta tendencia es la cita indiscriminada de instrumentos internacionales (en ocasiones heterogéneos en cuanto a valor jurídico), sin pronunciarse ni reflexionar sobre su grado de obligatoriedad.

Sin embargo, es cierto que no resulta fácil determinar la voluntad del Tribunal en este supuesto, ya que se plantean dudas acerca de si la invocación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad se realiza como criterio hermenéutico vía art. 10.2 CE, para interpretar un derecho humano recogido en la Constitución (que podría deducirse del art. 49 CE) a la luz de un texto internacional; o bien si se aplica directamente en virtud del art. 96.1 CE (a pesar de que la resolución omite señalar que se trata el presente de un tratado internacional que ha desplegado plenos efectos jurídicos en el ámbito internacional y que ha sido objeto de publicación interna en España).

Rafael MARÍN AÍS

Revista Española de Derecho Internacional
Sección JURISPRUDENCIA
© 2010 Asociación de Profesores
de Derecho Internacional y
Relaciones Internacionales
ISSN: 0034-9380, vol. LXII/1
Madrid, enero-junio 2010 págs. 197-254

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. CIUDADANÍA DE LA UNIÓN.—2. TRIBUNAL DE JUSTICIA: ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA.—3. PRÁCTICA ESPAÑOLA: DERECHO JUDICIAL INTERNACIONAL.—3.1. Competencia judicial internacional.—3.2. Reconocimiento de resoluciones extranjeras.—4. PRÁCTICA ESPAÑOLA: DERECHO CIVIL INTERNACIONAL.—4.1. Filiación natural.—4.2. Adopción internacional.—4.3. Derechos de guarda y custodia.—4.4. Matrimonio poligámico.—4.5. Crisis matrimoniales.—5. DIMENSIÓN INTERNA DEL SISTEMA ESPAÑOL DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

1. CIUDADANÍA DE LA UNIÓN

2010-1-Pr

CIUDADANÍA DE LA UNION.—Ámbito de aplicación del Derecho europeo.—Adquisición y pérdida de la nacionalidad.—Efectos de la condición de apátrida y de la condición de ciudadano de la Unión.

Preceptos aplicados: art. 17 TCE; art. 16.1 Ley fundamental alemana; art. 8 Ley sobre nacionalidad alemana; art. 27.1 StbG (Ley sobre nacionalidad austriaca).

STJUE (Gran Sala) *Rottman c. Freistaat Bayern,* 2 de marzo 2010, asunto C-135/08.

F: *http//www.curia.eu.int.jurisp*.

* La selección se ha efectuado sobre resoluciones dictadas en los años 2009 y 2010. Colaboran en la presente crónica, Santiago Álvarez González, Vésela Andreeva Andreeva, Laura Carballo Piñeiro,

36. [...], el órgano jurisdiccional remitente desea saber, en esencia, si el Derecho de la Unión, en particular el artículo 17 CE, se opone a que un Estado miembro le revoque a un ciudadano de la Unión la nacionalidad de dicho Estado miembro adquirida de modo fraudulento mediante naturalización en la medida en que tal revocación priva al interesado de su estatuto de ciudadano de la Unión y de los derechos correspondientes, convirtiéndolo en apátrida, puesto que la adquisición de la nacionalidad de ese Estado miembro por naturalización supuso para la persona afectada la pérdida de la nacionalidad de su Estado miembro de origen.

42. Es manifiesto que la situación de un ciudadano de la Unión que, como el demandante en el asunto principal, se enfrenta a una decisión revocatoria de la naturalización adoptada por las autoridades de un Estado miembro que lo coloca, tras haber perdido la nacionalidad de origen de otro Estado miembro, en una posición que puede acarrear la pérdida del estatuto conferido por el artículo 17 CE y de los derechos correspondientes está comprendida, por su propia naturaleza, en el ámbito del Derecho de la Unión.

43. [...] la vocación del estatuto de ciudadano de la Unión es convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros.

48. La reserva según la cual debe respetarse el Derecho de la Unión no menoscaba el principio de Derecho internacional ya reconocido por el Tribunal de Justicia, y recordado en el apartado 39 de la presente sentencia, según el cual los Estados miembros son competentes para determinar los modos de adquisición y pérdida de la nacionalidad, pero consagra el principio según el cual, cuando se trata de ciudadanos de la Unión, el ejercicio de esta competencia, en la medida en que afecte a los derechos conferidos y protegidos por el ordenamiento jurídico de la Unión, como ocurre en particular en el caso de una decisión revocatoria de la naturalización como la del asunto principal, puede ser sometido a un control jurisdiccional realizado en función del Derecho de la Unión.

56. [...] es preciso tomar en consideración las eventuales consecuencias que esta decisión acarrea para el interesado y, en su caso, para los miembros de su familia en lo que atañe a la pérdida de los derechos de que goza todo ciudadano de la Unión. A este respecto, debe comprobarse, en particular, si esta pérdida está justificada en relación con la gravedad de la infracción cometida por el afectado, con el tiempo transcurrido entre la decisión de naturalización y la decisión revocatoria, así como con la posibilidad de que el interesado recupere su nacionalidad de origen.

59. [...] procede responder a la primera cuestión y a la primera parte de la segunda cuestión que el Derecho de la Unión, en particular el artículo 17 CE, no se opone a que un Estado miembro le revoque a un ciudadano de la Unión la nacionalidad de dicho Estado miembro adquirida mediante naturalización cuando ésta se ha obtenido de modo fraudulento, a condición de que esta decisión revocatoria respete el principio de proporcionalidad.

Nota. 1. A través del asunto C-135/08 *Janko Rottman c. Freistaat Bayern* el Tribunal de Justicia de la Unión (TJUE) decide dar un paso más en la capacidad del Derecho europeo de interferir en la aplicación de las normas de los Estados miembros en

---

Ángel Espiniella Menéndez, Fernando Esteban de la Rosa, Katia Fach Gómez, Cristina González Beilfuss, Nerea Magallón Elósegui, Nuria Marchal Escalona, Javier Maseda Rodríguez, Patricia Orejudo Prieto de los Mozos, Crístian Oró Martínez, Paula Paradela Areán, Ana Quiñones Escámez, Elena Rodríguez Pineau, Isabel Rodríguez-Uría Suárez, Carmen Ruiz Sutil, de las Universidades Autónoma de Barcelona, Autónoma de Madrid, Barcelona, Granada, Oviedo, Pompeu Fabra, Santiago de Compostela y Zaragoza.

materia de adquisición y pérdida de la nacionalidad. De hecho, a pesar de tratarse de una materia cuya competencia exclusiva, tal y como ratifica la presente Sentencia, se halla en poder de los Estados, ello no les excusa del deber de respeto de sus prerrogativas. Sumidos de lleno en la construcción política de la Unión avanzamos lentamente hacia el afianzamiento de la ciudadanía europea como estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros. Y la presente decisión es un claro ejemplo de su potencialidad y virtual emancipación de la condición de nacional. De su enunciado se extraen dos importantes consecuencias con significativos efectos a futuro, sobre todo en lo que a las normas de adquisición y pérdida de la nacionalidad se refiere: el disfrute de la ciudadanía europea como conexión suficiente con el Derecho de la Unión y la apertura al intervencionismo europeo sobre las normas de adquisición y pérdida de la nacionalidad de los Estados miembros de las que, en última instancia, depende el disfrute de dicho estatus.

2. La cuestión prejudicial que ha dado pie al presente pronunciamiento trata de un nacional austriaco y, por tanto, ciudadano de la Unión, que solicita la nacionalidad alemana por naturalización. La nacionalidad alemana le es concedida, lo que supone la pérdida de la nacionalidad austriaca. El problema se encuentra en que en el momento de la solicitud de su nueva nacionalidad nuestro protagonista omite un dato de especial relevancia para su adquisición. Evita mencionar su condición de imputado en un procedimiento de estafa grave en Austria. A raíz de dicho procedimiento se dicta una orden de detención nacional contra su persona de la que son informadas las autoridades alemanas y que comporta la revocación de su naturalización por obtención fraudulenta de la nacionalidad alemana. La revocación de la nacionalidad alemana y la no restitución de la austriaca, por no darse los requisitos necesarios para ello, pueden convertir al señor Rottmann en apátrida y para evitarlo interpone un recurso de anulación contra la decisión revocatoria en el que alega el quebrantamiento tanto del Derecho internacional público como del Derecho de la Unión que ésta implica. Por un lado, debido a la forzada condición de apátrida en la que se vería inmerso y, por otro, por la consecuente pérdida de la ciudadanía de la Unión que tal revocación entrañaría.

Esta última posibilidad es la que lleva al Tribunal alemán a suspender el procedimiento y a plantear las cuestiones prejudiciales de las que se deriva la presente decisión. El debate se centra en las consecuencias que la pérdida de la nacionalidad alemana tiene para el estatus civil del señor Rottmann en tanto también comporta la consiguiente pérdida de la ciudadanía europea. Y la clave de la decisión se encuentra en el grado de respeto al Derecho europeo que se les puede exigir a las normas sobre adquisición y pérdida de nacionalidad de los Estados miembros en aras a evitar dicha pérdida.

3. Antes de entrar a analizar de manera concreta las cuestiones planteadas por el Tribunal alemán se debate la admisibilidad de la cuestión prejudicial. Las dudas surgen de la dimensión aparentemente interna que presenta la situación objeto del litigio y de su imperceptible vinculación con el Derecho de la Unión. Por una parte ya hemos mencionado que no hay lugar a dudas sobre la competencia exclusiva de los Estados miembros en materia de adquisición y pérdida de la nacionalidad. Aunque no es la primera vez que el TJUE establece que esta razón no comporta la automática exclusión de su ámbito de aplicación *ratione materiae* (como se ha visto en los asuntos *García Avello* y *Grunkin-Paul*). No obstante, aunque la nacionalidad de un Estado miembro es presupuesto indispensable para gozar de la condición de ciudadano, hasta el momento ésta tampoco era razón suficiente para comprender las normas sobre adquisición y pérdida de la nacionalidad en el ámbito del Derecho de la Unión (tal y como se desprende de los asuntos C-64/06, C-65/96 *Uecker y Jacquet*).

Por otra, la vinculación podría proceder de los elementos de extranjería concurrentes (como se dedujo en el asunto C-148/02, *García Avello*); pero si entonces fue una interpretación en cierta medida forzada, en un supuesto como el actual en el que el interesado es un nacional alemán, residente en Alemania y sobre el que pesa una decisión administrativa alemana, se torna insostenible. Descartadas ambas, aún nos quedaría una última posibilidad defendida por el abogado general señor Poiares Maduro (apdos. 11 y 13 de las Conclusiones Generales) y que, aunque en principio podría parecer desatinada, ya ha sido utilizada en otras ocasiones: la puesta en marcha del ejercicio de las libertades comunitarias inherentes a la ciudadanía ya sea antes, después o a futuro (asunto C-403/03, *Schempp*, asunto C-352/06, *Grunkin-Paul*). Puesto que si el señor Rottman pudo desplazarse a Alemania, establecer allí su residencia e iniciar el proceso de naturalización de la nacionalidad alemana, fue haciendo uso de las facultades que su condición de ciudadano le conferían. A pesar de ello, esta vez el TJUE no ha seguido la argumentación ofrecida y ha optado por dotar de una mayor autonomía al estatus de ciudadano dando un giro a su anterior jurisprudencia al instaurar que «es manifiesto que la situación de un ciudadano de la Unión que, como el demandante en el asunto principal se enfrenta a la decisión revocatoria de la naturalización adoptada por las autoridades de un Estado miembro, en una posición que puede acarrear la pérdida del estatuto conferido por el art. 17 CE (actual art. 20 TFUE) y de los derechos correspondientes está comprendida por su propia naturaleza en el ámbito del derecho de la Unión» (apdo. 42 Sentencia).

4. Una vez establecido que una decisión revocatoria de la naturalización de la nacionalidad de un ciudadano de la Unión puede ser sometida a control jurisdiccional en la medida que es susceptible de afectar a derechos conferidos y protegidos por el Derecho europeo, lo siguiente que se debe dilucidar es su grado de conformidad con esos derechos. En este caso tanto el Abogado General como la resolución del Tribunal (apdo. 23 de las Conclusiones Generales y apdos. 52-53 de la Sentencia) admiten que la pérdida de la nacionalidad se debe a la adquisición fraudulenta de otra nacionalidad, por lo que la decisión sobre la revocación de esta última es una cuestión de interés general que compete, en exclusiva, a los Estados miembros. De este modo al TJUE no le queda otra opción que remitir la cuestión a los órganos nacionales a los que corresponderá establecer quiénes son sus nacionales, y resolver que el art. 17 TCE (actual art. 20 TFUE) no se opone a que un Estado miembro revoque a un ciudadano la nacionalidad de dicho Estado miembro adquirida mediante naturalización cuando éste la haya obtenido de modo fraudulento. Con ello revalida la competencia exclusiva de los Estados miembros pero se reserva la posibilidad de controlar sus efectos en el ámbito europeo mediante el establecimiento de un nuevo límite que corresponderá ponderar a los tribunales nacionales en el desarrollo de sus competencias: la decisión revocatoria deberá respetar el principio de proporcionalidad.

De lo contrario la emisión de una decisión «desproporcionada» podría declararse contraria al Derecho de la Unión. El problema está en dilucidar los elementos a tener en cuenta para soslayar ese riesgo y el Tribunal apenas se refiere a ellos. En definitiva, tras la promulgación de esta Sentencia la validez de una decisión sobre adquisición y pérdida de la nacionalidad tropieza con nuevos límites que convendría que fueran concretados. Por el momento se ha abierto una nueva vía de intervención del Derecho europeo en las competencias de los Estados en materia de nacionalidad que refleja el comienzo de una nueva era: la de la ciudadanía europea.

Nerea MAGALLÓN ELÓSEGUI

2. TRIBUNAL DE JUSTICIA: ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA

2010-2-Pr

REGLAMENTO (CE) núm. 1346/2000.—Reconocimiento de decisión de apertura de un procedimiento de insolvencia principal. Embargo preventivo de cuentas y créditos en otro Estado miembro.

Preceptos aplicados: arts. 3, 4, 5, 10, 16, 17, 25 y 26 del Reglamento (CE) 1346/2000.

Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 21 de enero de 2010, asunto C-444/07, *MG Probud Gdynia sp*. Ponente: Sr. D. J. J. Kasel. Abogado General: Sr. D. M. Poiares Maduro.

F.: *http://curia.europa.eu*.

39. Del tenor del artículo 1, apartado 1, del Reglamento se desprende que los procedimientos de insolvencia a los que es aplicable dicho Reglamento deben reunir cuatro características. Debe tratarse de un procedimiento colectivo, fundado en la insolvencia del deudor, que implique el desapoderamiento al menos parcial de éste y el nombramiento de un síndico. Dichos procedimientos se enumeran en el anexo A del Reglamento, mientras que la lista de síndicos figura en el anexo C de éste (sentencia Eurofood IFSC, antes citada, apartados 46 y 47).

40. Dado que el procedimiento de insolvencia iniciado respecto a MG Probud está enumerado en el anexo A del Reglamento, de la aplicación del artículo 3 del mismo Reglamento resulta que los tribunales polacos son competentes para abrir un procedimiento principal de insolvencia y para tomar todas las decisiones relativas al desarrollo así como a la terminación de este último. Además, de la aplicación del artículo 4 del mismo Reglamento deriva que la ley polaca es aplicable a dicho procedimiento de insolvencia y a sus efectos.

41. Por otra parte, siempre que figure en el anexo C del Reglamento, el síndico designado por el tribunal polaco puede ejercer en el territorio de los demás Estados miembros todas las facultades que le hayan sido conferidas por la ley polaca, y en particular trasladar los bienes del deudor fuera del territorio del Estado miembro en que se encuentren, conforme al artículo 18 del Reglamento.

42. Como han observado varios interesados que han presentado observaciones escritas al Tribunal de Justicia, en el presente caso no se ha iniciado ningún procedimiento secundario, ni tampoco es aplicable en el marco del litigio principal ninguna de las excepciones previstas por los artículos 5 a 15 del Reglamento, y en particular ninguna de las que figuran en los artículos 5 y 10 de este último, expresamente mencionadas por el tribunal remitente.

43. A la vista de esos elementos y debido al alcance universal que debe atribuirse a todo procedimiento principal de insolvencia, el procedimiento de insolvencia iniciado en Polonia comprende todos los activos de MG Probud, incluidos los situados en Alemania, y la ley polaca no sólo determina la apertura del procedimiento de insolvencia sino también el desarrollo y la terminación de éste. En ese concepto la ley polaca es la aplicable para regular el destino de los bienes situados en los demás Estados miembros así como

los efectos del procedimiento de insolvencia en las medidas de las que puedan ser objeto dichos bienes.

44. Dado que la Ley polaca de 28 de febrero de 2003, relativa a la insolvencia y al saneamiento, según su modificación, no permite que con posterioridad a la apertura de un procedimiento de insolvencia se emprendan contra el deudor procedimientos de ejecución que afecten a los bienes que integran la masa del procedimiento, las autoridades alemanas competentes no podían ordenar válidamente, en aplicación de la legislación alemana, medidas de ejecución que afectaran a los bienes de MG Probud situados en Alemania.

45. En efecto, según resulta de los artículos 16 y 17 del Reglamento, la resolución de apertura del procedimiento de insolvencia adoptada en Polonia debe ser reconocida automáticamente en los demás Estados miembros, sin ningún otro trámite, con todos los efectos que le atribuya la ley polaca.

46. Además, como sea que ningún elemento de los autos presentados al Tribunal de Justicia permite concluir que exista alguno de los motivos de denegación enunciados en los apartados 32 y 33 de la presente sentencia, el tribunal alemán que conocía del asunto estaba obligado no sólo a reconocer la resolución de apertura del procedimiento de insolvencia adoptada por el tribunal polaco competente sino también todas las demás resoluciones relativas a ese procedimiento, y en consecuencia no puede oponerse a la ejecución de estas últimas en aplicación de los artículos 31 a 51 del Convenio de Bruselas.

47. Por el conjunto de las anteriores consideraciones procede responder a las cuestiones planteadas que el Reglamento, en particular sus artículos 3, 4, 16, 17 y 25, debe interpretarse en el sentido de que, en un asunto como el principal, con posterioridad a la apertura de un procedimiento principal de insolvencia en un Estado miembro, las autoridades competentes de otro Estado miembro en el que no se ha iniciado ningún procedimiento secundario de insolvencia están obligadas, a reserva de los motivos de denegación derivados de los artículos 25, apartado 3, y 26 del Reglamento, a reconocer y ejecutar todas las resoluciones relativas a ese procedimiento principal de insolvencia, y en consecuencia no están facultadas para ordenar, en aplicación de la legislación de ese otro Estado miembro, medidas de ejecución que afecten a los bienes del deudor declarado insolvente situados en el territorio del otro Estado miembro referido, cuando la legislación del Estado de apertura no lo permite y no se cumplen los requisitos a los que está sometida la aplicación de los artículos 5 y 10 del Reglamento.

Nota. 1. Un juzgado de primera instancia de Saarbrücken embarga preventivamente los fondos en cuenta y los créditos de los que es titular en Alemania la sociedad *MG Probud*, con domicilio social en Polonia, por un contencioso derivado del impago de salarios y de cotizaciones sociales de sus trabajadores. Poco antes de trabarse ese embargo, un juez polaco había abierto un procedimiento de insolvencia contra dicha sociedad, por lo que, de conformidad con la legislación polaca, no procedía la adopción de las medidas de embargo trabadas por el juez alemán.

La interpretación ofrecida por el Tribunal de Justicia es correcta. Parece que procede el reconocimiento automático en Alemania de la decisión de apertura del concurso adoptada en Polonia (apdos. 46 y 47 de la Sentencia), sin que concurra ningún motivo de denegación del reconocimiento de los previstos en los arts. 25 y 26 del Reglamento (CE) 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo, sobre procedimientos de insolvencia. Por tanto, la legislación del Estado de apertura del concurso establecerá la posible paralización de los embargos preventivos individuales trabados por cualquier autoridad de un Estado miembro, de acuerdo con el art. 4 del citado Reglamento europeo. En este sentido, me parece muy positivo que el Tribunal de Justicia flexibilice

el tenor literal del Reglamento 1346/2000 y extienda la aplicación de la *lex concursus* no sólo a las ejecuciones individuales, como parece ser el sentir de la norma europea, sino también a las medidas cautelares tendentes a asegurar la ejecución de una hipotética sentencia condenatoria. No en vano, la aplicación de la *lex concursus* garantiza el control por el administrador concursal de todos los activos de la sociedad concursada para una liquidación o un saneamiento ordenados. Aunque la medida cautelar depende de un proceso principal abierto en Alemania, no es menos cierto que la hipotética ejecución de un fallo condenatorio depende finalmente del procedimiento de insolvencia abierto en Polonia. La aplicación de la *lex concursus* sería sostenible, incluso, cuando el contencioso fuera anterior a la apertura del concurso: a pesar de la referencia del art. 15 del Reglamento 1346/2000 a la ley del Estado donde pende el litigio, esta ley no debería regular los efectos del concurso sobre las medidas cautelares adoptadas.

También merece una valoración positiva que la argumentación del Tribunal, aunque sea de una forma tácita, dé pie a la posibilidad de que el concurso no afecte a la competencia de las autoridades de otro Estado para conocer de un proceso, pero sí a la adopción de las medidas cautelares vinculadas a éste. En efecto, el proceso principal, en el caso el abierto en Alemania contra el director de una sucursal de la sociedad fallida, no quedará afectado por el procedimiento de insolvencia —dejando al margen de la posible intervención de los administradores concursales—, porque ni nace de la legislación concursal ni guarda una estrecha relación con el procedimiento de insolvencia; simplemente se trata de un proceso ordinario por impago de salario y cotizaciones (véase la argumentación de la STJCE de 12 de febrero de 2009, asunto C-339/07, *C. Seagon c. Deko Marty*, aunque existe cierta contradicción con la STJCE de 2 de julio de 2009, asunto C-111/08, *SCT Industri c. Alpenblume*, *ibid.*). Sin embargo, las medidas cautelares sí que afectan al procedimiento de insolvencia y, en concreto, a la masa de activos, por lo que deben quedar reguladas por la ley rectora del concurso.

2. A mayor abundamiento, el Tribunal de Justicia destaca ciertas situaciones que, sin darse en el caso, podrían justificar que el juzgado alemán trabara un embargo de conformidad con el Reglamento 1346/2000. En este sentido, las autoridades alemanas podían haber abierto un concurso territorial en Alemania, dado que la sociedad polaca tenía una sucursal en aquel país (apdos. 24 y 42 en relación con el art. 3 del Reg. 1346/2000). Dicho concurso territorial afectaría a los bienes localizados en Alemania en el momento de la apertura del concurso, en el caso, los fondos de las cuentas corrientes abiertas en oficinas bancarias alemanas y los créditos del concursado, siempre y cuando los deudores tuvieran su centro de intereses en Alemania [*ex* art. 2.*g)*]. No obstante esta «recomendación» del Tribunal, ha de recordarse que la apertura de un concurso territorial despliega más efectos que los presuntamente deseados por el acreedor instante (la administración de aduanas de Saarbrücken), pues pueden presentar sus créditos todos los acreedores de la sociedad y no sólo los locales. Además, nada impide que, antes de declararse el concurso territorial, los administradores concursales polacos desplacen todos los bienes al Estado del concurso principal (como expresamente reconoce el Tribunal de Justicia en el apdo. 41).

Dado que el Tribunal entra en argumentos a mayor abundamiento, hubiera sido positivo que se refiriera a la posibilidad de que los tribunales alemanes adoptasen una medida cautelar dependiente del concurso abierto en Polonia —no del contencioso abierto en Alemania—. Avalaría, así, la interpretación doctrinal que sostiene que las medidas cautelares vinculadas al concurso pueden ser dictadas por los tribunales del Estado de apertura del concurso o por los tribunales del Estado donde se hallan los

bienes del deudor (véase, por todos, VIRGÓS SORIANO, M., y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Comentario al Reglamento Europeo de Insolvencia*, Madrid, Civitas, 2003, pp. 71-73).

Ángel ESPINIELLA MENÉNDEZ

2010-3-Pr

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.—Reglamento 44/2001. Delimitación entre el contrato de compraventa y el contrato de prestación de servicios. Determinación del lugar de entrega de la mercancía en los contratos que implican el transporte de la mercancía.

Preceptos aplicados: art. 5, núm. 1, letra *b)* Reg. 44/2001.

STJ (Sala 4.ª) de 25 de febrero de 2010, asunto C-381/08, *Car Trim GmbH y KeySafety Systems Srl.* Ponente: Ilmo Sr. D. E. Juhász.

F.: *www.curia.europa.eu*.

[...] El artículo 5, núm. 1, letra b), 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 aquellos contratos cuyo objeto sea la entrega de mercancías que hayan de fabricarse o producirse previamente deberán calificarse de «compraventa de mercaderías», en el sentido del artículo 5, número 1, letra b), primer guión, del Reglamento, aunque el comprador, sin facilitar los materiales, haya formulado determinadas exigencias respecto de la obtención, la transformación y la entrega de las mercancías, y aunque el proveedor sea responsable de la calidad y conformidad de las mercancías con el contrato.

El artículo 5, número 1, letra b), del Reglamento n.º 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. 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. La decisión objeto de esta nota resuelve dos cuestiones prejudiciales relacionadas con la interpretación del art. 5, apartado 1, letra *b)* del Reg. 44/2001. La primera versa sobre la delimitación entre el contrato de compraventa y el contrato de prestación de servicios al efecto de determinar a qué jueces se asigna la competencia en virtud del foro de la materia contractual del art. 5.1 Reg. 44/2001. En la segunda el TJ determina el lugar de entrega de la mercancía en los casos de *venta que implica el transporte de la mercancía* (cfr. punto 26 de la sentencia). Si bien esta segunda cuestión resulta clásica en la experiencia del Tribunal Europeo, se presenta en esta ocasión con perfiles distintos, sobre todo por permitir ahora la letra *b)* a los tribunales de un único país conocer de la totalidad de las cuestiones y obligaciones referidas al mismo contrato, lo cual concede mayor trascendencia a la respuesta del TJ.

2. El litigio que da origen al procedimiento judicial surge en el marco de varios celebrados entre la alemana Car Trim GmbH y la italiana KeySafety Systems Srl. La

segunda compró a Car Trim ciertos componentes de conformidad con varios contratos de suministro. Cuando la sociedad italiana da por finalizados los contratos, Car Trim presenta demanda por incumplimiento ante el *Landgericht Chemnitz* (Alemania). La primera y la segunda instancia (*Landgericht* y *Oberlandesgericht*) coincidieron en considerar la incompetencia de los jueces alemanes. Car Trim recurrió ante el *Bundesgerichtshof* quien decidió someter sendas cuestiones prejudiciales al TJ. En nuestro comentario nos centraremos en las consecuencias prácticas que se derivan del fallo, a fin de ofrecer pautas de comportamiento de interés para los operadores de la contratación comercial internacional. Pero permítasenos anotar brevemente la argumentación del TJ, que probablemente podría haber sido más afortunada (para un análisis más detenido, véase ESTEBAN DE LA ROSA, F., «Nuevos avances hacia la materialización del foro del lugar de ejecución del contrato del Reglamento Bruselas I: la STJ de 25 de febrero de 2010», *Diario La Ley*, núm. 7.392, de 30 de abril de 2010, pp. 1-27).

3. El TJ lleva a cabo una argumentación de textura abierta, en donde tienen cabida fundamentaciones basadas en diferentes textos de Derecho europeo y Derecho internacional. No cabe reprochar al TJ que, en esa argumentación, sean utilizados elementos narrativos o de *soft law*, como ocurre con la cita de algún convenio que no está en vigor en todos los Estados miembros de la Unión Europea, pues se encuentra muy extendida en la práctica, y es bien saludada por la doctrina, la posibilidad de hacer recurso a esta clase de elementos para apoyar una determinada interpretación (véase SÁNCHEZ LORENZO, S., «Postmodernismo y Derecho internacional privado», *REDI*, vol. XLVI, 1994-2, pp. 557-585). Pero una cosa es optar por un criterio material, y otra distinta fundar de forma apropiada dicho criterio material con arreglo a los principios y valores propios del sector de la competencia internacional, labor que se echa en falta en la decisión que anotamos. Tampoco consideramos muy afortunados los argumentos que menciona el TJ y que tienen en cuenta las normas sobre el origen de las mercancías (véanse las conclusiones presentadas el 24 de septiembre de 2009 por el abogado general Ján Mazák). Mejor valoración merece el último de los criterios utilizados por el TJ para diferenciar el contrato de compraventa del contrato de prestación de servicios, que se funda en la posibilidad de tener en cuenta el grado de responsabilidad asumido por el proveedor respecto del producto objeto del contrato, a fin de determinar la obligación característica del contrato, que se compadece un poco mejor con los principios de la competencia internacional. Con todo, el examen del supuesto desde esa perspectiva podría haber conducido a una solución alternativa. Si tenemos en cuenta que el contrato contiene elementos tanto del contrato de compraventa como del contrato de prestación de servicios, y si consideramos las graves dificultades del órgano jurisdiccional remitente, y del propio TJ, para calificar el contrato, se habría podido aceptar el desdoblamiento del foro, atribuyendo competencia a los tribunales del lugar de entrega de la mercancía y de la prestación del servicio. Ambos lugares resultan previsibles para las partes, y con ambos cabe apreciar la existencia del estrecho nexo necesario para determinar su proximidad.

4. Es sabido que en muchas ocasiones el lugar de entrega es designado a través de la inclusión en el contrato de un INCOTERM. Si el contrato incluye la expresión *EXW Málaga*, el foro del lugar de entrega de la mercancía obtiene concreción en los tribunales españoles. No obstante, en ocasiones las razones que llevan a las partes a utilizar un INCOTERM no tienen nada que ver con el tipo de razonamiento que tiene lugar respecto de la competencia internacional. Cabe imaginar la inclusión del INCOTERM *FOB puerto de Génova* en un contrato celebrado entre una empresa española y una empresa de Viena, donde la última, para una mayor eficiencia del transporte, se ocupa de llevar la mercancía hasta su embarque en el puerto de Génova. En estas

situaciones, la aplicación del criterio establecido por el TJ conduce a la atribución de competencia judicial internacional a los jueces italianos, resultado que no parece muy adecuado, sobre todo si tenemos en cuenta que, de este modo, de hecho se está restando un foro de competencia judicial internacional. A efectos prácticos, cuando el contrato no incluya una cláusula de jurisdicción, resultará conveniente que los operadores del comercio internacional pongan atención en no incluir en el contrato INCOTERMS que puedan originar este resultado. De lo contrario perderá mucha eficacia un foro importante para ejercitar acciones judiciales, como es el foro del lugar de ejecución del contrato.

5. Para cuando las partes no han designado el lugar de entrega de la mercancía, el TJ opta por el lugar en el que las mercaderías hubieren sido o debieren ser entregadas materialmente al comprador en su destino final. El TJ no sólo no ofrece explicaciones sobre las razones que hacen preferir a dicho lugar sino que la solución ofrecida resulta incoherente con los razonamientos seguidos a la hora de dar respuesta a la primera cuestión. En efecto, allí las disposiciones del CCIM fueron utilizadas como argumento de autoridad para alcanzar la solución; aquí, en cambio, el mismo Tribunal ignora por completo la existencia de una solución específica para dichos supuestos en el art. 31 CCIM. Como consecuencia, la respuesta del TJ supone un cambio radical respecto del tratamiento de las pretensiones relativas a la obligación de pago del contrato. Antes, para la concreción del foro del lugar de cumplimiento de la obligación de pago era preciso tener en cuenta las normas de DIPr., y, en su caso, también el CCIM (véase VIRGÓS SORIANO, M., y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho procesal civil internacional, Litigación internacional,* Madrid, Civitas, 2000, p. 108), que contiene disposiciones para la determinación del lugar de entrega de las mercancías (art. 31) y para la determinación del lugar de pago (art. 57). La competencia correspondía a los jueces del país del establecimiento del vendedor. Ahora, la competencia para conocer de la obligación de pago corresponde a los jueces del país de entrega de la mercancía, no siendo dicho lugar el definido por el art. 31 CCIM, sino aquél en el que el comprador recibe finalmente la mercancía. Para evitar esta consecuencia, los vendedores deberían bien incluir en el contrato un pacto de jurisdicción, o bien realizar una designación del lugar de entrega de la mercancía.

6. La respuesta material que ofrece el TJ al problema de la determinación del lugar de entrega de la mercancía no se puede considerar completa o cerrada pues no se proporcionan soluciones efectivas para todos los casos. En defecto de pacto es necesario determinar cuál es el lugar en el que la mercancía ha de ser entregada materialmente al comprador con base en los términos del contrato. De no poder identificarse, será necesario concretar el lugar de entrega material en virtud de lo establecido en la ley aplicable al contrato designada de conformidad con las normas de DIPr. del foro, típicamente el Reglamento Roma I (véase DE MIGUEL ASENSIO, P. A., «La Sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto Car Trim», en *http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2010/03/la-sentencia-del-tribunal-de-justicia.html*, consultada el 3 de julio de 2010). Para los casos en que proceda, la determinación del lugar de entrega pasará por la aplicación del art. 31 CCIM, a pesar de que la obligación que sirva de base a la demanda pueda ser la obligación de pago. Queda por ver si el TJ no volverá a ser requerido para generar alguna clase de criterio subsidiario que permita concretar el lugar de entrega de la mercancía y evitar el recurso a las normas de DIPr., en el modo en que están apuntando algunas decisiones recientes (véase STJ de 11 de marzo de 2010, asunto C-19/09, *Wood Floor Solutions*).

Fernando ESTEBAN DE LA ROSA

2010-4-Pr

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.—Contrato de agencia.—Interpretación del art. 5.1 del Reglamento 44/2001 en relación con un contrato de agente comercial ejecutado en varios Estados miembros.

Preceptos aplicados: art. 5.1 Reglamento 44/2001.

STJUE de 11 de marzo de 2010, asunto C-19/09, *Wood Floor Solutions Andreas Domberger GmbH c. Silva Trade S. A.* Juez ponente: K. Lenaerts.

F.: *http://curia.europa.eu/*.

[...] En estas circunstancias, el Oberlandesgericht Wien decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

1) a) ¿Es aplicable el artículo 5, número 1, letra b), segundo guión, del Reglamento [...] en caso de un contrato de prestación de servicios, también cuando los servicios se presten contractualmente en varios Estados miembros?

En caso de respuesta afirmativa a esta cuestión:

b) ¿debe interpretarse la citada disposición en el sentido de que el lugar de cumplimiento de la obligación característica debe determinarse en función del lugar donde se encuentre el centro de las actividades (que se ha de apreciar teniendo en cuenta el tiempo pasado en dicho lugar y la importancia de la actividad de que se trate) del prestador de servicios?

c) en el supuesto de que no se pueda determinar tal centro de actividad, ¿debe interpretarse la mencionada disposición en el sentido de que, a elección del demandante, puede presentarse la demanda relativa a todas las pretensiones derivadas del contrato en cualquier lugar en el que se presten servicios dentro de la Comunidad?

2) En caso de respuesta negativa a la primera cuestión:

¿Es aplicable el artículo 5, número 1, letra a), del Reglamento [...] en caso de un contrato de prestación de servicios, también cuando los servicios se presten contractualmente en varios Estados miembros? [...]

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Tercera) declara:

1) El artículo 5, número 1, letra b), segundo guión, del Reglamento (CE) n.º 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 un contrato por el cual el titular de un derecho de propiedad intelectual autoriza a la otra parte contratante a explotar dicho derecho como contrapartida por el pago de una remuneración no es un contrato de prestación de servicios en el sentido de dicha disposición.

2) Para determinar, con arreglo al artículo 5, punto 1, letra a), del Reglamento n.º 44/2001, cuál es el órgano jurisdiccional competente para conocer de una demanda de pago de la remuneración adeudada en virtud de un contrato por el cual el titular de un derecho de propiedad intelectual autoriza a la otra parte contratante a explotar dicho derecho, procede seguir teniendo en cuenta los principios derivados de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el artículo 5, número 1, del Convenio de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en

materia civil y mercantil, en su versión modificada por el Convenio de 26 de mayo de 1989 relativo a la adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa.

Nota. 1. El 21 de agosto de 2007, Wood Floor demandó a Silva Trade ante el Landesgericht austriaco de Sankt Polten. Wood Floor, con domicilio social en Amstetten (Austria) reclamaba 111.458,60 euros a Silva Trade, empresa con domicilio social en Wasserbillig (Luxemburgo). La pretensión de la demandante estaba basada en la violación de los arts. 23 y 24 de la *Handelsvertretergesetz* austriaca, referidos respectivamente a la indemnización por resolución de contrato y a la indemnización compensatoria en los contratos de agencia. Wood Floor consideraba que la carta de 2 de abril de 2007, en la que Silva Trade le comunicaba la terminación del contrato de agencia que les vinculaba, constituía una extinción unilateral y prematura del contrato, que permitía reclamar las citadas indemnizaciones. Según indica la Abogada General Trstenjak en sus conclusiones de 12 de enero de 2010, el señor Andreas Domberger había actuado como agente de Silva Wood en Austria, Italia, los países bálticos, Polonia y Suiza. El contacto con los clientes se realizaba habitualmente por teléfono o correo electrónico desde Austria, aunque ocasionalmente éste viajaba personalmente al país donde se localizaban las oficinas de dichos clientes.

2. En la demanda ante el juzgado de Sankt Polten, Wood Floor declaró que había desempeñado su actividad exclusivamente en el lugar de su domicilio social y por ello consideró fundamentada la competencia del tribunal austriaco en el art. 5.1.*b)* del Reglamento 44/01 («las personas domiciliadas en un Estado miembro podrán ser demandadas en otro Estado miembro: en materia contractual, ante el tribunal del lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirviere de base a la demanda; a efectos de la presente disposición, y salvo pacto en contrario, dicho lugar será: cuando se tratare de una prestación de servicios, el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hubieren sido o debieren ser prestados los servicios»). En cambio, Silva Trade impugnó la competencia de dicho tribunal austriaco, exponiendo que las tres cuartas partes del volumen de negocios del agente se habían llevado a cabo en países distintos de Austria. Ello condujo a la demandada a defender la determinación de la competencia a través del art. 2 del Reglamento, al considerar que la obligación que servía de base a la demanda estaba geográficamente ilimitada, lo que impedía la aplicación del art. 5.1 del Reglamento. Desestimando estos argumentos, el Landesgericht declaró su competencia para conocer al caso. Para este tribunal, los contratos de agente comercial como el analizado eran subsumibles en la noción de «prestación de servicios» a que alude el segundo guión del art. 5.1.*b)*. Adicionalmente, se estimó que si los servicios se prestan en varios países, el lugar de prestación de éstos es aquel en que se localiza el centro de actividades del prestador.

Silva Trade apeló ante el *Oberlandesgericht* de Viena, señalando que la argumentación del Landesgericht sobre el centro de actividades del prestador se fundamentaba en jurisprudencia austriaca únicamente aplicable a supuestos en los que los diversos lugares de entrega se localizaban dentro del mismo Estado. En cambio, si los distintos lugares de prestación se hallaban en una pluralidad de Estados, Silva Trade consideró que cada tribunal únicamente sería competente para conocer de la obligación que debiese ejecutarse en su jurisdicción y que sólo el citado art. 2 permitiría presentar todas las demandas ante un único tribunal. Desestimando estas argumentaciones de la apelante, el *Oberlandesgericht* vienés declaró su intención de confirmar el fallo de la primera instancia. Inspirándose en la Sentencia Color Drack, el tribunal austriaco consideró que en el caso controvertido el lugar de prestación principal era Amstetten, teniendo en cuenta el tiempo invertido y la importancia de la actividad desarrollada en ese centro. Sin embargo, el *Oberlandesgericht* era consciente al mismo tiempo de

que en la Sentencia Color Drack el TJUE expresamente indica que «las consideraciones que siguen se limitan al supuesto de una pluralidad de lugares de entrega en un único Estado miembro y no prejuzgan la respuesta que deba darse en el caso de pluralidad de lugares de entrega en varios Estados miembros». Por ello, el órgano jurisdiccional austriaco elevó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea las cuestiones prejudiciales reproducidas al inicio de este comentario y que, en definitiva, pretenden saber si las respuestas de Color Drack efectivamente pueden extrapolarse a un contrato de prestación de servicios con las características del caso controvertido.

3. En la Sentencia de 11 de marzo de 2010, el Tribunal resuelve de la siguiente forma las cuestiones prejudiciales planteadas: en relación con la aplicabilidad del art. 5.1.*b)* del Reglamento 44/01 a los servicios prestados en varios Estados comunitarios, el TJUE reitera planteamientos expuestos en sentencias anteriores como Rehder, Car Trim o la ya citada Color Drack. En primer lugar, el foro especial contenido en el art. 5.1, que es alternativo al art. 2, viene justificado por la estrecha conexión entre el contrato y el tribunal competente para conocer de éste. En segundo lugar, el primer guión del art. 5.1.*b)* dedicado a contratos de compraventa de mercancías, instaura el lugar de entrega de las mercancías «como criterio de vinculación autónomo que debe aplicarse a todas las demandas basadas en el mismo contrato de compraventa». En tercer lugar, este primer guión del art. 5.1.*b)* también permite que un único tribunal conozca de todas las demandas generadas por un contrato de compraventa, cuando exista una pluralidad de lugares de entrega de mercancías dentro del mismo Estado. En cuarto lugar, estas consideraciones son asimismo aplicables a los contratos de prestación de servicios, incluidos aquellos que se llevan a cabo en una pluralidad de Estados miembros, ya que ambas reglas de competencia referidas a estas dos tipologías contractuales «tienen el mismo origen, persiguen la misma finalidad —proximidad y previsibilidad— y ocupan el mismo lugar en el sistema establecido por dicho Reglamento».

Respecto a la determinación del «lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirve de base a la demanda» en el caso de un contrato de agencia comercial desarrollado en varios Estados miembros, el Tribunal aplica en este ámbito de los servicios lo concluido en la sentencia Color Drack. De esta forma, el lugar de cumplimiento será aquel «que garantiza el vínculo más estrecho entre el contrato y el órgano jurisdiccional competente, encontrándose este vínculo de conexión más estrecho, por regla general, en el lugar de la prestación principal». Tras recordar que es el agente comercial quien cumple la obligación que caracteriza a dicha tipología contractual, el Tribunal desarrolla el razonamiento clave de esta sentencia. Si el agente presta sus servicios en diversos Estados comunitarios, la concreción del lugar de la prestación principal se ha de realizar de la siguiente manera: inicialmente, ha de atenderse a la indicación contenida en el tenor literal del art. 5.1.*b)* segundo guión del Reglamento 44/01 —«según el contrato»— y, por tanto, acudir al propio contrato de agencia que vincula a las partes para determinar el lugar de la prestación principal. Caso de que dicho contrato no permita realizar tal determinación —por recoger una pluralidad de lugares de prestación o bien carecer de tal referencia— el órgano jurisdiccional nacional que esté conociendo del litigio deberá «tomar en consideración el lugar en el que [el agente] haya desarrollado efectivamente, de manera preponderante, sus actividades en cumplimiento del contrato». Para ello, el TJUE sugiere que se tengan en cuenta características del caso como, por ejemplo, el tiempo que el agente ha pasado en cada lugar y las actividades desarrolladas en tales. Por último, si el criterio del cumplimiento efectivo tampoco permite determinar el lugar de la prestación principal de los servicios de agencia, el Tribunal escoge como conexión de cierre el

domicilio del agente, por considerar que ésta cumple con los objetivos de previsibilidad y proximidad que el Reglamento ambiciona.

4. Los tres mecanismos que, con objeto de determinar el lugar de prestación principal de los servicios, va presentando jerárquicamente el Tribunal en este asunto C-19/09 pretenden anular la intervención del art. 5.1.*a)* del Reglamento y con ello evitar las complicaciones que puede llevar aparejado este precepto. Tanto a la hora de interpretar el contrato de agencia como de, si procede, precisar cuál es el lugar del cumplimiento efectivo de éste, se está concediendo un papel destacado a los tribunales nacionales de los distintos países comunitarios. En ambos casos, éstos van a gozar de un margen valorativo superior al ofrecido por el criterio del domicilio del agente que, al ser el criterio último, halla su justificación esencial en los ya citados principios básicos del sistema jurídico comunitario. Sin duda, quedaron atrás los días en los que el art. 5.1 del Convenio de Bruselas, a la hora de ser aplicado a contratos de agencia comercial, generaba abundantes dificultades. No obstante, la actual interpretación del art. 5.1.*b)* segundo guión del Reglamento 44/01 para este tipo de relaciones contractuales desarrolladas en varios Estados miembros puede seguir requiriendo intervenciones judiciales y doctrinales en el futuro. Habrá que ver, por ejemplo, si los aspectos fácticos vinculados al lugar de cumplimiento efectivo de la prestación principal son valorados de forma uniforme en todo el territorio comunitario o si la práctica comercial nos descubre abusos en torno a la precisión contractual del lugar de la prestación principal del servicio de agencia comercial (véase FACH GÓMEZ, K., «El Reglamento 44/2001 y los contratos de agencia comercial internacional: Aspectos jurisdiccionales», *Revista de Derecho Comunitario Europeo,* 2003, pp. 181-222, esp. pp. 211-214).

Katia FACH GÓMEZ

2010-5-Pr

COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL.—Compatibilidad entre regímenes: Reglamento 44/2001 y Convenio de Ginebra de 1956 relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera (CMR).—Reconocimiento de resoluciones, competencia judicial internacional, litispendencia.—Aplicación preferente del Convenio especial condicionada al respeto a los principios y fines del Reglamento 44/2001.

Preceptos aplicados: art. 71 Reglamento 44; art. 31 CMR.

STJUE de 4 de mayo de 2010, asunto C-533/08, *TNT Express Nederland BV c. AXA Versicherung AG*. Juez ponente: M. Ilešič.

F.: *http://curia.europa.eu/*.

[...] 1) El artículo 71 del Reglamento (CE) n.º 44/2001 [...], debe interpretarse en el sentido de que, en un asunto como el litigio principal, se aplican las reglas de competencia judicial, de reconocimiento y de ejecución previstas en un convenio relativo a una materia particular, como la regla de la litispendencia establecida en el artículo 31, apartado 2, del Convenio relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera [...], y la regla sobre la fuerza ejecutiva recogida en el artículo 31, apartado 3, de dicho Convenio, siempre que presenten un alto grado de previsibilidad, faciliten

una buena administración de justicia y permitan reducir al máximo el riesgo de procedimientos paralelos y además garanticen, en condiciones al menos tan favorables como las previstas en el mencionado Reglamento, la libre circulación de las resoluciones en materia civil y mercantil y la confianza recíproca en la justicia en el seno de la Unión (favor executionis).

2) El Tribunal de Justicia de la Unión Europea no es competente para interpretar el artículo 31 del Convenio relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera, en su versión modificada.

Nota. 1. TNT y Siemens Nederland NV celebraron un contrato de transporte de mercancías por carretera desde los Países Bajos hasta Alemania. La mercancía no se entregó en su lugar de destino. En 2002, TNT interpuso ante el *Rechtbank* de Rotterdam y contra AXA, compañía aseguradora de Siemens, una acción declarativa de no responsabilidad de ningún daño por la pérdida de las mercancías (excepto lo indicado en el art. 23 CMR). Acción que fue desestimada en 2005 y, por ello, recurrida por TNT ante el *Gerechtshof* de La Haya (Países Bajos). En 2004, AXA demandó a TNT ante el *Landgericht* de Múnich (Alemania) con el fin de obtener una reparación por el daño sufrido por Siemens por la pérdida de las mercancías: TNT entendió que este Tribunal no podía conocer de la acción por la existencia de un proceso pendiente en los Países Bajos entre las mismas partes en relación con el mismo transporte *ex* art. 31.2 CMR. Esta alegación fue desestimada por el *Landgericht* de Múnich y en 2006 condenó a TNT al pago de una indemnización. En 2007, AXA solicitó ante el *Rechtbank* de Utrecht (Países Bajos) y *ex* Reglamento 44, que declarara ejecutivas en los Países Bajos las referidas resoluciones del *Landgericht* de Múnich. A la estimación por el juez holandés de esta solicitud se opuso TNT, alegando que el reconocimiento de las resoluciones del *Landgericht* de Múnich atentaba contra el orden público neerlandés, y ello, porque, a su entender y conforme a la regla de litispendencia del art. 31.2 CMR, el Landgericht München no era competente para conocer de la acción de AXA. Ésta, por el contrario, estimaba que el art. 35.3 R. impedía al juez holandés fiscalizar la competencia del juez alemán, dado que el criterio del orden público del art. 34.1 R. no puede aplicarse a las reglas de la competencia. El *Rechtbank* de Utrecht desestimó el recurso de TNT en 2007 (en esta fecha, el *Gerechtshof* de La Haya aún no se había pronunciado sobre el recurso de apelación interpuesto por TNT), acogiendo el argumento de AXA. TNT recurrió en casación contra el auto del *Rechtbank* de Utrecht ya que, a su juicio, este Tribunal no tuvo en cuenta que, vía art. 71.2.*b)* (párr. 2.º) R., el art. 31 CMR constituye una excepción a la prohibición de fiscalizar la competencia de órganos jurisdiccionales del Estado miembro de origen establecida en el art. 35.3 R. El *Hoge Raad* de los Países Bajos decidió suspender el procedimiento y plantear al TJCE una serie de cuestiones prejudiciales, que pueden resumirse en lo siguiente: determinar si el art. 71 R. debe interpretarse en el sentido de que las reglas de competencia judicial, de reconocimiento y de ejecución previstas en un Convenio especial, así como la regla de la litispendencia del art. 31.2 CMR y la relativa a la fuerza ejecutiva del art. 31.3 CMR se aplican en un asunto como el litigio principal.

Aunque el *Hoge Raad* lo pidió, el TJCE no entró en el análisis del art. 31 CMR: su facultad de interpretación afecta sólo al Derecho de la UE, extendida a los Convenios celebrados por ésta, pero no a los celebrados entre Estados miembros con terceros Estados, como es el caso del CMR. Tampoco se halla vinculada la UE por sus disposiciones ya que no ha asumido las competencias ejercidas por los Estados miembros en el ámbito de aplicación de este Convenio, no conteniendo el CMR, además, ninguna cláusula atributiva de competencia interpretativa a favor del Tribunal de Justicia (apdos. 58-62, STJCE de 4 de mayo de 2010, *TNT*). Lo que sí hizo el TJCE fue interpretar

el alcance del art. 71 R. en relación con el art. 31 CMR, limitándose a condicionar la aplicación preferente de éste último al respeto a los principios del Derecho comunitario. Aunque el proceso que dio lugar a la cuestión prejudicial se hallaba en fase de ejecución, analizaremos aquí, brevemente, las relaciones entre estos dos preceptos también en materia de litispendencia y competencia judicial.

2. El respeto a los compromisos internacionales adquiridos antes de la entrada en vigor del Reglamento 44/2001 y su elaboración con base en las características específicas de las materias a las que afectan (apdo. 24, STJCE de 6 de diciembre de 1994, *Tatry*), justifican la respuesta del art. 71 R. de aplicación privilegiada de los Convenios anteriores relativos a materias particulares (la regla difiere, como es sabido, respecto de los posteriores). Ello supone, en sede de competencia judicial, la eventual atribución de competencia por parte de un Tribunal comunitario con base en el foro especial del Convenio específico tanto en ausencia de foro en el R. (STJCE de 28 de octubre de 2004, *Portbridge*; p. ej., *S. Landsgerich* Aquisgrán, de 26 de enero de 1976: competencia por cláusula de sumisión expresa válida de acuerdo con el CMR y no válida según el CB 68), como en su existencia (así, O'Malley, S., y Layton, A., *European civil practice*, 1989, pp. 861-862, respecto de foros exclusivos del Convenio especial; o STJCE de 16 de diciembre de 1980, *Rüffer*, respecto de foros alternativos; en otro sentido, STJCE de 6 de diciembre de 1994, *Tatry*). Lo mismo en sede de reconocimiento (apdo. 48, STJCE de 4 de mayo de 2010, *TNT*), en remisión a las condiciones específicas del Convenio particular (p. ej.: *Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973 sobre reconocimiento en materia de obligaciones alimenticias*).

Ahora bien, no debe olvidarse que el objetivo básico del Reglamento 44/2001 es el buen funcionamiento del mercado interior (consid. 1). En lo que ahora nos ocupa, significa adecuar el alcance del art. 71 R. a los principios que inspiran la normativa de la que forma parte y que son la base de la cooperación judicial en materia civil y mercantil en el ámbito de la Unión (apdo. 51, STJCE de 4 de mayo de 2010, *TNT*). O, lo que es lo mismo, el régimen del art. 71 R. sólo tiene sentido en aquellos casos en los que la aplicación preferencial del régimen específico resulta acorde con el objetivo básico del Reglamento 44: un Convenio especial, por tanto, no puede conducir a resultados menos favorables para la realización del buen funcionamiento del mercado interior que aquéllos a los que dan lugar las disposiciones del Reglamento 44, lo que justificaría su inaplicación y cesión a favor de las reglas del Reglamento 44/2001. Es lo que se desprende, asimismo, de aquella jurisprudencia del TJCE que impide invocar Convenios celebrados por Estados miembros con Estados terceros respecto de las relaciones entre los Estados miembros cuando ello vaya en detrimento de los objetivos del Derecho de la Unión (apdo. 84, STJCE de 6 de abril de 1995, *RTE*; apdo. 19, STJCE de 22 de octubre de 2009, *Bogiatzi*).

3. La aplicación preferente del CMR no debería ser, pues, ilimitada. En sede de competencia judicial, sólo sería posible en aquellos casos en los que sus reglas tengan un alto grado de previsibilidad, faciliten la buena administración de justicia y permitan reducir el riesgo de procesos paralelos (apdo. 53, STJCE de 4 de mayo de 2010, *TNT*). Al respecto, nada que decir en relación con el foro especial del art. 31.1 CMR: no parece reñido con la previsibilidad y la buena administración de justicia disponer que «...el demandante podrá escoger, fuera de las jurisdicciones de los países contratantes, designadas de común acuerdo [...], las jurisdicciones del país en el territorio del cual el demandado tiene su residencia habitual, su domicilio principal o sucursal de agencia por intermedio de la cual ha sido concluido el contrato de transporte; o está situado el lugar en que el transportista se hizo cargo de la mercancía o el lugar designado para la entrega de la misma...». No es así, en cambio, en lo que se refiere a

la reducción del riesgo de procesos paralelos. La posibilidad de pluralidad de procesos en relación con el CMR es alta: la interpretación diferente que los distintos órganos jurisdiccionales hacen de sus disposiciones en materia de indemnización de daños y perjuicios puede provocar la búsqueda de aquel que sostenga la interpretación más favorable (HAAK, K., *The Liability of the Carrier under the CMR*, 1986, p. 250, sobre el art. 29 CMR, p. ej.). De ahí el art. 31.2 CMR regulador de la litispendencia a favor de la primera acción. Ahora bien, no está claro que, desde la óptica del CMR, exista litispendencia entre una acción declarativa de no responsabilidad y una acción de indemnización, que es el caso que nos ocupa, dada la interpretación estricta que algunos jueces hacen del término *misma causa* que emplea el art. 31.2 CMR (p. ej.: Sent. BGH de 20 de noviembre de 2003: no litispendencia; sí, *Court Appeal England & Wales,* de 23 de enero de 2001). La aplicación preferente del Convenio especial frente al Reglamento 44/2001 *ex* art. 71 R. podría conducir, pues, a procesos paralelos según art. 31.2 CMR, cuando desde la óptica del art. 27 R. las referidas acciones son sustancialmente incompatibles y, por tanto, litispendentes (así, apdos. 14-19, STJCE de 8 de diciembre de 1987, *Gubisch Maschinenfabrik*; o apdos. 37-45, STJCE de 6 de diciembre de 1994, *Tatry*; recuérdese que no estamos ante la posibilidad de recurrir al art. 27 R. en ausencia de norma de litispendencia en el Convenio especial; CERINA, P., «In tema di rapporti tra litispendenza e art. 57 nella Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968», *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1991, p. 961; apdo. 25, STJCE de 6 de diciembre de 1994, *Tatry*).

4. Ya en materia de reconocimiento de resoluciones, la aplicación del CMR sólo sería posible en aquellos casos en los que se garantice, en condiciones al menos tan favorables como las previstas en el Reglamento 44, la libre circulación de las resoluciones en materia civil y mercantil y la confianza recíproca en la justicia en el seno de la Unión *(favor executionis*) (apdos. 54-55, STJCE de 4 de mayo de 2010, *TNT*). Y eso es cuestionable en relación con el CMR de sostenerse el control de competencia del juez de origen como condición de reconocimiento *ex* art. 31.3 CMR, ausente en el art. 35 Reglamento 44/2001 y que quiso ser introducido por la parte vía orden público, algo expresamente prohibido en el Reglamento 44/2001. Así, puede entenderse que la alusión del art. 31.3 CMR a un «...litigio de los mencionados en el apdo. 1...», presupone implícitamente la verificación *ex* art. 31.1 CMR de la competencia del Tribunal de origen (así, MESSENT, A., y GLASS, D. A., *CMR: Contracts for the International Carriage of Goods by Road*, 2000, 10.48 y nota 103; LOEWE, R., «Note explicative sur la Convention au contrat de transport internacional de merchandises par route (CMR) du 19 mai 1956», *ETL*, 1976, p. 487). De ser así, la aplicación preferente del CMR frente al Reglamento 44/2001 comprometería el *favor executionis* que está detrás de la ausencia de control de competencia del juez de origen del art. 35 R. Piénsese, además, que del CMR no parece desprenderse la existencia de una cláusula de remisión al régimen más favorable al estilo del art. 23 *Convenio de La Haya de 1973 sobre alimentos*, p. ej. (con todo, cierto sector entiende que, aun no siendo expresa, esta regla puede deducirse de la propia naturaleza y función de las normas reguladoras del reconocimiento; FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, 2009, p. 178).

No obstante, no está claro que el CMR recoja realmente esta condición de exequátur, ya que la alusión que el art. 31.3 CMR hace al art. 31.1 CMR también puede entenderse tan sólo como referencia a los litigios a que pueda dar lugar el transporte regulado por este Convenio (apdo. 99 Concl. AG TNT). Es más, el CMR parece imponer como único requisito de reconocimiento la prohibición de la revisión de la causa (art. 31.3 CMR). De hecho, sólo añade que una resolución ejecutoria de un órgano

jurisdiccional de un Estado contratante resulta ejecutoria en el resto de Estados contratantes, siempre que se cumplan las formalidades prescritas a este efecto en el país interesado. No parece, pues, que la regulación de reconocimiento del CMR contenga una regulación completa, exhaustiva, exclusiva ni específica para el transporte. Ello permitiría recurrir tanto al procedimiento del Reglamento 44/2001 (algo ya contemplado en el propio art. 71 R., y ello aun cuando exista un procedimiento *ad hoc* en el Convenio específico), como a la valoración de ciertas condiciones a través del Reglamento 44, como el orden público. Es lo que se deduce de la remisión que hace el art. 31.3 CMR a las *formalidades* del Estado requerido en materia de reconocimiento (Concl. AG TNT). Se ajustaría ello, así y en mejor medida, al *favor executionis*.

Javier MASEDA RODRÍGUEZ

2010-6-Pr

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.—Contrato de seguro.—Interposición de la demanda por parte de la aseguradora en su propio domicilio.—Comparecencia y no impugnación de la competencia por parte del tomador del seguro.—Sumisión tácita.

Preceptos aplicados: arts. 13, 24, 26 y 35 Reglamento 44/2001.

STJ de 20 de mayo de 2010, asunto C-111/09. Ponente: C. Toader.

F.: *http://curia.europa.eu/*.

[...] El objeto de esta cuestión es determinar si, incluso en lo que respecta a los litigios a los que se aplican las reglas de competencia especial establecidas en el Reglamento núm. 44/2001 [...] la comparecencia del demandado que no impugna la competencia del juez que conoce del asunto constituye una prórroga tácita de la competencia [...].

[...] a pesar de que, en los ámbitos a que se refieren las secciones 3 a 5 del capítulo II del mismo Reglamento las reglas de competencia tienen la finalidad de ofrecer a la parte más débil una protección reforzada [...] no puede imponerse a esta parte la competencia judicial determinada en dichas secciones.

[...] habida cuenta del objetivo de las reglas de competencia formuladas en las secciones 3 a 5 del capítulo II de dicho Reglamento, que consiste en ofrecer una protección reforzada a la parte que se considera más débil, el juez que conoce del asunto siempre está autorizado a asegurarse de que el demandado así emplazado ante él, que no es su juez natural, tiene pleno conocimiento de las consecuencias de su aceptación de comparecer.

[...] procede responder a la segunda cuestión que el artículo 24 del Reglamento núm. 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que el juez al que se ha sometido un litigio contraviniendo las reglas de la sección 3 del capítulo II de dicho Reglamento debe declararse competente en el caso de que el demandado comparezca y no proponga una excepción de incompetencia, pues tal comparecencia constituye una prórroga tácita de la competencia.

Nota. 1. La sentencia objeto de comentario trae causa en la acción ejercitada el 14 de abril de 2008 por la aseguradora checa Ceská podnikatelská pojist' ovna as Vienna Insurance Group contra el señor Bilas, tomador del seguro domiciliado en la Re-

pública Eslovaca. La aseguradora interpone la demanda ante el tribunal de su propio domicilio que, en principio, carece de competencia judicial para conocer del supuesto planteado. Sin embargo, el demandado comparece para defenderse en cuanto al fondo y no propone excepción de incompetencia. Ante esta situación, el tribunal checo manifiesta su preocupación por no poder examinar de oficio su propia competencia y, para solventar sus dudas, decide plantear una serie de cuestiones prejudiciales al TJCE, de las cuales el Tribunal resuelve la segunda. En concreto el tribunal checo plantea si, en el supuesto en que exista un tribunal competente de conformidad con las normas de la sección 3.ª del capítulo II del Reglamento, puede el demandado, por el hecho de comparecer en el procedimiento y no proponer excepción de incompetencia, fundar la competencia del tribunal en el sentido del art. 24. El TJCE, resuelve la cuestión estableciendo, en esencia, que el tribunal ante el que se somete un litigio contraviniendo las reglas específicas en materia de seguros debe declararse competente si el demandado comparece y no impugna la competencia, por constituir, esta comparecencia, una sumisión tácita de conformidad con el precepto; y señala, a mayores, que el tribunal siempre puede informar al demandado sobre las consecuencias que comportará su falta de impugnación.

En la presente nota examinaremos las consideraciones del TJCE en torno a la prorrogación tácita de la competencia en materia de seguros analizando: de un lado, la posibilidad y requisitos de aplicación del art. 24 del Reglamento 44/2001 en aquellos supuestos en los que concurre una parte débil y, de otro, la interrelación entre la voluntad real de las partes y el factor de economía procesal, presentes en la aplicación de la sumisión tácita.

2. La resolución objeto de comentario resulta relevante por cuanto, pese a que la prevalencia del art. 24 del Reglamento 44/2001 sobre los foros de protección ha sido siempre una realidad asumida por la doctrina de forma unánime (véase, entre otros, Informe JENARD, *DOCE* C 189, de 28 de julio de 1990, p. 156; GOTHOT, P., y HOLLEAUX, D., *La Convención de Bruselas de 27 de septiembre de 1968*, La Ley, 1986, p. 121; FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., y SÁNCHEZ LORENZO S., *Derecho Internacional Privado*, 5.ª ed., Thomson-Civitas, 2009, p. 74), es la primera vez que el TJCE se pronuncia expresamente sobre este extremo. Si bien es cierto que existen otras resoluciones sobre seguros, consumidores o trabajo en las que concurre la sumisión tácita (véase asunto *Gerling*, STJCE de 14 de julio de 1983, asunto C-201/82, Recueil 1983, p. 615), la comparecencia de la parte débil como demandado ante un tribunal en principio incompetente y la consiguiente atribución de competencia al mismo, no había sido analizada con anterioridad por el TJCE. Del propio tenor literal del art. 24 del Reglamento 44/2001 se extraen los supuestos, entre los que no se encuentra el de la concurrencia de un *foro de protección*, en los que la comparecencia del demandado no implica la atribución de competencia al tribunal: los casos en los que exista otra jurisdicción exclusivamente competente y aquellos en los que la comparecencia tenga por objeto impugnar la competencia. En el supuesto que nos ocupa el demandado comparece, circunstancia que provoca, como acertadamente advierte el tribunal checo, que el juez no pueda verificar de oficio su propia competencia (véase, para un análisis profundo, ARENAS GARCÍA, R., *El control de oficio de la competencia judicial internacional*, Eurolex, 1996, pp. 147 a 155); y se defiende en cuanto al fondo sin plantear excepción de incompetencia, lo que conlleva, tal y como establece el TJCE, la prórroga tácita de la competencia.

El acuerdo atributivo de jurisdicción en los supuestos en los que, como en la resolución anotada, existe una parte contractual débil, debe cumplir una serie de requisitos adicionales. En concreto, en el ámbito del contrato de seguro, el art. 13

del Reglamento 44/2001 posibilita la sumisión de las partes del contrato de seguro a un tribunal distinto del fijado en los artículos que le preceden, entre otros supuestos, en aquellos en los que el acuerdo es posterior al nacimiento del litigio. Esta posibilidad es la que ha llevado a la doctrina a aceptar la sumisión tácita en la materia, ya que aquí, en todo caso, el acuerdo entre las partes tiene lugar con posterioridad al nacimiento del litigio (véanse, en este sentido, GAUDEMET-TALLON, H., *Compétence et exécution des jugements en Europe*, 4.ª ed., Paris, L.G.D.J., 2010, p. 154; VIRGÓS SORIANO, M., y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional*, 2.ª ed., Madrid, Thomson-Civitas, 2007, p. 306). Frente a esta consideración, ciertos autores precisan, aun admitiendo la sumisión tácita en la materia, que no estaríamos ante uno de los convenios posteriores al nacimiento del litigio [véase, al respecto, BLANCO-MORALES LIMONES, P., «Comentario al art. 12 del Convenio de Bruselas», en CALVO CARAVACA, A. L. (ed.), *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Madrid, Boletín Oficial del Estado - Universidad Carlos III de Madrid, 1995, pp. 247-259, p. 254], la idea que estaría tras esta consideración es que, en puridad, no se trataría de un «acuerdo», sino de una voluntad coincidente de las partes manifestada unilateralmente. Al margen de consideraciones terminológicas, y a pesar de que no se recoge expresamente en la resolución, ésta es la idea que está, también, tras el pronunciamiento del TJCE.

3. Más interesante resulta la idea apuntada por el TJCE al hilo de ciertas observaciones realizadas por los gobiernos checo y eslovaco, orientadas a descifrar la verdadera voluntad del demandado parte débil. En este sentido, ambos gobiernos proponen que el tribunal llamado a conocer de un asunto para el que, en principio, no fuese competente, verifique de oficio que la manifestación de la voluntad de sometimiento del demandado parte débil es consciente. El TJCE señala al respecto que este deber sólo podría imponerse si se estableciese una regla expresa en el Reglamento 44/2001 y, a su vez, recuerda que el juez ante el que se somete un asunto en estas circunstancias siempre puede asegurarse de que el demandado tiene pleno conocimiento de las consecuencias de su aceptación de comparecer. La idea de que el juez informe sobre este extremo ya había sido esbozada por la doctrina con anterioridad (véase VIRGÓS SORIANO, M., y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *op. cit.*, p. 306) y se encuentra amparada por una interpretación teleológica del Reglamento debido a la finalidad tuitiva de las normas en materia de seguros. Sin embargo, como bien apunta el TJCE, a falta de norma que expresamente recoja esta obligación, la advertencia al demandado sobre las consecuencias de su comparecencia es una facultad que, si bien resulta recomendable en aras de la protección de la parte débil, se deja al arbitrio del juez. No obstante, no debemos pasar por alto que, a pesar de que el TJCE se centra en el elemento volitivo, la sumisión tácita es una ficción legal que presenta, junto con el principio de la voluntad de las partes, un elemento de economía procesal importante (véase ARENAS GARCÍA, R., *op. cit.*, p. 150). En este sentido la sumisión tácita se configura como una regla de preclusión de la impugnación de competencia que impide plantear cuestiones sobre este extremo durante el proceso, de modo que la competencia del juez queda fijada al inicio (véase, en este sentido, VIRGÓS SORIANO, M., y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *op. cit.*, p. 305). Así, no basta con que el demandado tenga intención de no someterse, sino que, siempre que comparezca, como ocurre en el caso analizado, esta intención debe manifestarse mediante el cauce procesal adecuado y en el momento procesal oportuno; como es bien sabido en el supuesto de que no comparezca será el tribunal el que deberá verificar de oficio su propia competencia. El cauce procesal adecuado para plantear la excepción de competen-

cia y el momento procesal en el que ha de plantearse son cuestiones que dependen, con los límites establecidos por el TJCE y en la medida en que no supongan un obstáculo a la aplicación del Reglamento, de la *lex fori* (en este sentido véase GOTHOT, P., y HOLLEAUX, D., *op. cit*., p. 130, y ARENAS GARCÍA, R., *op. cit*., p. 153; en sentido contrario y sobre la disyuntiva doctrinal al respecto, véase ESTEBAN DE LA ROSA, F., «Alcance material del art. 18 CB sobre los medios procesales de impugnación de la competencia judicial internacional», *Diario la Ley*, Sección Doctrina, 1996, Ref. D-385, t. VI). Por tanto, a pesar de que el TJCE ha llevado tradicionalmente a cabo una interpretación flexible de los supuestos en los que se considera que el demandado impugna la competencia para evitar que una defensa subsidiaria en cuanto al fondo provoque, precisamente, una sumisión involuntaria (véanse, en este sentido, asunto *Elephanten,* STJCE de 24 de junio de 1981, asunto C-150/80, Recueil 1981, p. 457 y asunto *Rohr/Ossberger,* STJCE de 22 de octubre de 1981, asunto C-27/81, Recueil 1981, p. 66), el amplio margen que se le concede al demandado para que lleve a cabo esta impugnación no es absoluto, sino que, debido a la configuración de la sumisión tácita como una regla de preclusión, está supeditado a unas condiciones de forma y tiempo que dependen de los respectivos Derechos nacionales y que provocan que la voluntad resulte irrelevante si los límites que establecen son rebasados. Este principio de economía procesal que se encuentra tras la sumisión tácita no desaparece por la concurrencia de una parte débil, si bien es cierto que su dimensión volitiva, tendente a desentrañar la verdadera voluntad del demandado, puede precisar una implicación mayor del juez en aras de la protección de la parte débil. En la sentencia anotada el demandado no llevó a cabo ninguna actuación que indicase que tuviese intención de impugnar la competencia, ni siquiera a través de un cauce procesal o en un momento procesal inadecuados, al contrario, compareció ante el tribunal checo para defenderse en cuanto al fondo sin manifestar en ningún momento su falta de conformidad, por lo que no hay duda de que su comparecencia comporta, a todos los efectos, una prorrogación tácita.

4. En definitiva, la sentencia anotada resulta significativa por reconocer, expresamente, la posibilidad de que el demandado parte débil se someta tácitamente a un tribunal distinto del que recogen los foros de protección. Nos encontramos ante un pronunciamiento previsible, pero acertado, que evidencia una realidad ya asumida por la doctrina. No obstante cabe preguntarse, por lo que respecta a la verdadera voluntad de sometimiento del demandado parte débil, hasta qué punto debe ser tenida en cuenta y hasta dónde debe llegar la función del juez en orden a averiguar este extremo, habida cuenta de que: no existe una norma expresa que recoja una obligación para el juez en este sentido y la prorrogación tácita es, además de un mecanismo de atribución de competencia, una ficción legal que trata de evitar posibles contingencias en relación con la competencia durante la sustanciación del proceso.

Paula PARADELA AREÁN

3. PRÁCTICA ESPAÑOLA: DERECHO JUDICIAL INTERNACIONAL

3.1. Competencia judicial internacional

2010-7-Pr

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.—Compraventa de mercancías entregadas en las instalaciones del vendedor. Reglamento 44/2001: lugar de cumplimiento de la obligación contractual.

Preceptos aplicados: art. 5.1.*b)*, primer guión del Reglamento 44/2001.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, núm. 448/2009 de 24 de septiembre. Ponente: Eduardo Navarro Peña.

F.: *Aranzadi Westlaw,* JUR 2009\444884

[...] Consta acreditado por la prueba documental aportada por la mercantil actora con el escrito inicial de demanda y el reconocimiento expreso efectuado por la demandada al formular su escrito de planteamiento de cuestión de competencia por declinatoria, que las mercancías compradas por esta última fueron retiradas de las instalaciones de la vendedora en la localidad zaragozana de Terrer mediante camiones de una empresa de transporte contratada al efecto por la ahora demandada apelante, quien abonó los portes correspondientes.

No constando acreditado por las pruebas obrantes en autos pacto expreso entre las partes litigantes acerca del lugar en que debían ser entregadas las mercancías objeto de dichos contratos de compraventa, extremo que tampoco queda determinado por el citado Reglamento CE, lo que tampoco queda fijado por el Convenio de Ginebra de 19 de mayo de 1956 relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera (Convenio CMR), al que alude la parte demandada para fundamentar su recurso de apelación contra la sentencia de instancia, tal cuestión ha de ser resuelta conforme a las normas del ordenamiento jurídico español, tal como señala con acierto el Juzgado de Primera Instancia núm. Dos de los de Calatayud al resolver la cuestión de competencia por declinatoria planteada por la mercantil demandada, normas que son las contenidas en los artículos 1.171, 1.462 y 1.500 del Código Civil, así como en los artículos 337, 338 y 339 del Código de Comercio, y la doctrina jurisprudencial que los interpreta, según las cuales el pago del precio de una compraventa ha de hacerse en el lugar en que se haga entrega de la cosa vendida, entrega que en el caso de autos ha de entenderse realizada en la localidad zaragozana de Terrer, en la que tiene su sede la vendedora, lugar en que la mercancía fue retirada por la compradora mediante una empresa de transportes por carretera por ella contratada a tal fin, que actuó al efecto como mandataria de aquella, que se hizo cargo de los costes de dicho transporte.

Nota. 1. La sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza es una prueba más del carácter controvertido del art. 5.1.*b)* del Reglamento 44/2001. Dicha decisión judicial se añade a la lista de ejemplos de cómo las intenciones y el esfuerzo del legislador comunitario de eliminar las posibles controversias que presentaba el art. 5.1 del Convenio de Bruselas han creado otras cuestiones conflictivas en la aplicación del art. 5.1.*b)* R 44/2001. En el litigio se enfrentan la entidad mercantil «Bodegas y Vinos

Ángel Luis Pablo Uriol, S. L.», constituida de acuerdo con el Derecho español y con domicilio social en Terrer (Zaragoza), y la sociedad «Vins Duprat Fréres, S. A. R. L.», constituida conforme al Derecho francés y con domicilio social en Bayona (Francia). Ambas entidades celebran tres contratos de compraventa de determinadas mercancías. El comprador, «Vins Duprat Fréres, S. A. R. L.», contrata el transporte y recoge la mercancía de las instalaciones del vendedor, «Bodegas y Vinos Ángel Luis Pablo Uriol, S. L.», en Terrer (Zaragoza). La sociedad francesa no paga el precio pactado y la entidad española presenta una demanda ante el Juzgado de Primera Instancia de Zaragoza. La parte demandada considera que los órganos judiciales españoles no tienen competencia y presenta una declinatoria. El Juzgado de Primera Instancia desestima la petición y procede a analizar las cuestiones de fondo, estimando íntegramente la demanda interpuesta por la parte actora. Como consecuencia, ésta última presenta recurso de apelación alegando falta de competencia judicial internacional de los tribunales españoles.

2. El problema, sobre el que versa el litigio, es precisar cuál es el lugar de entrega de las mercancías, para poder, aplicando la letra *b)* del art. 5.1 R 44/2001 determinar el tribunal competente. Una de las razones que motivó la modificación del art. 5 CB y la introducción de los preceptos de la letra *b)* era evitar la posibilidad de que más de un tribunal tenga competencia para resolver litigios en materia de compraventa de mercancías (Fernández Rozas, J. C., y Sánchez Lorenzo, S., *Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 2009, p. 479; Heredia Cervantes, I., «El nuevo foro contractual del Reglamento 44/2001», *Rev. Esp. Der. Eur.*, núm. 9, 2004, pp. 55-84, pp. 68-70). La complejidad de la norma deriva de dos circunstancias que explican el carácter versátil del art. 5.1.*b)*. Por un lado, está la expresión «salvo pacto en contrario» (que no es objeto de la presente nota) y, por otro lado, la expresión «lugar de entrega de las mercancías». Para determinar dicho lugar se han de tomar en consideración tanto el acuerdo contractual, como los hechos sobre los que se desarrolla el caso. Si ambos lugares, el actual y el previsto en el contrato, coinciden, los tribunales de dicho Estado tendrán competencia judicial internacional. En el presente caso, sin embargo, de las pruebas presentadas por ambas partes no se desprende que los contratantes establecieran en el contrato un lugar de entrega. Lo que sí se prueba es que el comprador contrató el transporte y recogió las mercancías de las instalaciones del vendedor. En este punto, la Audiencia Provincial considera que para determinar el lugar en el que se debían entregar las mercancías se han de aplicar las disposiciones previstas en la normativa española (arts. 1.171, 1.462 y 1.500 del Código Civil, así como los arts. 337, 338 y 339 del Código de Comercio), sin acudir antes a las normas de conflicto, decisión aceptada por una parte de la doctrina y negada por otra.

3. El problema viene provocado por la ambigua redacción del art. 5.1.*b)* guión primero del R 44/2001, que ha llevado a diferentes interpretaciones. En la misma frase se lee que el lugar de entrega en los contratos de compraventa de mercancías es «el lugar del Estado miembro en el que, *según el contrato, hubieran sido o deberían entregarse* las mercancías». Una parte de la doctrina (Virgós Soriano, M., y Garcimartín Alférez, F. J., *Derecho procesal civil internacional: litigación internacional*, 2007, pp. 154-155; Heredia Cervantes, I., «El nuevo foro...», *op. cit.*, pp. 77-79) considera que en el caso de que las partes no hayan previsto en el contrato dicho lugar el lugar de ejecución se determinará de acuerdo con el Derecho aplicable al contrato según las reglas de Derecho internacional privado del foro. El tribunal competente, en el presente caso, debía haber aplicado el art. 4.2 Convenio de Roma de 1980 que lleva a la ley del Estado en el que la parte que ha de realizar la prestación característica tiene su residencia habitual. En el contrato de compraventa de mer-

cancías la prestación característica es la entrega de las mercancías que realiza el vendedor. Consecuentemente, la ley aplicable al contrato es la ley española. Según los arts. 1.171, 1.462 y 1.500 del Código Civil, así como los arts. 337, 338 y 339 del Código de Comercio, tal y como establece en la sentencia la Audiencia Provincial, «el pago del precio de una compraventa ha de hacerse en el lugar en que se haga entrega de la cosa vendida, entrega que en el caso de autos ha de entenderse realizada en la localidad zaragozana de Terrer». Consecuentemente, son competentes los tribunales españoles.

4. Tal interpretación se niega por la parte de la doctrina que hace hincapié a la expresión «según el contrato» (ARENAS GARCÍA, R., «Observaciones» a la STJCE de 3 de mayo de 2007», *ADIPR,* 2007, pp. 919-929; FACH GÓMEZ, K. «El Reglamento 44/2001 y los contratos de agencia comercial internacional: aspectos jurisdiccionales», *Rev. Der. Com. Eur.*, núm. 7, 2003, pp. 181-222, p. 205). Dicha expresión limita el precepto tan sólo a los casos en los que en el contrato se determina el lugar de entrega de las mercancías. Si este detalle falta, la letra *b)* primer guión es inaplicable y se ha de ir a la letra *a)* del art. 5.1, interpretación que yo, personalmente, considero más acertada.

5. En la sentencia de la Audiencia Provincial objeto de esta nota, las partes no determinan un lugar de entrega de las mercancías. En este caso, el Tribunal debía haber aplicado la letra *a)* y no la letra *b)* del art. 5.1. El precepto atribuye competencia judicial internacional a los tribunales del Estado en el que se ha de cumplir la obligación que sirve de base a la demanda. La atribución de la competencia judicial al tribunal del lugar en el que se hubiera cumplido o debiera cumplirse la obligación que sirve de base de la demanda se justifica por la proximidad que tiene dicho órgano jurisdiccional con el conflicto. En este contexto, el elemento crucial establecido en el art. 5.1.*a)*, es el cumplimiento de la obligación que motiva la acción procesal del demandante. La obligación que sirve de base de la demanda, en el litigio que da lugar a la sentencia, objeto de esta nota, es el impago parcial de la suma debida, que tenía que realizar el comprador, la sociedad «Vins Duprat Fréres, S. A. R. L.». Del texto de la sentencia no queda claro dónde la entidad francesa debía haber pagado el precio. Si el pago parcial se ha realizado en España, que es lo más probable, son competentes los tribunales españoles.

6. Gracias a las circunstancias del caso, ambos preceptos atribuyen competencia a los tribunales españoles. No habría sido ésta la respuesta, si el pago se hubiera realizado en Francia o en otro Estado, por ejemplo en la cuenta de la sociedad en un banco suizo. El presente caso una vez más demuestra que el art. 5.1.*b)* en vez de cumplir con su objetivo principal, crea problemas adicionales y que, según la interpretación, puede atribuir competencia a distintos tribunales.

Vèsela ANDREEVA ANDREEVA

2010-8-Pr

COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES.—Demanda de divorcio de matrimonio de marroquíes con residencia en España por violencia de género; falta de formulación por el demandado de declinatoria; alimentos a los hijos y reducción de la cuantía: no debe estimarse: pensión adecuada a los ingresos del deudor y la situación de la madre y la hija; no debe estimarse el régimen de visitas; falta de constancia de que el padre tenga domicilio en España.

Preceptos aplicados: arts. 63 y 64 de la LEC; arts. 9 y 107 del Código civil; art. 87 ter. 5 de la LOPJ; Código de Familia Marroquí.

Sentencia de la AP de Barcelona (Sección 12.ª), núm. 611/2009, de 29 de septiembre. Ponente: Ilmo. Sr. D. Agustín Vigo Morancho.

F.: *Aranzadi Westlaw,* JUR 2009/452257.

Segundo [...] El apelante solicita que se fije un régimen de visitas lo más amplio posible, especialmente en épocas de vacaciones, a fin de tutelar el interés de la menor Aya, de 2 años de edad, a relacionarse con su padre y sus abuelos paternos. No obstante, se considera conveniente no fijar un régimen de visitas a favor del padre, dado que no consta que tenga domicilio en España, con los consiguientes problemas que se podrían producir y el peligro de llevarse a la niña fuera del territorio nacional, sin perjuicio de que, una vez tenga domicilio en España pueda establecerse un régimen de visitas a través del cauce procesal procedente [...].

Tercero [...] Nos encontramos ante una pretensión relativa al Código de Familia de Marruecos, en cuyo artículo 189 se regula la pensión de alimentos, en la que se incluye la alimentación en sentido estricto, la ropa, los cuidados y todo lo que sea indispensable, así como la educación de los niños, teniendo en cuenta sus posibilidades, estableciéndose en su apartado segundo el criterio de proporcionalidad en la fijación de los alimentos, teniendo en cuenta los ingresos del deudor, la situación del acreedor, el nivel de los precios y los usos y costumbres existentes en el medio en el cual se fija la pensión [...].

La presente nota se realiza en el marco del Proyecto de Excelencia de la Junta de Andalucía (P09-SEJ-4738): «Análisis transversal de la integración de mujeres y menores extranjeros nacionales de terceros Estados en la sociedad andaluza: problemas en el ámbito familiar». La autora agradece al señor D. R. Landa Pérez, Magistrado-Juez del Juzgado de primera instancia e instrucción núm. 5 de Manresa por el envío de la Sentencia de primera instancia.

Nota. 1. La Sentencia de la AP objeto de comentario constituye un ejemplo de la dualidad competencial civil-penal de los juzgados de violencia de género que introdujo la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género y los problemas que plantea la jurisdicción mixta ante una situación privada internacional. El art. 87 ter de la LOPJ, introducido por LO 1/2004, regula la competencia en el orden penal y otorga una *vis* atractiva a este juzgado especializado de determinados procesos civiles vinculados a la situación de violencia de género. Sin embargo, las reglas vigentes para una situación privada internacional cuando la víctima de este tipo de delitos es extranjera han quedado relegadas por la Ley integral 1/2004. Ello no es óbice para que estos juzgados mixtos se atribuyan la competencia judicial internacional en materia de crisis matrimoniales por el Regla-

mento (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 (véase RODRÍGUEZ PINEAU, E., «Algunas cuestiones sobre la aplicación del Reglamento CE 2201/2003 en España», *AEDIPr.*, vol. 4, 2004, pp. 261-285) o, en su defecto, por las normas de competencia judicial internacional del Derecho autónomo (art. 22 de la LOPJ). Así, el juzgado competente territorialmente del domicilio de la víctima (art. 15 bis de la LECrim.) conocerá tanto del proceso penal como del pleito civil, aunque no debe escapar a la aplicación de la normativa de DIPr., cuando la víctima sea extranjera y solicite el divorcio.

2. En virtud del art. 107 del CC, la nacionalidad marroquí común de los cónyuges conduce a la aplicación de la *Mudawana* o Código de Familia Marroquí (en adelante CFM) para disolver su matrimonio. Existen numerosas obras en España dedicadas al estudio del Estatuto personal y de Sucesiones del país vecino [véanse RUIZ SUTIL, C., y RUEDA VALDIVIA, R., *La situación jurídico-familiar de la mujer marroquí en España*, Sevilla, IAM y Consejería de Igualdad y Bienestar Social, 2008; QUIÑONES ESCÁMEZ, A., «Aplicación del nuevo Código de familia marroquí (2004) a supuestos de disolución del matrimonio», *AEDIPr.*, 2006, vol. 6, pp. 977-979]. La experiencia de nuestros tribunales en divorcio de marroquíes permite advertir cierta familiaridad con el Derecho marroquí y sea plasmado en sus decisiones judiciales (véase ESTEBAN DE LA ROSA, G., y OUALD ALI, K., «Comentarios a sentencias de divorcio de matrimonio de marroquí residente en España», *AEDIPr.*, 2006, pp. 983-989).

Centrándonos en la cuestión particular de la ley aplicable al divorcio, la demandante alega los arts. 94 a 97 CFM correspondientes al divorcio «*chiqaq*», traducido por desacuerdo o disensión. Si bien, para el supuesto particular de violencia de género, hubiera sido más coherente invocar el divorcio por perjuicio o sevicias del art. 98.2 CFM, entendiendo por tal el incumplimiento del contrato matrimonial y cualquier conducta del esposo que sea contraria a las buenas costumbres, como causar un daño material y/o moral a la esposa que haga imposible la vida conyugal (art. 99 CFM). Una sentencia española basada en el divorcio causal del art. 98.2 CFM tampoco tendría demasiados obstáculos para ser reconocida posteriormente en Marruecos.

3. Alegar el divorcio por disensión conforme al Derecho marroquí ofrece una dificultad: la obligatoriedad del intento de conciliación previo antes de decidir sobre la disolución del vínculo matrimonial, conforme a lo dispuesto en el art. 94 CFM, originando un problema calificatorio. Si se considera la conciliación en el marco del proceso de divorcio como un acto procesal quedará sometido a lo establecido en la propia ley del foro, según el principio de estricta territorialidad de las leyes procesales (*lex fori regit procesusum*) establecido en el art. 8.2 CC (en general, véase CASTELLANOS RUIZ, E., «Ley aplicable al proceso y el art. 3 de la LEC 1/2000», *AEDIPr*, t. I, 2001, pp. 239-250; VIRGÓS SORIANO, M., y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2.ª ed., Pamplona, Civitas-Thomson, 2007, pp. 401-407). En cambio, si se califica como una materia sustantiva quedaría sujeta a la ley reguladora del divorcio. En Derecho español, existe la mediación familiar (arts. 770.1 y 777.2 de la LEC) como alternativa al proceso judicial de separación y divorcio, donde las partes voluntariamente llegan a acuerdos debidamente formalizados. Otra de las figuras con perfiles afines a la mediación, pero con rasgos distintivos, es la conciliación judicial regulada en el art. 771.2 LEC, dentro del marco del proceso de medidas provisionales previas a la demanda de nulidad, separación o divorcio o la prevista al iniciar la vista del art. 428 LEC, pues el Juez exhorta a las partes a llegar a un acuerdo. Ciertamente, la potestad conciliadora que se reconoce a la autoridad judicial para que intente un acuerdo de las partes no debe confundirse, en ningún caso,

con la labor mediadora, que no realiza, ni debe realizar en ningún caso, la autoridad judicial cuando actúe investida con tal carácter. La institución española más cercana a la marroquí es la conciliación judicial, aunque posee una finalidad distinta de la pretendida reconciliación del art. 94 del CFM.

La posibilidad de conciliación, a nuestro juicio, quedaría sometida al ámbito natural de la *lex fori regit processum,* porque entronca directamente con la organización del sistema judicial, con las consecuencias de las actividades procesales y con la función asignada a esta institución en el marco de los procesos matrimoniales y de menores. De esta manera se facilita una mayor fluidez y seguridad en el proceso, puesto que el juez aplica su propio Derecho para regir el desarrollo del proceso. Desde el punto de vista práctico, la solución del órgano judicial español es más inmediata: no cabría mediación en caso de violencia de género, según el art. 87 ter. 5 de la LOPJ, funcionando dicho precepto prohibitivo como una norma material imperativa. La AP, y también en primera instancia, termina por inadmitir los dos intentos de conciliación previstos en el art. 94 del CFM. No obstante, la prohibición establecida en la LOPJ no se refiere a la conciliación judicial, sino a la mediación, aunque la respuesta otorgada por nuestros jueces es firme: se rechaza cualquier línea pacificadora entre cónyuges cuando existen malos tratos.

4. La incompleta técnica de los órganos jurisdiccionales españoles sobre la correcta aplicación del DIPr. se aprecia tanto en las cuestiones relativas a los derechos de custodia, así como en el tema de pensión alimenticia. En cuanto a la competencia judicial internacional de los derechos de guarda y visita de los hijos menores residentes en España viene determinada por el art. 8 del Reglamento (CE) 2201/2003. En materia de alimentos, el foro queda fijado por la residencia habitual del acreedor en España (art. 22.3 LOPJ), debido a que el demandado está domiciliado en Marruecos y no es posible utilizar los foros del Reglamento 44/2001. Por su parte, las cuestiones de derecho aplicable de guarda y derecho de visita quedan resueltas por la ley de residencia habitual del hijo menor conforme a lo dispuesto en el Convenio de La Haya de 1961 sobre protección de menores. Mientras que el art. 4 del Convenio de La Haya de 1973 de ley aplicable a las obligaciones alimenticias remite a la ley de la residencia habitual del acreedor de alimentos, es decir, la normativa española. En este punto, conviene que destaquemos que los órganos españoles no resuelven el conflicto interregional que se produce entre el Código civil y la normativa autonómica, aunque acaban aplicando el art. 267 del Código de familia catalán e introduciendo en la misma argumentación el Derecho marroquí (art. 189 del CFM). Ello conduce, una vez más, a una técnica deficiente respecto del DIPr.

5. Para terminar, queremos resaltar un extremo de la Sentencia de la AP que nos ha llamado la atención: el no establecimiento del derecho de visita transfronterizo. El interés del hijo menor es el principal criterio interpretativo para articular el ejercicio de su derecho de relación con ambos padres, en acatamiento de lo preceptuado en el art. 10.2 del Convenio de los derechos del niño. La desconfianza es inevitable cuando la regulación de las relaciones familiares responde a diferencias de cultura entre los Estados implicados, lo que puede conllevar que, ante un desplazamiento ilícito, no se proceda a la devolución de los hijos. Ante este tipo de recelos, el órgano jurisdiccional podría haber delimitado el ejercicio del derecho de visita a España, lugar de residencia habitual de la hija, aunque una parte de la doctrina es contraria a la delimitación territorial del ejercicio del derecho de visita (MOYA ESCUDERO, M., «Desplazamiento ilegal a Marruecos de los hijos e hijas de madres marroquíes», en RUIZ SUTIL, C., y RUEDA VALDIVIA, R., *Situación jurídico-familiar de la mujer marroquí en España*, Sevilla, IAM y Consejería para la Igualdad y Bienestar Social, 200, pp. 291-306). Incluso

admitiendo el derecho de visita transfronterizo, se plantean dificultades para la entrada y permanencia en España del progenitor visitante, conforme a la restricciones existentes en la Ley de extranjería. Ante la ineficacia del mecanismo convencional existente entre España y Marruecos y el peligro de no devolución (véase MOYA ESCUDERO, M., y ZEKRI, H., «Nuevo régimen bilateral de asistencia judicial internacional y reconocimiento y ejecución de decisiones con Marruecos», *REDI*, vol. XLIX, 1997-2, pp. 369-377, no podemos criticar severamente a las autoridades judiciales españolas que limiten a nuestro territorio el derecho visita, ya que lo deseable es que funcionara el Convenio bilateral específico para tal cuestión.

Carmen RUIZ SUTIL

2010-9-Pr

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.—Modificación de medidas relativas a obligaciones alimenticias. Reglamento 2201/2003. Reglamento 4/2009. Reglamento 44/2001, art. 5.2.—Alimentos.

Preceptos aplicados: el art. 8 Reglamento 2201/2003, art. 3.*a)* y *b)* Reglamento 4/2009.

Auto de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 64/2010, de 26 de febrero. Ponente: José Ángel Chamorro Valdés.

F.: *Aranzadi Westlaw,* JUR 2010\166579.

[...] La cuestión que hay que dilucidar es si el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 80 tiene jurisdicción para conocer la demanda de modificación de medidas interpuesta por la representación de Don Antón el día 24 de junio de 2009 en la que se pide lo siguiente: a) una suspensión temporal del pago de alimentos por imposibilidad sobrevenida comprometiéndose a su abono con cargo a su parte en los bienes gananciales; b) y subsidiariamente reducir la pensión de alimentos a la cantidad de 30 euros que equivaldría al 20 por 100 de los ingresos percibidos por el Sr. Antón y sucesivamente ir incrementando dicho porcentaje una vez que vaya a mejor fortuna; c) a elección de la demandada, proceder al cálculo de los meses desde la edad actual de su hija hasta que cumpla los 24 años y con el importe total de esa cantidad proceder al reconocimiento de deuda con la posterior liquidación de los bienes gananciales. Se trata con esta demanda de modificar la estipulación cuarta del Convenio de 10 de julio de 2008 aprobado por la sentencia de 16 de septiembre del mismo año, en cuya estipulación cuarta se establece una pensión alimenticia de 200 euros mensuales actualizables con cargo al antedicho y a favor de la hija Joaquina. Hay que partir de que la demandada y la hija residen en el que constituyó domicilio conyugal sito en Mainz (Alemania).

La parte apelante esgrime en apoyo de su pretensión revocatoria los arts. 61, 769 y 775 de la LEC, pero la solución viene dada por el artículo 8 del Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo que establece que los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro serán competentes en materia de responsabilidad parental respecto de un menor que resida habitualmente en dicho Estado miembro en el momento en que se presenta el asunto ante el órgano jurisdiccional. La hija del matrimonio, Joaquina, en el momento de interponerse la demanda que ha dado lugar a la resolución que nos ocupa residía habitualmente en Mainz (Alemania), tal como se desprende de la estipulación

segunda del Convenio citado en relación con el domicilio de la demandada designado al principio de la demanda, por lo que de conformidad con el artículo mencionado la competencia para conocer de la demanda la tiene el órgano jurisdiccional que corresponda a Mainz (Alemania). También se llega a la misma conclusión si aplicamos los criterios contenidos en los apartados a) y b) del artículo 3 del Reglamento n.º 4/2009 del Consejo de 18 de diciembre de 2008 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos, cuya aplicación se iniciará, en general, a partir de 18 de junio de 2011 (artículo 76). Efectivamente el artículo 3 en su apartado a) establece que serán competentes para resolver en materia de obligaciones de alimentos en los Estados miembros el órgano jurisdiccional del lugar donde el demandado tenga su residencia habitual y el apartado b) atribuye la competencia al órgano jurisdiccional del lugar donde el acreedor tenga su residencia habitual.

Nota. 1. El Auto, objeto del presente comentario, es una muestra de las dificultades que se plantean en la práctica judicial en relación con la aplicación de los diferentes instrumentos comunitarios en cuestiones relativas al matrimonio y a la responsabilidad parental. En el presente caso el recurso de apelación que interpone el Sr. Anton es contra el Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 80 de Madrid, del 29 de julio de 2009, que no admite la demanda presentada por el apelante por considerar que los órganos competentes para pronunciarse sobre el fondo del asunto no son los españoles, sino los del lugar en el que el demandado o el acreedor tenga su residencia habitual. El apelante pide que se declare competente del Juzgado de Primera Instancia para conocer de la demanda de modificación de la obligación de alimentos que éste tiene hacia su hija, Joaquina, que reside con su madre y demandada en este caso, en Mainz, Alemania. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación y confirma el Auto del Juzgado de Prima Instancia. Lo curioso, sin embargo, son los argumentos jurídicos utilizados para justificar la decisión. El Tribunal basa su decisión, por un lado, en el art. 8 del Reglamento 2201/2003 y por otro, en el art. 3 del Reglamento 4/2009. No obstante, en el presente caso no cabe aplicar ninguna de estas dos normas.

2. En primer lugar, no procede la aplicación del Reglamento 2201/2003. Dicho instrumento regula la competencia judicial internacional en materia matrimonial y responsabilidad parental. En el art. 1 el legislador comunitario determina el ámbito de aplicación material del Reglamento, al establecer que éste se aplica a las cuestiones relativas al divorcio, la separación judicial y la nulidad matrimonial; a la atribución, el ejercicio, la delegación, la restricción o la finalización de la responsabilidad parental. Las cuestiones relativas a la responsabilidad parental se resuelven por los tribunales determinados por la Sección 2.ª La regla general, prevista en el art. 8, y que aplica la Audiencia Provincial, establece que en dicha materia son competentes los tribunales del Estado miembro de residencia habitual del menor. El litigio, sin embargo, versa sobre obligaciones de alimentos. Para saber si es de aplicación en este supuesto el art. 8 R 2201/2003 es imprescindible acudir al punto 2 del art. 1 R 2201/2003. La norma especifica qué se entiende por responsabilidad parental y determina que incluye las cuestiones ralacionadas con el derecho de custodia y el derecho de visita; con la tutela, la curatela y otras instituciones análogas; con la designación y las funciones de toda persona u organismo encargado de ocuparse de la persona o de los bienes del menor, de representarlo o de prestarle asistencia; con el acogimiento del menor en una familia o en un establecimiento y con las medidas de protección del menor ligadas a la administración, conservación o disposición de sus bienes. Sin embargo, el punto 3 del art. 1 en su letra *e)* de manera expresa establece que el Reglamento *no* se aplica a

las obligaciones de alimentos, que es precisamente el objeto de este litigio. Por tanto, la competencia judicial internacional de los tribunales españoles no se puede determinar sobre la base del Reglamento 2201/2003.

3. En segundo lugar, tampoco procede aplicar el Reglamento 4/2009 a pesar de que regula los temas de competencia judicial internacional, ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos. El objeto del presente asunto entra en el ámbito de aplicación material de este instrumento comunitario, de acuerdo con el art. 1. El problema que surge, sin embargo, es que el Reglamento se aplica a partir del 18 de junio de 2011. Por tanto, en el momento de presentación de la demanda tal instrumento comunitario no ha entrado todavía en vigor y por esto no se puede aplicar.

4. En el presente caso para determinar si los tribunales españoles tienen competencia para conocer de la demanda procede aplicar el Reglamento 44/2001. En su art. 1.2.*a)* se establece que se excluyen de su ámbito de aplicación las cuestiones relativas al estado y la capacidad de las personas físicas, los regímenes matrimoniales y las sucesiones. Es decir, el Reglamento no regula las demandas de separación, nulidad o divorcio, ni tampoco la responsabilidad parental. El art. 5.2, sin embargo, determina la competencia judicial internacional a las reclamaciones de alimentos que pueden presentarse en el curso de una crisis matrimonial. En el presente caso el Reglamento se aplica puesto que se cumple el requisito previsto de la regla general del art. 2 y no se da ninguna de las excepciones de esta regla, es decir, el demandado, la madre de la acreedora de los alimentos, tiene su domicilio en un Estado miembro, Mainz, Alemania.

5. La noción de alimentos es un concepto propio del Reglamento. En su jurisprudencia el TJUE hace una interpretación amplia del concepto e incluye en esta categoría las cuestiones relativas a las pensiones compensatorias a favor de uno de los cónyuges, así como los referentes a los hijos (ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., *Crisis matrimoniales internacionales y prestaciones alimenticias entre cónyuges,* 1996, pp. 41-64; ARENAS GARCÍA, R., *Crisis matrimoniales internacionales: nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo Derecho internacional privado,* 2004, pp. 110-113). El objeto de la demanda que interpone el señor Antón es precisamente la reducción de las obligaciones de alimentos que debe a su hija, Joaquina. Consecuentemente, el art. 5.2 se aplica en el presente supuesto para determinar si son o no competentes los tribunales españoles.

6. Los órganos judiciales españoles pueden conocer de la demanda por tres vías diferentes. En primer lugar, de acuerdo con la regla general del art. 2, cuando el demandado está domiciliado en España. La parte demandada es la madre de Joaquina y tiene su domicilio en Mainz, Alemania. Por tanto, por este foro los tribunales españoles no son competentes. En segundo lugar, podrán conocer de la demanda si se da alguno de los supuestos, previstos en el art. 5.2. Por un lado, la norma establece que son competentes en materia de alimentos los tribunales del Estado miembro en el que el acreedor tiene su domicilio o residencia habitual. El acreedor es la hija del demandante, Joaquina, que tiene su residencia habitual en Mainz, Alemania. Así que, por esta vía los órganos judiciales españoles tampoco son competentes. La última posibilidad es que el criterio específico del art. 5.2 remite al Derecho español, es decir, que la cuestión de los alimentos se presente junto con la demanda inicial a una acción relativa al estado de la persona, que tampoco se dan en este caso. Por tanto, de acuerdo con los criterios previstos en el art. 5.2 R 44/2001 los tribunales españoles no pueden conocer de la demanda.

7. La última posibilidad es que las partes se sometan de manera expresa o tácita a la jurisdicción española. El Auto no contiene dato alguno que indique la presencia de una sumisión expresa o tácita de las partes. En definitiva, en el asunto objeto de la presente nota, los órganos judiciales españoles no son competentes para conocer de la demanda sobre la obligación de alimentos que el señor Antón tiene hacia su hija, de acuerdo con las normas del R 44/2001, arts. 2 y 5.2, y no conforme a las disposiciones del R 2201/2003 o del R 4/2009, que aquí no procede aplicar.

Vèsela ANDREEVA ANDREEVA

3.2. Reconocimiento de resoluciones extranjeras

2010-10-Pr

RESOLUCIONES RECURRIBLES EN CASACIÓN.—Reconocimiento de resolución judicial inglesa homologando un acuerdo transaccional garantizado con acciones que la obligada al pago posee en dos sociedades domiciliadas en España.—Acceso a casación y Reglamento 44/2001.

Preceptos aplicados: arts. 22.5, 36, 41, 43, 44, 45.2 Reglamento 44/2001 sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil; arts. 155, 477.2, 635.2 Ley de Enjuiciamiento Civil.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), núm. 831/2009, de 18 de diciembre. Ponente: Excmo. Sr. Francisco Marín Castán.

F: *Westlaw Internacional,* RJ\2010\294.

Tampoco este óbice de admisibilidad puede ser acogido, porque en el régimen del Reglamento 44/2001 el recurso ante la Audiencia Provincial no es una segunda instancia ni tampoco, en puridad, un recurso de apelación contra resolución del juez que dirima una controversia sustantiva o procesal entre las partes, sino el medio por el que en España (Anexo III del Reglamento) las partes pueden impugnar la resolución que dicte el Juez de Primera Instancia (art. 43, apdos. 1 y 2), de suerte que, impedida la parte ejecutada de «formular observaciones» ante el Juez (art. 41), su recurso ante la Audiencia es en realidad el medio que tiene para oponerse por vez primera al despacho de ejecución cuando la decisión del Juez hubiera sido favorable al solicitante y por tanto se hubiera otorgado la ejecución. De lo anterior, a su vez, se derivan otras peculiaridades para el recurso de casación en estos casos, pues de un lado no cabrá reprochar al recurrente el pretender una tercera instancia, al no haber existido en puridad primera ni segunda, y, de otro, no podrá ser inadmitido el recurso por plantear cuestiones procesales propias del recurso extraordinario por infracción procesal, ya que precisamente el recurso de casación es el medio específicamente previsto en el Anexo IV del Reglamento 44/2001, instrumento normativo de fecha posterior a la LEC de 2000 que separó la infracción procesal del recurso de casación, para cumplir el art. 44 del propio Reglamento que prevé recurso contra la resolución que decidiere sobre el recurso del art. 43, es decir sobre la oposición ante la Audiencia al despacho de ejecución acordado por el Juez. Y como quiera que la materia del Reglamento de que se trata es precisamente la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, prohibiendo sus

artículos 36 y 45.2 cualquier revisión de la resolución extranjera o del Estado miembro de origen en cuanto al fondo, claro está que las infracciones denunciables mediante este recurso de casación habrán de tener una naturaleza predominantemente procesal. De ahí que esta Sala, en autos de 23 de noviembre de 2004, 21 de enero de 2003 y 12 de marzo de 2002, haya señalado que la vía del ordinal 3.º del art. 477.2 LEC de 2000 es la adecuada para plantear en casación la infracción del Reglamento 44/2001 y del Convenio de Bruselas de 1968, mediante un recurso de casación con un objeto y un contenido concretos que viene impuesto por la primacía y aplicabilidad directa del Derecho comunitario, por más que la regulación interna del recurso de casación sí se tenga en cuenta para impedir el planteamiento de cuestiones de hecho.

Nota. 1. La historia de la casación en el exequátur tras su remodelación por la Ley de Enjuiciamiento Civil y, en particular, la controvertida interpretación que hace el Tribunal Supremo del acceso a casación, ya han sido glosadas en esta revista (*REDI* 2004-30-Pr), denunciando que, de mantenerse la interpretación reseñada, quedaría vacía de contenido la habilitación prevista en los arts. 44 Reglamento 44/2001 (en adelante, RB I), y 34 Reglamento 2201/2003. La Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2009, aquí analizada, rompe esta predicción y, sin embargo, no logra que consigamos vanagloriarnos del fin de la problemática denunciada; el TS omite por qué se aparta de su anterior doctrina, de manera que no se adquiere la certeza de que esta decisión vaya a ser la primera de un nuevo tratamiento del acceso a casación en sede de exequátur. Además, esta decisión nos pone en la tesitura de lamentar que el caso subyacente haya llegado a casación. El solicitante persigue la ejecución de una *order* inglesa homologando un acuerdo transaccional, por la cual la parte frente a la que se solicita el exequátur se comprometía a pagar una cantidad pecuniaria antes de una determinada fecha, garantizando su pago con acciones de dos compañías españolas. La lectura de la decisión comentada revela que existe confusión entre declaración de ejecutividad y ejecución (2), sorprendiendo el motivo que da paso al cambio en la doctrina en el acceso a casación (3).

2. El impago de la obligada es, obviamente, el inicio del *iter* procesal que finaliza ante el TS, cuando el interesado intenta cobrarse con las acciones que garantizan su cobro, a través de su venta en España. Obligación de pago y garantía nacen de una transacción entre las partes que es homologada judicialmente por un tribunal de un Estado miembro, por lo que, a diferencia de lo que sucedería si fuera aplicable el Derecho autónomo, ha de conseguirse declaración de ejecutabilidad antes de pasar al proceso de ejecución propiamente dicho (arts. 517.2.3 y 538 y ss. LEC). Como se trata de una transacción homologada judicialmente sobre una obligación en materia civil y mercantil, el art. 57 RB I limita los motivos de denegación del reconocimiento a la apreciación de contradicción manifiesta con el orden público del Estado requerido, amén de reunir las condiciones necesarias de autenticidad (art. 58). Siguiendo el cauce procedimental allí establecido, la solicitud es presentada ante los Juzgados de Primera Instancia de Madrid, requiriendo ejecución provisional, que le es concedida. El desconcierto comienza en la fase contradictoria ante la Audiencia Provincial, cuando la demandada en exequátur comparece oponiéndose sobre la base de los arts. 36 y 45.2 RB I, ya que, según su defensa, los tribunales españoles habrían revisado el fondo de la decisión inglesa al atribuirse competencia para conocer de su ejecución; ésta sólo compete a los tribunales ingleses, de acuerdo con la cláusula 5 del acuerdo transaccional homologado judicialmente, que dice lo siguiente: «Este acta estará sujeta a la ley inglesa y las partes de la misma se someten irrevocablemente a la jurisdicción de los tribunales de Inglaterra respecto a todas las controversias que surjan de o en relación con este acta».

Sobra destacar el alejamiento entre lo alegado por la demandada en exequátur y lo dispuesto en el art. 57 RB I, lo que, sorprendentemente, no obsta a que el TS admita casación. Más allá de su admisión a trámite, llama la atención que lo que se somete a conocimiento del TS es la competencia de los tribunales españoles para la ejecución, primero, porque el RB I sólo puede ocuparse de la competencia para emitir declaración de ejecutividad (véase OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., «El reconocimiento en el Sistema Bruselas I: del Convenio de Bruselas de 1968 al Reglamento 44/2001», *REDI*, 2003-2, pp. 717-744), segundo, porque tal cuestión no cabe ser opuesta tampoco en el proceso de ejecución propiamente dicho (arts. 556 a 559 LEC), al margen de que en exequátur no cabe ni interpretar el significado y alcance de la citada cláusula 5 del acta transaccional objeto de reconocimiento, ni si es posible pactar sobre el art. 22.5 RB I (lo que es objeto del segundo motivo en casación, para señalar lo mismo, la competencia pactada entre la partes para la ejecución del acuerdo en Inglaterra). En parecidos términos se expresa el TS, pero ello no obsta a la crítica, puesto que lo aquí discutido se opone a la restricción que en el objeto del procedimiento introduce el legislador comunitario, dinamitando así un objetivo esencial, conseguir simplificar el reconocimiento de títulos provenientes de otro Estado miembro para favorecer su libre circulación.

3. Se produce, así, la paradoja arriba señalada y es que no cabe alegrarse de que el caso haya llegado a casación. Sin embargo, en este punto el planteamiento del TS es el correcto, ya que prescinde de sus criticados «Criterios sobre recurribilidad, admisión y régimen transitorio en relación con los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, regulados en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», adoptados por los Magistrados de la Sala Primera del Tribunal Supremo en Junta General de 12 de diciembre de 2000 (véase CARBALLO PIÑEIRO, L., «El sistema de recursos en el procedimiento de reconocimiento de decisiones extranjeras: apuntes a propósito de la reciente doctrina del Tribunal Supremo», *AEDIPr*, t. 5, 2005, pp. 373-390), rompiendo dos pautas. En primer lugar, ignora la distinción entre recurso extraordinario por infracción procesal y casación, que obliga a calificar la oposición a la decisión como procesal o de fondo. Esta división en el recurso extraordinario no ha sido comunicada a la Comisión, por lo que el Anexo IV RB I sólo menciona casación, de modo que defectos procesales en la tramitación del exequátur no tendrían acceso al recurso previsto en el art. 44 RB I. Permítaseme señalar que entre ellos no está la discusión sobre la competencia de los tribunales españoles para ejecutar, sino la interpretación de conceptos como «documentos equivalentes» (art. 55.1 RB I), o si la parte en este procedimiento ha sido correctamente notificada. Pero sí cabe subrayar que aquí el TS subsana la omisión del Estado español, al extender la casación a los motivos procesales (véase FJ 2.º), aunque con técnica evidentemente criticable porque ignora la existencia del otro recurso extraordinario.

En segundo lugar, el TS se aparta de los susodichos «Criterios» en su interpretación de «interés casacional»: no cuestiona que, como los «Criterios» sostienen, éste sea el único motivo de acceso a casación en exequátur (art. 477.2.3 LEC), pero sí su interpretación del art. 477.3 LEC, donde se define el concepto para indicar que concurre también cuando la norma tiene una vigencia inferior a cinco años, que los citados «Criterios» precisan: «siempre que, en este último caso, no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido», lo que veta esta consideración al RB I, dada la existencia del Convenio de Bruselas de 1968; veto que el TS ignora en este caso.

De confirmarse el cambio de doctrina jurisprudencial se abre de nuevo la puerta a un recurso cerrada por la interpretación formalista que aplicaba el TS del acceso a

casación. Sin embargo, existen razones para el temor: en ningún momento se hace referencia alguna a que, efectivamente, se está cambiando de doctrina jurisprudencial, una doctrina, por desgracia, avalada por el Tribunal Constitucional (por ejemplo, STC núm. 108, de 2 de junio de 2003).

Laura CARBALLO PIÑEIRO

2010-11-Pr

SENTENCIA DE DIVORCIO EXTRANJERA.—Modificación de medidas acordadas en sentencia dictada en el extranjero.—No necesidad de reconocimiento previo de dicha sentencia en España.

Preceptos aplicados: art. 24 CE, art. 43 LEC, art. 954 LEC.

Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22.ª), de 10 de febrero de 2010. Ponente: Carmen Neira Vázquez.

F.: *Aranzadi Westlaw,* JUR\2010\134603.

Segundo. [...] En tal resolución es claro que se determina de un lado la competencia de los tribunales españoles —en el caso examinado y con las condiciones que se indican— para conocer de la modificación de las medidas adoptadas en previa resolución dictada por Tribunal extranjero por exigencia escrupulosa del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, y de otro, tal criterio decisorio no se condiciona a requisito previo alguno concerniente a la materia del reconocimiento de la sentencia en cuestión en cuanto es evidente que no se trata del régimen general de su ejecución, aspectos éstos objeto de regulación en el art. 954 y concordantes de la LEC, sino precisamente de la modificación de la sentencia extranjera.

Siendo ello así, es además, realmente relevante en el caso que nos ocupa, el dato de la residencia de los ahora litigantes en el territorio español, la permanencia en el mismo de los hijos comunes de éstos, dos niñas menores de edad, ambas de nacionalidad española cuya pensión de alimentos se trata de adecuar a la situación actual de sus progenitores; por consiguiente la adopción de medidas paterno filiales en defensa de la protección de los comunes descendientes en aplicación del principio general del favor «minoris» determina el acogimiento de este motivo de apelación [...].

Nota. 1. *Hechos, argumentos esgrimidos y cuestión controvertida*. Con fecha 6 de marzo de 2009, el Juzgado de 1.ª Instancia de Madrid dictó un Auto en el que se acordaba la suspensión del proceso hasta tanto no se aportase el exequátur de la sentencia de divorcio dictada por el Juzgado de Distrito de La Vega (República Dominicana). En él se solicitaba la modificación de la pensión de alimentos acordada en la misma. La Audiencia Provincial de Madrid revocó dicha resolución y ordenó la continuación del procedimiento instado, dado que, a su juicio, no era necesario obtener el reconocimiento de la sentencia. No obstante, ésta es una cuestión que no es unánime ni en la doctrina (sobre su necesidad, MICHINEL ÁLVAREZ, M. A., «La sentencia extranjera ante el cambio de circunstancias (con especial referencia a la condena periódica de alimentos», *REDI*, vol. LIV, 2002-2, p. 653; en contra, VIRGÓS SORIANO, M., y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho procesal civil internacional*, Madrid, Thomson/Civitas, 2007,

p. 570), ni en la jurisprudencia (SAP Logroño de 7 de octubre de 2004). La Audiencia Provincial se basa en dos argumentos. El primero, en la doctrina constitucional sentada en la STC (Sala 1.ª) de 13 de marzo de 2000 (CARBALLO PIÑERO, L., «Competencia judicial internacional y modificación de prestaciones de ejecución continuada: más allá de la STC 61/2000», *AEDIPr*, t. I, 2001, pp. 463-482). Para la AP, no puede exigirse el reconocimiento de una sentencia judicial extranjera cuando no se pretende su ejecución, sino simplemente su modificación. La idea que subyace en su razonamiento es que exigir un proceso de reconocimiento y, en concreto, como ocurría en este caso, el exequátur de la sentencia, dado que el régimen común era el régimen legal aplicable al mismo, puede llegar a atentar contra la tutela judicial efectiva. El segundo argumento que esgrimía es que dicha exigencia podía ser contraria al *favor minoris*, dado que de lo que se trataba era de revisar la pensión de alimentos de dos menores residentes en España, pudiendo generar situaciones de desprotección no tolerables. A partir de aquí, las cuestiones jurídicas controvertidas que plantea el supuesto son básicamente dos: la primera, decidir si el reconocimiento de la sentencia extranjera cuya modificación se pretende es necesario y, en el caso de que la respuesta sea en sentido afirmativo, determinar si dicha exigencia supone una vulneración de la tutela judicial efectiva (art. 24 CE).

2. *Valoración de la decisión.* La valoración que merece el Auto de la AP de Madrid es negativa. En primer lugar, porque la solución que adopta es jurídicamente inaceptable. Toda sentencia extranjera debe ser reconocida en nuestro país para que surta efectos, aunque lo único que se pretenda sea la modificación de las medidas establecidas en ella e, incluso, cuando la parte no lo haya solicitado. La razón es bien sencilla. Si no existe la situación jurídica en España, no puede modificarse ningún efecto vinculado a la misma. En segundo lugar, nos parece del todo desacertada porque centra su argumentación jurídica en la STC dictada en el año 2000, cuando se trata de dos supuestos absolutamente distintos. En este último, los tribunales españoles se negaron a modificar las medidas establecidas en una sentencia norteamericana de divorcio en lo relativo al derecho de visita por falta de competencia judicial internacional. Sin embargo, en el caso presente el Juzgado de 1.ª Instancia no rechazó de forma automática la demanda, sino que suspendió el procedimiento hasta la obtención del exequátur de la sentencia extranjera. Además, el TC nunca llegó a pronunciarse sobre la cuestión de si el reconocimiento previo de la sentencia era o no necesario. Lo que sí está claro —y es lo que preocupa a la Audiencia—, es que dicha exigencia en estos casos puede vulnerar a la propia Constitución. A nadie puede exigírsele una diligencia irrazonable o cargas excesivas para poder ejercitar su derecho de defensa en juicio.

3. *Reflexión final.* Vista la necesidad de reconocer la resolución judicial extranjera, incluso aunque lo que se solicite sea la modificación de una medida concedida en dicha sentencia —y la parte no lo haya instado—, quedan por dilucidar tres cuestiones, a saber: *a)* si dicha exigencia vulnera la Constitución Española; *b)* qué ha de reconocerse?, y *c)* cómo ha de reconocerse? Por lo que se refiere a la primera cuestión, la respuesta debe ser en sentido negativo. La exigencia de reconocimiento en estos casos no vulnera en sí a la Constitución Española. Ahora bien, también es cierto que las normas de reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras son normas de rango legal sujetas a los límites establecidos por la Constitución Española. En particular, han de cumplir un límite de mínimos y de máximos (VIRGÓS SORIANO, M., y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho procesal..., op. cit.*, p. 544). Es cierto que un sistema de reconocimiento caduco y rígido puede llegar a generar situaciones de desprotección no tolerables que ciertamente atenten contra la tutela judicial efectiva

al suponer una carga excesiva para poder ejercitar el derecho de defensa en juicio. En los textos comunitarios no existe especial problema, dado que admiten el reconocimiento incidental. No sucede lo mismo en el ámbito autónomo. En este sentido, la doctrina se ha hecho eco de la necesidad de introducir un sistema de reconocimiento incidental de la resolución a modificar, que debería efectuar el juez ante el que se plantea la modificación (CARBALLO PIÑEIRO, L., «Competencia...», *loc. cit*., p. 470). Por lo que se refiere a la segunda cuestión, es evidente que es necesario reconocer tanto la resolución que se pretende modificar, como aquélla de la que deriva. Hay que recordar que la obligación, cuya modificación se reclama, surge de una relación jurídica que da lugar a dicha obligación. Si no se reconoce la sentencia, no tiene validez en España; no existe la relación jurídica que origina la obligación y, por tanto, no puede haber un efecto vinculado a la misma. A nuestro juicio, todo se reduce a un problema de congruencia. Piénsese, por una parte, en el supuesto de que fuera solicitada en España la modificación de una pensión compensatoria reconocida en una sentencia de divorcio extranjera, que no se exigiese el reconocimiento de la misma y que se procediera a su modificación. Y, por otra, que fuera solicitado en nuestro país el reconocimiento de la sentencia de divorcio, y que éste no se obtuviera. Puede reconocerse una obligación y modificarla sin traer causa en ninguna relación jurídica, cuando, de hecho, el propio CC. requiere para la concesión de alimentos que tenga causa en una relación previa de parentesco (¿?). Está claro que no. No obstante, son evidentes los efectos perversos de esta opción. Para evitarlos, se ha propuesto la posibilidad de «tomar en consideración» el fallo que establece dicha resolución. Así, el juez que conoce de la modificación podría tener en cuenta el efecto probatorio del divorcio que originó el proceso de alimentos (MICHINEL ÁLVAREZ, M., «La sentencia...», *loc. cit.*, p. 656). De hecho, es lo que parece hacer la Audiencia en el presente caso cuando afirma que «...probada la existencia de la sentencia y aquellas decisiones o medidas adoptadas en la misma...». Además, esta práctica es frecuente en la jurisprudencia española (ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., *Crisis matrimoniales internacionales y prestaciones alimenticias entre cónyuges*, Madrid, Civitas, 1996, pp. 230-231). Sin embargo, esa «toma en consideración», que parece resolver tales problemas, sólo permitiría utilizar la sentencia como documento probatorio de su existencia, su fecha, su autenticidad y los hechos a los que se refiere. El resto carecería de valor. No obstante, también es cierto que, en estos casos, resulta excesivo exigir un proceso formal de reconocimiento. La solución a este problema pasa por responder a la tercera y última cuestión, ¿cómo ha de reconocerse la sentencia? En la medida en que es necesario el reconocimiento de ambos pronunciamientos (divorcio más alimentos), lo cual puede implicar no sólo el fraccionamiento del régimen de reconocimiento aplicable, sino que una parte de la resolución sea reconocida y la otra no, se impone la posibilidad de que, en los supuestos que no mantengan contactos considerables con nuestro país, el efecto constitutivo/cosa juzgada de una sentencia de estado civil, incluidas las de divorcio en las que, además, se concedan otras medidas (alimentos, custodia, etc.), pueda obtenerse a través de un reconocimiento incidental, incluso material, a la manera en que se reconocen las sentencias que determinan un cambio en el estado civil con efectos en la capacidad del sujeto para realizar determinados actos de estado civil (*ex* art. 84.1 RRC); reconocimiento siempre provisional y, aparentemente, sometido a una única condición sustancial: respeto de orden público, amén de los requisitos formales necesarios (autenticidad y traducción). No obstante, sabemos las dificultades de defender *de lege lata* esta postura. Por ello, deben ser bien recibidos los pronunciamientos como éste que, aunque *de iure* no sean correctos, abogamos porque se repitan y el legislador estatal tome nota y nos sorprenda con una iniciativa

que facilite un procedimiento ágil, sin necesidad de excesivos costes (personales y temporales).

Nuria MARCHAL ESCALONA*

4. PRÁCTICA ESPAÑOLA: DERECHO CIVIL INTERNACIONAL

4.1. Filiación natural

2010-12-Pr

FILIACIÓN NATURAL.—Impugnación de reconocimiento de paternidad.—Competencia judicial internacional de los Tribunales españoles.—Ley aplicable.—Desconocimiento de la nacionalidad del hijo.—Alegación y prueba del Derecho extranjero.—Aplicación de la ley española.

Preceptos aplicados: art. 22 LOPJ; arts. 36, 38 y 281 LEC; arts. 9.1, 9.4, y 141 CC.

Sentencia AP Islas Baleares (Palma de Mallorca) de 18 de diciembre de 2009. Ponente: María Pilar Fernández Alonso.

F.: *Aranzadi Westlaw,* JUR 2010\92979.

La sentencia dictada en primera instancia estimó la demanda en ejercicio de acción de impugnación de filiación no matrimonial presentada por Don Hilario y contra ella se alza en apelación la Sra. María Ángeles, interesando: [...].

— Las actuaciones a efectuar principiarán por un escrito de la actora de adaptación de su demanda al derecho suizo con alegación de la causa o causas de impugnación de la filiación no matrimonial de Rafael según dicho derecho extranjero, en el plazo que al efecto le conceda el Juzgado «ad quo» y del que se dará traslado a la demandada para su contestación específica en el plazo legal.

— Se celebrará otra audiencia limitada al solo objeto de que las partes puedan proponer las pruebas sobre la acreditación de la existencia, vigencia e interpretación del derecho suizo que regula la impugnación de la filiación no matrimonial, que no hayan aportado con sus escritos de adaptación de la demanda y contestación, sin que puedan proponer otras pruebas distintas, salvo aquellas otras que, acaso, se derivan de las propias exigencias del derecho suizo.

— También se celebrará un juicio limitado a la práctica de las pruebas admitidas y para que las partes puedan efectuar sus conclusiones sobre el resultado de tales pruebas. Seguidamente, dentro del plazo legal, por el Juzgado se dictará nueva sentencia.

[...] Tercero. En la actualidad el art. 36 de la LEC determina la extensión y límites de la jurisdicción de los Tribunales españoles de acuerdo con lo dispuesto en la LOPJ, así como por los tratados y convenios internacionales en los que España es parte [...].

En el caso que nos ocupa, no existe tratado internacional o convenio entre España y Suiza en materia de filiación y relaciones paterno-filiales.

* La presente nota se realiza en el marco del Proyecto de Excelencia de la Junta de Andalucía (P09-SEJ-4738): «Análisis transversal de la integración de mujeres y menores extranjeros nacionales de terceros Estados en la sociedad andaluza: problemas en el ámbito familiar».

El menor al que se refiere el procedimiento, está inscrito, además de en Suiza, en el Registro Civil de Ibiza y reside en dicha localidad, donde también lo hacen la demandada y el actor.

Consideramos pues, que la jurisdicción competente para el enjuiciamiento de la acción entablada es la española (art. 22.2 y 3 LOPJ), por lo que se confirma la desestimación de la declinatoria de jurisdicción alegada por las razones expuestas.

[...] Cuarto. Sentada jurisdicción española es competente, hemos de precisar que igualmente debe aplicarse la ley española para resolver el litigio. Ello en aplicación de los arts. 9.1 y 9.4 CC.

La madre apelante nació en Argentina y tiene nacionalidad italiana. El actor tiene nacionalidad suiza y el menor, como decimos, nació en España, está inscrito en el Registro Civil de Ibiza, donde reside desde su nacimiento en compañía de los hoy litigantes.

También, según resulta de la prueba practicada en esta alzada, está inscrito en el Registro Civil de Ibiza y no debemos olvidar que el actor está impugnando la paternidad.

Por todo ello, al desconocerse a ciencia cierta la nacionalidad del niño se aplica la ley de residencia habitual del hijo (art. 9.4 CC), esto es, la Ley Española.

En cualquier caso, aun cuando se entendiera, cosa que no se hace, que el derecho aplicable fuera el suizo, lo cierto es que no se cumplen los requisitos del artículo 281 LEC, desconociendo si los artículos del Derecho suizo que se aportan en esta segunda instancia están o no vigentes y cuál sea la interpretación que de los mismos realizan los Tribunales de dicho país, por lo que se ha de juzgar y fallar según Derecho patrio.

La jurisprudencia es prácticamente unánime en considerar que «...la aplicación del Derecho extranjero es una cuestión de hecho, y como tal ha de ser alegada y probada por la parte que lo invoca, siendo necesario acreditar la exacta entidad del derecho vigente, y también su alcance y autorizada interpretación, de suerte que su aplicación no suscite la menor duda razonable a los tribunales españoles, y todo ello mediante la documentación fehaciente; constituyendo práctica reiterada, la que determina que, cuando a los tribunales españoles no les es posible fundamentar con seguridad absoluta la aplicación del Derecho extranjero, habrán de juzgar y fallar según el Derecho patrio».

Nota. 1. Aunque la calificación de la sentencia que comentamos es prometedora en cuanto a la cantidad e interés de los temas tratados, como en tantas otras ocasiones el litigio termina nacionalizándose, sin que, aparentemente, el resultado sea nocivo desde el punto de vista sustancial, por más que no puedan aceptarse (o simplemente entenderse) algunas de las afirmaciones del fallo. El supuesto de hecho es atractivo: el demandante, de nacionalidad suiza, impugna la paternidad efectuada sobre el hijo de su ex pareja, de nacionalidad argentina, al percatarse de que no era efectivamente su hijo, después de haber realizado unas pruebas de paternidad (que a la postre fueron ratificadas por la pericial biológica realizada en el juicio). El juzgador de instancia estima la demanda en aplicación de la ley española y contra esta sentencia se alza la demandada (ex conviviente y madre) con una batería de argumentos que tocan la competencia judicial internacional de nuestros tribunales, la aplicación del Derecho extranjero (suizo, a su entender) y la caducidad de la acción del impugnante, tanto en aplicación del Derecho suizo, cuanto, en su caso, en aplicación del Derecho español. La Audiencia responde secuencialmente a cada una de las cuestiones.

2. La competencia judicial internacional había sido objeto de impugnación en primera instancia a través de la articulación de una declinatoria de jurisdicción, aparentemente extemporánea. Así lo determina la Audiencia que, no obstante, entra en el fondo de la propia existencia de competencia judicial internacional, con un detenido

(y en algunos puntos confuso) análisis, donde tras pasar revista a la práctica totalidad de los foros de competencia judicial internacional previstos por el art. 22 LOPJ (sin detenerse especialmente en el correspondiente a filiación y relaciones paterno-filiales) afirma la competencia de los tribunales españoles en virtud de lo dispuesto en el art. 22.2 y 3 LOPJ. No había mucha duda al respecto, si tenemos en cuenta que el hijo tenía su residencia en España desde su nacimiento. Actor y demandada también tenían su residencia en España. No cabe objeción alguna. Si acaso, la imprecisión de la referencia a los fueros en materia de protección de menores, matrimoniales, de alimentos, filiación propiamente dicha y medidas provisionales y cautelares. La calificación pudo y debió ser más fina, si bien no afectó a la propiedad del resultado.

3. La impugnación sobre la base de la inaplicación del Derecho suizo, competente en opinión de la recurrente para dilucidar la acción, es también desestimada. En este caso, sin embargo, más dudas planean sobre la fundamentación del fallo. Lo que a nuestro juicio resulta *ratio decidendi* no es de recibo: la Audiencia comienza afirmando la aplicación de la ley española en función de lo dispuesto en los arts. 9.1 y 4 CC. Pasando por alto la remisión al art. 9.1 CC [que recuerda la vieja y a mi juicio finiquitada polémica sobre la delimitación entre ambos párrafos en orden a determinar si el segundo se refiere sólo a las relaciones paterno-filiales una vez determinada la filiación conforme al primero: más en ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., *Comentarios al Código civil y compilaciones folares*, M. ALBALADEJO (dir.), t. I, vol. 2, Madrid, 1995], lo cierto es que la competencia de la ley española la basa la Audiencia en una serie de datos ajenos al campo regulativo del pertinente art. 9.4 CC. El razonamiento incluye que el hijo nació en España, está inscrito en el Registro civil de Ibiza «y no debemos olvidar que el actor está impugnando la paternidad [...] Por todo ello, al desconocerse a ciencia cierta la nacionalidad del niño, se aplica la ley de residencia habitual del hijo (art. 9.4 CC)». Como es bien sabido, ni el lugar de nacimiento, ni el lugar de su registro tienen nada que ver con la regla del mencionado art. 9.4 CC. Y en cuanto a la residencia habitual del hijo que sí aparece en dicho precepto, hay que recordar su historia legislativa para saber que no es la interpretación retenida por la Audiencia la fetén, puesto que para ese viaje ya existía el art. 9.10 CC.

En todo caso, no creo que quepa ser severo con el juzgador en su interpretación del art. 9.4 CC, cuando la confusión la provocó la chapuza del legislador. Lo que sí sospecho es que fue una puerta abierta a la aplicación de la ley española que hizo que no se tuviera en cuenta una nacionalidad extranjera que el hijo con gran probabilidad ostentaba. De ser exclusivamente hijo de madre argentina, podría defenderse su nacionalidad española en virtud de su atribución *iure soli*, dado que la legislación argentina no le habría atribuido dicha nacionalidad (p. ej., Res. DGRN 1.ª, de 3 de junio de 2002, tras superar algunas reticencias en torno a la posibilidad de opción otorgada a los progenitores argentinos). No obstante, el art. 1.2 de la Ley federal sobre la adquisición y la pérdida de la nacionalidad suiza de 1952 establece que «*L'enfant étranger mineur dont le père est suisse mais n'est pas marié avec la mère acquiert la nationalité suisse par l'établissement du rapport de filiation avec le père, comme s'il l'avait acquise à la naissance*», según tenor dado al precepto por la Ley Federal de 3 de octubre de 2003. El hijo era, pues, suizo (me sitúo en la hipótesis más confortable de que el reconocimiento se efectuó en el momento del nacimiento). Bien es cierto que, tratándose de una acción de filiación, las peculiares relaciones estructurales entre filiación y nacionalidad suponen una espada de Damocles en la norma de conflicto, que incomoda: en el caso concreto el art. 8 de la Ley suiza sobre nacionalidad dispone que «*lorsque le lien de filiation entre l'enfant et le parent qui lui a transmis la nationalité suisse est annulé, l'enfant perd la nationalité suisse, à moins qu'il ne devienne apatride*».

La famosa «conexión anticipada» a la futura ley nacional del hijo, que a los tribunales suizos les hacía aplicar no la ley actual del hijo, sino la verosímil ley futura tras la reclamación de filiación, ha podido también planear sobre la decisión de la Audiencia: las pruebas decían con absoluta claridad que no había relación de filiación natural entre el demandante y el reconocido.

Demasiada molestia para la Audiencia que, además de la literalidad del art. 9.4 CC una vez sembrada la duda sobre la nacionalidad del hijo (recordemos, no obstante, que el mencionado precepto establece «si no pudiera determinarse ésta», y no «y si resultase dudosa») posee a su alcance la tradicional jurisprudencia del TS sobre aplicación del Derecho extranjero de la que echó mano en su Fundamento de Derecho Cuarto para liquidar el tema.

4. Como señalé al principio de esta nota, el atractivo del tema y su desinternacionalización para reconducirlo a la confortable sede del art. 141 CC no afectan a la pertinencia de la solución última. Aun en el caso de haberse aplicado el Derecho suizo reclamado por la recurrente (y nótese en el texto transcrito cómo pide ordenadamente que se reconstruya la litis a la luz de susodicho Derecho suizo) los hechos probados y su contraste con las pertinentes normas de la ley helvética habrían deparado de forma altamente verosímil una solución similar a la otorgada, dada la también similitud de la regulación en lo tocante a la impugnación del reconocimiento voluntario de paternidad (véanse los arts. 260a 2, 260b y 260c del Código Civil suizo).

Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ

4.2. Adopción internacional

2010-13-Pr

ADOPCIÓN INTERNACIONAL.—Adopción simple camboyana.—Reconocimiento.—Conversión.—Constitución de nueva adopción.—Interés del menor.—Normativa aplicable.

Preceptos aplicados: art. 30 de la Ley 54/2007, de adopción internacional.

Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 13 de enero de 2010. Ponente: Sra. Dña. M.ª D. Viñas Maestre.

F.: *Westlaw,* JUR\2010\114935.

[...] No ha habido intervención previa de las autoridades competentes en España en tanto no fue solicitada por los ahora instantes la correspondiente declaración de idoneidad y con posterioridad ha sido denegada, no la idoneidad propiamente dicha, sino la valoración de la familia adoptada [...] dicha valoración genérica, que ha sido denegada, ya no resultaría de utilidad, o perdería su finalidad esencial, pues la menor se encuentra ya viviendo con los padres adoptivos [...] se halla plenamente integrada en el seno de la familia adoptiva, con la que se ha vinculado de forma positiva y el mantenimiento de dicha convivencia e integración coincide con su interés.

Tampoco se ha adoptado entretanto ninguna medida de protección por la entidad pública competente en materia de protección de menores, encontrándose la menor en una

situación de desprotección jurídica total, en un limbo jurídico, perfectamente encuadrable dentro del concepto de desamparo [...].

[...] El interés del menor [...] exige dotar de protección jurídica a la menor permitiendo y garantizando la integración jurídica plena de la misma en el seno de la familia que la ha adoptado según la legislación interna de su país de origen [...] sin que conste la intervención de intermediarios ni pueda racionalmente presumirse la irregularidad de la adopción o que se haya llevado a efecto contrariando los intereses y necesidades de la menor o con infracción de sus derechos.

[...] la adopción constituida por las autoridades competentes en Camboya, aunque se trate de autoridades administrativas, debe ser considerada válida, en tanto no puede derivarse de toda la documentación aportada que la misma haya sido constituida en contra del interés del menor o con infracción de sus derechos, por lo que, asimilada a la institución de acogimiento preadoptivo, y resultado de aplicación para la constitución de la adopción la legislación catalana [...] puede constituirse su adopción.

Nota. 1. Dos cooperantes barceloneses en Camboya conocen durante su estancia en aquel país a una niña de un orfanato. Movidos por su situación, deciden adoptarla *in situ*, siguiendo los cauces previstos en la legislación camboyana pero sin preocuparse de comprobar lo que prevé la normativa española en materia de adopción internacional. Formalizada la adopción, vuelven a Barcelona y pretenden que se reconozca en España. El JPI Barcelona deniega en 2008 el reconocimiento alegando varios motivos como la falta de garantías suficientes para los menores de la adopción camboyana, la ausencia de intervención judicial y la insuficiente documentación aportada. En el momento de formalizarse la adopción, Camboya había ratificado el Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional pero aún no había entrado en vigor.

Los progenitores interponen recurso ante la AP Barcelona que resuelve en sentido contrario, al entender que la constante denegación a los padres de la declaración de idoneidad a posteriori no se justifica en el caso concreto y que no reconocer la adopción dejaría a la menor en una situación de desamparo, en contra del interés superior del menor. Por último, se argumenta, si hubiera resultado de aplicación la LAI (ya en vigor cuando el caso llega a la AP, pero no cuando se plantea ante el JPI), habría sido posible convertir la adopción simple en una plena según prevé dicho texto, por lo que no se ve motivo para no instar la constitución de la adopción de la menor.

2. El auto parece centrarse en una cuestión de carácter jurídico: si ésta era una adopción simple que debía ser convertida en plena en España. Pero a ella subyace otra que no se formula cual es la de qué efectos puede darse a una adopción constituida en el extranjero sin las debidas garantías que prevén las normas sobre adopción internacional. En todo caso, la respuesta que se da pretende resolver ambas: el interés del menor es la regla prioritaria y pasa porque se constituya el vínculo adoptivo si no se puede reconocer la adopción. Lo cual suscita dos dudas: ¿cómo se convierte una adopción extranjera en España? Y ¿en qué consiste el interés del menor en materia de adopción?

3. La conversión de una adopción extranjera recibió distintas respuestas en el marco del antiguo art. 9.5 CC, ya que se defendía que éste amparaba tanto la conversión en el país de origen como la constitución *ex novo* (véase Gómez Campelo, E. «Los perfiles de la CJI en la Ley 54/2007 de adopción internacional», *REEI,* vol. 18, 2009, p. 28). Las esperanzas depositadas en la nueva LAI, sin embargo, no se han visto cumplidas ya que, tal como ha sido interpretada por la doctrina, la LAI ofrecería una cuádruple posibilidad: conversión en Estado de origen, en España según legislación extranjera; conversión en adopción plena española o constitución *ex novo* de la adop-

ción (CALVO CARAVACA, A., y CARRASCOSA, J., «Modificación, revisión, nulidad y conversión de la adopción internacional y la Ley 54/2007, de 28 de diciembre», *BIMJ*, 2008, pp. 3857 y ss., p. 3874). Escasa simplificación con el agravante de que no queda claro por qué motivo podría acudirse a una u otra de estas soluciones. En este contexto normativo no es de extrañar que el AAP opte por la vía que proporciona más seguridad jurídica por su carácter definitivo, *i. e.* la constitución *ex novo* de la adopción. Tal vez esta solución sea la que acabe imponiéndose visto que el art. 30.4 LAI prevé que una adopción simple podrá reconocerse como «acogimiento», facilitando así la posterior adopción. Cabe preguntarse, con todo, cómo se conciliará esta interpretación con el art. 30.1 LAI según el cual una adopción simple extranjera produce en España efectos de adopción simple (véase GÓMEZ CAMPELO, E., *op. cit*., p. 33).

4. La valoración del interés superior del menor: en una adopción internacional concurren muchos intereses: los del menor, los de su(s) adoptante(s), y también los públicos y colectivos (BORRÁS, A., «El interés del menor como factor de progreso y unificación del DIPr», *RJCat.,* 1994, p. 926). Ahora bien, entre ellos, el del menor es el «superior» (como indica el CH 1993, véase Informe Parra Aranguren, §§ 49 y 475). En tanto cláusula general, no puede ser evaluado en abstracto sino en cada supuesto y con flexibilidad, si bien esto no implica arbitrariedad o ausencia de concreción jurídica. El interés del menor se valora sociológicamente pero también es un principio jurídico que se objetiva en las normas. Por ello, no es razonable que sólo las circunstancias del caso lo determinen. En este sentido, las propias normas sobre adopción permiten identificar algunos rasgos del interés del menor como que no se generen situaciones claudicantes (HERRANZ, M., *El interés del menor en los Convenios de La Haya de DIPr.*, Madrid, 2004, p. 165) para lo que se articulan medidas de control de dicha adopción, en su constitución y posterior reconocimiento. Así, una adopción constituida dentro del marco de cooperación internacional del CH 1993 presenta más garantías desde el punto de vista del interés del menor que aquellas que se realizan fuera de dicho esquema, puesto que la adecuación del proceso al interés del menor (y no a otras consideraciones, *v. gr.* económicas) no se pueden asegurar de igual modo.

Ahora bien, buena parte de las adopciones por adoptantes españoles tienen lugar en Estados donde no se ha ratificado el CH 1993. Y esto suscita el problema de cómo equilibrar dos intereses: el de un menor cuya adopción puede no haber sido todo lo regular que sería deseable para su interés y el de una comunidad que pretende garantizar el interés de los menores mediante la adopción de estándares internacionales que permitan alcanzar dicho fin. En otros términos, si no aceptara la adopción «dudosa» el menor quedaría en una situación de «limbo jurídico», con el consiguiente perjuicio para la vida diaria del adoptado. Recordemos cómo el TEDH en el asunto *Wagner c. Luxemburgo* (28 de junio de 2007) estableció que la negativa a reconocer una adopción peruana suponía rechazar los vínculos familiares que aquélla creaba, dejando a la menor sin una protección jurídica que dificultaba su completa integración (núm. 132). El TEDH hizo prevalecer el interés superior del menor indicando que, conforme al art. 8 CEDH, los tribunales no pueden prescindir de la existencia de un estatuto jurídico *válidamente* creado en el extranjero (núm. 133). Esta última consideración es muy relevante, ya que la validez de la adopción es la premisa que justifica el reconocimiento. En otros términos, el reconocimiento de la adopción no debe justificarse sólo por el interés superior del menor sino porque dicha adopción fue válidamente constituida en el Estado de origen. Esto nos lleva a la siguiente reflexión: dado que cada vez hay menos niños adoptables y las exigencias para su adopción son mayores, lo que incentiva a acudir a Estados más corruptos, ¿podemos admitir que prevalezca el interés del menor (*i. e.* el reconocimiento en todo caso) sobre la validez de la adopción?

5. El problema no tiene fácil solución, pues es cierto que una vez que el menor se encuentra en territorio español, la integración se produce con rapidez y resulta difícil sostener que lo conveniente es no reconocer una situación que, de hecho, ya ha consolidado vínculos afectivos y sociales. Por otra parte, desde el punto de vista del ordenamiento y no del concreto menor, una política generalizada de reconocimiento de adopciones dudosas supone retroceder en la protección de los menores. Camboya se vio obligada a ratificar el CH 1993 ante la presión internacional por la falta de claridad de sus procesos adoptivos, y aun hoy sigue siendo objeto de estrecho seguimiento por la Conferencia de La Haya. Es difícil evaluar con los datos del auto si realmente los adoptantes adoptaron movidos por la situación de la niña (tras un periodo como cooperantes suficientemente largo como para entenderlos integrados en el «ámbito jurídico» camboyano) o si, en realidad, la cooperación fue la excusa para acceder a la adopción. No se trata de ser formalistas, ni desconocer la situación real y los inconvenientes prácticos diarios de un menor que ha sido adoptado de forma irregular o no coincidente con los previstos en el ordenamiento español (adopción simple). Pero sí conviene plantearse dónde está el equilibrio entre el interés del menor en concreto y el respeto de la legalidad como expresión del interés del menor en general. No hacerlo correctamente puede suponer un importante retroceso en los avances alcanzados en materia de protección de menores ya que, si al final lo único relevante es cómo solventar la situación de «limbo jurídico» en que se halla el menor adoptado en España, estaremos abriendo la puerta de nuevo a todo lo que se quiso evitar: adopciones irregulares, tráfico de niños, etcétera.

Elena RODRÍGUEZ PINEAU

2010-14-Pr

ADOPCIÓN INTERNACIONAL.—Necesidad de intervención en el expediente del padre biológico no privado de la patria potestad.—Medios de notificación a un residente en el extranjero con paradero desconocido.

Preceptos aplicados: arts. 1831 LEC de 1881; 781 LEC; 9.1 y 9.4 CC; 117, 122 y 123 del *Codi de família* catalán.

Auto de la AP de Lleida (Sección 2.ª) de 11 de febrero de 2011. Ponente: Ilma. Sra. Ana Cristina Sainz Pereda.

F.: *Westlaw*, JUR\2010\156913.

Segundo: Las alegaciones de los recurrentes evidencian que se está prescindiendo del verdadero motivo por el que se deniega la solicitud de adopción, que no es otro que la falta de intervención en el expediente del padre biológico de los menores, sin que se haya hecho intento alguno para su localización. En efecto, lo que se plantea en la resolución recurrida no es tanto la pertinencia de la concesión o no de la adopción por razones de fondo sino la necesidad de cumplir debidamente los trámites formales, porque la constitución de la adopción, como negocio jurídico de derecho de familia, exige la intervención no solo de los sujetos entre los que se va ha [sic] constituir el vínculo adoptivo, sino también de otros sujetos interesados, como es en este caso el padre biológico de los menores. [...]

[E]n el presente caso no resulta determinante relevante [sic] la discusión que quiere plantearse en torno a la necesidad o no del asentimiento puesto que, en cualquier caso,

aunque se considerara que no es necesario tal asentimiento, lo que no puede soslayarse en ningún caso es el trámite de audiencia y, en definitiva, el derecho del padre biológico a intervenir en el expediente de adopción de sus hijos. Estamos ante trámites procesales obligatorios, y ello con independencia del resultado de los mismos, y de la vinculación o no para el Juez a efectos de constitución de la adopción. [...]

Tercero: No cabe compartir el criterio del recurrente cuando sostiene que no se está colocando al padre biológico en situación de indefensión. [...]

[A]unque se admitiera, como quieren los recurrentes, que no es preciso el asentimiento del padre biológico, la consecuencia no podría ser la de privarle de intervención sino que, cuando menos, sería preciso oírle en relación con la adopción de sus hijos menores de edad, [...] pues no hay que olvidar que el padre biológico no ha sido legalmente privado de la potestad, por lo que ha de reconocerse su interés legítimo en intervenir en el procedimiento de adopción. [...]

[L]a ignorancia sobre el paradero del padre biológico de los menores no puede dar lugar a constituir, sin más, la adopción, cuando resulta que no se ha hecho intento alguno para su búsqueda, con la consecuencia de que se le está generando una situación de indefensión. Ahora bien, lo que no resulta acertado es la apreciación relativa a la imposibilidad de hacer averiguaciones sobre el domicilio, porque reside en el extranjero, y lo mismo cabe decir en cuanto al desconocimiento de su paradero. En primer lugar, debe destacarse que consta en las actuaciones un domicilio del Sr. Adriano en Rumanía, que es el que con todo detalle figura en la sentencia de divorcio dictada por el Juzgado de Zalau, provincia de Salaj. Y también consta en la misma sentencia de divorcio la empresa para la que trabajaba al tiempo en que se dictó dicha resolución [...].

En segundo lugar, el hecho de que el padre biológico resida en el extranjero no impide que, partiendo de aquellos datos, puedan practicarse averiguaciones sobre su paradero actual, recabando si es necesario la intervención del Cuerpo de Policía Nacional o de los Mossos d'Esquadra [...].

Finalmente, también ha de tenerse en cuenta el Reglamento (CE) n.º 1393/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil [...].

Nota. 1. El actor en el presente supuesto pretendía adoptar a tres menores no emancipados, hijos de su esposa y del ex marido de ésta. Los menores, de nacionalidad rumana, residían en España con su madre biológica y con el adoptante; y dado que el padre biológico, también nacional rumano, había descuidado totalmente desde hacía tiempo la educación y el cuidado de sus hijos, se instó un procedimiento de adopción por parte del actual marido de la madre biológica. La Sentencia del JPI núm. 7 de Lleida denegó tal solicitud, decisión que fue confirmada por la AP en el Auto que comentamos. En ambas instancias, el fundamento por el que se deniega la constitución de la adopción radica en el hecho de que no se hizo intento real alguno por localizar al padre biológico para darle audiencia en el procedimiento de adopción —se procedió a un simple emplazamiento por edictos—, siendo tal audiencia un trámite procesal de obligado cumplimiento. El interés del presente Auto, desde una perspectiva internacional privatista, radica en consecuencia en la afirmación de la importancia, también en los supuestos internacionales, de intentar con suficiente diligencia notificar y dar audiencia al padre biológico no privado de la patria potestad, para evitar la indefensión de una parte interesada cuyo paradero, probablemente en el extranjero, es desconocido.

2. Como cuestión preliminar, cabe hacer una breve referencia a la cuestión de cuál es la normativa rectora de la adopción, y con ello, de la obligación de que el padre biológico dé su asentimiento a la adopción y, en su caso, de las circunstancias que permiten dispensar de la necesidad de obtener tal asentimiento. El Auto de la AP aplica la normativa sobre adopción del *Codi de família* (CF) catalán sin efectuar ningún tipo de consideración sobre la internacionalidad del caso, y por ende, sobre el modo de determinación de esta normativa como Derecho aplicable. Ignoramos si de esta cuestión se ocupó la sentencia de instancia; pero en cualquier caso, este silencio resulta algo sorprendente si tenemos en cuenta que la AP sí hace referencia a otras normas de conflicto, las de los arts. 9.1 y 4 CC, al afirmar que esta última norma remitiría a la ley personal de los hijos —el Derecho rumano— la cuestión de la privación de la patria potestad del progenitor biológico (puesto que de darse tal privación, ya no sería preceptivo su asentimiento a la adopción). Sea como fuere, aunque se guarde silencio sobre la vertiente conflictual de este caso, la aplicación del Derecho material español parece acertada, según podemos deducir de los datos que conocemos: y es que en efecto, la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional —presumiblemente aplicable al expediente de adopción, ya que entró en vigor el 30 de diciembre de 2007 y los autos de adopción seguidos ante el JPI llevan el núm. 608/2008—, establece en su art. 18.*a)* la aplicación de la ley material española a las adopciones constituidas por autoridad española cuando el adoptando resida habitualmente en España en el momento de su adopción, como sucede en este caso con los tres adoptandos.

Establecida la aplicabilidad de la «ley material española», queda abierta la cuestión de decidir cuál de las normativas sobre adopción españolas debe ser aplicada. Una vez más nada dice el Auto al respecto, aunque cabe deducir que se aplica el Derecho catalán por encontrarse presumiblemente en Cataluña el lugar de residencia habitual del adoptante y los adoptandos (criterio explícitamente utilizado, por ejemplo, en el Auto de la AP de Barcelona de 20 de octubre de 2008, con nota de Arenas García, R., *REDI,* 2009-1, pp. 217-220). Si bien se trata de una solución que parece lógica, sería en todo caso deseable contar con un fundamento más claro en el sistema español de Derecho interregional (como pone de relieve Arenas García, R., *loc. cit.*, p. 219, apdo. 3), máxime tratándose de una norma que nos remite a la *lex auctoritatis* en un sistema, como el nuestro, en el que conviven varios Derechos privados en el marco de un único sistema judicial, y en el que por tanto nos encontramos con una pluralidad de *leges auctoritatis*.

3. El peso de la argumentación de la AP, como hemos adelantado, recae en la cuestión de la prescindibilidad o no de la audiencia al progenitor biológico en un supuesto como el examinado. Debe partirse de la previsión del art. 122.1.*b)* CF, que exime de recabar el asentimiento del progenitor en caso de que esté privado de la patria potestad o incurso en causa de privación de la misma. El adoptante insistía en que el padre de los adoptandos estaba incurso en tal causa por el completo abandono de sus hijos desde hacía ya años, circunstancia explicitada por la sentencia de divorcio rumana. El Ministerio Fiscal añadía a este argumento el del interés de los menores en ser adoptados, en tales circunstancias, por el cónyuge de su madre biológica.

Sin embargo, la AP desestima este enfoque e insiste en la necesidad de evitar por todos los medios la indefensión del padre formalmente no privado de patria potestad, otorgándole la posibilidad de intervenir en el procedimiento; y es que el art. 123.*a)* CF dispone la obligatoriedad de que sean oídos en el expediente, por la autoridad judicial, aquellos cuyo asentimiento no sea obligatorio, como es el caso de los incursos en causa de privación de la patria potestad. El órgano *ad quem* destaca acertadamente que más allá de que el abandono familiar alegado prive de la necesidad de recabar

el asentimiento del padre biológico, el trámite de audiencia es insoslayable si quiere evitar situársele en indefensión. En este sentido, la AP hace referencia a varias sentencias del TC que subrayan la importancia del derecho de los interesados a ser oídos en el procedimiento, y por ende, la necesidad de procurar un emplazamiento personal, evitando en la medida de lo posible decidir sobre la concurrencia de una causa de privación de la patria potestad con base en una presunción. Desde este punto de vista, cuando el paradero de un progenitor sea desconocido, no basta con un mero emplazamiento edictal, sino que debe intentarse su búsqueda para que la adopción pueda válidamente constituirse. La AP destaca a este fin que *in casu* podía acudirse al domicilio o al lugar de empleo del padre biológico que constaban en la sentencia de divorcio, instarse unas averiguaciones policiales, y en su caso valerse del Reglamento de notificaciones.

4. En suma, la virtud del presente supuesto reside en la consagración del criterio de que incluso en las adopciones internacionales no cabe flexibilizar la necesidad de intentar por todos los medios dar al progenitor biológico la posibilidad de ser oído en relación a la adopción de sus hijos, con la única excepción de quienes se encuentren legalmente privados de la patria potestad. Solamente cuando la notificación diligente se haya demostrado infructuosa, cabrá constituir la adopción sin escuchar a dicha parte interesada. Pero en todo caso, no debe utilizarse el carácter internacional de la adopción como formalismo para sortear un trámite de tal importancia para los derechos no sólo de los progenitores, sino también de los adoptandos.

Cristián ORÓ MARTÍNEZ

4.3. Derechos de guarda y custodia

2010-15-Pr

GUARDA Y CUSTODIA.—Cambio del lugar de residencia del progenitor titular de la custodia.—Criterios para decidir acerca del mantenimiento de la custodia y traslado de los hijos.

Preceptos aplicados: arts. 138.1 y 139.4 *Codi de Família* catalán.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 30 de septiembre de 2009. Ponente. Excmo. Sr. D. Joaquín Bayo Delgado.

F.: *Diario La Ley,* núm. 7.346, Sección Jurisprudencia, 19 de febrero de 2010.

El tema cardinal [...] es la atribución de la custodia a la madre incluso si se va a EE.UU. Debe partirse de la base de que la madre es libre de establecer su residencia donde estime oportuno y no procede autorizarla [...] a residir en EE.UU. Para decidir la custodia de los menores y su residencia con la madre en el extranjero, tres son los aspectos a considerar: vinculación afectiva y proximidad de los hijos con cada progenitor, visión de los menores en cuanto al cambio de residencia y razonabilidad de ese cambio (por oposición a decisión caprichosa).

Nota. 1. La sentencia que comentamos resulta de gran interés pues plantea criterios para resolver lo que en terminología anglosajona se denomina una «*relocation*

dispute». Incide, por consiguiente, sobre un tema que está en estos momentos especialmente en boga, tal y como demuestra el hecho de que se dedicara al mismo una Conferencia judicial internacional celebrada en Washington en marzo de 2010. De resultas de tal Conferencia se produjo una Declaración denominada *Washington Declaration on International Family Relocation* (accesible en *www.hcch.net*), que propone criterios para resolver estos casos.

El interés que despierta este tipo de controversias tiene una explicación doble. Por un lado, se trata de un tipo novedoso de disputas, que han proliferado de manera importante como consecuencia de los altos índices de ruptura de pareja y la creciente movilidad de la población. Es, en efecto, mucho más probable que antaño que el progenitor custodio desee trasladar su residencia al extranjero y que tal traslado incluya a los niños que tiene a su cargo. Por otro lado, este tipo de disputas se relaciona de manera directa con el fenómeno de la sustracción de menores.

2. Las controversias relativas al traslado de la residencia de niños al extranjero se suscitan cuando el titular de la custodia de unos menores quiere trasladar su domicilio al extranjero y el otro progenitor se opone a dicho traslado. Para que este tipo de conflicto tenga trascendencia jurídica el derecho a determinar el lugar de residencia del niño no ha de pertenecer en exclusiva al padre o madre titular de la custodia. Tal es, por ejemplo, la situación cuando la sentencia que atribuye la custodia a uno de los progenitores establece que el cambio de domicilio al extranjero precisa de autorización judicial. Resulta asimismo con claridad del art. 139.4 del *Codi de Família* catalán que el derecho a determinar el lugar de residencia de un niño es un derecho de ambos progenitores, pues este precepto establece que aun en el caso de padres separados las decisiones relativas a cuestiones importantes, y singularmente los traslados de residencia que aparten al menor de su entorno habitual, requieren del acuerdo de ambos titulares de la responsabilidad parental. En caso de controversia corresponde a la autoridad judicial resolver.

3. Las *relocation disputes* plantean un conflicto de intereses de difícil resolución. Por un lado, el progenitor custodio, que con gran frecuencia es la madre, tiene derecho a determinar libremente su vida futura después de la ruptura. Esto, por supuesto, incluye el derecho a trasladarse al extranjero. Pero tal decisión, en tanto implica el traslado de los menores que tiene a su cargo, repercute tanto en el otro progenitor, afectando a sus derechos a relacionarse personalmente con sus hijos, como en los menores. El principal afectado y aquel cuyo interés debe prevalecer es, sin duda, el hijo, que, por un lado tiene derecho a relacionarse con ambos progenitores, pero, por otro, se ve irremediablemente afectado por las circunstancias vitales del progenitor con el que reside. La conciliación de los intereses en juego es, como admite la sentencia comentada, difícil.

4. Una mala resolución de la controversia puede desencadenar un traslado unilateral de los niños que podría llegar a conceptuarse como una sustracción de menores, a la que sería aplicable la normativa sobre esta cuestión, esto es, el Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción de menores y el Reglamento 2201/2003 en materia de responsabilidad parental. Por consiguiente, la adecuada resolución de las *relocation disputes* tiene un efecto preventivo sobre las sustracciones y contribuye de esa manera a salvaguardar el interés superior del niño.

5. El establecimiento de criterios para decidir en qué casos el traslado del progenitor custodio y los niños puede realizarse contribuye asimismo a una mejor comprensión de los supuestos de sustracción. Esto es especialmente importante en el momento actual pues han proliferado las voces críticas que consideran que los meca-

nismos de obtención del retorno funcionan de una manera «ciega», en detrimento del progenitor más vulnerable (BUCHER, A., «The New Swiss Federal Acto on International Child abduction», *Journal of Private International Law*, 2008-2, pp. 139-165)

6. La decisión que comentamos es una sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona que resuelve un recurso de apelación respeto a una decisión del Juzgado de 1.ª Instancia núm. 18 de Barcelona, que se dictó en relación con una solicitud de modificación de las medidas dictadas con ocasión de un divorcio. Aunque no se explicita con claridad cabe presumir que regía el Derecho catalán y que, por tanto, conforme al art. 139.4 del *Codi de família* la madre había comunicado al padre su deseo de trasladarse a Estados Unidos con los niños. Al manifestar éste su desacuerdo la controversia se plantea judicialmente.

En primera instancia se había condicionado el mantenimiento de la guarda y custodia previamente otorgada a la madre en la sentencia de divorcio a su permanencia en Barcelona. En caso de que la madre decidiera trasladar su residencia a Estados Unidos se ordenaba el cambio de la guarda y custodia a favor del padre. Si, por el contrario, la madre permanecía en el territorio español la pensión de alimentos a favor de los hijos se elevaba en 300 euros habida cuenta de que la principal razón argüida por la madre para querer trasladarse eran las dificultades económicas que atravesaba su negocio inmobiliario.

7. El análisis que realiza la Audiencia Provincial de Barcelona demuestra una adecuada comprensión de la controversia estableciendo para su resolución unos criterios que han de valorarse muy positivamente. Empieza el tribunal recordando que la madre no necesita autorización para trasladarse, tal y como al parecer se afirmaba en la sentencia de instancia. Esta puntualización tiene importancia en el contexto social actual, pues impera todavía culturalmente una concepción de la maternidad que limita en exceso el derecho a la libre determinación de la mujer. La Audiencia sitúa correctamente los términos de la controversia. Las eventuales limitaciones para un traslado al extranjero del progenitor custodio son indirectas y se deben a que dicho traslado implica también el traslado de los menores que están a su cargo, afectando a los derechos del otro progenitor y de los menores. En la ponderación que necesariamente ha de llevarse a cabo es importante tener presente que también la titular de la custodia tiene derechos que han de tenerse en cuenta.

8. Se acuñan tres criterios para decidir si procede o no autorizar la residencia de los menores en el extranjero: la opinión de los menores, la vinculación afectiva de éstos con cada uno de los progenitores y la razonabilidad del cambio del lugar de residencia. La Audiencia concede especial importancia a la opinión de los menores censurando que estando en juego un traslado a Estados Unidos no se los explorara a pesar de que sus edades, 11 y 6 años, les concedían, sobre todo a la hija mayor, un grado de madurez que hacía adecuado recabar sus opiniones. Se pone en este sentido de manifiesto que en la práctica española no se suele respetar de manera suficiente el derecho del niño a ser oído. La exploración realizada por orden de la Audiencia reveló que la hija mayor vivía con ilusión la idea de un cambio de residencia y que, por tanto, los niños tenían una opinión favorable al traslado.

El segundo aspecto que se examina es la vinculación de los niños con sus progenitores. La exploración realizada a los menores evidenció que la vinculación era substancialmente mayor con la madre que con el padre, lo que es contrario a un cambio en la atribución de la custodia a la madre realizada en la sentencia de divorcio. Que el padre cumpliera sus funciones paternas correctamente y estuviera capacitado para ejercitar la custodia en interés superior de los niños no afecta a la mayor idoneidad

de la madre para el ejercicio de la custodia. De forma correcta el tribunal vincula el mantenimiento de la custodia materna y la autorización del traslado a un generoso y adecuado régimen de visitas, que de hecho la madre había propuesto. La decisión se completa con una regulación acerca de los costes de los traslados que el tribunal toma de oficio en interés de los menores.

Finalmente se examina la razonabilidad del cambio de residencia propuesto por la madre que se justifica por dificultades económicas, y por el hecho de que la abuela materna, de nacionalidad norteamericana, ofrecía ayuda y domicilio en Estados Unidos. Aunque la sentencia no desarrolla este aspecto, seguramente también se tuvo en cuenta que las dificultades reales de la madre caso de permanecer en España también repercutirían negativamente en el bienestar material y emocional de los niños.

9. Como ya se ha adelantado la sentencia ha de valorarse muy positivamente pues plantea el problema correctamente y acuña unos criterios adecuados para resolver este tipo de disputas, que habrán de completarse con posteriores decisiones. El aspecto que ha de valorarse negativamente es que la decisión se demorara en exceso en el tiempo. No siempre es posible postergar un traslado durante un año y medio.

Cristina González Beilfuss

4.4. Matrimonio poligámico

2010-16-Pr

MATRIMONIO POLIGÁMICO.—Denegación de la nacionalidad por falta de integración.—Poligamia contraria al orden público español.—Crítica a la apreciación *in abstracto*.—Apreciación *in concreto* de la integración.—Poligamia *de iure* y poligamia *de facto*.—Falta de proporcionalidad.

Preceptos aplicados: Art. 14 y 16 de la CE, arts. 9.2, 12.3, 22 del Código Civil.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª) de 26 de febrero de 2010. Ponente: Excmo. Sr. D. Mariano de Oro-Pulido López.

F.: *Aranzadi (Westlaw),* JUR\2010\1571.

[...] el actor presenta una estructura familiar de poligamia en su país de origen [...] la poligamia no es simplemente algo contrario a la legislación española, sino algo que repugna al orden público español, que constituye siempre un límite infranqueable a la eficacia del Derecho extranjero (art. 12.3 CC).

Nota. 1. *Interés de la nota*: las autoridades españolas deniegan la nacionalidad española al actor debido a «una estructura familiar poligámica en su país de origen», contraria al orden público internacional (art. 12.3 CC), que le impide justificar un grado suficiente de integración en la sociedad española (art. 22.4 del CC). Cabe avanzar que, en tales términos, la decisión nos parece desproporcionada. Valora la integración del sujeto *in abstracto;* es decir, atendiendo a una poligamia no efectiva sino prevista en el Derecho senegalés. El Derecho extranjero, empero, ni ha sido aplicado a un segundo matrimonio (hipotético) ni hay que aplicarlo al caso concreto (adquisición

de la nacionalidad) ni cabe oponer frente al mismo la excepción del orden público internacional. La poligamia a la que se enfrentan nuestras autoridades es potencial o virtual. *De iure*, pero no *de facto*. Es una poligamia permitida en la ley personal y la *lex loci celebrationis* del primer matrimonio. Sin embargo, el valorar la integración del actor en la sociedad española exige atender a la poligamia realmente vivida por el sujeto y no a una poligamia meramente virtual. Ya, con anterioridad, la AN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª, de 17 de diciembre de 2009) puso de manifiesto que la poligamia ha de existir realmente («aunque la opción "aparentemente" no se haya hecho efectiva»); y que, incluso, podría haber renunciado («el acta notarial de renuncia a la poligamia se ha producido») aunque no fuera seguro que la renuncia notarial surtiera «oportunos efectos en Senegal». La distinción entre poligamia potencial y efectiva, y la posible renuncia a la misma por el sujeto conforme a su ley de origen, son datos relevantes para apreciar la integración del extranjero, y permiten extraer consecuencias para otros futuros casos. De ahí el interés de la nota.

2. *Correlación entre la ley personal y el estatuto personal:* invocar el art. 9.2 CC, para reforzar la validez de la poligamia del extranjero que pretende adquirir la nacionalidad española es, a nuestro entender, un contrasentido. El que las autoridades españolas denieguen la solicitud de naturalización, por falta de integración, al extranjero casado (válidamente) con varias esposas, está en sintonía con el estatuto personal actual (nacionalidad), pero no lo estaría con el cambio de estatuto personal que comporta la naturalización (y la ley española lo regula). Esta misma armonía impide el acceso al Registro Civil del segundo matrimonio de un naturalizado polígamo, que hubiere ocultado su situación en el curso del expediente de naturalización. Nos parece acertada, en este sentido, la posterior SAN de 6 de mayo de 2010 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, JUR\2010\174556) que deniega la nacionalidad española a un marroquí casado con cuatro esposas. La coherencia entre la ley personal y el estatuto personal, impide que un español sea polígamo al igual que favorece, por el contrario, el reconocimiento de la eficacia de los matrimonios poligámicos celebrados entre extranjeros conforme a su ley personal y a la *lex loci celebrationis* (véase nuestra nota a la STJC, de 30 de julio de 2003, en *REDI*, 2004, pp. 417-422, relativa al reparto de la pensión de viudedad). Pero el efecto solicitado, aquí, es la «naturalización» y no requiere un matrimonio válido, entre extranjeros, conforme al Derecho extranjero.

3. *Naturalización y ley española*: el DI establece la competencia exclusiva de cada Estado para determinar quiénes son sus nacionales. El reclamo del Derecho extranjero (art. 9.2 CC), por parte del actor; o, el freno al mismo, por el correctivo de orden público internacional (art. 12.3 CC) por parte del TS, son innecesarios a los efectos de la naturalización del extranjero residente. No es la validez del matrimonio la cuestión planteada (DIPr.) sino el grado de integración del solicitante en nuestra sociedad exigido por la ley española. Se trata sólo de apreciar si el extranjero, residente en nuestro país, está suficientemente integrado en la sociedad española para naturalizarse. La adquisición de la nacionalidad española, si procede, modificará, a nuestros efectos, el estatuto personal y familiar del extranjero cerrando el paso a la validez de un futuro segundo matrimonio sin estar disuelto el primero. La poligamia potencial del español dejará de existir, para nosotros, incluso aunque sea un doble nacional.

Ahora bien, no cabe reprochar al extranjero, casado con una esposa, que no está integrado a nuestra sociedad porque su Derecho personal permita la poligamia. Esto último, comportaría la consecuencia de que ningún hombre que fuera nacional de un país musulmán podría adquirir la nacionalidad española. Ni tampoco su esposa. El matrimonio potencialmente poligámico del extranjero, basado en la permisibilidad de su ley personal, devendrá monogámico, para nuestro ordenamiento, al adquirir

la nacionalidad española. El naturalizado residente no podrá contraer un segundo matrimonio en España (ni civil ni religioso). Si lo contrae en el país de origen (doble nacional) será considerado nulo en nuestro país, y no podrá ser inscrito. El Derecho penal español le será aplicable (delito de bigamia). La naturalización desactiva la poligamia virtual.

4. *Derecho extranjero*: Senegal es una República laica, que asegura la no discriminación de los ciudadanos, sin distinción de sexos, a la par que respeta todas las creencias (art. 1 de la Constitución). Su Código de la familia (1972) es fruto de soluciones de compromiso con la ley islámica (SACCO, R., *Le droit africain*, Dalloz, 2009, pp. 256-257). El hombre al casarse puede optar por la monogamia o por la poligamia o limitar el número de mujeres permitidas (dos o tres). Y, lo interesante a nuestros fines, es que puede, también, renunciar a la poligamia después del matrimonio (art. 135), y que la monogamia, en tal caso, es definitiva o irrevocable (art. 134). Se proyecta a los futuros matrimonios que pudiera celebrar el hombre divorciado o viudo. El marido infractor comete bigamia (el art. 33 del CP la castiga con pena de prisión de 6 meses a 3 años y multa equivalente a 30-450 euros). Consecuencias penales que suelen invocar los hombres jóvenes —junto con la religión— para posponer *sine die* la renuncia a la poligamia.

5. *Matrimonio potencialmente poligámico y DIPr comparado*: ha de alinearse nuestra práctica administrativa con la de otros países (Francia, Reino Unido o Canadá, por poner distintos modelos teóricos de integración) que evolucionaron (ZAMORA CABOT, J., «El Derecho internacional privado ante el matrimonio poligámico: Experiencias francesa y británica y su eventual repercusión en España», *Revista Derecho privado*, 1992, pp. 112-124) hasta rechazar la poligamia *de facto,* pero no la potencial. En una práctica abandonada en Francia (*Chemouni*. *Cass. Civ.*, 28.1, 1958, *Grands Arrêts*, núms. 29-30) o en el Reino Unido, antes de la entrada en vigor de la *Private International Law (Miscellaneous) Act* (1995), es donde se sitúa la decisión que nos ocupa. En el Reino Unido, el art. 5.1 de la *Private International Law (Miscellaneous) Act* (1995), dispone que: «Un matrimonio celebrado fuera de Inglaterra y Gales entre personas que no hubieran estado casadas con anterioridad, no es nulo [...] por el hecho de haberse celebrado según el derecho de un país que permite la poligamia estando cualquiera de ellas domiciliada en Inglaterra y Gales». La ley se aplicó retroactivamente para conferir eficacia a los matrimonios potencialmente poligámicos (BOUZA. N., y QUIÑONES, A., «Derecho internacional privado», *RJC*, 1997, pp. 172-175, nota VINAIXA, M.). La distinción entre matrimonio realmente poligámico (*actually polygamous*) y el potencialmente poligámico (*potentially polygamous*) permitió, así, abolir lo previsto en el art. 11.*d)* de la *Matrimonial Proceedings* (*Polygamous Marriages Act* de 1972), que tenía como objetivo el impedir que una mujer domiciliada en Inglaterra se casara con un hombre de estatuto poligámico (DICEY, MORRIS y COLLINS, *The Conflict of Laws*, 2006, rule 69, pp. 835). En consecuencia, los matrimonios potencialmente poligámicos pasaron a ser reconocidos como matrimonios monógamos (CLARKSON, C. M. V., y HILL, J., *Jaffey on the Conflict of Laws,* Oxford University Press, 2005, pp. 364-373*)*. A este cambio no fue ajeno el asunto *Hussain c. Hussain* (1983) donde el marido quiso prevalecerse de la invalidez de su matrimonio potencialmente poligámico para evitar la demanda de divorcio de su esposa. La misma evolución se aprecia en Canadá (véase CASTEL, J.-G., *Canadian Conflit of Laws*, 1986, núm. 202).

6. *Fraude y orden público:* la nacionalidad es un concepto en crisis, y su función pragmática y utilitaria permite acceder a la movilidad que ofrece la ciudadanía europea (DIONISI-PEYRUSSE, A., *Essai sur une nouvelle conception de la nationalité*, Paris, Défrenois, 2008, *passim*). La necesidad, empero, de cierta cohesión social permite

trazar un «patriotismo constitucional» de sustitución (HABERMAS, J., «Citizenship and National Identity: Some Reflections on the Future of Europe», *Praxis International,* 1992-1993, pp. 1-19) entre cuyos valores comunes está la igualdad de sexos. La poligamia si es meramente potencial no es un obstáculo. Sin embargo, en el asunto que nos ocupa planea cierta sospecha por parte de nuestras autoridades («aparentemente») de fraude u de ocultación de la poligamia (supuesto no inaudito, según ALMAGRO RODRÍGUEZ, N. M., al comentar la STS de 19 de junio de 2008, *Cuadernos Derecho Transnacional*, 2009, pp. 274-283). Esta sospecha podrían descartarla los senegaleses acreditando la renuncia a la poligamia en el acta matrimonial (art. 65) o en un acto formal posterior, que es recibido por el Encargado del RC o por el agente diplomático o consular acreditado. Este último lo notifica al Encargado del RC del lugar del nacimiento, que lo hace constar al margen del acta de nacimiento del interesado (art. 135) extendiéndose, así, a los futuros matrimonios en caso de divorcio o viudedad. Otros extranjeros (*v. gr.*, de Marruecos) pueden haber renunciado a la poligamia en el contrato matrimonial. Pero, en todo caso, resulta desproporcionado reprochar la falta de integración por poligamia al que es monógamo *de facto*.

Ana QUIÑONES ESCÁMEZ

4.5. Crisis matrimoniales

2010-17-Pr

CRISIS MATRIMONIALES.—Ley aplicable: determinación.—Inaplicación de ley extranjera (senegalesa) contraria al orden público español.—Definición y actuación del orden público.—Cuestiones procesales: competencia judicial internacional y excepciones de litispendencia y cosa juzgada

Preceptos aplicados: arts. 107 y 12.3 CC.

Sentencia de la AP de Asturias (Sección 7.ª) núm. 172/2009, de 23 de marzo de 2009.

F.: *Westlaw Aranzadi*, JUR 2009/274412.

[...] En cuanto a las excepciones invocadas de cosa juzgada y subsidiariamente de litispendencia, se rechazan [...]. Pues la resolución invocada por el apelante no se trata de una sentencia firme, sino de la opción de unas medidas, sin que se haya puesto fin al proceso de divorcio instado en Senegal por el apelante [...]. No es de apreciar igualmente la litispendencia por los mismo [sic] razonamientos expuestos en cuanto a la inexistencia de cosa juzgada, además de que tratándose la documental aportada de Resoluciones extranjeras siguen precisando (salvo excepciones regladas en los propios Convenios or Reglamentos Comunitarios) del reconocimiento [...].

[...] Encontrándonos ante una demanda de divorcio entre nacionales senegalés [sic], si bien prima facie el art. 107 nos reenvía a la legislación de la nacionalidad común de los mismos como derecho aplicable, ello no obstante, resulta conveniente, como así ha hecho la juzgadora de instancia, atender también a la circunstancia del domicilio conyugal, residencia habitual en Gijón, y el art. 22.3 LOPJ, entiende que la residencia común de los litigantes es España al tiempo de la interposición de la demanda de separación o

divorcio determina la competencia de los Tribunales españoles [sic]. Y si bien ello no allanaría por completo la interpretación favorable a la lex civilis fori del domicilio frente a la ley nacional común, si [sic] procede atender igualmente a la razonable oportunidad de aplicar el apartado c) in fine del art. 1.007 [sic] [...] así como a la excepción del art. 12.3 del C. Civil. «En ningún caso tendrá aplicación la legislación extranjera cuando resulte contraria al orden público», tomado éste como conjunto de principios, públicos y privados, políticos, socio-económicos, morales y que, como parámetros de la realidad moralmente vivida y apreciada conforme a criterios colectivos vigentes, son tenidos como absolutamente obligatorios para la conservación de una sociedad en cada determinada época. [...] Y a la vista de la documentación aportada, legislación vigente en Senegal (Código de Familia de Senegal) es de apreciar contiene [sic] una regulación contraria al orden público español, y a los principios consagrados en nuestra Constitución, que proclama el derecho de los cónyuges a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica (arts. 32 CE), como correctamente ha apreciado la juzgadora de instancia (discriminación de la edad para contraer matrimonio, dote que la familia del marido ha de dar a la esposa, poligamia, ejercicio patria potestad sobre los hijos por el marido, quien [sic] elige el lugar de residencia de la familia, intento de reconciliación sin asistencia letrada, las causas de divorcio contrarias al principio de igualdad, disuelto el matrimonio la esposa no puede casarse hasta transcurridos tres meses, por contrario el esposo puede casarse inmediatamente). De este modo, la Norma española viene a completar y dar adecuada protección jurídica a aquellas situaciones que, bajo el amparo de ordenamientos basados en tradiciones ajenas a la occidental, encubrían una discriminación, no amparaban suficientemente a los afectados por la crisis matrimonial o simplemente se enfrentaba a los principios y garantías que configuran el orden público español. [...]

Nota. 1. Una senegalesa con domicilio en Gijón solicita ante los órganos jurisdiccionales españoles la disolución de su matrimonio, la atribución de la custodia de los hijos comunes a su favor, alimentos para ellos y una pensión compensatoria. Su cónyuge, un senegalés también domiciliado en Asturias, invoca cosa juzgada y, subsidiariamente, litispendencia: existe un proceso de divorcio abierto entre las mismas partes en Senegal, en el curso del cual se ha dictado una resolución sobre medidas provisionales. El JPI núm. 9 de Gijón desestima las excepciones y concede el divorcio, atribuye la custodia a la madre, dispone un régimen para el caso de que ésta y su ex cónyuge no acuerden un régimen de comunicación y visitas, fija una cuantía para los alimentos y reconoce una pensión compensatoria; todo ello en aplicación de la ley española. El demandado recurre, reiterando las mentadas excepciones y señalando que «no acepta la operatividad de las normas sustantivas españolas». La AP desestima la apelación, reproduciendo los razonamientos de la resolución de instancia. Las cuestiones de interés que suscita la sentencia son varias; pero, por las consabidas razones de espacio, me limitaré a analizar la referida a la inaplicación de la ley extranjera contraria al orden público (véase § 2) y a realizar una referencia a las cuestiones procesales (§ 3).

2. En lo tocante a la ley aplicable, la decisión dista de ser ejemplar. Primero, porque no aplica otra norma de conflicto que no sea el art. 107 CC, cuando esta disposición, como es sabido, no determina la ley aplicable a las medidas de responsabilidad parental ni a los alimentos para los hijos; y si establece la ley rectora de los alimentos entre ex cónyuges es por remisión de la disposición conflictual aplicable (al respecto, véase ARENAS GARCÍA, R., *Crisis matrimoniales internacionales. Nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo Derecho internacional privado español,* Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 2004, pp. 333-335). Segundo, porque emplea la excepción de orden público de forma tosca, inadecuada.

La disolución del vínculo matrimonial se regía por la ley senegalesa, en tanto que ley nacional común en el momento de presentación de la demanda (art. 107.2.I CC), de forma que, existiendo ley aplicable y siendo la demanda contenciosa, el único motivo para dar aplicación a la *lex fori ex* art. 107.2.II CC era el del apartado *c)*: contrariedad de la ley extranjera con el orden público español. En esta ocasión no podía tener lugar el desplazamiento de la ley extranjera por la ley española que viene siendo tan habitual en la práctica, por la ausencia o insuficiencia de prueba de aquélla (la interpretación de los órganos jurisdiccionales de la normativa en la materia conduce incluso a defender que la solución vigente en España es un sistema conflictual facultativo: cfr. VIRGÓS SORIANO, M., y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Litigación internacional. Derecho procesal civil internacional*, 2.ª ed., Navarra, Thomson/Civitas, 2007, p. 523). El JPI y la AP deciden inaplicar el Derecho senegalés por su contrariedad con el orden público español porque debía de estar suficientemente probado. De hecho, la ley extranjera debería ser *lex certa* también para aplicar la excepción específica del art. 107.2.II CC (véase, en relación con la excepción general del art. 12.3 CC, GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., «Artículo 12.3», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. I, vol. 2, Madrid, Edersa, 1992, pp. 894-926, esp. pp. 899-900). Pero la AP no acierta en el manejo de la excepción, frente a lo que suele ser habitual (a este respecto, véase ARENAS GARCÍA, R., *op. cit.*, pp. 293-295). No indica en qué forma la aplicación de los preceptos del Derecho senegalés, y cuáles en concreto, vulneraría *in casu* un determinado valor o principio constitucional de los que integran el concepto (véase GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., «Artículo 12.3», *loc. cit.*, pp. 916-918). Antes al contrario, el Tribunal alude con carácter general a aspectos de la ley senegalesa que atentan claramente el orden público (por ejemplo, al principio de igualdad entre sexos), pero que, en algunos casos, ni siquiera estaban en cuestión (como la discriminación en la edad nupcial o la poligamia). Además, no se efectúa ningún intento de coordinar en lo posible la ley española con la senegalesa, en el (debido) doble intento de preservar la armonía, interna e internacional (cfr. QUIÑONES ESCÁMEZ, A., *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*, Barcelona, Fundación La Caixa, 2000, pp. 62-63), mostrando una actitud abierta hacia ordenamientos foráneos. A este respecto, interesa observar que la AP de Asturias, en el extracto arriba recogido, reproduce casi al pie de la letra otras resoluciones, como la SAP de Málaga núm. 120/2005, de 10 de febrero (*Westlaw Aranzadi*, JUR 2005/139773: véase FD 2.º), pero omite una puntualización de importancia que ésta si efectúa: la aplicación del orden público «ha de ser prudencial y restringida al objeto de evitar que resulte al cabo inasequible la aplicabilidad de legislaciones foráneas».

3. La competencia judicial internacional no es cuestionada; pero conviene destacar el error que comporta fundamentarla en el art. 22.3 LOPJ. Si la demanda, como todo parece indicar, fue presentada en una fecha posterior a la entrada en vigor del Reglamento Bruselas II bis, era éste el instrumento aplicable. Cuestión aparte es que el resultado no cambie, dado que la residencia habitual común también es el primero de los criterios de competencia previstos en la norma institucional [art. 3.1.*a)* Reg. Bruselas II bis]. Pero lo que sí alega el cónyuge demandado es la existencia de otra resolución, con la finalidad de que el juez español declare cosa juzgada, y («subsidiariamente») de un proceso de divorcio abierto en Senegal, para que aprecie litispendencia. La defensa, por tanto, no se muestra muy acertada: o existe ya una decisión firme sobre el fondo, o el proceso continúa abierto. Porque, como es sabido, 1) sólo las decisiones con efecto de cosa juzgada formal pueden ser objeto de reconocimiento en el régimen de la LEC 1881; 2) ésta es la norma aplicable al reconocimiento de las resoluciones senegalesas, ya que no existe convenio ni reglamento que les resulte de

aplicación, y 3) el reconocimiento es indispensable para hacer valer dicho efecto, al margen de que sea necesario (o no) tramitar un procedimiento, como sería el caso (sobre estas cuestiones, véase FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, 5.ª ed., Navarra, Thomson/Civitas, 2009, pp. 191-193, 188-189 y 185, respectivamente). La AP de Asturias acierta a manifestar estos motivos para rechazar la cosa juzgada, aunque vierte alguna afirmación dudosa, como que las resoluciones «*siguen precisando (*salvo excepciones regladas en los propios Convenios o Reglamentos Comunitarios*) del reconocimiento [...]* (la cursiva es mía)»: el Tribunal se equivocaría si cree que existe algún convenio que extienda el efecto analizado sin reconocimiento. Pero yerra, sobre todo, cuando rechaza la situación de litispendencia esgrimiendo los mismos motivos. Es una lástima, a este respecto, que la AP haya desaprovechado la oportunidad de responder a la invocación de la excepción con una solución adecuada, que coadyuve a poner remedio al silencio de la LEC 2000.

Patricia OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS

5. DIMENSIÓN INTERNA DEL SISTEMA ESPAÑOL DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

2010-18-Pr

DERECHO INTERREGIONAL.—Ley aplicable a la sucesión: art. 9.8 CC.—Troncalidad vizcaína.—Excepción al principio de unidad y universalidad de la sucesión.

Preceptos aplicados: arts. 9.8 y 16 CC; art. 23.2 Ley 3/1992.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, núm. 111/2010, de 11 de marzo de 2010. Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.

F.: *Aranzadi Westlaw,* JUR 2010\131681.

El hecho de que la ley aplicable a la sucesión sea el Derecho común en virtud de la vecindad civil del causante, de acuerdo con los artículos 16 y 9.1 CC, no excluye los derechos derivados de la troncalidad reconocidos en la LDCFPV. La troncalidad vincula los bienes al tronco familiar del que proceden limitando su transmisión por actos inter vivos y mortis causa. De acuerdo con esta naturaleza, el régimen de derechos que derivan de la troncalidad constituye una limitación al Derecho aplicable con carácter general a las transmisiones que se produzcan sobre tales bienes. Si se trata de transmisiones mortis causa, la troncalidad constituye una limitación al Derecho aplicable a la sucesión.

La presente nota se enmarca en la ejecución de los siguientes proyectos de investigación: Proyecto de Investigación subvencionado por la Consellería de Innovación e Industria de la Xunta de Galicia (Cod. PGIDITO6CSC20201PR). Proyecto de Investigación subvencionado por la Consellería de Innovación e Industria de la Xunta de Galicia sobre (Ref. Incite 09 202 150 PR); Proyecto de investigación subvencionado por el Ministerio de Educación y Ciencia y el Feder (Ref. SEJ2007-65950).

Nota. 1. En el presente caso nos encontramos con un causante que fallece intestado y sin descendientes, ostentando vecindad civil común, pues si bien había tenido

la vecindad civil vizcaína, la perdió por residencia continuada de más de diez años en Madrid, donde falleció. El cónyuge supérstite acude ante notario para otorgar acta de notoriedad de declaración de herederos *ab intestato* a su favor, de conformidad con lo dispuesto en el CC. Dos hermanas de vínculo sencillo materno y una sobrina, hija de un hermano fallecido, demandan al cónyuge supérstite pidiendo la nulidad de la declaración de herederos *ab intestato* al entender que en la herencia hay un bien troncal, sito en Neguri (Vizcaya), que el causante había recibido por herencia de su madre. El TS aplica el art. 23.2 de la Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco (LDCFPV), que dispone que la pérdida de la vecindad vizcaína no supone restricción alguna de los derechos y deberes derivados de la troncalidad, al entender que el régimen de derechos derivados de ésta constituyen una limitación al Derecho aplicable, en este caso, a la sucesión.

2. La troncalidad es una forma de organización de la propiedad, vinculada a la familia, cuya estructura consta de tres elementos: un elemento real, que consiste en la existencia de un bien inmueble, denominado bien raíz, sito en el territorio del Infanzonado o Tierra Llana. Un elemento personal, que consiste en una relación de parentesco entre el titular del bien troncal y los llamados a recibir con preferencia el bien troncal en caso de transmisión del mismo. Un elemento causal, a través del cual se explica la conexión de un determinado bien con unos determinados parientes. Los tres elementos son necesarios para la configuración de la relación de troncalidad (véase CELAYA IBARRA, A., *Vizcaya y su Fuero Civil,* Pamplona, Aranzadi, 1965, pp. 240 y ss.), de la que se derivan una serie de limitaciones que afectan al titular del bien troncal, pues de acuerdo con el art. 17.2 LDCFPV, sólo podrá disponer de los mismos respetando los derechos de los parientes tronqueros, so pena de nulidad (art. 24 LDCFPV).

Dada la configuración de la troncalidad, son dos las conexiones que se toman en consideración: una territorial, referida al bien que debe estar sito en territorio aforado; y otra de tipo personal, referida a la cualidad de vizcaíno que debe ostentar el titular del bien troncal. La doctrina puso de relieve la facilidad de atentar contra el derecho de troncalidad en aquellos casos en los que el punto de conexión a tomar en consideración, como en el caso de la sucesión *mortis causa*, fuera el del estatuto personal del titular del bien troncal; un sencillo cambio de vecindad civil era suficiente para evadir las obligaciones derivadas de la troncalidad. Por esta razón, se vio necesario garantizar los derechos de los parientes troncales en aquellos casos en los que el titular del bien troncal dejara de tener vecindad civil vizcaína, espíritu al que responde el art. 23.2 LDCFPV.

3. El comentario a la decisión del TS de la aplicación del art. 23.2 LDCFPV a la sucesión de un causante con vecindad civil común, debe realizarse desde dos dimensiones: competencial y sustantiva. Desde el punto de vista competencial no plantea ninguna duda la competencia exclusiva estatal recogida en el art. 149.1.8 CE para la determinación de las «normas para resolver los conflictos de leyes». Dicho esto, debemos preguntarnos cuál es el ámbito de aplicación del art. 23.2 LDCFPV y, en concreto, si su aplicación está prevista para la resolución de los conflictos interlocales, surgidos en el interior del territorio del País Vasco, o si su vocación es aplicarse a los conflictos interregionales. Éste último es el ámbito de aplicación que le ha dado el TS, decisión con la que no podemos estar de acuerdo, pues, con independencia de la idoneidad de la solución desde un punto de vista material, una aplicación de esta norma con factor de interregionalidad implica una clara extralimitación del legislador vasco en el ejercicio de sus competencias (véase, en este sentido, FONT SEGURA, A., «La sucesión hereditaria en Derecho interregional», *Anuario de Derecho Civil,* vol. 53, núm. 1, 2000, pp. 23-81, esp. pp. 53-54). Debe ser el legislador estatal el que tenga en cuenta

las peculiaridades de la troncalidad vizcaína y prevea una norma a través de la cual se eviten las evasiones, ya sea con buena o mala fe, de las obligaciones derivadas de la troncalidad por un sencillo cambio de vecindad, como de hecho se previó hasta la reforma del Título Preliminar de 1974. Con anterioridad a esta reforma, el CC, tras establecer la conexión personal de la vecindad civil del causante para la determinación de la ley aplicable a las sucesiones *mortis causa*, preveía en el párrafo tercero del art. 10 una previsión especial para aquellos vizcaínos que residiendo en las villas, poseyeran bienes en territorio aforado, a los que se les debía aplicar, en lo que concierne a la sucesión de dichos bienes, la Ley 15 del Título XX del Fuero de Vizcaya, a través de la cual se extendía la troncalidad con base en un principio de territorialidad. Con el art. 10.3 CC se posibilitaba el respeto al principio de la troncalidad, cuya aplicación se extendió por el TS a supuestos con factor de internacionalidad, como ocurrió en la Sentencia de 18 de marzo de 1925 (véase CELAYA IBARRA, A., *op. cit.,* p. 282).

Mayor relevancia posee la dimensión sustantiva de la aplicación del art. 23.2 LDCFPV. La consecuencia fundamental de su aplicación es la ruptura del principio de unidad de la sucesión, consagrado en nuestro sistema en el art. 9.8 CC, pues implica en este caso la existencia de dos leyes aplicables al causante: la LDCFPV, en lo que se refiere a la transmisión *mortis causa* del bien troncal, y el CC para todo lo demás. El carácter territorial de la troncalidad implica un régimen sucesorio específico, basado en una conexión territorial (véase IRIARTE ÁNGEL, J. L., «Doble reenvío y unidad de tratamiento de las sucesiones», *RGD,* núm. 537, 1989, pp. 3561-3582, esp. p. 3577), de tal forma que supone un fraccionamiento de la sucesión en todos aquellos casos en los que la ley personal del causante no sea la vizcaína. La ruptura del principio de unidad de la sucesión con ocasión de la troncalidad vizcaína es una excepción a aquél principio asumida tanto por la doctrina (véase FONT SEGURA, A., *loc. cit.,* pp. 52 y ss; CALVO CARAVACA, A. L., «Sucesión hereditaria», en GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., *Derecho internacional privado. Parte especial,* 6.ª ed., Madrid, Eurolex, 1995, pp. 393-422, esp. p. 419), como por la jurisprudencia [STS de 8 de junio de 1874, STS de 11 de octubre de 1960, STSJ País Vasco de 10 de septiembre de 1992 (RJ 1992/10269)]. Dicha ruptura tiene como aspecto positivo el respeto al Derecho vizcaíno; hemos visto cómo la troncalidad precisa de una conexión territorial para su correcto funcionamiento, lo que implica que el Derecho vizcaíno no puede asumir el principio de unidad de la sucesión impuesto por el legislador estatal por una cuestión de incompatibilidad. Este choque con el principio de unidad ha sido puesto de relieve por la doctrina, al tomar en consideración la posible pertinencia de conexiones territoriales en materia sucesoria, dada la configuración de algunos Derechos civiles españoles (véase, respecto del Derecho foral gallego, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Artículos 4 y 5», en ALBALADEJO, M., y DÍAZ ALABART, S., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* t. XXXII, vol. 1, Madrid, Edersa, 1997, pp. 131-154, esp. p. 154; también, respecto del caserío guipuzcoano, MAGALLÓN ELÓSEGUI, N., *La proyección del sistema español de Derecho interregional sobre el Derecho civil guipuzcoano,* Navarra, Thomson-Aranzadi, 2008, p. 163). El aspecto negativo de la excepción al principio de unidad es la falta de justificación de la misma desde el punto de vista del sistema. No hay razón objetiva alguna por la que se admita la aplicación de una norma unilateral de Derecho vizcaíno y no se admita, sin embargo, la aplicación de otras normas unilaterales, ya sea de los ordenamientos forales, ya sea de ordenamientos extranjeros, que teniendo el espíritu de proteger una particularidad o especialidad, impliquen la ruptura de la unidad de la sucesión; pues bien podríamos preguntarnos, qué ocurriría si nuestros tribunales conocieran de una sucesión intestada de un nacional español, titular de un bien sito en el extranjero, donde se previera una norma unilateral de carácter

territorial que recogiera un régimen sucesorio especial para la transmisión *mortis causa* de ese bien.

4. La presente sentencia deja en evidencia el sistema español de Derecho interregional en materia de sucesiones, que siendo una proyección del sistema sucesorio del CC, no arbitra las soluciones necesarias para acoger los distintos intereses y concepciones de los ordenamientos jurídicos españoles. El legislador vasco, por un lado, se ha visto obligado a dictar una norma unilateral basada en un principio de territorialidad para proteger la institución de la troncalidad extralimitándose en el ejercicio de sus competencias; los tribunales, por otro lado, se han visto obligados a aplicarla sin cuestionar la constitucionalidad de la misma. Independientemente de la idoneidad de la solución material a la que se llega en la sentencia, no estamos de acuerdo con el camino seguido hasta ella, puesto que debería ser una norma estatal y no una norma unilateral autonómica la que previera una solución acorde con la troncalidad vizcaína. Todo esto, pone de relieve, una vez más, la necesidad de elaborar una ley de Derecho interregional, en el ejercicio de la competencia estatal del art. 149.1.8 CE, en la que tengan cabida las distintas particularidades de los ordenamientos españoles en materia sucesoria. Siguiendo a FONT SEGURA (véase FONT SEGURA, A., *loc. cit.*, p. 54), nos parece adecuada la posibilidad de prever una norma que, como el art. 15 del Convenio de La Haya sobre la ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte de 1989 o el art. 22 de la Propuesta de Reglamento sobre sucesiones y testamentos [COM (2009) 154 final], respete los regímenes sucesorios especiales. Como también señaló S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, el alcance sustancial de la reserva exclusiva del Estado es mucho más exigente con el legislador estatal, al moverse en una dimensión «que puede requerir más normas materiales especiales, más normas de aplicación, normas más diferenciadas, análisis concretos de cada institución, de cada derecho civil especial» (*Estudios de Derecho interregional*, Santiago de Compostela, 2007, p. 42).

Por último, la excepción al principio de unidad de la sucesión que deriva de la troncalidad vizcaína, unida a la existencia de más situaciones en las que se produce la ruptura del principio de unidad, nos empuja a preguntarnos por la pertinencia de una flexibilización de este principio, sobre todo en relación a la existencia de regímenes sucesorios especiales, no ya en ordenamientos jurídicos extranjeros, sino en los propios ordenamientos civiles españoles.

Isabel RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ

IV. PRÁCTICA

LA PROYECCIÓN INTERNACIONAL DE ESPAÑA*

Sección coordinada por
Rafael CALDUCH CERVERA
Catedrático de Relaciones Internacionales
Con la colaboración de
Vicente GARRIDO REBOLLEDO
Profesor Contratado Doctor de Relaciones Internacionales
Concepción ANGUITA OLMEDO
Profesora Contratada Doctora de Relaciones Internacionales

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. EUROPA.—2.1. La presidencia española del Consejo de la UE.—2.1.1. Aplicación del Tratado de Lisboa.—2.1.2. Lanzamiento del Servicio Europeo de Acción Exterior.—2.1.3. La PESC.—2.1.4. La crisis financiera y la Estrategia Europa 2020.—2.1.5. Un espacio de libertad, seguridad y justicia para los ciudadanos europeos.—3. SEGURIDAD INTERNACIONAL.—3.1. El terrorismo nuclear: ¿cuarto pilar de la no proliferación?—3.2. Significado y resultados de la Cumbre.—4. POLÍTICA EXTERIOR ESPAÑOLA.

1. INTRODUCCIÓN

La evolución de la realidad internacional y del papel que España desempeña en el mundo como potencia media, unido a la revolución que ha supuesto Internet en la comunicación y en los métodos de investigación científica, obligaba a una reconsideración del contenido y la función que debía desempeñar esta sección de la *Revista*. En efecto, la probada utilidad que durante todos estos años había tenido la relación cronológica y documental de los principa-

* Corresponde al periodo enero-junio 2010.

les acontecimientos que se producían en la política exterior de nuestro país, estaba quedando superada por la realidad del acceso inmediato a las fuentes documentales directas y a las diversas bases datos y cronologías que se encuentran disponibles en la web.

Parecía cada vez más necesario y oportuno dedicar esta sección de la *Revista* a llevar a cabo un análisis de aquellos sucesos internacionales que afectan de forma significativa a la proyección de España en el mundo y respecto de los cuales nuestro país adopta una posición y/o lleva a cabo una actuación guiada por sus propios valores, principios e intereses. Naturalmente, aunque dicho análisis tiene como eje principal las iniciativas de la política exterior, de ningún modo podía quedar reducido al estrecho marco de ésta. Por ese motivo se ha optado por incluir un título más amplio en el que tengan cabida también aquellos sucesos o iniciativas que, realizadas por otros actores de la sociedad española, se considera necesario incluirlos debido a su importancia intrínseca.

Cómo es lógico, esta nueva orientación del contenido de este apartado de la práctica no puede, ni pretende, ser exhaustivo pero sí aspira a ser representativo en su contenido de los principales acontecimientos acaecidos semestralmente en la acción exterior de España.

Por otro lado, considerando la diversidad de temas que serán analizados y el rigor con el que deberán ser abordados, se pretende abrir este apartado a las aportaciones de los numerosos y excelentes especialistas de relaciones internacionales y política exterior española que, afortunadamente, ya existen en nuestro país.

Finalmente, la perspectiva científica desde la que se realizarán las reflexiones de esta práctica no podía ser otra que la propia de las relaciones internacionales, excluyendo el análisis jurídico internacional, tanto público como privado, que ya tiene su tratamiento específico en las correspondientes secciones.

2. EUROPA

2.1. La presidencia española del Consejo de la UE

Durante el primer semestre de 2010 el eje central, aunque no exclusivo, de la proyección internacional de España ha sido el desempeño de la Presidencia rotatoria del Consejo (PC) de la UE. A ella se han dedicado la mayor parte de los esfuerzos y de la actividad no sólo de nuestra diplomacia sino del conjunto del Gobierno español.

No podía ser de otro modo si se tienen en cuenta los retos que debía enfrentar: implantación de las reformas institucionales y de los cambios en las políticas derivados de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, junto con el desarrollo de instrumentos jurídicos y financieros que permitiesen enfrentar

de un modo eficaz los efectos en la UE de la crisis económica mundial. Ambas prioridades debían conjugarse con el resto de los objetivos establecidos en el Programa de la Presidencia española de la UE [1].

Como es bien sabido, el Tratado de Lisboa había establecido una nueva configuración de la Presidencia del Consejo Europeo (PCE), al frente de la cual se había nombrado al belga van Rompuy, desgajándola de la PC y atribuyéndole en exclusiva su convocatoria junto con una representación exterior de la UE compartida con la nueva figura del Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad (AR), la señora Catherine Ashton.

A estas nuevas realidades vino a sumarse la renovación de la Comisión Europea (COM), presidida por el señor Durao Barroso, cuya definitiva ratificación por el Parlamento Europeo (PE) se produjo el 9 de febrero con 488 votos a favor, 137 en contra y 72 abstenciones, con un mandato entre el 10 de febrero de 2010 y el 31 de octubre de 2014 [2].

Estos cambios institucionales y competenciales, en proceso de implantación, provocaron una importante reorganización de la actividad de la Presidencia española, respecto de la realizada en etapas anteriores, junto con una apreciable pérdida de la proyección y visibilidad internacional. Además, a falta de unas normas todavía poco desarrolladas, exigió la instauración de unas prácticas de coordinación institucional y funcional con el titular de la PCE y la AR que no estuvieron exentas de dificultades y conflictos [3].

En cambio y gracias a las limitaciones competenciales en relación con el Consejo Europeo y la PESC, la Presidencia española pudo concentrarse en las tareas de potenciar las iniciativas y el desarrollo de las otras prioridades: la coordinación de las políticas económicas y el impulso de una Europa de derechos y libertades al servicio de los ciudadanos.

2.1.1. *Aplicación del Tratado de Lisboa*

En relación con el objetivo de una rápida y plena aplicación de Tratado de Lisboa, la Presidencia española adoptó diversas iniciativas internas y articuló, en colaboración con el PCE y la AR, el desarrollo de órganos y decisiones destinados a garantizar la actividad conjunta.

Entre las iniciativas orgánicas nacionales destaca la creación, un año antes, de una Comisión Delegada del Gobierno, presidida por la Vicepresidenta Primera, con la finalidad de coordinar todos los departamentos gubernamen-

---

[1] Véase el texto en *http://www.eu2010.es/export/sites/presidencia/comun/descargas/programa_ES.PDF* (consultado el 20 de julio de 2010).

[2] Véanse las audiencias de los miembros de la CE en el PE: *http://www.europarl.europa.eu/hearings/default.htm?language=ES* (consultado el 20 de julio de 2010).

[3] Véase el nuevo Reglamento Interno del Consejo Europeo, adoptado por la Decisión del Consejo Europeo de 1 de diciembre de 2009 (*DOUE* L 315, de 2 de diciembre de 2009): *http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:315:0051:0055:ES:PDF* (consultado el 20 de julio de 2010).

tales en orden a garantizar la preparación y las actividades exigidas por la Presidencia española [4].

En relación con las restantes instituciones de la UE, se constituyó un Grupo de Trabajo conjunto con la PCE y se adoptó el criterio de que correspondería al PCE la convocatoria de las sesiones, formales e informales, del Consejo Europeo y de las cumbres con terceros países. No obstante, para las primeras el orden del día se prepararía conjuntamente con la PC y respecto de las últimas, intervendrían conjuntamente la PCE y la PC cuando se celebrasen en España, como por ejemplo, la Cumbre UE-Marruecos o la Cumbre UE-América Latina.

2.1.2. *Lanzamiento del Servicio Europeo de Acción Exterior*

Otro aspecto institucional destacable en el que ha colaborado la Presidencia española con la AR y el PE de una manera eficaz, ha sido en el desarrollo de la normativa para la implantación del Servicio Europeo de Acción Exterior (SEAE). De este modo, la AR, la PC y el PE alcanzaron un acuerdo el 21 de junio de 2010 en su reunión de Madrid, con el fin de adoptar lo antes posible la Decisión del Consejo que permita la puesta en marcha del SEAE para el próximo otoño, lo que requerirá la adopción del Reglamento financiero y del Reglamento de Personal y de otros agentes al servicio de las instituciones de la UE, ya que el SEAE estará integrado por funcionarios del Consejo Europeo, de la Comisión Europea y de todos los países miembros.

2.1.3. *La PESC*

Como ya hemos indicado, la contribución de la Presidencia española en este terreno se realizó en estrecha colaboración y bajo las iniciativas adoptadas por la AR. Sin embargo, la huella de la diplomacia española se aprecia nítidamente tras algunas medidas importantes.

En el marco de la Política Común de Seguridad y Defensa (PCSD) aunque las gestiones españolas para constituir un Consejo en su formación de Ministros de Defensa diferenciado de la de Asuntos Exteriores no lograron prosperar, se alcanzaron algunos importantes avances.

El 31 de marzo, el Consejo adoptó la decisión de lanzar, a partir del 7 de abril, la Misión Militar para el entrenamiento de las fuerzas de seguridad somalíes en el territorio de Uganda (EUTM Somalia). Está misión, promovida por España, tiene como finalidad complementar en el territorio somalí la lucha contra la piratería que viene realizando la operación marítima Atalanta [5].

---

[4] Véase el RD 37/2009 de 23 de enero: *www.boe.es/boe/dias/2009/01/24/pdfs/BOE-A-2009-1168.pdf* (consultado el 20 de julio de 2010).

[5] Véase *http://www.consilium.europa.eu/App/NewsRoom/loadDocument.aspx?id=978&lang=ES&directory=en/esdp/&fileName=113646.pdf* (consultado el 21 de julio de 2010).

En el Consejo celebrado el 26 de abril se decidió potenciar los Grupos Tácticos de Combate (*Battle Groups*) en el horizonte de 2012; dotar a la Fuerza de reacción Rápida de una base aérea operativa desplegable y reforzar las competencias y actividades de la Agencia Europea de Defensa (AED); del Colegio Europeo de Seguridad y Defensa, introduciendo el programa de intercambio de jóvenes oficiales entre los países de la UE, así como el Centro de Satélites de la UE.

Además en este Consejo se adoptó un nuevo programa de cooperación con la OTAN y la hoja de ruta para la activación del sistema integrado de vigilancia marítima de la UE [6].

En el contexto específico de la Política Exterior Común, el terremoto de Haití irrumpió en la agenda oficial inicialmente establecida, obligando a celebrar un Consejo Extraordinario de Asuntos Exteriores, el 18 de enero, con el fin decidir la respuesta de la UE a esta catástrofe. Se aprobó un programa de ayuda humanitaria de emergencia por una cuantía de 30 millones de euros, adicionales a los 92 millones de euros comprometidos bilateralmente por los Estados miembros, junto con el envío urgente de equipos civiles y militares de rescate y reconstrucción.

El decisivo impulso aportado por la presidencia española en la reconstrucción de Haití, contrasta con los limitados resultados alcanzados en las cumbres celebradas en España con Marruecos y América Latina.

La Declaración Común, aprobada el 7 de marzo en Granada al finalizar la Cumbre, aunque realiza un examen de todos los ámbitos en los que se desarrolla la cooperación entre la UE y Marruecos, en el marco establecido por la Política de Vecindad y el Acuerdo de Asociación de 2000, no incluyó decisiones importantes y, en cambio, mostró la deliberada voluntad de la UE por evitar cualquier crítica al régimen marroquí en el ámbito de la protección de los derechos humanos y en el contencioso sobre el Sáhara Occidental, aspectos en los que el caso de Aminatou Haidar había demostrado unos meses antes la arbitrariedad del gobierno de Marruecos en el tratamiento de ambos temas [7].

A pesar del empeño dedicado tanto por la diplomacia española como por la Comisión Europea, la cumbre UE-América Latina y el Caribe, celebrada en Madrid los días 17 y 18 de mayo, no ha alcanzado los resultados esperados aunque, en rigor, tampoco se puede calificar como una ocasión perdida.

---

[6] Véase *http://www.consilium.europa.eu/App/NewsRoom/loadDocument.aspx?id=978&lang=ES&directory=en/esdp/&fileName=114737.pdf* (consultado el 21 de julio de 2010).

[7] El Acuerdo de Asociación puede consultarse en el *DO* L 070, de 18 de marzo de 2000, *http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000D0204:ES:HTML* (consultado el 20 de julio de 2010).

El Informe de la Comisión sobre el progreso en la implantación por Marruecos de la política de vecindad puede verse en su versión en francés en *http://ec.europa.eu/world/enp/pdf/progress2010/sec10_521_fr.pdf* (consultado el 22 de julio de 2010). En especial merecen leerse las observaciones críticas realizadas en el apartado de derechos humanos.

En efecto, se llevaron a cabo una serie de encuentros bilaterales (UE-México y UE-Chile) junto con las cumbres multilaterales (UE-MERCOSUR; UE-Centroamérica; UE-Comunidad Andina y UE-CARIFORUM) con resultados claramente desiguales.

Por una parte destacan la firma de sendos acuerdos de libre comercio con Colombia y Perú abiertos al resto de los países de la comunidad Andina; el Plan Ejecutivo Conjunto UE-México para colaborar en áreas de seguridad y lucha contra el narcotráfico y el terrorismo o la hoja de ruta para el desarrollo de la cooperación UE-Chile en educación y medioambiente. En el otro extremo, la cumbre con MERCOSUR sólo sirvió para desbloquear las negociaciones para el Acuerdo de Asociación iniciadas en 2000. Una década más tarde resultan evidentes las dificultades políticas y económicas en el seno de esta organización para alcanzar un acuerdo con la UE [8].

2.1.4. *La crisis financiera y la Estrategia Europa 2020*

Aunque el Programa de la Presidencia española contemplaba la adopción de una nueva estrategia económica y social que sustituyera a la fracasada Estrategia de Lisboa, adoptada en el Consejo Europeo de 2000, el riesgo de quiebra del Estado griego y los movimientos especulativos de los mercados mundiales contra el euro, obligaron a adoptar una serie de medidas jurídicas y económicas adicionales que han ocasionado un cambio sustancial en las políticas fiscal y financiera de la UE [9].

En efecto, el excesivo déficit público de la economía griega, que el gobierno de Papandreu estimó en un 12,7 por 100 del PIB, puso de manifiesto la grave situación financiera de uno de los países de la zona euro y, sobre todo, las graves deficiencias estadísticas y de control presupuestario de los países que constituyen la segunda moneda de reserva mundial junto con el dólar.

Naturalmente la incertidumbre creada por la situación griega provocó dos efectos inmediatos: una movilización especulativa contra el euro, especialmente contra las economías cuyo déficit había crecido excesivamente durante el último año como en España, y la necesidad de articular un plan de apoyo financiero al Estado griego por el resto de los países de la zona euro.

El plan de apoyo financiero a Grecia se estableció en 110.000 millones de euros en tres años, de los que 80.000 millones serían aportados por los países miembros del euro y los restantes 30.000 millones de euros procederían de un préstamo del Fondo Monetario Internacional (FMI). Este plan fue lanzado inicialmente por un acuerdo franco-alemán que más tarde tuvo que concre-

[8] Véase el Documento estratégico Regional 2007-2013: *http://www.eeas.europa.eu/mercosur/rsp/07_13_es.pdf* (consultado el 20 de julio de 2010).

[9] La Estrategia de Lisboa puede consultarse en *http://www.europarl.europa.eu/summits/lis1_es.htm* (consultado el 22 de julio de 2010).

tarse en una decisión del Eurogrupo junto con la COM y el Banco Central Europeo (BCE) en su reunión de 2 de mayo, en la que también se estableció el Memorándum de Entendimiento en el que se incluían los criterios de condicionalidad [10].

Sin embargo, el problema tenía una dimensión que alcanzaba al conjunto de la economía europea y, por extensión, de la economía mundial. En efecto, desde la entrada en circulación del euro el sistema financiero internacional se había poco a poco dividido entre los países que acumulaban reservas en dólares (China, Japón, etc.) y países que estaban acumulando reservas en euros (Rusia, países del Zagreb, etc.).

La inestabilidad del euro había desatado los movimientos especulativos contra la moneda europea que había alcanzado un tipo de cambio con el dólar excesivamente elevado (1,50 $USA). La principal causa de tales movimientos financieros radica en la pérdida de confianza por la falta de transparencia de la banca europea y las estadísticas oficiales de los países de la eurozona pero, sobre todo, para la falta de mecanismos de control presupuestario y fiscal de los países miembros del euro.

Para corregir estas deficiencias se realizaron varias reuniones, formales e informales, del ECOFIN y el tema fue objeto de un tratamiento especial en el Consejo Europeo de 25 y 26 de marzo, en el que se decidió: *a)* El establecimiento de una evaluación anual realizada por el Consejo Europeo de la evolución macroeconómica y de la estabilidad financiera de los países a partir de los informes elaborados por la Comisión, el Consejo y la Junta Europea de Riesgos Sistémicos; *b)* la obligatoriedad de comunicar al Consejo Europeo los planes nacionales de reforma económica que deberán coordinarse con los planes de convergencia y estabilidad; *c)* la posibilidad de que el consejo Europeo pueda adoptar recomendaciones que serán obligatorias para los países miembros que incumplan los objetivos de los planes nacionales; *d)* el estudio y preparación de un marco jurídico mejorado para la resolución de la crisis y la disciplina presupuestaria que deberá coordinarse en las reuniones del G-20 para su adopción antes de la conclusión de 2010 [11]. España fue uno de los primeros países en presentar un plan nacional de reforma y en someterse al control de la Comisión y el Consejo para reducir su excesivo déficit presupuestario al 3 por 100 en 2013.

La experiencia y, sobre todo, los acuerdos alcanzados tanto por la UE como por los países de la eurozona durante los meses de abril y mayo, permitió incorporar las principales medidas adoptadas como parte de la Estrategia Europea 2020, aprobada en el Consejo Europeo de primavera, sin renunciar

---

[10] Véase la declaración en *http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/100502-%20Eurogroup_statement.pdf* (consultado el 22 de julio de 2010). Véase el memorándum en *http://ikregeer.nl/document/blg-64017?format=pdf* (consultado el 22 de julio de 2010). El Informe de evaluación del programa de ajuste económico aprobado por el gobierno griego puede consultarse en *http://ec.europa.eu/economy_finance/articles/financial_operations/pdf/2010-07-06-greece_interim_review_en.pdf*.

[11] Véanse las conclusiones del Consejo Europeo en *http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=DOC/10/1&format=HTML&aged=0&language=ES&guiLanguage=fr*.

a los objetivos prioritarios que ya se habían formulado y que ahora se antojan mucho más difíciles de alcanzar en el horizonte del 2020.

Áreas	Objetivos	Acciones inmediatas
Social	1. Aumento hasta el 75 por 100 de la tasa de empleo entre 20 y 64 años. 2. Integración social mediante reducción de la pobreza. Creación de indicador aplicado.	1. Sin acciones concretas. 2. Estudio del tema Consejo Europeo de junio de 2010.
Educación y Ciencia	1. Mejorar la educación, reducir el abandono escolar especialmente en los estudios superiores. 2. Inversión 3 por 100 del PIB en la investigación y desarrollo. Creación de un indicador de I+D+i.	1. Fijar los porcentajes en el Consejo Europeo de junio de 2010. 2. Examen de medidas en octubre de 2010.
Energía	1. Aumento de las energías renovables al 20 por 100 del consumo final. 2. Aumento del 20 por 100 en el rendimiento energético.	Estudio de la política energética a principios de 2011.
Medioambiente	1. Reducción 20 por 100 gases efecto invernadero para el 2020. 2. Ampliación de la oferta de reducción al 30 por 100 condicionada a un compromiso de otros países en el acuerdo mundial del 2012.	Acciones concretas en el apartado de cambio climático.

Sin ningún género de dudas, los significativos avances alcanzados por la UE para reducir los déficits presupuestarios, limitar los efectos de la crisis financiera y reactivar las economías como condición necesaria para reducir el desempleo, habrían sido imposibles de alcanzar sin la activa intervención de los gobiernos francés y alemán junto con la exhaustiva labor de la diplomacia española.

2.1.5. *Un espacio de libertad, seguridad y justicia para los ciudadanos europeos*

Podemos afirmar que España ha trabajado muy seriamente para la consecución del objetivo de compatibilizar los derechos y libertades de los ciudadanos con su seguridad. Dos han sido los ejes estratégicos en los que la presidencia española pretendía avanzar: la cooperación policial, judicial e internacional y la lucha contra el terrorismo.

En este sentido, la presidencia española asumía, entre otros, el compromiso de consolidar un espacio de libertad, seguridad y justicia, atendiendo a los principios adoptados en el Programa de Estocolmo —*Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano*— [12]. El Programa de Estocolmo, aprobado para el periodo 2010-2014, constituye el mecanismo del que se dotan los 27 para garantizar ese espacio de seguridad y justicia, reforzando la cooperación policial y aduanera con una mejor coordinación de las actuaciones a escala regional, hecho que resulta fundamental para protegerse de las amenazas transnacionales. Estas amenazas ya fueron identificadas en las primeras iniciativas europeas, como en el Acuerdo sobre Cooperación en materia de Justicia e Interior, concertado después de la aprobación del Tratado de Ámsterdam, en el Plan de acción para luchar contra la delincuencia organizada de 1997, en la Resolución del Consejo sobre la prevención de la delincuencia organizada (1998), en el Plan de acción de Viena (1999) o en el antecesor del Programa de Estocolmo, el extinto Programa de La Haya (2006-2010). En todas ellas, se señalaba que el terrorismo y la delincuencia organizada, el tráfico de estupefacientes, la corrupción, la trata de seres humanos, la introducción ilegal de personas y el tráfico de armas, entre otros, seguían suponiendo un reto para la seguridad de la Unión.

Por ello, desde el comienzo, España ha trabajado para iniciar el procedimiento que implementara las medidas contempladas en el Programa de Estocolmo. Así, entre sus prioridades podemos señalar la adopción de la Estrategia de Seguridad Interior, la configuración de las funciones del Comité de Seguridad Interior (COSI, formado por directores generales de policía), el desarrollo de un marco que permita la creación ágil de «equipos conjuntos de cooperación policial» sobre el terreno con participación de, al menos, dos Estados miembros, la protección de las fronteras exteriores y la lucha contra la inmigración clandestina.

Si con la Estrategia Solana, de 2003, la Unión se dotaba de un marco con el que reivindicar su papel como actor global tras los atentados del 11-S, la cooperación en Justicia y Asuntos de Interior (JAI) no debía ser menos, si tenemos en cuenta los grandes esfuerzos que se han realizado a lo largo de los años para garantizar la seguridad del espacio interior y teniendo en cuenta, además, que con la aprobación del Tratado de Lisboa, donde la cooperación JAI se encuentra en la parte correspondiente al Funcionamiento de la UE, había perdido el protagonismo de tiempo atrás.

A pesar de que como hemos visto el fenómeno del crimen organizado ha sido considerado una amenaza cuyo tratamiento se incluye en el marco de los asuntos internos, no cabe duda de la vinculación del crimen organizado transnacional con los asuntos exteriores de los Estados y especialmente con la seguridad y defensa de Europa.

---

[12] Véase el *DOUE* C 115 (4 de mayo de 2010): *http://eur-lex.europa.eu/JOHtml.do?uri=OJ:C:2010:115:SOM:ES:HTML*.

El 25 de febrero de 2010, el Consejo de Justicia e Interior aprobó la *Estrategia de Seguridad Interior de la Unión Europea: Hacia un modelo europeo de seguridad,* que pretende ser el mecanismo intergubernamental por el que se den respuestas adecuadas a las nuevas amenazas a las que debe enfrentarse la Unión y ha de suponer un verdadero compromiso para seguir avanzando en el espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. Tal y como se afirma en su presentación, con esta Estrategia no se pretende crear competencias nuevas, sino integrar «las estrategias actuales y los enfoques conceptuales, reconociendo el marco constituido por el programa de Estocolmo». En este sentido, «el concepto de seguridad interior debe ser entendido como un concepto amplio e integral, multisectorial, capaz de afrontar los retos y desafíos que presenta el siglo XXI. Se debe trabajar en un concepto proactivo, donde la actuación vaya encaminada a la prevención y neutralización de los delincuentes internacionales, pero no sólo, pues también habla de otras amenazas y desafíos que repercuten directamente en la vida y bienestar de los ciudadanos europeos incluidos los actos de terrorismo, los desastres naturales y los producidos por el hombre.

El enfoque amplio e integral de la seguridad contempla medidas en una doble dimensión: horizontal y vertical. En la dimensión horizontal, los Estados no deben escatimar esfuerzos en mejorar la cooperación policial —para lo que se debe implementar el Comité Permanente de Cooperación Operativa en materia de Seguridad Interior (COSI)—, la gestión integral de las fronteras —con el fin no sólo de luchar contra la inmigración ilegal, sino también para difundir las mejores prácticas entre los guardias de fronteras— y los sistemas de justicia penal —donde Eurojust debe alcanzar su pleno potencial, siempre en el marco de la legislación aplicable—. El reto es armonizar las legislaciones, superar las barreras idiomáticas y convenir protocolos de trabajo comunes para impedir que la criminalidad transfronteriza se aproveche de las debilidades internas de la Unión Europea. La efectividad sobre el terreno descansa en las agencias, instituciones y organismos propios de la Unión Europea. Europol, Eurojust y Frontex tienen la responsabilidad de recopilar e intercambiar información, coordinar e intensificar la eficacia de las autoridades judiciales o cooperar en la gestión de las fronteras exteriores.

En cuanto a la dimensión vertical esta Estrategia señala que la seguridad debe contemplarse en varios niveles: la cooperación internacional, las políticas e iniciativas de la UE, la cooperación regional y las políticas nacionales y locales de los Estados miembros.

En lo que se refiere al enfoque proactivo, la Estrategia señala la necesidad de que se trabaje en la prevención y anticipación a las amenazas. Por ejemplo, la prevención de la delincuencia «implica abordar las raíces de las causas y no sólo los actos delictivos y sus consecuencias». Sin duda, la información e inteligencia resultan fundamentales para poder anticiparse a esos actos delictivos y encausar judicialmente a los criminales. Si bien es cierto que el Programa de La Haya ya permitió que se avanzara en el principio llamado de «disponibilidad», que prevé que los servicios policiales de un Estado

miembro pueda obtener de otro Estado miembro, cuando esté disponible, información de la que tiene necesidad en el ejercicio de sus funciones, hay que seguir trabajando en los sistemas de análisis de la información y sobre todo en los modelos de intercambio.

Así mismo, a pesar de que se ha dado un paso importante en la creación de redes que permiten intercambiar información, no sólo de delitos, sino también de delincuentes, como el ADN o las huellas dactilares, hay que profundizar en los mecanismos que fortalezcan y fomenten la confianza mutua entre las autoridades en materia de seguridad interior y desarrollar un Modelo Europeo de Intercambio de Información seguro y estructurado, donde, por supuesto, se respeten los derechos a la intimidad y protección de datos personales. «Este modelo incluirá todas las bases de datos de la UE que resulten relevantes para garantizar la seguridad en la UE permitiendo la interacción entre éstas, en la medida en que sea necesario y permitido, con el fin de proporcionar un intercambio eficaz de información en el conjunto de la UE, maximizando las oportunidades ofrecidas por las tecnologías biométricas y otras para mejorar la seguridad de nuestros ciudadanos dentro de un marco claro que también proteja su intimidad».

Esta Estrategia de Seguridad Interior también contempla un dimensión exterior, no debemos olvidar que el terrorismo o la delincuencia son fenómenos transnacionales que afectan tanto al espacio europeo como a terceros países, porque éstas y otras amenazas y desafíos son globales y como tales necesitan una solución global, en donde la cooperación y coordinación de políticas a nivel transnacional son tan necesarias como las que pueda implementar la Unión Europea en el interior de sus fronteras. «La UE en materia de seguridad en el exterior, no puede limitarse a alcanzar una mera colaboración entre las autoridades en materia de seguridad de los Estados miembros y las de otros países, especialmente los vecinos de la UE. Es necesario abordar las relaciones con otros países, a través de un enfoque global en materia de seguridad, trabajando conjuntamente con ellos, y cuando sea necesario, apoyando su desarrollo institucional, económico y social».

Así mismo, debe fortalecerse la cooperación y coordinación de todos los países con INTERPOL, además de desarrollar otros enfoques bilaterales, multilaterales y regionales para hacer frente a las amenazas señaladas anteriormente. Esta Estrategia, siguiendo con la vinculación de los asuntos internos y exteriores, llama la atención sobre los denominados «Estados débiles y fallidos» para que no se conviertan en centro de la delincuencia organizada, desde donde actúen y amenacen la seguridad y estabilidad de la UE y de la Sociedad Internacional. «En este sentido, la Estrategia de Seguridad Interior resulta un complemento imprescindible de la Estrategia de Seguridad de la Unión que, en el ámbito exterior, fue elaborada en 2003 por la Unión Europea, en el marco de su Política de Seguridad y Defensa, para hacer frente a los riesgos y amenazas mundiales».

Visto el contenido de la Estrategia de Seguridad Interior, cabe señalar que sin ser novedoso, ya hemos visto cómo la cooperación JAI tiene un recorrido

de más de cuarenta años, no deja de ser interesante la presentación de los riesgos, de los instrumentos y de los principios de actuación. Sin embargo, adolece de una especificidad en la división de las tareas, a la hora de implementar las medidas propuestas no distingue si son las autoridades de los Estados o la Unión quien debe llevarlas a cabo. Tampoco hay una definición clara de las políticas de las que se va a ocupar, sí establece que es una «política común de seguridad interior», sin embargo no existe ninguna política parecida definida en los Tratados de la Unión. El «modelo europeo de seguridad» basado en la cooperación intergubernamental, es más bien un submodelo, como sostiene Félix Arteaga [13] cuando afirma que «frente a la expectativa de un «modelo europeo de seguridad», la ESI presenta, en realidad, un modelo de cooperación intergubernamental en algunas materias de seguridad interior [...]. La ESI reconoce la interdependencia de la seguridad interior con otros sectores y se autodefine como complementaria de lo existente, sin embargo, no define, siquiera esquemáticamente, cómo se deben articular sus objetivos e instrumentos de cooperación con el resto de actores implicados en la seguridad en cualquiera de sus dimensiones, externas o internas». Entre otras carencias, se señala la falta de un concepto de seguridad en el que se engloben la seguridad interior y exterior, a pesar de reiterar que esta frontera está desapareciendo. Tampoco la ESI define los recursos materiales, tecnológicos y presupuestarios necesarios para una verdadera gestión de la seguridad interior, ni se precisa cómo se van a conseguir los objetivos propuestos. No obstante, y sin entrar profundamente en las causas de estas omisiones o indefiniciones o de sus posibles carencias, hay que reconocer la importancia de esta Estrategia de Seguridad Interior al hacer hincapié en la necesidad de que todos los países de la Unión Europea se conciencien de que delitos como el tráfico de drogas, los robos de vehículos, los ataques a mano armada y la delincuencia de alta tecnología para la usurpación de la identidad o la delincuencia financiera, entre otras, suponen una amenaza no sólo a la seguridad de la Unión, sino también un perjuicio para su economía. «No existe el riesgo cero, pero, a pesar de ello, la Unión debe crear un entorno seguro en el que las personas en Europa se sientan protegidas. Además, deben ponerse en práctica los mecanismos necesarios para mantener altos niveles de seguridad, no sólo dentro del territorio de la UE, sino también, en la medida de lo posible, cuando los ciudadanos viajen a terceros países o se encuentren en un entorno virtual como Internet». Buenos propósitos, cuyos medios para conseguirlos deben seguir siendo desarrollados en el seno de la Unión Europea y que han empezado con la adopción de una Estrategia de Seguridad Interior.

Otro de los grandes objetivos que perseguía la presidencia española era la cooperación trasatlántica en materia de lucha contra el terrorismo. Puesto que vivimos en un mundo globalizado donde las nuevas tecnologías e Inter-

[13] Arteaga, F.: «La Estrategia de Seguridad Interior de la Unión Europea», *ARI 75/2010*, de 25 de abril de 2010. Acceso web: *http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/defensa+y+seguridad/ari75-2010* (consultado el 24 de julio de 2010).

net se han convertido en algo cotidiano en nuestras vidas, no es de extrañar que también haya supuesto una revolución importante para las organizaciones criminales. Por ello, y aunque desde hace años se viene trabajando para evitar el uso fraudulento del sistema financiero internacional, era necesario establecer un acuerdo entre la Unión Europea y Estados Unidos para colaborar en la lucha contra el terrorismo, mediante el acceso a los datos bancarios, con el fin de atajar la financiación de estos grupos terroristas. En este sentido, el Parlamento Europeo ha aprobado la conclusión del Acuerdo relativo al tratamiento y la transferencia de datos de mensajería financiera de la Unión Europea a los Estados Unidos a efectos del Programa de Seguimiento de la Financiación del Terrorismo, conocido como SWIFT II, que entrará en vigor el próximo 1 de agosto. Tras la aprobación, el Consejo Europeo ha adoptado una decisión en la que se invita a la Comisión a presentar al Parlamento Europeo y al Consejo, a más tardar un año después de la fecha de entrada en vigor del Acuerdo, un marco jurídico y técnico para la extracción de los datos sobre el territorio de la UE.

Con este acuerdo la Unión Europea se va a dotar de un programa similar al que ya tiene Estados Unidos sobre seguimiento de la financiación del terrorismo y cuyo objeto es analizar los datos bancarios en suelo europeo para poder detectar aquellos movimientos de financiación que correspondan a actividades terroristas.

El Parlamento Europeo condicionó su aprobación a la inclusión de una serie de garantías. En este sentido, y en primer lugar, el acuerdo contempla como novedad que Europol pueda bloquear las transferencias de datos a Estados Unidos, solicitados por el Departamento del Tesoro, si no se verifica que esa información resulta necesaria en el contexto de la lucha antiterrorista. Además, está previsto que el uso de datos sea analizado por un grupo de supervisores independientes, incluyendo un representante de la UE designado por la Comisión y el Parlamento que podrá detener las investigaciones si a la vista de las pruebas resultaran ilegítimas. En segundo lugar, el Parlamento exigió que se establecieran mecanismos de reparación equivalentes a los que se aplican a los datos retenidos en el territorio de la Unión Europea. El nuevo texto establece que cualquier persona que crea que sus datos han sido tratados contraviniendo lo dispuesto en el acuerdo, podrá pedir «reparación efectiva por la vía administrativa y judicial al amparo de la legislación de la Unión Europea, sus Estados miembros y los Estados Unidos, respectivamente. A este fin y en lo que respecta a los datos transmitidos a los Estados Unidos conforme al presente Acuerdo, el Departamento del Tesoro de los EEUU, al aplicar su procedimiento administrativo, tratará equitativamente a todas las personas, con independencia de la nacionalidad o el país de residencia. Todas las personas, con independencia de su nacionalidad o su país de residencia, en el marco de la legislación de los EEUU, dispondrán de una vía de recurso judicial contra una acción de la administración que les perjudique».

Precisamente por la importancia del tema del que se trata, medidas preventivas para contrarrestar las actuaciones con fines terroristas, a la hora de

intercambiar datos no sólo se incluyen los datos de identificación del emisor o del destinatario, sino que algunos de esos datos pueden revelar «el origen étnico o racial, las opiniones políticas y religiosas u otras creencias, la pertenencia a un sindicato, o la salud y la vida sexual ("datos sensibles")», con lo que se corre el riesgo de atentar contra los derechos de los individuos. Por ello, «en el caso excepcional de que los datos extraídos incluyan datos sensibles, el Departamento del Tesoro de los EEUU protegerá dichos datos de conformidad con las salvaguardias y medidas de seguridad establecidas en el presente Acuerdo, dentro del mayor respeto y teniendo debidamente en cuenta su carácter particularmente sensible». Podemos afirmar que este compromiso de los Estados Unidos ha supuesto un logro importante para la diplomacia europea, al garantizar que estos datos no van a ser utilizados con fines diferentes a los de la lucha contra el terrorismo.

La Unión Europea debe dotarse de un Programa de Seguimiento de la Financiación del Terrorismo, teniendo en cuenta que el crecimiento del comercio internacional, el desarrollo de las nuevas tecnologías aplicadas a las comunicaciones y el gran volumen de dinero que circula en el sistema han favorecido no sólo el blanqueo de capitales, sino la financiación de actividades ilegales. En este sentido cabe señalar que el acuerdo firmado con Estados Unidos se enmarca dentro de esa línea de acciones para garantizar la seguridad interior y exterior de la Unión Europea. Este acuerdo favorecerá la lucha contra los actores ilícitos, en consonancia con otras medidas que también ha adoptado la Unión Europea a lo largo de este semestre de Presidencia española.

Cabe destacar también la Directiva adoptada contra el tráfico de seres humanos y la protección de sus víctimas, delito cometido por las mafias internacionales y que sólo con un instrumento basado en la cooperación internacional se podrá abordar para su prevención, persecución y punición. Por ello, el 4 de junio, los ministros europeos de Justicia «han acordado armonizar las penas de los delitos sobre el tráfico de seres humanos. Este texto obligará a los Estados miembros a actuar en tres frentes, el de la persecución de los autores de estos delitos, el de la protección de sus víctimas y el de la prevención de estas infracciones». Por último, destacar la Directiva sobre la lucha contra la explotación sexual de menores y la pornografía infantil, delitos ambos relacionados con el crimen organizado y con la utilización de la tecnología que permite ocultar los delitos. En este sentido, se está trabajando en la armonización de los tipos penales de estos delitos entre los Estados miembros de la Unión, cuestión que constituía uno de los aspectos de mayor complejidad.

En conclusión, un semestre lleno de actividad en el que los asuntos principales como el terrorismo o el crimen organizado, en todos los ámbitos y sectores, han sido abordados con la importancia y seriedad que requieren. Pese a que los actores ilícitos utilizan todos los instrumentos legales e ilegales para violentar al Sistema Internacional, la cooperación entre Estados u organizaciones internacionales y/o supranacionales que den un sentido global al concepto de seguridad resulta una herramienta fundamental para su

neutralización. Estos que hemos señalado aquí han sido sólo algunos de los pasos necesarios que se han dado, pero aún queda mucho por hacer en la lucha contra las amenazas internacionales para conseguir ese compromiso de un espacio de libertad, seguridad y justicia no sólo en el marco de la Unión Europea, sino también en terceros países.

3. SEGURIDAD INTERNACIONAL

3.1. El terrorismo nuclear: ¿cuarto pilar de la no proliferación?

Uno de los ejes de la nueva política de no proliferación de armamento de destrucción masiva (ADM) y desarme del Presidente Barack Obama ha sido su especial preocupación y las medidas adoptadas para prevenir los actos de terrorismo nuclear. Para la Secretaria de Estado Hilary Clinton «la amenaza más grave a la que se enfrenta EEUU es el peligro de que dichas armas caigan en manos de terroristas», mientras que el Presidente Obama lo definió, en su histórico discurso pronunciado en el centro de Praga el 5 de abril de 2009, como «la amenaza más inmediata y extrema a la seguridad global» [14].

En realidad, nadie sabe muy bien la relación existente entre terrorismo y ADM y, en particular, lo que se viene conociendo como «terrorismo nuclear». Sin embargo, teniendo en cuenta las consecuencias catastróficas que se podrían derivar de un uso de estas armas por parte de grupos terroristas (o bien, un ataque convencional contra instalaciones nucleares), por muy pequeña que parezca dicha posibilidad, es lo que ha movido a los gobiernos a adoptar acciones urgentes para, si no eliminar, minimizar el riesgo a través de una estrategia basada en la prevención.

Por ello, no resulta extraño que, en la presentación de la *Estrategia,* de la Administración Obama, *de control de armamentos y no proliferación*, hecha pública el 9 de julio de 2009 por el coordinador de la Casa Blanca para Control de Armamentos, Armas de Destrucción Masiva, Proliferación y Terrorismo, Gary Samore, se subrayase que la misma estaba basada en cuatro pilares:

> «(1) El desarme nuclear, en especial, las nuevas posiciones sobre la negociación de un acuerdo post-START [el nuevo Tratado de Reducción de Armas Estratégicas, firmado por los presidentes de Estados Unidos y Rusia el 26 de marzo de 2010], la ratificación del Tratado de Prohibición Completa de Ensayos Nucleares [TPCE/CTBT, aún no ratificado por Estados Unidos] y el comienzo de la negociación de un tratado verificable para la prohibición de la producción de

[14] *Remarks by President Barack Obama, Hradcany Square, Prague, Czech Republic*, The White House, Office of the Press Secretary, 5 de abril de 2009, *http://www.whitehouse.gov/the_press_office/Remarks-By-President-Barack-Obama-In-Prague-As-Delivered/*. El discurso íntegro, traducido al castellano, puede *escucharse* en la página web de RTVE, *http://www.rtve.es/mediateca/videos/20090405/discurso-integro-obama-praga/468651.shtml*. Existe una transcripción *no oficial* al español del discurso en la página web de la Fundación NPS (*No Proliferación para la Seguridad Global*), *http://npsglobal.org/esp/index.php/discursos/149-discursos/574-discurso-de-barack-obama-en-praga-5-abril-de-2009*. Para todas las referencias citadas, consulta de las páginas web el 15 de julio de 2010.

materiales fisibles con propósitos militares [FMCT o Fissban, por sus siglas en inglés].

(2) La no proliferación nuclear, especialmente, los riesgos más inmediatos que se derivan de los programas de Corea del Norte e Irán.

(3) La energía nuclear, reconociendo el derecho a su desarrollo, pero evitando que el anunciado «renacimiento nuclear» pueda dar lugar a una diseminación (incontrolada) de instalaciones nacionales de enriquecimiento de uranio.

(4) La Seguridad nuclear, tendente a garantizar la seguridad de todos los materiales nucleares mundiales y prevenir los actos de terrorismo».

En ese contexto, el Presidente Obama convocó en Washington (en una cita histórica desde 1945), a 47 Estados para debatir, en una Cumbre Internacional durante los días 12 y 13 de abril de 2010, acerca los principales retos que afectan a la seguridad nuclear, con especial atención a los posibles actos de terrorismo. La Cumbre se celebró, además, en la antesala de la Conferencia de Revisión del Tratado de No Proliferación Nuclear (TNP) de mayo de 2010 y tras anunciar Estados Unidos que, a los tres pilares globales de la no proliferación (no proliferación, desarme y usos pacíficos de la energía nuclear), había que añadir un cuarto: la prevención del terrorismo nuclear [15]. Sin embargo, el TNP en rigor no se refiere a la posible utilización de armamento nuclear por parte de actores no estatales, lo que provocó, en un primer momento, algunos disensos más que consensos en torno a la finalidad de la iniciativa.

Entre las ausencias más notables de la Cumbre figuraban Corea del Norte, Irán y Siria, que no fueron invitados. El Primer Ministro israelí, pese a estar invitado, canceló su participación el día antes del inicio de la Cumbre (ante las presiones de algunos Estados, como Egipto y Turquía, para que Israel firmase el TNP y revelase su arsenal nuclear) y en su lugar asistió el Viceprimer Ministro y Ministro de Inteligencia y Energía Atómica. Además, hay que tener en cuenta que a la lista inicial de Estados invitados (37) se añadieron otros nueve, por expreso deseo de éstos (entre ellos Argelia, Armenia y Malasia), además del Presidente del Consejo Europeo, Herman Van Rompuy, el Director General del Organismo Internacional de la Energía Atómica (OIEA), Yukiya Amano y el Secretario General de Naciones Unidas, Ban Ki-moon. De especial significado fue la participación en la Cumbre de dos Estados de gran preocupación, India y Pakistán, ambos potencias nucleares *de facto*, no Partes en el TNP, sí signatarias del TPCE/CTBT, y con cuyos máximos mandatarios el Presidente Obama celebró sendos encuentros bilaterales. Pese a la preocupación internacional con respecto a la situación del arsenal nuclear paquistaní y la posibilidad de que éste pueda caer en manos de Al-Qaeda, el Primer Ministro pakistaní aseguró durante la Cumbre que las armas se encuentran protegidas por el Ejército, en contra de las opiniones de la mayoría de los expertos, que aseguran que se trata del arsenal más vulnerable.

---

[15] CLINTON, H., «The Next Steps on Nonproliferation», *Foreign Policy*, 28 de octubre de 2009, *http://www.foreignpolicy.com/articles/2009/10/28/the_next_steps_on_nonproliferation* (acceso el 16 de julio de 2010).

Por lo que se refiere a España, su inclusión en la «lista inicial de invitados», coincidiendo con la primera visita del Presidente del Gobierno, José Luis Rodríguez Zapatero, a Estados Unidos, en octubre de 2009, fue considerado como un gesto de acercamiento de Washington a Madrid, con vistas a una dinamización de las relaciones bilaterales. Hay que tener en cuenta que la Cumbre se celebró durante el semestre de presidencia española del Consejo de la UE y su preparación coincidió, además, con la elaboración de la Decisión del Consejo (coordinada por la presidencia española) relativa a la posición de la Unión en la Conferencia de 2010 de las Partes encargadas del examen del TNP.

3.2. Significado y resultados de la Cumbre

El principal objetivo de la convocatoria de una Cumbre sobre Seguridad Nuclear ya fue puesto de manifiesto por el Presidente Obama en su discurso de Praga:

> «Debemos asegurarnos de que los terroristas nunca adquieran un arma nuclear. Esta es la amenaza más inmediata y extrema a la seguridad global. Un terrorista con un arma nuclear podría desatar una destrucción masiva. Al-Qaeda ha dicho que busca una bomba y que no tendría ningún problema en usarla. Y sabemos que existe material nuclear no seguro en todo el mundo. Para proteger a nuestro pueblo debemos actuar de forma decisiva, sin demora».

Para ello, Obama anunció:

> «Un nuevo esfuerzo internacional para asegurar todos los materiales nucleares vulnerables en todo el mundo en cuatro años. Vamos a establecer nuevas normas, ampliar nuestra cooperación con Rusia, buscar nuevas alianzas para asegurar estos materiales sensibles».

Uno de los principales obstáculos de dicha concepción consistía en circunscribir prácticamente los problemas relacionados con la seguridad nuclear a los actos de terrorismo nuclear, concepción no compartida por muchos Estados participantes en la Cumbre. Otros, en cambio, consideraban los materiales nucleares como útiles instrumentos para su progreso económico y tecnológico y veían la iniciativa como un intento de controlar su desarrollo nuclear por parte de los países más avanzados; por último, un tercer grupo de Estados defendía que el terrorismo nuclear constituía una amenaza sobredimensionada y que afecta principalmente a los Estados nucleares.

La finalidad última de la Cumbre era ya en sí muy ambiciosa: terminar (en tan sólo cuatro años) con los mercados negros, interceptar los materiales en tránsito y utilizar instrumentos financieros para impedir el comercio ilícito de materiales nucleares. El *Comunicado Final* del encuentro (no vinculante) reitera la voluntad de los participantes a la hora de asegurar los materiales nucleares en cuatro años, mientras que el *Plan de Trabajo* contempla medidas específicas sobre las formas de aplicación de los objetivos y compromisos contenidos en el Comunicado, en cuyo preámbulo se señala:

«Además de nuestros objetivos comunes de desarme nuclear, no proliferación nuclear y los usos pacíficos de la energía nuclear, también todos comparten el objetivo de la seguridad nuclear. Por lo tanto, los aquí reunidos en Washington, DC, el 13 de abril de 2010, nos comprometemos a reforzar la seguridad nuclear y reducir la amenaza del terrorismo nuclear. El éxito requerirá acciones nacionales responsables y una cooperación internacional sostenida y eficaz. Acogemos con beneplácito y nos sumamos al llamamiento del Presidente Obama para asegurar todos los materiales nucleares vulnerables en cuatro años, a medida que trabajemos juntos para mejorar la seguridad nuclear» [16].

Entre las medidas específicas que contempla el Plan de Trabajo figuran:

«— La necesidad de revisar las exigencias nacionales de leyes y reglamentos relacionados con la seguridad nuclear y el tráfico de materiales nucleares;

— convertir las instalaciones civiles que utilizan uranio altamente enriquecido (UAE) para materiales utilizables para otros usos no militares;

— investigar nuevos combustibles nucleares, métodos y técnicas forenses de detección;

— desarrollar culturas empresariales e institucionales que otorguen prioridad a la seguridad nuclear;

— educar y capacitar, para asegurar que los Estados y las instalaciones tengan el personal necesario para proteger sus materiales;

— realizar ejercicios conjuntos con oficiales para aplicar las leyes y con funcionarios de aduanas, para mejorar los enfoques de la detección nuclear».

A destacar de forma especial el reconocimiento que se hace en el Plan de Acción de la importancia de la Convención Internacional para la Supresión de los Actos de Terrorismo Nuclear (firmada, pero no ratificada por Estados Unidos) y de la Convención sobre la Protección Física de los Materiales Nucleares y su Protocolo de Enmienda de 2005 (no firmado tampoco por Estados Unidos), promoviendo la universalidad y la aplicación de ambos instrumentos internacionales lo antes posible.

Además del Comunicado Final de la Cumbre los verdaderos resultados de la misma están en los compromisos específicos de seguridad nuclear adquiridos por algunos Estados. Es el caso de Chile, que una semana antes de iniciarse la Cumbre anunciaba que había eliminado 18 kilos de UAE almacenados en su territorio. Este anuncio previo marcaba un ejemplo claro del tipo de compromisos que se pretendía alcanzar en la Cumbre. Por su parte, Ucrania anunció que, en un periodo de dos años, eliminaría 90 kilos de UAE almacenado en su territorio, mientras que Estados Unidos y Rusia declararon que eliminarán un total de 68 toneladas métricas de plutonio (34 toneladas métricas cada uno). Rusia también ha anunciado que cerrará un centro dedicado a la producción de plutonio en Zheleznogorsk, mientras que Kazajistán se ha comprometido a la conversión de un reactor de investiga-

[16] El texto oficial en inglés del comunicado pude consultarse en línea, en la página web del Departamento de Estado de Estados Unidos: *http://fpc.state.gov/documents/organization/140355.pdf*. Para una relación completa de todos los documentos relevantes de la Cumbre, incluido el Plan de Trabajo y los encuentros bilaterales celebrados, véase el sitio oficial del Departamento de Estado de Estados Unidos, *http://www.state.gov/nuclearsummit* (acceso el 16 de julio de 2010).

ción que utiliza UAE y a trabajar en el cierre definitivo del reactor BN-350. Asimismo, México también se ha comprometido a dejar de utilizar UAE en su reactor de investigación, en colaboración con el OIEA. Hasta la fecha el Organismo ha logrado retirar 2.692 kilos de material fisible en 37 Estados y pretende recoger otros 1.900 kilos en los próximos años. Hay que destacar que para alcanzar ese objetivo el Presidente Obama ha solicitado al Congreso un aumento del 67 por 100 del presupuesto de la National Nuclear Security Administration (NNSA), hasta los 1.600 millones de dólares en el año 2011.

La Cumbre tendrá su continuidad en el mes de diciembre, con una reunión de evaluación de resultados a nivel de expertos y una serie de contactos bilaterales con aquellos Estados que «no pudieron» participar en la misma, con el objeto de explicarles sus objetivos y ampliar el diálogo a un grupo mayor de países. En 2012, los líderes se reunirán en la República de Corea para evaluar el trabajo posterior a la Cumbre de Washington y establecer nuevas metas en materia de seguridad nuclear.

Por lo que se refiere a España, tendrá en los próximos años un papel decisivo en materia de lucha contra el terrorismo nuclear, tras ser elegida, en el plenario celebrado en Abu Dhabi el 29 de junio de 2010, coordinadora del Grupo de Aplicación y Valoración de la Iniciativa Global para Combatir el Terrorismo Nuclear (IGCTN). Dicha iniciativa fue establecida en junio de 2006 por los presidentes Bush y Putin, con motivo de la Cumbre bilateral celebrada en San Petersburgo, y ya se han adherido a la misma 88 Estados [17]. Su objetivo principal es mejorar las capacidades operativas de sus miembros en materia de prevención y detención para evitar la adquisición de material nuclear o su utilización por parte de grupos terroristas.

El director de la Oficina de Terrorismo de Armas de Destrucción Masiva de la Secretaría de Estado de Estados Unidos, Thomas Lowe, destacó que la elección de España, por unanimidad, para que sea coordinadora durante tres años de la iniciativa responde a que «es un elemento importante y efectivo en la lucha mundial contra el terrorismo y la proliferación nuclear». En ese sentido, indicó que, entre los criterios para elegir a España, destacó su gran interés y protagonismo en la IGCTN.

Lo que no parece estar claro aún es si la IGCTN será una iniciativa más, diferente de las ya existentes (algo que, en nuestra opinión, debería evitarse) o bien, viene a completar el marco ya definido en la Cumbre de Seguridad Nuclear, como motor de integración de los esfuerzos multilaterales y coordinación de sinergias en materia de lucha contra el terrorismo nuclear (y que básicamente, se basa en una estrategia de prevención) en la cual, el OIEA debería tener un papel esencial, por encima de los intereses particulares de los gobiernos.

---

[17] En el plenario de Abu Dhabi se aceptó la incorporación como nuevos miembros de Argentina, Filipinas, México, Singapur, Tailandia y Vietnam. Son, además, observadores, el OIEA, la UE, la INTERPOL y la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC). Para información completa sobre la iniciativa, véase *http://www.state.gov/t/isn/c18406.htm* (acceso el 16 de julio de 2010).

4. POLÍTICA EXTERIOR ESPAÑOLA

Aunque ya hemos señalado que la actividad exterior española estuvo en gran medida centrada en enfrentar los retos y resolver los problemas surgidos durante la Presidencia española del Consejo de la UE, no podemos ignorar dos importantes medidas adoptadas durante el semestre en el estricto marco nacional: el Plan Anual de Cooperación Internacional (PACI) para 2010 y el II Plan Nacional para la alianza de Civilizaciones (2010-2014) [18].

Respecto al PACI 2010, el instrumento que agrupa toda la Ayuda Oficial al desarrollo aportada por España anualmente, destaca la reducción de 15 millones de euros respecto al de 2009 a pesar de que en términos relativos ha supuesto un ligero incremento del 0,01 por 100 de la Renta Nacional Bruta. Esta aparente paradoja se explica por la reducción que ha experimentado la Renta Nacional como consecuencia de la crisis económica.

Entre las prioridades temáticas destacan: *a)* la ayuda a los países socios en la lucha contra la crisis financiera y económica; *b)* el desarrollo rural, agrícola y la seguridad alimentaria, y *c)* la lucha contra el cambio climático. No obstante, las restricciones presupuestarias impuestas por el Real Decreto Ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas para la reducción del déficit público [19], afectarán directamente al personal cooperante contratado durante este año e indirectamente al desarrollo de nuevos proyectos de cooperación internacional y a la ejecución de la mayoría de los proyectos plurianuales, por lo que habrá que aguardar al seguimiento del PACI que se realizará durante 2011 para saber el impacto exacto que habrá provocado el ajuste presupuestario.

En cuanto al II Plan Nacional para la Alianza de Civilizaciones, amplía su duración a cuatro años, con una revisión bianual, además de incluir cuatro ámbitos prioritarios de actuación: educación, juventud, migración y medios de comunicación. Uno de los aspectos más preocupantes de este II Plan Nacional, al igual que ya ocurriera con el primero, es la excesiva opacidad respecto de los proyectos previstos, el grado de ejecución de los aprobados en el Plan anterior y, sobre todo, el coste presupuestario que supondrá. En efecto, en el apartado 6 de Organización se especifica que cada Ministerio deberá aprobar en el plazo de dos meses su propio plan en el que se incluyan los proyectos, programas y actividades que desarrollarán y que «se financiarán con los créditos efectivamente disponibles por cada departamento, que para el ejercicio 2010 no podrán suponer aumento neto de gasto y deberán desa-

---

[18] Véase el PACI aprobado por Consejo de Ministros del 12 de febrero de 2010: *http://www.aecid.es/export/sites/default/web/galerias/programas/Vita/descargas/PACI_2010_versionprovisional.pdf* (consultado el 23 de julio de 2010). El II Plan Nacional para la alianza de Civilizaciones puede consultarse en *http://www.pnac.es/NR/rdonlyres/63F0355E-6859-4E22-9FF2-7621C623C74F/109686/BOEA20108193.pdf* (consultado el 23 de julio de 2010).

[19] Véase el texto del Real Decreto Ley en *http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/act.php?c=3&item=2010/08228*.

rrollarse conforme a lo dispuesto en el Plan de Acción inmediata para 2010». En consecuencia y tras más de dos años de ejecución de la Alianza de Civilizaciones resulta imposible realizar una valoración de conjunto de sus costes/resultados, un aspecto especialmente preocupante en el contexto de crisis económica y de paro excesivo que está experimentando el país.

V. INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN

A) DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

Selección y coordinación a cargo de:
Romualdo BERMEJO
Catedrático de Derecho Internacional Público
Universidad de León

SUMARIO: 1. ESPAÑA IMPULSA LAS INVERSIONES EXTRANJERAS EN LA CUENCA MEDITERRÁNEA MEDIANTE EL APPRI CON LIBIA.—2. EL ESTATUTO JURÍDICO DE LA IATA EN ESPAÑA. SÍ, ¿POR QUÉ NO? PERO ASÍ, NO.—3. LA NUEVA ESTRATEGIA NUCLEAR ESTADOUNIDENSE: ¿UN FUTURO LIBRE DE ARMAS NUCLEARES?—4. PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL PARA PERSONAS PERTENECIENTES A LA MINORÍA ROMANÍ: COMENTARIO SOBRE LA SENTENCIA DEL TEDH DE 8 DE DICIEMBRE DE 2009, EN EL ASUNTO *MUÑOZ DÍAZ C. ESPAÑA*.—5. REFLEXIONES CON OCASIÓN DE LA CELEBRACIÓN DEL III FORO DE LA ALIANZA DE CIVILIZACIONES (RÍO DE JANEIRO, 27-29 DE MAYO DE 2010): ¿QUÉ FUTURO PARA LA DIVERSIDAD DE LAS EXPRESIONES CULTURALES?—6. AVANCES RECIENTES EN LA COOPERACIÓN EN MATERIA DE LUCHA CONTRA EL TERRORISMO ENTRE LA UNIÓN EUROPEA Y LOS ESTADOS UNIDOS: LA DECLARACIÓN CONJUNTA DE 3 DE JUNIO DE 2010 SUSCRIPTA EN EL MARCO DE LA PRESIDENCIA ESPAÑOLA DE LA UNIÓN EUROPEA.—7. UNA OPORTUNIDAD PERDIDA: APRECIACIONES SOBRE EL FALLO DEL TRIBUNAL INTERNACIONAL DE JUSTICIA SOBRE EL ASUNTO DE LAS PAPELERAS EN EL RÍO URUGUAY Y LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DEL MEDIO AMBIENTE.

1. ESPAÑA IMPULSA LAS INVERSIONES EXTRANJERAS EN LA CUENCA MEDITERRÁNEA MEDIANTE EL APPRI CON LIBIA

1. El 1 de agosto de 2009 entró en vigor el Acuerdo para la Promoción y la Protección Recíproca de las Inversiones (APPRI) celebrado entre España y Libia (*BOE* de 1 de octubre de 2009). Este APPRI completa la nómina de acuerdos convenidos por España con los Estados árabes de la cuenca sur del Mediterráneo [por orden de publicación: Egipto (*BOE* de 30 de junio de 1994); Túnez (*BOE* de 20 de julio de 1994); Argelia (*BOE* de 8 de marzo de 1996); Líbano (*BOE* de 22 de mayo de 1997); Siria (*BOE* de 18 de febrero de 2005) y Marruecos (*BOE* de 11 de abril de

2005)]. En cuanto a Libia, el acuerdo supone un nuevo paso en su política convencional de promoción y protección de las inversiones extranjeras, limitada hasta el año 2002 tan sólo a ciertos países árabes vecinos (Túnez, Egipto, Marruecos y Siria) y al muy primitivo APPRI con Malta (8 de febrero de 1973). En concreto, se trata del sexto APPRI celebrado por Libia con Estados europeos desde 2002, después de los concluidos, por este orden, con Austria, Italia, Portugal, Suiza y la Unión Belgo-Luxemburguesa.

Desde la perspectiva de los intereses españoles huelga destacar las oportunidades de inversión que presenta Libia, sobre todo en el sector petrolífero. Tampoco conviene olvidar la intensa actividad que en los últimos años vienen desempeñando los fondos soberanos al calor de las necesidades de financiación de la mayoría de economías occidentales, entre ellos aquel gestionado por la Libyan Investment Authority. Según los datos de la Secretaría de Estado de Comercio, en 2008 las importaciones españolas desde Libia fueron ligeramente superiores a 3.100 millones de euros, mientras que las exportaciones durante el mismo ejercicio casi alcanzaron los 250 millones de euros. Para analizar el APPRI con Libia se sigue el esquema que venimos reproduciendo en los anteriores números de esta misma publicación y, por tanto, se examinan las disposiciones que regulan el concepto de inversor y de inversión, así como el ámbito territorial y temporal de aplicación del APPRI.

2. En cuanto al concepto de inversión, en línea con los compromisos que comúnmente establecen los Estados en este tipo de relaciones convencionales, el APPRI con Libia adopta una definición amplia (art. 1.1). En aquella categoría se incluyen 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 Contratante», siempre que éstas se hayan efectuado de conformidad con las leyes y reglamentos de la primera. Cabe entender protegidos a los inversores extranjeros que sean titulares de acciones en sociedades constituidas en el Estado receptor y que resulten afectados no sólo directamente en sus derechos accionariales, sino también como resultado de cualquier medida adoptada injustificadamente sobre la sociedad local (art. 5.5). Esta última opción, que refuerza las garantías concedidas al inversor extranjero, no ha sido utilizada de manera generalizada en la práctica española, y tan sólo se contempla por algunos APPRI españoles de primera (Venezuela, Costa Rica o Panamá) y segunda (Nigeria, Moldavia, Macedonia, Colombia o Kuwait) generación.

Por lo que se refiere al concepto de inversor (art. 1.2), el APPRI con Libia sigue el modelo que viene generalizándose en la segunda generación de acuerdos españoles y que, por ejemplo, se emplea en los APPRI celebrados por España con Marruecos y Siria. En este sentido, se considera inversores a las personas físicas o jurídicas de una de las partes contratantes que realicen inversiones en el territorio de la otra parte, entendiendo como personas físicas a quienes sean considerados nacionales por la legislación de cada parte, y como personas jurídicas a las entidades constituidas u organizadas de conformidad con la legislación aplicable de una parte contratante y con domicilio social en el territorio de esa misma parte contratante. En suma, se impone el criterio de la nacionalidad para las personas físicas y el lugar de constitución y la sede para las personas jurídicas. A propósito del comentario realizado *supra* sobre los fondos soberanos, pese a que en el APPRI con Libia no se han incluido expresamente a estas entidades en el concepto de inversores como sucede en otros APPRI celebrados por España (art. 1.2 del APPRI con Kuwait), entendemos que cabría también acogerlas si se interpreta de manera extensiva la expresión «cualquier otra entidad jurídica».

En otro orden de cosas, el art. 1.4 del APPRI dispone su aplicación sobre el espacio territorial de las Partes, así como sobre los espacios marinos donde ambas posean soberanía o jurisdicción conforme al Derecho Internacional (DI) general. Respecto a su ámbito de aplicación temporal, el APPRI con Libia tiene prevista una duración inicial de diez años, transcurridos los cuales se prevé su prórroga indefinida salvo que las partes notifiquen su intención de terminarlo. La terminación surtiría efecto un año después de la fecha de dicha notificación (art. 14.2). Como resulta frecuente en este sector del DI, las principales obligaciones sustantivas y procesales se mantienen en vigor por un periodo adicional de diez años a partir de la eventual fecha de terminación del APPRI (art. 14.3), con el objeto de proteger exclusivamente aquellas inversiones realizadas durante su periodo de vigencia. Asimismo el APPRI se aplica sobre todas las inversiones realizadas en ambas Partes, también sobre aquellas establecidas con anterioridad al 1 de agosto de 2009, pero sólo a las controversias surgidas a partir de su entrada en vigor (art. 12).

3. Las obligaciones de promoción y protección resultan esenciales en los APPRI. En relación con la primera, el APPRI con Libia acoge la redacción tradicionalmente utilizada en la práctica convencional y, por tanto, mantiene su consideración como un mandato de comportamiento (art. 2). Tampoco se introduce ningún cambio sustantivo en la obligación de protección que, siguiendo la práctica mayoritaria concede un trato justo y equitativo a las inversiones extranjeras de manera autónoma al estándar mínimo de trato del DI (art. 3.1). Tanto las inversiones como los inversores también quedan amparados por los principios de trato nacional (TN) y de nación más favorecida (NMF) (arts. 4.1 y 4.2, respectivamente), salvo en los ya habituales casos de pertenencia a zonas de libre cambio o uniones aduaneras, así como para las cuestiones de carácter tributario (art. 4.3).

Otra de las cuestiones que tradicionalmente forma parte de los APPRI es la obligación de no expropiar o nacionalizar injustificadamente las inversiones extranjeras legalmente constituidas en el Estado receptor (art. 5.1). Cuando se adopte cualquiera de estas medidas de manera no discriminatoria y en los casos de utilidad pública aquel Estado debe proceder al pago de una «indemnización rápida, adecuada y efectiva» al inversor extranjero, ya sea éste titular de una inversión directa o indirecta (*supra*, numeral 2). Dicha indemnización, que incluye intereses desde la fecha de la expropiación hasta el momento del pago, debe tener en consideración el valor de mercado (art. 5.2). Asimismo, la indemnización se efectúa en moneda libremente convertible y «será efectivamente realizable y libremente transferible» (art. 5.3). Interesa destacar que adicionalmente se faculta al inversor extranjero para solicitar la revisión judicial o administrativa del expediente expropiatorio en el propio Estado receptor, conforme a los principios establecidos en el APPRI (art. 5.4).

La cláusula de compensación por pérdidas usualmente contenida en los APPRI asegura una indemnización a los inversores extranjeros bajo los principios de TN y NMF (art. 6.1), cuando sus inversiones sufran daños a resultas de un conflicto de carácter interno o internacional en el Estado receptor. El modelo de cláusula de compensación por pérdidas utilizado por España en sus relaciones convencionales no es uniforme. Así, con los Estados iberoamericanos la compensación se limita a los daños resultantes de un conflicto armado de carácter interno o internacional. Mientras que con el resto de Estados la compensación se extiende también a los daños causados por los órganos del Estado receptor como consecuencia de una actuación desproporcionada de sus fuerzas armadas. El APPRI con Libia sigue esta última tendencia y garantiza adicionalmente los daños resultantes de la requisa o destrucción total o parcial de la inversión por parte de las fuerzas o autoridades del Estado receptor

(art. 6.2). La misma redacción se prevé en el APPRI convenido por Libia con Austria (art. 5), si bien con el resto de Estados europeos prevalece una solución más restrictiva (véase el art. 7 del APPRI con Portugal; el art. 6.2 del APPRI con Suiza; y el art. 7.4 del APPRI con la Unión Belgo-Luxemburguesa). En cuanto a la obligación de respetar la libre transferencia de todos los pagos relacionados con la inversión desde el Estado receptor, el APPRI reconoce este mandato con carácter general (art. 7.1) e identifica ciertas condiciones para su ejercicio sin demora y en moneda libremente convertible (art. 7.2). A la vista de los arts. 6 y 7 del APPRI, puede concluirse que este acuerdo mantiene una redacción clásica y afín al modelo que habitualmente emplea España en nuestros días con aquellos Estados no iberoamericanos.

4. Por el contrario, otras disposiciones del APPRI presentan una mayor novedad e incluso resultan pioneras en la práctica convencional española. En particular, en sendos apartados del art. 8 destaca la referencia efectuada al derecho de las partes a establecer sus propios niveles de protección medioambiental. Las medidas nacionales adoptadas con esta finalidad, según el apartado 4.º, no deben ser arbitrarias ni menoscabar los derechos reconocidos en el APPRI y, en virtud del apartado 5.º, las partes consideran inadecuado fomentar las inversiones en sus respectivos territorios «en detrimento de las leyes medioambientales nacionales». Estas referencias al medio ambiente en la política convencional demuestran la interacción entre ambos sectores del DI, reconocida ya por algunos precedentes arbitrales dictados en el seno del Centro Internacional para el Arreglo de las Diferencias relativas a Inversiones (CIADI). A este respecto debe también recordarse que, en el ámbito comunitario, la Comisión Europea viene promocionando la introducción de los aspectos medioambientales en el marco de la política convencional relacionada con la promoción y la protección de las inversiones extranjeras [véase el documento preparado por la Dirección General de Comercio: «Note for the Attention of the 133 Committee: Upgrading the EU Investment Policy» (30 de mayo de 2006)]; mientras que en el ámbito internacional, los modelos de APPRI estadounidense (art. 12) y canadiense (art. 11), también han incorporado disposiciones en este mismo sentido. Asimismo, el art. 5 del APPRI celebrado entre Libia y la Unión Belgo-Luxemburguesa (2004), titulado «Medio ambiente», incorpora, además de los citados, otra serie de mandatos más generales como el deber de esforzarse por cumplir los respectivos compromisos internacionales de carácter medioambiental y de cooperar en esta materia mediante la celebración de consultas técnicas entre las partes.

Menos novedades presenta otra serie de disposiciones de carácter sustantivo en la práctica española de segunda generación. Por lo que se refiere a las relaciones de compatibilidad entre el APPRI y otras normas nacionales o internacionales, siguiendo el principio *favor inversionis* reconocido en el art. 8 del APPRI: «1. 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 en que sean más favorables. 2. Las condiciones más favorables que las del presente Acuerdo que una de las partes contratantes haya convenido con inversores de la otra Parte Contratante no se verán afectadas por el presente Acuerdo». El APPRI también otorga prioridad a las obligaciones que el Estado receptor hubiera contraído con el inversor extranjero de manera particular, generalmente por medio de un contrato de inversión. Como viene haciéndose cada vez más habitual en la segunda generación de APPRI

españoles, este acuerdo prevé una cláusula de cobertura en su art. 3.2 con el siguiente tenor: «Cada parte contratante cumplirá todos los compromisos adquiridos por escrito en relación con las inversiones de los inversores de la otra parte contratante».

Para proporcionar mayores garantías a los inversores extranjeros el art. 9 del APPRI con Libia incorpora una cláusula de subrogación, prevista para los casos donde el Estado de origen efectúa el pago de «una indemnización, garantía o contrato de seguro contra riesgos no comerciales en relación con una inversión efectuada por alguno de sus inversores», mediante la que se reconoce la facultad del Estado de origen para ejercer, por subrogación, aquel derecho o crédito del inversor extranjero contra el Estado receptor. El Estado de origen, por tanto, se convierte en el beneficiario directo de cualquier pago en concepto de indemnización u otra compensación a que pueda tener derecho el inversor y, desde un plano estrictamente procesal, el Estado receptor no podrá alegar como excepción en el marco de un arbitraje de inversiones que «el inversor ha recibido o va a recibir, en virtud de una garantía o de un contrato de seguro, una indemnización u otra compensación por la totalidad o una parte de los daños en cuestión» (art. 11.4).

Por otra parte, aunque se trata de un precepto completamente declarativo del DI general, se regula expresamente en el APPRI la posibilidad de que las partes convengan alterar su contenido, de conformidad con las normas sobre enmienda de los tratados (art. 13). Asimismo, el APPRI guarda silencio sobre la facultad de las partes para mantener consultas diplomáticas relacionadas con la interpretación y la aplicación del APPRI, aunque dado el incipiente protagonismo de este tipo de consultas conviene recordar que las mismas no pueden interferir en ninguna controversia inversor-Estado ya iniciada y deben siempre mantenerse dentro de las coordenadas previstas por el art. 27 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados (Convenio CIADI) (*BOE* de 13 de septiembre de 1994), que excluye el ejercicio de la protección diplomática por parte de los Estados miembros de tal Convenio salvo en los casos donde «el Estado Contratante no haya acatado el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo».

Para finalizar el apartado relativo a los preceptos que habitualmente reglamentan los APPRI, conviene señalar que el acuerdo examinado prescinde de algunas disposiciones que han sido utilizadas por Libia en su política convencional con otros Estados europeos. Entre las más relevantes destaca, por ejemplo, la no inclusión de un enunciado que relacione la promoción y la protección de las inversiones con las condiciones y estándares laborales de las partes, como sucede en el art. 6 del APPRI celebrado entre Libia y la Unión Belgo-Luxemburguesa. Tampoco contiene el acuerdo convenido con España una disposición que, como se establece en el art. 9 del APPRI entre Libia y Austria, excluya los beneficios derivados del APPRI a un inversor de la otra parte que, a su vez, estuviera controlado por inversores extranjeros de un tercer Estado y que no desarrollara ninguna actividad comercial relevante en el territorio del Estado receptor. Los APPRI celebrados por Libia con Austria y Portugal, además, permiten la celebración de consultas diplomáticas entre las partes para tratar cualquier asunto relacionado con su aplicación e interpretación (arts. 24 y 12, respectivamente). Por lo que respecta a la práctica española, excepto en la referencia al medio ambiente, las anteriores disposiciones del acuerdo con Libia mantienen un contenido bastante similar al que presentan en los APPRI de segunda generación celebrados por España con Marruecos y Siria.

5. Los medios para el arreglo tanto de las controversias interestatales como de los arbitrajes inversor-Estado forman otro conjunto normativo siempre relevante en

los APPRI. Por lo que se refiere a las controversias interestatales, el art. 10 del APPRI con Libia sigue el modelo consolidado generalmente por la práctica española. Así las cosas, tras prever un periodo inicial de consultas diplomáticas de seis meses, cuando éstas fueran infructuosas ordena someter la controversia a un arbitraje basado en las disposiciones del APPRI y los principios «generalmente aceptados» del DI. Estas mismas pautas ha seguido Libia en sus APPRI con Portugal y Suiza (arts. 10 y 9, respectivamente), aunque se observan otras aproximaciones normativas en los APPRI celebrados por Libia con la Unión Belgo-Luxemburguesa y Austria. El primero de ellos establece un medio alternativo de solución de controversias entre la fase diplomática y la jurisdiccional, consistente en someter la controversia a una comisión mixta formada por representantes de ambos Estados. Sólo si fracasaran las negociaciones diplomáticas y las desarrolladas en el seno de la citada comisión se activaría el arbitraje interestatal (art. 13.2). Mientras que el APPRI con Austria dispone la prohibición expresa de iniciar un arbitraje interestatal basado en una controversia inversor-Estado, salvo cuando el Estado receptor no haya acatado el laudo dictado en tal controversia o haya dejado de cumplirlo (art. 17.2). Se trata de un expediente pacíficamente regulado por el art. 27.1 del Convenio CIADI que algunos APPRI españoles también han llevado a su articulado como, por ejemplo, el art. 10.6 del APPRI con Chile (*BOE* de 19 de marzo de 1994) y el art. 10.12 del APPRI con Colombia (*BOE* de 12 de septiembre de 2007). El APPRI celebrado entre Libia y Austria dispone adicionalmente tanto recomendaciones sobre el contenido del laudo arbitral emitido para resolver este tipo de controversias como reglas para proceder a su ejecución forzosa en los tribunales internos de las partes (arts. 20 y 22, respectivamente); una cuestión totalmente inédita, por ejemplo, en la práctica española.

Por lo que se refiere al procedimiento de solución de las controversias inversor-Estado establecido en el APPRI celebrado por España con Libia, el art. 11 prevé el clásico mecanismo que contempla una fase previa de negociaciones entre el inversor y el Estado receptor. Los APPRI no suelen detenerse en la caracterización jurídica de esta fase, aunque como demuestran algunos precedentes arbitrales relacionados con los intereses de España el comportamiento de las partes durante la misma puede tener efectos cuando se inicia un procedimiento arbitral con posterioridad [*Sociedad Anónima Eduardo Vieira c. Chile* (caso CIADI núm. ARB/04/7, Laudo de 21 de agosto de 2007, párrs. 202-206); *Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. Chile* (caso CIADI núm. ARB/98/2, Laudo de 8 de mayo de 2008, párr. 573); y *Renta 4 y otros c. Rusia* (caso CCE núm. 24/2007, Laudo sobre objeciones preliminares de 20 de marzo de 2009, párr. 151)]. Transcurridos seis meses desde la notificación formal de la controversia por parte del inversor, éste puede optar por acudir a los tribunales del Estado receptor o también a un tribunal arbitral constituido en el marco de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) o del CIADI. En este sentido, el APPRI con Libia contiene una oferta general de arbitraje y no dispone una cláusula de consentimiento expreso, como hace un selecto grupo de APPRI españoles [Colombia (art. 10.6) y México (art. XII)] y también los APPRI celebrados por Libia con Austria (art. 12.1), Suiza (art. 8.2) y la Unión Belgo-Luxemburguesa (art. 12.2 *in fine*). En tanto que Libia no sea parte del Convenio CIADI, el inversor extranjero no puede servirse de esta vía arbitral a menos que acceda a ella a través del Mecanismo Complementario para la administración de procedimientos por el Secretario del CIADI. Importa también destacar que el APPRI no dispone ningún periodo de espera para recurrir al arbitraje de inversiones ni una cláusula de opción irrevocable.

6. En los últimos años España ha celebrado APPRI con todos los Estados de la cuenca sur del Mediterráneo (a excepción de Israel), reconociendo así la gran impor-

tancia comercial, económica y también política del área. A la luz de las disposiciones sustantivas y procesales previstas en su articulado puede afirmarse que el acuerdo concluido con Libia reúne las propiedades características de la segunda generación de APPRI españoles. Más en particular, por lo que se refiere a las cuestiones medioambientales, este acuerdo reconoce por primera vez en la política convencional española un expediente que forma parte de la práctica arbitral en el marco del CIADI. El APPRI con Libia, en otro plano, evidencia la necesidad de definir el alcance de esta competencia en el marco del Tratado de Lisboa con el objeto de evitar tanto las aproximaciones particularistas como las soluciones convencionales asimétricas alcanzadas hasta ahora por los Estados miembros de la Unión Europea con terceros sujetos.

Francisco José PASCUAL VIVES
Universidad de Alicante

2. EL ESTATUTO JURÍDICO DE LA IATA EN ESPAÑA. SÍ, ¿POR QUÉ NO? PERO ASÍ, NO

1. En el *Boletín Oficial del Estado* del 3 de julio de 2009 se publicó el Acuerdo entre el Reino de España y la Asociación Internacional del Transporte Aéreo (IATA) relativo al estatuto de la IATA en España, hecho en Madrid el 5 de mayo de 2009. Este Acuerdo, de conformidad con lo dispuesto en su art. 12.1, se aplicó provisionalmente desde la fecha de su firma. Posteriormente, se publicó también la comunicación relativa a la entrada en vigor de dicho Acuerdo, que tuvo lugar el 27 de noviembre de 2009, fecha en la que se verificó el intercambio de los instrumentos acreditativos del cumplimiento de los trámites, según se establece en su art. 12.2 (*BOE* de 7 de enero de 2010). Se trata, aparentemente, de uno más de los clásicos acuerdos de sede que España celebra con organizaciones internacionales que tienen una sede —ya sea la principal o la de un órgano subsidiario— en nuestro país o, de manera más regular, de los acuerdos con organizaciones internacionales en relación con la celebración en nuestro país de reuniones internacionales auspiciadas por ellas. Entiendo, sin embargo, que más allá del contenido concreto del Acuerdo —sobre el que volveré—, la naturaleza jurídica de una de las partes contratantes —la IATA— suscita suficiente interés como para que dicho Acuerdo merezca un análisis más profundo y quepa plantear fundadas dudas jurídicas sobre la conveniencia de utilizar un instrumento de Derecho internacional —como es un tratado internacional— para especificar y regular el estatuto jurídico de la IATA en España.

2. Al respecto, cabe señalar inicialmente que la IATA, como bien reconoce en su preceptivo dictamen el Consejo de Estado (véase el texto del Dictamen emitido por la Comisión Permanente del Consejo, Dictamen número 388/2009, de 7 de mayo de 2009, disponible en *http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos_ce/doc.php?coleccion=ce&id=2009-388*), «no es una organización intergubernamental sino una asociación de Derecho privado», creada en La Habana en abril de 1945 (con algunos precedentes asociativos de la época de entreguerras, véase LEGREZ, F., «Les conditions générales de transport de l'IATA», *Recueil des Cours*, 1972.I, vol. 135, en especial pp. 445 y ss.), con sede en Montreal, y que tiene reconocido el estatuto de cooperativa con arreglo al Derecho canadiense (mediante la correspondiente *Act of Incorporation* de 18 de diciembre de 1945, disponible en *http://www.iata.org/about/Documents/Chapter%201%20English%20AoI.pdf*). En este sentido, conviene subrayar claramente que los miembros de la IATA no son Estados ni instituciones gubernamentales sino empresas privadas, concretamente compañías de transporte aéreo (desde

las 57 compañías fundadoras hasta las aproximadamente 230 compañías miembros actualmente, que representan alrededor del 93 por 100 del tráfico aéreo internacional de pasajeros y de mercancías), algunas de las cuales pertenecían originariamente al sector público, como compañías aéreas de bandera de diversos Estados.

Si se trata, por tanto, de una entidad de Derecho privado, regida por el ordenamiento interno de un determinado país —aunque tenga otras oficinas filiales en diversos países, entre ellos España— y sus miembros son empresas privadas, las preguntas que resultan obvias ante el Acuerdo celebrado por España con la IATA giran entorno a considerar si esta entidad ha adquirido la condición de sujeto de Derecho internacional y, por tanto, la capacidad de celebrar tratados internacionales con otros sujetos de Derecho internacional; o quizás, si es este Acuerdo el que confiere a la IATA el reconocimiento, por parte del Estado español, de una cierta subjetividad internacional; es decir, si es sujeto y puede celebrar tratados o si con la celebración del tratado adquiere la subjetividad. Analizar las complejas cuestiones subyacentes a estas preguntas significa abordar el alcance en Derecho internacional de la personalidad jurídica internacional y su posible consideración respecto de la IATA, así como el contenido jurídico y el significado político del Acuerdo en cuestión, aspectos de los que me ocupo inmediatamente. Avanzo ya que el eje de esta breve nota son unas consideraciones valorativas de la poca prudencia jurídica que comporta, a mi juicio, la celebración de dicho Acuerdo.

3. En relación con la consideración actual de la subjetividad internacional debe afirmarse —de entrada— que es cierto que, principalmente en los últimos años y en paralelo al proceso de globalización y a la apertura del sistema internacional, han ido proliferando instituciones y actores internacionales del más diverso tenor y con perfiles cada vez más lábiles. Así, de un lado, ha ido apareciendo una multiplicidad de organizaciones internacionales que coexisten con otros tipos de estructuras y de mecanismos más o menos institucionalizados de cooperación internacional entre los Estados —con o sin tratado internacional de base, con o sin subjetividad internacional— con finalidades del más diverso carácter. A título ilustrativo y en la misma consideración de la determinación de su estatuto jurídico en España cabe señalar, por ejemplo, la creación en 2007 —mediante la Decisión del Consejo 2007/198/EURATOM— de la Empresa Común Europea para el ITER y el Desarrollo de la Energía de Fusión con la que el Reino de España, en su calidad de Estado anfitrión, celebró el 28 de junio de 2007 el correspondiente Acuerdo de sede considerando a la Empresa Común, de conformidad con diversas disposiciones de Derecho comunitario, como una Organización internacional (véase el Acuerdo entre España y la Empresa Común y su aplicación provisional en el *BOE* de 19 de septiembre de 2007, y la comunicación de su entrada en vigor en el *BOE* de 3 de marzo de 2010).

De otro lado, han surgido con fuerza nuevos actores y nuevas formas de relación social internacional que no se sitúan en la órbita de los Estados —o, en términos generales, de los poderes públicos—, pero que tienen una indudable incidencia internacional. En este sentido, ya no se discute hoy la presencia e influencia en el escenario internacional de las organizaciones no gubernamentales —algunas de las cuales pueden, a su vez, haber sido creadas por asociaciones empresariales— o de fundaciones u otros partícipes del sector privado empresarial, actuando todos estos actores como fuerzas transnacionales en el sistema internacional. En todo caso, la dificultad sigue estando en la determinación de cómo se articula y se da respuesta, en términos jurídicos, a esta presencia; es decir, en cómo se organiza la gobernanza de una sociedad internacional más activa, plural, heterogénea y compleja que nunca, pero en la que los Estados soberanos y las Organizaciones internacionales creadas por ellos siguen manteniendo una clara centralidad.

Así, y por señalar tres ejemplos de entidades que podrían servir como referentes en relación con el estatuto de la IATA, cabe formular una breve referencia a la Cámara de Comercio Internacional (CCI), al Fondo Mundial contra el Sida, la Malaria y la Tuberculosis, y al Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR). De alguna manera —si se me permite expresarlo de esta forma— la IATA es, en realidad, una entidad más parecida jurídicamente a la CCI, pero que aparenta ser como el Fondo Mundial y que pretende obtener el más relevante estatuto jurídico internacional del CICR.

La CCI es una asociación de empresas y de asociaciones empresariales, creada en 1919, en cuyo seno existe la Federación Mundial de Cámaras que, entre otros servicios, gestiona desde su creación el sistema de garantías para los cuadernos ATA, administrados hoy por la Organización Mundial de Aduanas y reconocidos mediante tratados internacionales (el Convenio Aduanero sobre el cuaderno ATA para la importación temporal de mercancías de 1961, enmendado por el Convenio relativo a la importación temporal de 16 de junio de 1990, *BOE* de 14 de octubre de 1997). Es decir, que estamos ante una entidad de carácter privado que tiene una indudable incidencia internacional; que representa unos determinados intereses empresariales; que ejerce ciertas funciones internacionales, en parte reconocidas por tratados internacionales; y que ostenta también un estatuto consultivo privilegiado ante las más importantes Organizaciones internacionales. Sin embargo, sigue manteniendo un estatuto jurídico de carácter privado, de conformidad con la legislación francesa —ya que tiene su sede en París—, cuenta con Comités nacionales en 91 países —entre ellos España—, y no se plantea la adquisición de un específico estatuto jurídico internacional que nada le aportaría a su reconocida capacidad de influencia.

Por su parte, el Fondo Mundial contra el Sida, la Malaria y la Tuberculosis es uno de los más exitosos ejemplos de los nuevos actores internacionales basados en el partenariado público-privado, y al que España contribuye financieramente de manera destacada. El Fondo es una institución caritativa no lucrativa establecida de conformidad con el Derecho suizo en el año 2002 pero, atendiendo al carácter internacional de sus funciones y a que en su creación y en sus órganos de gobierno participan Estados y Organizaciones internacionales, cabe afirmar que, sin serlo, el Fondo es más parecido a una Organización intergubernamental que a una organización no gubernamental. Necesariamente esto se puede traducir en su estatuto jurídico y, por ejemplo, en su reciente reconocimiento con el estatuto de observador por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas (Resolución 64/122, de 16 de diciembre de 2009). En este sentido, aunque resulte compleja la calificación jurídica de estos partenariados público-privados, no hay duda de que su más relevante valor diferencial lo constituye, precisamente, la participación y la presencia en ellos de representantes de poderes públicos, es decir, de Estados y Organizaciones internacionales, supuesto que no se da en el caso de la IATA, cuyo Consejo Directivo está formado por 31 personas elegidas en la Reunión General Anual entre los titulares de las máximas responsabilidades en las compañías aéreas miembros activos de la Asociación.

Por último, el CICR, como es conocido, fue creado en 1863 y es una entidad de Derecho suizo que, por tanto, se encuadra también en el contexto de las organizaciones no gubernamentales pero que, por sus finalidades humanitarias, tiene directamente reconocidas y atribuidas —en el marco de las normas de Derecho internacional humanitario— funciones de carácter internacional, más allá incluso de su poderosa incidencia en la misma evolución y adopción de las normas de este sector del ordenamiento jurídico internacional. Estos elementos han llevado a que el CICR ostente desde 1990 el estatuto de observador ante la Asamblea General de las Naciones Unidas (Resolución 45/6, de 16 de octubre de 1990); a que los Estados en general, así como las

partes en conflictos armados, le reconozcan un estatuto jurídico especial y acepten su carácter neutral, autónomo e independiente en el ejercicio de sus funciones; y a que el gobierno suizo celebrase con el CICR en 1993 un Acuerdo en relación con el estatuto jurídico del Comité en Suiza (véase, al respecto, DOMINICÉ, Ch., «L'Accord de siège conclu par le Comité International de la Croix Rouge avec la Suisse», *Revue Générale de Droit International Public*, 1995.1, pp. 5-36).

4. Por lo que se refiere, específicamente, a la IATA y aunque pueda tener finalidades de interés internacional, no hay duda de que nos hallamos claramente ante una entidad de Derecho privado. Es cierto, asimismo, que, en razón de sus funciones, la IATA mantiene una estrecha cooperación con la Organización de la Aviación Civil Internacional (OACI), ostentando la condición de observador permanente en alguno de sus órganos más relevantes, como la Comisión de Navegación Aérea, y participando como observador en las sucesivas Asambleas de la OACI, pero la OACI es claramente una Organización internacional (fue creada mediante el Convenio de Chicago de 7 de diciembre de 1944, ratificado por España el 21 de febrero de 1947, véase en el *BOE* de 24 de febrero de 1947 la correspondiente publicación del instrumento de ratificación y del Convenio de Chicago, completada con la publicación del Acta final y otros textos en el *BOE* de 14 de marzo de 1947). La comparativa con la IATA no va más allá de compartir el interés sobre las actividades de transporte aéreo, ya que en un caso (el de la OACI) este interés se articula desde los Estados, es decir, desde los poderes públicos, mientras que en el caso de la IATA se hace desde la perspectiva de los intereses de las compañías privadas de transporte aéreo. En relación con la celebración de un Acuerdo como el que nos ocupa resulta claro que, siendo España un Estado miembro de la OACI, si esta Organización internacional estableciera una subsede en España (la Oficina Regional para Europa y el Atlántico Norte de la OACI se halla actualmente en París) o celebrase o auspiciase una conferencia internacional o una reunión de alguno de sus órganos en España, se celebraría el correspondiente acuerdo de sede fijando el estatuto jurídico de la oficina o de los participantes en la conferencia o en la reunión en cuestión en España.

La IATA es, por tanto, una entidad de Derecho privado que, en Derecho internacional, debemos situar en la categoría —confusa y polivalente ciertamente— de las organizaciones no gubernamentales, un magma asociativo de difícil reductibilidad a categorías uniformes y a normas jurídicas internacionales. Esta consideración como organización no gubernamental deriva, como decimos, tanto de su composición como de su propio acto constitutivo, que no es un tratado entre Estados sino unos estatutos, los *Articles of Association*, enmendados en diversas ocasiones y por última vez en la Reunión General Anual de la Asociación celebrada en el año 2005 (disponibles en *http://www.iata.org/about/Documents/agm61%20articles%20of%20association%20amended_agm61_tokyo_29-31may2005.pdf*). De este planteamiento se desprende que, en términos de acto jurídico constitutivo y de Derecho rector del mismo, difícilmente puede considerarse que la IATA sea una organización intergubernamental o, en general, ostente una subjetividad internacional.

5. En este orden de ideas, podría entenderse que los Estados han reconocido a la IATA, tácita o expresamente, una determinada personalidad jurídica internacional y que el Acuerdo celebrado por España confirmaría esta tesis. No creo, sin embargo, que por el hecho de actuar en el ámbito internacional —aunque sea con «autonomía y sustantividad propia» como señala el Consejo de Estado— se estime que estamos ante un sujeto de Derecho internacional, pues son muchos los actores que actúan en este ámbito sin ser sujetos; ni tampoco creo que se pueda entender esta subjetividad «en el específico ámbito de las actividades que le son propias» como insiste en considerarla

el Consejo de Estado —aunque, como dijo el Tribunal Internacional de Justicia en 1949, los sujetos de Derecho, en un sistema jurídico, no sean necesariamente idénticos ni en cuanto a su naturaleza ni en cuanto a la extensión de sus derechos—. Es más, el mismo Consejo de Estado considera que esta subjetividad internacional de la IATA ha sido «reconocida, por otra parte, *facta concludentia*, por diversos Estados y Organizaciones internacionales». De lo que se derivaría que no se trata de una subjetividad internacional originaria o efectiva ni creo que sea dable hablar de una «personalidad jurídica internacional funcional o de grado de personificación suficiente para el cumplimiento de sus fines y funciones» —como hace el Consejo de Estado—, sino que, en todo caso, se trata de una capacidad práctica de actuar y de incidir en el plano internacional, como tienen muchos otros actores internacionales en el mundo actual. No hay duda, sin embargo, que esta capacidad práctica puede fortalecerse con una cierta subjetividad internacional que puede haber sido reconocida por determinados Estados y organizaciones internacionales.

De tal manera que el hecho de que España haya celebrado este Acuerdo puede significar que España reconoce que la otra parte signataria (la IATA) tiene una cierta subjetividad internacional o, como mínimo, la capacidad jurídica para celebrar un tratado internacional y que este Acuerdo contribuye a fortalecer esta capacidad. Se trata de un reconocimiento, improcedente a mi juicio, que comporta consecuencias tanto en términos de capacidades jurídicas como en términos de responsabilidades jurídicas; entiendo que son consecuencias que, quizás, no se han mesurado suficientemente, porque pueden resultar en hechos o situaciones jurídicamente oponibles para España. Piénsese, por ejemplo, en el supuesto de incumplimiento del Acuerdo por una de las partes y en la consiguiente reclamación internacional de responsabilidad; supuesto que, además, incidiría más en relación con España ya que, prácticamente, la única obligación a la que se compromete la IATA en el Acuerdo es a la de «cooperar en todo momento con las autoridades españolas con el fin de impedir cualquier abuso de las cláusulas establecidas en el presente acuerdo» (art. 10 del Acuerdo).

6. En relación con sus funciones y con esta consideración de la adquisición de una cierta personalidad jurídica internacional por parte de la IATA o de un reconocimiento de esta personalidad realizado por parte de España mediante el Acuerdo cabe señalar, asimismo, que el Preámbulo del Acuerdo que nos ocupa resulta altamente significativo de la consideración que la IATA merece para España. Así, de un lado, el párr. 3 del Preámbulo se refiere a los objetivos de la IATA e indica que tiene, entre otros, «la promoción del transporte aéreo, regular y económico, para el beneficio de las personas y refuerzo del comercio; proveer medios de colaboración y cooperación entre compañías de la industria aérea; así como cooperar con la OACI y otras organizaciones internacionales». Tres objetivos principales que tienen interés internacional y que, ciertamente, se corresponden literalmente con los que prevé el art. IV de los *Articles of Association*, pero el Acuerdo olvida señalar —de una manera que no puede resultar desapercibida— que este mismo art. IV prevé claramente que se trata de los objetivos que debe llevar a cabo la IATA en el cumplimiento de su misión, siendo esta misión la de «*to represent and serve the airline industry*». Por tanto, sí que podrán ser considerados como objetivos de interés internacional, pero se trata de objetivos al servicio de la misión fundamental de la IATA que no es más que la de «representar y servir a la industria del transporte aéreo»; lo que resulta absolutamente legítimo, pero que es lo que es y no es de recibo, por tanto, que se oculte vergonzosamente en el texto del Acuerdo firmado por España.

De otro lado, y de manera también muy destacable, el párr. 4 del Preámbulo del Acuerdo dispone que «el Reino de España reconoce y afirma la importancia de la

IATA como organización internacional que promueve el transporte aéreo». Es cierto que este reconocimiento y afirmación de la importancia de la IATA no comporta expresamente que se reconozca la personalidad jurídica internacional de la IATA, pero la consideración de que se reconoce y afirma esta importancia «como organización internacional» no resulta adecuada técnicamente y va en detrimento del mismo concepto de Organización internacional, ya que lo que falta en este caso es, precisamente, la consideración de «organización internacional o intergubernamental» entendiendo que la IATA es, en términos jurídicos y como decimos, una «organización no gubernamental». La pregunta que cabe formular entonces es si este reconocimiento de la importancia de la IATA «como organización internacional» comporta consecuencias jurídicas en términos de subjetividad internacional o en términos de considerarla Organización internacional/intergubernamental o se trata, simplemente, de un brindis al sol de significado político. Quiero entender esto segundo pero, evidentemente, en Derecho deben valorarse las implicaciones jurídicas de los términos utilizados y la primera implicación jurídica resulta en la misma celebración y validez de este Acuerdo.

A todo ello, además, el art. 2 del Acuerdo establece, entre las definiciones para utilizar a los efectos del Acuerdo, que por IATA «se entenderá la Asociación Internacional del Transporte Aéreo, tal y como figura inscrita en el Registro Mercantil de Madrid ("IATA, España, S. L.")». A mi juicio, con esta disposición se manifiesta de la manera más absoluta la auténtica contradicción en términos que preside el Acuerdo, ya que me parece que no tiene ningún sentido la celebración de un tratado internacional con una entidad que «se entiende» —en el mismo Acuerdo— que es una Sociedad Limitada, inscrita en el Registro Mercantil de Madrid y que, por tanto, tiene la personalidad y las capacidades jurídicas que el ordenamiento interno español confiere a este tipo de entidades. En definitiva, creo que cabe sostener fundadas dudas jurídicas sobre la subjetividad internacional de la IATA, así como sobre el carácter de tratado internacional del Acuerdo en cuestión, discrepando así del parecer del Consejo de Estado que considera que «la IATA tiene capacidad bastante para celebrar el Acuerdo suscrito y sometido a consulta y que éste puede calificarse sin violencia como auténtico convenio internacional».

7. Por lo que se refiere al contenido del Acuerdo ha de indicarse que si bien tiene una factura similar, en parte, a otros acuerdos de sede celebrados por España (véase, en general sobre estos acuerdos, el análisis efectuado por CHUECA SANCHO, Á. G., *Acuerdos de sede con organizaciones internacionales celebrados en España*, Madrid, Tecnos, 1991), también tiene importantes diferencias. Así, es cierto que el Acuerdo no establece para la IATA inmunidad de jurisdicción ni prevé estatuto diplomático para sus empleados, limitándose a la concesión de unas determinadas facilidades de inmigración a los empleados extranjeros de la IATA y a sus familiares y, principalmente, al establecimiento de un conjunto de ventajas y facilidades fiscales y de seguridad social para la IATA y sus empleados. Es verdad que, como indica el Consejo de Estado en su Dictamen, esta regulación incide en materia reservada a la ley en nuestro ordenamiento interno y, por tanto, sería necesario un instrumento con fuerza de ley para conceder las facilidades de inmigración y fiscales previstas en el Acuerdo. Se trata de un argumento que, en el parecer del Consejo de Estado, contribuye a una doble consideración: de un lado, a la conveniencia de celebración de un tratado internacional, norma con fuerza de ley en nuestro ordenamiento interno; y, de otro lado, a que, por razón de la materia, se requiera la previa autorización de las Cortes Generales para la celebración de dicho tratado.

En efecto, el contenido dispositivo del Acuerdo establece, en primer lugar, facilidades para la entrada y para las autorizaciones de trabajo y de residencia para los

empleados extranjeros no comunitarios de la IATA y sus familiares que, en cualquier caso, deben tramitarse en el marco de la normativa vigente en España relativa a extranjería e inmigración y que pueden denegarse por razones de seguridad nacional, salud pública u orden público (art. 3 del Acuerdo). En segundo lugar, se dispone la exención de impuestos directos e indirectos, estatales, autonómicos, provinciales y municipales para la IATA, sus efectos, rentas y otros bienes; siendo sin embargo una exención que, en caso necesario, puede ser ejercitada mediante reembolso (arts. 4 a 7). En tercer lugar, se prevé que los empleados de la IATA que no ostenten la nacionalidad española ni sean residentes permanentes con anterioridad en España estarán exentos de todo impuesto sobre sus sueldos, emolumentos y prestaciones que reciban de la IATA (art. 8). Por último, se prevé que la IATA estará exenta de cualquier contribución obligatoria a instituciones generales de seguridad social, aunque la IATA podrá voluntariamente incorporar al sistema de seguridad social de España a todos los miembros del personal a su servicio en las condiciones fijadas en la normativa española (art. 9).

A mi juicio, de la manera que se plantean estas facilidades no necesariamente era inexcusable la celebración de un tratado internacional pues podían haberse utilizado otros instrumentos jurídicos de Derecho interno para ofrecer estas facilidades y satisfacer las pretensiones de la IATA, pues no otra cosa se deriva de la lectura del Acuerdo. Pienso, por ejemplo, en la posibilidad de un acuerdo de Consejo de Ministros reembolsando a la IATA por los impuestos satisfechos u otro tipo de gastos experimentados por la IATA y que constituyeran gastos que podrían subsumirse en las facilidades que se pretendían ofrecer a la IATA; o, por ejemplo, en alguna disposición específica en un texto legal que diera cobertura a estas facilidades y exenciones, como la ley de acompañamiento de los presupuestos generales del Estado o en la misma legislación especial sobre servicios de navegación aérea. Claro que, quizás, se estimase improcedente una disposición legal ofreciendo directamente determinadas facilidades a una sociedad limitada, pero más improcedente resulta, a mi juicio, hacerlo mediante un tratado internacional. En efecto, entiendo, en cualquier caso, que no hubiera sido necesario un tratado internacional que, tal como se ha planteado, sólo resulta positivo y aporta valor para la IATA, pues refuerza asimismo su capacidad de actuación y de incidencia en la escena internacional.

8. De otro lado, el procedimiento de solución de diferencias que prevé el art. 11 del mismo Acuerdo merece también una breve reflexión. Básicamente para indicar que, de nuevo, sitúa la solución de controversias relativas a la aplicación o interpretación del Acuerdo en clave de Derecho internacional puesto que el procedimiento establecido es un clásico procedimiento de arbitraje internacional, previsto en muchos otros acuerdos de sede, y en el que si una de las partes no designa a un árbitro o no se logra la designación del tercer árbitro, pasado un determinado plazo, cualquiera de las partes podrá pedir al Presidente del Tribunal Internacional de Justicia que designe al árbitro o árbitros necesarios, según el caso; si acabáramos en una situación como ésta, no sé cómo acogería el Presidente del TIJ la hipotética petición de la IATA en este sentido. Téngase en cuenta, además, que para que el Acuerdo pudiera ser invocado ante un órgano de las Naciones Unidas se requiere el previo registro en la Secretaría de las Naciones Unidas y su posterior publicación, de conformidad con el art. 102 de la Carta de las Naciones Unidas.

9. Ante las fundadas dudas jurídicas sobre la conveniencia del Acuerdo que estoy suscitando, la única explicación que creo cabe encontrar en todo ello es el interés y el significado político del Acuerdo para España, expresado también en el Preámbulo del mismo (párrs. 5, 6 y 7). Básicamente se trata de que IATA España ha sido designada

por esta entidad como sede para albergar el futuro nuevo Centro Global de Servicio de IATA para Europa. A este nuevo centro, que dará servicio especializado tanto a compañías aéreas como a agentes de pasaje y carga, irán migrando progresivamente todas las tareas de atención al cliente de la mayoría de países europeos, que hasta ahora se desarrollaban a nivel local. La propuesta de la IATA pasa, por tanto, por convertir a su delegación en Madrid en la mayor Oficina Regional de Europa y, a medio plazo, en la Delegación responsable de todo el hemisferio occidental, y en uno de los dos centros mundiales de servicios compartidos. Estas consideraciones, recogidas —como digo— en el Preámbulo del Acuerdo, pueden justificar políticamente el interés de España en conceder a la IATA las máximas facilidades posibles, previendo que ello comportará un retorno para nuestro país, ya sea en términos tangibles o intangibles. Pero este interés político podía satisfacerse, a mi juicio y como ya he indicado, a través de otros instrumentos jurídicos de Derecho interno que también dieran satisfacción a las pretensiones de la IATA; pretensiones que no encajaban tampoco en los tratados bilaterales de protección y promoción de inversiones, puesto que —aunque en nuestro Derecho interno sea una SL— no se trata de una empresa multinacional con sede central en un determinado país y que quiera instalar una filial en España, para lo que —como ha pasado en tantas otras ocasiones— se podría beneficiar de facilidades fiscales y legales.

10. Otra consideración adicional que, en sentido crítico, cabe formular también al Acuerdo es el hecho de que haya sido firmado, por parte de España, por el Director General de Aviación Civil. Se trata de un aspecto que, a mi juicio, denota, cuanto menos, muy poco rigor jurídico y muy poca prudencia, política y jurídica, por parte de este órgano de la administración del Estado. He llegado a pensar, incluso, que esto se hizo sin encomendarse a nadie —y mucho menos al Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación— y que, al final, se tuvo que ir con prisas para busca una cobertura jurídica al asunto. Sin embargo, el calendario temporal de todo el proceso no se ajustaba a este inicial pensamiento, puesto que el Dictamen del Consejo de Estado es de fecha 7 de mayo de 2009 (dos días después de la firma del Acuerdo) y en el expediente examinado por dicho Consejo figuraban, asimismo, diversos informes de otros órganos de la administración del Estado que iniciaron su recorrido en mayo de 2008. Por tanto, aunque hubo tiempo para corregir el tiro, se mantuvo la conveniencia —política que no jurídica— de celebrar el Acuerdo con la IATA que se cuestiona en esta nota. Más allá de estas consideraciones sobre la firma del Acuerdo por parte del Director General de Aviación Civil, lo cierto es que se han seguido los procedimientos previstos en el Decreto 801/1972, de 24 de marzo, sobre ordenación de la actividad de la administración del Estado en materia de tratados internacionales por lo que se refiere a la autorización por parte del Consejo de Ministros, tanto para su firma como para su aplicación provisional, lo que se hizo en la reunión del Consejo de Ministros de 27 de febrero de 2009.

De otro lado, es cierto que, una vez decidida la vía del tratado internacional, el Acuerdo en cuestión —como indicaba el Consejo de Estado— requería la previa autorización de las Cortes Generales. En este sentido, cabe señalar que se ha seguido el procedimiento previsto en el art. 94.1 de la Constitución española y que este Acuerdo, además de haber sido informado por el Consejo de Estado y otros órganos administrativos preinformantes, ha sido objeto de la correspondiente autorización por parte de las Cortes Generales. Al respecto cabe subrayar también que, tanto en la Comisión correspondiente como en el Pleno, ambas Cámaras [el Congreso de los Diputados en el pleno del 22 de septiembre de 2009, *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados*, Serie C, núm. 117-3, y el Senado en el pleno de fecha de 21 de

octubre de 2009, *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado,* Serie IV, núm. 97(c)] se han limitado estrictamente a formular la autorización sin que, ni por asomo, se manifestara en este trámite ni una sola pregunta, opinión o consideración cualquiera. Lo que también dice mucho del carácter de absoluto trámite que tiene, en general, el procedimiento de autorización de los tratados internacionales previsto en el Derecho español, especialmente en relación con aquellos tratados de carácter muy técnico o que, como éste, cabría asimilar a los acuerdos de sede.

11. En definitiva, lo que quiero subrayar es que no es mi intención cuestionar la decisión española en lo que respecta a la voluntad política de conceder a la IATA y, concretamente, a «IATA España, S. L.», todas las facilidades y ventajas fiscales y administrativas necesarias para que pueda establecer en nuestro país su centro de servicios para toda Europa. ¿Por qué no? Es una opción política tan aceptable y discutible como cualquier otra, pero que debería haberse traducido correctamente en términos jurídicos. Entiendo, en este sentido, que debería haberse buscado otro tipo de instrumento de Derecho interno —como, por ejemplo, la ley de acompañamiento de los presupuestos generales del Estado o la legislación especial sobre navegación aérea—, para conceder estas facilidades y privilegios fiscales y no un instrumento de Derecho internacional que, como tal, está regido por el Derecho internacional y genera derechos y obligaciones de Derecho internacional. El Acuerdo, como he indicado, supone reconocer a la otra parte la capacidad jurídica para celebrar un tratado internacional y, por tanto, el reconocimiento de una cierta personalidad jurídica internacional, lo que significa dar un nivel jurídicamente relevante en el plano internacional a la representación de los intereses del sector privado dedicado al transporte aéreo. También es verdad que, pese a lo que indica el Consejo de Estado, el nombre no hace la cosa, pero el precedente puede ser importante y no estoy seguro de que se hayan meditado suficientemente las potenciales consecuencias jurídico-internacionales que de ello pudieran derivarse.

Xavier PONS RAFOLS
Universitat de Barcelona

3. LA NUEVA ESTRATEGIA NUCLEAR ESTADOUNIDENSE: ¿UN FUTURO LIBRE DE ARMAS NUCLEARES?

1. El 6 de abril de 2010 Estados Unidos hacía pública su *Nuclear Posture Review* (NPR), que nosotros preferimos traducir (libremente pero con terminología que nos parece más adecuada) como Estrategia Nuclear Revisada. En dicho documento, de acuerdo con lo que él mismo proclama, se ofrece una *hoja de ruta* para llevar a la práctica la agenda propuesta por el Presidente Barack Obama para reducir los riesgos nucleares de Estados Unidos, sus aliados y la comunidad internacional (*Nuclear Posture Review, April 2010*, disponible en *www.defense.gov/npr*). La Estrategia ha sustituido a la elaborada en 2002 bajo el Gobierno de G. W. Bush, quebrando en algunos de sus puntos la tendencia marcada por ésta pero en el fondo, como un análisis más profundo revela, manteniendo una continuidad esencial. ¿Podía ser de otro modo?; la responsabilidad de Estados Unidos como primera potencia mundial obliga a asumir estrategias a veces incómodas pero también necesarias.

En la Estrategia Nuclear Revisada, Estados Unidos declara formalmente su intención de limitar, de manera importante como veremos, el empleo de armas nucleares. En realidad, esta revisión era esperada desde hacía prácticamente un año: en mayo de 2009, en el marco de una cumbre entre Estados Unidos y la Unión Europea celebrada

en Praga y con motivo del 10.º aniversario de la entrada en la OTAN de la República Checa, el presidente estadounidense pronunciaba un discurso en el que abordó directamente la cuestión de las armas nucleares en el siglo XXI y en el que se comprometía a tomar acciones concretas para reducir el riesgo que entrañan (*http://www.whitehouse.gov/the_press_office/Remarks-By-President-Barack-Obama-In-Prague-As-Delivered/*). El objetivo del documento, señalaba el Presidente, sería buscar «la paz y la seguridad de un mundo sin armas nucleares». Lograrlo no será tarea fácil ni rápida y puede que resulte incluso imposible, pero el hecho de que la mayor potencia nuclear del planeta se haya comprometido a luchar por la causa es, sin duda, una meta que durante años resultó impensable.

El giro de estrategia encuentra justificación directa en el cambio del concepto de seguridad internacional y la nueva visión del papel de Estados Unidos en cuestiones de paz y seguridad internacionales que el inicio de la Administración demócrata propició. Las propuestas parten de un hecho fundamental, como es que pese a haberse cumplido ya dos décadas desde que los dos grandes rivales nucleares (Estados Unidos y la Unión Soviética) cesaron formalmente su pugna por dominar el panorama armamentístico, el mundo no se ha visto aún libre de la amenaza de estas peligrosas armas. Como se afirma en la Estrategia (p. iv): «La amenaza de una guerra nuclear global es ahora más remota, pero el riesgo de ataques nucleares se ha incrementado». Nuevos actores, entre ellos Estados que acumulan armamento nuclear de forma descontrolada y sin supervisión internacional (Irán, Corea del norte) o grupos terroristas que ven en él una nueva forma de llevar a cabo atentados de más graves consecuencias, han contribuido a la formación de este nuevo escenario.

2. La NPR incorpora cinco objetivos principales, títulos, además, de los principales apartados de que consta su esquema (p. iii), que intentan la difícil tarea de aunar el cumplimiento del compromiso contraído en Praga y preservar los intereses de seguridad estadounidenses: 1) prevención de la proliferación nuclear y el terrorismo nuclear, 2) reducción del papel de las armas nucleares de Estados Unidos en la estrategia de seguridad nuclear, 3) mantenimiento de la disuasión y la estabilidad estratégica con niveles de fuerzas nucleares reducidas, 4) ampliación de la disuasión regional y refuerzo de las relaciones con los aliados y socios estadounidenses, y 5) mantenimiento de un arsenal nuclear estable, seguro y efectivo.

3. Aunque son muchos los aspectos que incluye, dos destacan por encima de todos: la restricción del empleo de las armas nucleares contra determinados Estados y el compromiso de redoblar los esfuerzos para evitar que caigan en manos terroristas, de manera que a ellos dedicaremos mayor atención, sin desmerecer otras cuestiones a las que también aludiremos.

A) La Estrategia Nuclear Revisada parte de una premisa básica, acaso la de mayor calado y la que ha suscitado mayores comentarios hasta la fecha: Estados Unidos se compromete formalmente a renunciar al empleo de armas nucleares (o a amenazar con emplearlas) contra Estados que sean parte en el Tratado de No Proliferación Nuclear (TNP, 1968) y que cumplan, además, con las obligaciones de no proliferación que éste establece (p. 15).

La afirmación es fruto de una larga evolución en la concepción de seguridad nacional que permite desterrar al fin, y de manera definitiva según parece, los tiempos de la Guerra Fría en los que, siempre presente la amenaza soviética, las armas nucleares eran la única baza segura con la que enfrentarse a ella. Ésa era, como es sabido, la lógica sobre la que funcionaba la política de disuasión que paradójicamente permitió mantener la estabilidad durante más de cuarenta años. Las armas nucleares, acu-

muladas sin apenas límite (salvo en los últimos tiempos de la Guerra Fría), eran la amenaza óptima para mantener a raya al adversario y Estados Unidos contemplaba la respuesta nuclear incluso ante un posible ataque convencional a gran escala que la Unión Soviética o sus aliados pudieran desplegar en territorio europeo.

El cambio de circunstancias de principios de los noventa desechó esta posibilidad, al desaparecer la rivalidad entre los bloques. Así, con motivo de la Conferencia de Revisión y Ampliación del TNP de 1995, Estados Unidos y los otros cuatro Estados oficialmente nucleares, ofrecieron garantías de que no emplearían armas nucleares contra los Estados no nucleares que fueran parte en ese Tratado [declaraciones de 5 y 6 de abril de 1995 (A/50/153, S/1995/263, de 6 de abril de 1995, y S/1995/261, S/1995/262, S/1995/264 y S/1995/265), a las que el propio Consejo de Seguridad, en su Res. 984/1995, de 11 de abril, aludió], salvo en caso de invasión o ataque contra ellos, sus territorios, fuerzas armadas o aliados, o sobre un Estado con el que tuvieran un acuerdo de seguridad. Sin embargo, pronto quedó constancia de que las armas nucleares seguían siendo necesarias en la política estadounidense y que sería imposible renunciar a ellas en tanto en cuanto otros Estados tampoco lo hicieran. De hecho, pasaron a ser la primera opción a tener en cuenta ante un ataque químico o biológico, sobre todo una vez que Estados Unidos optó por ratificar los Tratados que le impedían conservar este tipo de armamento (la Convención sobre Armas Biológicas de 1972 y la Convención sobre Armas Químicas de 1993) y, por tanto, responder con él.

Con los sucesos del 11-S (2001) muy recientes en el tiempo y la mente puesta en la amenaza terrorista y en algunos Estados a los que Estados Unidos había incluido en su lista de Estados hampones (*rogue states*, caracterizados como los que tratan cruelmente a su propia población, incumplen sus obligaciones internacionales y acumulan armas nucleares para amenazar a otros Estados, de acuerdo con la National Security Strategy, septiembre 2002, pp. 13-14), la Estrategia de Seguridad estadounidense de 2002 y, posteriormente, la de 2006, que conservó gran parte de la esencia de la primera, aprobadas ambas bajo la administración de G. W. Bush, confirmaron que la respuesta nuclear era viable no sólo ante un ataque de igual naturaleza, sino también ante uno de origen químico o biológico perpetrado por un Estado o por grupos terroristas (*ibid.*, pp. 14-15). Es más, la Revisión de la Estrategia Nuclear aprobada en 2002 (un resumen de la misma, en *http://www.globalsecurity.org/wmd/library/policy/dod/npr.htm*) aceptó expresamente, en la línea de la Estrategia de Seguridad Nacional, el empleo de armas nucleares por razones políticas y militares. La declaración de 1995 de no primer empleo quedaba así relegada al olvido.

La Estrategia Nuclear Revisada recién aprobada cambia radicalmente este diseño y elimina, a priori, la respuesta nuclear ante ataques químicos y biológicos, con lo que gracias a ella podemos despedirnos ya, parece, al menos de una de las concepciones más criticadas del Gobierno estadounidense de esta etapa: el papel prioritario que la repuesta nuclear había adquirido como mecanismo de defensa ante ataques previos.

No nos parece en cambio tan contundente la posición de la nueva Administración respecto de otra de las cuestiones no menos acerbamente criticada que se defendió en la Estrategia de Seguridad Nacional de la Administración Republicana, a saber, el uso de la fuerza militar con carácter preventivo, lo que en términos gráficos se ha llamado «doctrina Bush» o de la «guerra preventiva» (*National Security Strategy,* marzo 2006, p. 23: «*If necessary, however, under long-standing principles of self defense, we do not rule out the use of force before attacks occur, even if uncertainty remains as to the time and place of the enemy's attack*»). Es cierto que la nueva Estrategia de Seguridad Nacional (2010), aprobada por la Administración Obama un mes después de la que

venimos comentando, mantiene un tono claramente diferente al de su antecesora, un tono en el que se insiste en que aun en los casos en los que el uso de la fuerza armada se revele necesario, Estados Unidos «mitigará siempre que sea posible la necesidad del uso de la fuerza» e «intentará [si debe emplearla] un amplio apoyo internacional, trabajando codo con codo con instituciones como la OTAN y el Consejo de Seguridad»; pero la nueva Estrategia no nos parece que se pronuncie con total claridad sobre la renuncia ni al uso unilateral ni tampoco a un uso preventivo de la fuerza armada, como por otra parte en medios estadounidenses mismos se ha hecho notar (SANGER, D. E., y BAKER, M., «New Security Strategy focuses on managing threats» [*http://www.nytimes.com/2010/05/28/world/28strategy.html?paer=rss&emc=rss&p... [(27/5/20)*]. Dice así el texto adoptado en mayo de 2010: «los Estados Unidos deben reservarse el derecho a actuar unilateralmente si es necesario para defender a nuestra nación y nuestros intereses, aunque intentaremos también (*"yet we will also seek..."*) [repárese, "intentaremos"] adherirnos a los parámetros (*standard*) que rigen el uso de la fuerza» (*National Security Strategy,* mayo 2010, p. 22, *http://www.whitehouse.gov/sites/default/files/rss_viewer/national_security_strategy.pdf*).

Las armas nucleares se contemplan, por tanto, bajo el nuevo documento, como el último recurso, en el entendido de que el Gobierno estadounidense cuenta con defensas antimisiles y capacidades convencionales de respuesta suficientes para defenderse (p. 15). El armamento nuclear no será una opción prioritaria, ni siquiera en el caso de ataque químico o biológico en cualquier circunstancia como antes ocurría, reservándose para esos ataques, como se afirma, una respuesta *convencional* devastadora (p. 16). El compromiso de no emplear armas nucleares contra los Estados parte en el TNP que cumplan con sus disposiciones es en realidad una puesta al día y un avance respecto de la declaración de no primer uso que, como vimos, los cinco Estados nucleares habían ya proclamado en 1995.

No es sin embargo, una conclusión absoluta y sin condiciones, como no podía ser menos: Estados Unidos se reserva (p. 16) el derecho de replantearse esta garantía de no respuesta nuclear si las circunstancias lo aconsejaran en el caso de sufrir un *ataque biológico*, dado el potencial de destrucción de estas armas y el rápido desarrollo tecnológico que pueden experimentar.

Una reflexión más detenida sobre el documento nos lleva a plantearnos el encuadre de la declaración estadounidense en el marco del ordenamiento jurídico internacional. El documento no especifica de manera suficientemente clara si la restricción en el empleo de armas nucleares se contempla como un «primer uso» o como respuesta a un ataque previo («Estados Unidos no empleará o amenazará con emplear armas nucleares contra Estados no nucleares que sean parte en el Tratado de No Proliferación y que cumplan con sus obligaciones de no proliferación», p. 15). Si partimos de la primera opción, lo cierto es que no emplear armas nucleares en primer lugar no es una graciosa concesión estadounidense sino algo que, a priori, viene impuesto por la legalidad internacional porque, ¿cómo podría justificarse una agresión de este tipo sin ataque previo?

La lógica dicta, pues la primera opción raya en la ilegalidad, que se trata de la segunda y que el compromiso es no usar las armas nucleares estadounidenses incluso tras sufrir (siendo la precisión importante) un ataque químico o biológico. De no ser así, carecería de sentido la excepción que a dicha renuncia de principio el documento establece, pues como señalamos, Estados Unidos se reserva el cambiar de opinión (esto es, usar armas nucleares), si las circunstancias lo exigieran en caso de ataque previo biológico.

Si analizamos con calma la renuncia de Estados Unidos al empleo de armas nucleares, la conclusión nos lleva a oír en ella más ruido que nueces por cascar, dado que en realidad su único avance se ha producido en el campo, por así decirlo, de la biología porque sólo se juega con la posibilidad de que sea el armamento biológico el que ponga en peligro la seguridad estadounidense en algún momento. Ciertamente, el empleo y la posesión de armas químicas está más controlado, por no decir erradicado, gracias a la Convención sobre Armas Químicas (CAQ) de 1993, prácticamente universal a día de hoy y que se ha consolidado como uno de los mayores éxitos en materia de desarme. La verificación exhaustiva a la que, gracias a este instrumento, se someten los Estados da garantías suficientes de que ningún Estado conserva armas de esta naturaleza de entidad significativa, pero no ha ocurrido igual con la Convención sobre Armas Biológicas de 1972, respecto de la que han fracasado estrepitosamente (en gran parte, por cierto, por las reticencias estadounidenses) los intentos de dotarla de un régimen similar. Aunque a priori solventada por las razones que imaginamos y acabamos de esbozar, quizás no hubiera estado de más, una vez que Estados Unidos buscaba asegurarse las espaldas, contemplar también la cuestión de un ataque químico; y es que, a fin de cuentas, garantías plenas, plenas, plenas de que los Estados no vuelvan de nuevo en un futuro sus ojos a las armas químicas no existen.

La preocupación por las armas biológicas que este párrafo de la NPR refleja nos obliga además a formularnos una pregunta: ¿se han previsto también pasos para lograr un adecuado control de estas armas? Aunque la respuesta es afirmativa, debe matizarse que no se ha hecho a través de un tratado multilateral de desarme y que tampoco cuenta con el entusiasmo de Estados Unidos: la prensa se hacía eco de cómo el 9 de diciembre de 2009 (*www.nytimes.com*), en un discurso en la reunión anual de los Estados parte en la CAB, se anunciaba el plan de la nueva política estadounidense para evitar la proliferación de armas de esta naturaleza, que seguía la línea de la anterior Administración al oponerse a cualquier régimen internacional encargado de verificar las reservas de agentes biológicos y negarse por tanto a participar en la dotación de un protocolo de verificación a esta convención, decisión que ya había tomado el presidente Bush en diciembre de 2001 (*http://www.armscontrol.org/subject/16/date*) echando por tierra las negociaciones que desde 1995 se habían llevado a cabo para redactarlo. La *Estrategia Nacional para contrarrestar las amenazas biológicas,* elaborada en noviembre de 2009 (*http://www.whitehouse.gov/sites/default/files/National_Strategy_for_Countering_BioThreats.pdf*) ha preferido centrarse en la prevención de ataques biológicos desarrollados por terroristas o en las maneras de responder ante enfermedades a gran escala causadas por agentes de este tipo, ya sea por naturales o intencionados.

En definitiva, aunque la NPR se ha anunciado como un cambio radical en la concepción de las armas nucleares estadounidenses, un análisis más profundo parece indicar que en realidad no es más que un retorno a la normalidad y la legalidad que la Estrategia nuclear de G. W. Bush nunca debería haber abandonado.

El resto de Estados (es decir, los no partes en el TNP que posean armas nucleares o los que, pese a serlo, no cumplan sus obligaciones de no proliferación), no se verán beneficiados por esta política de respuesta no nuclear, con lo que estas armas podrán ser empleadas contra ataques de cualquier tipo (convencionales, químicos o biológicos) que provinieran de tales sujetos. Pese a todo, se afirma que incluso respecto de éstos pervive el compromiso de utilizar las armas nucleares sólo «en circunstancias extremas para defender los intereses vitales de los Estados Unidos o sus aliados» (p. 16). Recuerda este lenguaje a lo afirmado en su día por el Tribunal Internacional de Justicia en la *Opinión Consultiva sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de las*

armas nucleares (1996), en la que pese a declarar la clara conculcación de las normas del Derecho internacional humanitario por las armas nucleares reconoció sus serias dudas a declarar su ilicitud en «circunstancias extremadas de legítima defensa en las que corriera peligro la propia supervivencia del Estados» (párr. 105.2. E, *CIJ Recueil 1996*).

Por otro lado, la manera de excluir (de entre los beneficiarios del compromiso estadounidense de no empleo de armas nucleares) a algunos Estados se ha configurado de tal manera que resulta sencilla la tarea de poner nombres y apellidos a sus destinatarios y el documento no lo oculta. El Secretario de Defensa, Robert M. Gates, lo señaló expresamente antes de presentarlo: «hay un mensaje para Irán y Corea del Norte» (véase la prensa de 6 de abril de 2010) y las referencias a ambos son, en efecto, continuas.

Ciertamente, ambos Estados, ya en la lista negra de *rogue States* de G. W. Bush, se han convertido en los últimos años en la pesadilla de la seguridad en cuanto a armas nucleares se refiere. A ambos se les acusa expresamente de haber violado sus obligaciones de no proliferación, desafiar las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, buscar capacidad de lanzamiento de misiles y resistirse a los esfuerzos internacionales que se han desplegado en numerosas ocasiones para intentar solventar las crisis que crearon, y el propio documento lo refleja (p. iv). Desde la retirada de Corea del Norte del Tratado de No Proliferación en 2003 ejercer una labor adecuada de control de su capacidad nuclear ha sido una tarea prácticamente imposible y los ensayos llevados a cabo en 2006 (un año después de que Pyongyang anunciara formalmente la posesión de este armamento) y en 2009 (de mayor entidad y de carácter subterráneo esta vez) han contribuido a aumentar las tensiones sin que las peticiones, sanciones de los Estados y del Consejo de Seguridad (corte de suministros de tanques, barcos, misiles, helicópteros,...) hayan servido de nada.

La postura de Irán no ha sido más dócil, pese a que formalmente sigue siendo parte en el TNP. Acusado de iniciar acciones para fabricar el arma nuclear desde 2002 (véase Bermejo García, R., y Gutiérrez Espada, C., «El programa nuclear iraní en el ojo del huracán», *Revista Española de Derecho Internacional*, LVII, 2005, núm. 1, pp. 105-119), en el marco de una coyuntura política e ideológica proclive (Mahmud Ahmadi-Nejad, jefe del Gobierno desde agosto de 2005 y de posturas claramente extremistas, ha propiciado una política claramente antiamericana y ha defendido el derecho iraní de acceder a la energía nuclear con fines pacíficos, o eso es lo que él afirma), se refugia en el art. IV del TNP para proclamar su derecho a desarrollar programas nucleares pacíficos, pero los procesos de fabricación de uranio enriquecido llevados a cabo en su territorio han despertado un recelo aparentemente bien fundado. De poco han servido también en este caso las amenazas del Consejo de Seguridad y tras la resolución 1696 (2006), en la que el Consejo expresaba su preocupación ante las serias dudas de la AIEA acerca del cumplimiento por el Gobierno iraní del TNP, varias resoluciones se encargaron de imponer sanciones que a ningún puerto han llegado [resoluciones 1737 (2007), 1747 (2007), 1803 (2008), 1835 (2008)]. El Informe de la AIEA de 10 de febrero de 2010 (*http://www.isis-online.org/uploads/isis-reports/documents/IAEA_Report_Iran_18Feb2010.pdf*) era claro: Irán no está prestando la cooperación debida y no está cumpliendo con las resoluciones del Consejo de Seguridad, lo que induce a pensar que su programa nuclear tiene una dimensión militar.

Ésa es la más que probable razón de que en mayo de 2010 empezara a circular un borrador promovido por Francia, Estados Unidos y Reino Unido para imponer una nueva ronda de sanciones (la cuarta ya) aún más duras y para la que Estados Unidos

parecía estar convenciendo a Rusia y China, los permanentes más reacios por sus relaciones con el régimen iraní. El 9 de junio de 2010, el Consejo de Seguridad adoptó finalmente una resolución en la que se dispone un nuevo paquete de sanciones contra Irán por la falta de cooperación de ese país para demostrar el carácter pacífico de su programa nuclear. El texto, finalmente propuesto por Francia, Alemania, el Reino Unido y Estados Unidos, fue aprobado por 12 votos a favor, la abstención de Líbano y los votos en contra de Brasil y Turquía. La resolución impone por primera vez restricciones para la venta a ese país de armas convencionales como tanques, helicópteros y sistemas de cohetes, y autoriza a todos los Estados a inspeccionar las embarcaciones y aviones iraníes, de los que tengan suficientes sospechas de que puedan transportar materiales relacionados con la industria nuclear. Igualmente, refuerza el control de las actividades financieras y bancarias del país y aprueba el congelamiento de activos de entidades sospechosas de tener relación con las actividades no declaradas de programa nuclear. También amplía una lista negra de empresas iraníes a las que se les prohíben inversiones en el exterior y veda el vínculo de compañías iraníes en actividades relacionadas con la producción de uranio y la fabricación de misiles balísticos con capacidad de llevar cabezas nucleares. Además, el documento impone restricciones de viaje a individuos vinculados con las empresas incluidas en la lista, entre otras medidas [S/RES/1929 (2010)].

Las concesiones que la Estrategia hace a los Estados parte en el TNP que se muestren respetuosos con su articulado parecen buscar dos objetivos: uno, animar a los Estados que no lo hayan ratificado aún a hacerlo (p. 15) y dos, promover que quienes ya son parte lo cumplan adecuadamente. La duda que nos asalta es la de si realmente estas previsiones convencerán a quienes van dirigidas y les harán cambiar de actitud. ¿Será posible que sea éste el empujón que India, Pakistán o Israel (tres Estados que ni siquiera lo han firmado) necesitan para hacerlo?; ¿servirá de algo amenazar a quienes no sean parte en el TNP o no cumplan con sus obligaciones. ¿No será, contra lo previsto, el acicate que Estados como el polémico Irán necesitan para reafirmar su necesidad de armas nucleares ahora que se ha confirmado oficialmente que es más objetivo que nunca de Estados Unidos? De momento, la NPR no parece haber impresionado al líder iraní, que el 14 de mayo de 2010, en la Conferencia de Revisión del Tratado de No Proliferación proponía sustituir el tratado por uno nuevo (al que incluso daba nueva denominación: Tratado de Desarme Nuclear y No Proliferación) y crear un nuevo órgano que sustituyera a la Agencia Internacional de la Energía Atómica (Centro de Noticias ONU, 3 de mayo de 2010). Por otro lado, si Estados Unidos ha puesto la primera piedra en la renuncia a las armas nucleares, ¿no estaría más legitimado para exigir a Irán que reconsidere su postura nuclear?

B) Los grupos terroristas, que ya la Administración Bush había señalado como objetivo prioritario, son el segundo colectivo que aparece en el punto de mira de la Revisión de Estrategia Nuclear. Sus ataques son calificados de hecho como «el mayor y más inmediato peligro» (p. iv), lo que sin duda corrobora las evidencias de que Al Qaeda y sus aliados han emprendido un proceso para hacerse con armas nucleares. La mejor manera para evitarlo es impedir que los materiales nucleares caigan en sus manos, para lo que debe evitarse que sean objeto de transacción en el mercado negro, someterlos a un estricto control e impedir su comercio ilícito.

El control de estos materiales se convierte así en otro de los objetivos prioritarios de la NPR, sirviendo además al doble propósito de controlar tanto a los Estados *outsider* (terminología por la que la nueva Administración Demócrata ha sustituido a la de *rogue status* del republicano Bush) como a los grupos terroristas. Estados Unidos no puede llevar a cabo por sí sólo esta labor, de ahí el importante papel que se da a la

cooperación con otros Estados (pp. 31 y ss.). Mejora del control de las exportaciones y de las fronteras, restricciones en la transferencia de materiales de doble uso, ayudas a los Estados que se propongan mejorar controles e inspecciones transfronterizas (p. 10) son algunas de las propuestas, muchas de ellas ensayadas ya, que el documento pone sobre la mesa. Destaca sobre todo el ánimo en llevar a cabo estas medidas de control en el marco de las resoluciones del Consejo de Seguridad que sobre la materia existen y que ahora se ven reforzadas con este apoyo explícito estadounidense:

— La resolución 1540 del Consejo de Seguridad, de 5 de noviembre de 2004 (DATAN, M.: «Security Council Resolution 1540. WMD and non-state trafficking», *Disarmament Diplomacy*, vol. 79, abril-mayo de 2005, *http://www.acronym.org/dd/dd79/79md.htm*) fue la primera en encarar de manera directa el peligro de las armas de destrucción masiva en manos de agentes no estatales y grupos terroristas (definido por la propia resolución como «persona física o entidad que no actúa bajo la autoridad legítima de un Estado en la ejecución de actividades comprendidas en el ámbito de la presente resolución»), proponiendo actuar contra el tráfico ilícito de este armamento, los sistemas vectores y materiales conexos y estableciendo obligaciones para que todos los Estados establezcan controles internos para evitar la proliferación de estas armas. El Comité que crea (Comité 1540) (*http://www.un.org/sc/1540/*) para verificar el cumplimiento de la resolución admite en su segundo y último Informe (S/2008/493, de 30 de julio, p. 3) que la total aplicación de la resolución llevará tiempo pero al menos se está trabajando en la cuestión y el apoyo estadounidense puede ser crucial en este aspecto.

— Aplicar satisfactoriamente la Resolución 1887 (2009), de 24 de septiembre, que contempla varias medidas para mejorar y reforzar el TNP y la AIEA, en especial para proteger los materiales nucleares vulnerables, es otro de los objetivos que se fija el Documento (p. 11).

4. No son las únicas metas. El documento refuerza otras iniciativas en este sentido y todas ellas son bienvenidas. Por ejemplo, en la NPR se declara el compromiso de consolidar la *Iniciativa de Seguridad contra la Proliferación*, propuesta por G. W. Bush el 31 de mayo de 2003, que permite a los Estados detener e inspeccionar los vehículos, barcos o aviones sospechosos de transportar armas de destrucción masiva, tan pronto entren en el territorio de alguno de los Estados que la secundan (WEINER, T., «Proliferation Security Initiative to stem flow of WMD material», *Center for Nonproliferation Studies*, 16 de julio de 2003, *http://cns.miis.edu/pubs/week/030716.htm*, y BOESE, W., «The Proliferation Security Initiative: an interview with John Bolton», *Arms Control Today*, diciembre de 2003, *http://www.armscontrol.org/act/2003_12/PSI.asp*; también *www.armscontro.org/factsheets/PSI/asp* y la información oficial de Estados Unidos, *http://www.state.gov/t/np/rls/other/46858.htm*). La NPR pretende convertirla en una institución internacional permanente (p. 10) y consolidar así de manera definitiva este proyecto al que ya se han unido más de noventa Estados.

5. Estados Unidos, de hecho, ya ha demostrado que su compromiso para la consecución de un mundo *nuclearmente* más seguro va más allá de lo puramente formal: el 12 y 13 de abril de 2010 Washington era el escenario de la Cumbre de Seguridad Nuclear, a la que 47 Estados, representantes de Naciones Unidas, la AIEA y la UE fueron convocados (*http://www.state.gov/nuclearsummit/*) para buscar formas de reforzar la cooperación internacional con el fin de prevenir el terrorismo nuclear, proteger los materiales y evitar su tráfico ilícito, y ya son varias las propuestas concretas en lo que se refiere a la reducción de la disponibilidad de uranio y plutonio enriquecidos (información del *Bureau of International Information Programs*, US Department of State, *www.america.gov*). Un mes más tarde (28 de mayo), Estados Unidos era uno de los

Estados que en la Conferencia de Revisión del TNP aprobaban un Plan de Acción para destruir esas armas (Centro de Noticias ONU, 8 de junio de 2010).

El éxito en conseguir la no proliferación plena precisa además de esfuerzos en tres ámbitos, directamente relacionados con tratados (o borradores) de desarme y control de armamento: 1) Ratificación del nuevo START (*Strategic Arms Reduction Treaty*) entre Estados Unidos y Rusia. El START I de 1991 (expirado en diciembre de 2009) acaba de ser reactivado merced a un nuevo tratado firmado el 8 de abril de 2010, que permitirá la eliminación en siete años de un 30 por 100 de los arsenales nucleares que aún cobijan el 90 por 100 de las armas nucleares totales. 2) La ratificación del Tratado de Prohibición Completa de Ensayos Nucleares (que sí firmó en 1996, *http://www.ctbto.org/*) está en el aire, aunque el documento parece indicar que Estados Unidos terminará siendo parte (pp. vii, xiv y 13). 3) El documento adelantaba (p. 13) el compromiso estadounidense de iniciar las negociaciones para la firma de un Tratado para la prohibición de la producción de material fisionable (esto es, uranio altamente enriquecido o plutonio); existe, de hecho, un comité convocado desde 1998 (aunque nombrado formalmente en 2006) por la Conferencia de Desarme para acordar su contenido, pero hasta la fecha no se ha logrado avance alguno, en gran parte por las reticencias de la anterior Administración estadounidense, que consideraba imposible el establecimiento de un sistema de verificación eficaz.

Las tres iniciativas marcan una nueva era en lo que a estos tratados se refiere sobre todo porque la Administración Republicana del Presidente Bush era claramente contraria a los mismos, como la retirada estadounidense del Tratado ABM o la resistencia feroz al Tratado de Prohibición Completa de Ensayos Nucleares se encargaron de demostrar.

6. La Estrategia Nacional Revisada confirma lo que desde el fin de la Guerra Fría se había constatado: el concepto de disuasión que durante tantos años reinó en el diseño de la seguridad y estabilidad mundiales ha cambiado radicalmente, con lo que el papel tradicionalmente atribuido a las armas nucleares debe también evolucionar. Ya no estamos ante un enemigo (Unión Soviética) que se comportaba conforme a, digamos, parámetros racionales de comportamiento que aseguraban que el ataque nuclear, salvo circunstancias excepcionales, no tendría lugar por miedo a que la respuesta fuera tan devastadora como el ataque. No son en realidad tantas, al menos en ciertos aspectos, las distancias que la Administración Demócrata ha marcado con su predecesora, aunque sí es cierto que en general el lenguaje se suaviza y las respuestas son considerablemente más respetuosas con la legalidad internacional. La nueva Estrategia del Presidente Obama sigue, por ejemplo, la estela marcada por su predecesor al identificar los focos principales de la amenaza (determinados Estados y grupos terroristas), no siendo éste el único elemento común: entre los mecanismos de defensa existentes se mencionan de manera expresa los sistemas antimisiles que protegerían a Estados Unidos ante un eventual ataque (p. 15), con lo que a la postre se confirma que el gobierno estadounidense está obligado a continuar con el proyecto de paraguas nuclear que se convirtió en uno de los ejes de los últimos Gobiernos republicanos (y defendidos a capa y espada por dos generaciones Bush).

Es cierto que no se concebirá de la misma ambiciosa manera en que lo hizo la Administración republicana, pero la cuestión no se descarta y así se anunciaba en el discurso pronunciado en Praga el año pasado: «Mientras persista la amenaza iraní, seguiremos adelante con un sistema de defensa antimisiles [...]. Si la amenaza iraní desparece, tendremos una base más sólida para la seguridad y la fuerza motriz de la construcción de la defensa antimisiles en Europa desaparecerá».

¿Llegaremos algún día a ver ese Mundo sin armas nucleares que se promete? El documento no renuncia, ni siquiera pensando en el largo plazo, a la posesión por Estados Unidos de armas nucleares, pues parte del hecho (en su preámbulo, p. i) de su necesaria existencia para asegurar la estabilidad frente a otros Estados que también las poseen y para hacer frente a posibles nuevas amenazas. Para que ello fuera posible deberían darse las condiciones que la propia Casa Blanca enumera (p. xv): paralización de la proliferación de armas nucleares, transparencia en los programas y capacidades de los Estados involucrados en cuestiones nucleares, mejor de los métodos de verificación y tecnologías capaces de detectar violaciones de obligaciones de desarme, medidas rotundas de cumplimiento y creíbles para paralizar esas violaciones y resolución de conflictos regionales que pudieran ocasionar el interés de Estados rivales en la adquisición de armas nucleares. ¿Se dan?; la Estrategia Nuclear Revisada se responde a sí misma con contundencia: «esas condiciones no existen hoy».

La NPR no ha abierto el camino sin más a la desaparición de las armas nucleares. De hecho, ni contenta a sus defensores, pues se juega con la ambigüedad, renunciando expresamente a afirmar sin ambages que la opción de responder con ellas es perfectamente viable, ni tampoco a sus opositores, al dejar abierta la posibilidad de su empleo. Pese a todo, las variaciones respecto de la filosofía anteriormente reinante han supuesto un punto de inflexión considerable y un compromiso serio de trabajar para que la amenaza nuclear desaparezca en el futuro. Como dijo el propio Obama, eso requerirá tiempo y esfuerzo y además, pero esto lo decimos nosotros, que su Administración perdure electoralmente.

Cesáreo Gutiérrez Espada
Universidad de Murcia

María José Cervell Hortal
Universidad de Murcia

4. PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL PARA PERSONAS PERTENECIENTES A LA MINORÍA ROMANÍ: COMENTARIO SOBRE LA SENTENCIA DEL TEDH DE 8 DE DICIEMBRE DE 2009, EN EL ASUNTO *MUÑOZ DÍAZ C. ESPAÑA*

1. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) se ha pronunciado sobre el asunto *Muñoz Díaz c. España* mediante Sentencia de 8 de diciembre de 2009, dictada por una Sala de la cuarta sección. El asunto despertó la polémica en la opinión pública europea, así como cierta expectativa entre los grupos romaníes de toda Europa, porque se pensaba que el tribunal había abierto la espita para que los romaníes pudieran pedir cualquier prestación al Estado sin tener la correspondiente obligación de cumplir con las disposiciones de su ordenamiento jurídico. Así, algunos esperaban que a partir de entonces los romaníes pudieran reclamar prestaciones de los sistemas de seguridad social de los Estados sin cumplir con los requisitos legales previstos en las legislaciones. De esta circunstancia se hizo eco incluso el voto particular de la sentencia, que cita un artículo publicado en la revista romaní *Nevipens Romani*, del número correspondiente a 1-15 de junio de 2009, que se titulaba «María Luisa Muñoz pide en Estrasburgo una reparación histórica para los gitanos. Catorce millones de gitanos podrían verse beneficiados de la decisión del Tribunal de Derechos Humanos» (cfr. el primer párrafo de la opinión disidente del juez Myjer a la Sentencia del TEDH objeto de comentario). No obstante, y como tendremos ocasión de ver en esta nota, esta interpretación es a todas luces exagerada.

En lo sucesivo, y después de exponer los hechos (2), estudiaremos los argumentos esgrimidos por el tribunal, destacando el contexto normativo y jurisprudencial que los rodea, así como su alcance para la práctica jurisprudencial del tribunal. En primer lugar, nos referiremos al derecho a las prestaciones de la seguridad social en Derecho europeo (3), para a continuación centrarnos en el valor jurídico que, a la vista de la legislación europea, tienen las manifestaciones culturales propias —incluido el matrimonio— de los romaníes (4). De este modo, pretendemos contribuir a esclarecer el alcance que pueda tener esta sentencia del TEDH (5).

2. El presente caso nace a partir del rechazo de la pensión de viudedad solicitada por una mujer de origen romaní, M.ª Luisa Muñoz Díaz, española que residía en Madrid. M.ª Luisa Muñoz se casó en 1971 a los quince años con un hombre romaní, siguiendo exclusivamente los ritos y tradiciones romaníes para la celebración de su matrimonio, por lo que éste nunca llegó a inscribirse en el Registro Civil español, en el que ambos siguieron figurando como solteros.

El 24 de diciembre de 2000, después de más de 29 años de matrimonio, fallece el marido, que había cotizado a la Seguridad Social como constructor durante 19 años. Por este motivo, la viuda M.ª Luisa Muñoz solicitó al Instituto Nacional de Seguridad Social (INSS) la correspondiente pensión de viudedad, al considerarse beneficiaria por haber sido su esposa durante todo el tiempo de cotización. Sin embargo, el INSS rechazó su solicitud de pensión alegando que el matrimonio romaní no puede considerarse como tal a los efectos de la legislación española debido a la ausencia de su inscripción en el Registro Civil (párr. 2 de la séptima modificación a la Ley 30/1981, de 7 de julio, de modificación del Código Civil, junto con el art. 174 de la Ley General de la Seguridad Social, adoptada con Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio).

Cuando M.ª Luisa Muñoz recurrió este acto administrativo ante el Juzgado de lo Social núm. 12 de Madrid, éste reconoció en su Sentencia de 30 de mayo de 2002, su matrimonio romaní a efectos de su pretensión de pensión de viudedad. Pero el INSS apeló dicha decisión, y con Sentencia de 7 de noviembre de 2002, el TSJ de Madrid falló a favor de la tesis del INSS, que se amparaba en el texto de la normativa que requiere la inscripción en el Registro Civil. M.ª Luisa Muñoz presentó entonces un recurso de amparo, fundamentándolo en el art. 14 de la Constitución, que establece el derecho a la igualdad y a la no discriminación. La decisión del Tribunal Constitucional (en adelante TC) núm. 069/2007, de 16 de abril de 2007, siguió el criterio adoptado por el INSS, si bien el voto particular del Magistrado Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, disidente de la solución adoptada por la mayoría, argumentó sobre la eventual aplicabilidad del Convenio-marco para la protección de las minorías nacionales de 1 de febrero de 1995, al que España se había adherido y que había entrado en vigor en general y para España el 1 de febrero de 1998 (*BOE* núm. 20, de 23 de enero de 1998, con corrección de errores en *BOE* núm. 37, de 12 de febrero de 1998, y núm. 39, de 14 de febrero de 1998).

La Sentencia del TC significó para la referida viuda el agotamiento de los recursos internos, abriéndose así la posibilidad de un recurso ante una jurisdicción internacional. La viuda Muñoz Díaz eligió presentar una demanda contra España ante el TEDH en virtud del art. 34 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH), fundamentándola en dos argumentos. Por una parte, en una violación del art. 1 del Protocolo Adicional al CEDH, en combinación con su art. 14, por considerar que el rechazo de su pretensión de obtener una pensión de viudedad constituía una violación de un derecho de propiedad que generaba discriminación racial. Por otra parte, en una violación del art. 12 en combinación con el art. 14 del CEDH, por consi-

derar que la falta de reconocimiento del matrimonio romaní constituía una violación de su derecho a contraer matrimonio por producirse una discriminación racial.

El TEDH estimó la primera pretensión de la autora, y rechazó como infundada la segunda. Así, el tribunal confirmó implícitamente que las prestaciones por viudedad pueden gozar de una protección en virtud del derecho a la propiedad privada más allá de eventuales obstáculos formales, como lo es la ausencia de un matrimonio formal con la persona fallecida. Al mismo tiempo, constató que el matrimonio romaní como tal no entraba en el ámbito de aplicación del art. 12 del CEDH, si no era cumpliendo con las formalidades establecidas por el Estado para su celebración.

3. En primer lugar, vamos a centrarnos en la cuestión del derecho a la Seguridad Social, que en Europa cuenta con un incipiente marco jurídico gracias al impulso del Consejo de Europa, que ha hecho esfuerzos por regular el acceso de todas las personas a una prestación social otorgada por el Estado. Como en el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 (en adelante CEDH) no se llegara a incluir ninguna referencia expresa a este derecho, fue en la Carta Social Europea (en adelante CSE), firmada en Turín el 18 de octubre de 1961 y entrada en vigor el 26 de febrero de 1965, *CETS* núm. 35, en la que se reconoció el derecho general a la Seguridad Social y a numerosas prestaciones sociales concretas. España ratificó este instrumento con efectos desde el 5 de junio de 1980, *BOE* núm. 153, de 26 de junio de 1980. En el momento de su ratificación, los Estados asumen, a través del sistema de elección «a la carta», un número mínimo de obligaciones en el ámbito de los derechos sociales. En 1996, ante la necesidad de contar con un nuevo texto que reflejara la evolución de la protección social en Europa, se modificaron algunas de sus disposiciones y se añadieron nuevos derechos, dando lugar así a la Carta Social Europea revisada (en adelante, CSE revisada), firmada en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996, y entrada en vigor el 1 de julio de 1999 (*CETS* núm. 163). A la protección de las minorías se aplica el principio de no discriminación del art. E de la Parte Quinta de la CSE revisada, que en la CSE de 1961 sólo estaba presente en su preámbulo. En él se dispone que una de las causas de discriminación prohibida es la pertenencia a una minoría nacional. A imagen del art. 14 del CEDH, este art. E también puede ser aplicado sólo en relación con uno de los demás derechos reconocidos por la CSE revisada.

Esta regulación sustantiva de los derechos sociales viene siendo completada por un mecanismo de control internacional. El órgano en que recae este control es el Comité Europeo de Derechos Sociales (en adelante CDS), que está compuesto por quince expertos independientes. Este Comité al principio sólo tenía la facultad de estudiar y evaluar jurídicamente los informes periódicos presentados por los Estados en virtud del art. 21 de la CSE. Pero más tarde esta competencia fue ampliada por el tercer Protocolo Adicional a la CSE estableciendo un sistema de quejas colectivas, firmado en Estrasburgo el 9 de noviembre de 1995, y entrado en vigor el 1 de julio de 1998 (*CETS* núm. 158). Este sistema puede calificarse de cuasicontencioso, porque permite la presentación de reclamaciones por violación de los derechos humanos, que son tramitadas por el Comité de modo muy similar a demandas judiciales, con la diferencia de que la resolución final sobre el fondo del asunto carece de efecto jurídico vinculante. Hasta la actualidad, 12 Estados han ratificado el Protocolo y dos han formulado una declaración de aceptación de la competencia del CDS para conocer de reclamaciones colectivas al ratificar CSE revisada. España no se encuentra entre ellos.

Más allá de estos mecanismos específicamente dirigidos a la protección del derecho a la seguridad social, conviene poner de manifiesto que la práctica jurisprudencial del TEDH incluye las prestaciones de seguridad social dentro del concepto de «pose-

sión» contenida en el art. 1 del Protocolo Primero al Convenio. Esta circunstancia fue decisiva para que la viuda Muñoz Díaz presentara su caso ante este órgano jurisdiccional.

La antigua Comisión Europea de Derechos Humanos se pronunció por primera vez en este sentido al disponer que esta disposición, si bien no admitía que hubiera un derecho directo de toda persona a beneficios de la seguridad social, sí reconocía que habiendo pagado contribuciones obligatorias a un fondo de pensiones o un sistema de seguro social tal derecho podía nacer. La Comisión exigía un vínculo directo entre las contribuciones y los beneficios, y sólo la existencia de esta relación permitía la creación de ese derecho a recibir prestaciones a partir de esos fondos. Pueden verse, *inter alia*, los asuntos *Müller c. Austria,* demanda núm. 5849/72, Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos de 1 de octubre de 1975, *DR* 3, p. 25; *G c. Austria,* demanda núm. 10094/82, Decisión de la Comisión de 14 de mayo de 1984, *DR* 38, p. 84; *De Kleine Staarman c. the Netherlands,* demanda núm. 10503/83, Decisión de la Comisión de 16 de mayo de 1985, *DR* 42, p. 162.

En la primera sentencia dictada por el propio tribunal sobre este tema, en el asunto *Gaygusuz c. Austria,* demanda núm. 17371/90, Sentencia del TEDH de 16 de septiembre de 1996 (Reports of Judgments and Decisions 1996-IV), el tribunal ya se cuestionó si ese derecho a la prestación encontraba su fundamento exclusivamente en la contribución previa del beneficiario al programa de pensiones, o si, en cambio, fuera porque el beneficio de seguridad social estaba consagrado en la legislación general del Estado. Esta cuestión fue relevante en el presente caso porque el fondo de pensiones no estaba financiado en su totalidad a partir de las contribuciones de los propios beneficiarios, sino por el presupuesto general del Estado (párr. 21). A partir de entonces la jurisprudencia del tribunal, lejos de uniformarse, comenzó a hacerse eco tanto de una como de otra concepción, creando cierta confusión. Hubo decisiones —la mayoría— que exigían que el beneficiario de una prestación hubiera contribuido previamente a los fondos de la seguridad social. Pueden verse a este respecto los asuntos *Szrabjet and Clarke c. the United Kingdom,* demandas núms. 27004/95 y 27011/95, Decisión de la Comisión de 23 de octubre de 1997, fundamento núm. 1; *Carlin c. the United Kingdom,* demanda núm. 27537/95, Decisión de la Comisión de 3 de diciembre de 1997, fundamento núm. 1; *Coke and 21 Others c. the United Kingdom,* demanda núm. 38696/97, Decisión de la Comisión de 9 de septiembre de 1998, fundamento núm. 2; *Stawicki c. Poland,* demanda núm. 47711/99, Decisión de Admisibilidad de 10 de febrero de 2000, fundamento núm. 2; *Jankovic c. Croatia,* demanda núm. 43440/98, Decisión de Admisibilidad de 12 de octubre de 2000, fundamento núm. 1; *Kohls c. Germany,* demanda núm. 72719/01, Decisión de Admisibilidad de 13 de noviembre de 2003, fundamento núm. 2; *Kjartan Asmundsson c. Iceland,* demanda núm. 60669/00, Sentencia de 12 de octubre de 2004, párrs. 39-45; y la Sentencia de Sala de 20 de junio de 2002 en el asunto *Azinas c. Cyprus,* demanda núm. 56679/00, párrs. 32-34, aunque esta sentencia fue revertida por otras razones por la Sentencia de la Gran Sala de 28 de abril de 2004. Otras sentencias no exigían esto, interpretándose que incluso una prestación social no contributiva podría constituir una posesión en el sentido del art. 1 del Protocolo Primero. Esta visión de las cosas prevaleció en los asuntos *Buchen c. République Tchèque,* demanda núm. 36541/97, Sentencia de 26 de noviembre de 2002, párr. 46; *Koua Poirrez c. France,* demanda núm. 40892/98, Sentencia de 30 de septiembre de 2003, párr. 42; *Wessels-Bergervoet c. the Netherlands,* demanda núm. 34462/97, Sentencia de 4 de junio de 2002, párr. 43; *Van den Bouwhuijsen and Schuring c. the Netherlands,* demanda núm. 44658/98, Decisión de Admisibilidad de 16 de diciembre de 2003, fundamento único.

La polémica fue finalmente zanjada con el asunto *Stec y otros c. el Reino Unido*, Decisión de la Gran Sala sobre la admisibilidad de las demandas núms. 65731/01 y 65900/01, de 6 de junio de 2005, al considerar la Gran Sala del TEDH que también las prestaciones no contributivas forman parte del ámbito de aplicación del art. 1 del Protocolo Primero (párrs. 47-53).

Una vez que esta cuestión quedó resuelta, el caso objeto de comentario, *Muñoz Díaz c. España*, introduce el elemento de la discriminación en virtud del art. 14 del CEDH. La cuestión principal reside en determinar si la discriminación de la que la demandante fue objeto al negársele la pensión de viudedad que reclamaba fue realizada en virtud de un criterio objetivo y razonable. En otras palabras, una vez que la demandante había sustanciado *prima facie* que puede existir una discriminación por etnia o por raza, el Estado debería haber probado que la discriminación se basa en criterios objetivos y razonables para personas en situaciones similares (véase párr. 47 de la sentencia).

El Estado tiene un cierto margen de apreciación a la hora de interpretar el derecho a la igualdad. Así, según el tribunal, el margen de apreciación permite al Estado discriminar con el fin de equilibrar desigualdades fácticas entre distintos grupos. Es más, en ciertas situaciones un tratamiento desigual puede ser exigido por el tribunal con el fin, precisamente, de nivelar diferencias entre grupos y de este modo luchar contra discriminaciones arraigadas en la sociedad (discriminación positiva). La sentencia, en su párr. 48, menciona a estos efectos los asuntos *Thlimmenos c. Greece*, demanda núm. 34369/97, Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 6 de abril de 2000, párr. 40; *Stec and Others c. United Kingdom*, demandas núms. 65731/01 y 65900/01, Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 12 de abril de 2006, párr. 51; y *D. H. c. the Czech Republic*, demanda núm. 57325/00, Sentencia de la Gran Sala de 13 de noviembre de 2007, párr. 175. En este mismo sentido, el Estado mantiene un amplio margen de apreciación cuando se trata de decisiones generales de política económica y social, porque el Estado es quien mejor conoce los objetivos de interés público. Sólo cuando las medidas adoptadas carezcan manifiestamente de un fundamento razonable el tribunal puede intervenir y determinar una discriminación en virtud del art. 14 del CEDH (véase párr. 49 de la sentencia).

Una vez que la parte demandante demuestra que existe un trato «diferente en situaciones similares», es el Estado demandado quien asume la carga de la prueba de que este trato está justificado. En el presente caso, no obstante, la defensa del Estado no fue considerada convincente por el tribunal. El Gobierno español alegó que la demandante sólo había tenido una relación *more uxorio*, pero no había cumplido con la exigencia legal del matrimonio de conformidad con la legislación española. Esta exigencia, según el gobierno, es de carácter general y no constituye ningún acto de discriminación racial. Además, la demandante no estaba impedida de ningún modo para cumplir con estas formalidades (véase párr. 40 de la sentencia).

En efecto, el propio Estado había considerado a la pareja como matrimonio, otorgando a esta convivencia importantes consecuencias jurídicas, como la extensión de un libro de familia, la declaración de familia numerosa y el reconocimiento de la legitimidad de los seis hijos, datos que para el tribunal confirman que para el Estado existía un matrimonio. A esto, afirma el tribunal, hay que añadir que había que tener en cuenta también otros elementos de la práctica estatal, como el hecho de que en otras situaciones similares de matrimonios formalmente no válidos, como en el caso de matrimonios canónicos nulos pero donde los cónyuges tenían la convicción de su validez, el propio Derecho español considera que existe un matrimonio válido (art. 174 de

la Ley General de Seguridad Social). Además, el tribunal tiene en cuenta que el ordenamiento jurídico español otorga derecho a la pensión de viudedad a las personas que por aplicación del Derecho canónico no hayan podido casarse (supuestos en que por aplicación de las normas canónicas no fueran posibles segundas nupcias). Esto también está confirmado por la jurisprudencia constitucional española, por ejemplo en los asuntos 260/1988, de 22 de diciembre, y 155/1998, de 13 de junio, en que se trataba del derecho a obtener pensión de viudedad en situaciones en que no hubo matrimonio formal debido a que no fue posible el divorcio de un matrimonio anterior. Además, se menciona el asunto 180/2001, de 17 de septiembre, en que se concedía la pensión de viudedad cuando el matrimonio canónico no había sido posible debido a un conflicto con la libertad de consciencia o de religión, antes de la modificación del Código Civil de 1981. Finalmente, también se recuerda el asunto 199/2004, de 15 de noviembre, en que se reconocía la pensión de viudedad cuando existía un matrimonio canónico que carecía de las exigencias legales de forma porque las partes no lo habían inscrito en el Registro Civil (véase párr. 32 de la sentencia objeto de comentario).

Además, el tribunal destaca que son importantes las tradiciones romaníes, y que en el momento en que se casó la señora Muñoz Díaz en España sólo existía el rito canónico. Hubiera sido una violación de su derecho a la libertad religiosa exigirle en ese momento que hiciera la declaración de apostasía para casarse en conformidad con ritos diferentes a los canónicos (véanse párrs. 56 y 57 de la sentencia). A la vista de todas estas circunstancias, el tribunal declaró que España había violado el art. 1 del Protocolo Adicional, en combinación con el art. 14 del CEDH.

4. El interés creciente de las instituciones europeas por la minoría romaní, cuya dificultad por integrarse en la moderna sociedad europea representa uno de los grandes retos y oportunidades del proceso de integración europea, hace surgir también la pregunta acerca de los efectos jurídicos que pueden atribuirse a sus manifestaciones culturales propias que tengan incidencia en el Derecho civil, y de las que el matrimonio es un importante botón de muestra. En efecto, se puede sostener que la tolerancia de un Estado ante las costumbres y tradiciones jurídicas de una minoría nacional puede ser considerada una prueba del grado de integración y protección de la misma.

En los Estados europeos ha habido muchos casos en que los procesos de codificación del Derecho tuvieran como efecto la pérdida de las particularidades culturales de las distintas regiones históricas. Algunos ejemplos históricos lo pueden ilustrar. Así, el *Code Napoléon* es un buen —y temprano— ejemplo de esta identificación entre sentimiento nacional y Derecho privado. Cuando en 1815 la región del Jura se integró en el Cantón de Berna, los habitantes del Jura podían seguir rigiéndose por el Código de Napoleón. Más tarde, el gobierno del cantón cambió de parecer, e impuso su Derecho civil también a los habitantes del Jura, con el fin de unificar su ordenamiento jurídico. Esta privación del propio Derecho, junto con las divergencias religiosas entre una Berna protestante y un Jura católico, fueron factores que llevaron a la primera intervención militar en el Jura entre 1836-1839, y a una tensión política que pervive hasta nuestros días (sobre esta cuestión, puede verse RABL, K., «Fragen zur Verwirklichung des Grundsatzes der Selbstbestimmung der Völker - dargestellt am Beispiel des 23. Kantons der Schweizerischen Eidgenossenschaft (République et Canton du Jura)», en ADAMOVICH y PERNTHALER, *Auf dem Weg zur Menschenwürde und Gerechtigkeit. Festschrift für Hans R. Klecatsky*, zweiter Teilband, Wien, Wilhelm Braumüller, 1980, 781-839, p. 785). Otro ejemplo puede ser la expansión del Derecho británico, que desde hace varios siglos regula incluso las relaciones jurídicas de los irlandeses y de los galeses (véase, sobre ello, BLUNTSCHLI, J. K., *Allgemeines Staatsrecht, Erster Band*, 4.ª ed.,

München, Literarisch-Artistische Anstalt, 1868, pp. 88-89). Rusia también trataba de emplear este tipo de medidas asimilacionistas en los Estados que iba incorporando paulatinamente en su imperio. Concretamente, en las regiones bálticas no utilizó el Derecho privado para rusificar a sus poblaciones hasta 1888-1889, lo cual explica en parte por qué estas zonas sólo han podido rusificarse en las grandes ciudades, pero no en el campo. Puede verse más en detalle sobre este caso, KAVASS, I. I., y SPRUDZS, A. (eds.), *Baltic States: A Study of their Origin and National Development: Their Seizure and Incorporation into the USSR*, 3.ª reed., Buffalo/New York, William S. Hein & Co., 1972, pp. 10-11, en relación con Estonia; y las mismas circunstancias para Letonia en pp. 47-48. Sólo en relación con Lituania las medidas de rusificación habían sido más fuertes, incluyendo la sustitución del Derecho civil lituano por el Código Civil ruso ya en el año 1840 (*ibid*., p. 68).

Como consecuencia del desarrollo del Derecho de minorías nacionales en Europa, algunos Estados han vuelto a reconocer la validez de las particularidades jurídicas de las minorías, por considerarlas una expresión más de la cultura minoritaria digna de protección por el ordenamiento jurídico. El análisis de la práctica de los Estados europeos aporta numerosos ejemplos de situaciones en que han sido preservadas y respetadas estas costumbres y tradiciones con contenidos jurídicos. Ya lo subrayó como una conclusión más Francesco Capotorti en su estudio sobre el estado de evolución del Derecho de minorías nacionales elaborado para la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas; véase CAPOTORTI, F., *Study on the Rights of Persons belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities*, New York, United Nations, 1991, p. 66. En ocasiones incluso, la recuperación de las tradiciones culturales que constituían reglas jurídicas de las minorías nacionales se presentaba como una necesidad social, ante la imposibilidad de que las normas generales del Estado se adaptaran a las particulares circunstancias y condiciones de vida de la población autóctona afectada. Para ilustrar esto, puede mencionarse el caso de las Islas Feroe. Entre otros problemas jurídicos, la aplicación por Dinamarca a mediados del siglo XIX de su Derecho privado a las islas Feroe conllevó que en el Derecho de sucesiones se introdujera la división de las tierras por partes iguales entre todos los herederos. La consecuencia de ello fue la creación de múltiples parcelas de pequeñas dimensiones repartidas por toda la geografía de la isla y con poco rendimiento, produciéndose un apreciable empobrecimiento de la población agrícola. Véase sobre ello, VEITER, Th., «Die Färöer und ihre Autonomie», *Europa Ethnica*, vol. 18 (1961), 55-76, p. 58.

En este contexto se inscribe también España, en cuya evolución jurídica contemporánea se ha establecido un régimen relativamente abierto hacia las costumbres de las personas pertenecientes a aquellas minorías que tengan un área de asentamiento territorial claramente delimitado. El propio Código Civil español de 1889 prevé la vigencia de los antiguos fueros, que para su actualización sistemática son recogidos en sendas compilaciones de Derecho foral de Vizcaya (1959), Cataluña (1960), Baleares (1961), Galicia (1963), Aragón (1967) y Navarra (1973). Esta legislación encontró su reconocimiento constitucional en 1978 con el art. 149.1.8.ª y la Disposición Adicional 1.ª de la Constitución. Desde entonces esta legislación civil ha sido asiduamente actualizada, ampliada y mejorada. Además, algunas otras CCAA han adoptado sus propias legislaciones civiles, como la Comunidad Valenciana, que reconoce en su legislación algunas instituciones jurídicas propias de raigambre histórica, en particular en materia de arrendamientos históricos; véase la Ley 6/1986, de 15 de diciembre de 1986, de arrendamientos históricos valencianos, *DOGV* núm. 489, de 18 de diciembre de 1986. El Código Civil español regirá en las materias reguladas por estas normas de Derecho foral sólo en tanto que norma supletoria (art. 13.2 del Código Civil).

Mientras se ha producido este extraordinario desarrollo normativo en relación con las minorías nacionales de asentamiento regional, los romaníes en España no fueron autorizados a codificar su propio Derecho. Por tanto, en España los romaníes tienen que aplicar en sus relaciones privadas las normas civiles generales. Por su parte, la jurisprudencia del TEDH y de otros órganos de supervisión europeos no parece que vaya a ser un medio para propulsar un cambio de situación. Hasta ahora, el tribunal ha dejado la decisión sobre los efectos jurídicos de las normas civiles tradicionales en manos del Estado. Esto ya lo prueba el asunto *48 Kalderas Gypsies c. the Federal Republic of Germany and the Netherlands,* demandas núms. 7.823 y 7.824/77, Decisión de 6 de julio de 1977, *DR* 11, 221-247, donde el TEDH le reconoció al Estado la posibilidad de exigir que un matrimonio se celebrase en conformidad con las normas civiles generalmente vigentes, no reconociéndose la validez de un matrimonio romaní a efectos de cuestiones tales como la filiación de los niños nacidos de este matrimonio (véase en particular pp. 232-233). A la vista de todo esto, el tribunal ha sido congruente al no aceptar en este asunto *Muñoz Díaz* la alegación del art. 12 del CEDH, excluyendo así cualquier consideración del valor jurídico del Derecho tradicional de los romaníes. El hecho de que a pesar de su negativa de reconocer una violación del art. 12 admitiera la reclamación fundamentada en el art. 1 del Protocolo Adicional demuestra que el tribunal había adoptado una decisión basada en las particulares circunstancias del caso, que no pueden extenderse automáticamente a otros casos de minorías nacionales —*in casu* romaníes— que reclamen efectos jurídicos a sus costumbres y tradiciones.

5. El presente caso nos muestra varios aspectos sobre la realidad de la protección de los romaníes en Europa, y en particular en España. Ante todo, es una confirmación más de que España carece de una práctica coherente y sistemática contra la discriminación racial. Esto se observa tanto en el ámbito general de la discriminación racial, si se tiene en cuenta que en el presente caso se trató de forma menos favorable a la viuda romaní que a buen número de españoles que por diversas razones no podían alegar un matrimonio civil válido para reclamar prestaciones de la seguridad social, como también en el ámbito más concreto de la protección de las minorías nacionales, cuyas costumbres y tradiciones jurídicas no están reconocidas por el Estado como Derecho aplicable. Esta situación se refleja en el plano normativo en el que los tribunales todavía no aplican el Convenio-marco para la protección de las minorías nacionales, en vigor en España desde 1998. El asunto *Muñoz Díaz* demuestra que ha de cambiar el tratamiento jurídico y judicial dado en España a las minorías nacionales y étnicas.

Pero esto no significa que el TEDH haya puesto el trato benévolo a las minorías por encima de cualquier otra consideración. En contra de las primeras exhortaciones de las agrupaciones romaníes, que consideraban el caso *Muñoz Díaz* un *leading case* que pudiera abrir las puertas a los romaníes de toda Europa a ver reconocidas prestaciones y subsidios estatales sin cumplir los requisitos formales exigidos legalmente, se observa que el tribunal se ha limitado a dictar la «justicia del caso concreto». No se formula ninguna teoría general sobre la discriminación racial en las prestaciones de la seguridad social, que según el tribunal se pueden inscribir en la protección de la propiedad privada del art. 1 del Protocolo Adicional. En su lugar, se atiende a las particulares circunstancias del caso, en cuanto que la Administración Pública española ya venía reconociendo este matrimonio en otros contextos.

El presente asunto *Muñoz Díaz* confirma además que los Estados mantienen un amplio margen de apreciación para decidir sobre la atribución de efectos jurídicos a los matrimonios celebrados de acuerdo con las costumbres y tradiciones de las minorías nacionales. Según el TEDH, la protección del derecho a contraer matrimonio del art. 12 CEDH no constituye ningún obstáculo a que el Estado exija que sus ciudada-

nos inscriban sus matrimonios en el Registro Civil. No obstante, hemos observado, a partir de algunos ejemplos, que la práctica estatal en Europa se está abriendo hacia el reconocimiento de los efectos de las costumbres y tradiciones de las minorías nacionales, con lo que no parece haber obstáculo a que también en España se abriera el debate sobre esta cuestión. Sin embargo, volvemos al principio de nuestras observaciones finales: como primerísimo paso, antes de emprender cualquier medida de protección positiva de los romaníes, haría falta la efectividad de su trato igualitario en relación con el resto de la población.

Björn Arp
Universidad de Alcalá de Henares

5. REFLEXIONES CON OCASIÓN DE LA CELEBRACIÓN DEL III FORO DE LA ALIANZA DE CIVILIZACIONES (RÍO DE JANEIRO, 27-29 DE MAYO DE 2010): ¿QUÉ FUTURO PARA LA DIVERSIDAD DE LAS EXPRESIONES CULTURALES?

1. La celebración del III Foro de la Alianza de Civilizaciones a finales del pasado mes de mayo constituye una ocasión idónea para reflexionar sobre la situación de la *diversidad de las expresiones culturales*, y las posibilidades de que todas ellas puedan promocionarse y preservarse, en el contexto actual de creciente homogenización cultural consecuencia del modo en que se lleva a cabo el proceso de globalización. Debemos tener en cuenta que hoy en día la mayor parte de las expresiones culturales se canalizan a través de los productos culturales, surgidos de las industrias culturales. En el terreno jurídico, es la *Convención para la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales*, adoptada en el seno de la UNESCO, en octubre de 2005, que viene a establecer obligaciones para los Estados con el fin de lograr un equilibro internacional en el intercambio de estos productos culturales, de modo que la diversidad de expresiones culturales de todo el mundo pueda ser preservada.

Coherente con este objetivo, la Directora General de la UNESCO, Irina Bokova, alertaba, en el foro de Río de Janeiro, acerca de la extensión de una nueva forma de «analfabetismo intercultural» que acaba traduciéndose en diferentes formas de conflicto, sosteniendo que «la comprensión de otras culturas es "crucial" para el éxito de las relaciones internacionales y para un futuro pacífico» («Brasil: comienzan los festejos de la Cumbre de la Alianza de las Civilizaciones», *Información y Análisis de América Latina.*27-05-2010. *http://www.infolatam.com/entrada/brasil_comienzan_los_festejos_de_la_cumb21001.html*). Con motivo de la presentación del Año Internacional de Acercamiento de las Culturas (2010) en febrero de este año la Directora General de la Organización parisina había señalado que los temas relativos al papel esencial de la diversidad cultural y el diálogo entre las culturas merecerían un lugar «absolutamente central» en la agenda de las Relaciones Internacionales, pero que, sin embargo «no figuran en ella de un modo suficientemente relevante» («Irina Bokova subraya la necesidad de invertir en diversidad cultural en el Foro Mundial de la Alianza de Civilizaciones», UNESCO 27 de mayo de 2010, *http://www.unesco.org/new/es/media-services/singleview/news/forum_of_the_alliance_of_civilizations_irina_bokova_emphasizes_need_to_invest_in_cultural_diversity/*). El III Foro de la Alianza de Civilizaciones se presentaba por tanto como una ocasión idónea para prestar la debida atención a estos temas.

2. Recordemos que la Alianza de Civilizaciones se estableció en 2005 a partir de la iniciativa de los gobiernos de España y de Turquía, bajo los auspicios de las

Naciones Unidas, con el propósito de aumentar las relaciones de comprensión y cooperación entre las diferentes culturas y religiones —sobre todo aunque no sólo, entre Occidente y el mundo musulmán—, amplificar las voces de moderación y reconciliación y ayudar a calmar las tensiones religiosas y culturales, permitiendo contrarrestar el extremismo. En el horizonte más profundo de la Alianza se ubica la prevención de los conflictos y la construcción de la paz.

El entonces Secretario General de las Naciones Unidas Kofi Anna creó un grupo de expertos de alto nivel con el fin de que explorasen las raíces de los enfrentamientos actuales entre sociedades y culturas, y de que estableciesen un programa práctico de acción. El 26 de abril de 2007, el entonces presidente de Portugal Jorge Sampaio fue nombrado por el Secretario de las Naciones Unidas como el Alto Representante de la Alianza de Civilizaciones para conducir la fase de implementación de la Alianza.

La Alianza, con sede en Nueva York, está apoyada por un Grupo de Amigos —una comunidad de alrededor de 120 Estados y Organizaciones Internacionales—.

3. La facilitación de un genuino diálogo intercultural, propósito de la Alianza de Civilizaciones, y herramienta fundamental en el logro de la paz, así como la creencia, tanto en la posibilidad del mismo como en sus potencialidades, se contraponen a las tesis que auguran un choque inevitable entre las civilizaciones. En este sentido el diálogo intercultural, más allá de su oportunidad innegable desde un plano ético, se impone como necesario para el logro de los objetivos de paz y seguridad internacionales (BENEYTO, J. M., «Identidad y conflictos culturales: la nueva perspectiva de la seguridad», *La seguridad de la Unión Europea: nuevos factores de crisis,* Madrid, Instituto Español de Estudios Estratégicos, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, 2006, p. 21)

Hay una relación clara entre el diálogo intercultural y *la necesidad de preservar y promocionar la diversidad de expresiones culturales.* Siguiendo a Beneyto, para el establecimiento de este diálogo es necesario «en primer lugar la garantía de un determinado nivel de seguridad para las diferentes comunidades y pueblos, que suponga la garantía de la propia existencia y también de... unos determinados modos de vida» (*ibid.,* p. 21). El diálogo intercultural requiere por tanto de la diversidad cultural. Por otro lado el diálogo intercultural exige el conocimiento del otro, para poder valorarlo correctamente. La promoción de la diversidad cultural favorece evidentemente este conocimiento.

Además, el respeto de la diversidad cultural es básico en la lucha contra el fundamentalismo como una reacción identitaria (*repliegue identitario*) que pretende «reconstruir una comunidad mítica de valores originarios frente al proceso... de globalización (económica, financiera, y técnica). Este repliegue crece a medida que las culturas locales, a través de la acción del mercado y de una comunicación globalizada, se hacen a la vez permeables e impermeables a formas de cultura concretas que tienden a ser dominantes, basadas en la reproducción industrial y en la facilidad de las telecomunicaciones» (*ibid.,* p. 24). La *promoción y protección de una diversidad de las expresiones culturales que se canalizan a través del comercio internacional de productos culturales* es esencial en la lucha contra el fundamentalismo en la medida en que un intercambio más igualitario de bienes culturales permite evitar tal amenaza a las culturas producida al hilo de la tendencia de homogenización cultural, y en todo caso, la *sensación* de que las culturas están amenazadas.

Y es que como señala Ivan Bernier (BERNIER, I., «Preservación y desarrollo de la diversidad cultural: su necesidad y perspectivas de acción», *Primer Encuentro In-*

ternacional de Asociaciones Profesionales del ámbito de la Cultura, Montreal, 10-13 de septiembre de 2001, p. 3) el problema esencial que plantea la globalización en relación con las expresiones culturales se traduce en la dificultad de la ciudadanía de ejercer los derechos culturales. Lógicamente la globalización introduce cambios en los valores, maneras de ser y actuar. Y esto, en sí mismo, no es perjudicial para el ejercicio de los derechos culturales, pues para sobrevivir, toda cultura nacional está condenada a tener que adaptarse con el tiempo a una serie de cambios. Para este autor, el verdadero problema está en el modo en que se realiza la globalización: a través de «la penetración masiva de productos culturales extranjeros... que... llegan a sofocar la producción nacional, privando de esa manera a las comunidades afectadas de un discurso simbólico esencial para su propio desarrollo». El problema se acentúa si tenemos en cuenta que los creadores e intermediarios culturales desempeñan una función de primer orden en la adaptación de las culturas al cambio, en la medida en que los mismos crean un espacio de confrontación crítica entre valores nacionales y extranjeros. La falta de esa confrontación de valores, en condiciones de interculturalidad, hace que las influencias no sean «comprendidas y deseadas por los ciudadanos»; sino que más bien son impuestas de modo que se imposibilita al ciudadano la participación en la vida cultural de manera libre.

4. El instrumento internacional clave en esta cuestión, es como apuntamos, la *Convención de 2005 para la protección y la promoción de la diversidad de expresiones culturales* cuyo objetivo es precisamente lograr un *equilibro cultural* en los intercambios comerciales internacionales de bienes y servicios culturales.

La Convención se refiere al papel fundamental de la diversidad cultural en la facilitación del diálogo intercultural y en la consecución de la paz al *recordar* en su Preámbulo que «la diversidad cultural, tal y como prospera en un marco de democracia, tolerancia, justicia social y respeto mutuo entre los pueblos y las culturas, es indispensable para la paz y la seguridad en el plano local, nacional e internacional».

Por si esto fuera poco ubica entre uno de sus objetivos el fomento del «diálogo entre culturas a fin de garantizar intercambios culturales más amplios y equilibrados en el mundo en pro del respeto intercultural y una cultura de paz» [art. 1.*c)*] y de la «interculturalidad con el fin de desarrollar la interacción cultural, con el espíritu de construir puentes entre los pueblos» [art. 1.*d)*]

Recordemos, en este sentido, las declaraciones del entonces ministro de cultura francés Donnedieu de Vabres que señalaba, una vez aprobada la Convención, que el fin último de ésta estaba al servicio de *un objeto mayor* que el relacionado con el *comercio de bienes y servicios culturales*. Así, señalaba que la Convención, si bien tenía consecuencias prácticas para el futuro de las industrias culturales, fundamentalmente se trataba de una batalla de principios. Según el político francés, el fin último de la Convención era la búsqueda de la paz a través de la cultura, lo cual constituye además una de las misiones de la propia UNESCO (UNESCO, «Cultural diversity - Entrevista a Renaud Donnedieu de Vabres», *Libération,* 17 de octubre de 2005). Señalaba, además, en el periódico *Le Monde* (en un artículo titulado *La diversité culturelle n'est pas une arrogance,* el 19 de octubre de 2005) que una de las respuestas esenciales a los desafíos del terrorismo y a las violencias de nuestro tiempo reside en la preservación de las identidades culturales (Barrios Almanzor, P., «*UNESCO is different*», *ARI,* núm. 130/2005, de 3 de noviembre de 2005).

Además, la Convención ofrece una definición de lo que ha de entenderse por «interculturalidad» (art. 4.8) a efectos de la Convención, señalando que este término se refiere a «la presencia e interacción equitativa de diversas culturas y la posibilidad de

generar expresiones culturales compartidas, adquiridas por medio del diálogo y de una actitud de respeto mutuo».

Tengamos en cuenta que la Convención bebe del espíritu de la Declaración Universal de la UNESCO sobre diversidad cultural, que se refiere, a diferencia de la Convención, a la *diversidad cultural en sentido amplio*, más allá de la canalizada a través del comercio internacional de productos culturales. Esta Declaración fue adoptada por unanimidad en un contexto muy particular, pocos días después de los atentados del 11 de septiembre. Como señaló el entonces Director General de la UNESCO, Koïchiro Matsuura, fue la reunión de la 31.ª sesión de la Conferencia General de la UNESCO —la que adoptó la Declaración— la primera a nivel ministerial que tenía lugar después de los terribles acontecimientos, y se aprovechó la ocasión para que los Estados reafirmasen su convicción de que «el diálogo intercultural constituye la mejor herramienta para el logro de la paz y para rechazar categóricamente la tesis de conflictos inevitables entre culturas y civilizaciones» (UNESCO, «Déclaration universelle sur la diversité culturelle. Une vision, Une plateforme conceptuelle, Une boîte, Un nouveau paradigme», *Série Diversité culturelle,* núm. 1, p. 3).

5. El papel de la *diversidad cultural* en el diálogo intercultural ha quedado patente en el último «Informe Mundial de la UNESCO: Invertir en la diversidad cultural y el diálogo intercultural». Un informe, por cierto, que entra de lleno en las dificultades vinculadas al diálogo intercultural reconociendo que «los dos últimos decenios, con el número creciente de acontecimientos para un Diálogo entre Culturas y Civilizaciones, son decenios perdidos. La mayoría de los esfuerzos se empeñaron en un concepto de diálogo excesivamente limitado, que quedó circunscrito dentro de la lógica de la hipótesis del "choque" de Huntington, a pesar de contradecir sus conclusiones» (UNESCO, «Informe Mundial de la UNESCO: Invertir en la diversidad cultural y el diálogo intercultural», p. 46).

El Informe hace una llamada «para desarrollar un lenguaje común para la comprensión y el respeto de las diferencias culturales, sin menoscabo de nuestros valores universales». Señala que «muchos elementos de este lenguaje común se han desarrollado a lo largo del último decenio», y entre los más importantes de estos elementos ubica el concepto de diversidad cultural.

Estos esfuerzos están en sintonía con la proclamación de este año 2010 por la Asamblea General de las Naciones Unidas (A/RES/62/90) como el «Año Internacional de Acercamiento entre Culturas» cuyo objetivo principal es demostrar «los beneficios de la diversidad cultural a través de la puesta en conocimiento de la importancia de las constantes transferencias e intercambios entre culturas y los lazos forjados entre ellas desde tiempos remotos» (UNESCO, «International Year of the Rapprochement of Cultures», p. 3, traducción nuestra).

La última resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas relativa a «los derechos humanos y la diversidad cultural» (A/RES/64/174) viene a resaltar la relación *diversidad cultural-diálogo intercultural-paz*. En concreto «afirma que la Comunidad Internacional debe tratar de reaccionar ante los desafíos y las oportunidades que plantea la globalización de una manera que respete la diversidad cultural de todos» (punto 4) y «expresa su determinación de impedir y mitigar la homogeneización cultural en el contexto de la globalización mediante un mayor intercambio cultural inspirado en la promoción y la protección de la diversidad cultural» (punto 5). Insta, además, a las Organizaciones Internacionales pertinentes a que realicen estudios sobre el modo en que el respeto de la diversidad cultural contribuye a fomentar la solidaridad internacional y la cooperación entre todas las naciones. Destacamos para terminar

que la Resolución se reafirma en la consideración realizada por la Declaración del Milenio de considerar la *tolerancia* como uno de los «*valores fundamentales esenciales para las relaciones internacionales en el siglo XXI, que debe incluir la promoción activa de una cultura de paz y diálogo entre las civilizaciones, y que los seres humanos deben respetarse mutuamente, en toda su diversidad de creencias, culturas e idiomas,* sin temer ni reprimir las diferencias dentro de las sociedades o entre ellas, sino estimándolas como preciados bienes de la humanidad» (punto 2, la cursiva es nuestra). No obstante debemos poner de manifiesto que esta Resolución fue adoptada con el considerable número de 50 votos en contra.

6. Si la promoción de la diversidad cultural es fundamental para el logro de un auténtico diálogo intercultural y, por tanto, para la construcción de la paz, se trata, a su vez, sobre todo en relación con *la diversidad cultural canalizada a través del comercio internacional de productos culturales*, de un asunto difícil y espinoso de las Relaciones Internacionales allí donde los haya, en la medida en que en el mismo convergen intereses de diversa índole. Nos estamos refiriendo a la problemática relación entre los intereses comerciales de un lado, y los intereses culturales de otro, problemática que está en el corazón de la regulación del comercio internacional de estos productos (puede consultarse en este sentido la obra colectiva: FERNÁNDEZ LIESA, C. R., y PRIETO, J., *Cultura y Comercio en la Comunidad Internacional,* Escuela Diplomática, 2007).

Este conflicto de intereses quedó patente en el momento de la creación de la Organización Mundial del Comercio (OMC), en la Ronda de Uruguay en 1993, cuando se forjó la *excepción cultural,* que ofreció, en el marco del Acuerdo General de comercio de Servicios (AGCS) un «trato especial» para los servicios audiovisuales de aquellos Estados que optaron por no contraer obligaciones de acceso al mercado y de aplicación del Trato Nacional para tales productos, y por establecer exenciones al principio de trato de la Nación Más Favorecida (NMF) —art. II del AGCS— en relación con los mismos. Estados Unidos se había opuesto, sin éxito, a dicha *excepción cultural,* que permitió hacer compatibles con el sistema de la OMC políticas culturales de los Estados que de otro modo hubiesen resultado incompatibles con el mismo. Es el caso de los acuerdos de coproducción de obras audiovisuales (TORRENT, R., y GÓMEZ BUSTOS, L., «Informe sobre el tratamiento del sector audiovisual y la diversidad cultural en el marco de los principales acuerdos y organizaciones internacionales», *Broadcasting and Cultural Diversity,* 2005, p. 131). Los acuerdos de coproducción son uno de los instrumentos principales de política cultural que utilizan los estados para promover su industria audiovisual. Las razones que aducen los Estados para la suscripción de este tipo de acuerdos están en relación con la promoción de los vínculos culturales existentes entre los estados que los suscriben. En este sentido, son indispensables estas exenciones al principio de la NMF pues como señala Jesús Prieto «este principio golpea el nervio mismo de la lógica de la cooperación cultural entre países cultural o lingüísticamente afines, que pueden querer establecer acuerdos de colaboración privilegiados, precisamente y no para otra cosa que para la afirmación de su afinidad» [PRIETO DE PEDRO, J., «Excepción y diversidad cultural (versión provisional)», Madrid, Fundación Alternativas, 2005, p. 58].

Sin embargo, este régimen de la *excepción cultural* se caracterizaba por su precariedad pues bien pudiera argumentarse que una actitud persistente en no contraer compromisos en el sector audiovisual es susceptible de contradecir el espíritu del art. XIX del acuerdo AGCS, que prevé sucesivas rondas de negociaciones a fin de lograr la «reducción o eliminación de los efectos desfavorables de las medidas en el comercio de servicios, como medio de facilitar un acceso efectivo a los mercados». Por otro lado, la lista de exenciones al principio de NMF está sometida al Anexo sobre

excepciones al art. II cuyo punto 6 establece que «en principio, estas exenciones no deberán exceder de un plazo de 10 años». Ello revela el carácter *temporal* que los autores del AGCS han querido otorgarle a tales exenciones, si bien la frase «deja la puerta abierta» a que puedan durar más de 10 años (TORRENT, R., y GÓMEZ BUSTOS, L., *op. cit.*, p. 86). A continuación el punto 6 añade, que «en cualquier caso [las exenciones] estarán sujetas a negociación en posteriores rondas de liberalización del comercio». La cuestión, por tanto, no estaría cerrada (RUIZ-FABRI, H., «Étude sur les enjeux juridiques et institutionnels liées à l'élaboration d'une convention sur la Diversité culturelle par l'UNESCO», *Francophonie,* marzo de 2004).

Así, las disposiciones de liberalización del comercio de servicios se aplican a la cultura y al sector audiovisual como a cualquier otro sector de los servicios. Con vistas al futuro, ningún miembro de la OMC podría rechazar una negociación sobre la liberalización del audiovisual. Este sector ya está incluido en el acuerdo AGCS y nadie se podrá oponer a que sea tratada su liberalización en negociaciones futuras. Ante la inminencia del ciclo de negociaciones de Doha (Qatar) en noviembre de 2001, surgió la idea, por parte de los actores y Estados más interesados (principalmente Francia y Canadá) de crear un instrumento internacional *que protegiese la diversidad de expresiones canalizadas a través de los bienes y servicios culturales*, que ofreciese un régimen *estable* que permitiese a los Estados llevar a cabo políticas culturales favorables a la diversidad cultural en el ámbito de la producción y comercialización de productos culturales, obteniéndose, tras duras negociaciones en las que la superpotencia estadounidense terminó prácticamente aislada en su empecinamiento de oponerse al nuevo instrumento, la aprobación el 20 de octubre de 2005 de la *Convención para la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales*.

6. Debemos tener en cuenta que las políticas que los Estados Unidos llevan a cabo en el ámbito audiovisual son frontalmente opuestas a las exigencias de la diversidad cultural.

En el ámbito del cine, Estados Unidos mantiene la hegemonía mundial desde que le arrebató el puesto a Francia, en 1917, «debido a las consecuencias de la I Guerra Mundial sobre la industria del cine francesa» (PRIETO DE PEDRO, *op. cit.*, p. 37). En la actualidad, el cine es su segundo sector de exportación después del aeronáutico.

Por otro lado, no le falta razón a cierta doctrina que ha venido calificando de «hegemonía cultural» el comportamiento estadounidense de exportación de un modelo económico, apoyado por ciertos instrumentos como la ideología, los modos de consumo, o los productos culturales, que buscaría colocar los productos estadounidenses en nuevos mercados utilizando estos factores como herramientas [(MONTERO JIMÉNEZ, J. A., «Diplomacia pública, debate político e historiografía», *La ofensiva cultural norteamericana durante la Guerra Fría,* Ayer, Revista de Historia Contemporánea, 75/2009 (3), p. 73].

Y es que la exportación del modelo económico liberal es una característica de la diplomacia pública estadounidense. Ello se remonta a las actuaciones típicas de la Guerra Fría, y al uso de la cultura como forma de expander las ideologías políticas. En este sentido, en Estados Unidos no existía a principios de los años cincuenta la noción de una «cultural oficial» que exportar al extranjero como propia, como nacional. Era difícil de definir una cultura estadounidense, de ahí que se recurriese a los valores como ámbito principal —si se quiere, de la cultura— sobre el que recaían sus políticas de propaganda: los modos de vida, las conquistas tecnológicas o los logros en el terreno del bienestar, fueron algunas de las materias principales de esta propaganda cultural [NIÑO, A., «Uso y Abuso de las relaciones culturales en política inter-

nacional», en *La ofensiva cultural norteamericana durante la Guerra Fría,* Ayer, Revista de Historia Contemporánea, 75/2009 (3) p. 42]. Ello estaría en clara relación con la consideración como *productos de entretenimiento* de lo que otros Estados consideran *producción cultural.*

No es de extrañar que la doctrina señale que Declaración de la UNESCO sobre diversidad cultural hubiese tenido un contenido muy diferente de haber formado parte de la Organización los Estados Unidos en el momento de su adopción (Ruiz Fabri, citando a V. B Gournay. Véase Ruiz-Fabri, H., «Jeux de la fragmentation: la Convention sur la promotion et la protection de la diversité des expressions culturelles», *RGDIP,* vol. 2, Paris, Pedone, 2007. p. 57).

Mientras prácticamente todos los demás Estados trabajaban con energía en la elaboración de un instrumento para la protección y la promoción de la diversidad cultural, Estados Unidos empleaba todos los medios para impedir su éxito. Sólo Israel votó, al igual que Estados Unidos, en contra de la Convención de 2005, y de los cuatro Estados que se abstuvieron —Liberia, Honduras, Nicaragua y Australia— los dos últimos ya la han ratificado.

7. En todo caso, el cambio de Administración estadounidense abre perspectivas favorables a la diversidad cultural. La nueva estrategia de Seguridad Nacional (*http://www.whitehouse.gov/sites/default/files/rss_viewer/national_security_strategy.pdf*) del presidente Obama «pone fin a la idea de que Estados Unidos contaba con la autoridad moral, derivada de su excepcionalidad como faro democrático, para imponer su modelo sin contar con nadie» («Obama entierra el ardor guerrero de Bush», *El País,* 27 de mayo de 2010).

Ya el discurso del presidente Obama emitido en junio de 2009 en la Universidad Al-Azhar del Cairo —que fue alabado por la Directora General de la UNESCO en su discurso de toma de posesión del cargo (Discurso pronunciado en la 18.ª sesión plenaria de la Conferencia General de la UNESCO, 23 de octubre de 2009, Documento 35 C/INF.43, 3 de noviembre de 2009, p. 3)— ofrecía un nuevo planteamiento en las relaciones con el Islam, resaltando los valores comunes a las diferentes culturas así como el completo rechazo de la violencia, resultando muy positivo para el diálogo intercultural (Gutiérrez Espada, C., «Radicales y reformistas en el Islam (sobre el uso de la violencia)», *REDI,* vol. LXI, 2009, núm. 1, enero-junio, p. 37).

En la misma línea está la incorporación de los Estados Unidos al grupo de Amigos de la Alianza de Civilizaciones, y su participación en el III Foro celebrado en Río de Janeiro en dicha calidad (Crowley, P. J., «U.S. Membership in the UN Alliance of Civilizations», Washington, DC, 13 de mayo de 2010, *http://www.state.gov/r/pa/prs/ps/2010/05/141812.htm*). Los Estados Unidos, «a través de dicha incorporación reconocen la importancia de las Naciones Unidas en la construcción de la confianza, reconciliación y mutuo respeto a la diversidad de comunidades y culturas» (Brimmer, E., «Remarks before the Ministerial Meeting at the Alliance of Civilizations Rio Forum», 28 de mayo de 2010, *http://www.state.gov/p/io/rm/2010/142493.htm*, traducción nuestra).

Sin embargo, este cambio de actitud no ha tenido su correspondiente reflejo en un cambio de posición, todavía, en relación con la Convención de 2005. Sin duda, se trata, éste último, de un asunto que afecta de lleno a la economía estadounidense y en concreto a sectores muy potentes como el del *entretenimiento*. No hay duda de que a la Motion Picture Association of America (MPAA), asociación que agrupa a las *majors* estadounidenses, no le benefician las cuotas o las subvenciones que la Convención legitima (Benkoski, H., «Lettre ouverte au président Barack Obama

concernant la Convention sur la diversité des expressions culturelles», *Le soir,* 18 de febrero de 2009).

8. De la misma manera, la Declaración final de Río de Janeiro (*http://www.pnac.es/Actualidad/NotasPrensa/CONCLUSIONES+III+FORO+RIO.htm*), emitida por consenso, no contempla ninguna mención a la Convención, o al objetivo de lograr un comercio internacional *culturalmente equilibrado* de bienes y servicios culturales. Sí reafirma el compromiso con los objetivos de la Constitución de la UNESCO y de la Declaración Universal de Diversidad Cultural de 2001, pero no se refiere a la Convención.

Ello, a pesar de que uno de los talleres desarrollados a lo largo de foro que se centró en el tema «Conformando percepciones, retando estereotipos» se refirió a una cuestión íntimamente ligada al tema del comercio internacional de productos culturales, cual es la cuestión de la necesidad de diversificar las voces que participan en el contexto de los mercados mediáticos («IIIrd UN Alliance of Civilizations Forum Rio de Janeiro, Brazil, May 27-29, 2010. Summary of events on may 27 and may 28 and major announcements», p. 3, *http://www.pnac.es/NR/rdonlyres/A23562F8-0BD0-4E41-A742-BADB463F6F2D/109818/Summaryofeventsandmajorannouncements27y27May.pdf*).

Si los Estados que participan en la Alianza de Civilizaciones quieren realmente un diálogo entre culturas genuino, deberían tener en cuenta la importancia de la diversidad cultural en el logro del mismo. Siendo la forma de manifestación cultural actualmente mayoritaria la que ofrecen los productos culturales, la regulación de un comercio equilibrado culturalmente de los mismos es esencial. En este sentido, la ratificación y cumplimiento de la *Convención para la protección y promoción de la diversidad de expresiones culturales* revisten especial interés.

Beatriz Barreiro Carril
Universidad Rey Juan Carlos

6. AVANCES RECIENTES EN LA COOPERACIÓN EN MATERIA DE LUCHA CONTRA EL TERRORISMO ENTRE LA UNIÓN EUROPEA Y LOS ESTADOS UNIDOS: LA DECLARACIÓN CONJUNTA DE 3 DE JUNIO DE 2010 SUSCRITA EN EL MARCO DE LA PRESIDENCIA ESPAÑOLA DE LA UNIÓN EUROPEA

1. A lo largo del primer semestre de 2010 y durante la presidencia Española del Consejo de la Unión Europea se han experimentado importantes avances sobre cooperación en la lucha contra el terrorismo entre la Unión Europea (en adelante, UE) y los Estados Unidos (en adelante, EEUU). Entre estos avances, merecen destacarse como antecedentes las declaraciones conjuntas de la UE y EEUU adoptadas previamente en Washington en diciembre de 2009 oportunidad en la que se ratificaron los Acuerdos entre la UE y EEUU en materia de asistencia jurídica y de extradición; el Acuerdo relativo al tratamiento y la transferencia de datos de mensajería financiera de la UE a los EEUU en el marco del Programa de seguimiento de la financiación del terrorismo suscrito en noviembre de 2009 y la Declaración sobre seguridad aérea de Toledo adoptada en enero de 2010 durante la primera reunión del Consejo de Ministros de Justicia y Asuntos de Interior de la Unión Europea, ya bajo la Presidencia Española de la UE. Más recientemente, a inicios de junio, la UE y EEUU suscribieron, bajo los auspicios de la Presidencia Española, una Declaración Conjunta sobre la cooperación en materia de terrorismo que resume los aspectos centrales de la cooperación pasada y define los escenarios de acción conjunta futura.

Cabe resaltar que dichos acuerdos y declaraciones se enmarcan dentro de la agenda transatlántica desarrollada en el espacio de libertad, seguridad y justicia y reforzada años atrás por la UE y los EEUU tras el cambio radical del contexto internacional acaecido a raíz de los atentados del 11 de septiembre de 2001. A su vez, y posteriormente, los atentados de Madrid de 11 de marzo de 2004 y de Londres de 7 de julio de 2005, marcaron un nuevo giro en la estrategia transatlántica en materia de lucha contra el terrorismo. A partir de entonces, las relaciones se han reconducido dentro de lo que se ha definido como una «Nueva Agenda Transatlántica» que abarca una serie de foros bipartitos y reuniones periódicas destinados a tratar temas de interés común en materia de lucha contra el terrorismo.

Teniendo en cuenta los nuevos desafíos globales de seguridad y la necesidad de fortalecer la cooperación transnacional, la Presidencia Española de la UE estableció la cooperación en materia de lucha contra el terrorismo como uno de los objetivos prioritarios del semestre. Es en ese marco, en el que se inserta la Declaración Conjunta sobre la cooperación en materia de terrorismo (en adelante, la Declaración), aprobada el 3 de junio de 2010 por el Consejo JAI, presidido por el Ministro del Interior español, Alfredo Pérez Rubalcaba. La Declaración, en líneas generales, establece las bases para reforzar la cooperación y el trabajo conjunto entre la Unión Europea y EEUU en la lucha contra el terrorismo internacional, previendo una serie de acciones comunes y, resaltando, a la vez, los valores que las fundamentan y la garantía del respeto de los derechos humanos.

En los apartados siguientes se señalan los puntos centrales desarrollados por la Declaración.

2. La Declaración enfatiza, como tradicionalmente lo han venido reconociendo los instrumentos adoptados hasta la fecha, que es en el contexto de Naciones Unidas en el cual se ha desenvuelto y se desenvolverá la cooperación transatlántica en materia de lucha contra el terrorismo. En ese sentido, tanto la UE como los EEUU se comprometieron a fortalecer el papel de Naciones Unidas en materia antiterrorista, así como a mantener las listas internacionales de personas vinculadas con actividades terroristas. Se reconoce a la Estrategia mundial de lucha contra el terrorismo de las Naciones Unidas (adoptada en septiembre de 2006) como instrumento único para intensificar los esfuerzos en la lucha contra el terrorismo por el enfoque global que proporciona. A estos efectos, la UE y los EEUU acordaron incrementar la coordinación entre los diversos Estados apoyando la labor del Equipo Especial sobre la Ejecución de la Lucha contra el Terrorismo para asegurar la coordinación y coherencia general en la lucha contra el terrorismo en el marco del sistema de las Naciones Unidas. En la Declaración se insiste, además, en la ratificación y plena aplicación a escala mundial de todos los convenios y protocolos relativos a la lucha contra el terrorismo, incluida la ratificación por EEUU y los Estados miembros de la UE de los convenios y protocolos recientes (fundamentalmente de aquellos adoptados a partir de 2005). La Declaración expresa, igualmente, la necesidad de apoyar la mejora de aquellos instrumentos jurídicos internacionales de lucha contra el terrorismo cuando se planteen dificultades de tipo jurídico en su aplicación.

3. El segundo punto es la cooperación contra el terrorismo talibán. Tal como ha venido aconteciendo, la UE y los EEUU reafirmaron la vigencia de la lista consolidada confeccionada y mantenida por el comité 1267 del Consejo de Seguridad de la ONU, en su carácter de «instrumento multilateral vital y efectivo» frente a la amenaza generada por Al Qaeda y los talibanes. No obstante, se pone de relieve en la Declaración que es imprescindible mejorar la elaboración y modificación de listas de la forma más

equitativa y transparente posible, sobre la base de una correcta identificación de la información como paso previo esencial para la aplicación efectiva del embargo preventivo de bienes. Como otro aspecto interesante, la Declaración aborda la no menos controvertida cuestión referida al mejoramiento de la eficacia e imparcialidad del régimen de sanciones, incluyendo la transparencia de las sanciones aplicadas en este marco y la implementación de los procedimientos previstos por la resolución 1904 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, que contempla las funciones de un Defensor del Pueblo. Por lo demás, se reafirma el compromiso común (asumido en el marco de la Resolución 1373 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas) de garantizar la eficacia de los esfuerzos en lo que se refiere al embargo preventivo de bienes y al bloqueo de transacciones mediante la adopción de medidas concretas.

4. En lo que se refiere al respeto del marco de legalidad internacional y los derechos humanos, en primer lugar, la Declaración reivindica el respeto del Estado de Derecho, la soberanía estatal y la legislación internacional como los pilares sobre los que se asienta la cooperación bilateral en materia de lucha contra el terrorismo. Luego, y en diversas partes del texto se mencionan, como garantías, la protección y defensa de las libertades y la democracia, el respeto al Derecho internacional en todas sus variantes aplicables a la lucha contra el terrorismo, la protección de los derechos humanos, así como el respeto al Derecho internacional humanitario. Se reconoce que el fortalecimiento de la democracia y de los derechos humanos constituye un principio básico del enfoque conjunto para luchar contra el terrorismo, el cual debe ser incorporado de manera transversal en todos los programas que se pongan en marcha entre la UE y los EEUU.

5. La Declaración contiene una importante acuerdo entre la UE y los EEUU para combatir la impunidad por eventuales excesos cometidos en la lucha contra el terrorismo. De este modo, se estipula que el Estado cuyo personal haya cometido presuntamente abusos en el intento de luchar contra el terrorismo sea responsable en primera instancia de la investigación y consideración del enjuiciamiento penal de dicha conducta. Se abre de este modo la posibilidad de hacer efectiva la responsabilidad del Estado y de individuos por las medidas adoptadas en materia de lucha contra el terrorismo cuando éstas exceden la legalidad sin justificación.

6. Otro punto es la cooperación penal y diálogo judicial. Con el fin de mantener la agenda bilateral actualizada y reforzar la cooperación sobre cuestiones jurídicas internacionales relativas a la lucha contra el terrorismo, la UE y los EEUU se comprometieron a seguir colaborando en las reuniones semestrales en las que participan los consejeros jurídicos de los Ministros de Asuntos Exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea (COJUR), representantes de la Secretaría General del Consejo de la Unión Europea y de la Comisión Europea y el consejero jurídico del Departamento de Estado de EEUU. De igual modo, se prevé el intercambio adecuado de información y la cooperación en la prevención, investigación y enjuiciamiento de delitos relacionados con el terrorismo, utilizando los nuevos instrumentos facilitados por los Acuerdos entre la UE y EEUU en materia de asistencia jurídica y de extradición.

7. En la Sección II, los Estados reafirman el compromiso en el combate contra el terrorismo, tanto conjuntamente como con el resto de la comunidad internacional, incluyendo una serie de instrumentos destinados a poner en práctica acciones concretas. Entre dichos instrumentos, se incluyen la labor policial, la cooperación judicial, los servicios de inteligencia, la actuación diplomática, los aspectos financieros y la seguridad.

8. Se prevé un catálogo de acciones conjuntas en todos los ámbitos (policial, judicial, de inteligencia, diplomático, financiero o de seguridad) referidas al intercam-

bio de información para la prevención, investigación y persecución del terrorismo, reforzando la protección de datos personales y la privacidad. Precisamente éste último aspecto ha sido una cuestión complicada en la cooperación transatlántica instaurada porque las medidas propuestas por EEUU no se adecuaban a los estándares de protección establecidos en el seno de la UE. En este sentido, la Declaración representa un paso hacia delante, por cuanto cristaliza el respeto de ciertos derechos fundamentales que son considerados como «valores fundamentales», tal como la protección de los datos personales y de la vida privada, resaltando que, en todo caso, el intercambio de información y la cooperación en la prevención, investigación y enjuiciamiento del terrorismo se debe llevar a cabo dentro del pleno respeto de las obligaciones adquiridas en el marco del Derecho internacional y del Derecho constitucional nacional que sean de aplicación.

9. En lo que respecta a los controles de seguridad, la UE y EEUU se comprometieron a mejorar su eficacia para prevenir los desplazamientos de los grupos terroristas y de sus miembros. En ese sentido, en la Declaración se menciona la implementación de «procesos amplios y eficaces en materia de seguridad fronteriza» y de un mejor control en lo que se refiere a la expedición de documentos de identidad.

10. En la Declaración se insiste en el fortalecimiento de mecanismos que impidan a los grupos terroristas acceder a los recursos financieros y económicos. En esta dirección, se incluyen medidas para facilitar el acceso a la información relativa a la financiación del terrorismo y se establece que dicha información sea compartida entre los Estados con el objeto de rastrear, investigar, desarticular y enjuiciar mejor la actividad terrorista, observando siempre el pleno respeto de la garantía de protección de los datos personales y privados.

11. En materia de seguridad y control de NRBQ, la Declaración prevé la adopción de un mecanismo conjunto más estable para la cooperación UE-EEUU en materia de explosivos y de cualquier material nuclear, radiológico, bacteriológico y químico (NRBQ) y la protección de las infraestructuras críticas.

12. Una novedad importante que incluye la Declaración es el reconocimiento del rol que le cabe a la sociedad civil en la lucha contra el terrorismo. También se subraya la necesidad de dar adecuada respuesta a las reclamaciones legítimas de las minorías y los individuos en relación con las libertades civiles, como manera de prevenir la captación por parte de grupos terroristas. Se reconoce, asimismo, la necesidad de adoptar medidas para hacer frente a las condiciones que llevan a la radicalización violenta y a la captación de terroristas, como ocurre en los casos de ausencia o debilidad del Estado de Derecho. Finalmente, se hace hincapié en el fomento, dentro del marco de la ONU, de los esfuerzos emprendidos para intensificar el diálogo y mejorar la comprensión entre las civilizaciones.

13. Del análisis de la Declaración, surge que ésta resume los aspectos centrales contemplados en el conjunto de acuerdos suscritos dentro de la estrategia transatlántica de lucha contra el terrorismo, a la vez que fortalece el intercambio de información entre los Estados miembros de la UE y los EEUU, todo ello dentro de un marco en el que se refuerzan las garantías de protección de los derechos humanos. En efecto, la Declaración presenta una sistematización ordenada de cuanto se ha venido desarrollando en los últimos años entre la UE y los EEUU a través de los diversos instrumentos internacionales de cooperación en materia de lucha contra el terrorismo, pero no sólo eso, sino que va más allá, describiendo nuevas formas y escenarios de cooperación (judicial y de otra índole) e identificando nuevos ámbitos para las acciones futuras en el contexto de la agenda transatlántica UE-EEUU. Todo ello nos lleva a afirmar que, si

bien la Declaración es un instrumento de *soft law*, representa un avance significativo en la faz externa de la estrategia de la Unión Europea en lucha contra el terrorismo.

María Belén Olmos
Universidad Rey Juan Carlos

7. UNA OPORTUNIDAD PERDIDA: APRECIACIONES SOBRE EL FALLO DEL TRIBUNAL INTERNACIONAL DE JUSTICIA SOBRE EL ASUNTO DE LAS PAPELERAS EN EL RÍO URUGUAY Y LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DEL MEDIO AMBIENTE

1. Como es sabido, el río Uruguay es un curso de agua internacional, en el sentido de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación, de acuerdo con la definición prevista en el art. 2 de este instrumento.

El 20 de abril de 2010 se ha hecho público el tan esperado fallo del Tribunal Internacional de Justicia (TIJ) sobre el conocido como *asunto de las Papeleras en el río Uruguay*.

Esta controversia, que ha enfrentado a dos Estados con profundos vínculos sociales, históricos y políticos como son Argentina y Uruguay, constituía una oportunidad incuestionable para que el TIJ se pronunciara claramente sobre el impacto que la construcción en la ribera uruguaya del río tenía la construcción y puesta en funcionamiento de la planta de celulosa. Ahora bien, el TIJ no ha sorprendido con su sentencia, que nuevamente opta por dar una decisión conservadora de acuerdo con su práctica habitual.

2. Para ponernos en antecedentes, es necesario referirse a la autorización para la construcción de las plantas de celulosa, la construcción de una de ellas próxima a la localidad uruguaya de Fray Bentos, y su puesta en funcionamiento en noviembre de 2007. El Estatuto del Río Uruguay se recoge en el Tratado de 26 de febrero de 1975, que tiene por objeto «establecer los mecanismos comunes necesarios para el óptimo y racional aprovechamiento del río Uruguay», en tanto que curso de agua internacional, que, además, constituye la frontera entre ambos Estados.

En este instrumento, objeto central de la controversia, se establecen una serie de obligaciones y se crea la Comisión administradora del río Uruguay (CARU). Estas obligaciones son las clásicas que se aplican a este ámbito como, la de adoptar toda medida necesaria para garantizar la utilización racional y óptima del río (art. 4), la de informar a la otra parte y a la CARU de la «realización de obras de entidad suficiente [que puedan] afectar [a] la navegación, el régimen del río o a la calidad de sus aguas» (art. 7), la de respetar el procedimiento previsto en los arts. 7 y siguientes en relación a la obligación de información y notificación, la de preservar el medio ambiente e impedir su contaminación [art. 41.*a)*], y la de cooperar en la prevención de la contaminación del recurso compartido [art. 41.*c)*].

En 2002, Argentina tuvo conocimiento oficioso de la intención de Uruguay de construir las plantas de celulosa, ante lo cual solicitó a la CARU que instara a Uruguay a respetar el procedimiento previsto en los arts. 7 y siguientes en relación al procedimiento de información y consulta previa. Uruguay, por su parte, obvió durante un tiempo esta obligación.

Varios fueros los intentos a través del recurso a medios diplomáticos para poner fin a la diferencia, pero éstos no llegaron a buen puerto. Como consecuencia de ello, y de acuerdo con lo previsto en el art. 60 del Estatuto del río Uruguay, Argentina presentó su demanda el 4 de mayo de 2006. En su demanda, Argentina acusa a Uruguay de no haber respetado una serie de obligaciones, tanto procedimentales como de fondo, como son la obligación de tomar toda medida necesaria para garantizar la utilización racional y óptima del río, la obligación de informar a la CARU y a Argentina, la obligación de seguir el procedimiento de información y consulta previos, la obligación de tomar todas las medidas necesarias para preservar el medio acuático y de impedir la contaminación, de acuerdo con el deber de proceder a la realización de un estudio de evaluación del impacto medio ambiental, entre otras.

3. La obligación principal a la que alude el asunto y sobre la que se centra esta nota, sin analizar otro tipo de cuestiones que serán estudiadas en profundidad por la doctrina, se recoge en el art. 7 del Estatuto que dice así: «La parte que proyecte la construcción de nuevos canales, la modificación o alteración significativa de los ya existentes o la realización de cualesquiera otras obras de entidad suficiente para afectar la navegación, el régimen del Río o la calidad de sus aguas, *deberá comunicarlo* a la Comisión, la cual determinará sumariamente, y en un plazo máximo de treinta días, si el proyecto puede producir perjuicio sensible a la otra parte.

Si así se resolviere o no se llegare a una decisión al respecto, la parte interesada *deberá notificar* el proyecto a la otra parte a través de la misma Comisión. En la notificación deberán figurar los aspectos esenciales de la obra y, si fuere el caso, el modo de su operación y los demás datos técnicos que permitan a la parte notificada hacer una evaluación del efecto probable que la obra ocasionará a la navegación, al régimen del Río o a la calidad de sus aguas».

4. Sin entrar en el curso del procedimiento, ha parecido obvio desde el principio el hecho de que Uruguay ha incumplido con su obligación relativa al respeto del procedimiento de información y consulta previa. Así pues, ya señalé que Uruguay ha incumplido esta obligación de carácter procedimental («El Tribunal Internacional de Justicia en el ámbito iberoamericano. El asunto de las papeleras en el río Uruguay», en FERNÁNDEZ LIESA, C., *Tribunales Internacionales y Espacio Iberoamericano*, Thomson-Civitas, 2009, pp. 195 y ss., y «El asunto de las papeleras en el río Uruguay», *Medio ambiente y Derecho*, 2008), que forma parte del clásico deber de cooperar aplicable a los recursos compartidos. Y es que así lo afirma el TIJ, que considera que Uruguay no ha cumplido con el deber de información a la CARU ni de notificación a Argentina.

5. En el primer caso, el TIJ señala que la obligación de informar a la CARU permite activar la cooperación entre las partes, necesaria para la puesta en marcha de la obligación de prevención (párr. 102), por todo ello, la información transmitida por Uruguay a la CARU fue insuficiente. De hecho, el no haber informado de los trabajos previstos, antes de la autorización ambiental previa a la construcción, supone una violación del art. 7 del Estatuto (párr. 111). Por lo que respecta a la obligación de notificar a Argentina, para el TIJ estamos ante una obligación que está destinada a crear las condiciones necesarias para llevar a cabo una cooperación fructífera entre las partes permitiendo, sobre la base de una información lo más completa posible, evaluar el impacto del proyecto y, en su caso, negociar los arreglos necesarios para prevenir los perjuicios eventuales que el proyecto pudiera causar (párr. 113). En consecuencia, esta obligación es esencial (párr. 115), sobre todo por lo que respecta a las evaluaciones de impacto medioambiental, que tienen el objeto de permitir a la otra parte participar en el proceso destinando a asegurar una evaluación completa (párr. 119).

6. Pues bien, sí, el TIJ constata la violación por parte de Uruguay del deber de cooperar en su vertiente informativa tanto a la CARU como a Argentina, pero, ¿qué consecuencias se derivan de esta violación? El TIJ no reconoce que exista como consecuencia de este cumplimiento ningún deber en relación a la posible necesidad de hacer efectiva la responsabilidad internacional de Uruguay. Así, a pesar de que Argentina había solicitado la *restituto in integrum*, en caso de que se considerara la violación por parte de Uruguay del deber de informar, el TIJ «*considère que la constatation du comportement illicite de l'Uruguay en ce qui concerne ses obligations de nature procédurale constitue en elle-même une mesure de satisfaction pour l'Argentine. Les manquements de l'Uruguay aux obligations de nature procédurale ayant eu lieu par le passé et ayant pris fin, il n'y a pas lieu d'en ordonner la cessation*».

Y es que por lo que respecta al posible incumplimiento por parte de Uruguay de obligaciones materiales relativas a la protección medioambiental, la respuesta del TIJ ha sido en verdad previsible, y, en consecuencia, muy conservadora, en tanto que sigue la tendencia marcada por el *asunto Gabcikovo-Nagymaros*, en tanto que Argentina no ha probado el peligro real que supone la actividad de las plantas de celulosa, en analogía a lo ocurrido con la argumentación húngara en el asunto aludido (*Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, CIJ, Rec. 1997, párrs. 49 y ss.). De hecho, como ya apunté hace tiempo era previsible que el TIJ aludiera a la importancia de los principios de prevención y a la subsiguiente obligación de evaluación del riesgo, pero, lamentablemente no ha avanzado más allá en la protección del medio ambiente. De hecho, en este sentido destaca la opinión disidente de los jueces Al-Khasawneh y Simma.

7. Ambos juristas consideran que se ha perdido una oportunidad de oro. Consideran que hace más de tres décadas dos Estados concluyeron un tratado muy progresista que pretendía regular, entre otras cuestiones, la gestión del ecosistema del río Uruguay, incluyendo la obligación de adoptar medidas para prevenir su contaminación, así como normas para cooperar y garantizar el flujo de información. Si bien ambos jueces comparten la opinión mayoritaria del TIJ en relación al incumplimiento de información y notificación, no comparten el fallo en relación a las disposiciones materiales relativas a la protección del medio ambiente.

A juicio de ambos jueces, el Tribunal no ha empleado una metodología adecuada en el análisis de las pruebas científicas presentadas por las partes, por lo que de lo que se trata es de que la ciencia ocupe el lugar que merece en los análisis llevados a cabo por este órgano, de acuerdo con la relevancia de este tipo de prueba en un asunto como el de marras. El TIJ ha despachado el análisis de las pruebas en el párr. 168 de la siguiente manera: «*Ainsi, fidèle à sa pratique, la Cour se prononcera sur les faits, en se fondant sur les éléments de preuve qui lui ont été présentés, puis appliquera les règles pertinentes du droit international à ceux qu'elle aura jugés avéré*». Pues bien, comparto con los jueces disidentes que el Tribunal no ha valorado debidamente las posibilidades que se le presentaban para analizar las pruebas científicas acerca de los posibles daños medioambientales causados por las papeleras en tanto que no lo ha considerado necesario o no ha tenido evidencias claras, de ahí que, con estos jueces opino que el TIJ ha utilizado las reglas tradicionales sobre atribución de la carga de la prueba y ha obligado a Argentina a fundamentar sus reivindicaciones en elementos científicos que el TIJ por su parte no puede evaluar en tanto que no es su labor analizar este tipo de datos. De ahí que el TIJ debiera haber acudido a expertos pertinentes, de acuerdo con la posibilidad que se reconoce en el art. 50 del Estatuto del TIJ —sobre esta cuestión, véase la Declaración del Juez Yusuf—, o al procedimiento previsto en el art. 62 del Reglamento. Esta opción es, a mi modo de ver, imprescindible para concluir la

posible vulneración de las obligaciones materiales contenidas en Estatuto de 1975 por parte de Uruguay.

8. En conclusión, el fallo del TIJ ha sido el previsible y el esperable, aunque por ello, no deje de ser decepcionante, dada la necesidad, cada vez más acuciante, de desarrollar los principios relativos a la protección internacional del medio ambiente.

Ana MANERO SALVADOR
Universidad Carlos III

B) DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Selección y coordinación a cargo de:
Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS
Catedrática de Derecho Internacional Privado
Universidad de Barcelona

SUMARIO: 1. CONSEJO SOBRE LOS ASUNTOS GENERALES Y LA POLÍTICA DE LA CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO (7-9 DE ABRIL DE 2010).—2. REUNIÓN DE LA COMISIÓN ESPECIAL SOBRE EL FUNCIONAMIENTO PRÁCTICO DEL CONVENIO DE LA HAYA DE 1993 EN MATERIA DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL (17 A 25 DE JUNIO DE 2010).—3. VI FORO INTERNACIONAL SOBRE EL PROGRAMA PILOTO DE APOSTILLAS ELECTRÓNICAS (E-APP), CELEBRADO EN MADRID, 29-30 DE JUNIO DE 2010.—4. EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA Y EL FIN DEL DERECHO. 18 DE MARZO DE 2010. UNIVERSITAT AUTÒNOMA DE BARCELONA. FACULTAD DE DERECHO.—5. CRÓNICA DE LA JORNADA SOBRE EL DERECHO CATALÁN DE SUCESIONES EN EUROPA (PALACIO DE PEDRALBES, BARCELONA, 30 DE ABRIL DE 2010).

1. CONSEJO SOBRE LOS ASUNTOS GENERALES Y LA POLÍTICA DE LA CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO (7-9 DE ABRIL DE 2010)

1. La reunión del Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado ha tenido lugar entre los días 7 a 9 de abril de 2010. Ha presidido la reunión el señor Antti Leinonen (Finlandia). En la primera parte de la reunión, diversos miembros de la Oficina Permanente de la Conferencia dieron cuenta de las actividades desarrolladas por la Conferencia desde la reunión anterior del Consejo, presentándose, además, el Informe anual correspondiente a 2009. Al igual que en ocasiones anteriores, lamentablemente, este documento no se encuentra disponible en español.

2. Como viene siendo habitual, se pasa revista a continuación a la situación de determinados Convenios. En primer lugar, se trata del *Convenio y el Protocolo de 2007*

en materia de alimentos. En este caso tuvo especial relieve la firma y ratificación por la Unión Europea del Protocolo sobre ley aplicable a las obligaciones de alimentos, que realizó el Excmo. Sr. Juan Prats, embajador de España en Holanda, en cuanto España ostenta durante este semestre la presidencia rotatoria de la Unión Europea. El acto tiene especial importancia en cuanto que, en virtud de la Decisión del Consejo de 30 de noviembre de 2009 (*DO* L 331, de 16 de diciembre), por una parte, se trata de la firma y ratificación y, por otra, significa la aplicación provisional a partir del 18 de junio de 2011, fecha de aplicación del Reglamento 4/2009, sin esperar, por tanto, a la entrada en vigor del Protocolo, que se producirá cuando tenga una segunda ratificación. La ratificación por la Unión Europea es la primera y mediante ella quedan obligados todos los Estados miembros, con excepción de Dinamarca y Reino Unido.

En lo que se refiere al Convenio sobre alimentos de 2007, el único firmante hasta el momento, Estados Unidos, informa de que avanza el procedimiento de ratificación. Por su parte, la Unión Europea señala que la propuesta para ser parte en el Convenio se encuentra en el Parlamento Europeo. La Oficina Permanente da cuenta de que el informe explicativo al Convenio redactado por A. Borrás y J. Degeling y al Protocolo redactado por A. Bonomi están disponibles en francés e inglés desde noviembre de 2009, expresándose en las conclusiones la gratitud del Consejo por la labor realizada.

3. En lo que se refiere al *Convenio de La Haya de 30 de junio de 2005 sobre acuerdos de elección de foro,* no se han producido novedades desde el año anterior, cuando se produjo la firma por la Comunidad Europea. El Convenio ha sido firmado también por Estados Unidos, que anuncia seguir los trámites para la ratificación, y México se ha adherido al mismo. La entrada en vigor se producirá cuando alcance dos ratificaciones.

4. En lo que se refiere al *Convenio de 5 de julio de 2006 sobre la ley aplicable a ciertos derechos sobre valores depositados en un intermediario*, únicamente ha sido ratificado por Suiza y por Mauricio, habiendo también sido firmado por Estados Unidos, que reitera que está preparando la ratificación. La Unión Europea se limita a indicar que ha sido retirada la propuesta para su firma. El señor Bernasconi, de la Oficina Permanente, subraya que falta la tercera ratificación para la entrada en vigor y se ofrece para ayudar a la Unión Europea en lo que sea menester para facilitar la firma y ratificación del Convenio.

5. Se examina a continuación el *Convenio de 1996 sobre protección de niños,* que se encuentra en vigor en un número elevado de Estados. El 5 de junio de 2008 se adoptó la Decisión del Consejo 2008/431/CE, relativa a la ratificación por los Estados miembros del Convenio en interés de la Comunidad Europea (*DO* L 151, de 11 de junio de 2008), en la cual (art. 3) se dice que los Estados tratarán de poder depositar simultáneamente los instrumentos de ratificación o adhesión a ser posible antes de 5 de junio de 2010. La Unión Europea informa de que se encuentra en preparación la ratificación por los Estados miembros en nombre propio y de la Comunidad. El profesor Duncan, de la Oficina Permanente, expresa su satisfacción por la marcha de este Convenio, destacando la importancia de que todos los Estados Miembros de la Unión Europea sean parte en el mismo.

6. Se aborda también la situación del *Convenio de 2000 sobre protección de adultos*. El Secretario General manifestó el interés de este Convenio que viene a cubrir una necesidad, ya que en los próximos veinte años se producirá en Europa un aumento importante del número de personas de edad superior a sesenta años. El Convenio entró en vigor el 1 de enero de 2009 entre Francia, Alemania y el Reino Unido, que si

bien por el momento lo aplica sólo a Escocia, ha anunciado la próxima extensión a todo su territorio. Suiza se incorporó con posterioridad. Además, lo han firmado Finlandia, Grecia, Holanda, Irlanda, Italia, Luxemburgo y Polonia, la República checa y Chipre. Esta situación de nuestro entorno, unida a que España es país de recepción de personas de edad, pone de manifiesto el interés que para España tendría la firma y ratificación de este Convenio.

7. Como una de las características de la Conferencia de La Haya en los últimos tiempos puede señalarse la importancia dada al seguimiento (*monitoring)* de los Convenios y, en particular, de aquellos que comportan cooperación de autoridades. En esta línea, se informa del seguimiento de las conclusiones de la Comisión Especial sobre aplicación de los *Convenios de La Haya sobre apostilla, notificaciones, obtención de pruebas y acceso a la justicia*, que tuvo lugar entre los días 2 a 12 de febrero de 2009 (nota en *REDI,* 2009, 1). En particular, se da cuenta de la importancia de aceptar las adhesiones al Convenio sobre notificaciones y de las traducciones a diferentes idiomas de la Guía para su aplicación. En lo que se refiere al Convenio sobre apostilla, se destaca la publicación de un folleto titulado «ABC de la apostilla» que puede resultar de interés para el público en general. Asimismo, se informa de los avances en materia de apostilla electrónica, incluyendo la experiencia española en Murcia (sobre la continuación de estos trabajos, véase nota en esta misma *Revista*).

8. Por lo que se refiere al *Convenio de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*, el profesor Duncan recuerda los resultados de la tercera Comisión especial sobre su aplicación que tuvo lugar entre los días 30 de octubre a 9 de noviembre de 2006. Subraya que, por primera vez, se trató también del *Convenio de La Haya de 1996 sobre protección de niños*, incluyéndose la posibilidad de elaborar una guía de buenas prácticas, que se encuentra en buen camino. Señala también que se tratará de planificar la próxima reunión de la Comisión Especial en 2011.

En esta ocasión, se presta especial atención a la intervención de la Oficina Permanente en casos concretos de sustracción de menores. En este punto se destaca que normalmente no tienen ni mandato ni recursos para ello, pero que han intervenido en un número reducido de casos particularmente graves por su incidencia en el buen funcionamiento del Convenio de 1980, destacando su intervención como mediadores en el asunto Carrascosa, lamentablemente tan bien conocido en España, y como *amicus curiae* en el caso *Abbot c. Abbot* ante el Tribunal Supremo de Estados Unidos sobre el sentido de los términos «derecho de custodia». Asimismo, se destacan los casos existentes ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En resumen, la oficina interviene si concurren una serie de elementos: *a)* Si el tema es importante para el funcionamiento del Convenio; *b)* si hay problema jurídico; *c)* si hay base para oír la opinión de la Oficina Permanente; *d)* si los Estados involucrados aceptan la intervención, y *e)* si se considera que la intervención puede ser de utilidad. Debe indicarse que varios Estados, especialmente Suiza y el Reino Unido, fueron críticos con estas intervenciones y, en particular, en lo que se refiere a la utilización de las Guías de buenas prácticas, que no son obligatorias, puesto que no son objeto de acuerdo ni tienen el valor del informe explicativo.

9. Haciendo una abundante referencia al Informe anual correspondiente a 2009, se detallan las actividades de la Conferencia en diferentes áreas geográficas: América Latina, Asia-Pacífico, el proceso de Malta, África y los Estados de la CEI. En este contexto, resulta de particular interés la presencia de la Conferencia en América Latina, con el señor Ignacio Goicoechea, consejero legal de la Conferencia para Iberoamérica, como enlace con los países de aquel sector. Precisamente, el éxito de su función está

llevando a considerar la posibilidad de crear una pequeña oficina en Buenos Aires para apoyar la presencia de la Conferencia en la región y viceversa. También se plantea la posibilidad de disponer de una Oficina similar en Hong Kong.

10. Un tema principal dentro de las reuniones del Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia ha sido siempre la fijación de los trabajos futuros. Se mantienen sin prioridad una serie de materias: *a)* Cuestiones de Derecho internacional privado derivadas de la sociedad de la información, incluido el comercio electrónico, la justicia electrónica y la protección de datos. El último inciso se ha introducido este año como consecuencia del documento preliminar núm. 13, sin tomarse una posición pues el documento llegó en el último momento. *b)* Competencia, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de sucesiones por causa de muerte. Se trata de un tema en el que incide la preparación de un instrumento comunitario. *c)* Competencia, reconocimiento y ejecución de decisiones respecto a parejas no casadas. Se trata de un tema en el que sería necesario encontrar soluciones, pero que resulta muy sensible. *d)* Evaluación y análisis de las cuestiones transfronterizas suscitadas por los títulos depositados en un intermediario, teniendo en cuenta los trabajos realizados en el seno de otras Organizaciones internacionales, en particular en UNIDROIT. Debe señalarse que se ha suprimido el tema de la competencia, ley aplicable y cooperación en materia de protección del medio ambiente, a que se refiere el documento preliminar núm. 12, una postura mantenida por muchos Estados y, en particular, por la Unión Europea que, además de recordar la existencia del Reglamento Roma II, indica que hay otras prioridades para gastar los recursos.

11. Existen determinadas materias que se consideran como «trabajos en curso» y que son las siguientes:

a) Mediación familiar transfronteriza. Diversos Estados se manifiestan favorables a continuar en este camino, aun reconociendo que es difícil alcanzar un consenso, ya que los Estados tienen posiciones muy diferentes ante la mediación familiar o, incluso, la desconocen. A estos trabajos se refiere el documento preliminar núm. 11. Por esta razón se decide trabajar en la preparación de una guía de buenas prácticas sobre la mediación en el ámbito del Convenio de 1980 sobre sustracción de menores, proyecto que debería someterse a la Comisión especial sobre el funcionamiento de este Convenio, que tendrá lugar en 2011.

Igualmente, el Consejo toma nota de la creación de un grupo de trabajo sobre mediación familiar en el proceso de Malta, formado por expertos de Estados parte y no parte en el Convenio de 1980 para estudiar las estructuras de mediación que puedan establecerse para resolver los conflictos entre Estados parte y no parte.

b) En lo que se refiere a la *Elección de la ley aplicable en materia de contratos internacionales*, se decidió en 2007 enviar un cuestionario, al que respondieron 33 Estados, entre ellos España. En la reunión de 2009 se decidió crear un Grupo de trabajo sobre la materia, compuesto por expertos en Derecho internacional privado, Derecho comercial internacional y Derecho del arbitraje, cuyo informe consta en el Documento preliminar núm. 6. El grupo fue presidido por el profesor D. Girsberger (Suiza) y del mismo forma parte el profesor F. J. Garcimartín. En esta ocasión se ha decidido que continúen los trabajos y presenten un informe a la reunión de 2011. En cuanto al contenido, se considera que debe darse prioridad a la elección de la ley aplicable por las partes, si bien también puede incluir reglas aplicables en ausencia de tal elección. Igualmente, se destaca que tal instrumento no tendrá carácter obligatorio. Se trata de un tema importante y complementario respecto al Convenio de 2005 sobre acuerdos de elección de foro, si bien plantea notables dificultades, tanto en relación al Regla-

mento Roma I como en relación con la ausencia de experiencia de la Conferencia en materia de *soft law*.

c) Desde 2007 Suiza manifiesta su interés en la elaboración de *un Protocolo adicional al Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional* de menores, para mejorar su funcionamiento. Pese al enorme interés manifestado por Suiza, su propuesta no fue favorablemente acogida, ya que la mayoría de los Estados prefieren esperar a la aplicación del Convenio de La Haya de 1996, que puede tener un efecto preventivo de la sustracción. En esta ocasión, se encarga a la Oficina Permanente iniciar una consulta sobre la oportunidad y viabilidad de tal protocolo, para extraer las conclusiones y preparar un informe, que será examinado por la Comisión especial de 2011 sobre funcionamiento de los Convenios de La Haya de 1980 sobre sustracción de menores y de 1996 sobre protección de menores, si bien dicha Comisión no podrá decidir la elaboración de un Protocolo, ya que corresponde al Consejo. La Unión Europea considera que el Convenio de 1980 es un buen Convenio y que hay que ver su funcionamiento juntamente con el Convenio de 1996. La Oficina Permanente considera que las divergencias con Suiza radican solamente en la forma en que deben realizarse las mejoras.

12. Bajo el epígrafe «trabajos futuros: nuevas materias» se incluyen diversas cuestiones, a algunas de las cuales ya se había hecho referencia en ocasiones anteriores, mientras que otras son realmente nuevas. En lo que se refiere a las que ya habían sido objeto de examen en ocasiones anteriores, la situación es la siguiente:

a) En lo que se refiere a la posibilidad de elaborar un *Protocolo al Convenio de 2007 en materia de alimentos relativo al cobro de alimentos respecto a los adultos vulnerables*, que siguiera también los principios del Convenio de 2000 sobre protección de adultos, en la reunión del año anterior se decidió esperar a ver lo que dijera la Comisión Especial que tendría lugar en noviembre de 2009. En este caso, se reproduce la decisión de dicha Comisión (conclusiones y recomendaciones en Documentos preliminares núm. 3.A, 3.B y 3.C y nota en *REDI*, 2009, 2), en el sentido de que no es necesario, ya que basta con las posibilidades de extensión contenidas en el art. 2, apartado 3, del Convenio que permitiría introducir para los mismos un régimen más favorable e, incluso, equipararlo al de los alimentos respecto a los niños. En todo caso, se dice que los Estados tomarán en cuenta la situación de los adultos vulnerables al hacer tales declaraciones.

b) Acceso al contenido del Derecho extranjero y necesidad de crear un instrumento mundial en este ámbito. En este punto, nuevamente la Unión Europea deseaba ir más lejos e iniciar trabajos, partiendo de la experiencia que ya tiene en su seno. Después de las consultas realizadas por la Oficina Permanente, el Consejo constató que no hay apoyo suficiente para este tema, limitándose a decir que se tratará de facilitar el intercambio de tal información en relación con cada uno de los Convenios específicos, como se ha hecho en el Convenio de 2007 en materia de alimentos con el «perfil de país». Suiza, Estados Unidos, Australia y Canadá, entre otros, manifestaron su disconformidad con este tema, entendiendo que no es necesario o que no debe hacerlo la Conferencia de La Haya.

c) Al igual que en las reuniones anteriores, el Secretario General manifestó su interés en el tema de la *aplicación de las técnicas de la Conferencia de La Haya a los problemas que plantea la emigración*, presentándose una nota de seguimiento en el Documento preliminar núm. 7. Esta cuestión nuevamente contó con el apoyo de Argentina, Chile, México, Brasil, Perú y Sudáfrica. No obstante, muchas otras delegaciones (en particular, Suiza, Canadá, Estados Unidos, Japón, Australia y la Unión Europea) se manifestaron reticentes sobre el tema, teniendo en cuenta que no resulta claro lo

que puede aportarse desde la perspectiva del Derecho internacional privado, ya que la migración es importante, pero carece de prioridad en el contenido de los instrumentos de La Haya.

13. Otros temas constituyen realmente «nuevas materias», ya que no se habían planteado con anterioridad. En este grupo pueden incluirse las siguientes:

a) Continuación del proyecto sobre sentencias, objeto del documento preliminar núm. 14, preparado por la Oficina Permanente con objeto de crear un grupo de trabajo para que estudiara la viabilidad de continuar los fracasados trabajos en materia de sentencias. En este caso, la Unión Europea se opuso decididamente, consiguiendo que en las conclusiones se pospusiera, incluso, la posibilidad de trabajos exploratorios, hasta que entre en vigor el Convenio de 2005 sobre acuerdos de elección de foro. Además de considerar que es todavía prematuro después de los esfuerzos que se realizaron, no puede olvidarse, desde una perspectiva comunitaria, que va a producirse la modificación del Reglamento Bruselas I. Las dudas son compartidas por muchos Estados, entre ellos Estados Unidos, Canadá y Australia. Otros, como Suiza, consideraron que sería importante dar la señal de que el tema no se abandona, considerando que se han dado pasos hacia delante desde que el proyecto se abandonó, como el Convenio sobre acuerdos de elección de foro o el Convenio sobre alimentos, posición que comparte el Reino Unido, a quien la Unión Europea recrimina el haberse apartado de la postura comunitaria.

b) Se encarga a la Oficina Permanente preparar para 2011 una breve nota preliminar sobre las cuestiones de Derecho internacional privado relativas al estatuto de los niños (con exclusión de la adopción) y, en particular, sobre el reconocimiento de la filiación,

c) Israel propuso incluir en el orden del día el tema de los contratos internacionales de maternidad de sustitución (madres de alquiler). La cuestión fue muy discutida y, por el momento, sólo se ha acordado estudiar el impacto de la maternidad de sustitución sobre el Convenio de adopción, algo que deberá hacer la Comisión Especial del próximo mes de junio (véase nota en esta misma *Revista)*.

d) Con gran asombro de la Oficina Permanente, Suiza propuso que se estudiara la organización y métodos de trabajo del Consejo en el contexto del Estatuto revisado, así como cuestiones estratégicas, en particular la financiación. A tal fin se constituye un Grupo de trabajo integrado por representantes de distintas áreas geográficas. El Grupo, además del Presidente del Consejo de asuntos generales y el Presidente de la Comisión de Estado neerlandesa de Derecho internacional privado, estará integrado por África del Sur, Alemania, Argentina, Australia, Brasil, Canadá (que ostentará la presidencia), China, Egipto, Estados Unidos, Francia, Japón, México, Reino Unido, Rusia y Suiza.

e) La Presidencia española de la Unión Europea propuso como tema la ley aplicable a los derechos reales sobre bienes muebles, invitándosele a elaborar esta propuesta de forma más detallada.

14. En reiteradas ocasiones se ha hecho referencia a la importancia de incrementar el uso del español en la Conferencia de La Haya, a los trabajos realizados al respecto, en particular por J. D. González Campos y A. Borrás, y a la importancia de la ayuda de España al respecto, que ha permitido dar pasos importantes, entre otros, la puesta en marcha el año pasado de la página web en español (nota en *REDI,* 2009, 1).

La disminución de la aportación española ha tenido como consecuencia que en esta reunión no haya habido interpretación al español ni documentación en esta lengua, ya que, teniendo en cuenta los fondos disponibles, se ha considerado que

era más necesario guardar tales fondos para la reunión del mes de junio en materia de adopción. Por otra parte, la «Guía práctica» del Convenio sobre notificaciones se encuentra ya traducida al español, pero faltan los fondos para la publicación. Debería considerarse la posibilidad de la financiación de esta publicación, ya que sería de gran utilidad para las autoridades españolas y para los operadores jurídicos en general. Finalmente, tampoco se puede publicar en español el Informe anual de la Conferencia, que ya va por su tercer volumen. Todo ello resulta lamentable, pues la utilización del español en la Conferencia se encuentra en posición precaria, cuando se trata de algo que requiere continuidad y que sería lastimoso que se perdiera lo conseguido.

Alegría BORRÁS

2. REUNIÓN DE LA COMISIÓN ESPECIAL SOBRE EL FUNCIONAMIENTO PRÁCTICO DEL CONVENIO DE LA HAYA DE 1993 EN MATERIA DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL (17 A 25 DE JUNIO DE 2010)

1. Constituye ya una tradición en los Convenios de La Haya que implican una cooperación de autoridades de los Estados miembros la convocatoria de Comisiones especiales para el control del funcionamiento de ciertos Convenios (de todas ellas hay notas en esta *Revista*). En el caso del Convenio de 1993 en materia de adopción internacional, debe tomarse en consideración que, juntamente con el Convenio sobre sustracción de menores y el de apostilla, constituye uno de los Convenios de La Haya que tiene mayor número de Estados parte, ya que en la actualidad alcanzan los 78, tras la adhesión de Togo. La importancia que tiene en este Convenio la correcta cooperación entre las autoridades del Estado de origen de los niños y las autoridades del Estado de recepción ha llevado a la convocatoria de Comisiones especiales sobre su aplicación. En primer lugar, de forma inmediata a la conclusión del Convenio, se celebró los días 17 a 21 de octubre de 1994 una Comisión especial con unos objetivos muy específicos, centrados en la elaboración de un formulario sobre el consentimiento para la adopción y a la cuestión de la aplicación del Convenio a los niños refugiados y a otros niños internacionalmente desplazados como consecuencia de los problemas existentes en sus países de origen.

Tras la entrada en vigor del Convenio de forma general, tuvo lugar una Comisión especial entre los días 28 de noviembre y 1 de diciembre de 2000, de la que fue elegida presidenta A. Borrás y una nueva reunión entre los días 17 a 23 de septiembre de 2005, que igualmente fue presidida por A. Borrás. La presente constituye, por tanto, la tercera Comisión Especial de carácter ordinario. Ha sido presidida por la señora M. Riendeau (Canadá) y han sido vicepresidentes el señor M. Stephansen (Noruega), la señora J. Sloth-Neilsen (Sudáfrica), la señora R. Morales (Chile), la señora B. B. Abjeo (Filipinas) y la señora T. Bond (Estados Unidos). Toda la documentación relativa a la reunión puede consultarse en *www.hcch.net*.

2. Cada una de las reuniones de la Comisión Especial ha ido incorporando nuevos métodos, tendentes todos ellos a mejorar el funcionamiento del Convenio. En esta ocasión, la reunión ha sido dividida en tres partes: la primera dedicada a la sustracción, venta y tráfico de niños en el contexto de la adopción internacional, la segunda dedicada a examinar el borrador de la guía de buenas prácticas sobre acreditación y la tercera a la revisión del funcionamiento práctico del Convenio. A cada una de ellas se refieren los apartados siguientes.

3. La primera jornada estuvo dedicada a la sustracción, venta y tráfico de niños en el contexto de la adopción internacional y tuvo un carácter eminentemente pedagógico, pues en ella se pusieron de relieve los problemas derivados de la extrema pobreza en determinadas zonas y sus consecuencias en la venta y tráfico de niños. Para ello se contó con dos perspectivas diversas. En primer lugar, la intervención sobre «Perspectiva global sobre el tráfico de niños», realizada por el profesor D. Smolin (Estados Unidos). En segundo lugar, la intervención sobre la «Perspectiva africana sobre el tráfico de niños», por el doctor B. Mezmur, que puso de relieve la evolución del tráfico de niños desde hace veinte años, poniendo el acento en la necesidad de huir de la calificación de «salvadores» para los que van a buscar niños a África. Ello permitió un amplio y sincero debate sobre los problemas económicos y sobre las diferentes situaciones que se plantean, destacando la intervención de representantes de países de origen de los niños.

A continuación se proyectó el documental *Paper orphans,* con introducción a cargo del señor J. Aguettant, de la Fundación *Terre des hommes,* en Nepal. Constituyó un testimonio de una situación grave en relación con el tráfico de niños y las consecuencias para todas las personas implicadas. Debe señalarse que el hecho de que se proyectara este documental dio lugar a que no asistiera a esta Comisión Especial una representación de Nepal.

Finalmente, el señor H. Boechat y la señora Florie Fuentes, del Servicio Social Internacional (Centro de Ginebra) introdujeron el tema «Investigando las zonas grises de la adopción internacional», dando numerosos datos estadísticos y sobre los abusos que dan lugar al comercio de niños. En una primera parte, se refieren a la forma en que «se crea» al niño, la obtención del consentimiento forzoso, el secuestro de niños y el «blanqueo» de niños. En una segunda parte formulan una serie de recomendaciones tanto a los Estados de recepción, como a los Estados de origen y, en ambos casos, informar mejor, coordinarse y controlar las transferencias de dinero.

4. Viene siendo habitual en los últimos tiempos que la Conferencia de La Haya publique guías de buenas prácticas en relación con diversos convenios de cooperación. En relación con el Convenio en materia de adopción, en 2008 se publicó *La puesta en práctica y el funcionamiento del Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional - Guía de buenas prácticas* («Guía de buenas prácticas 1»). En la Comisión Especial de 2005 se constató que la acreditación es un problema que preocupa, ya que hay grandes diferencias entre los Estados, pero también entre las agencias dentro de un mismo Estado. Por esta razón, tras terminarse la preparación de la «Guía de buenas prácticas 1» se inició la preparación de la «Guía de buenas prácticas 2», contando con una fundamental y generosa ayuda de Quebec, que fue objeto del documento preliminar núm. 2. Los objetivos del texto son varios: resaltar el papel de las agencias, clarificar sus obligaciones e identificar buenas prácticas. Todo ello debe traducirse en un lenguaje fácil de leer, pues sus destinatarios serán en muchos casos no juristas. La versión española de este documento fue hecha por voluntarios, ya que los medios disponibles no alcanzan para la traducción de los documentos.

En la segunda parte de la reunión fueron examinándose los diferentes capítulos de la Guía. Puede decirse que los dos capítulos clave y, por tanto, los más debatidos, fueron los capítulos 9 (Costes de la adopción) y 10 (actuación de los organismos acreditados en los Estados de origen), lo que dio lugar a que en las conclusiones de la Comisión especial se mencione la necesidad especial de su revisión. Tras el examen realizado en la reunión se revisará todo el texto y los capítulos 9 y 10 en particular. El texto revisado será enviado nuevamente para que se puedan realizar comentarios y

una versión final será preparada por la Oficina Permanente. También se piensa en la elaboración de una Guía Práctica 3 sobre selección, asesoramiento y preparación de los futuros padres adoptivos.

5. La parte más amplia y sustancial de la Comisión especial se dedicó a la revisión del funcionamiento práctico del Convenio. Antes de entrar en el examen específico de los distintos puntos del orden del día, se consideraron algunas cuestiones generales. En primer lugar, diversos delegados dieron cuenta de los desarrollos legislativos en sus respectivos países. Entre ellos, se informó sobre la promulgación en España de la Ley 54/2007, de adopción internacional. En segundo lugar, el profesor Peter Selman, de la Universidad de Newcastle (Reino Unido) presentó unas detalladas estadísticas y las tendencias actuales en adopción internacional, con especial atención a las causas del descenso en el número de adopciones internacionales a partir de 2005. En tercer lugar se entró a examinar los diferentes aspectos que figuran en el orden del día y a los que se hace referencia a continuación.

6. En lo que se refiere a la aplicación de las garantías del Convenio, se trata, en primer lugar, de examinar la aplicación del principio de subsidiariedad [art. 4.*b)*], de la decisión sobre la situación de adoptabilidad de un niño [art. 4.*a)*] y de los consentimientos necesarios para la adopción [art. 4.*c)* y *d)*]. Deben ponerse en relación con estas normas los documentos preliminares 3.A y 3.B, ya que es importante el perfil de país para conocer cuál es la situación al respecto. El debate lleva nuevamente a la cuestión de los donativos y repite un tanto el debate que ya se había tenido sobre la guía práctica. En definitiva, se pretende desarrollar las salvaguardas necesarias, teniendo en cuenta el estado de pobreza e incultura en que se puede encontrar la familia de origen del niño.

Otro aspecto en este apartado se refiere a los futuros padres adoptivos. En este caso, nuevamente el perfil de país puede resultar de utilidad en relación con el tema de selección, asesoramiento y preparación de los futuros padres adoptivos en el Estado de recepción, si bien en las conclusiones se añade la importancia de que los Estados de origen proporcionen información sobre las características y necesidades de los niños en situación de adoptabilidad. En este caso se ha añadido que la preparación debe ser orientada a cada país y que sería bueno que los futuros padres adoptivos tuvieran un conocimiento básico de la cultura y el idioma del niño, requisitos estos últimos solicitados por los Estados de origen, aceptados con reticencias por los Estados de recepción. Igualmente se hace referencia a la importancia del *matching* del art. 17, en cuanto significa el acuerdo entre las autoridades centrales del Estado de origen y de recepción sobre la conveniencia de la adopción para el niño.

7. La necesidad de una buena cooperación entre todos los intervinientes en el proceso de adopción internacional constituye un eje fundamental del funcionamiento del Convenio, que exige una buena información, señalándose que en el momento actual no hay un sistema de información ágil. Además, la información sobre los niños con necesidades especiales resulta particularmente insuficiente.

Como viene siendo habitual en esta materia, se trata del tema de los informes posteriores a la adopción, ante la exigencia de informes hasta los dieciocho años por muchos Estados de origen, lo que consideran excesivo los Estados de recepción. En este caso, como dice España, tales informes son de poca utilidad, ya que el Estado de origen, aunque tenga tal informe, poco puede hacer en un caso de fracaso de la adopción. Lo que es necesario es el apoyo de las autoridades del Estado de recepción a la familia que tiene problemas, como si se tratara de una familia biológica. Se recuerda nuevamente que el niño no vuelve al Estado de origen, puesto que la adopción es un acto final y hay

que tratar a los hijos adoptivos y su familia como a cualquier otra unidad familiar. Se señala que el divorcio de los padres debe también ser tratado como en cualquier otro caso, es decir, que no debe ser tratado como un tema de fracaso de la adopción.

Se trata a continuación del interesante tema del ámbito de aplicación del Convenio (art. 2), teniendo en cuenta que el Convenio se aplica cuando el niño tiene su residencia habitual en el Estado de origen y la traslada al Estado de recepción. En su exposición introductoria, el profesor W. Duncan de la Oficina Permanente, presenta una serie de casos conflictivos, presentando varios ejemplos significativos: *a)* Si constituye adopción interna o internacional el caso de una pareja residente en Holanda que trabajan en Malawi y quieren adoptar en ese país. *b)* Los supuestos en que hay contactos estrechos con un Estado, aunque tenga residencia habitual en otro. Este podría ser el caso de adopciones intrafamiliares como, por ejemplo, posibles padres adoptivos indios con residencia habitual en Holanda que quieren adoptar a su sobrina con residencia habitual en la India. Es necesario que ambos países tengan la misma posición, puesto que si no se aplica el Convenio de La Haya, tal adopción no se reconocería en Holanda. *c)* Uso de la nacionalidad como criterio de eligibilidad, como sería el caso de adoptantes que viven en A, país del que no tienen la nacionalidad, que pretenden adoptar en B, cuando la legislación de A no lo aceptaría por no ser nacionales. *d)* Adoptantes de un Estado que a mitad del procedimiento cambian de residencia habitual.

Como viene siendo habitual cuando se trata de este tema, la primera cuestión que se debate es si debe definirse la residencia habitual, para llegar a la conclusión de que no debe hacerse, sino verlo en cada caso. Como respuesta específica a algunas de estas cuestiones, se ha hecho constar específicamente en las conclusiones que todas las adopciones internacionales que están dentro del Convenio, de acuerdo con el art. 2, apartado 1, están sujetas a los procedimientos y salvaguardas del Convenio, incluyendo las adopciones intrafamiliares y las adopciones por nacionales del Estado de origen. Teniendo en cuenta que en muchos casos no se cumplen tales requisitos, se recomienda a las Autoridades Centrales que traten de corregir las posibles irregularidades y eviten que se produzcan en el futuro. Por lo demás, otros casos se resolverán puntualmente mediante la cooperación de autoridades, teniendo en cuenta el interés superior del niño.

En este punto intervino la representante de la Comisión Europea, señora Patricia de Lucca para indicar que 26 Estados miembros son parte en este Convenio (falta Irlanda, que se convertirá en parte próximamente) y que existe un problema particular en los casos en que inician un procedimiento en el Estado miembro del que son nacionales y esa adopción no se reconoce en el Estado miembro de su residencia habitual, con el ejemplo de unos húngaros que adoptan a su sobrino en Hungría, adopción que no se reconoce en el Reino Unido, donde la pareja tiene su residencia habitual, porque no se ha aplicado el Convenio. Considera que esta situación es contraria al principio básico de libre circulación de personas. La situación, desde la perspectiva del Convenio, es la misma que la de los indios con residencia habitual en Holanda que adoptan a la sobrina en la India, pero la diferencia estriba en que en el presente caso se trata de dos Estados miembros de la Unión Europea. Este punto merece especial atención, ya que, sin prisa, la Comisión piensa también incidir en este tema, pudiendo producirse también una comunitarización de la materia, con las consecuencias que de ello se derivan.

La última parte del apartado de cooperación se dedica a los proyectos de ayuda al desarrollo y al establecimiento de los límites de la actuación ética, incidiendo nuevamente en que la ayuda ha de ser preventiva para que no se rompa la familia, separándola además de la adopción, sin que intervengan en ella los organismos acreditados

y menos en los supuestos de existencia de adopciones en trámite. Debe señalarse que Estados Unidos rechazó la exclusión total de las ayudas por parte de los organismos de adopción, a los que sólo debe darse principios éticos.

8. El otro eje del Convenio está constituido por los asuntos relativos a los procedimientos previstos en el Convenio, pues se trata de asegurar el estatus de adoptado. Al respecto, se examina el art. 23 y el hecho de que hay Estados que aún no han designado la autoridad competente para emitir el correspondiente certificado, instándoles a que lo hagan para garantizar el buen funcionamiento del Convenio. El profesor W. Duncan, secretario general adjunto de la Conferencia, subraya la importancia de que se utilice este certificado y no se establezca procedimiento alternativo o adicional alguno, ya que ello sería una mala señal, pues significaría que los requisitos del Convenio no son más importantes. Añade, por otra parte, que el reconocimiento sólo puede rechazarse en virtud del art. 24 del Convenio.

Recordando la recomendación de la Comisión especial de 2005 en el sentido de que se otorgue al niño de forma automática la nacionalidad de alguno de los padres adoptivos o del Estado de recepción, se ha introducido una nueva recomendación en relación a la cooperación de las autoridades para facilitar la adquisición de tal nacionalidad si no se produjera de forma automática. En este caso, China se opuso a que fuera así en todo caso, por lo que solicitó se matizara sólo para los supuestos en que ello fuera adecuado.

Se pretende limitar al máximo las adopciones al margen del Convenio y por esta razón se dijo claramente que no es una buena práctica el hecho de que, una vez declarados idóneos, los futuros padres adoptivos se dirijan directamente a la localización de un niño en el Estado de origen no parte en el Convenio. Por esto se destaca también el riesgo que implica de adopciones de niños, incluso, menores de tres meses.

9. Un tema nuevo y muy controvertido es el relativo a la maternidad subrogada. En la reunión del Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia (nota en esta misma *Revista)*, Israel propuso este tema para los trabajos futuros y se acordó que en esta reunión sobre adopción se verían los aspectos del tema vinculados a la adopción internacional. En este caso, Israel realizó nuevamente su propuesta (documento de trabajo núm. 6) y fue apoyado únicamente por Estados Unidos. Tal como dijo la CIEC, la adopción sirve en muchos casos para eludir la prohibición de madres de alquiler. Las reacciones en este tema fueron muy variadas, habiendo mantenido sin dudas que no puede mezclarse la adopción con la maternidad subrogada, ya que es utilizada precisamente para solucionar fraudulentamente problemas de prohibición de la maternidad subrogada; en consecuencia, se considera adecuado que se realicen estudios en la materia, pero absolutamente desvinculados de la adopción. Piénsese al respecto en la confusa situación existente en nuestro país.

10. Bajo el título de «aprendiendo de la experiencia» se engloba una serie de cuestiones varias que también debe examinar la Comisión especial. La primera de ellas se refiere a las cuestiones posteriores a la adopción. Ya se ha hecho referencia con anterioridad a la cuestión relativa a los informes posteriores a la adopción. En este caso, constituye una novedad la activa participación de diversas asociaciones de hijos adoptivos de distinta procedencia, cuyo objetivo es crear puentes con el país de origen, así como conseguir que no se pierda la información sobre las raíces (*tracing*).

Igualmente en este apartado se presentan los resultados del programa de asistencia técnica y otros programas de formación que han tenido lugar en Guatemala, con la colaboración de Chile y Brasil, en lo que se denomina «cooperación horizontal», es decir, la cooperación de otros países de origen de los niños con buenas prácticas en

la adopción. Asimismo, se da cuenta de otros programas de asistencia en Camboya, Kenia, Namibia, México y Panamá. En este caso, el secretario general, señor Hans van Loon, señala que los Estados miembros deben entender que la asistencia técnica constituye la *core activity* de la Conferencia.

Otra cuestión que se examina es la relativa a las relaciones con Estados no parte en el Convenio. En este sentido, se recomienda que los Estados parte intenten colaborar con dichos Estados y, en la medida de lo posible, apliquen los estándares y salvaguardas del Convenio, habiendo sido posible incluir en las conclusiones las disposiciones que se consideran fundamentales al respecto. Igualmente se examina la existencia de Convenios bilaterales con dichos Estados, que pueden considerarse como alternativa al Convenio de La Haya o como previos a la participación en el Convenio de La Haya. Se señalan, no obstante, las desventajas de tales Convenios, ya que normalmente se quiere negociar todo y produce resultados diferentes, excluyendo participar en el Convenio de La Haya que trata de proteger el interés del niño. También en este apartado se hace referencia al problema de las situaciones transitorias (*pipeline cases*), es decir, casos iniciados antes de la entrada en vigor del Convenio para un Estado. En este caso, se recomienda avisar con tiempo de cuándo se va a aplicar el convenio y tratar de aplicar el Convenio a estos casos, puesto que es conveniente para que la adopción sea más segura y reconocida en todos los Estados parte.

Se entra a continuación en el problema derivado de las situaciones de catástrofe, en que es prioritario reunir a los niños con su familia y no precipitarse en la iniciación de procesos de adopción. Se exponen las características, en particular, del tsunami y de Haití. Este último caso preocupa en particular a UNICEF y al Comité de derechos del niño de Naciones Unidas, entendiendo que fueron los Estados de recepción los que tomaron las decisiones, en ausencia de autoridades en Haití. Entiende que se trata de «*emergency adoptions*» que carecen de las garantías del Convenio de La Haya. Por esta razón, en las conclusiones se dice que no se deberían considerar nuevas solicitudes de adopción hasta tanto las autoridades del Estado en que se ha producido la catástrofe estén en condiciones de aplicar las salvaguardas necesarias.

Un tema importante es la relación de este Convenio con el Convenio de La Haya de 1996 sobre protección de niños. El secretario general adjunto, profesor W. Duncan recuerda que el Convenio de 1993 se refiere exclusivamente a la adopción, mientras que el Convenio de 1996 incluye otras medidas de protección y, en particular, señala que la norma del art. 33 es una regla de cooperación. Se explican distintas experiencias de los Estados en relación con la *kafala* cuyo tratamiento deberá pasar por los cauces del Convenio de 1996, frente a la situación un tanto caótica existente actualmente, cuando unos Estados la transforman en adopción y otros se niegan a ello. Al respecto, se señala que ya son 19 los Estados parte, que podrían pronto ser 40 si se produjera la esperada ratificación conjunta de los Estados miembros de la Unión Europea. Al respecto la representante de la Comisión señala que los procedimientos internos para la ratificación no llegaron antes del 5 de junio de 2010, por lo que los Estados discutirán de forma inmediata cómo proceder al respecto, creyéndose que la posible vía sea que lo vayan haciendo de forma escalonada, teniendo en cuenta que diversos Estados miembros, por diversas circunstancias, ya lo están aplicando.

Finalmente, se trata de una herramienta que simplifica notablemente las cuestiones formales: la apostilla, ya que muchos Estados de origen de los niños no son todavía parte en el Convenio de 1961. Tras hacer constar la utilidad del instrumento, se aprobó por consenso incluir una recomendación al respecto.

Alegría BORRÁS

3. VI FORO INTERNACIONAL SOBRE EL PROGRAMA PILOTO DE APOSTILLAS ELECTRÓNICAS (E-APP), CELEBRADO EN MADRID, 29-30 DE JUNIO DE 2010

1. La idea de la utilización de la apostilla electrónica al amparo del Convenio de La Haya de 1961 sobre supresión de la legalización fue lanzada por la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado durante la celebración de la Comisión Especial de 2003 sobre el seguimiento de diversos Convenios de cooperación judicial (Conclusiones y recomendaciones de esta Comisión Especial en la Sección especial de apostillas de la página web de la Conferencia de La Haya, en *www.hcch.net*), considerándose que era posible y que el uso de la tecnología de la información podía tener un impacto positivo en la aplicación del Convenio. Fruto de ello fue la celebración de un Foro en Las Vegas, los días 30-31 de mayo de 2005, organizado conjuntamente por la Conferencia de La Haya, la Unión Internacional del Notariado Latino y la National Notary Association de Estados Unidos. Todo ello dio como resultado que se lanzara este proyecto durante la reunión del Comité de Asuntos Generales y política de la Conferencia de 2006 (véase, en particular, el documento preliminar núm. 10 , preparado por Ch. Bernasconi y nota de J. D. González Campos y A. Borrás, en *REDI,* 2006, 1, pp. 595 y ss.) y que, desde ese momento, se iniciara el «Programa Piloto de Apostillas Electrónicas» (e-APP), habiéndosele prestado una particular atención en la reunión de la Comisión especial para el control de la aplicación de diversos Convenios de cooperación judicial que tuvo lugar entre los días 2 a 12 de febrero de 2009 y en la que España tuvo un protagonismo como consecuencia de la experiencia lanzada en Murcia por el Secretario de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, sobre el que se volverá más adelante» (nota de A. Borrás en *REDI,* 2009, 1, pp. 320 y ss.).

2. Es en este contexto donde se sitúa la celebración de este VI Foro del e-APP. En efecto, la Comunidad Europea, en el marco del programa «Justicia civil» concedió una subvención a la solicitud formulada por la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya y España, a la que se asociaron Francia, Finlandia y la República checa. Esta subvención forma parte de un proyecto, que durará 18 meses y que comprende tres elementos independientes; *a)* El desarrollo en España de un Registro central de apostillas electrónicas para todas las Autoridades competentes. *b)* la celebración de tres talleres regionales en Europa (Helsinki, Praga y París) para incitar a los Estados participantes a organizar los registros electrónicos. *c)* La celebración de este VI Foro sobre el e-APP, que se ha enmarcado en el cuadro de los actos organizados en materia de justicia por la Presidencia española de la Unión Europea.

3. La inauguración del Foro fue presidida por el Secretario de Estado de Justicia, Juan Carlos Campo, que señaló el interés de España en la implantación de la apostilla electrónica, y el secretario general de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, que señaló la importancia de la implantación de la tecnología de la información en la aplicación del Convenio de La Haya de 1961 en materia de apostilla, que muestra así sus posibilidades de adaptación a la nueva realidad.

A continuación, el Foro se dividió en tres partes: una primera parte general, una segunda parte dedicada a la puesta en práctica de los Registros electrónicos y una tercera parte dedicada a la expedición de apostillas electrónicas.

4. En la primera parte, Christophe Bernasconi, Primer Secretario de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, realizó una presentación general

del Convenio de 1961, del que ya son 98 los Estados parte, destacando que el 30 por 100 de ellos se han incorporado a partir de 2000, lo que muestra que el Convenio no pierde actualidad. Centrándose después en los temas objeto del Programa Piloto, señaló las ventajas de la apostilla electrónica y de los Registros electrónicos, entre las que destaca su efectividad y seguridad, demostrada por datos obtenidos de la práctica existente.

Intervino a continuación José de la Mata, Director General de Modernización de la Administración de Justicia del Ministerio de Justicia de España, que trató de la implantación del sistema de apostilla electrónica en España, enmarcada dentro del plan estratégico de modernización de la Justicia 2009-2012. Señala, por una parte, la necesidad de una serie de cambios legislativos y, por otra, la necesidad del componente tecnológico. Con todo ello señala que se pretende facilitar la circulación de documentos, aumentar las garantías, aumentar la seguridad jurídica, reducir el fraude, controlar las apostillas electrónicas y, en definitiva, mejorar el servicio a los ciudadanos.

5. La segunda parte del Foro se dedicó al primer componente del Programa Piloto, que es el Registro electrónico, que puede funcionar tanto en relación con apostillas electrónicas como apostillas en papel y que presenta ventajas indudables, ya que el receptor puede comprobar la apostilla *on line,* con la conveniencia de que haya un registro único, aunque haya varias autoridades que pongan las apostillas. La apostilla se identificará por un número aleatorio para evitar las «*fishing expeditions*» y la respuesta automática puede ser simplemente confirmatoria o incluir otras informaciones, como la imagen completa de la apostilla o información sobre el documento a que se refiere a la apostilla. Esta parte se ilustró con experiencias de la puesta en práctica y funcionamiento de los Registros electrónicos en la Unión Europea (Bélgica y Bulgaria, con participación respectivamente de Julie Remy y Stefka Soloveva), de Estados fuera de la Unión Europea (Colombia, Georgia, Nueva Zelanda y México, con intervención respectivamente de Diana Milena Atehortúa Bueno, Lali Kalandadze, Carlee Reid y César Plascencia Salcedo) y de algunos estados de Estados Unidos, en particular Delaware, Pensilvania y Carolina del Norte, presentadas por Rich Hansberger.

Esta parte se completó con una animada mesa redonda relativa a la forma de desarrollar el Registro electrónico a fin de conseguir el desarrollo de mejores prácticas. Esta mesa redonda fue moderada por Eva Palacios (Andorra), quien expuso la positiva experiencia en este país. En la mesa intervinieron Robert Nickers (Bélgica), Javier Parra (España), Rich Hansberger (Estados Unidos), Paula Ojaniemi y Harri Kauhunen (Finlandia), Jocelyne Palenne (Francia), Mhowjunrao Apajee (Mauricio), César Plascencia Salcedo (México), Carlee Reid (Nueva Zelanda) y Zuzana Fiserová (República Checa).

6. La tercera y última parte del Foro se dedicó al segundo componente del Programa Piloto, que es la apostilla electrónica, cuya posibilidad es indudable al amparo del Convenio de 1961, ya que éste es neutro en cuanto a los medios. Una presentación general de la apostilla electrónica y sus características se realiza por Mayela Celis, de la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya. A continuación, se dedicó una primera parte a la expedición de apostillas y una segunda parte al reconocimiento de las apostillas.

En lo que se refiere a la expedición de la apostilla, se presentaron las experiencias de Nueva Zelanda y de España. Carlee Reid (Nueva Zelanda) explicó la experiencia que ya tienen en la materia, así como la existencia del Registro electrónico. En el caso de España, intervino Javier Parra para explicar su experiencia como Secretario de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Murcia y la forma en que arrancó

su experiencia, con la primera apostilla electrónica en 2008, en un caso de adopción internacional y que le ha llevado a obtener el segundo premio de calidad de la justicia en 2010. Señala como punto fuerte la mayor seguridad del sistema y como límite el hecho de trabajar aún sin registro electrónico.

A continuación, se exponen dos temas particulares. Por una parte, Rich Hansberger expone las particularidades técnicas de la expedición de apostillas electrónicas, un aspecto técnico para el que utiliza la experiencia de Delaware, con sistema Adobe PDF, pero apuntando otras posibilidades. Por otra parte, José Antonio de la Riera se ocupa de la particularidad de la apostilla de los documentos notariales, ya que si bien no parece haber problemas legales, es necesario que exista un registro electrónico. Se refiere, además, a la renovación tecnológica de vanguardia de que disponen los notarios, que facilitaría la generalización de la utilización de la apostilla electrónica, siempre que se introdujeran las garantías necesarias en su uso y comprobación, en el marco jurídico de la reforma de la Ley del Notariado y la introducción al respecto del art. 17 bis.

7. En lo que se refiere al reconocimiento de apostillas electrónicas en el extranjero, interviene en primer lugar Alegría Borrás, que sitúa el tema en el objeto del Convenio de La Haya de 1961 y que es precisamente el que un documento público autorizado en un Estado contratante surta efectos en el territorio de otro Estado contratante, subrayando que el efecto de la apostilla es meramente formal y no afecta a la eficacia intrínseca del documento, señalando la utilidad que al respecto tiene el recientemente publicado folleto «El ABC de las Apostillas ¿Cómo garantizar el reconocimiento de sus documentos públicos en el extranjero?» (disponible en francés, inglés y español, en papel y en *www.hcch.net*, sección apostilla). Señala, asimismo, que la apostilla electrónica cabe perfectamente en el Convenio de 1961, manifestándose contraria a la elaboración de un Protocolo al Convenio, ya que ello podría inducir a creer que solamente aquellos Estados que fueran parte en el Protocolo aceptan las apostillas electrónicas procedentes de otros países, lo que iría en detrimento de la aceptación de esta nueva forma de transmisión. Interviene a continuación Juan Martínez Mora, presidente del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, que se centra esencialmente en el Derecho español, desde la perspectiva de la Ley 59/2003, de firma electrónica, y de la Ley 11/2007, de 22 de junio, relativa al acceso de los ciudadanos a los servicios públicos. Plantea las dudas sobre la actitud española ante las apostillas libradas en el extranjero y la queja al respecto del Defensor del pueblo. Su conclusión es que la apostilla electrónica debe recibirse con confianza, corroborando la «buena salud y permeabilidad» del Convenio de 1961. Finalmente, interviene Paula Ojaniemi, de Finlandia, que explica la experiencia de su país, aunque limitada, en materia de reconocimiento de las apostillas electrónicas.

8. En la última parte de la reunión se procedió a la presentación, debate y adopción de las conclusiones y recomendaciones del Foro (que pueden consultarse en *www.hcch.net*, sección apostilla). Las presentaron Aurora Mejía, directora general de Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Justicia, y Christophe Bernasconi, primer secretario de la Conferencia de La Haya. Los cuales pronunciaron, además, unas palabras de clausura.

Con carácter general, se constata la alta participación en el Foro, más de sesenta expertos procedentes de 20 países, que demuestra el interés en el tema, así como el hecho de que ya se encuentra en funcionamiento uno o ambos componentes del e-APP en Andorra, Bélgica, Bulgaria, Colombia, Kansas, Rhode Island y Texas (en Estados Unidos), Georgia, México (Distrito Federal), Murcia (España) Nueva Zelanda y la Re-

pública de Moldavia. En lo que se refiere a los registros electrónicos, además de resaltar su uso creciente y su aplicación a todo tipo de apostillas, se destacaron una serie de «mejores prácticas» a la hora de implantar un registro electrónico. En relación con la apostilla electrónica, se subrayó el principio fundamental de que el Convenio implica que una apostilla válidamente emitida en un Estado parte debe ser aceptada en otros Estados parte. Ello implica que el Estado de emisión puede expedir apostillas electrónicas conforme a su legislación interna y, para facilitar el funcionamiento del sistema, comunicarlo a los demás Estados parte. Los demás Estados parte en el Convenio deben limitarse a cumplir los términos del Convenio, es decir, reconocer la apostilla electrónica válidamente librada en otro Estado parte.

Alegría BORRÁS

4. EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA Y EL FIN DEL DERECHO. 18 DE MARZO DE 2010. UNIVERSITAT AUTÒNOMA DE BARCELONA. FACULTAD DE DERECHO

1. El pasado 18 de marzo de 2010 tuvo lugar en la Facultad de Derecho de la UAB un seminario entre profesores dedicado al examen crítico de la labor del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). La visión interdisciplinar del seminario permitió abarcar el análisis de la intervención del Tribunal en cuestiones diversas como el Derecho fiscal, los derechos colectivos laborales, la responsabilidad social de la empresa en la contratación pública, los derechos humanos y el Derecho internacional privado. El denominador común de las intervenciones fue la reprobación al Tribunal de Luxemburgo de la dudosa e incluso escasa argumentación jurídica en sus decisiones. Aunque en muchas ocasiones el Tribunal ofrece una solución acorde con el caso concreto que se le plantea, el hilo conductor de su respuestas adolece de falta de coherencia jurídica en su razonamiento, llegando incluso a ser ambiguo y contradictorio, lo cual pone en duda de si realmente la solución ha sido construida en base a argumentos jurídicos o de si el argumento llega después de la solución. El debate generado, moderado por el profesor A. Serrano González, fue de alto interés y se abrieron razonables dudas respecto cuestiones como el papel del TJUE como «creador» de Derecho europeo, las relaciones —no sin tensión— entre el Tribunal y la Comisión, o la primacía de los argumentos fundamentados en el mercado interior y el Derecho de la competencia dejando apartadas otras políticas y valores recogidos en los textos constitutivos, todo ello desde la interesante perspectiva transversal del Derecho. A continuación el resumen de las exposiciones de los profesores.

2. En el amplio abanico de competencias de la UE no figuran las políticas fiscales, tal y como señala el profesor José Antonio Fernández Amor en su intervención titulada «Las medidas antielusión fiscal y las libertades comunitarias». A pesar de ello sí existe una cierta armonización, que no unificación, respecto determinados impuestos indirectos (p. ej., el IVA) y coordinación en algunos directos (Convenios de doble imposición), adolece especialmente la ausencia de política fiscal europea en el intercambio de información fiscal. Ante tal realidad, los contribuyentes aprovechan para planificar la mejor estrategia para su situación fiscal, práctica que conlleva la reacción legislativa de los Estados que se encuentran ante una implacable «competitividad fiscal», de modo que elaboran medidas de Derecho interno de protección (p. ej., medidas antideslocalización). En éste ámbito del Derecho el Tribunal de Justicia de la Unión Europea controla las medidas antielusorias de las legislaciones de los Estados miembros que contravienen el derecho de establecimiento y la libertad de

circulación de capitales. Un argumento básico que fundamenta sus sentencias es la diferencia de trato (p. ej., respecto a la base imponible distinta de un impuesto) entre un residente y un no residente, lo cual comporta discriminación y vulnera libertades comunitarias y el principio de proporcionalidad. Para ilustrar tales situaciones, a modo de ejemplo, el profesor Fernández Amor trae a colación tres importantes sentencias: *Lankhorst-Hohorst* de 12 de diciembre de 2002 (C-324/00), la Sentencia de 12 de septiembre de 2009 y la Sentencia *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, 13 de marzo de 2007 (C-524/04). Estas Sentencias del Tribunal de Justicia pretenden poner fin a determinadas normas de Derecho nacional a través de recomendaciones de buena gobernanza y una cierta armonización mediante las respuestas a las cuestiones prejudiciales, así como inciden en una mayor coordinación fiscal a nivel administrativo de intercambio de información. En definitiva, se desprende el *desideratum*, anhelado desde 1977, de un control supranacional de la Unión Europea en el ámbito fiscal.

3. El profesor Eduardo Rojo Torrecilla, introduce reflexiones en torno al modelo social europeo cuando desarrolla la ponencia sobre «El Tribunal de Justicia y la valoración jurídica de los derechos colectivos laborales». A través del análisis de las Sentencias *Viking*, de 11 de diciembre de 2007 (C-438/05); *Laval*, de 18 de diciembre de 2007 (C-341/05); *Rüffert*, de 3 abril de 2008 (C-346/06) y *Gran Ducado de Luxemburgo*, de 19 de junio de 2008 (C-319/06), el profesor Rojo Torrecilla se plantea el razonamiento del Tribunal y sugiere las problemáticas de la negociación colectiva y del respeto a los modelos de relaciones laborales de cada Estado, junto con las propuestas de revisión de la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 1996, y la Proposición no de ley del grupo socialista en el Congreso de los Diputados «sobre la protección de los derechos de los trabajadores ante el ejercicio de las libertades comunitarias», presentada el 5 de marzo de 2010. La interpretación que realiza el Tribunal sobre las cuestiones del derecho sindical y los trabajadores desplazados en relación con la libertad de establecimiento supone la atribución del papel principal a la libertad de establecimiento, con lo que prevalece el mercado por encima de los derechos colectivos laborales, lo que implica la negación del modelo social de los Estados al entender que cuando se intentan mejorar las condiciones laborales el derecho sindical puede disuadir a las empresas a establecerse. Si bien, el derecho sindical debe intervenir, entiende el Tribunal que las medidas de conflicto colectivo no pueden suponer restricciones a la libertad de establecimiento, debiéndose agotar previamente otras medidas, como por ejemplo, la negociación.

4. En la misma línea de estudio, continua la profesora Carolina Gala Durán analizando la «Responsabilidad social, contratación pública y Tribunal de Justicia». El fomento de la cláusula de responsabilidad social de la empresa que abandera la Comisión y de la que España es pionera en la Unión Europea (Ley 30/2007, de 30 de octubre de 2007, de Contratos del Sector Público, y Ley 3/2007, de 22 de marzo de 2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres) encuentra su veto en el Tribunal de Justicia, que nuevamente superpone el derecho del mercado frente a otros derechos. La responsabilidad social de la empresa también se encuentra presente en la contratación pública articulándose como una disposición de preferencia en la contratación o a la que la empresa adjudicada deberá responder. Se trata de que las empresas a la vez que obtienen beneficios económicos aporten también beneficios de carácter social. La profesora Gala Durán al analizar la Sentencia *Rüffert*, de 3 abril de 2008 (C-346/06), a tenor de la posición del Tribunal que entiende que una carga económica fruto del establecimiento de una cláusula de responsabilidad social en el contrato puede llegar a ser un obstáculo a la libre prestación de servicios, se cuestio-

na las cautelas que las cláusulas de responsabilidad social deberían atender en sus imposiciones. El Tribunal nos coloca ante un panorama en el que lo que prevalece es el mercado y no la lógica de la responsabilidad social, restringiéndose, de este modo, la responsabilidad social y cuestionándose el sentido de continuar con su promoción en la contratación.

5. La profesora Montserrat Pi i Llorens inicia su exposición —«La sentencia del Tribunal de Justicia en el caso *reunificación familiar*»— haciéndonos partícipes de la tradición favorable en la consideración que reciben los derechos fundamentales por parte del Tribunal de Justicia, para introducirnos a *sensu contrario* en la polémica Sentencia del Tribunal de 27 de junio de 2006 (C-540/03), en la que se cuestionan unas cláusulas limitativas sobre el derecho a la reagrupación familiar que afectan a los menores y a la temporalidad en la solicitud de la reagrupación previstas en la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar. El conflicto se desata ante la postura del Parlamento Europeo que considera a estas excepciones contrarias al derecho a la vida familiar y al principio de prohibición de discriminación por razón de edad, contemplados ambos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. El Tribunal considera que las controvertidas excepciones no suponen una vulneración de tales derechos, en tanto que responden a criterios de integración y que son los Estados quienes las aplican, con lo que resulta que son los Estados los que habrán de velar por no vulnerar estos derechos si deciden incorporarlas en su ordenamiento interno a la hora de regular la reagrupación familiar. La interpretación que realiza el Tribunal se cataloga como restrictiva. Si bien, cabe resaltar que parece tomar en cuenta que la inclusión de estas cláusulas fueron la base para el consenso final en la negociación y aprobación de la referida Directiva.

6. En el área de Derecho internacional privado el profesor Rafael Arenas García inicia su exposición sobre «El Tribunal de justicia y el DIPr» con una reflexión sobre la importancia de la argumentación jurídica como instrumento proporcionador de soluciones distintas aunque se apliquen las mismas normas en supuestos parecidos. Tal razonamiento enlaza con el valor de la seguridad jurídica, el cual se debe al ciudadano. Todo ello, respecto las actuaciones del TJUE en el ámbito del DIPr, nos conduce a considerar que el Alto Tribunal llega a conclusiones diferentes ante supuestos similares y con argumentos jurídicos distintos, o bien llega a resultados sin argumentación o base jurídica. De ello se desprende que el TJUE es creador de Derecho. El profesor Arenas expone dos claros ejemplos. En primer lugar, la Sentencia *Handte*, de 17 de junio de 1992, en la que el TJUE diferencia entre obligación contractual y obligación extracontractual (esencial para saber qué instrumento comunitario será de aplicación para determinar la competencia judicial). Aunque no se encuentra tal diferenciación en el Derecho comunitario, el TJUE sí consigue diferenciarlo (véase apdo. 20), a pesar de que posteriormente se contradice. El otro ejemplo, es la Sentencia *Allianz (anciennement Riunione Adriatica di Sicurta) y Generali Assicurazioni Generalide*, 10 de febrero de 2009 (C-185/07), en la que el Tribunal indica inicialmente que el arbitraje no está dentro del ámbito de aplicación del Reglamento 44/2001 (apdo. 23), aunque en las conclusiones siguientes señala que el arbitraje es incompatible con el citado reglamento. Se trata, por tanto, de respuestas distintas e incoherentes en una misma sentencia. Ello nos lleva al inicio del razonamiento, la importancia de la argumentación jurídica y su repercusión en la seguridad jurídica.

Maria Font Mas

Diana Marín Consarnau
Universidad Rovira i Virgili

5. CRÓNICA DE LA JORNADA SOBRE EL DERECHO CATALÁN DE SUCESIONES EN EUROPA (PALACIO DE PEDRALBES, BARCELONA, 30 DE ABRIL DE 2010)

1. Dentro de las actividades programadas con ocasión de la Presidencia Española de la Unión Europea, el 30 de abril de 2010 se celebró, en el Palacio de Pedralbes de Barcelona, una Jornada sobre el Derecho sucesorio catalán en Europa, titulada *La autonomía de la voluntad y el Derecho de sucesiones*. La Jornada, organizada por el Observatorio de Derecho Privado del Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya bajo la dirección de la profesora Esther Arroyo y la coordinación de la profesora Miriam Anderson, ambas de la Universitat de Barcelona, contó con la presencia de destacados especialistas españoles y extranjeros, así como con una numerosa asistencia procedente tanto del ámbito universitario como de los sectores profesionales más interesados e implicados en la evolución del Derecho de sucesiones.

2. Además de los actos protocolarios de inauguración y de clausura de la misma, la Jornada se estructuró en cuatro partes: una ponencia marco —relativa a las tendencias imperantes en el Derecho material europeo y su grado de convergencia— y tres sesiones dedicadas, respectivamente, al Derecho comparado, al Derecho internacional privado y al Derecho catalán, cuyo contenido pasamos a resumir.

3. Una vez inaugurada la Jornada por la Honorable Consellera de Justícia de la Generalitat de Catalunya, señora Montserrat Tura, y el Ilustrísimo Decano de la Facultad de Derecho de la Universitat de Barcelona, señor Enoch Albertí, tomó la palabra el profesor Walter Pintens, de la Universidad Católica de Lovaina, para hablar de la progresiva importancia del Derecho de sucesiones en el proceso de integración europeo; lo que, en su opinión, concede una gran relevancia a las reglas de Derecho internacional privado —en vías de unificación—, encargadas de determinar el Derecho aplicable a una sucesión transfronteriza. Sin embargo, a juicio del profesor Pintens, la mera unificación del Derecho conflictual no habría de bastar, sino que convendría proceder igualmente a una armonización del Derecho material de las distintas legislaciones nacionales, para lo cual valdría la pena tener en cuenta algunos datos. Por un lado, que, pese a la subsistencia de grandes diferencias con respecto a los sistemas de *common law*, la corriente de fondo de los ordenamientos continentales parece moverse en una misma dirección como, a título ilustrativo, muestran el reforzamiento de los derechos sucesorios del cónyuge supérstite en detrimento de los de los hijos y descendientes o la tendencia a concebir la legítima más como una *pars valoris* que como una *pars bonorum*, con las implicaciones que ello comporta a la hora de su pago por parte del heredero. Por otro lado, que, en los contados casos —Convenio de Basilea de 16 de mayo de 1972, concerniente al establecimiento de un sistema de inscripción de testamentos, y Convenio de Washington de 26 de octubre de 1973, que establece una ley uniforme sobre la forma de un testamento internacional— en los cuales se ha procedido a una unificación del Derecho sustantivo, se ha llegado a compromisos satisfactorios que podrían ser el germen de futuras iniciativas, para las que los estudios cada vez más numerosos y rigurosos de los comparatistas habrán de ser la base indispensable.

4. A la vuelta de una breve pausa, se dio paso a la primera sesión, presidida y moderada por la profesora Esther Arroyo, en la que, en sucesivas intervenciones, se expusieron las realidades nacionales de España, Italia, Francia y Alemania en lo relativo a la libertad de testar y a una eventual incidencia de la misma en el orden público. Abrió la tanda el profesor Sergio Cámara, de la Universidad de La Rioja, que, de entrada, puso de relieve la singularidad española en el concierto europeo en lo to-

cante a la legislación civil, dado que en ningún Estado coexisten tantos derechos y tan diversos como en el nuestro, diversidad que en el Derecho de sucesiones alcanza su máxima expresión y que, en relación con la libertad de disposición, se concreta sobre todo en la cuantía de los derechos legitimarios. Otro aspecto que mereció la atención del profesor Cámara fue la comparación entre el Derecho estatal y los Derechos autonómicos, para destacar que el primero, prácticamente anclado en el siglo XIX del que proceden la mayoría de sus normas, se ha ido quedando rezagado respecto de los segundos, más adaptados a las necesidades del tráfico jurídico moderno, al estar claramente orientados al aumento de la libertad de testar formal y material. Por último, el profesor Cámara se interrogó sobre si la legítima es, en el Derecho español, una cuestión de orden público; respondiéndose, de inmediato, que no, vista la existencia de territorios peninsulares en los que la institución no está contemplada. La intervención del profesor español fue seguida por la del profesor Andrea Fusaro, de la Universidad de Genova, quien abordó el tema desde la perspectiva italiana, señalando de buen principio la fidelidad con la que la regulación hoy vigente en Italia se ajusta a la tradición romanista más pura: concebido el testamento como un acto en esencia unilateral, individual y revocable, se prohíben las disposiciones recíprocas, el testamento mancomunado o los pactos sucesorios de toda clase. Sin embargo, el *Codice civile* brinda al causante instrumentos dispositivos suficientes para que pueda transmitir *mortis causa* su patrimonio siempre que no prive a su cónyuge, hijos y descendientes —o, en ausencia de éstos, a sus ascendientes— de la porción que, de acuerdo con la ley, les corresponde. Esta *legittima*, que en el Derecho italiano es *in natura*, puede ser defendida de las donaciones o los legados que la perjudiquen mediante la *azione di riduzione*, que los legitimarios pueden ejercitar a lo largo de los diez años posteriores a la apertura de la sucesión. El profesor Fusaro puso fin a su parlamento poniendo el acento en la necesidad de una pronta revisión de la regulación italiana, que la equipare a la de otros países de su entorno. Sin solución de continuidad, el uso de la palabra recayó en el profesor Michel Grimaldi, de la Universidad Panthéon-Assas (París II), que, en una intervención de especial brillantez, hizo un exhaustivo repaso de la libertad de disposición en el Derecho civil francés tras la Ley de 23 de junio de 2006. A su parecer, los cuatro pilares sobre los que se asienta el sistema se han visto afectados de muy distinta manera por la reforma: en primer lugar, si bien la *réserve* ha mantenido estables algunos de sus rasgos distintivos, ha sufrido cambios notables como la supresión de la correspondiente a los ascendientes o la posibilidad de que la reducción de las liberalidades se haga en valor; en segundo término, pese a su conservación, la prohibición de los contratos sucesorios ha sido en parte relativizada por la posibilidad de renuncia anticipada a la acción de reducción por daño a la legítima y la introducción de una *donation-partage* transgeneracional; en tercer lugar, la inveterada interdicción de las sustituciones fideicomisarias ha desaparecido; en última instancia, la irrevocabilidad especial de las donaciones subsiste con la misma firmeza con la que entró en el *Code* de 1804. A modo de conclusión, el profesor Grimaldi apuntó que, aun cuando se ha flexibilizado, el sistema sucesorio francés sigue siendo fiel a gran parte de sus valores tradicionales, entre ellos la legítima, cuya controvertida preservación el profesor Grimaldi pareció acabar justificando en nombre de la cohesión familiar y de la solidaridad intergeneracional. La encargada de cerrar el turno de ponencias de la sesión matinal fue la profesora Anne Röthel, de la Bucerius Law School de Hamburgo, la cual pasó revista a la situación en la que se encuentra la libertad de disposición en el Derecho alemán con posterioridad a la reforma del *BGB* de 2009, que ha entrado en vigor el 1 de enero de 2010. La profesora Röthel inició su disertación recordando las amplias prerrogativas de las que, a la hora de disponer por causa de muerte de su patrimonio, goza el causante tanto desde el punto de vista formal como desde el sus-

tantivo. Como límites principales a la libertad testamentaria, mencionó la profesora Röthel el orden público y, por encima de todo, la *Pflichtteil*, acerca de la cual la última reforma ha aportado pocas novedades significativas. En efecto, inalterados atributos tan característicos como la naturaleza, los beneficiarios o la cuantía, los retoques se han centrado, a juicio de la profesora Röthel, en cuestiones accesorias tales como la compensación de las donaciones *inter vivos*, el reforzamiento de la petición de moratoria en el pago de la legítima y la modernización de la indignidad sucesoria. En palabras finales de la profesora Röthel, la reforma no ha tocado los elementos estructurales de la legítima, sobre los que, en su opinión, más pronto o más tarde habrá que volver. Acabadas las ponencias, el debate subsiguiente —dilatado y enriquecedor— reflejó el interés del auditorio por la problemática estudiada.

5. Después del almuerzo, la segunda parte de la Jornada se dividió en dos sesiones: una dedicada al Derecho internacional privado y otra reservada al Derecho civil de Cataluña. La primera contó con la sola presencia del profesor Andrea Bonomi, de la Universidad de Lausana, que en una detallada exposición examinó la Propuesta de Reglamento europeo referente a las sucesiones, de 14 de octubre de 2009, en lo que atañe a la libertad de testar y a la salvaguarda de las legítimas. Partiendo de una constatación de la gran disparidad que existe en el Derecho —material y conflictual— de sucesiones europeo, el profesor Bonomi quiso transmitir de buen principio la idea cardinal de que la Propuesta comunitaria se inclina por una concepción liberal de la regulación de la materia, lo cual sin duda favorece la libertad de disposición del testador, a costa, eso sí, de restringir la exigibilidad de los derechos de los herederos forzosos. Aunque cabe detectar rastros de esta querencia liberal de la iniciativa europea en el sector de la competencia judicial —ya que, con arreglo a su art. 5, esta competencia puede, a petición de una de las partes, ser transferida desde los tribunales del país de la última residencia habitual del causante a los del Estado cuya ley el testador ha elegido—, es en el campo del Derecho aplicable donde se advierte con más nitidez. Efectivamente, como indicó el profesor Bonomi, la conexión objetiva —que en la Propuesta comunitaria es la residencia habitual del *de cuius* (art. 16), en vez de la nacionalidad, el domicilio o el lugar de situación de los inmuebles, generalmente utilizadas por las normas de conflicto estatales— ya concede un importante margen de maniobra al causante, que, cambiando a su arbitrio de residencia, fijándola donde le convenga, puede indirectamente seleccionar el Derecho que quiere que rija su sucesión; pero, es en el art. 17 en donde la Propuesta de Reglamento atribuye al disponente la mayor prerrogativa al facultarle para que escoja el derecho rector de su sucesión. Con todo, como puso de manifiesto el profesor Bonomi, esta *professio iuris* está sujeta a importantes limitaciones: la elección sólo puede incumbir al conjunto de la herencia —no a una parte de la misma o a bienes en particular—, tiene que ser expresa —nunca tácita— y constar en una disposición por causa de muerte y, en última instancia, únicamente puede ejercitarse en provecho de la ley nacional —jamás en favor de la legislación de una residencia anterior—. Resulta evidente, añadió el profesor Bonomi, que una regulación como la planteada por la Propuesta comunitaria ha de tener una gran incidencia sobre los derechos de los legitimarios, habida cuenta de que indirecta (art. 16) o —todavía con mayor facilidad— directamente (art. 17) el *de cuius* puede seleccionar una normativa que perjudique a las expectativas sucesorias de los herederos forzosos, por lo que procede preguntarse si en estos casos cabe apelar al orden público para protegerlas. El profesor Bonomi recordó que la jurisprudencia de diversos Estados se ha ido decantando por una exclusión de la legítima de la relación de materias que integran el orden público internacional: así lo ha entendido la *Corte di cassazione*, en Sentencia de 24 de junio de 1996, o nuestro Tribunal Supremo, en decisión de 15

de noviembre del mismo año. Sin embargo, el profesor Bonomi dio especial trascendencia a la resolución del litigio *Hirsch c. Cohen*, de 17 de agosto de 1976, a través de la cual el Tribunal fédéral suizo dirimió la sucesión de una persona de origen alemán que, tras instalarse en el Reino Unido —donde obtuvo años después la nacionalidad británica—, emigró a Suiza, país en el que vivió hasta su muerte. Poco antes de que ésta acaeciera, el *de cuius* había otorgado un testamento en el que, mediante una profesión de ley, subordinaba su sucesión *mortis causa* al Derecho inglés, conforme al cual instituía como única heredera a su segunda esposa, pretiriendo a una hija nacida de un primer matrimonio. Cuando ésta —de nacionalidad helvética y con residencia en Suiza— reivindicó los derechos legitimarios que le garantizaba el Derecho suizo, el Alto Tribunal rechazó su pretensión sobre la base de que la privación de la legítima no constituía una vulneración del orden público del foro y de que el comportamiento del profesante no podía reputarse abusivo. A juicio del profesor Bonomi, la jurisprudencia citada demuestra cómo el orden público no es un instrumento adecuado para la defensa de los derechos de los herederos forzosos, y es por ello que, con la sola salvedad del art. 18 —en el que dándose generosa entrada a los pactos sucesorios, se protege, no obstante, la legítima que a los terceros no otorgantes del contrato les reconozca la ley que a falta del mismo sería competente—, la Propuesta de Reglamento no concede especial amparo a los derechos de los legitimarios; antes al contrario, en su art. 27.2 —que, de acuerdo con el profesor Bonomi, contiene, en la versión española, un grave error de traducción— estipula que el orden público no podrá invocarse por el simple hecho de que el Derecho aplicado sea, en cuanto a la legítima, distinto del vigente en el foro. Concluyó el profesor Bonomi su excelente discurso, resaltando el alcance de las normas de Derecho internacional privado enumeradas y augurando su influencia, cuando menos indirecta, sobre las soluciones de Derecho material recogidas por las diferentes legislaciones europeas. A renglón seguido, el profesor Bonomi se sometió a las preguntas de los asistentes, que revelaron la creciente atención prestada en los foros jurídicos a las cuestiones de Derecho internacional privado.

6. La tercera sesión del día, centrada exclusivamente en el Derecho civil catalán, se escindió, por su parte, en dos actos académicos distintos: primero, una serie de intervenciones concernientes a la libertad de testar en Cataluña y, segundo, una mesa redonda confeccionada con el propósito de proporcionar una visión de conjunto de la reforma llevada a término en 2008. Las intervenciones, presentadas por el notario señor Juan José López Burniol, dieron comienzo con la del profesor Esteve Bosch, de la Universitat Rovira i Virgili, el cual observó que una de las características esenciales del Derecho sucesorio catalán ha sido la de conferir a la voluntad del testador la cualidad de ley suprema de la sucesión, lo que se ha traducido tradicionalmente en una primacía del título voluntario y en el vigor secular de la libertad de testar. El segundo en tomar la palabra fue el profesor Joan Marsal, de la Universitat de Barcelona, quien dijo que, desaparecida la troncalidad como límite a la libertad testamentaria, es la posición del cónyuge o conviviente, cada vez más reforzada por el Derecho vigente, la que debilita tal libertad de disposición. La profesora Susana Navas, de la Universitat Autònoma de Barcelona, fue la última en hablar, focalizando su alocución en los pactos sucesorios, enormemente potenciados por el Libro IV del *Codi civil*, lo que, para la profesora Navas, puede ser de gran utilidad a la hora de planificar la sucesión de las empresas familiares. Finalizadas las intervenciones, se dio paso a las preguntas de los asistentes que incidieron sobre la dimensión práctica de la temática abordada.

7. Tras una corta interrupción, se constituyó la mesa redonda en la que se contó con la presencia del señor Antonio Giner, registrador de la propiedad, y del señor José Alberto Marín, notario, quienes evocaron el protagonismo que en la reforma de 2008

tuvieron notarios y registradores, siempre atentos a la vertiente práctica del Derecho civil. Antes y después de estos dos oradores intervinieron, respectivamente, los profesores Ferran Badosa, de la Universitat de Barcelona, y Antoni Vaquer, de la Universitat de Lleida. El profesor Badosa quiso contrastar hasta qué punto el Libro IV permanece apegado a los principios tradicionales del Derecho sucesorio catalán, para sostener que, de ellos, sólo el principio *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest* sigue inmutable, marcando una de las grandes diferencias entre el Derecho catalán y el castellano. Por el contrario, subrayó el profesor Badosa, el principio *semel heres, semper heres* no se respeta en el Derecho catalán como consecuencia de la admisión de las sustituciones fideicomisarias, puesto que el heredero fiduciario deja de serlo cuando la herencia se defiere al fideicomisario. Por su parte, el profesor Vaquer argumentó que la nueva causa de desheredación recogida por el *Codi Civil*, consistente en la ausencia de relación familiar, debe enmarcarse en la tendencia existente en el Derecho comparado de vincular los derechos sucesorios al comportamiento del legitimario para con el causante en relación con los deberes de asistencia en un contexto de progresivo envejecimiento de la población. El profesor Vaquer concluyó afirmando que si el verdadero fundamento de la legítima se halla en la solidaridad intergeneracional, la misma no debe consistir solamente en la obligación del *de cuius* de respetar los derechos hereditarios de sus descendientes, sino también en la de éstos de atender al causante cuando, por razones de salud o de edad, lo necesite.

8. Tan pronto como se completó la mesa redonda, la Jornada fue clausurada por la señora M. Elena Lauroba Lacasa, Directora General d'Entitas Jurídiques i de Dret de la Generalitat de Catalunya, la cual se congratuló del éxito del evento, que, a su parecer, se basaba tanto en la idoneidad del tema tratado como en el elevado número de asistentes y el altísimo nivel científico de los conferenciantes. Por todo ello, la señora Lauroba acabó sus palabras felicitando a los organizadores de la Jornada.

Josep M. FONTANELLAS I MORELL
Universidad de Lleida

VI. BIBLIOGRAFÍA

Sección coordinada por F. Mariño (Derecho Internacional Público), G. Palao (Derecho Internacional Privado) y C. García (Relaciones Internacionales)

A) RECENSIONES

Álvarez Rubio, J. J.; Agogués Mendizábal, C.; Iruretagoiena Agirrezabalaga, I., y Magallón Elósegui, N., *Difamación y protección de los derechos de la personalidad: ley aplicable en Europa*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi/ Thomson Reuters, 2009, 259 pp.

1. La aprobación del Reglamento Roma II (Reglamento (CE) núm. 864/2007, sobre ley aplicable a las obligaciones extracontractuales) constituye uno de los hitos recientes más destacables, en el proceso de desarrollo y consolidación de un espacio europeo en el ámbito de justicia en materia civil. Con el mencionado instrumento se culmina un muy largo proceso legislativo y se cubre una significativa laguna normativa. Asimismo, su importancia es tal que se podría decir que, junto a los Reglamentos Bruselas I y Roma I, constituyen el «núcleo duro» del sistema europeo de Derecho internacional privado. El resultado alcanzado con el Reglamento Roma II, sin embargo, no ha sido del todo satisfactorio. En este sentido, aunque resulta común aplaudir el hecho de que finalmente se aprobara el mismo, también se ha extendido la idea de que el texto aprobado es merecedor de ciertas críticas. En otras palabras y de forma resumida, puede que el Reglamento Roma II cuente con el mejor de los articulados que podían haberse alcanzado (dadas las circunstancias), pero desde luego muestra ciertas carencias que deslucen el resultado finalmente logrado.

Una de las carencias más significativa del Reglamento Roma II se manifiesta precisamente en la materia abordada en este libro. De ahí que, ya desde un inicio, haya de saludarse muy positivamente su publicación. Y ello, porque a tenor de lo dispuesto en su propio art. 1.2 se excluye de su ámbito de aplicación, en particular, «*g)* las obligaciones extracontractuales que se deriven de la violación de la intimidad o de los derechos relacionados con la personalidad; en particular, la difamación». Una exclusión sobradamente conocida que se vio justificada por la falta de acuerdo entre las instituciones comunitarias (subyaciendo, además, las presiones del *lobby* de la prensa). Pero que, al margen de las cuestiones puramente políticas, su eliminación del articulado final (dado que en propuestas anteriores sí que contaba con un tratamiento especializado) resulta especialmente censurable por varios motivos.

Por un lado, porque se trata de un tipo de ilícito civil que van a contar con un carácter internacional en numerosas ocasiones. De tal modo que, desde un punto de vista puramente práctico, hubiera resultado conveniente su inclusión en un instrumento comunitario uniforme (a su vez, ya existían normas especializadas en la materia en el panorama comparado europeo que podrán haber servido de modelo). Por otro lado, porque desde la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en el asunto *Shevill*, no cabe duda de que este tipo de situaciones de responsabilidad civil extracontractual se encuentra cubierto por el Reglamento Bruselas I. En definitiva, se trata de unos supuestos que aunque van a ser tratados de manera uniforme desde la perspectiva de la competencia judicial internacional, la disparidad seguirá siendo la tónica en el plano conflictual. Un resultado que, en modo alguno, se alinea adecuadamente con los propios objetivos del Reglamento Roma II; fomentando el *forum shopping* y la falta de seguridad jurídica.

2. En este complejo y poco deseable caldo de cultivo se ha de situar el art. 30 del Reglamento Roma II (cláusula de revisión); estableciéndose en su apartado 2 que: «A más tardar el 31 de diciembre de 2008, la Comisión presentará al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo un estudio sobre la situación en el ámbito de la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales derivadas de la violación de la intimidad y de los derechos relacionados con la personalidad, teniendo en cuenta las normas sobre la libertad de prensa y la libertad de expresión en los medios de comunicación, y las cuestiones sobre conflicto de ley relacionadas con la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos». Es a este mandato al que responde el libro reseñado, subrayándose de este modo su gran interés, tanto teórico como práctico.

Por lo que hace a la estructura de esta obra, la misma se divide en cuatro capítulos que van llevando al lector desde la situación normativa en la que se sitúa la ordenación de los casos de responsabilidad civil derivada de la violación de derechos de personalidad en Europa, hasta elaborar valientes propuesta de futuro en vistas a superar la actual situación. En el capítulo I se ofrece al lector de un análisis comparado de la protección material de los derechos de personalidad en los Estados miembros la Unión Europa. En el II, por su parte, se enfrenta al tratamiento que han recibido estos supuestos desde el ámbito de las instituciones comunitarias. A continuación el capítulo III se dispone un estudio comparativo de las respuestas contenidas en los distintos sistemas autónomos de Derecho internacional privado, por lo que hace a la determinación de la ley aplicable. El estudio finaliza, en su capítulo IV, con una descripción de la situación actual y, de modo más significativo, con la elaboración de una propuesta reguladora de futuro.

De esta manera el estudio comienza en su capítulo I, por poner de manifiesto el motivo por el que existen tantos problemas en que la materia analizada pueda, en la actualidad, contar con un tratamiento conflictual uniforme: las grandes diferencias existentes en el equilibrio que los ordenamientos estatales otorgan a los derechos de la personalidad, de un lado, y a la libertad de expresión, de otro. Una divergencia que afecta a la distinta protección constitucional que se otorga a tales derechos al igual que su tratamiento por el Derecho civil; y que, a su vez, se encuentran en el fondo de las serias dificultades que han de enfrentarse con vistas a su ordenación en el ámbito europeo. Todo ello, a través de un completo estudio de los sistemas nacionales en la materia, así como del análisis de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

3. Tras este análisis comparado, el capítulo II se enfrenta al proceso de aproximación legislativa llevado a cabo al son de la Unión Europea. En el mismo se pone el acento, en primer término, en la dicotomía que ha existido entre la armonización sustantiva y la aproximación conflictual en el sector de la responsabilidad civil extracontractual. Y ello para, en segundo término, aproximarse al tratamiento que este tipo de ilícitos ha tenido desde el Derecho internacional privado europeo. Una aproximación en las que se destacan dos momentos singularmente decisivos: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en el asunto *Shevill* y la exclusión que se hace en el Reglamento Roma II de este tipo de ilícitos civiles. Una eliminación que, en último extremo, nos aboca al capítulo III; en donde se estudian las distintas soluciones existentes actualmente en los sistemas autónomos de Derecho internacional privado, en materia de ley aplicable.

La presentación de las diferentes respuestas estatales se nos presenta como especialmente útil, para apreciar en su totalidad, las dificultades que entraña la unificación de las normas de conflicto de leyes en esta materia. Un análisis comparado que, asimismo, resulta singularmente interesante por el modo sistemático en el que ofrece al lector los resultados de esta evaluación comparativa. En esta línea, junto al estudio que hace de la importancia que posee la tradicional solución territorial *lex loci delicti commissi*, destaca la presentación que realiza del proceso de especialización y materialización de esta regla en la materia abordada, así como las excepciones que la regla de base encuentra en los distintos sistemas internos. Al respecto resulta curioso contemplar como la tradicional regla de la «*double actionability*» presente en algunos sistemas del *Common Law*, se ha convertido en una regla especial para esta materia en Inglaterra y Escocia. Y ello, al haber sido desplazada para un gran número de supuestos de responsabilidad civil extracontractual (a excepción de para los supuestos analizados) tras la reforma de sus sistemas de Derecho internacional privado en 1995.

4. La valía del estudio reseñado se pone de manifiesto en su capítulo IV. En el cual, tras ofrecer al lector una acertada descripción de los problemas a los que se enfrenta la eventual unificación de las normas de conflicto en la materia (en especial cuando analiza la posición de la industria de la comunicación), desgrana una elaborada propuesta de futuro. Así, de entre las distintas alternativas existentes, los autores se decantan por llevar a cabo una acción normativa que podría denominarse de compromiso; según la cual se sugiere que se elabore una Directiva que aborde esta temática, con el objetivo doble de que contenga un ordenación material armonizada común para los Estados miembros, a la que se añadiría una norma de delimitación de su ámbito de aplicación territorial. Siguiendo así el ejemplo de otras materias como el Derecho del consumo o la radiodifusión a través de satélite. Una propuesta que cuenta con un gran interés y que podría ser estimada como una alternativa válida, en vistas a desbloquear la situación vigente. Así, si bien es cierto que sería preferible contar con una norma de conflicto uniforme que se incorporaría como regla especial en el Reglamento Roma II, las divergencias y circunstancias existentes hacen que sea difícil poder empezar en ello.

5. En definitiva, la obra reseñada responde con valentía al envite que realiza el propio art. 30.2 del Reglamento Roma II, ofreciendo un exhaustivo análisis de la situación normativa existente en nuestros días, así como presentando valiosas propuestas normativas de futuro que buscan desbloquear el actual *impasse*. Por ello, se trata de un estudio de un gran valor que, sin lugar a dudas, habría de ser tomado en consideración por parte de las instituciones comunita-

rias y, de esta manera, superar la indeseable situación en la que se encuentra la ordenación actual de los supuestos internacionales de responsabilidad civil por los atentados cometidos frente a los derechos de la personalidad en la Unión Europea.

Guillermo PALAO MORENO
Universitat de Valencia

BADÍA MARTÍ, A.; PIGRAU SOLÉ, A., y OLESTI RAYO, A. (coords.), *Homenaje a la profesora Victoria Abellán Honrubia. El Derecho internacional ante los retos de nuestro tiempo.* Dos vols. *I. El Derecho internacional ante los retos de nuestro tiempo. II. La Unión Europea ante los retos de nuestro tiempo,* Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Marcial Pons, 2009.

Estos dos volúmenes constituyen el Homenaje que sus múltiples discípulos, colegas y amigos de la academia otorgan a la doctora Victoria Abellán Honrubia, maestra de toda una generación de iusinternacionalistas que, desde su Cátedra de la Universidad de Barcelona, ha ejercido sus tareas durante largos años con rigurosa y ejemplar dedicación. En la lógica de la amplia labor científica y magistral de la homenajeada los trabajos se reúnen un volumen sobre Derecho internacional propiamente dicho y otro sobre la Unión Europa y su orden jurídico.

Entre ambos volúmenes un total de 54 colaboraciones son presentadas (30 en el primero y 24 en el segundo), 23 provenientes de profesores de casi todas las Universidades de Cataluña y 31 de prácticamente todas las Universidades importantes de España. La intención evidente de elaborar un Homenaje con las colaboraciones de Universidades y académicos españoles constituye a mi juicio un rasgo destacable de estos dos volúmenes: la edición difícilmente hubiera costeado un tercer y cuarto volúmenes que incluyera las aportaciones de los múltiples colegas que fuera de España conocen y respetan la labor de la profesora Abellán: ¡tal es la penuria de fondos para la edición de estos Homenajes! Pero yo mismo no descarto la edición de por lo menos un tercer volumen con los trabajos de los académicos extranjeros que quieran unirse a este homenaje.

Dentro del *primer volumen* quisiera destacar la presencia de tres colaboraciones de profesores pertenecientes a la anterior generación a la de la homenajeada, de los que ella aprendió en su día. El tiempo devora a sus hijos y seguramente la aportación del ya fallecido D. Manuel Díez de Velasco, quien consideraba con justicia a la doctora Abellán su primera discípula, es una de las últimas sino la última que escribió: «El Derecho internacional humanitario y su relación con las minas antipersonal y las municiones de racimo», trabajo en el que analiza la Convención, adoptada en 2008, que prohíbe tales armas, convención ya incorporada al ordenamiento español; un nuevo instrumento de Derecho humanitario orientado, señala el autor, aludiendo así de modo tácito a una de sus preocupaciones personales y de jurista, a «prevenir el sufrimiento humano».

En segundo lugar el doctor Juan Antonio Carrillo Salcedo, quien colabora con su trabajo «¿Reforma de las Naciones Unidas o aplicación del espíritu y la letra de la Carta?». Nadie entre los internacionalistas españoles de su generación presentó con mayor énfasis las exigencias de justicia global y la función del Derecho internacional y la «Organización Mundial» (como la denominó en su día M. Virally) en su búsqueda y «logro»; y ello incluso antes de que la *globalidad* apareciera como el horizonte social, económico y político de la actual Sociedad

Internacional (no confundir con la *Comunidad Internacional*). Los trabajos de la doctora Abellán sobre la ONU permanecen aún entre los mejores de la doctrina española.

Dentro de este ámbito material, destacaré que en el examen de los problemas de la «globalización» inciden dos destacadas colaboraciones: la del profesor J. M. Faramiñán Gilbert, de amplio aliento teórico («Luces y sombras de la globalización») y la del profesor X. Fernández Pons («El Derecho internacional público ante el "trilema" de la globalización») concibiéndose el «trilema» sobre la base de los tres elementos de: preservar la soberanía económica de los Estados, impulsar la cooperación internacional para la liberalización económica de los flujos económicos transfronterizos e impulsar la cooperación internacional para promover un desarrollo social y sostenible. Además, con la solvencia y escrupulosidad que le caracteriza, el profesor J. Roldán Barbero desarrolla en amplios análisis un tema bien querido por la homenajeada: «El Derecho internacional del desarrollo: un panorama actual».

En tercer lugar, el oportuno trabajo del profesor José Antonio Pastor Ridruejo, denominado «¿Contradicciones en la práctica y jurisprudencia internacional sobre la prohibición de portar el velo islámico?». El autor, antiguo juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos defiende en términos bien convincentes la doctrina que sobre la prohibición por Turquía del velo islámico en los recintos universitario establece el TEDH en su sentencia pronunciada por la Gran Sala en el caso *Leila Sahin c. Turquía* de 1 de noviembre de 2005. La doctrina del *margen de apreciación* permite avalar la conformidad de dicha prohibición con la Convención de Roma de 1950 y ésa es también la posición del autor.

Destacado lo anterior, sólo es posible dejar constancia aquí del tenor general de las demás colaboraciones y quizá de algún rasgo especialmente relevante de las mismas. Algunas de ellas provienen de académicos de la misma generación que la homenajeada, pero los más son de otras generaciones sucesivas. La preocupación vital de la doctora Abellán por el respeto y la protección de los derechos humanos ha incitado sin duda a la presentación de numerosos trabajos sobre tales cuestiones. Sobre ellas se presentan hasta 12 colaboraciones. Dos están relacionadas con los problemas planteados por las exigencias derivadas para la protección de los derechos humanos de la acción antiterrorista: el del profesor Jordi Bonet Pérez («El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y las medidas antiterroristas: entre la excepcionalidad y la especialidad normativa») y el de la profesora Nila Torres («Derechos humanos y terrorismo, detenciones ilegales y "Vuelos secretos"»); y otro sobre Derecho humanitario, entregado por el maestro Manuel Pérez González: «El art. 3 común a los convenios de Ginebra de 1949 como expresión normativa del "poder de la Humanidad": algunas reflexiones».

Otros trabajos abordan estas cuestiones: el profesor Carlos Fernández de Casadevante escribe sobre «El estatuto de las víctimas en Derecho internacional», entendida la víctima como la que ha sufrido un daño injusto por violación del Derecho internacional; el profesor Carlos Fernández Liesa, sobre «Aspectos jurídico-humanitarios de la Guerra civil española», de elevado interés histórico; el profesor Pablo A. Fernández sobre un tema caro para él: «La positivación jurídico-internacional de los deberes del ser humano»; la profesora Cristina González Beilfuss, sobre «El reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeras y el Convenio europeo de derechos humanos» (que estudia en qué medida el reconocimiento o la denegación de éste en un foro interno, pueden configurar una violación de la indicada Convención); el trabajo de X. Pons Rafols sobre «Biomedicina y Derecho internacional, nuevas

fronteras de la ciencia, nuevas dimensiones de los derechos humanos» y el trabajo de Jaume Saura Estapà sobre «Noción, fundamento y viabilidad de los derechos humanos emergentes: una aproximación desde el Derecho internacional», ambos en la mejor tradición prospectiva de los análisis jurídicos.

Asimismo, el trabajo sobre un ámbito en el que es ya un maestro, del profesor Eduard Sagarra Trias, sobre «La globalización, derechos humanos y el fenómeno de la inmigración». Por último, mi propia aportación sobre el «Comentario General al art. 2 de la Convención contra la tortura», aprobado por el Comité contra la tortura de Naciones Unidas en 2007.

En relación con la protección internacional de los derechos humanos, y con la exigencia de responsabilidad penal o civil ante órganos competentes, internos o internacionales, se encuentran tres trabajos: el de la profesora Esperanza Orihuela sobre «Jurisdicción universal e inmigración: Derecho internacional y Derecho español», centrado sobre todo en la cooperación para la represión del tráfico y trata de personas; el de la profesora Helena Torroja sobre el «Concurso de delitos en el Estatuto de Roma: problemas derivados de la doble incriminación de un mismo hecho a título de crímenes contra la Humanidad y crímenes de guerra»; y en un ámbito intersistémico e interdisciplinar, con la complejidad que es siempre de su elección, el trabajo de Antonio Pigrau Solé sobre «La responsabilidad de las empresas transnacionales por daños graves al medio ambiente: explorando la vía de "Alien Tort Claims Act"». En tema medioambiental aunque en perspectiva más interestatalmente clásica la profesora M.ª Teresa Ponte escribe sobre «La contaminación de los cursos de agua internacionales y la preservación del medio marino a la luz del conflicto de las plantas de celulosa sobre el río Uruguay».

En cuanto al contenido de este primer volumen cabe aún dar cuenta de nueve colaboraciones más. Tres de ellas de clasificación singular: la del profesor José Juste sobre «Buques de Estado hundidos y protección del patrimonio cultural subacuático: el llamado "Caso Odyssey"»; la del profesor C. Díaz Barrado (en un área de la que es ya un buen especialista) sobre «La carta cultural Iberoamericana: una pieza básica para la configuración de un espacio cultural iberoamericano», y la del profesor Viñas Farré sobre «La nueva legislación andorrana en materia de sociedades mercantiles».

Sobre temas que podemos denominar de dogmática o teoría general, siempre escasos y por ello más valiosos si cabe, el profesor Cesáreo Gutiérrez Espada escribe (con la sabiduría de los años y su buen hacer en este ámbito) sobre «Los modos de hacer efectiva la responsabilidad», que es desde luego la responsabilidad internacional. El profesor David Bondía, acude con su trabajo sobre «Reflexiones teóricas sobre la progresividad en la imposición de sanciones por parte del Consejo de Seguridad, en el que la oportuna solución de la tensión entre licitud y legitimidad de las decisiones sancionatorias del Consejo, en un marco de progresividades sometidas al Derecho internacional general y a la Carta, da la clave de la *adecuación de los medios a los fines*. Por su parte, el profesor Albert Galinsoga escribe sobre «El concepto de soberanía en el Derecho internacional actual», noción cuyo análisis se sitúa frente al alto y noble horizonte de la *humanización* del Derecho internacional. Más limitados en su ámbito material pero de amplia relevancia, histórica y actual son el trabajo de la profesora Anna Badía sobre «La cuestión del Sahara occidental y la explotación de sus recursos naturales» (la propia doctora Abellán es maestra en cuanto se refiere al principio de libre determinación) y el del profesor Antonio F. Fernández Tomás «El principio de la soberanía permanente sobre las riquezas y recursos naturales: entre la invocación retórica y la inaplicación judicial», que

continúa brillantemente sus análisis previos. Y en este lugar, es pertinente engranar por su tema el trabajo de Luis Miguel Hinojosa Martínez*:* «A favor del análisis económico del Derecho internacional y de la renovación metodológica», de gran interés como proveniente de los trabajos en la materia de la escuela iusinternacionalista granadina, incluso para un jurista como yo más preocupado por discutir ante todo sobre las reglas sociales y su valor jurídico *sensu stricto*.

El volumen segundo dedicado a la Unión Europea, presta homenaje a la obra dedicada por la profesora Abellán, durante toda su vida académica, al fenómeno jurídico y político de la integración europea, ya desde su misma tesis doctoral. La persistencia ilimitada de la propia Unión Europea, en sí misma considerada, o desde el ángulo de la irreversible pertenencia a ella de un Estado determinado, es examinada por el profesor José Martín y Pérez de Nanclares, teniendo en cuenta la posibilidad de retirada regulada ahora desde la adopción del Tratado de Lisboa, en su trabajo: «La duración ilimitada de la Unión Europea: ¿Voluntad jurídica o realidad jurídica?».

Varios trabajos abordan cuestiones referentes a la protección de los derechos humanos en y por la Unión Europea. Así, los profesores J. Liñán Nogueras y Pablo J. Martín Rodríguez escriben su colaboración sobre «Reflexiones sobre los derechos fundamentales en la Unión Europea a la luz del Tratado de Lisboa», y Andreu Olesti, sobre «La cooperación al desarrollo de la Unión Europea y el respeto de los derechos humanos». Más en relación con Derecho material de los derechos humanos, fruto de la cooperación internacional, «La trata de seres humanos en el Derecho de la Unión Europea», es el objeto del trabajo de Marta Gómez Ortega. Por otro lado, puede considerarse que el trabajo de la profesora Esther Barbé sobre «Normas *vs.* Incentivos: el caso del diálogo político y de la resolución de conflictos en la "Europa más amplia"», cumple el papel dentro del volumen de un trabajo general sobre la acción exterior de la Unión Europea. Pero aparte de éste, el volumen incluye dos trabajos en los que se examinan los más concretos problemas de la acción antiterrorista (como política de la Comunidad Internacional y como elemento de la lucha contra la criminalidad internacionalmente organizada): Joaquim J. Forner escribe sobre la eficacia en el ordenamiento de la Unión de actos «antiterroristas» del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, en su trabajo: «Las señoras Möllendorf topan con los talibanes»; y la profesora Nicole Stoffel Vallotton, lo hace largamente, sobre «¿Hacia una política euro mediterránea de seguridad? El "Código de conducta" del proceso de Barcelona (Unión para el Mediterráneo) y el marco de cooperación actual en la lucha contra el terrorismo internacional en esta región». Además se examinan ciertos aspectos de la política exterior y de seguridad común por el profesor Alberto Herrero de la Fuente en: «Algunas consideraciones sobre la política exterior y de seguridad común de la Unión Europea tras la firma del tratado de Lisboa»; y de la política de seguridad y defensa por la profesora Milagros Álvarez en su trabajo «Límites y condicionantes de la política de seguridad y defensa de la Unión Europea».

Varios trabajos analizan aspectos institucionales de la Unión: la profesora Huici Sancho examina (con pesimismo) las tensiones derivadas de la participación de las regiones en: «Las regiones con competencias legislativas en el Comité de las regiones: los encuentros y desencuentros continúan»; Manuel López Escudero analiza extensamente, con su magnífico estilo, las cuestiones sempiternas de «La financiación de la Unión Europea: reflexiones sobre una reforma necesaria»; por su parte Mercedes de Solá i Domingo examina la «Prevención y resolución de conflictos en la política de personal de la Comisión Europea: nuevas tendencias». Más en concreto dos de nuestros mejo-

res «iusinternacionalistas/comunitaristas» examinan cuestiones generales relacionadas con el Tribunal de Justicia: la profesora Lucía Millán Moro, sobre «Las competencias constitucionales del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas» y el profesor José Manuel Sobrino Heredia sobre «La actividad consultiva del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas».

Sobre políticas comunitarias «materiales» presentan trabajos el profesor Rafael Casado Raigón, en torno a «La aplicación de la política pesquera común en el mar Mediterráneo»; los profesores A. del Valle Gálvez y Miguel A. Acosta Sánchez sobre «Asilo y refugio en la Unión Europea: evolución y tendencias»; la doctora Mar Campins Eritja sobre «Las medidas de vigilancia y control epidemiológico en la Unión Europea»; y, desde una visión más extracomunitaria, el profesor A. Remiro Brotóns sobre «La incidencia del Derecho comunitario en materia de patentes». Y, *last but not least,* el trabajo de la profesora y compañera académica de la homenajeada, Alegría Borrás Rodríguez sobre «La falta de unificación del ámbito de aplicación del Derecho internacional privado comunitario».

Por último, sobre el orden jurídico de la Unión, como sistema de normas jurídicas, y sus elementos, varios trabajos se integran en el volumen. El escrito por la profesora Paz Andrés Sáenz de Santamaría sobre «Los actos comunitarios atípicos y su incidencia en la legislación española»; el de F. Jesús Carrera Hernández sobre «Réquiem por las decisiones marco, a propósito de la orden de detención europea»*;* el de la profesora Araceli Mangas Martín en torno a «Reflexiones sobre el sistema de actos legislativos y no legislativos en el *non nato* tratado constitucional»; el del ex eurodiputado Manuel Medina Ortega sobre «Los instrumentos de Derecho indicativo en la Unión Europea» y el de Miquel Palomares Amat sobre «Las normas secundarias como manifestación de la autonomía del Derecho de la Unión Europea».

Pocos recuerdan que la profesora Abellán ha sido la primera catedrática española de Derecho internacional público, considerado como disciplina académica autónoma. Pero entre sus virtudes personales está la modestia y sé que no le da importancia ni a ello ni al ejemplo, tan vigoroso y legítimo, de su síntesis personal entre teoría y práctica del Derecho internacional, siempre en la vanguardia en defensa de los valores de la paz, la democracia, el Estado de Derecho y los derechos fundamentales. Vaya pues, con esta breve recensión, mi tributo a su amistad ya de más de cuarenta años.

Fernando M. Mariño Menéndez
Universidad Carlos III

Basedow, J.; Birds, J.; Clarke, M.; Cousy, H., y Heiss, H. (eds.), *Principles of European Insurance Contract Law*, München, Sellier, 2009, 668 pp.

1. Los estudios consagrados al «Derecho privado europeo» otorgan un interés marginal a los logros alcanzados en materia de contrato de seguro. Un sector de indudable importancia práctica que encuentra en esta obra un referente de primer orden. Los «Principios de Derecho Europeo del Contrato de Seguro» (en adelante PEICL) son fruto de la labor desarrollada por el grupo de investigación *Restatement of European Insurance Contract Law* (*http://www.restatement.info/*). El citado grupo está compuesto por 21 profesores provenientes de diferentes países de la Unión Europea y Suiza. Esta pluralidad en la configuración del grupo intenta garantizar que durante la elaboración de sus trabajos participen activamente profesores formados en los diferentes modelos regulatorios que sobre

contrato de seguro existen en el Espacio Económico Europeo.

Su fundador fue el profesor Reichert-Facilides, quien recogió los argumentos esgrimidos en el Congreso de Basilea de 1998 sobre la conveniencia de reactivar el proceso de unificación de la regulación sobre contrato de seguro en la Unión Europea. Efectivamente, tras los significativos avances que se habían producido tanto en la normativa sobre ordenación y supervisión de entidades aseguradoras, como incluso en sede de mediación, parecía inexcusable acometer nuevos esfuerzos en sede contractual que trataran de conciliar las diferentes regulaciones que sobre contrato de seguro se dan en el seno de la Unión Europea, incluyendo a su vez a Suiza por la innegable influencia de sus entidades aseguradoras y reaseguradoras.

El grupo adoptó como método de trabajo el modelo de los «*Restatments*» americanos. Esta metodología había sido ya probada con éxito en Europa por la denominada Comisión Lando que había alumbrado sus «Principios de Derecho contractual Europeo» (los conocidos como PECL). Recordemos que «*Restatement*» proviene del verbo «*restate*», el cual puede ser traducido como «expresar de nuevo o de un modo diferente, especialmente de forma más clara o convincente». En la esfera jurídica «*Restatement*» es un término técnico que proviene de los Estados Unidos de América, para describir un cuerpo que condensa reglas jurídicas provenientes de diferentes pero similares fuentes, sistematizadas y unificadas en el sentido de una «mejor solución».

Posteriormente, la Comisión Europea a través de las comunicaciones de 2003 y 2004 [Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europea sobre un Derecho contractual europeo más coherente: un plan de acción, 12 de febrero de 2003, COM (2003) 68 final; y la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento sobre un Derecho contractual europeo y la revisión del acervo comunitario: perspectivas para el futuro, 11 de octubre de 2004, COM (2004), 651 final] acogió la idea de desarrollar un Marco común de Referencia para el Derecho contractual europeo, incorporándose el grupo *Restatement of European Insurance Contract Law* a la red de excelencia que surgió con tal finalidad (*www.copecl.org*).

2. Por lo que hace al contenido de la obra, los PEICL están divididos en tres grandes partes. El libro comienza con un capítulo introductorio donde, además de señalar los principales hitos en la elaboración del trabajo, explica cuáles han sido las grandes opciones conceptuales que se han seguido en la configuración de los PEICL. La segunda parte, la de mayor extensión, está dedicada a las reglas, que van acompañadas —siguiendo el ya mencionado estilo de los *Restatement*— de unos comentarios que facilitan su interpretación y por ende su aplicación, y de unas notas donde se condensa el estado de la cuestión en las diferentes legislaciones europeas, como punto de partida y contraste de la regla alcanzada por el grupo. Por tanto, y ésta es una de las grandes aportaciones de la obra ahora recensionada, nos encontramos con un potente instrumento de Derecho comparado, pues sus notas contienen una rigurosa síntesis de la aproximación que realizan los ordenamientos jurídicos de la Unión Europea y Suiza a los diferentes tópicos que plantea el contrato de seguro. El origen académico de la obra, queda así patente.

La tercera parte de los PEICL recoge diferentes traducciones efectuadas de la versión oficial. Efectivamente, el texto ha sido redactado en inglés, aunque la terminología utilizada no haya sido la propia del Derecho anglosajón, pues como se advierte, la intención de los redactores ha sido acoger una terminología lo más internacional posible. No obstante, se han recopilado una serie de traducciones, únicamente de las reglas, a diferen-

tes idiomas (se incluye una en español) que permiten la lectura de la parte más sustancial de la obra a quienes no estén familiarizados con el inglés.

El ámbito de aplicación de las reglas se extiende a cualquier contrato de seguro, excepto los reaseguros (art. 1:101). En cuanto a los riesgos especiales (p. ej., seguro marítimo), quedan comprendidos dentro de su ámbito, si bien aquí el régimen es completamente dispositivo (art. 1:103). Una mención especial merece el art. 1:103, pues es el destinado a regular el carácter imperativo de sus reglas, distinguiendo tres tipos de situaciones. En primer lugar, hay determinados artículos, los menos, que son absolutamente imperativos, no pudiendo ser derogados por ninguna de las partes. En segundo lugar, al igual que hace la legislación española en armonía con la mayor parte de las regulaciones europeas, se establece la naturaleza semiimperativa del resto de sus mandatos —la práctica totalidad—, por lo que cabe la modificación de sus disposiciones solo cuando el resultado sea más beneficioso para el tomador, asegurado o beneficiario. Se garantiza por esta vía un elevado nivel de protección a la parte débil del contrato de seguro. Finalmente, se establece el carácter dispositivo del conjunto de la regulación para determinados seguros, en sintonía con las Directivas comunitarias que introdujeron el concepto de grandes riesgos.

3. Pese al volumen de la obra, los PEICL solo alcanzan en esta edición a las disposiciones generales, divididas en trece capítulos, pero sin ocuparse de ningún seguro en particular. Las reglas se dividen así en tres grandes partes: la primera, dedicada a las cuestiones generales; la segunda, a los seguros indemnizatorios; y la tercera, se ocupa de los seguros de sumas. Consiguientemente, se ofrecen disposiciones generales aplicables a cada una de estas modalidades, tras una primera amplia sección dedicada a las disposiciones generales aplicables a cualquier contrato de seguro. Por tanto, los PEICL acogen como *summa divisio* del contrato de seguro la dicotomía entre seguros de indemnización y de suma. Se apartan así de aquellas legislaciones, como la española, en que la disquisición se hace en torno a seguros de daños y seguros de personas, con el trasfondo dogmático que ambas opciones acarrean.

Helmut Heiss, autor del capítulo introductorio, plantea aquí el debate sobre la utilización de los PEICL como instrumento opcional, el cual se caracteriza porque su aplicación depende de la voluntad de las partes del contrato. No se trata de ofrecer una regulación que sustituya al Derecho nacional del contrato de seguro, sino de proporcionar una alternativa que se configuraría como una nueva regulación diferenciada de las ya existentes en los países miembros de la Unión Europea. De este modo, la adopción de los PEICL haría posible que las entidades aseguradoras proporcionasen sus servicios en todo el mercado interior, basándose en normas uniformes que establecen un elevado estándar de protección para el tomador del seguro y, por otro lado, los ciudadanos europeos tendrían acceso a productos aseguradores extranjeros.

4. La singularidad de la obra hace compleja la labor de quien recensiona a la hora de dar cuenta de su contenido. Muchas son las reglas ofrecidas, por lo que sintetizar de forma exhaustiva todas ellas resultaría excesivamente prolijo. No obstante, puede ser clarificador para el lector resaltar algunos artículos que pueden llamar la atención desde la óptica del Derecho español. Comenzaremos señalando la admisibilidad de medidas preventivas, que permiten al asegurador establecer cláusulas que exijan un comportamiento por parte del asegurado antes de que acontezca el siniestro, llegando incluso a privarle de la indemnización, siempre y cuando la cláusula cumpla los requisitos contenidos en el art. 4:103.

Un tinte protector del tomador tiene el art. 2:202 PEICL, donde se contiene el

deber del asegurador de advertir las inconsistencias que aprecie en la cobertura. Efectivamente, según prevé el citado precepto, en el momento de formalizar el contrato, el asegurador deberá advertir al solicitante de cualquier inconsistencia entre la cobertura ofrecida y las necesidades del solicitante que sean o debieran ser conocidas por el asegurador, considerando las circunstancias y la forma de contratación y, en particular, si el solicitante estuvo asistido por un mediador independiente. En caso de incumplimiento del deber o bien el asegurador indemnizará al tomador del seguro de cualquier pérdida resultante del incumplimiento del deber de advertencia, a menos que el asegurador hubiera actuado sin culpa; o bien el tomador del seguro podrá terminar el contrato mediante comunicación escrita dentro de los dos meses siguientes a que el incumplimiento sea conocido por el tomador del seguro. Otro ejemplo de precepto que se separa del prisma español puede encontrarse en el art. 5:104, donde se reconoce expresamente el principio de divisibilidad de la prima. Éste obliga a las aseguradoras a retornar la prima en caso de finalización anticipada del contrato. Se acoge así justo el principio contrario al proclamado en España, aunque conviene advertir, como se señala en sus notas, que la divisibilidad es la regla general en los diferentes ordenamientos jurídicos que han inspirado los PEICL.

En fin, se efectúa en el art. 6:105 una aproximación interesante a la problemática sobre la demora del asegurador en el cumplimiento de su prestación. Aquí se establece, en primer lugar, que si no se satisface la indemnización, el reclamante tendrá derecho al cobro de intereses sobre esa suma, desde el momento en que fuera pagadera hasta el momento efectivo del pago, y el interés será igual al aplicado por el Banco Central Europeo a su más reciente operación principal de refinanciación efectuada antes del primer día natural del semestre en cuestión, más siete puntos porcentuales, alineándose así con la Directiva 2000/35/CE. Sin embargo, este régimen, que dulcificaría en gran medida el vigente en España, se aquilata al admitir el derecho del reclamante a que se cubran los daños por las pérdidas adicionales ocasionadas por la demora en el pago de la indemnización.

Guillermo PALAO MORENO
Universidad de Valencia

CEBADA ROMERO, A., *La Unión Europea: ¿Una acción exterior inteligente?,* Madrid, Iustel, 2008 (con prólogo de F. Mariño Menéndez).

Plantear la inteligencia o falta de inteligencia de la acción exterior de la Unión Europea es adentrarse en un terreno inexplorado y prácticamente virgen, en el cual las arenas movedizas aparecen con frecuencia. Y, sin embargo, el arrojo de la profesora Cebada Romero se ve coronado por un indudable éxito, alcanzado no sin sortear previamente abundantes dificultades.

La personalidad o subjetividad internacional de la UE se ha ido construyendo poco a poco hasta llegar al vigente Tratado de Lisboa. Es más, durante la vigencia de los Tratados de Ámsterdam y Niza, la personalidad internacional de la UE era como mínimo cuestionada por un importante sector doctrinal; hoy esta personalidad se ha concretado en el Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad.

Teniendo presente la multidimensionalidad de la acción exterior europea, la autora señala con acierto que ésta «es también una de las vías a través de las cuales se define la identidad europea» (p. 19). Sin duda estamos ante un aspecto esencial para el presente y el futuro de

la Unión, aunque la mayoría de la doctrina lo eluda con gran frecuencia e incluso recele de quienes se atreven a abordarlo.

La obra parte del concepto de Organización Internacional, superada ya la estéril querella de si el Tratado por el que se establecía una Constitución para Europa tenía naturaleza convencional o constitucional (querella que por cierto no fue alimentada desde los internacionalistas). Obviamente la UE es un proceso de integración regional, abierto a los Estados europeos, que además desarrolla la «inclusividad» respecto a los terceros Estados o terceras Organizaciones Internacionales. Podemos hablar así de una inclusividad exterior (con una clara orientación solidaria) que explica en parte una acción exterior de la UE que hoy no puede ser sino planetaria.

En las relaciones entre el Derecho internacional público y el Derecho de la UE (tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa parece difícil seguir hablando con exactitud de «Derecho comunitario», cuando la Comunidad Europea ha desaparecido, salvo la de Energía Atómica) puede hablarse hoy —como hace la autora— de «un régimen autocontenido». Pero la Unión, como cualquier otro sujeto del ordenamiento internacional, debe en todo caso respetar las obligaciones internacionalmente asumidas, especialmente las derivadas de las normas *ius cogens*; ese respeto se ve facilitado por el carácter dispositivo de numerosas normas internacionales en la que podemos denominar la teoría general de las Organizaciones Internacionales. Es necesario destacar esta caracterización de la Unión, para no mezclar confusamente las aguas de lo jurídico y lo político. En esta misma óptica, habrá que recordar que desde luego no nos encontramos en la actualidad en la Europa postestatal (a pesar de algunas teorías de finales del siglo pasado, enseguida superadas por la evolución de la UE).

La relevancia internacional de la UE se diferencia de la superpotencia, sobre todo en cuanto la Unión no pretende emular el poder de nadie ni situarse por encima de nadie. Afortunadamente este poder civil de la Unión (en ocasiones no tan blando como a simple vista pudiera parecer) no se presenta como un poder excluyente, puesto que «la voluntad de *los otros* importa» (p. 83).

Después de trazar los parámetros generales, la autora se adentra en los terrenos concretos, en los temas esenciales de la gestión de las crisis, la promoción del regionalismo, la cooperación para el desarrollo, la promoción de los Derechos Humanos, la Democracia y el Estado de Derecho, la proyección del principio de solidaridad en la acción exterior y, en último lugar, en la inmigración y el asilo. En todos los terrenos enunciados, desde una posición crítica, esta obra subraya las carencias y a veces hasta incoherencias de la acción exterior.

La gestión de las crisis no puede abordarse sin tener presentes las deficiencias o carencias de la UE en el terreno militar. Desde la derrota en 1954 en la Asamblea Nacional francesa del Tratado por el que se creaba una Comunidad Europea de Defensa, la debilidad militar de la Unión ha sido terreno abonado para que estuviera permanentemente endeudada al poder de Estados Unidos, directa o indirectamente vía OTAN. Todo ello no significa que la gestión de las crisis no haya sido progresivamente reforzada y mejorada, pero al faltar esta mínima coherencia militar intra-Unión, la efectividad en su acción exterior decae y se ve sometida a los vaivenes del mayor o menor entendimiento entre sus principales Estados miembros; el ejemplo de la desaparición de la antigua Yugoslavia (sobre el cual la UE tal vez no haya realizado la correspondiente autocrítica ni haya extraído las oportunas lecciones) lo demuestra sobradamente.

El impulso o promoción del regionalismo también constituye una tarea permanente de la UE, a pesar de que los éxi-

tos no parecen ser demasiado patentes. Por ejemplo, las relaciones entre la UE y América Latina y el Caribe oscilan entre dicha promoción y una permanente tentación de vuelta al bilateralismo (ciertamente, en ocasiones el bilateralismo se ve acentuado por los propios Estados latinoamericanos, que todavía no perciben con claridad la imagen exterior de la UE y solicitan que ésta les trate de modo individualizado).

Un terreno donde la Unión parece cosechar éxitos es sin duda la cooperación para el desarrollo. En su tratamiento, la autora traspasa los límites del simplismo del cual a veces nos imbuyen los medios de comunicación y recuerda «el pilar comercial de la cooperación para el desarrollo» (pp. 106 y ss.)

La promoción de los Derechos Humanos, la Democracia y el Estado de Derecho (que a mi entender forman parte indisoluble de la identidad europea) permiten plantear temas tan actuales como el respeto de tales Derechos para las personas acusadas de contribuir al terrorismo, de pretender destruir los Derechos de otras personas. Destaca el protagonismo del caso *Yassin Abdullah Kadi* (en el cual el Tribunal de Justicia todavía no había dictado la sentencia de 3 de septiembre de 2008 cuando escribía la profesora Cebada Romero, que anula las Sentencias del Tribunal de Primera Instancia de la UE).

La proyección del principio de solidaridad en la acción exterior pretende materializar la agenda social internacional de la UE. Desde luego la UE se vale del multilateralismo, hoy generalmente profesado tras haber sido gravemente denostado en la etapa Bush. En esta proyección se produce una «sutil influencia de la UE», especialmente en Latinoamérica, mucho más en la teoría que en la práctica, puesto que existe un escaso compromiso financiero, una escasa solidaridad (p. 146).

Con una calificación que en estos momentos ha de considerarse bastante indulgente, la autora habla de la inmigración y el asilo como «campo abonado para las incoherencias» (pp. 146 y ss.). Examina sobre todo la Directiva de reagrupación familiar y sus vicisitudes procesales. Pero no se olvida ni de los acuerdos de readmisión (a cuya celebración algunos Estados se resisten firmemente) ni de la peor de las técnicas (desde los Derechos Humanos) utilizada por la UE en materia de asilo, la denominada «internacionalización del asilo»; es bien conocido que estamos ante una técnica fundamentada en la arbitraria calificación de un Estado tercero como «seguro» para el solicitante de asilo y sus Derechos Humanos (simplemente recordaremos que son calificados como «seguros» Estados «tan respetuosos de los Derechos Humanos»... como Albania, los del Cáucaso o incluso Libia).

La indulgencia de la calificación ofrecida por la autora en materia migratoria y de asilo (donde no acaba de establecerse el anunciado SECA o Sistema Europeo Común de Asilo) se explica sobre todo porque en el momento de la redacción de esta excelente monografía no se había producido la adopción de la denominada Directiva de Retorno y tampoco había sido adoptada la Directiva de sanciones a los empleadores de personas en situación irregular. A mi entender, la primera con toda justicia puede calificarse de «Directiva de la vergüenza», como demuestra especialmente la violación de los derechos procesales de los extranjeros [que pueden ser informados en una lengua que «el nacional de un tercer país comprenda o pueda suponerse razonablemente que comprende» (art. 12.2), la posibilidad de internamiento hasta 18 meses (art. 15.6), el internamiento de familias y el internamiento de menores (art. 17; en la mente del legislador europeo, seguramente esta norma debe materializar «el interés superior del menor», del que habla la Convención de Derechos del Niño, por cierto ratificada por los 27 Estados miembros de la UE)].

Concluye la profesora Cebada Romero con todo acierto que «el modelo de "poder inteligente" [...] no es un punto medio entre los modelos de *soft* o *civil power,* de un lado, y de *hard power*, por otro, sino que estaría mucho más cerca del primero que del segundo» (p. 175), conclusión que sin duda obedece a la situación actual de la UE. También resulta exacta la afirmación según la cual la UE es una actora que «está en condiciones de impulsar la evolución del ordenamiento jurídico internacional en la dirección de la construcción de un Derecho más social y más humano» (p. 176). Por otro lado destaca como esencial que la UE «se mantenga fiel a su paradigma de poder civil, aunque añadiéndole una dimensión militar [...] Tendríamos entonces una acción exterior inteligente» (p. 178).

Esperemos que la regulación de la inmigración y el asilo («cuyas normas se sitúan en el límite (quizás incluso traspasándolo) de lo que resulta admisible desde la perspectiva del Derecho internacional de los derechos humanos», como con toda razón escribe la autora, p. 175) no lleven a la UE por la senda de la discriminación, del cinismo del doble o triple lenguaje, de Derechos para los ciudadanos pero no para los extranjeros en sentido propio. Si no se modifica la actual deriva normativa migratoria, la Unión estará comenzando a perder su misma identidad; lo más grave de todo ello es que la pérdida se estará produciendo con todas las bendiciones de un Parlamento que hemos elegido directamente.

No ha de considerarse como una cláusula de estilo la afirmación según la cual estamos ante una obra de lectura obligada para cuantos nos aproximamos en profundidad a la Unión Europea. Esta indispensable obra aborda la cuestión esencial de la identidad europea, a la que el Parlamento Europeo ha destinado muchos esfuerzos, por lo menos desde hace tres décadas y media. Afortunadamente esta excelente monografía sitúa dicha identidad en el firme terreno de los derechos humanos, sin los cuales no se entiende ni la integración europea ni la actual acción exterior de la UE.

Ángel Chueca Sancho
Universidad de Zaragoza

Espinar Vicente, J. M., *Tratado elemental de Derecho internacional privado* (Prólogo de Sixto Sánchez Lorenzo), Alcalá de Henares, Universidad de Alcalá, 2008, 725 pp.

1. Fruto de una continuada dedicación al estudio del DIPr durante más de tres décadas y media, el Tratado del profesor Espinar Vicente adquiere un especial valor como una suerte de manifiesto generacional, que refleja y actualiza la concepción del DIPr y los temas objeto de preocupación y estudio que marcaron a toda una generación clave en el desarrollo de esta disciplina en España. José María Espinar reafirma en este Tratado su convicción en el potencial de esos planteamientos en el momento actual, lo que se corresponde con que aparentemente su evolución a lo largo de tan dilatada trayectoria haya sido menos marcada que la de otros miembros de su generación. Ciertamente, el libro constituye en gran medida un compendio actualizado de la vasta producción anterior del autor en los diversos sectores del DIPr y en otros conexos, si bien el resultado es un Tratado que presenta rasgos peculiares y un enfoque original que lo singularizan en el panorama actual de los tratados generales o manuales españoles de DIPr.

La excepcional transformación de España y de las relaciones privadas internacionales en las últimas décadas ha contribuido a consolidar una especie de ruptura generacional. Entre las consecuencias de esa quiebra se encuentra el que los estudiosos del DIPr que iniciaron

su formación a partir de los años noventa del siglo XX hayan en ocasiones minusvalorado las aportaciones de la doctrina española en las décadas inmediatamente anteriores, considerando que la nueva realidad reclama enfoques diferentes lo que parece menoscabar el significado como referente de las aportaciones previas. Esta circunstancia se ha visto favorecida por el hecho de que buena parte de los autores más jóvenes hayan prestado particular atención a ámbitos del Derecho privado que habían sido objeto de un tratamiento menor o incluso habían estado huérfanos de estudio en las décadas precedentes.

Mérito indiscutible de este nuevo Tratado es que constituye un instrumento de diálogo intergeneracional y se convierte en una referencia indiscutible para apreciar la vigencia y utilidad de la metodología y los planteamientos del autor de cara al conocimiento y la aplicación del DIPr español en el momento presente. El aludido significado del Tratado como mecanismo de afirmación generacional y personal resulta avalado por las consideraciones de Sixto Sánchez Lorenzo en el Prólogo y de José Carlos Fernández Rozas en el Epílogo, que refuerzan la originalidad del libro y su carácter singular entre la reciente bibliografía española de DIPr.

2. En su estructura, el Tratado constituye un extenso volumen que aborda el conjunto de las materias que integran el contenido del DIPr, en su concepción más amplia —incluyendo la nacionalidad y la extranjería— desde una perspectiva tradicional, en la que la dimensión patrimonial y, en particular, mercantil de las relaciones privadas internacionales recibe una atención menor. Es éste un enfoque bien conocido entre los manuales españoles de DIPr, en alguno de los cuales se halla consolidado el apego a esa concepción, sin perjuicio de que el propio autor pone de relieve lo forzado de la pretensión de encajar el estudio de la nacionalidad y la extranjería en el contenido del DIPr. En todo caso, el paso del tiempo, precisamente, ha erosionado la trascendencia práctica del debate acerca de la inclusión de esos sectores del contenido del DIPr, en la medida en que el criterio de que quedan fuera de tal contenido en sentido propio no menoscaba en absoluto la importancia de esos sectores, su vinculación con el contenido del DIPr, y que los especialistas de DIPr se encuentren en una posición de privilegio para ocuparse de su estudio.

El primer núcleo de cuestiones que integran el contenido del Tratado va referido a la llamada parte general del DIPr, en concreto del sector del Derecho aplicable, con particular atención a los métodos de reglamentación del DIPr, deteniéndose el autor en el significado de la norma de conflicto como paradigma y en las claves de su aplicación, así como en los distintos tipos de normas. Los capítulos V a VII se hallan dedicados al Derecho de la nacionalidad y al régimen jurídico de la inmigración. La vertiente procesal es objeto de tratamiento en particular en los capítulos VIII —dedicado básicamente a la competencia judicial internacional— y IX, centrado en el reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras. De la jurisdicción voluntaria se ocupa el capítulo XI, junto con el estudio de la ley aplicable a la forma de los actos jurídicos. Por último, los capítulos XII a XVI abordan desde la dimensión del tráfico externo las diversas instituciones del Derecho civil, en particular, el matrimonio, la filiación, la adopción, los derechos reales y las obligaciones contractuales y extracontractuales.

Lo amplio y completo del contenido no impide apreciar que en su desarrollo son marginados ciertos aspectos que han merecido especial atención por la doctrina en los últimos años, como es el caso de buena parte de las instituciones de Derecho mercantil. Esta situación se coordina armónicamente con la visión del DIPr como un sector del Sistema de Derecho de carácter básicamente estatal, de la que parte el autor. A este respecto, resulta significativo que la autorregulación y la

aplicación de normas extraestatales a las relaciones privadas internacionales desempeñan un papel especialmente relevante en el ámbito mercantil y en el marco de los mecanismos alternativos de solución de controversias con especial impacto sobre ese sector del tráfico externo.

3. Más allá de su contenido, en el panorama de las obras generales de DIPr ésta destaca por su enfoque y método. Un aspecto muy llamativo, que se compadece con la referencia en el título al carácter «elemental» de este Tratado es que el autor lleva a cabo un especial esfuerzo por situar el análisis en el nivel de los principios, de los fundamentos de los sectores del ordenamiento e instituciones analizados, así como de las posibles orientaciones de política legislativa y sus alternativas. La esencia de ese enfoque aparece expresada con toda claridad por el autor en sus primeras palabras del Tratado, que comienza con la afirmación de que su finalidad es básicamente proporcionar un método y una técnica hermenéutica para el estudio y aplicación del DIPr más que ofrecer un catálogo de soluciones para sus problemas de regulación. Este enfoque, llevado hasta sus últimas consecuencias, si bien en una primera impresión puede suscitar algunas dudas y puede ir unido a carencias puntuales, dota a la obra de un especial valor.

Se trata indudablemente de un enfoque que, al menos en parte, justifica que en su configuración este libro se aleje de otras obras generales, manuales o cursos al uso en España. Obviamente, su contenido poco tiene que ver con el de libros —más frecuentes en otras ramas del Derecho que en el DIPr— que pretenden ofrecer una obra de referencia en una materia, limitándose a poco más que reproducir con una cierta sistematización el contenido de normas, aderezadas ocasionalmente con ciertas referencias jurisprudenciales. Pero igualmente se halla muy alejado de otro tipo de obras generales abiertamente opuestas a las anteriores, como es el constituido por libros que supuestamente proporcionan la visión más actualizada, precisa y completa de un sector del ordenamiento, lo que se trata de probar y justificar, por ejemplo, mediante la inclusión (en una obra de referencia y carácter general) de listados pretendidamente exhaustivos o de gran valor de bibliografía preferentemente extranjera, que en la práctica resultan de escasa o nula utilidad, pues además en su mayor parte no han sido ni siquiera consideradas al redactar el texto de la obra en la que se incluyen. Ciertamente, en el actual marco tecnológico no hay tarea más sencilla que elaborar —o copiar y pegar— una relación de trabajos relativos a una determinada materia, bien sean libros o artículos publicados en revistas, especialmente cuando en la lista no se discrimina entre trabajos que mantienen una postura y la contraria y, por supuesto, esos trabajos no han sido leídos y, muy probablemente, ni siquiera vistos.

4. Frente a ese modelo bien conocido en los últimos años, este Tratado proporciona un meditado estudio, en el que el autor toma partido, con una sólida argumentación propia, con respecto a las cuestiones controvertidas en los diversos sectores analizados, en ocasiones con un indudable carácter polémico y actual. Así lo refleja, a modo de ejemplo, su valoración del significado de la jurisprudencia constitucional en materia de filiación sobre la configuración del orden público o su postura crítica con algunas de las soluciones de la Ley de adopción internacional.

Por todo ello, no es de extrañar que paradójicamente este Tratado, tan clásico en algunos de sus planteamientos y tan alejado formalmente en buena parte de sus contenidos de la búsqueda de una aparente actualización, represente en muchos aspectos un soplo de aire fresco, que aporta una reflexión profunda e informada acerca de la evolución y configuración actual de los diversos sectores del DIPr.

Pedro A. DE MIGUEL ASENSIO
Universidad Complutense

FONTANELLAS MORELL, J. M., *La* professio iuris *sucesoria* (Prólogo de Alegría Borrás), Madrid, Marcial Pons, 2010, 367 pp.

1. Tras años de exclusión del ámbito de aplicación material de los Reglamentos en materia civil y mercantil que han armonizado el Derecho internacional privado de los Estados miembros de la Unión Europea, las sucesiones conectadas con varios países se encuentran hoy por hoy en la agenda comunitaria, lo que dota de pertinencia y actualidad a toda obra sobre sucesiones internacionales que aborde esta problemática. Ya contamos con una Propuesta de Reglamento sobre sucesiones, que, a falta de asentar sus soluciones definitivamente, ha venido a colmar una necesidad que la propia Comisión Europea puso en su momento de relieve en diversos documentos preparatorios.

La Propuesta de Reglamento es un instrumento omnicomprensivo, esto es, aborda competencia judicial internacional, determinación de la ley aplicable y reconocimiento de decisiones extranjeras, amén de crear *ex novo* el llamado Certificado Sucesorio Europeo. Centrando nuestra atención en la determinación de la ley aplicable, la disparidad existente hoy día en este ámbito entre los distintos países europeos es notable. Entre otros aspectos, una de las diferencias más relevantes responde a la aceptación o rechazo de la autonomía de la voluntad. En otras palabras, mientras algunos países permiten al *de cuius* elegir la ley aplicable a su sucesión (de una forma más o menos limitada y generalmente de entre las alternativas proporcionadas por el legislador nacional), otros, como España, no han ofrecido tradicionalmente esta posibilidad.

2. De ahí que el autor de la obra objeto de este comentario comience la misma advirtiendo que puede causar extrañeza que un trabajo de investigación realizado en nuestro país se centre en una institución, la *professio iuris* sucesoria, que nos resulta ajena. No obstante, la elección de ley en materia sucesoria viene discutiéndose desde antaño y, de seguir adelante la mencionada Propuesta de Reglamento con las soluciones que contempla en la actualidad, se extenderá por Europa, introduciéndose por primera vez en el Derecho internacional privado de sucesiones español.

Pero esto ocurrirá en el futuro, y lo que nos permite la obra de Josep M. Fontanellas en la Parte Primera es, por el contrario, adentrarnos en el origen y la evolución de la institución. Esta Primera Parte, que lleva por título «La *professio iuris*: raíces históricas y desarrollo en la ciencia moderna», consta de dos capítulos. El primero aborda «La *professio iuris* histórica», mientras el segundo estudia «La *professio iuris* en el Derecho internacional privado contemporáneo». En primer lugar, el estudio del origen y la evolución de esta institución jurídica, ampliamente documentado en la obra de referencia, resulta de especial interés. Para ello, el autor se ha trasladado hasta las culturas clásicas, la Antigua Grecia, Egipto, el Imperio Romano. A continuación, como decíamos, centra su atención en el Derecho internacional privado contemporáneo; en sus propias palabras, en «las diferentes manifestaciones de la *professio iuris* en el Derecho sucesorio internacional de nuestro tiempo», distinguiendo entre aportaciones de la doctrina científica, de diferentes legislaciones y de decisiones jurisprudenciales que se han pronunciado sobre la misma.

3. A continuación, la Segunda Parte de la obra, bajo el título «Naturaleza y valoración de la *professio iuris* sucesoria», analiza esta institución en profundidad a lo largo de otros dos capítulos: «Naturaleza y régimen jurídico de la *professio iuris* sucesoria» y «Examen crítico de la *professio iuris* sucesoria». Así, tras la aproxima-

ción histórica a la figura de la *professio iuris* sucesoria, Josep M. Fontanellas nos indica que la Parte Segunda se consagra a analizar dos cuestiones: por un lado, su verdadera esencia jurídica y el régimen regulador de los múltiples aspectos en que puede escindirse su tratamiento jurídico; por otro lado, los distintos argumentos que, en el Derecho internacional privado del nuevo milenio militan a favor o en contra de la institución.

Finalmente, y a pesar de haber centrado su trabajo en el pasado y el presente de la institución, el autor no se resiste a realizar una breve valoración de futuro sobre la citada Propuesta de Reglamento. Se muestra así partidario de manera decidida de que se otorgue un papel a la elección de ley en materia sucesoria en dicho instrumento, concretamente a la posibilidad de que el causante —no sus herederos— pueda elegir la ley de su nacionalidad, tal y como se contempla hoy en la Propuesta, teniendo en cuenta además que el criterio de conexión objetivo por el que se ha decantado el legislador comunitario ha sido la residencia habitual. Por otro lado, también reclama un cierto espacio para la *lex situs* relativa a países extracomunitarios y la ley del régimen económico matrimonial.

4. En suma, la aprobación final del Reglamento europeo, que confiamos en que tenga lugar en un futuro próximo, conllevará no sólo la armonización conflictual de las sucesiones internacionales, sino también la introducción de la *professio iuris* sucesoria en nuestro Derecho internacional privado. Gracias a la interesante y oportuna obra de Josep M. Fontanellas, contamos con un análisis pormenorizado de dicha institución, donde encontrar desde su origen y evolución hasta los aspectos positivos y negativos que supone. Estaremos atentos a su introducción y desarrollo en la legislación y práctica española.

Carmen AZCÁRRAGA MONZONÍS
Universidad de Valencia

GARCÍA ROCA, J., *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración,* Civitas, Cuadernos Civitas, Thomson Reuters, 2010.

Se trata de un excelente análisis sobre el margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos. El origen de esta noción es oscuro, como indica el autor, pero este estudio contribuye a avanzar en su sistematización, y en la reflexión en torno al mismo, de manera original e innovadora. La noción de margen de apreciación nacional no procede del Derecho internacional, no está en el convenio ni en los trabajos preparatorios y, seguramente, pudiera venir del Derecho francés (pp. 107-108). Consiste, indica el autor, en el «espacio de maniobra que las Instituciones de Estrasburgo están dispuestas a conceder a las autoridades internas en el cumplimiento de sus obligaciones derivadas del convenio europeo».

El objeto del libro es de calado, importancia y actualidad en una Europa en la que los derechos siguen siendo en gran medida una construcción estatal. Si bien el margen de apreciación ha sido objeto de reflexiones doctrinales previas, la que ahora se presenta es destacable por varias razones.

Se elabora la aproximación más desde el Derecho constitucional que desde el Derecho internacional, pero se manejan adecuadamente ambas perspectivas. Desde la perspectiva constitucional el «margen de apreciación» ha sido un asunto casi olvidado, aún siendo central en cualquier teoría europea de los derechos fundamentales, en la medida en que se quiera precisar el ámbito de auto-

nomía del legislador y de los tribunales nacionales.

Desde la perspectiva internacional el autor ya había impulsado una investigación, junto a FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo Antonio (*Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009), que ahora profundiza en el tema de la investigación. El libro contribuye a comprender los criterios del tribunal, en un momento en que no es sencillo dado el elevado número de sentencias que se producen cada año.

En el primer capítulo (pp. 23-107) conecta los cambios de la noción de soberanía, en la tensión entre el poder supremo estatal y la integración supranacional para ver en qué casos es necesario restringir el control europeo en aras del margen nacional. Esta perspectiva parte de la consideración de un Derecho común, que no único, en Europa, en un escenario de pluralismo constitucional y rasgos originales (extraterritorialidad en la tutela de los derechos; doctrina de las obligaciones positivas de los Estados; integración entre ordenamientos y diálogo entre altos tribunales a que aboca el art. 10.2 de la Constitución).

Este Derecho común, que delimita un estándar mínimo europeo, tiene un efecto integrador y armonizador de los ordenamientos jurídicos estatales, pero no constituye un Derecho constitucional sino que se asienta en la soberanía del Estado, lo que explica algunas aplicaciones del margen de apreciación nacional. Por lo demás, la protección europea de los derechos humanos, como indica García Roca (p. 73), provoca dimensiones materialmente constitucionales, aunque la protección sea únicamente internacional, lo que es una limitación estructural que se traduce en el menguado efecto directo de las sentencias.

También se analizan los principios para el enjuiciamiento. Se parte de un innovador análisis del principio de proporcionalidad desde la perspectiva de las nociones de necesidad, margen de apreciación —que es un ingrediente del mismo— y subsidiariedad, sobre el que profundiza, al considerar que es inherente a la protección internacional y al margen de apreciación.

Desde estas bases se entra en un análisis exhaustivo del margen de apreciación. Se realiza un recorrido por las decisiones judiciales y por los elementos del margen de apreciación lo que contribuye a su sistematización, así como se clarifican los debates sobre la noción y su necesidad. A pesar de que, a juicio del autor, la construcción jurisprudencial es poco densa (p. 112), imprecisa (p. 118) e impredecible (p. 131), se avanza en la clarificación de las obligaciones de los Estados para su cumplimiento (véase pp. 156 y ss.), en la relación entre la doctrina del margen de apreciación y la doctrina del acto político (pp. 188 y ss.); concluye que en el sistema del convenio europeo no hay actos que por naturaleza no sean enjuiciables (p. 198). También se adentra el autor en el denominado principio de deferencia y en el juego del principio en relación con la naturaleza de cada Derecho.

Para García Roca la doctrina del margen de apreciación (p. 214) expresa el punto equidistante entre el Derecho internacional, del que emana el Convenio, que impone unas limitaciones al juicio europeo, y, en sentido contrario, el expansivo entorno que supone una garantía judicializada mediante el acceso directo de millares de individuos. Además, no constituye tanto un «privilegio procesal» o un derecho de los Estados demandados cuanto un método de autocontención judicial (p. 219).

El sentido del margen también está en la gran diversidad europea, en el pluralismo constitucional, a pesar de que hay un principio de integración funcional en torno a los derechos fundamentales. Para el autor el Convenio europeo

(p. 241) no es un tratado más, sino que tiene un carácter supranacional antes que internacional; la Corte, indica, está en algún lugar en el camino entre un Tribunal internacional —definición que no explica todos sus rasgos— y un Tribunal constitucional —que no llega a ser—. En el capítulo V desciende al análisis de la aplicación judicial del concepto, seleccionando las sentencias más relevantes en relación con diversos derechos. El autor no se preocupa sólo de las nociones y conceptos, o de la misma jurisprudencia sino que, finalmente (pp. 313 y ss.) aborda también el margen de apreciación en el cumplimiento de las sentencias del Tribunal y en la ejecución de las medidas cautelares, así como de las (pp. 347 y ss.) incógnitas que derivan de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y de la futura adhesión de la UE al CEDH y sus consecuencias para la noción estudiada.

El autor finaliza haciendo unas reflexiones en las que cabe destacar que anuncia dificultades jurídicas y políticas en la adhesión de la UE al CEDH, pues la transición de un sistema binario a otro integrado en la protección supranacional apenas ha comenzado. De otro lado, concluye, el margen de apreciación nacional no constituye una verdadera doctrina (opinión ordenada que deriva directamente de la jurisprudencia a través de unos estándares abstractos, que sean previsibles), sino que es un criterio de decisión no reglado, flexible, pragmático y de aplicación irregular, de incierta sistematización doctrinal. Esta «herramienta», indica, junta a otras muchas reflexiones finales es necesaria en el actual estadio de la integración europea (p. 378), puede llegar a perdurar, y se conjuga con un positivo pluralismo que comporta el principio de subsidiariedad y el principio democrático. En definitiva, se trata de una contribución que ilumina muchas ideas sobre el papel del Convenio europeo desde la perspectiva de la construcción europea a través de los derechos y de una noción de gran relevancia en perspectiva iusinternacionalista.

Carlos R. Fernández Liesa
Universidad Carlos III

Hinojosa Martínez, L. M., y Roldán Barbero, J. (coords.), *Derecho internacional económico*, Madrid, Marcial Pons, 2010.

El Derecho Internacional Económico (DIE) se ha convertido, en estas últimas décadas y en consonancia con la creciente globalización de la economía, en una de las principales especialidades cultivadas por los iusinternacionalistas. La relevancia teórica y práctica del DIE y su cada vez mayor implantación en la docencia también han llevado a la publicación de manuales o tratados sobre la materia en diversos entornos, como el anglosajón, el francés, el italiano o el germano. Entre las obras pioneras, que han sido objeto de sucesivas ediciones, cumple referirse a Jackson, J. H.; Davey, W. J., y Sykes, A. O., *Legal Problems of International Economic Relations*, 5.ª ed., Saint Paul, American Casebook Series, 2008, con una primera edición que se remonta a 1977, y a Carreau, D., y Juillard, P., *Droit international économique*, 3.ª ed., Paris, Dalloz, 2007, cuya primera edición, también con el profesor Flory, es de 1978. Más recientemente, se han publicado nuevos manuales sobre DIE, mayoritariamente en inglés, como Lowenfeld, A. F., *International Economic Law*, 2.ª ed., New York, Oxford University Press, 2008, con una primera edición de 2002, y Guzman, A. T., y Sykes, A. O. (eds.), *Research Handbook in International Economic Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2007.

A esta lista hay que sumar el libro colectivo objeto de la presente recensión, publicado dentro de la colección sobre «Derecho, economía y globalización» dirigida por los doctores Espósito y Bouzas, que ha sido coordinado por los doctores Hinojosa Martínez y Roldán Barbero y tiene como autores, junto a los indicados coordinadores, a otros ocho profesores vinculados a la fecunda escuela de iusinternacionalistas que se ha ido forjando, desde hace ya varios lustros, en la Universidad de Granada (por orden alfabético: Díez Peralta, Fajardo del Castillo, López Escudero, López-Jurado Romero de la Cruz, Marrero Rocha, Martín Rodríguez, Pérez Bernárdez y Segura Serrano).

Tal como destaca en el Prólogo el doctor Liñán Nogueras, que ha dirigido el Departamento de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de dicha Universidad durante dos décadas y ha estado vinculado a la formación de todos los autores del libro, éste «viene a llenar un vacío en la literatura jurídica en castellano». En efecto, aunque nuestra doctrina cuenta con destacados pioneros en el estudio del DIE (como, por ejemplo, el doctor AGUILAR NAVARRO y su *Ensayo de delimitación del Derecho internacional económico*, Madrid, UCM, 1972, o el doctor BERMEJO GARCÍA y su monografía *Comercio internacional y sistema monetario: aspectos jurídicos*, Madrid, Civitas, 1990) y en estos últimos años se ha asistido a una multiplicación de las monografías, artículos y obras colectivas sobre diversos aspectos de esta materia, no hemos contado con un libro que, como éste, abordase, desde una perspectiva jurídica y de forma tan amplia y sistemática, los principales temas que integran el DIE. Cumple precisar que, a principios de este mismo año, se ha publicado, de forma casi simultánea a la obra que comento, el libro de FERNÁNDEZ ROZAS, C., *Sistema de Derecho económico internacional*, Madrid, Civitas, 2010, que también viene a colmar dicha laguna.

El libro, coordinado por los doctores Hinojosa Martínez y Roldán Barbero, sitúa claramente el DIE como una «rama» del Derecho internacional público, sin perjuicio de sus peculiaridades y de las estrechas conexiones que mantiene con diversas vertientes del Derecho interno, el Derecho internacional privado y regulaciones «transnacionales». Los autores reconocen la complejidad de precisar los temas comprendidos bajo el DIE, dada la dificultad de delimitar «lo económico», que está presente, con mayor o menor intensidad, en buena parte de las materias reguladas por normas internacionales. Mientras que los manuales y tratados sobre el DIE más empleados actualmente (en particular, los de autores anglosajones) suelen concentrarse en tres grandes ámbitos (comercio internacional, sistema financiero y monetario internacional e inversiones extranjeras), el presente libro tiene el mérito de dedicar también un buen espacio a la cooperación para el desarrollo, el control de la actividad de las empresas multinacionales o la regulación internacional de los derechos de los trabajadores y su movilidad, aspectos que suelen ser soslayados en las visiones más «liberales» del DIE, que tienden a aislarlo de estos otros contenidos más sociales.

Habida cuenta de los múltiples y diversos temas abarcados por el libro, es muy adecuada su sistemática o estructura, dividida en cinco partes, dedicadas, respectivamente, a: 1) los fundamentos del DIE; 2) el comercio internacional; 3) el sistema financiero y monetario internacional; 4) la cooperación para el desarrollo, y 5) el Derecho internacional de la empresa y de los trabajadores. En función de dicha sistemática, el libro se va ocupando sucesivamente de las instancias internacionales más relevantes en cada ámbito, como la OMC, el FMI, la OCDE, el Banco Mundial, la ONU, el G-20, numerosas organizaciones y acuerdos de cooperación e integración económica regional, etcétera.

Cada uno de los 18 capítulos del libro ha sido redactado por uno o dos autores, grandes conocedores de los temas a tratar, que suelen haber trabajado previamente en monografías u otras publicaciones. Se ha llevado a cabo una encomiable tarea de coordinación, que ha asegurado la unidad y coherencia del libro, donde abundan las remisiones o referencias cruzadas entre capítulos.

Se trata de una obra especialmente útil como libro de texto para la docencia del DIE, que hoy se imparte como asignatura optativa en la licenciatura o grado de Derecho y en otras enseñanzas de numerosas universidades. El libro conjuga muy bien su clara vocación didáctica con el rigor académico y se presenta en dos niveles de lectura: uno en letra normal y otro en letra reducida, donde el lector más interesado puede profundizar en los temas examinados y adentrarse en ilustrativos ejemplos, muchas veces extraídos de la abundante jurisprudencia citada (especialmente de la OMC y de tribunales arbitrales sobre inversiones extranjeras).

El libro se caracteriza por su claridad expositiva y, a la vez, por no conformarse con una presentación formalista o descriptiva de los temas, pues procura resaltar lúcidamente los principales problemas que se plantean en cada ámbito tratado y enfocarlos desde un punto de vista crítico. Asimismo, se ofrece una visión muy actualizada de los temas, particularmente atenta, a lo largo de todo el libro, a las repercusiones de la grave crisis financiera y económica desatada en 2008 y a las propuestas formuladas para revisar (o apuntalar) la actual arquitectura del sistema económico internacional.

El libro también viene acompañado por unos útiles índices de jurisprudencia y materias (elaborados por los becarios de investigación Casado Guil y Marín Aís) y un CD adjunto que contiene una nutrida relación de bibliografía adicional para cada capítulo y archivos con normativa, documentos o jurisprudencia, de los que pueden extraerse materiales de interés para la docencia.

Cabe precisar que la parte segunda del libro, dedicada al comercio internacional, es notoriamente la más extensa. Es lógico que así sea, pues se trata del sector jurídicamente más desarrollado del DIE, al que ya se dedican íntegramente algunos manuales y tratados. Comparto con los autores que, frente a la habitual visión del liberalismo económico como sinónimo de «desregulación», cumple reconocer que, por lo menos en el ámbito de los flujos internacionales de bienes y servicios, su progresiva liberalización ha requerido una creciente regulación internacional, que restringe el margen de maniobra de las políticas y normativas de los Estados, pues «los objetivos de extender y profundizar el libre comercio requieren no reglas laxas [...], sino un Derecho preciso, bien garantizado» (p. 62).

En suma, este libro nos ofrece una panorámica y a la vez rigurosa, crítica y actualizada «radiografía» del DIE, presentando los elementos esenciales de sus principales sectores y evidenciando la descompensación normativa e institucional que se da entre unos y otros, fruto de la variable voluntad política y de los intereses que impulsan sus respectivas regulaciones. Por consiguiente, considero que, además de ser un excelente libro para la docencia del DIE, también es una obra de sumo interés para todo aquel que quiera adentrarse en la compleja regulación jurídica de las relaciones económicas internacionales y sus actuales desafíos.

Xavier FERNÁNDEZ PONS
Universidad de Barcelona

MAESTRE CASAS, P.; DURÁN AYAGO, A., y VELÁZQUEZ SÁNCHEZ, M.ª M., *Aplicación Práctica del Derecho internacional privado: casos y soluciones*, 2.ª ed. revisada y actualizada, Salamanca, Ratio legis, 2010, 289 pp.

Este reducto de libertad vital y profesional que constituye la cátedra universitaria ofrece pocos encargos tan gratificantes como el de recensionar una publicación que, como la presente, tiene su origen en un excelente trabajo de tres compañeras profesoras del Área de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Salamanca, universitarias de primer nivel que rinden de forma renovada un homenaje académico a nuestro recordado y añorado compañero Inocencio García Velasco.

Aprehender, captar de forma tan sugerente y didáctica un ámbito tan complejo y heterogéneo como la dimensión y aplicación práctica de nuestra disciplina representa un reto doctrinal que la obra comentada logró ya en su primera edición, combinando una correcta selección de temas «motor» con la aportación de casos que permiten traer a colación los grandes temas de la asignatura.

Y esta segunda edición mejora la precedente, si cabe. No se limita a una actualización obligada de sistematización y de contenidos; aporta además un renovado elenco de casos prácticos, introduce ocho nuevos supuestos prácticos, y marcan unas pautas de solución a través del índice de cuestiones que sigue a cada caso y que permiten al operador jurídico y al estudiante captar la esencia del debate en presencia.

Llama la atención, y en positivo, la sistemática seguida, que responde a una orientación jerarquizadora de los problemas que circundan nuestra área de conocimiento y que demuestra un conocimiento de la práctica y del terreno doctrinal sobre el que se reflexiona, algo inhabitual ante la hipertrófica edición de obras jurídicas que saturan el mercado con visiones descriptivas huecas o vacías de contenido y de utilidad práctica.

Estamos ante un trabajo de referencia y de consulta obligada, en el bufete, en el aula y en el despacho universitario. Y es una obra que se adelanta al «espíritu Bolonia» (ensalzado por unos, vilipendiado o demonizado por otros), porque aporta una base de conocimiento útil, una identificación de problemas troncales y sus pautas de solución y además logra generar un poso obligado de información.

La propia estructura del libro revela la intención de superar un mero examen comparativo entre los bloques normativos en presencia y vigentes en la ordenación autónoma e internacional de nuestra disciplina, y es éste otro valor añadido de la publicación. Se comprueba así la elección de casos que conducen al recurso a la obligada técnica interdisciplinar en el estudio de un sector *inherentemente* internacional, y pueden apreciarse cuestiones vinculadas a objetos troncales de nuestra disciplina: ámbito de aplicación de los textos convencionales, problemas de aplicación, tratados sucesivos sobre una misma materia, técnicas de unificación/armonización internacional, junto a cuestiones vinculadas al arbitraje y selección de la ley aplicable.

La transversal óptica de análisis que nos ofrece esta suma de 45 casos supone otro factor positivo de valoración, porque tras la lectura global se alcanza un hilo conductor en las respuestas o soluciones que no se pierde tampoco pese a que se lean de forma aislada casos aislados.

Y este libro permite además demostrar el enorme potencial de análisis de nuestra disciplina internacional privatista, resultará sin duda atractiva también para miembros de disciplinas tradicionalmente afines a nuestro ámbito material y conflictual jurídico privado, como pueden ser los mercantilistas, procesalistas y civilistas. Lejos de absurdas peleas

por celos temáticos la obra demuestra el valor añadido derivado de nuestra particular metodología de aproximación científica al mundo de la realidad privada internacional.

Y todo ello se presenta de forma especialmente atractiva o sugerente para el lector, ya que ofrece un ágil estilo de redacción, un excelente andamiaje a modo de estructura, y el propósito, alcanzado con brillantez, de proyectar todo su estudio (transversal o pluridisciplinar, desde una óptica material) sobre el prisma de análisis del Derecho internacional Privado. Sólo así se consigue dotar de contenido a campos de estudio y a genéricos conceptos que son hoy día «lugares comunes» a otras disciplinas jurídicas.

Los tres grandes bloques en que se estructura el libro: Derecho patrimonial internacional, Derecho de familia internacional y Derecho de sucesiones, subdivididos en las áreas de obligaciones contractuales, extracontractuales, derechos reales, sociedades y personas jurídicas, arbitraje comercial internacional, nombre de las personas físicas, matrimonio, parejas de hecho, filiación, secuestro internacional de menores, casos generales de familia (éstos, además, especialmente bien seleccionados) y Derecho de sucesiones logran aportar toda la creciente riqueza de matices jurídicos que nuestra disciplina aporta al ámbito de los estudios de Derecho.

Juan José Álvarez Rubio
Universidad del País Vasco

Mariño Menéndez, F. M. (coord.), *La aplicación del Derecho internacional de los derechos humanos en Derecho español,* Universidad Carlos III de Madrid, *Boletín Oficial del Estado,* 2009.

La obra colectiva sobre *La aplicación del Derecho internacional de los derechos humanos en Derecho español* es fruto de diversos trabajos de especialistas en las materias abordadas, obra que es coordinada por el profesor Fernando M. Mariño Menéndez, director del Instituto Universitario Francisco de Victoria de la Universidad Carlos III de Madrid, catedrático de Derecho Internacional Público de dicha universidad.

En una valoración de conjunto esta obra refleja, por un lado, la sensibilidad del coordinador, gran especialista en Derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) en relación con la recepción de normas (convencionales y consuetudinarias), principios y estándares internacionales sobre derechos humanos en Derecho español, no en vano el mismo es miembro del Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas (ex Presidente de este Comité) y, por otro, la preocupación jurídica mostrada por cada uno de los autores en un intento de comprobar cómo el Derecho y la práctica española integran las normas, principios y estándares internacionales que obligan a España. Lo cierto es que el libro objeto de recensión, debería ser considerado como un excelente punto de partida para animar a los autores y a otros especialistas en derechos humanos a seguir profundizando en la aplicabilidad del DIDH en Derecho español.

Habida cuenta de la fecha de publicación (2009), la mayoría de los trabajos habrán sido concluidos en 2008, por lo que no pueden hacer referencia al Plan de Derechos Humanos, aprobado por el Consejo de Ministros (diciembre, 2008) y cuya Comisión de Seguimiento (Ministerio de la Presidencia), de la que soy miembro, fue instituida en junio de 2009. El Plan constituye un aporte sustancial a efectos de valorar la puesta en práctica de los compromisos internacionales asumidos por España, de hecho, algunas

de las cuestiones abordadas en esta obra colectiva figuran entre las medidas contenidas en el Plan, por lo que el mismo puede aportar una multiplicidad de perspectivas de análisis, de políticas públicas y de técnicas de regulación que son necesarias, como avanza el Coordinador en el Prólogo de este libro.

En efecto, el profesor Mariño hace notar que la «complejidad de las cuestiones planteadas para la puesta en práctica de una eficaz protección de los derechos humanos exige el empleo de una multiplicidad de perspectivas de análisis, de políticas públicas y de técnicas de regulación y de solución de conflictos y litigios, que son transversales a la totalidad de cada uno de los ordenamientos en presencia» (p. 9), de ahí que también sostenga que «sólo grosso modo se podría clasificar esta obra en cuatro grandes apartados», aunque el libro en sí no está estructurado en apartados sino que en el índice del mismo están relacionados los distintos temas a abordar, habida cuenta de la complejidad de las cuestiones planteadas que, lógicamente, dificultan cualquier tipo de clasificación.

Sin pretender realizar una clasificación, me voy a permitir estructurar mis comentarios y propuestas del siguiente modo: 1) derecho a la vivienda; 2) grupos específicos de personas; 3) protección diplomática; 4) biomedicina; 5) España y los órganos internacionales de derechos humanos de Naciones Unidas; 6) Tribunal Europeo de Derechos Humanos; 7) justicia transicional y jurisdicción universal.

1. Ana Manero Salvador. («Los instrumentos universales sobre el derecho a la vivienda adecuada en España», pp. 81-101), comienza su trabajo invocando el art. 10.2 de la Constitución Española (CE), y articula su análisis en la jurisprudencia internacional ya que el derecho a la vivienda no está incluido en nuestra Constitución entre los «derechos fundamentales», sino que está entre los principios rectores de la política económica y social. El análisis lo lleva a efecto en el ámbito de Naciones Unidas, por lo que se centra en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En este contexto hubiera sido pertinente recordar que España en el ejercicio de su soberanía decidió ratificar dicho tratado y que en el ejercicio de esa misma soberanía este Pacto fue incorporado a nuestro ordenamiento jurídico interno haciendo uso de la facultad que a tales efectos prevé el art. 96.1 CE. En todo caso una cuestión fundamental para el debate está relaciona con una afirmación del Relator Especial en su Informe, tras la visita a España por invitación del Gobierno (2006, párr. 86), y que reproduce con acierto la autora (pp. 99-100), lo que pone de manifiesto la deficiente aplicabilidad interna del derecho a la vivienda reconocido internacionalmente. Y ello sin perjuicio de lo pertinente que sería analizar la jurisprudencia de otros Comités de Naciones Unidas y del Comité Europeo de Derechos Sociales del Consejo de Europa para tener una visión más completa de la jurisprudencia internacional y la aplicabilidad o no de la misma en Derecho español.

2. Un segundo apartado se refiere a los grupos específicos de personas y en ellos:

a) Indígenas: Luis Rodríguez-Piñero Royo («La ratificación del Convenio núm. 169 de la OIT por España: más allá de la solidaridad», pp. 15-52), una de las cuestiones que aborda y que resulta del mayor interés a efectos de debate, sin que signifique que las demás no lo sean, está relacionada con la «obligatoriedad extraterritorial del Convenio» (pp. 33-37). El autor parte de la afirmación de la «inexistencia de pueblos como los definidos en el art. 1 del Convenio» en España, pero considera que nada de lo dispuesto en el art. 2 del Convenio excluye, entre otras cosas, la obligatoriedad de los Estados «en toda acción exterior dirigida a estos pueblos», obligatoriedad que en el caso de España la considera reforzada por haber formado parte activa del gru-

po de Estados amigos de la «Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas» que finalmente, tras un largo proceso, fue aprobada por la Asamblea General (2007). Sobre la base de tales premisas afirma: «Nos encontramos así con un caso de obligatoriedad extraterritorial de un instrumento de derechos humanos», considerando por lo demás que «la obligatoriedad extraterritorial del Convenio para España, parece claro que éste tiene potencialmente alcances para las políticas públicas que componen la acción exterior del Estado en la medida en que éstas pueden tener un impacto en las obligaciones de respetar y hacer respetar los derechos recogidos en el Convenio», centrándose a continuación en el Convenio núm. 169 y en las Políticas Públicas (pp. 37-47), y prestando una especial atención a la «política de cooperación» (pp. 38-40).

b) Inmigrantes: Carmen Pérez González («La cooperación entre España, Marruecos y Senegal en materia de prevención de la emigración de menores no acompañados, su protección y retorno al país de origen», pp. 137-158), comienza con el análisis de los Acuerdos concluidos por España con Marruecos y con Senegal para la prevención de la «emigración irregular» de menores de edad no acompañados. En todo caso, sería pertinente que en un debate posterior sobre esta materia se distinguiera con nitidez entre dos situaciones distintas, por un lado, «inmigración irregular» y, por otro, «trata de personas». Como también sería pertinente que se tuviera presente las «Observaciones finales» del Comité de los Derechos de los Niños (CRC/C/15/Add. 185, de 2002) al examinar el segundo Informe presentado por España, toda vez que contiene recomendaciones (párr. 46) que resultan pertinentes a los efectos de comprobar la aplicabilidad o no de la mismas en Derecho español, fundamentalmente a la luz del Real Decreto 2339/2004 y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC). Por su parte J. Daniel Oliva Martínez («Protección Internacional de los Derechos Humanos y Derecho del Mar: el caso de los inmigrantes irregulares por vía marítima», pp. 159-185) se ocupa de las obligaciones de España relacionadas con los inmigrantes (así como otras personas: refugiados y polizones) que son interceptados, rescatados y auxiliados en vías marítimas, incluso en aguas internacionales, como también se ocupa del desembarco y repatriación de tales personas. Son muchas las cuestiones para el debate que suscita este trabajo, entre otras, ¿pueden ser calificados como inmigrantes, en situación irregular, aquellas personas interceptadas en aguas internacionales?

En el contexto de la inmigración, el último trabajo en esta obra está realizado por Ángel G. Chueca Sancho («La aplicación de los tratados internacionales por el Tribunal Constitucional español en materia de extranjería», pp. 198-212), que una vez más nos ilustra magistralmente de cuestiones del máximo interés, en este caso, en relación con la «dignidad de la persona humana» y de determinados derechos (reunión, asociación, libertad y seguridad personal...) en relación con los extranjeros en general y, en especial, con aquellos que se encuentran en territorio español en situación de irregularidad, análisis que lleva a efecto sobre la base de la jurisprudencia del TC (con alusiones a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos —TEDH—) y teniendo presente a tales efectos la Directiva de Retorno de Inmigrantes en situación irregular y la Ley Orgánica 4/2000. El autor pone de manifiesto que aun «con la valoración positiva que debe hacerse de esta jurisprudencia» (refiriéndose a la jurisprudencia del TC), la misma «mantiene intactas algunas incoherencias» (p. 210), por lo que plantea algunas preguntas del máximo interés a efectos de debate y que reproduzco: ¿Qué podemos hacer cuando una ley o cualquier otra norma de rango infraconstitucional contradiga frontalmente

a un tratado internacional, que también forme parte de nuestro ordenamiento jurídico interno? ¿Esperaremos simplemente a que en el futuro una o varias sentencias del TC declaren a esas normas inconstitucionales, pero no por la citada contradicción? A ello añado a efectos de debate, ¿estaría justificada la no transposición de una Directiva de la UE, en materia de inmigración (o en cualquier otra materia), si la misma fuese incompatible con tratados internacionales de derechos vinculantes para España?

c) Víctimas del terrorismo: Félix Vacas Fernández («Derechos humanos y víctimas del terrorismo: del reconocimiento internacional a la protección y garantía de los derechos de las víctimas de terrorismo en España», pp. 103-135) hace referencia a la labor de las Naciones Unidas, del Consejo de Europa y, sobre todo, de la UE (pp. 108-125) a favor de los derechos de las víctimas del terrorismo, presentando una panorámica muy importante de la realidad en la materia. De lo que de este trabajo se deducen diversos temas para la reflexión, en los ámbitos mencionados, sobre todo en la UE tras la vigencia del Tratado de Lisboa, posterior a la publicación de esta obra. El autor concluye con una valoración muy positiva al sostener «el papel de liderazgo a nivel internacional de España en esta materia, no sólo en Europa sino también a nivel universal en el seno de las Naciones Unidas» (p. 135), no en vano con carácter previo cita (p. 126) lo afirmado por el Relator Especial sobre los Derechos Humanos y la Lucha contra el Terrorismo de Naciones Unidas en su Informe (A/HRC/10/3/Add.2) tras la visita realizada a España (mayo, 2008). Pero dado que dicho Relator también realizó algunas recomendaciones (párrs. 53-65 del Informe), sería oportuno analizar si las mismas han sido tomadas o no en consideración por las autoridades españolas.

3. Un tercer bloque se refiere a la protección diplomática: M.ª Amparo Alcoceba Gallego («Práctica española de protección diplomática y derechos humanos: titularidad del derecho y nacionalidad del beneficiario», pp. 213-236) distingue entre «protección diplomática», «asistencia consular» y «protección consular» y hace notar cómo en España la protección diplomática sigue siendo concebida en sentido clásico, esto es, como un derecho exclusivo del Estado. Hace constar asimismo que el elemento político constituye un importante condicionante para el ejercicio de la protección diplomática y para concebirla de forma distinta, por lo que concluye poniendo en cuestión que esta institución se pueda considerar como «posible mecanismo de protección internacional de los derechos humanos». Pero habida cuenta del importante desarrollo en materia de derechos humanos a nivel internacional, ¿la protección diplomática debe seguir siendo considerada como un derecho del Estado? ¿Sería posible realizar una interpretación similar a la que ha llevado a efecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos y posteriormente la Corte Internacional de Justicia en relación con el art. 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares?

4. La biomedicina encuentra su lugar en el trabajo de Jorge Zavala Salgado («La protección de los derechos humanos en la investigación biomédica: práctica de la aplicación de las normas internacionales en el ordenamiento jurídico español», pp. 53-79), tras hacer referencia a los instrumentos internacionales sobre la investigación biomédica, aborda una cuestión de la mayor relevancia referida a «la integración del Derecho internacional sanitario en el ordenamiento jurídico español» (pp. 64-68) a través de la Ley 41/02, reguladora de la «Autonomía del Paciente y de los Derechos y Obligaciones en materia de Información y documentación Clínica», haciendo asimismo referencia a otras leyes precedentes (LO 15/99 y Ley 35/1988) y realiza algunas alusiones a la jurisprudencia internacional y a la jurisprudencia de nuestro TC.

Los casos mencionados por el autor son del mayor interés, como también lo son otros resueltos por el Comité de Derechos Humanos relacionados con cuestiones de salud. En todo caso, el lugar fundamental del análisis lo ocupa la Ley española de 2007 (pp. 68-79), «Ley de Investigación Biomédica», dado que la misma incorpora los principios del Convenio de Oviedo y su Protocolo adicional sobre biomedicina (Consejo de Europa) vinculantes para España. Si bien el autor se centra entre otras cuestiones, en los «embriones vivos» alude asimismo a una cuestión que resulta fundamental para el debate y está relacionada con el significado «ser humano» y «persona» toda vez que el Convenio de Oviedo reenvía al Derecho interno de los Estados partes para que los mismos precisen su significado.

5. España y los órganos internacionales de derechos humanos constituye otro bloque: Carlos R. Fernández Liesa («Elaboración y aplicación del mecanismo de informes de derechos humanos en España», pp. 299-328) se centra en la preparación de los Informes por España para ser presentados ante los órganos de control internacionales (Comités) en relación con los tratados de derechos humanos que le resultan vinculantes, ilustrando con gran notoriedad sobre todos los problemas que encuentra en relación con los mismos. De las palabras del autor se deduce que sería pertinente una mayor toma de conciencia institucional para la preparación de los Informes a cuyos efectos realiza sugerencias. En este contexto considero oportuno señalar que sin olvidar que la obligación de informar es estatal, sin embargo, habida cuenta de que España es un Estado de estructura compleja, ¿en la preparación de Informes no deberían tener una participación notable las Comunidades Autónomas? ¿Y las instituciones nacionales de derechos humanos? Dado que las «Observaciones finales» expresan, en la mayoría de las ocasiones, los principales «motivos de preocupación», ¿se debe interpretar tales motivos de preocupación como un incumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas? Las recomendaciones de los Comités en sus «Observaciones finales», ¿tienen finalidad de promoción y/o de protección? Si España no adopta las medidas oportunas para hacer efectivas las recomendaciones de los Comités, ¿podría interpretarse que está actuando de forma incompatible con el tratado pertinente? Por su parte, Pilar Trinidad Núez («La aplicación judicial de España de las decisiones de los órganos de base convencional de supervisión de derechos humanos creados en el seno de las Naciones Unidas», pp. 329-349), aborda diversas cuestiones, una de ellas, la que desde hace años está resultando un «látigo» para España, los dictámenes del Comités de Derechos Humanos declarando violación del art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (problema sobre la doble instancia judicial en materia penal). En relación con esta cuestión cabe plantearse, ¿la LO 19/2003 que modifica la LO 6/1985 del Poder Judicial, es adecuada a lo exigido en el art. 14.5 del Pacto?

6. Al Tribunal Europeo de Derechos Humanos se dedica al trabajo de Alicia Cebada Romero («El futuro del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: ¿hacia el Protocolo 15?», pp. 237-274) se centra en un tema del mayor interés relacionado con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). La autora alude a la situación bien conocida del colapso en la que se encuentra el mismo y a la adopción del Protocolo de Enmienda núm. 14 para intentar paliarlo, en la medida de lo posible. También señala que «trascendencia constitucional» [exigida en la nueva LO 6/2007, art. 50.1.*b)* del TC español] y «perjuicio importante» (al que hace referencia el Protocolo núm. 14, entrado en vigor en junio de 2010) no es lo mismo. En este contexto cabe plantear, ¿tales conceptos difieren en cuanto a sus efectos? Por otro lado es cierto que el Convenio Europeo de Derechos Humanos no tiene la misma posición en el ordenamiento ju-

rídico interno de todos los Estados parte, pero ello ¿constituye fundamento para cuestionar la obligatoriedad —para el Estado demandado, responsable internacional— de lo resuelto por el TEDH mediante sentencia motivada? ¿Introduce alguna novedad significativa el Protocolo núm. 14 sobre la obligatoriedad de las sentencias del Tribunal? ¿Se merece el TEDH un nuevo Protocolo de Enmienda núm. 15 o por el contrario sería permitente ir de forma más pausada y poner en práctica la aplicación del Protocolo núm. 14, sobre todo, ante la perspectiva de la adhesión de la UE al Convenio?

7. Finalmene, un último apartado se refiere a la Justicia transicional y jurisdicción universal: Pablo Zapatero Miguel («Justicia transicional y jurisdicción universal: el caso de Guatemala-España», pp. 275-297), hace referencia, entre otras cuestiones, a la complejidad del *iter* procesal del caso analizado, así como a la acción judicial lateral, aludiendo por lo demás a las buenas y malas prácticas judiciales. El autor por lo demás sostiene (refiriéndose a los asesinatos de ciudadanos españoles y guatemaltecos en dependencias oficiales del Estado español y al silencio a balazos de ciudadanos —indígenas— guatemaltecos en dependencias diplomáticas españolas) que «los ecos vuelven a escucharse en España en el marco de un proceso de jurisdicción universal», a lo que añade: «Por ello, el actual gobierno español debe impulsar enérgicamente el proceso de justicia transicional en Guatemala» (p. 295). Habida cuenta de la modificación del art. 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ¿un caso, como el guatemalteco, al que hace referencia el autor, sería posible que fuera conocido en la actualidad por los tribunales españoles en un proceso de jurisdicción universal? ¿España ha asumido para sí misma el proceso de justicia transicional?

Ana M. SALADO OSUNA
Universidad de Sevilla

MORÁN BLANCO, S, y GONZÁLEZ MARTÍN, A., *Asimetría, guerras e información,* Madrid, Dilex, 2009.

La historia reciente de la guerra confirma, con seguridad, una tendencia que, desde siempre pero ahora con más fuerza, descubre posibilidades de éxito crecientes a los más débiles. Incluso los muy débiles «tienen opciones» y por eso deciden enfrentarse a los más poderosos. Y, en ocasiones, *David* se impone a *Goliat*. En este contexto, el sistema internacional, en pleno proceso de globalización, descubre *nuevos protagonistas y nuevos escenarios* que reclaman, con creciente intensidad, la convergencia coherente de acciones y discursos en un contexto de guerra. Las lógicas de la guerra y de la política, siendo distintas, actúan cada vez más en paralelo. La tecnología ha globalizado los flujos de información permitiendo a los medios de comunicación social convertir el mundo en lo que se denomina «un gran patio de butacas». Todo es visible desde cualquier rincón del Planeta. La política y la guerra se hacen en medio de la gente y la conquista de sus corazones y sus mentes es, en gran parte, su objetivo porque de ello depende el triunfo. Todas estas cuestiones son analizadas, con detalle, en la obra que ahora comentamos y en las que sus autores, con rigor y acierto, van situando los énfasis en aquellas cuestiones de mayor interés.

La nueva situación está provocando, con seguridad, un desplazamiento del centro de gravedad del poder, que está dejando de ser dominio de lo real y tangible para ser cada día más dominio de lo virtual. Los propios autores así lo confirman: «El componente inmaterial, de esta manera, desde el centro, ordena todo a su alrededor en una sintonía que estructura

tiempo, espacio, fuerza y mensaje para influir sobre las decisiones del público capturando sus percepciones y expectativas. En este panorama, la batalla de las ideas, de los relatos, de las narrativas es la batalla decisiva, que necesita movilizar discursos y provocar emociones colocando delante de los espectadores palabras e imágenes seleccionadas de la realidad. *El dominio de la información es una posición fundamental* que debe conquistarse, ocuparse y defenderse a toda costa, se ha convertido en la clave táctica del problema». Por esto, «Asimetría, guerra e información», título de este trabajo, «son líneas de operaciones que nos descubren cómo el equilibrio de fuerzas depende cada vez más del equilibrio de mensajes y significados».

Los autores de la obra analizan, con detalle, algunos de los conflictos armados más mediáticos del mundo actual desde ópticas diferentes, derivadas de su distinta formación pero, en los dos casos, con visiones científicas muy correctas y complementarias. La doctora Sagrario Morán desde la perspectiva de las relaciones internacionales y el teniente coronel Andrés González desde la óptica de la estrategia, la historia y la filosofía. Como decimos, ambos aportan puntos de vista que, de manera complementaria, han contribuido a enriquecer un trabajo llamado a convertirse en una referencia para todos aquellos que estén interesados en el estudio de los Conflictos Asimétricos. Como señala de manera muy acertada en el prólogo, el general de brigada y director del Instituto Español de Estudios Estratégicos del Ministerio de Defensa, Miguel Ángel Ballesteros: «Cualquier estrategia que pretenda hacer frente con éxito a aquellos que han encontrado en el conflicto asimétrico una forma de alcanzar objetivos políticos, superando la debilidad de sus recursos y capacidades, lleva al extremo la muy conocida idea de Clausewitz de que la Guerra es la continuación de la política por otros medios. Una guerra al alcance de los débiles, que parece que será la fórmula empleada por éstos en el futuro». Ahí están, como no, los ejemplos de Irak o Afganistán.

Los autores, con acierto, hacen un completo análisis conceptual sobre el empleo de las estrategias asimétricas a lo largo de la historia de la guerra. En concreto, Andrés González elabora un capítulo, titulado «La Pedagogía de la Paz y el Estudio de la Guerra», en el que se centra en el estudio del componente filosófico de la guerra y sus características principales, como son la incertidumbre o la diferente visión que de ella tienen los actores implicados y, de esta forma, realiza un excelente análisis de muchos de los aspectos que resultan de interés para una ulterior delimitación jurídica. Mientras, la profesora Sagrario Morán lleva a cabo, de manera muy minuciosa, un examen de la evolución histórica presentando las diferentes generaciones de la guerra. Para la doctora Sagrario Morán hoy estamos en la cuarta generación de la guerra, lo que en Estados Unidos se llama *Fourth Generation Warfare* «4GW». En particular, cabe resaltar que en el capítulo II, dedicado a esta nueva generación de la guerra, se hace un profundo e interesante análisis de los actores, medios y principales características de las denominadas Guerras de Cuarta Generación. Como se desprende de la lectura del trabajo, una guerra con sus propias claves, que sucede entre la población y la población es la principal baja, en manifiesta violación al DIH, y donde, como decía un general norteamericano, «lo importante es conquistar los corazones y las mentes». Pero, asimismo, corresponde indicar que, en el capítulo III, la autora, con buen criterio, examina *los límites legales que los Estados no deben sobrepasar en el uso de la fuerza en este tipo de conflictos* pero que, sin embargo, rebasan en la práctica internacional. Especialmente interesante resultan los ejemplos de los últimos conflictos armados donde las principales potencias occidentales no han respetado las reglas

del juego del Derecho internacional. Con ello, la doctora Morán no sólo pone de manifiesto su formación en las relaciones internacionales sino cómo penetra, con facilidad, en el campo del ordenamiento jurídico internacional.

El lector también encontrará un amplio e interesante capítulo dedicado *al papel que juegan los medios de comunicación en los conflictos armados*, con lo que se completa la visión, ya que se pone el acento en la relación que existe entre conflicto y medios de comunicación. Hoy ya nadie duda de que este papel es clave en la resolución de las guerras. Pero, como se sabe, no siempre ha sido así. Tal y como se explica en la obra que ahora comentamos, la importancia de los reporteros de guerra no ha dejado de aumentar desde la Guerra de Crimea (1854-1856), cubierta por el mítico William Howard Russell, corresponsal de *The Times* en Londres, considerado pionero de los actuales corresponsales de guerra. En los conflictos asimétricos los profesionales de la información se convierten en actores clave, porque el bando débil tratará de utilizar la presión de la opinión pública sobre sus gobiernos para doblegar su voluntad. Esto es algo que se vio en la Guerra de Vietnam, las fotos de los caídos o las imágenes de los ataúdes con soldados estadounidenses, retransmitidas por la televisión, entonces en blanco y negro, afectaron especialmente la percepción del público respecto a la guerra de Vietnam. Las diferentes formas de relación entre reporteros y militares, casi siempre pésimas a lo largo de la historia, y la importancia del trabajo de los reporteros para permitir que la opinión pública esté bien informada, en ocasiones son decisivas en el resultado final de la guerra. En definitiva, el lector encontrará un trabajo bien hecho y, sobre todo, una obra que le será muy útil para conocer, desde perspectivas diferentes, fenómenos de gran actualidad en la escena internacional. La elección del tema por los autores no puede ser mejor, a lo que se añade la seriedad y el rigor científico con los que se analiza.

Cástor Miguel Díaz Barrado
Universidad Rey Juan Carlos

Muñoz Fernández, A., *La protección del adulto en el Derecho internacional privado*, Cizur Menor (Navarra), The Global Law Collection, Thomson Aranzadi, 2009, 308 pp.

Si el siglo XX fue el siglo de los niños, el siglo XXI será el siglo de los mayores. La curiosidad científica, auxiliada por el rigor metodológico, llevó al doctor Muñoz Fernández a elaborar su tesis doctoral sobre *La protección del adulto en el Derecho internacional privado*, dirigida por el profesor Iriarte de Ángel y defendida en la Universidad de Navarra en mayo de 2007, ante un tribunal del que honrosamente formé parte. Éste es el antecedente inmediato de la monografía que presentamos. Por ello, puedo señalar, en primer lugar, que el autor ha recogido muchas de las observaciones que en su día se le hicieron, ha profundizado en los planteamientos y, sobre todo, ha sabido mantener e incluso vigorizar sus propuestas más originales, que cobran especial relevancia con la entrada en vigor el 1 de enero de 2009 del Convenio de La Haya sobre Protección internacional de adultos de 13 de enero de 2000, ratificado por Alemania, Francia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y Suiza.

Subrayo, de entrada, curiosidad científica y rigor metodológico, mérito de la obra y cualidad del autor, a la que habría que sumar hondura en la reflexión, que se ponen de manifiesto en la cuidada In-

troducción. Una Introducción, como tal, que dibuja el itinerario del estudio, acota su ámbito y señala las preocupaciones del autor. A las que no sustrae su sensibilidad hacia los problemas analizados y, a veces le lleva a derivar al adulto en mayor, con relativa imprecisión terminológica, que no merma ni la seriedad del análisis ni el valor de sus resultados.

De las dificultades terminológicas es consciente el autor. Así, en la primera parte, dedicada al «Nuevo marco jurídico y sociológico de la protección internacional del adulto», el primero de sus dos capítulos está, precisamente, dedicado tanto a delimitar como a conceptuar la misma noción de adulto, al tiempo que penetra en el tenor y significado de las medidas para su protección en el marco del Convenio de La Haya sobre Protección Internacional de Adultos de 13 de enero de 2000. Esta consideración de las medidas de protección, en el marco del Convenio, sirve al autor para un buen ejercicio de comparatismo, que no mera enunciación, descripción y yuxtaposición de normas de diferentes países. El doctor Muñoz Fernández revela algunas de las más significativas tendencias y elementos de Derecho comparado en cuanto concierne al contenido de las medidas de protección. Cuando el lector ha obtenido, gracias a la cuidada redacción del libro, una información bien construida acerca de los diferentes modelos de protección, en un *crescendo* de interés, el autor nos coloca frontalmente ante el envejecimiento de la población y el incremento de las situaciones (durables o transitorias) con elementos de extranjería internacionales; es lo que el autor denomina el *sustrato sociológico,* al que dedica el capítulo segundo, militando en pro del Convenio de La Haya sobre Protección Internacional de Adultos y por la necesidad de una regulación específica de la protección internacional del adulto (¿o del mayor?), desde el conocimiento de la realidad regulada.

La segunda parte del libro que comentamos se centra en las cuestiones más técnicas y especializadas de «La protección del adulto en el Derecho internacional privado. Análisis comparativo con la protección del niño». En el capítulo III se analiza la protección de incapaces, sin distingo de edad, con un corrector planteamiento histórico y, de nuevo, con abundantes elementos de Derecho comparado. Las dificultades terminológicas señaladas se convierten ahora en un escollo metódico, que el autor reconoce y salva pues la protección de incapaces precede, en muchas ocasiones, a la protección del niño o del adulto, para proporcionar la tutela jurídica en atención a la capitidisminución no condicionada por la edad. Esta «disfunción» se pone de manifiesto tanto en este capítulo como en el capítulo V.

El núcleo del libro lo encontramos en capítulo IV, «Aspectos particulares de la protección del adulto en el Derecho internacional privado: análisis comparativo con la protección del niño en el marco de los nuevos Convenios de La Haya». El autor realiza un cuidado y meticuloso parangón de los Convenios, con aclaraciones esmeradas y explicaciones exactas y, sobre todo, de sumo provecho para los operadores jurídicos. En este capítulo late la larga evolución jurídica que conduce desde la familia como única instancia, pasando por el modelo de tutela de autoridad de los años ochenta del siglo pasado, hasta el alumbramiento de un nuevo modelo de «autotutela», fundado en posibilitar y permitir a la persona planificar su futuro, mientras se conservan las facultades mentales. Por eso, la voluntad del adulto es uno de los aspectos más importantes y novedosos del Convenio, que el doctor Muñoz Fernández estudia con gran seriedad, tanto en sus aspectos sustantivos como en la perspectiva de las reglas de reconocimiento y ejecución del Convenio.

El quinto y último capítulo está dedicado a la «Protección del adulto en el Derecho internacional privado español». Las consecuencias del cambio de modelo

de protección, sirven al autor para realizar atinadas consideraciones desde la perspectiva de la calificación de los supuestos de hechos, cernida por los peligros de unas situaciones que por estar pegadas a la vida, en su más literal sentido, no siempre se acomodan a instituciones que tienen mucho de constructos. Hechas estas observaciones, el doctor Muñoz Fernández aborda los problemas de la competencia judicial internacional, la cooperación de autoridades y la ley aplicable. Especial atención dedica a las figuras de autotutela o negocios jurídicos de autoprotección. El autor nos plantea con gran agudeza los problemas que suscita el Convenio al imponer su reconocimiento incluso cuando sean desconocidos como tales en el Derecho interno (lo que no es el caso de España). Al hilo de estos argumentos, realiza con seriedad reflexiva, mesura de juicio y madurez de planteamientos propuestas útiles y razonadas para la actualización del régimen jurídico de la protección del adulto en el Derecho internacional privado. Estamos pues ante una monografía de referencia.

Pilar BLANCO-MORALES LIMONES
Universidad de Extremadura

PASCUAL VIVES, F. J., *El Derecho de los Tratados en la jurisprudencia comunitaria*, Valencia, Universidad de Alicante, Tirant lo Blanch, Colección Monografías núm. 614, 2009.

Esta monografía presenta una elaborada tesis doctoral con un tema de fondo complejo por su transversalidad. En estos tiempos de currículos académicos superficiales y fáciles es de agradecer un tema de tesis sobre cuestiones centrales y abstractas que se proyectan en innumerables instituciones y situaciones jurídicas de la práctica normativa y judicial y permiten a su autor una formación integral sólida para despegar en su carrera académica.

El doctor Pascual Vives, bajo la dirección esmerada y perfeccionista del doctor Carlos Jiménez Piernas, ha llevado a cabo un análisis minucioso y sistemático de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en todos los ámbitos de la aplicación del Derecho de los Tratados a la acción normativa internacional de la Unión. Se hace un examen de contraste de la aplicación de las reglas de ese sector central del Derecho internacional en materias tales como la formación de la voluntad y la manifestación del consentimiento, las reservas, las excepciones al principio de la relatividad de los Tratados y la responsabilidad de su cumplimiento, que son analizadas desde la óptica de las consecuencias de un sistema de integración en la práctica convencional a la luz del Derecho de los Tratados. En definitiva, cómo se incorporan y se aplican los tratados internacionales en la Unión y, por tanto, qué aportaciones ha hecho la práctica jurídica de las instituciones de la Unión y la de los órganos internos de sus Estados miembros.

Estas cuestiones principales y otras son analizadas a la luz de la interacción e interdependencia entre el ordenamiento internacional, el sistema de la integración y el Derecho interno. Su autor sistematiza su análisis en torno a las tres grandes opciones del Tribunal de Justicia. Entiende que la «opción asimiladora» se produce en aquellas soluciones jurisprudenciales en las que prescinden de instituciones particulares propias del subsistema de integración y hace prevalecer lo general sobre lo particular, tal como sucede en materia de responsabilidad internacional, reservas, creación de obligaciones para terceros, nulidad e interpretación de los acuerdos internacionales.

El manejo del principio de estabilidad de las relaciones convencionales por el Tribunal de Justicia de la Unión ante posibles vicios del consentimiento y situaciones de nulidad abona el predicamento de lo general sobre lo particular recurriendo a la necesaria subsanación del acto interno sin que ello ponga en peligro principios constitucionales de la propia Unión como el del equilibrio institucional. El autor estima que son idóneas las herramientas asimiladoras del Tribunal de la Unión para acomodar el Derecho de los Tratados a las exigencias institucionales.

Por el contrario, en otras ocasiones el Tribunal se inclina por utilizar instrumentos específicos del subsistema regional y es lo que el doctor Pascual Vives denomina la «opción privativa». Su utilización, como precisa el autor, es respetuosa con los predicados del Derecho internacional y, a pesar de ser opciones propias, siguen representando, como demuestra el autor, un compromiso entre lo general y lo particular en una sociedad internacional heterogénea.

Se analiza, entre otros ejemplos y con sumo detalle doctrinal y jurisprudencial, como es constante a lo largo de toda la obra, la doctrina de la convalidación del mandato negociador, su relación con el principio de competencias de atribución, el de la buena fe y la estabilidad de los compromisos adoptados. Resultan particularmente interesantes sus consideraciones acerca de la objetivación del principio de la buena fe durante la celebración de los acuerdos internacionales hasta el punto de constituir una norma consuetudinaria regional o el impacto de la cláusula del elemento esencial en las relaciones con el grupo de Estados de África, Caribe y Pacífico y en contextos al margen de esos acuerdos con los ACP. El autor de la obra afirma que esta institución comunitaria podría calificarse como norma consuetudinaria y trasladarse hacia otros sistemas de integración.

Frente a esas dos opciones con un pluralismo jurídico abierto pero ortodoxo, el autor agrupa bajo una tercera opción, la «opción fragmentadora», en la que la soluciones jurisprudenciales no se adecuan al ordenamiento internacional y no se logra la necesaria coordinación entre el sistema de base y el sistema derivado. La dialéctica y la cohabitación entre lo general y lo particular desaparece y ocupa el terreno la opción peculiar regional. Se analizan sentencias en las que el Tribunal de Justicia de la Unión se aparta intencionadamente de opciones iusinternacionalistas idóneas para resolver el litigio. Un ámbito particularmente importante para el autor es el relativo a tratados sucesivos sobre una misma materia en el que el Tribunal de Justicia se aparta de las reglas tradicionales del Derecho de los tratados para decantarse por las de la terminación de los tratados, si bien estima que en ese asunto hubo consideraciones extrajudiciales o políticas para favorecer a Francia frente a otros socios comunitarios.

También toma como referente fragmentador la controvertida jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión respecto a la aplicación directa de los acuerdos de la Organización Mundial de Comercio. Es bien sabido que el Tribunal de Justicia se aparta, por puras razones políticas, de su doctrina sobre el efecto directo de los acuerdos internacionales que vinculan a la Unión cuando se trata de los acuerdos de la OMC al amparo del principio de reciprocidad para salvaguardar intereses comerciales de los operadores europeos en Estados Unidos, donde tales acuerdos no gozan de eficacia directa. Ahora bien, el autor tiene en cuenta que esa opción fragmentadora no afecta a los derechos que los particulares puedan deducir a la luz del ordenamiento interno, en especial en el terreno del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC). En efecto, son muy numerosas las sentencias de

tribunales nacionales reconociendo el efecto directo de Acuerdo ADPIC.

En la monografía resalta el tratamiento pormenorizado de materiales de primera mano tales como la jurisprudencia internacional clásica de la Corte Permanente, de la Corte Internacional de Justicia y jurisprudencia arbitral internacional, así como de la regional europea del Tribunal de Justicia y de la Corte Europea de Derecho Humanos. Igualmente la fundamentación basada en los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional y en una exhaustiva interpretación doctrinal avalan la lectura reposada y concienzuda de su autor.

Esta obra se suma así a una preocupación sobre las relaciones de interdependencia entre los distintos sistemas jurídicos que confluyen hoy en día para regular una misma situación jurídica en una sociedad internacional fuertemente heterogénea en la que conviven sistemas jurídicos regionales con el general. Este fenómeno del pluralismo normativo no es nuevo ni único ni se circunscribe a los fenómenos de integración. Como el propio autor reconoce las consecuencias del pluralismo jurídico son bien conocidas en materia de derechos humanos.

En todo caso, desde la perspectiva central del objeto de la monografía comentada, en palabras del autor, la aplicación del Derecho de los Tratados en el seno de la Unión ha sido positiva y beneficiosa al constatarse la existencia de mecanismos de interacción coherentes entre ambos ordenamientos que han llevado al desarrollo progresivo del Derecho de los tratados aplicables a las organizaciones internacionales.

Estamos ante una práctica constante y uniforme en el seno europeo, si bien no cabe extrapolar esas soluciones particulares a otros contextos sino con sumo cuidado. En conclusión, rigor, prudencia y excelente argumentación adornan las tesis del autor.

Araceli MANGAS MARTÍN
Universidad de Salamanca

QUIÑONES ESCÁMEZ, A.; RODRÍGUEZ BENOT, A.; ZEKRI, H., y OUHIDA, J., *Kafala y adopción en las relaciones hispano-marroquíes*, Madrid, FIIAPP, 2009, pp. 157-197.

He aquí una interesante obra que reúne tres estudios sobre la *kafala* y que permite al lector contemplar un escenario jurídico sugerente en torno a esta institución legal. Rompe el hielo el estudio de H. Zekri y J. Ouhida, con el título «La *kafala* en el Derecho marroquí» (pp. 11-125), del que pueden ponerse de relieve cuatro aspectos distintos. En primer lugar, llama la atención la traducción que las autoras hacen del vocablo «*kafala*», definido por ellas como «acogimiento familiar permanente». Ello refleja, sin duda, que la traducción de conceptos de un idioma a otro comporta, de manera imperceptible pero también inevitable, un intento de traducir instituciones jurídicas desde un ordenamiento jurídico a otro. Este primer aspecto debe ser conectado con el hecho de que las instituciones jurídicas desconocidas en un ordenamiento jurídico pueden presentar distintos grados de desconocimiento: unas resultan «más desconocidas que otras». En definitiva, es discutible que con conceptos e instituciones jurídicas del Derecho español se puedan definir instituciones jurídicas desconocidas procedentes de un Derecho extranjero. Decía M. Heidegger que su filosofía sólo podía formularse adecuadamente en lengua alemana y no le faltaba razón. En la arena jurídica sucede algo parecido, de modo que la definición de la «*kafala*» sólo se puede realizar correctamente mediante los instrumentos legales propios del ordenamiento jurídico en el

que se regula y se contempla la *kafala* y no mediante las herramientas conceptuales del Derecho español. Se puede hacer, pero será, por fuerza, una aproximación conceptual inexacta. Hay que caminar con sumo cuidado. Un segundo aspecto llama la atención de forma poderosa: el estudio se centra en el Derecho marroquí. Y es sabido que la *kafala* existe en otros muchos países cuyos ordenamientos jurídicos presentan una raíz coránica y que, por ello, la regulación de la *kafala* e incluso su función legal es, naturalmente, distinta de país a país. No existe «una *kafala*»: existe la *kafala* del Derecho marroquí, la *kafala* del Derecho argelino, la *kafala* del Derecho egipcio... En tercer lugar, también resulta curioso el arranque del estudio, focalizado de forma muy directa en tratar de desmentir la versión más difundida en Europa del origen de la *kafala* y que ha sido bien expuesta, entre otros, por F. Calvo Babío (Calvo Babío, F., *Reconocimiento en España de las adopciones simples realizadas en el extranjero*, Madrid, Univ. RJC, Dykinson, 2003, pp. 13-15). Sin entrar aquí en el debate, las autoras recurren a versiones alternativas de la historia original construidas sobre los distintos comentarios del Corán elaborados por diferentes comentaristas del mismo. En fin, lo que es claro al jurista es que la existencia de la *kafala* en Derecho musulmán se vincula directamente con la expresa prohibición de la adopción en la cultura jurídica islámica (versículos 4 y 5 de la Sura XXXIII). Por último, cabe subrayar que el estudio reseñado, centrado en la *kafala* (versión marroquí), resulta interesante y rico en matices, pues acerca al lector al conocimiento de una institución jurídica desconocida en Derecho español y cubre aspectos de fondo y de procedimiento desde la preocupación que genera la práctica relativa al traslado de niños «kafalados» fuera de Marruecos, en especial cuando no es posible realizar un seguimiento del grado de cumplimiento por parte del acogedor, de sus obligaciones (p. 33). Si bien cabe señalar que en algún momento se produce cierta confusión entre la regulación anterior y la actual relativa a la *kafala* marroquí (véase p. 23, que hace referencia a que el huérfano para ser considerado «abandonado», es necesario que no disponga de medios legítimos para subsistir). La actual regulación sólo se refiere a que sea huérfano, si bien quizás pudiera entenderse que debería estar en situación de «abandono». El trabajo aparece acompañado por un muy útil anexo con textos legales, judiciales y administrativos que siempre ayuda al profano a navegar con correctos instrumentos de orientación jurídica por las procelosas aguas del Derecho islámico.

El segundo estudio corresponde a A. Rodríguez-Benot (Rodríguez-Benot, A., «Eficacia de la *kafala* ante el ordenamiento español», pp. 127-155). Resulta altamente recomendable la exposición que el autor realiza del iter jurídico de la *kafala* ya constituida en país extranjero cuando el *makful* trata de ser introducido en España. Ello exige un doble enfoque de Derecho administrativo (Derecho de extranjería), por un lado, y de Derecho internacional privado (Ley aplicable a cuestiones de Derecho privado) por otro lado. Doble enfoque que el autor aborda con solvencia y que proporciona un sesgo práctico de valor muy notable (pp. 132-139). Ya en la perspectiva sustantiva, el autor expone con gran solvencia los aspectos jurídicos más problemáticos que se plantean a partir del momento en el que la Ley 54/2007 impide toda equiparación automática entre *kafala* y «adopción de tipo español». Así, en primer término, queda expuesto el mecanismo que recoge el art. 34 de la Ley 54/2007 de adopción internacional para facilitar la constitución de una adopción española a partir de una *kafala* válidamente constituida en el extranjero. En segundo término, A. Rodríguez-Benot indica, con su habitual perspicacia, que este art. 34 LAI ni obliga a la *kafala* a transformarse en adopción de tipo español ni equipara sin más la *kafala* a dicho acogimiento como condición

para que la misma surta efectos legales en España. Lo que este art. 34 LAI señala es que a los solos efectos de facilitar la constitución *ex novo* de una adopción del *makful* en España, la *kafala* será considerada «por equiparación» como un acogimiento familiar «español» o como una tutela «española». Ello se explica por la ubicación de este precepto en una Ley sobre «adopción internacional». A partir de aquí, y más allá de los límites de este estudio, se suscita la pregunta de los efectos jurídicos que una *kafala* puede surtir en España al margen de toda equiparación con una tutela o acogimiento familiar español para facilitar la posterior adopción española. La respuesta exigiría un cambio en la orientación que hasta ahora se ha dado a este tema. Tal y como ha expuesto M.ª P. Diago Diago, parece más indicado proceder a una «calificación por la función» de la *kafala*, lo que permite equiparar la *kafala* con diversas instituciones jurídicas españolas según sea la función jurídica desarrollada por la primera en el caso concreto (véase DIAGO DIAGO, M.ª P., «La "Kafala" islámica en España», *CDT*, 2010, vol. 2, núm. 1, pp. 140-164).

El tercer estudio es el escrito por A. Quiñones Escámez (QUIÑONES ESCÁMEZ, A., «Protección del menor venido a España en *kafala*: acogimiento con tutela dativa y, en su caso, adopción», pp. 157-197). Se trata de un trabajo bien pertrechado de armas jurisprudenciales y es aquí donde radica su mérito principal, en la lectura crítica de la jurisprudencia española en materia de *kafala*. En particular, llama la atención la reprobación que merece a la autora la ya famosa STSJ de Madrid de 31 de enero de 2008 (*kafala* marroquí). En dicho pronunciamiento, el tribunal afirma que debe equiparar *kafala* y adopción a efectos de pensión de orfandad porque la adopción no podía constituirse con arreglo a la Ley personal del menor. Esta conclusión es errónea, porque naturalmente, la constitución de la adopción sí que era posible. El tribunal dictó su sentencia con total desprecio de las normas legales vigentes y dicha *glissade* debe ser justamente censurada, como muy bien hace la autora (véase en p. 170 *in fine*) y como han denunciado también otros autores (CALVO CARAVACA, A.-L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Adopción internacional», en CALVO CARAVACA, A.-L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (dirs.), *Derecho internacional privado*, vol. II, 10.ª ed., Granada, Comares, 2009, p. 272). Más fino hila la jurisprudencia francesa en estas lides [véase, por ejemplo, Sentencia *Cour Cass.* (Francia), de 11 de junio de 2009]. La autora maneja abundantes datos de Derecho internacional privado comparado para buscar soluciones jurídicas a la inserción de la *kafala* y sus efectos legales en los países europeos, lo que sin duda, enriquece la perspectiva de análisis del lector. A. Quiñones Escámez presta especial atención, con un cuidado arsenal metodológico que tanto se echa de menos en otros estudios sobre muticulturalidad jurídica, a la prohibición de adoptar menores que rige en ciertos Derechos islámicos y al cambio que experimentó la Ley 54/2007 de adopción internacional durante su tramitación parlamentaria sobre este particular. En este punto, la autora aborda el debate, bien nutrido de opiniones en la doctrina española, relativo a la posibilidad de utilizar la *kafala* como una herramienta legal para extraer el menor de su país de origen con la finalidad última de constituir una adopción en España. La práctica judicial española está llamada, en el próximo futuro, a suministrar criterios sobre esta problemática, lo que a su vez, alimentará el debate doctrinal y contribuirá a dotar de nuevos perfiles la todavía *jeunesse dorée* de la Ley 54/2007 de adopción internacional. No está de más recordar que el Dictamen 1/2009 de la Fiscalía General del Estado sobre la posibilidad de que la *kafala* sea equiparada a la tutela o al acogimiento familiar a efectos de permitir proponer una posterior adopción «de tipo español», señala en su conclusión cuarta que la posible prohibición o desconocimiento por parte del De-

recho del país de origen del menor de la institución de la adopción no será óbice a la constitución de ésta. La polémica está servida, así, en bandeja de plata.

En suma, se trata de una obra de indudable interés para los estudiosos del Derecho islámico y del Derecho internacional privado, de agradable lectura, bien fundamentada y con notable rigor metodológico. Una obra que presenta el mérito de conjugar con elegancia tres ángulos imprescindibles en el estudio de la *kafala* desde el prisma del Derecho internacional privado: el análisis del Derecho material marroquí relativo a la *kafala*, las reacciones jurisprudenciales españolas y de otros países frente a dicha institución, y un valioso sentido práctico.

Javier CARRASCOSA
Universidad de Murcia

SEIBERT-FOHR, A., *Prosecuting serious human rights violations,* Oxford University Press, 2009.

Como fielmente refleja su propio título, esta obra tiene por objeto la persecución de las violaciones graves de los derechos humanos, ofreciendo un detallado estudio de las obligaciones internacionales (tanto de naturaleza convencional como consuetudinaria) que imponen a los Estados la persecución de los perpetradores de violaciones graves de los derechos humanos. La cuestión de fondo objeto de este libro es la determinación de la existencia o no de una obligación internacional a cargo de los Estados que va más allá de la propia obligación de investigación de las violaciones graves de los derechos humanos y que exigiría a los Estados perseguir a los perpetradores de tales violaciones. Esta determinación la efectúa la autora (que es Directora del Grupo de Investigación Minerva, del *Max-Planck Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* de Heidelberg, Alemania) a partir del examen de una pluralidad de tratados internacionales de derechos humanos de ámbito general o universal y de dos de ámbito regional (en este caso, sólo el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 y la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969).

Es en este contexto que la autora analiza también la conformidad o no con el Derecho internacional de medidas estatales que consagran la impunidad, como es el caso de las leyes de amnistía, leyes de punto final, etcétera.

El libro está estructurado en torno a ocho capítulos siendo el capítulo 1 de carácter introductorio. Señala la autora que los capítulos 2 (la persecución en el marco del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966), 3 (la persecución en el marco de la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969) y 4 (la persecución en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950) conforman la primera parte del trabajo; parte que considera la obligación de perseguir como una obligación no escrita existente en el ámbito de la protección de los derechos humanos. El objetivo de la misma es explicar el modo en el que los tribunales competentes y los órganos de control previstos por los tratados de derechos humanos han desarrollado su doctrina en orden a configurar una obligación convencional de persecución de las violaciones graves de los derechos humanos.

El capítulo 5 se ocupa de los tratados internacionales de derechos humanos de ámbito general o universal que establecen expresamente la obligación de perseguir: la Convención para la Prevención y Castigo del Crimen de Genocidio (1948); la Convención de la ONU contra la Tortura (1984); la Convención sobre la Esclavitud

(1926), el Convenio para la Represión de la Trata y de la Explotación de la Prostitución Ajena (1949); la Convención Internacional para la Represión y Castigo del Crimen de Apartheid (1973); la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (1968); la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (1965); la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones forzadas (2005).

El capítulo 6 (conceptualizando el deber de perseguir en el marco de los tratados sobre derechos humanos) compara y evalúa los diferentes razonamientos jurídicos empleados para fundamentar la persecución de las violaciones graves de los derechos humanos y realiza sugerencias para desarrollos jurisprudenciales posteriores. En este sentido, trata de guiar esa futura conceptualización centrándose en el papel específico que la persecución puede jugar en el Derecho Internacional de los derechos humanos.

El capítulo 7 cambia de perspectiva para examinar si el Derecho internacional consuetudinario permite fundamentar la existencia de un deber de perseguir las violaciones graves de los derechos humanos. En este contexto se realizan referencias tanto al Derecho internacional penal como al emergente concepto de responsabilidad del Estado por violación de los derechos humanos.

El capítulo 8 (Conclusiones) evalúa la convergencia existente entre el Derecho internacional de los derechos humanos y el Derecho internacional penal, considerando el papel que los derechos humanos deberían jugar en el concepto emergente de justicia global.

El libro concluye con la advertencia de no asumir rápidamente una obligación indiscutible a cargo de los Estados de castigar las violaciones de los derechos humanos. Pero, también, con la advertencia de la necesidad de ser conscientes de las razones que se invocan para exigir ese castigo. En opinión de la autora, el Derecho internacional de los derechos humanos no es un Derecho de retribución por lo que no debe ser utilizado para ampliar el alcance del Derecho internacional penal sin una firme base jurídica. Y concluye: «lo que en un primer momento parece una laguna en el Derecho de los derechos humanos, esto es, la ausencia de una obligación explícita de perseguir todas las violaciones graves de los derechos humanos, en un análisis cuidadoso se revela como necesario en orden a tratar adecuadamente situaciones que requieren respuestas específicas».

En definitiva, una obra rigurosa, muy bien documentada y muy interesante que aborda una cuestión hasta el momento no tratada (al menos que yo sepa) por la doctrina española de Derecho internacional público y que, sin embargo, resulta necesaria tanto en el marco del Derecho internacional de los derechos humanos como en el del Derecho internacional penal. En especial, en el emergente campo de investigación relativo a las víctimas en el Derecho internacional.

Carlos Fernández de Casadevante Romani
Universidad Rey Juan Carlos