





REVISTA ESPAÑOLA  
DE  
DERECHO INTERNACIONAL



REVISTA ESPAÑOLA  
DE  
DERECHO  
INTERNACIONAL

VOLUMEN 71  
2019, NÚM. 2  
JULIO-DICIEMBRE

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE PROFESORES DE DERECHO INTERNACIONAL  
Y RELACIONES INTERNACIONALES

—  
MARCIAL PONS

MADRID-2019

La Revista Española de Derecho Internacional (REDI) está recogida e indexada en ANEP, CARHUS PLUS+, Dialnet, Google Scholar, IFLP, ÍndICES-CSIC, IN-RECJ (1994-2009), IPSA, ISOC, Latindex, PIO, RAS, RESH, Sumaris, CBUC, Ulrichs, vLex, HeinOnline y JStor. La Revista pertenece a la Red Latinoamericana de Revistas y publicaciones de Derecho Internacional (RELAREDI).

La REDI ha recibido el sello de calidad FECYT en su VI convocatoria (2018).



La Revista Española de Derecho Internacional es accesible en abierto en la página *web* <http://revista-redi.es/es/> a partir del volumen 2006 hasta la actualidad, con la salvedad de los dos últimos números publicados, que se hallan sujetos a un embargo de doce meses. La REDI es accesible en formato digital desde el volumen número 1 a través de suscripción a Heinonline y JStor.

© ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE PROFESORES DE DERECHO INTERNACIONAL Y RELACIONES INTERNACIONALES

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

San Sotero, 6 - 28037 MADRID

☎ (91) 304 33 03

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

ISSN: 0034-9380

E-ISSN: 2387-1253

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

Depósito legal: M. 520-1958

Fotocomposición: JOSUR TRATAMIENTO DE TEXTOS, S. L.

Impresión: ARTES GRÁFICAS HUERTAS, S. A.

C/ Antonio Gaudí, 15

Polígono Industrial El Palomo - 28946 Fuenlabrada (Madrid)

MADRID, 2019

# REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO INTERNACIONAL

## DIRECTORA

Araceli MANGAS MARTÍN  
Universidad Complutense de Madrid

## CONSEJO DE REDACCIÓN

Montserrat ABAD CASTELOS  
Universidad Carlos III de Madrid

Joaquín ALCAIDE FERNÁNDEZ  
Universidad de Sevilla

José Luis DE CASTRO  
Universidad del País Vasco

Manuel DESANTES REAL  
Universidad de Alicante

Jaume FERRER LLORET  
Universidad de Alicante

Federico GARAU SOBRINO  
Universidad de las Islas Baleares

Inmaculada MARRERO ROCHA  
Universidad de Granada

Blanca VILA COSTA  
Universidad Autónoma de Barcelona

## CONSEJO ASESOR

Paz ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA  
Universidad de Oviedo

Celestino DEL ARENAL MOYÚA  
Universidad Complutense de Madrid

Antonio A. CANÇADO TRINDADE  
Universidad de Brasilia

José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS  
Universidad Complutense de Madrid

José Antonio PASTOR RIDRUEJO  
Universidad Complutense de Madrid

Elisa PÉREZ VERA  
Universidad Nacional de Educación  
a Distancia

Fausto POCAR  
Universidad de Milán

Antonio REMIRO BROTONS  
Universidad Autónoma de Madrid

Gil Carlos RODRÍGUEZ IGLESIAS<sup>†</sup>  
Universidad Complutense de Madrid

Linda SILBERMAN  
New York University

Christian TOMUSCHAT  
Humboldt Universität

Tullio R. TREVES  
Universidad de Milán

## SECRETARÍA DE LA REVISTA

Marta REQUEJO ISIDRO  
Max Planck Institute for Procedural Law, Luxembourg  
Letrada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

### *Redactores*

Marta Abegón - María Asunción Cebrián - Guillem Gabriel  
Mercedes Guinea - Francisco Pascual - Antonio Sánchez

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

## Suscripciones

MARCIAL PONS

San Sotero, 6 - 28037 Madrid

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

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

La suscripción anual para España (tanto instituciones como particulares)  
es de 52 euros. Para el extranjero es de 93,60 euros.  
El precio por número suelto: 26 euros.

---

## SUMARIO/CONTENTS

	Pág.
NOTA DE LA DIRECCIÓN: <i>Sello de calidad de la Fundación Española para la Ciencia y la Tecnología</i> .....	13
ESCOBAR HERNÁNDEZ, C. E., <i>In Memoriam Gil Carlos Rodríguez Iglesias</i> .....	15
DÍAZ BARRADO, C. M. y FERNÁNDEZ LIESA, C. R., <i>In Memoriam Fernando M. Mariño Menéndez</i> .....	19
Editorial. ALEGRÍA BORRAS, <i>La Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado: pasado, presente y futuro</i> .....	23
<b>I. ESTUDIOS/STUDIES</b>	
MOURA RAMOS, R. M., <i>A codificação do direito internacional privado português em perspectiva, meio século mais tarde</i> .....	27
— The Codification of Portuguese Private International Law in Perspective, half a Century Later	
INFANTE CAFFI, M. <sup>a</sup> T., <i>La Corte Internacional de Justicia se pronuncia sobre la demanda de Bolivia contra Chile relativa a una obligación de negociar. La sentencia de 1 de octubre de 2018</i> .....	49
— The International Court of Justice Decided on the Complaint of Bolivia Against Chile Relating to an Obligation to Negotiate. The Judgment of 1 October 2018	
GONZÁLEZ VEGA, J. A., <i>En busca del esquivo mar: la controversia Bolivia-Chile ante la Corte Internacional de Justicia</i> .....	75
— <i>In Search of the Elusive Sea: the Bolivia-Chile Dispute Before the International Court of Justice</i>	
NOVAK, F., <i>La conducta ulterior de las partes como regla principal de interpretación de los Tratados</i> .....	101
— Subsequent Conduct of the Parties as Main Rule for Treaty Interpretation	
KENNEDY, M., <i>Las reclamaciones sin infracción en las diferencias relativas a la propiedad intelectual en la OMC</i> .....	125
— Non-Violation Complaints in Intellectual Property Disputes in the WTO	
MARCHAL ESCALONA, N., <i>El marco regulador en proyecto en España para la resolución alternativa de conflictos: ¿nuevas perspectivas para las reclamaciones de consumo?</i> .....	145
— The Regulatory Framework Project in Spain for Alternative Conflict Resolution: New Prospects for Consumer Claims?	
CACHO SÁNCHEZ Y., <i>El potencial desarrollo del nuevo procedimiento consultivo ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: fortalezas, debilidades, oportunidades y amenazas</i> .....	171
— The Potential Development of the New Advisory Procedure Before the European Court of Human Rights: Strengths, Weaknesses, Opportunities and Threats	

	Pág.
FERNÁNDEZ ARRIBAS, G., <i>Corte Penal Internacional y crimen de agresión: el levantamiento de inmunidades mediante la remisión de asuntos por el Consejo de Seguridad</i> .....	195
— The International Criminal Court and the Crime of Aggression: the Waiver of Immunities Through Security Council Referrals	
LARA PACHECO R. F., <i>Las ciudades mundiales y globales en el medio internacional, una revisión teórico-metodológica desde las relaciones internacionales</i> .....	223
— World Cities and Global Cities in the International Medium, a Theoretical and Methodological Revision from International Relations	
GUTIÉRREZ ESPADA C., <i>Los sistemas de defensa contra drones, a la luz del Derecho internacional</i> .....	257
— Defense Systems Against Drones, in Light of International Law	

## II. FORO/FORUM

### EL LEGADO DE LA SOCIEDAD DE NACIONES/ THE LEGACY OF THE LEAGUE OF NATIONS

WHITE, N. D., <i>The Legacy of the League of Nations: Continuity or Change?</i> .....	277
COLLINS, R., <i>The League of Nations and the Emergence of International Administration: Finding the Origins of International Institutional Law</i> .....	285

### FEMINISMO Y RELACIONES INTERNACIONALES

RODRÍGUEZ MANZANO, I., <i>Un siglo de feminismo en Relaciones Internacionales</i> ....	295
MOURE, L., <i>Teoría feminista y Relaciones Internacionales: balance de cuarenta años de activismo académico en el centenario de la disciplina</i> .....	301

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

MARULLO, M. Ch., <i>La jurisdicción universal española en la STC 140/2018, de 20 de diciembre</i> .....	311
---	-----

## IV. BIBLIOGRAFÍA/BIBLIOGRAPHY

<i>Recensiones</i> .....	319
Book reviews	
BALLESTEROS BARROS, Á. M., <i>La responsabilidad de la sociedad dominante en los grupos internacionales de sociedades</i> , Navarra, Civitas-Thomson Reuters, 2018, 362 pp., por Lucas Andrés Pérez Martín.....	319
BELINTXON MARTÍN, U., <i>Cooperación, seguro y actividades deportivas transfronterizas</i> , Navarra, Aranzadi-Thomson Reuters, 2018, 198 pp., por María del Carmen Chéliz Inglés .....	321

	Pág.
CALIGIURI, A., <i>L'arbitrato nella Convenzione delle Nazioni Unite sul Diritto del Mare</i> , Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, 272 pp., por Eduardo Jiménez Pineda .....	322
CAMPUZANO DÍAZ, B., <i>Los acuerdos de elección de foro. Un análisis comparado de su regulación en el Convenio de La Haya de 2005 y en el Reglamento 1215/2012</i> , Granada, Comares, 2018, 259 pp., por Mónica Herranz Ballesteros.....	324
CHÉLIZ INGLÉS, M. <sup>a</sup> C., <i>La sustracción internacional de menores y la mediación. Retos y vías prácticas de solución</i> , Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, 405 pp., por M. <sup>a</sup> Ángeles Rodríguez Vázquez .....	326
CORTÉS MARÍN, J. M., <i>Avatares del proceso de adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos</i> , Madrid, Reus, 2018, 247 pp., por Casilda Rueda Fernández .....	327
DÍAZ BARRADO, C. M., <i>América en busca de la integración: rasgos y principios desde la óptica del Derecho internacional</i> , Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, 311 pp., por Manuel Cienfuegos Mateo .....	329
FERNÁNDEZ ILLANES, S., <i>La codificación y decodificación del Derecho internacional por los organismos internacionales</i> , Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, 145 pp., por Eduardo Vilariño Pintos .....	331
GÓMEZ ISA, F., CHURRUCA MUGURUZA, C. y WOUTERS, J. (eds.), <i>EU Human rights and democratization policies. Achievements and challenges</i> , Routledge, 2018, 188 pp., por Noé Cornago .....	332
GÓMEZ JENE, M., <i>Arbitraje Comercial Internacional</i> , Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2018, 536 pp., por Juan José Álvarez Rubio.....	334
HORNERO MÉNDEZ, C., YBARRA BORES, A., GONZÁLEZ MARTÍN, N. y RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, E. (coords.), <i>Derecho Sucesorio Comparado. Las experiencias española y mexicana en un contexto internacional</i> , Ciudad de México, Tirant lo Blanch, 2019, 425 pp., por Carlos H. Reyes Díaz.....	336
IGLESIAS BUIGUES, J. L. y PALAO MORENO, G. (dirs.), <i>Régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de las uniones registradas en la Unión Europea. Comentarios a los Reglamentos (UE) núms. 2016/1103 y 2016/1104</i> , Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, 583 pp., por Pilar Blanco-Morales Limones.....	337
MANERO SALVADOR, A., <i>Los tratados de libre comercio de Estados Unidos y de la Unión Europea</i> , Barcelona, Bosch, 2018, 367 pp., por Antonio Segura Serrano.....	339
OANTA, G. A. (coord.), <i>El Derecho del Mar y las personas y grupos vulnerables</i> , Bosch Editor, 2018, 426 pp., por Rafael Casado Raigón.....	341
SANTAOLALLA MONTROYA, C., <i>La Política de Competencia en su Proyección sobre el Agro Español</i> , Navarra, Aranzadi-Thomson Reuters, 2018, 299 pp., por Julio Antonio García López .....	342
THEY, M., <i>La protection internationale du patrimoine culturel de la mer: les compétences de l'État sur les biens culturels submerges</i> , Leiden/Boston, Brill/Martinus Nijhoff (Études de Droit International, vol. 9), 2018, 655 pp., por Mariano J. Aznar Gómez .....	344



## NOTA DE LA DIRECCIÓN

### **Sello de calidad para la Revista Española de Derecho Internacional**

La *REDI* obtuvo en abril de 2019 el más alto reconocimiento de calidad que se prevé para revistas científicas en España.

La Fundación Española para la Ciencia y la Tecnología (FECYT), que apoya la profesionalización e internacionalización de las revistas científicas de calidad contrastada, evalúa las revistas. Cuando se superan los procesos minuciosos de evaluación, muestra su reconocimiento por medio de un *Sello de Calidad*.

Hace cuatro años tomé el relevo en la tarea de anteriores directores con un programa electoral basado en la transformación profunda, en fondo y forma, de los contenidos y la gestión de la *Revista* fundada en 1948. Adaptarla al tiempo digital y de gran competitividad interna e internacional requería cambios en su estructura y en una gestión transparente con unas Directrices Generales y un Código de Buenas Prácticas ([www.redi-revista.es](http://www.redi-revista.es)) para garantizar la independencia, objetividad y previsibilidad de su gestión.

Lograr para la *REDI* el *Sello de Calidad 2019* es un motivo de especial gratitud por un esfuerzo colectivo. En primer lugar, a los autores que han volcado en estas páginas sus mejores análisis y reflexiones. En segundo lugar, a los que asumen el esfuerzo del proceso editorial de forma inmediata y silenciosa: redactores, evaluadores y, en especial, la Dra. Marta Requejo Isidro, secretaria académica de la *REDI*. También al Consejo de Redacción y a Marcial Pons, la empresa editora.

Este reconocimiento de excelencia nos compromete a todos con estándares internacionales, lo que favorece a autores y lectores quienes confiarán cada vez más en la *REDI*.

Araceli MANGAS MARTÍN

*Directora. Septiembre de 2019.*



*IN MEMORIAM*  
GIL CARLOS RODRÍGUEZ IGLESIAS

El pasado 17 de enero falleció en Madrid Gil Carlos Rodríguez Iglesias. A pesar de que su larga y penosa enfermedad era conocida y seguida de cerca por sus amigos, no por ello su fallecimiento fue menos impactante. Siempre resulta difícil aceptar la pérdida de una persona tan querida y significativa como el Profesor Rodríguez Iglesias, y aunque desde hace algún tiempo la evolución de su enfermedad nos había privado ya de su presencia y de la posibilidad de comunicarnos con él, la noticia de su muerte nos congeló a todos el corazón en una fría mañana de enero.

Gil Carlos Rodríguez Iglesias nació en Gijón el 26 de mayo de 1946 y se crió en Sama de Langreo, un pueblo de la cuenca minera asturiana donde su padre ejercía como médico. Cursó sus estudios en la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo, donde conoció a la que sería ya la compañera de toda su vida, Teresa. En 1968 obtuvo la licenciatura en Derecho y se incorporó como ayudante en dicha Facultad, hasta que en enero de 1970 se trasladó al Instituto de Derecho Público de la Universidad de Friburgo de Brisgovia, donde comenzó su andadura en el ámbito del Derecho comunitario y creó lazos con el mundo jurídico alemán que le acompañarían siempre. A su vuelta a España, se integró en el equipo que el Profesor don Manuel Díez de Velasco, su maestro desde entonces, estaba formando en la recientemente creada Universidad Autónoma de Madrid. Allí entró en contacto con Oriol Casanovas i la Rosa, Gregorio Garzón Clariana y Fernando Mariño Menéndez. En dicha Universidad obtuvo el grado de doctor y en 1974, siguiendo al Profesor Díez de Velasco, se trasladó a la Universidad Complutense de Madrid, donde obtuvo la plaza de profesor adjunto de Derecho internacional público en 1978. En este periodo, Gil Carlos Rodríguez Iglesias compartió actividad con otro grupo de profesores dedicados al Derecho internacional y el Derecho comunitario, entre los que se encontraban José Antonio Pastor Ridruejo, Manuel Pérez González, Eduardo Vilariño, Araceli Mangas Martín, Carlos Jiménez Piernas, Nila Torres Ugena, Fanny Castro-Rial, Nicole Stoffel —ya en la última época— y yo misma. Fue precisamente durante ese periodo, en el curso académico 1978-1979, cuando tuve el privilegio de ser alumna de Gil Carlos en la asignatura de Derecho internacional público, lo que determinó mi futuro profesional.

En 1982, Gil Carlos Rodríguez Iglesias accedió a la cátedra de Derecho internacional público. Siguiendo la tradición del momento, el nuevo catedrático inició la «itinerancia académica», ocupando primero la cátedra de Derecho internacional público de la Universidad de Extremadura y, poco tiempo después, la de la Universidad de Granada, donde se instaló con vocación de permanencia. En este periodo, que se inicia en 1983 y continúa administrativamente hasta 2004, compartió tareas académicas con Diego Liñán Nogueras y Juan Manuel de Faramiñán, e impulsó el interés por el Derecho internacional y —sobre todo— por el Derecho comunitario entre las nuevas promociones de estudiantes que pasaban por sus aulas, contribuyendo de manera decisiva a la creación de una «escuela granadina» a la que pertenecen, entre otros, Javier Roldán Barbero, Alejandro del Valle Gálvez y Manuel López Escudero.

El paso de Gil Carlos Rodríguez Iglesias por la Universidad de Granada fue decisivo para impulsar y consolidar los estudios de Derecho comunitario no solo en dicha Universidad, sino en España. Los años de Granada merecen ser destacados no solo por la actividad en las aulas universitarias, sino también por una iniciativa de gran importancia para la judicatura española: la organización en colaboración con el Consejo General del Poder Judicial de los Cursos de Derecho comunitario, que se celebraron en Granada durante muchos años y que nos han dejado como legado escrito el libro *El derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, publicado en 1993 bajo la codirección de Gil Carlos Rodríguez Iglesias y Diego Liñán Nogueras.

Sin embargo, el itinerario académico del Profesor Rodríguez Iglesias no terminó en Granada, sino en la Universidad Complutense de Madrid a la que, tras su vuelta de Luxemburgo, el ya Presidente Rodríguez Iglesias se incorporó en 2004 como catedrático de Derecho internacional público y titular de una Cátedra Jean Monnet desde la que seguir impulsando el estudio del Derecho de la Unión Europea. Tarea que compartió con la de director del Real Instituto Elcano de estudios internacionales y estratégicos entre 2005 y 2012.

La Universidad de Granada ha sido, en efecto, el centro universitario español al que Gil Carlos Rodríguez Iglesias estuvo vinculado por un periodo de tiempo más largo, y en el que, sin duda, proyectó de manera más directa y autónoma su condición de universitario y maestro de universitarios. Sin embargo, su presencia en las aulas granadinas se vio interrumpida en 1986 por una feliz circunstancia. El 1 de enero de ese año se produjo la tan esperada entrada de España en las Comunidades Europeas y el Gobierno español, siguiendo la sabia sugerencia del Profesor Díez de Velasco, propuso a Gil Carlos Rodríguez Iglesias como juez del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas; puesto que ocupó desde el 31 de enero de 1986 hasta octubre de 2003. De esta manera, el catedrático de Granada se convirtió en el primer juez español de este Tribunal, en el que no solo prestó servicios como juez, sino que fue elegido por sus pares como presidente en 1994 y reelegido en dos ocasiones, ocupando la presidencia hasta su salida del Tribunal en 2003.

Si las aportaciones de Gil Carlos Rodríguez Iglesias en el ámbito académico han sido especialmente destacadas, no cabe decir menos de su trabajo en el Tribunal de Justicia. En su función de juez trasladó a la institución judicial sus vastos conocimientos jurídicos, la dedicación y rigurosidad de su trabajo y su sentido común. Todo ello en el contexto de una firme convicción de que el Derecho es la mejor vía para construir Europa y la única que permite consolidar una auténtica comunidad en la que no solo los Estados, sino también los individuos, ocupan un lugar. No es extraño, por tanto, que el Juez Rodríguez Iglesias fuera el ponente de destacadas sentencias que —como las recaídas en los asuntos *Francovich* y *Bonifaci*, *Brasserie du Pêcheur* y *Factor-time*, o *Hoechst/Comisión*— han contribuido de manera destacada a reforzar y consolidar el concepto del Derecho comunitario como sistema y la concepción de la Unión Europea como una comunidad de Derecho en cuyo centro se sitúan los individuos. Por ello, tampoco es extraño que el Libro homenaje que le ofrecieron sus colegas del Tribunal al abandonarlo en 2003 se titule precisamente *Una comunidad de derecho*.

No menos importante fue su tarea como presidente del Tribunal, en la que no solo contribuyó a la modernización y agilización de esta institución, sino que además se esforzó por acercarla a los ciudadanos y se convirtió en uno de los más grandes defensores de sus competencias y de su independencia, no solo ante el resto de las instituciones, sino también frente a los tribunales nacionales de los Estados miembros, a los que recordó siempre el papel del Tribunal de Luxemburgo como intérprete último del Derecho de la Unión. Algo que hizo con suma lealtad, respetando en todo momento la pluralidad jurisdiccional, buscando la proximidad de los tribunales nacionales y la correcta relación entre sistemas, siempre en beneficio del proceso de integración europea. En 2003, cuando se retiraba del Tribunal de Justicia, recibió el Premio Walter Hallstein por su destacada contribución al proceso de integración europea.

Seguramente fue su enfoque sistémico y garantista del Derecho, su voluntad de crear mecanismos de cooperación entre tribunales y su gran experiencia en el Tribunal de Luxemburgo lo que llevó al Consejo de Europa a nombrarle, en 2005, presidente del Grupo de Sabios encargado de examinar la cuestión de la eficacia a largo plazo del mecanismo de control del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Sus contribuciones a los trabajos de este Grupo fueron especialmente destacadas y no puede dejar de señalarse el gran impacto que su informe final ha tenido en las ulteriores reformas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Además, el perfil profesional de Gil Carlos Rodríguez Iglesias no puede entenderse sin su implicación en la consolidación de una comunidad científica española dedicada al estudio del Derecho de la Unión Europea. Así, baste recordar su relevante aportación a la *Revista de Instituciones Europeas*, en cuya creación participó y de la que fue codirector hasta el momento en que fue sustituida por la *Revista de Derecho Comunitario Europea*, de la que también ha sido director hasta el momento de su fallecimiento. Y junto a ello, su

participación activa en la creación de la Asociación Española para el Estudio del Derecho Europeo, con la que siempre mantuvo una gran vinculación y de la que fue presidente entre 2006 y 2015, celebrándose bajo su presidencia el Congreso anual de la FIDE de 2010.

De esta brevísima reseña de la intensa actividad profesional del Profesor Rodríguez Iglesias es fácil concluir el significativo lugar que le corresponde en el mundo jurídico español y europeo, lo que le ha deparado grandes reconocimientos dentro y fuera de nuestras fronteras, tanto a través de varios doctorados *honoris causa* (Universidades de Turín, Babes-Bolyai, el Sarre, San Clemente de Ohrid, Oviedo, Cádiz y Granada) como por la concesión de las máximas condecoraciones en Grecia, Rumanía, Gran Ducado de Luxemburgo, Italia, Francia y en nuestro propio país (Grandes Cruces del Mérito Civil, de Isabel la Católica, de Alfonso X El Sabio y de San Raimundo de Peñafort). A lo que se ha de añadir su condición de Académico Honorario de la Academia Asturiana de Jurisprudencia desde 1998 y Académico electo de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, aunque por las circunstancias de sus últimos años de vida no llegó a dictar la lección de ingreso en la misma. En este mismo plano, también fue reconocido como miembro de honor de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales y miembro del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional.

A pesar de todo lo ya dicho, y lo que se podría añadir, sobre la extraordinaria figura de Gil Carlos Rodríguez Iglesias, ningún intento de recordarle estaría completo ni le haría justicia sin una mención a su calidad humana y personal. Gil Carlos era un hombre prudente, tímido y a veces reservado, pero siempre equilibrado, amable y respetuoso. Era exigente con su entorno, porque antes que nada lo era consigo mismo. Y era una persona que transmitía conocimiento sin pretender demostrar todo lo que sabía. En 2016, con ocasión del merecido homenaje que le ofreció la Asociación Española para el Estudio del Derecho Europeo en el marco del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, el periódico asturiano *La Nueva España* le dedicó un artículo titulado «El sabio de la justicia europea». Probablemente no haya un título más merecido para referirse al Profesor Rodríguez Iglesias, al que un grupo de sus alumnos de Derecho internacional público del curso 1978-1979 de la Universidad Complutense bautizamos coloquialmente como «el sabio Gil Carlos» y siempre hemos seguido refiriéndonos a él con ese cariñoso apelativo. Tanto por sus conocimientos como por su forma de afrontar la vida, Gil Carlos Rodríguez Iglesias era un sabio con mayúsculas y así le recordaremos siempre.

Concepción ESCOBAR HERNÁNDEZ

Ginebra, 22 de mayo de 2019

Catedrática de Derecho internacional público de la UNED

Miembro de la Comisión de Derecho Internacional

*IN MEMORIAM*  
FERNANDO M. MARIÑO MENÉNDEZ

Nació en Noia (La Coruña) en 1945 y falleció en Madrid en 2018. Estas palabras son un recuerdo en su memoria, que complementa otro recuerdo que se publicará en el *Anuario Español de Derecho Internacional*.

Fernando vivió a lo largo de su vida en Barcelona, Madrid, Córdoba, Zaragoza y Gijón, donde todavía vive su madre. Le gustaba decir que era español cuando se le preguntaba por su lugar de procedencia y este era uno de los rasgos que perfilaron su vida y su obra académica, pero también sus posiciones universales siempre en favor de los débiles en la sociedad internacional.

Su formación es deudora de una Barcelona cosmopolita, abierta y emprendedora de los años sesenta, donde estudió y conoció a su maestro, el Prof. Manuel Díez de Velasco. Dadas sus excelentes calificaciones académicas pudo completar su formación en el Colegio de los españoles, en Bolonia, donde en 1970 obtuvo el premio extraordinario «Vittorio Emmanuelle».

Dedicó su vida profesional al Derecho internacional, pertenecía a una de las últimas generaciones que hicieron un *cursus honorum* hasta poder obtener una cátedra madrileña. Empezó en las Universidades catalanas de Lérida y Barcelona, luego se fue a Madrid, a la Universidad Autónoma, siguiendo a su maestro. Como catedrático estuvo en la Universidad de Córdoba (1982), en la de Zaragoza (1983-1990) y en la Carlos III de Madrid (1990-2018). Si bien inicialmente pensaba acceder a la de Alcalá de Henares, tuvo la fortuna de que se crease la Carlos III, donde había ido Cástor M. Díaz Barrado en 1989.

Concurrió en la última oposición a cátedras con seis ejercicios. Se dedicó en plenitud a la Universidad, algo que empieza a ser singular en Madrid. Acudía a la Universidad a diario, tanto en Zaragoza como en Madrid, en un rasgo que refleja una profunda vocación. En su época catalana trabó lazos profundos. En las otras Universidades también dejó su huella. No eludió las tareas de gestión en la Universidad, siendo vicedecano (en Zaragoza y Madrid) y director del departamento. También fue organizador de las Jornadas de arbitraje de la AEPDIRI, celebradas en la Universidad de Zaragoza en los ochenta. Coordinó másteres, cursos, proyectos de investigación y libros colectivos sobre cuestiones como la inmigración, la acción exterior europea,

la prohibición de la tortura, la política social y la cooperación al desarrollo, entre otras.

En la Carlos III contribuyó a la creación del Instituto de estudios internacionales y europeos Francisco de Vitoria, del que fue su primer director. El Instituto se había creado por la disolución del que había en el del CSIC. Un acuerdo entre la Carlos III (siendo Rector G. Peces-Barba) y el Ministerio de Educación (siendo Secretario de Estado A. Pérez-Rubalcaba) permitió que los fondos bibliográficos del CSIC se depositasen en la Carlos III, así como los derechos de edición de la *Revista Española de Derecho Internacional*, que la universidad editó durante cuatro años, y luego cedió a la AEPDIRI. Entre tanto, se firmó un convenio con el *BOE* para su publicación, el cual sigue en vigencia.

Fernando tenía una visión singular del ordenamiento jurídico internacional, con una gran capacidad de comprensión y análisis que sobrepasa, en sus escritos, lo que resulta habitual en nuestra disciplina. Su primera estancia en Madrid permitió que madurasen sus *Nociones básicas de Derecho Internacional* que, sin embargo, encuentran su reflejo escrito en la Universidad de Zaragoza, que las publicó. Posteriormente serían la base de su *Curso de Parte General*, editado en 1995, por la editorial Trotta.

Recordamos aquellos años de Córdoba y de Zaragoza en los que lo primordial era el estudio y la reflexión y en el que no primaban, como ahora, las alharacas académicas. Dirigía con tolerancia el equipo de investigadores y docentes que conforman una parte importante de sus discípulos. Formó una escuela que empezó en Córdoba y Zaragoza (Cástor M. Díaz Barrado, Carlos R. Fernández Liesa) y continuó en Madrid (Amparo Alcoceba Gallego, Alicia Cebada Romero, Daniel Oliva Martínez, Carmen Pérez González, Jorge Zavala Salgado, Pablo Zapatero Miguel).

Las largas horas de trabajo en la Universidad forjaron un jurista de primer nivel que, sin embargo, nunca perdió de vista que el derecho es «un arma» en favor del ser humano. En verdad, la técnica normativista que recorre sus trabajos no oculta que el Derecho internacional está dirigido realmente a la defensa de derechos y que sin legitimidad no merece la pena profundizar en este ordenamiento jurídico. Su pasión por el Derecho y por la Universidad siempre estuvo acompañada por su colaboración desinteresada con quienes defendían la paz, los derechos de las minorías o la instauración de instituciones internacionales destinadas al reconocimiento y protección de derechos. De ahí su colaboración con el Centro Pignatelli en Zaragoza o con organizaciones no gubernamentales.

La obra científica del Profesor Mariño atestigua tanto su vocación como su excelente formación académica y el conocimiento de diversas lenguas. Entre las principales líneas de investigación que cultivó destacan: su interés por las cuestiones de teoría general del Derecho internacional (unidad, situaciones jurídico constitucionales, derecho de la responsabilidad, teoría de los sujetos), la teoría de la organización internacional (y diversas aportaciones

en el marco de la construcción europea), así como en Derecho internacional del medio ambiente, el Derecho internacional de los derechos humanos o la solución pacífica de controversias, entre otras muchas materias.

Fue importante su aportación en Comités en el ámbito de los derechos humanos. Fernando Mariño fue el primer y único español que formó parte, durante años, del Comité contra la Tortura (2001-2013), del que sería presidente. Su experiencia quedó reflejada en el Curso que impartió en la Academia de Derecho Internacional de La Haya en 2016. Su periplo universitario se combinó con su interés por las asociaciones en defensa de los derechos humanos, llegando a ser presidente de la Asociación Pro Derechos Humanos (1998-2002).

Solo cabe decir que el 14 de octubre de 2018, antes de caer la tarde, no debería haber acontecido nada, pero sucedió y, por ello, no podremos seguir contando con la presencia física de Fernando Mariño. Nuestro pésame para su familia, especialmente para su mujer y sus tres hijos. Quedan muchas cosas de su trabajo y de su dedicación, esencialmente universitaria, pero hemos de confesar que, por lo menos, algo resulta verdaderamente inolvidable: no resulta fácil encontrar un jurista de calidad que, sin renunciar a ninguna de las técnicas del Derecho, tenga la capacidad de transmitir y convencer de que el Derecho internacional nació y se proyecta como una palanca en favor de los derechos humanos. Fernando Mariño supo «engañar» al tratado, a la costumbre e, incluso, al acto unilateral de los Estados y ponerlos al servicio del ser humano.

Cástor Miguel DÍAZ BARRADO  
Catedrático de Derecho internacional público,  
Universidad Rey Juan Carlos  
Carlos Ramón FERNÁNDEZ LIESA  
Catedrático de Derecho internacional público,  
Universidad Carlos III



## EDITORIAL

### **LA CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: PASADO, PRESENTE Y FUTURO**

1. Poco podía imaginar el jurista holandés Tobias M. C. Asser lo que iba a ser y los problemas que iba a tener la Conferencia más de un siglo después de aquella primera reunión convocada por iniciativa suya el 12 de septiembre de 1893 y a la que asistieron 13 Estados europeos, entre ellos España. El éxito de la primera reunión animó a otras Conferencias posteriores, pero el cambio importante, tanto desde la perspectiva estructural como sustancial, se produjo en los años cincuenta, estableciéndose unas reglas por las que ha venido rigiéndose hasta época reciente. Ha sido necesario llegar al siglo XXI para que se aborde un nuevo planteamiento, como consecuencia de una serie de circunstancias que suscitan dudas sobre el futuro de la Organización.

2. Fue el 31 octubre de 1951 cuando se aprobó el Estatuto de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, entrado en vigor el 15 de julio de 1955 y en el que destaca la creación de una Oficina Permanente (*Bureau Permanent/Permanent Bureau*), como órgano que da continuidad a los trabajos entre las Sesiones, y el establecimiento de la periodicidad de las Sesiones diplomáticas, que tendrían lugar cada cuatro años. A partir de ese momento ya no se trata de la reunión de diversas Conferencias, sino que se trata de reuniones de una Organización internacional que se llama «Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado». Se abre así una nueva etapa que resulta particularmente interesante.

Merece destacar la alta especialización en la materia que durante ese periodo tuvieron los delegados de los países. Si, por parte española, cabe destacar la participación de Juan Antonio Carrillo Salcedo, Julio D. González Campos, Elisa Pérez Vera, Miguel de Angulo y José M.<sup>a</sup> Espinar, no puede dejar de mencionarse los ilustres profesores que conocí al llegar por primera vez a la Conferencia de La Haya en 1987. Puedo citar a Alfred von Overbeck, Paul Lagarde, Allain Philip, David Hayton, Antonio Boggiano, Donovan Waters, Eugene Scoles, Johannes Voulgaris, Ferenz Madl, José Luis Siqueiros o Isabel de Magalhaes Collaço, juntamente con otros que éramos entonces

los «jóvenes» profesores y delegados, como David McClean, Jeffrey Talpis, Spyros Vrellis, Paolo Picone, Fausto Pocar o Teun Struycken.

3. Diversos datos pusieron de relieve que el Estatuto de 1951 no resultaba adecuado para las exigencias actuales. La ampliación de las funciones de la Oficina Permanente, el aumento espectacular del número de Estados miembros de la Conferencia, la poca utilidad de reunir sesiones diplomáticas cada cuatro años, la necesidad de adoptar decisiones de asuntos generales y política de la Conferencia con más frecuencia, etc., son elementos que mostraban una necesidad de cambio. A ello habría que añadir la cuestión de la «comunitarización» o «europeización» del Derecho internacional privado. El examen de lo acaecido en los últimos años y, en particular, del proyecto sobre sentencias (el conocido *Judgments Project*) muestran claramente cómo y porqué se gestó la reforma. En primer lugar, la XIX Sesión, que se debía haber celebrado en 2000, se suspendió como consecuencia de una comunicación de los Estados Unidos de América que propuso su retraso, entendiendo que el proyecto sobre sentencias no resultaba aceptable. En segundo lugar, la Comisión de Asuntos generales y política de la Conferencia, celebrada en 2000, decidió iniciar la preparación de un Convenio sobre ley aplicable a ciertos derechos sobre valores depositados en un intermediario y hacerlo por un procedimiento rápido e informal, acordando posteriormente la elaboración de unos principios sobre elección de la ley aplicable a los contratos internacionales, todo ello alejado de los temas y métodos habituales. Debe añadirse que, pese a las dudas sobre la conveniencia de preparar nuevos textos en la materia, en la XXI Sesión diplomática, en 2007, se adoptó el Convenio de 23 de noviembre de 2007 sobre Cobro Internacional de Alimentos para los Niños y otros Miembros de la Familia y el Protocolo de la misma fecha sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias. Ello ocurría, por tanto, dos años después de que se celebrara la XX Sesión, en que se aprobó tanto el Convenio sobre Acuerdos de Elección de Foro como la reforma del Estatuto. Sin embargo, en la Sesión de 2007 no se decidió ningún tema para preparar un Convenio de forma inmediata.

Los plazos, las técnicas y los procedimientos muestran la necesidad de cambio: hay dudas sobre la coordinación entre los diferentes órganos de la Conferencia, hay problemas financieros, plantean problemas las consecuencias de la universalización de la Conferencia y la participación de los Estados miembros, la necesidad de flexibilizar los métodos de trabajo, el posible ingreso de la Comunidad Europea como miembro de la Organización, etc. Todo ello condujo a la revisión del Estatuto.

4. La entrada en vigor de la modificación del Estatuto de la Conferencia se produjo el 1 de enero de 2007 al haberse alcanzado las 44 aceptaciones necesarias, lo que también permitió que se aprobara el ingreso de la Comunidad Europea. Con la entrada en vigor del Estatuto revisado se inicia una nueva etapa de la Conferencia de La Haya, que tiene trascendencia tanto para la propia Organización como para los Estados que participan en sus trabajos.

Desde un punto de vista estructural, se tuvo en cuenta que no era posible que los asuntos generales se trataran solo cada cuatro años y también que los Estados miembros no tenían peso suficiente en la organización del funcionamiento de la Conferencia. Ello, no obstante, no significa que perdiera importancia el órgano permanente de la Organización, la Oficina Permanente y el Secretario General, si bien se modificó notablemente el procedimiento de selección y renovación de esta figura.

Como un factor de evolución de la Conferencia se señaló su progresiva universalización, con 83 miembros de características diversas. Por una parte, la presencia de la Unión Europea como miembro de pleno derecho de la Conferencia altera el funcionamiento de la misma y presenta problemas particulares tanto en relación a la Oficina Permanente como en relación a sus Estados miembros. Por otra parte, la Conferencia, formada inicialmente por Estados continentales europeos, recibe cada vez un mayor número de miembros procedentes de culturas jurídicas cada vez más diversas. Todo ello da lugar casi a una «refundación» de la Conferencia. Además, debe destacarse el pase del sistema de votación al de consenso para la adopción de acuerdos y evitar, así, los problemas que, particularmente en la preparación del Convenio sobre sentencias, habían surgido.

5. La situación que se ha dibujado no permitía tomar una decisión sobre la preparación de un Convenio que fuera aceptable por muchos y que tuviera ciertas garantías de una rápida entrada en vigor. Finalmente, se decidió retomar el proyecto abandonado relativo a reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras (el denominado *Judgments Project*). Aunque considero que continuar con este proyecto fue prematuro, puesto que fueron muchos años y esfuerzos los que se gastaron sin un resultado en tiempos todavía recientes (1992-2002), en 2012 se decidió retomar los trabajos centrándose en preparar disposiciones en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias, incluyendo lo que se denominan *jurisdictional filters* (o reglas de competencia judicial internacional indirectas). Los difíciles trabajos en la materia han conducido, finalmente, a la celebración de la XXII sesión diplomática, entre los días 18 de junio y 2 de julio de 2019, siendo co-relator Francisco J. Garcimartín. Finalmente, el Convenio fue adoptado el 2 de julio de 2019, aunque con notables limitaciones, como la exclusión de la propiedad industrial o la inclusión de un mecanismo de objeciones bilaterales. Además, debe señalarse que el texto no se refiere a la competencia directa, tema del que, por el momento, se ocupa solo un grupo de expertos.

6. Cabe así preguntarse en qué temas trabaja además la Conferencia y sus perspectivas cara al futuro. En este sentido, el proyecto que parece tener mayor prioridad es el relativo a las cuestiones de filiación en Derecho internacional privado (con participación por parte española de Cristina González Beilfuss), que incluye las cuestiones que surgen como consecuencia de los contratos internacionales de gestación por sustitución (*Parentage/Subrogacy Project*), aunque las diferencias entre los Estados dificultan avanzar en el tema. Otro asunto es el relativo al reconocimiento y ejecución de acuerdos

alcanzados durante litigios en materia de familia que afecten a los niños, se trata de facilitar la ejecución de los acuerdos en el marco de los Convenios de La Haya de 1980, 1996 y 2007, pero se trata de una guía y, por tanto, un instrumento no obligatorio. El tema de la cooperación en materia de protección de los turistas y visitantes extranjeros solo se mantiene en el orden del día por el interés de Brasil, pese a la importante oposición existente.

No es, pues, extraño que la Conferencia se esté preocupando de temas relativos a la aplicación de los Convenios existentes. La Conferencia de La Haya pasa de ser una «fábrica de Convenios» a «niñera de Convenios» reuniendo periódicamente Comisiones especiales sobre la aplicación de diversos Convenios. Con ello, el informe y las conclusiones y recomendaciones de las Comisiones especiales son un instrumento para mejorar la aplicación de los respectivos instrumentos. Además, se preparan Guías de buenas prácticas, códigos de buena conducta, recomendaciones, etc., que deben examinarse con cuidado, en relación al texto al que hacen referencia, que es el que en realidad tiene el carácter normativo.

7. De forma muy breve se han dado unas pinceladas sobre la evolución y el papel actual de la Conferencia de La Haya y sus Estados miembros. Quizá una consideración final nos permitiera comparar los términos del art. 1 del Estatuto de la Conferencia, que centra su objetivo en «trabajar en la unificación progresiva del Derecho internacional privado», con los términos utilizados en la presentación de la *web*, que define a la Conferencia como «crisol de tradiciones jurídicas distintas», para elaborar convenios y garantizar su seguimiento, respondiendo a necesidades mundiales. Es en este momento cuando hay que plantearse una serie de cuestiones, entre las que cabe destacar la preparación de nuevos textos. Pero los nuevos tiempos exigen un cuidado particular de la organización de la Oficina Permanente y en la coordinación interna de los Estados miembros, en particular, teniendo en cuenta la división de competencias y la participación de la Unión Europea. Si la celebración del centenario de la Conferencia venía plagada de éxitos, el panorama hacia su 150.º aniversario resulta más oscuro.

Alegría BORRÁS  
Catedrática de Derecho internacional privado  
Profesora emérita de la Universidad de Barcelona  
Miembro del *Institut de Droit international*  
Ex-representante de España en la Conferencia de La Haya

## A CODIFICAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO PORTUGUÊS EM PERSPECTIVA, MEIO SÉCULO MAIS TARDE

Rui Manuel MOURA RAMOS\*

**SUMARIO:** 1. INTRODUÇÃO.—2. O PASSADO - O LEGISLADOR DE 1966 NA EVOLUÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO PÁTRIO E NA SITUAÇÃO DA DISCIPLINA AO TEMPO DA OBRA CODIFICADORA.—3. O PRESENTE - A EVOLUÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO PORTUGUÊS POSTERIORMENTE AO CÓDIGO DE 1966.—4. A CODIFICAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO PORTUGUÊS, NO FUTURO.

### 1. INTRODUÇÃO

1. Com o Código Civil de 1966, entrou em vigor a primeira codificação do direito internacional privado português, constante dos artigos 14.º a 65.º deste diploma, em termos que permaneceram praticamente intocados até ao presente<sup>1</sup>. Procuraremos proceder a uma breve revisitação daquele texto, no

---

\* Catedrático de Derecho internacional de la Universidad de Coimbra, Portugal ([rmmramos@fd.uc.pt](mailto:rmmramos@fd.uc.pt)).

<sup>1</sup> As alterações verificadas decorreram, essencialmente, do Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de Novembro, que, adaptando o direito internacional privado da família aos princípios e regras constitucionais, suprimiu as regras de conflitos (inicialmente contidas nos artigos 58.º e 59.º) relativas à legitimação e à filiação ilegítima, respectivamente, substituiu a referência à lei pessoal do marido (constante, respectivamente, do artigo 52.º, n.º 2, e do artigo 53.º, n.º 2, no domínio das relações entre os cônjuges e das convenções antenupciais e regime de bens) pela lei com a qual a vida familiar se ache mais estreitamente conexas e pela lei da primeira residência familiar; reconstruiu, no artigo 56.º, a regra de conflitos relativa à constituição da filiação, referindo este instituto à lei pessoal do progenitor à data do estabelecimento da relação (n.º 1), e, no caso de filho de mulher casada, e relativamente ao pai, à lei nacional comum da mãe e do marido, na falta desta, à lei da residência habitual comum dos cônjuges e, se esta também faltar, à lei pessoal do filho (n.º 2), eliminando a referência à lei pessoal do marido, substituiu as referências à lei pessoal do pai (quando os progenitores não tivessem nem nacionalidade nem residência habitual comum) pela lei nacional do filho, em matéria de relações entre pais e filhos (no artigo 57.º), e à lei pessoal do marido, em matéria de filiação adoptiva (quando a adopção é realizada por marido e mulher ou o adoptando for filho do cônjuge do adoptante e estes não tiverem nem a mesma nacionalidade nem a mesma residência habitual comum), pela lei com a qual a vida familiar dos adoptantes se ache mais estreitamente conexas (artigo 60.º, n.º 2) e eliminou a referência à legitimação no artigo 61.º Para além delas, há apenas a mencionar o desdobramento em dois preceitos do

que se refere ao Capítulo III (Direito dos Estrangeiros e Conflitos de Leis) do Título I (Das leis, sua interpretação e aplicação) do seu Livro I (Parte Geral). Situar-se-á brevemente o conjunto de disposições nele inseridas quer na evolução histórica, no nosso sistema jurídico, do ramo de direito a que se reportam, quer no lugar que ocupam na reflexão que lhes é contemporânea sobre a nossa disciplina. Para indagar em seguida dos termos em que as soluções nelas contidas continuam hoje a impregnar as relações que visam regular, e das perspectivas que a este respeito se abrem. Com o que intentaremos considerar, ainda que em traços muitos breves, o passado, o presente e o futuro da obra empreendida, a este propósito, pelo legislador português vai para cinco décadas.

2. É certo que se não pode considerar que se trate de uma codificação completa e global, nos termos em que hoje a entendemos, uma vez que apenas abrangia a matéria dos conflitos de leis, além de enunciar os princípios gerais aplicáveis no domínio da condição jurídica dos estrangeiros. A opção decorreu, naturalmente, de se entender que as matérias da competência internacional dos tribunais e do reconhecimento das sentenças estrangeiras, porque pertinentes ao direito processual civil, não teriam lugar no diploma fundamental do nosso direito privado<sup>2</sup>. Mas não é menos verdade que se o tratamento destas questões constitui um lugar comum nas leis de direito internacional privado que têm surgido nos últimos tempos<sup>3</sup>, tal não sucedia à época da elaboração do Código de 1966, em que a divisão entre as matérias substantivas e processuais permanecia particularmente bem vinculada.

3. E, de todo o modo, sublinhe-se que, no que se refere aos conflitos de leis, a obra realizada se apresenta particularmente conseguida, oferecendo-nos, além das normas de conflitos sobre a parte especial do direito privado (artigos 25.º a 65.º)<sup>4</sup>, um cuidado tratamento do que se convencionou chamar a parte geral do direito de conflitos (artigos 15.º a 24.º)<sup>5</sup>.

---

artigo 51.º, n.º 2 (operado pelo Decreto-Lei n.º 324/2007, de 28 de Setembro) e do artigo 32.º, n.º 1, bem como a precisão redaccional feita nestas últimas disposições (pela Lei n.º 49/2018, de 14 de Agosto).

Sobre o sentido das alterações em primeiro lugar referidas, cfr. FERRER CORREIA, A., «A Revisão do Código Civil e o Direito Internacional Privado», em *Estudos Vários de Direito*, Coimbra, 1982, Por Ordem da Universidade, p. 279-307 (286-289), MOURA RAMOS, R. M., «A reforma de 1977 e o direito internacional privado da família», em *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*, vol. I, *Direito da Família e das Sucessões*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 725-742, e, para um enquadramento global, MOURA RAMOS, R. M., *Direito Internacional Privado e Constituição. Introdução a uma análise das suas relações*, 3.ª reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, 1994.

<sup>2</sup> Contrariamente ao que hoje comumente se entende. Cfr. LIMA PINHEIRO, L., «A triangularidade do direito internacional privado - Ensaio sobre a articulação entre o Direito de Conflitos, o Direito da Competência Internacional e o Direito de Reconhecimento», em *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2002, p. 311-378. A ideia de uma codificação global, entendida nestes termos, começaria a afirmar-se a partir da lei federal suíça de 1987 sobre o direito internacional privado.

<sup>3</sup> Vejam-se os dados que indicamos, a este propósito, no nosso estudo «O direito processual civil internacional no novo Código de Processo Civil», 143 *Revista de Legislação e de Jurisprudência* (Novembro-Dezembro 2013), n.º 3.983, p. 82-106, notas 11 a 20.

<sup>4</sup> Trata-se da Secção II do Capítulo III, epígrafa «Normas de conflitos» e subdividida em seis subsecções, dedicadas, respectivamente, ao âmbito e determinação da lei pessoal (artigos 25.º a 34.º), e

(Véase nota 5 en página siguiente)

## 2. O PASSADO - O LEGISLADOR DE 1966 NA EVOLUÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO PÁTRIO E NA SITUAÇÃO DA DISCIPLINA AO TEMPO DA OBRA CODIFICADORA

4. Anteriormente ao Código de 1966, a disciplina dos conflitos de leis encontrava-se dispersa por diversos preceitos do Código de Seabra<sup>6</sup> a que o intérprete recorria em sede de designação da lei aplicável às relações plurilocalizadas de carácter privado. O carácter fragmentário e lacunar desta regulamentação era no entanto particularmente reconhecido pela nossa doutrina, que não hesitava em considerar tais disposições<sup>7</sup> como das «mais pobres e menos definidas no direito europeu»<sup>8</sup>.

5. Idêntico juízo não tem já qualquer cabimento perante o sistema consagrado no Código de 1966, que na doutrina estrangeira<sup>9</sup> já se reconheceu constituir a mais aperfeiçoada das codificações incluídas no grupo da segunda geração<sup>10</sup>. Na verdade, o texto em causa, seguindo em termos bastante

---

à lei reguladora dos negócios jurídicos (artigos 35.º a 40.º), das obrigações (artigos 41.º a 45.º), das coisas (artigos 46.º a 48.º), das relações de família (artigos 49.º a 61.º) e das sucessões (artigos 62.º a 65.º).

<sup>5</sup> Na Secção I do mesmo Capítulo, intitulada «Disposições Gerais». Para um comentário a este capítulo, cfr. a obra de DE ALMEIDA PIRES, F., *Conflitos de leis*. Comentário aos artigos 14.º a 65.º do Código Civil, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

<sup>6</sup> Que incluía igualmente os princípios relativos aos conflitos de jurisdições. Tratava-se do primeiro Código Civil Português, aprovado por Carta de Lei de 1 de Julho de 1867 e cuja fonte inspiradora essencial foi o *Code Napoléon*, de 1804.

<sup>7</sup> Designadamente os artigos 24.º e 27.º do Código, sobre, respectivamente, o estatuto legal dos cidadãos portugueses em país estrangeiro e o estado e a capacidade civil dos estrangeiros em Portugal, que seriam objecto de detalhada análise de TEIXEIRA DE ABREU, A. J., em *Estudos sobre o Código Civil Português. II - Das Relações Cíveis Internacionais*, Coimbra, Imprensa Académica, 1894, p. 42-50, 61-73, 88-92, 97-115, 118-131, e 134-135, e de MACHADO VILELA, A., *Tratado Elementar (Teórico e Prático) de Direito Internacional Privado*, Livro II - Aplicações, Coimbra, Coimbra Editora, 1922. Cfr. ainda FERNANDES FALCÃO, L., *Do Direito Internacional Privado*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1868, p. 191-194, 221-222, 229-250, 307, 332-334, 335-338, e 343-347, GUIMARÃES PEDROSA, A. L., *Introdução ao Estudo do Direito Privado Internacional*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1878, p. 172-173, e, em matéria sucessória, DOS REIS, J. A., *Das Sucessões no Direito Internacional Privado*, Coimbra, 1899, FRANÇA AMADO, F. (ed.), p. 92-142, 148-193, e 196-270.

<sup>8</sup> Assim MACHADO VILELA, A., a abrir o seu *O Direito Internacional Privado no Código Civil Brasileiro*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1921, p. V. Mas note-se que este juízo era partilhado pelos demais autores citados na nota anterior: Vilela salientava expressamente a vantagem que o legislador português teria em seguir o exemplo do Código Civil Brasileiro (de 1916, de Clóvis Bevilacqua), que considerava assentar num sistema bastante completo de princípios gerais; sobre a sua obra, cfr., recentemente, MOURA RAMOS, R. M., «Machado Villela, o Primeiro Internacionalista Português da Contemporaneidade», em MACHADO VILELA, A., *Conflitos entre as Leis Portuguesas e as Leis Brasileiras em Matéria de Nacionalidade; com texto de Rui Manuel Moura Ramos*, Coimbra: Instituto Jurídico (Cadernos do Centenário; Patronos: Direito Internacional Privado), 2018, p. 71-140.

<sup>9</sup> A apreciação é de BALLARINO, T., no seu «Lineamenti comparati delle riforme del diritto internazionale privato nell'Europa centro-orientale», in *Current trends of conflict of laws in central-eastern Europe*, Università degli studi di Trieste, 1984, p. 31-44, a p. 38.

<sup>10</sup> Assim, para o Autor que estamos a citar (*supra*, na nota anterior), o grupo que incluía, para além da codificação portuguesa, as codificações polacas de 1926 e 1966, a brasileira de 1942, a checoslovaca de 1964, a albanesa de 1965 e a espanhola de 1974.

Sobre esta última, ou seja, a reforma levada a cabo pelo Decreto 1836/74, de 31 de Maio, cfr. por exemplo, CARRILLO SALCEDO, J. A., «Le nouveau droit international privé espagnol», *Ann. suisse dr. int.*,

próximos os trabalhos preparatórios (os dois Anteprojectos de Ferrer Correia<sup>11</sup>, publicados, respectivamente em 1951<sup>12</sup> e 1964<sup>13</sup>), poderia perfeitamente constituir uma lei geral de direito internacional privado (conquanto restrita à matéria dos conflitos de leis), do tipo das que, sobretudo a partir da década de 80, surgiram em diversos países, dentro e fora do espaço europeu. O que significa que, com o Código de 1966, se operou o trânsito de um acervo limitado e incompleto de regras manifestamente insuficientes para um conjunto ordenado e coerente, que obedecia a princípios comuns e se orientava por uma ideia de justiça que se queria típica do direito internacional privado. Nesse sentido, pode dizer-se que nos passámos a encontrar face a um sistema. E um sistema que, quando comparado com os precedentes existentes, a eles nada ficava a dever.

6. Uma primeira característica deste sistema, como vimos, reside na circunstância de ele distinguir nitidamente, a exemplo do que constituía uma nota comum dos trabalhos científicos sobre a matéria, a parte geral (onde tinham assento as questões típicas da operação de toda e qualquer regra de conflitos, e portanto, comuns a todas elas) da parte especial, integrada pelas regras específicas que continham a particular disciplina conflitual (relativa à designação da lei aplicável) de cada questão jurídica de direito privado. E de, quer a parte geral quer a parte especial, apresentarem, na nossa lei civil, um desenvolvimento superior (quase que diríamos uma especialização, no que poderia estar em causa a antecipação de tendências que se viriam a desenvolver posteriormente) ao que caracterizava, ao tempo, as codificações congêneres.

---

vol. XXXII, 1976, p. 9-35, CASTÁN VÁZQUEZ, J. M., «La réforme du titre préliminaire du Code Civil espagnol», *Rev. int. dr. comp.*, 1974, p. 835-844, CREMADES SANZ-PASTOR, J. A., «Droit international privé», *J. Cl. dr. comp.*, Législation comparée, Espagne, fasc. 11, 1974, p. 257-296, CREMADES, B. M. y MACEDA, A., «Das neue spanische IPR», *RIW*, 1975, p. 375-379, FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., *Tráfico jurídico externo y sistema de DIPr*, 2.ª ed. rev., Oviedo, Apel, 1985, p. 173-180, *id.*, «Private International Law», *Spanish Business Law* (B. M. CREMADES ed.), Deventer, Kluwer, 1985, p. 51-70, IGLESIAS BUHIGUES, J. L., «Le nouveau système de règles de conflit du droit international privé espagnol», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1976, p. 397-423, MARÍN LÓPEZ, A., «El DIPr en el Título Preliminar del Código Civil», *Revista Profesional del Ilustre Colegio de Abogados de Granada*, n.º 98, 1974, p. 419-433, PAGLIA, M. C., «Comentarios a las normas de DIPr español en el nuevo Título Preliminar del Código Civil», *Gaceta del Notariado* (Rosario), n.º 71, 1977, p. 131 ss., SÁNCHEZ-APELLÁNIZ VALDERRAMA, F., «La reforma del sistema español de DIPr», *Doc. Jur.*, 1974, p. 1137-1157, SERRANO ALONSO, E., «Aproximación al Título Preliminar del Código Civil», *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Oviedo*, n.º 8, 1974 (anexo), e VON HOFFMAN, B. y ORTÍZ-ARCE, A., «Das neue spanische internationale Privatrecht», *Rabels Z.*, 1975, p. 647-691 (texto modificado em castelhano em *REDI*, vol. XXX, 1977, p. 57-89). E para um balanço e uma perspectiva FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., «El Capítulo IV del Título Preliminar del Código civil ("Normas de Derecho internacional privado"): Veinticinco años después», em *Homenaje a Antonio Hernández Gil*, Madrid, Colegio de Abogados de Madrid, 2001, p. 2411-2447.

<sup>11</sup> Sobre a contribuição deste Autor, cfr. MOURA RAMOS, R. M., «Ferrer Correia e a codificação do Direito Português, em particular do Direito Internacional Privado», 142.º *Revista de Legislação e de Jurisprudência* (Setembro-Outubro 2012), n.º 3976, p. 4-30.

<sup>12</sup> FERRER CORREIA, A., «Direito Internacional Privado. Direito dos Estrangeiros», in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 24 (Maio de 1951), p. 9-71.

<sup>13</sup> FERRER CORREIA, A. (com a colaboração de Baptista Machado), «Aplicação das Leis no Espaço. Direitos dos Estrangeiros e Conflitos de Leis», *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 136 (Maio de 1964), p. 17-72.

7. Por outro lado, e no mesmo sentido vertebrador, o Código assumiu claramente uma ideia de justiça internacionalprivatística (*kollisionsrechtliche Gerechtigkeit*) nos termos da qual a definição da lei competente em cada caso decorria da «relação em que ela se encontra com a situação de facto a regular», e não «da justiça maior ou menor dos seus preceitos» (*materiellrechtliche Gerechtigkeit*), o que conduzia à escolha, não da «melhor lei, mas [d]a melhor colocada para intervir - em razão, claro está, da sua *posição espacial* relativamente aos factos, ou de uma *relação com as pessoas* a quem estes respeitam»<sup>14</sup>, no que se entendia, dada a relatividade (espacial) inerente à noção de justiça, ser a única forma de assegurar a harmonia jurídica internacional. E a ideia de que este critério de decisão (do qual, como teremos ocasião de verificar, o legislador se afastou não poucas vezes, preterindo-o em favor de outros)<sup>15</sup> assumia uma centralidade nesse processo de escolha levou ao reconhecimento de um princípio de paridade entre as distintas ordens jurídicas, que implicava não reconhecer à *lex fori* uma qualquer posição preferencial, antes fazendo depender *in casu* a sua competência da verificação do mesmo elemento (em princípio a referida posição espacial relativa aos factos ou às pessoas a quem estes respeitam)<sup>16</sup> que, quando preenchido em relação a uma outra, igualmente determinaria a respectiva competência. Concepção que estava na base do reconhecimento do carácter *bilateral* ou *plurilateral* da regra de direito internacional privado (a regra de conflitos, tal como ela surgia na parte especial)<sup>17</sup>, de que só em circunstâncias muito limitadas o nosso legislador se afastou<sup>18</sup>, e que iluminaria particularmente o sentido da resolução de algumas das questões tratadas na parte geral.

<sup>14</sup> Assim FERRER CORREIA, A., «O novo direito internacional privado português (Alguns princípios gerais)», in *Estudos Vários de Direito* (cit. *supra*, nota 1), p. 3-57 (10-11). A contraposição que se faz em texto corresponde assim aos dois tipos de regras de conflitos identificados por MICHELE PATOCCHI, P. no seu estudo *Règles de Conflit Localisatrices et Règles de Conflit à Rattachement Matériel. De quelques aspects récents de la diversification de la méthode conflictuelle en Europe*, Genève, Georg, 1985.

<sup>15</sup> Designadamente da própria justiça material, ou de uma sua concretização, o que conduzia em linha recta a uma certa materialização do direito internacional privado.

<sup>16</sup> E por isso designado por *elemento* ou *factor de conexão*.

<sup>17</sup> Regra esta que o legislador via fundamentalmente como uma regra de conflitos rígida (no sentido de não particularmente aberta à modelação judicial) em que o legislador cristalizava em cada disposição o princípio da conexão mais estreita, não se limitando, na formulação certa e impressiva de KAHN-FREUND, O., «La notion anglaise de la “proper law of the contract” devant le juge et devant les arbitres. Ses développements récents et ses affinités avec l’Avant-projet européen d’unification des règles de conflit en la matière», *Revue Critique de Droit International Privé*, 62 (1973), p. 607-627 (614-615), a substituir «la raison de faire une règle à la règle elle-même».

No sistema português, a flexibilização das regras de conflitos, só surgiria, com efeito, com a Reforma de 1977 (cfr. *supra*, na nota 1), em que o legislador passou a recorrer, em certos casos, como vimos, na falta de nacionalidade e residência habitual comum dos cônjuges, à lei com a qual a vida familiar se ache mais estreitamente conexa (no artigo 52.º, n.º 2), e à lei com a qual a vida familiar dos adoptantes se ache mais estreitamente conexa (no artigo 60.º, n.º 2). E para desenvolvimentos subsequentes, induzidos pelo direito convencional, cfr. MOURA RAMOS, R. M., «Previsão normativa e modelação judicial nas convenções comunitárias relativas ao direito internacional privado», in *O Direito Comunitário e a Construção Europeia*, (Studia Iuridica, 38. Colloquia - 1), Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 93-124.

<sup>18</sup> No artigo 28.º, n.º 1 (mas aí com um carácter bem circunscrito, dada a delimitação da hipótese feita no n.º 2, e admitindo apesar disso, e logo em seguida, no n.º 3, o regresso à matriz inspiradora do sistema) e no artigo 51.º, onde se consagram regras *bilaterais imperfeitas*, que apenas se referem «a

8. No que respeita, agora, à parte geral do sistema de direito internacional privado constante do Código Civil, uma das suas características é o desenvolvimento que, em relação às congéneres de outros sistemas, apresenta. Assim, nas referidas Disposições Gerais<sup>19</sup>, vamos encontrar, para além de um princípio geral relativo à condição jurídica dos estrangeiros<sup>20</sup>, e de uma regra relativa aos actos realizados a bordo de navios ou aeronaves, fora dos portos ou aeródromos<sup>21</sup>, normas relativas a seis dos problemas (a qualificação<sup>22</sup>, o reenvio<sup>23</sup>, a referência a ordenamentos plurilegislativos<sup>24</sup>, a aplicação do direito estrangeiro<sup>25</sup>, a ordem pública<sup>26</sup> e a fraude à lei<sup>27</sup>) usualmente tratados na parte geral. Para além deste desenvolvimento, a doutrina salientou a cor-

---

situações que mantenham com o Estado do foro uma dada conexão (e não a todas as situações, incluindo aquelas que não tenham com o dito Estado aquela ou até qualquer outra conexão), só para essas determinando a lei aplicável, podendo esta ser a lei do foro ou uma lei estrangeira, conforme a que for apontada por uma outra conexão, considerada decisiva» (assim BAPTISTA MACHADO, J., *Lições de Direito Internacional Privado*, 2.ª edição, Coimbra, Almedina, 1982, p. 70).

<sup>19</sup> *Supra*, em texto junto à nota 5.

<sup>20</sup> O artigo 14.º, onde se consagra no n.º 1, mas admitindo ressalva em contrário, o princípio da equiparação em matéria de direitos civis, que constava já do artigo 24.º do Código de Seabra, temperado no n.º 2 por uma regra de retorsão, nos casos em que o respectivo Estado nacional, atribuindo certos direitos aos seus cidadãos, os negue aos portugueses em igualdade de circunstâncias.

<sup>21</sup> O artigo 24.º, que consagra no n.º 1, a competência da lei do lugar da respectiva matrícula, sempre que for competente a lei territorial, e que considera, no n.º 2, os navios e aeronaves militares parte do território do Estado a que pertencem. Sobre o ponto, cfr. LIMA PINHEIRO, L. «Temas de Direito Marítimo. II. O Navio em Direito Internacional», *ROA*, n.º 71, 2011, p. 447-476.

<sup>22</sup> Artigo 15.º Sobre este problema, cfr. os trabalhos de ANCEL, B., «L'objet de la qualification», *Journal de Droit International*, vol. 107, n.º 2, 1980, p. 227-268, GRUNDMANN, S., *Qualifikation gegen die Sachnorm. Deutsch-portugiesische Beitrage zur Autonomie des internationalen Privatrechts*, Munchen, 1985, C. H. Beck; BERNASCONI, C., *Der Qualifikationsprozess im internationalen Privatrecht*, Zurich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1997; HERNÁNDEZ-BRETÓN, E., «An attempt to regulate the problem of «characterization» in private international law», in *Festschrift für Erik Jayme*, t. I, Munchen, Sellier, 2004, p. 331-338, e BOUKHARI, R., «La qualification en droit international privé», *Les Cahiers de droit*, vol. 511, 2010, p. 159-193.

<sup>23</sup> Artigos 16.º a 19.º A regulamentação desta questão compreende ainda os artigos 36.º, n.º 2, e 65.º, n.º 1, *in fine*. Sobre este instituto, por último, cfr. DAVI, A., «Le renvoi en droit international privé contemporain», *Recueil des Cours*, t. 352, 2010, p. 9-522, a esgotante investigação de ROMANO, G. P., *Le dilemme du renvoi en droit international privé. La thèse, l'antithèse, et la recherche d'une synthèse*, Zurich, 2014, Schulthess, e KASSIR, W. J., «Le renvoi en droit international privé - technique de dialogue entre les cultures juridiques», *Recueil des Cours*, t. 377, 2018, p. 9-120.

<sup>24</sup> Artigo 20.º Sobre esta temática, cfr. GRAVESON, R. H., «Problems of private international law in non-unified legal systems», *Recueil des Cours*, t. 141, 1974-II, p. 187-254; BORRÁS, A., «Les ordres plurilégislatifs dans le droit international privé actuel», *Recueil des Cours*, t. 249, 1994, p. 145-368, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., *Estudios de Derecho Interregional*, 2007, Universidad de Santiago de Compostela, e PARISOT, V., «Les classifications des conflits internes de lois à l'épreuve de leur solution», *Rev. crit. DIP*, vol. 103, 2014, p. 469-512.

<sup>25</sup> Artigo 23.º A este respeito, cfr. MARQUES DOS SANTOS, A., «A aplicação do direito estrangeiro», *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. 60, 2000, p. 647-668, JANTERA-JAREBORG, M., «Foreign Law in National Courts: A Comparative Perspective», *Recueil des Cours*, t. 304 2003, p. 181-386, GEEROMS, S., *Foreign Law in Civil Litigation. A Comparative and Functional Analysis*, Oxford, Oxford University Press, 2004; HAUSMANN, R., «Pleading of proof of Foreign Law - a Comparative Analysis», *The European Legal Forum*, vol. 8, January-February 2008, Section I, p. 1-13, ESPLUGUES MOTA, C., IGLESIAS BUHIGUES J. L. e PALAO MORENO, G. (eds.), *Application of Foreign Law*, Munich, Sellier - European Law Publishers, 2011; MOURA RAMOS, R. M., «Proof of and Information about foreign law», *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. 90, t. 1, 2014, p. 431-448, e NISHITANI, Y. (ed.), *Treatment of Foreign Law. Dynamics towards Convergence?*, Springer, 2017.

(Véanse notas 26 y 27 en página siguiente)

recção e a originalidade<sup>28</sup> das soluções, que justificaram o interesse despertado além-fronteiras pela nova codificação<sup>29</sup>, tendo-se inclusivamente referido mais perto de nós que elas poderiam servir de modelo inspirador para um sistema de direito internacional privado da União Europeia<sup>30</sup>.

9. Na verdade, as soluções adoptadas a este respeito são em grande medida tributárias da preocupação com a realização da harmonia jurídica internacional, respeitando também, nessa medida, o princípio da paridade de tratamento entre a *lex fori* e as leis estrangeiras. É o que se passa com o domínio da qualificação, onde é rejeitada claramente a tese da qualificação *lege fori*, sendo a qualificação primária substituída por uma norma narrativa que descreve o método da qualificação<sup>31</sup>. Com a questão do reenvio, cuja regulamentação é claramente inspirada pelos mesmos princípios, nomeadamente o da harmonia jurídica internacional, numa posição altruísta<sup>32</sup>, se bem que não deixe de atender a outras determinantes, e ainda com a disciplina relativa à referência a ordenamentos plurilegislativos (de natureza territorial ou pessoal)<sup>33</sup>, claramente inspirada pela preocupação de resolver o caso da

<sup>26</sup> Artigo 22.º Sobre o tema, vejam-se MOURA RAMOS, R. M., «L'ordre public international en droit portugais», *Boletim da Faculdade de Direito*, V.74, 1998, p. 45-62, e, mais em geral, BUCHER, A., «L'ordre public et le but social des lois en droit international privé», *Recueil des Cours*, t. 239, 1993-II, p. 11-116, e DE VAREILLES-SOMMIÈRES, P., «L'exception d'ordre public et la régularité substantielle internationale de la loi étrangère», *Recueil des Cours*, t. 371, 2015, p. 153-272.

<sup>27</sup> Artigo 21.º Sobre esta figura, cfr. os trabalhos de AUDIT, B., *La Fraude à la Loi*, Paris, Dalloz, 1974; MOSCONI, F., «Exceptions to the Operation of Choice of Law Rules», *Recueil des Cours*, t. 217, 1989-V, p. 9-214, e CORNU, E., *Théorie Critique de la Fraude à la Loi. Étude de Droit International Privé de la Famille*, Paris, Defrénois, 2006.

<sup>28</sup> Depois de Wilhelm Wengler ter sublinhado o conhecimento revelado pelos seus autores das novas (ao tempo) doutrinas científicas, nomeadamente da doutrina alemã, que no seu entender superariam os habitualmente encontrados na própria Alemanha [WENGLER, W., «Der Entwurf für ein neues portugiesisches Zivilgesetzbuch», *Archiv für civilistische Praxis*, vol. 167, 1967, p. 64-69, esp. 65, a originalidade do novo texto seria salientada por KOKKINI-IATRIDOU, D., «Legislation in the field of private international law», *Les Législations de Droit International Privé. Conflits de Lois et Conflits de Juridictions*, Oslo, Universitetsforlaget, 1971, p. 3-21, esp. p. 10, que sublinha a existência de «certain provisions particularly worthy of note and which in our opinion impart to it an "air of originality" compared to those of other European countries»], VON OVERBECK, A.: «Tant pour la forme que pour le fond, il s'agit d'une oeuvre originale contenant beaucoup de solutions qu'on ne retrouve pas ailleurs», en «Les questions générales du droit international privé à la lumière des codifications et projets récents. Cours général de droit international privé», *Recueil des Cours*, t. 176, 1982-III, p. 9-258, esp. p. 35-36, e, mais recentemente, por JAYME, E., «António Ferrer Correia und die Kodifikation des portugiesischen Internationalen Privatrechts», en *Internationaler Rechtsverkehr und Rechtsvereinheitlichung aus deutsch-lusitanischer Perspektive*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2014, p. 13-25, esp. p. 15.

<sup>29</sup> Veja-se sobretudo a monografia de GARCÍA VELASCO, I., *Concepción del derecho internacional privado en el nuevo código civil portugués*, Universidade de Salamanca, 1971.

<sup>30</sup> Assim JAYME, E., *op. cit.*, nota 28, p. 15-16, e LIMA PINHEIRO, L. «The Methodology and the general part of the Portuguese private international law codification: a possible source of inspiration for the European legislator?», *Yearbook of Private International Law*, vol. 14, 2013/2014, p. 153-172.

<sup>31</sup> Neste sentido JAYME, E., *op. cit.*, nota 28, p. 17. Cfr. ainda VON OVERBECK, A., *op. cit.*, nota 28, p. 108-112, a monografia de GRUNDMANN, S., *op. cit.*, nota 22, e, para um confronto com outras (raras) soluções no plano legislativo, HERNÁNDEZ-BRETÓN, E., *op. cit.*, nota 22.

<sup>32</sup> Assim se lhe refere VON OVERBECK, A., *op. cit.*, nota 28, p. 141-145, que salienta o seu carácter «très élaboré» e a circunstância de as suas ramificações serem «tout à fait logiques».

<sup>33</sup> A previsão desta hipótese é expressamente saudada por David Cavers, que num estudo comparativo CAVERS, D., «Legislative choice of law: Some European examples», *Southern California Law Review*, vol. 44,

mesma forma que ele seria decidido no sistema complexo designado. E o mesmo deve dizer-se da regra relativa aos termos da interpretação do direito estrangeiro aplicável<sup>34</sup>, e, agora também quanto à limitação ao mínimo do recurso à *lex fori*, da disciplina prevista para os casos de impossibilidade quer de averiguação do conteúdo da lei estrangeira aplicável quer de determinação dos elementos de facto e de direito de que depende a sua designação<sup>35</sup>, assim como da solução adoptada<sup>36</sup> para a hipótese de actuação da excepção de ordem pública internacional: em todas estas situações a utilização da *lex fori* surge realmente como um último recurso.

10. Poderemos fazer um juízo semelhante se atentarmos agora nas regras da parte especial. A este respeito, e quanto à lei pessoal, considere-se o amplo âmbito de actuação que lhe é reconhecido, no caso das pessoas físicas<sup>37</sup>, e, quanto à respectiva determinação, apesar da preferência pela *lex patriae*, o domínio reservado à lei da residência habitual<sup>38</sup>, quer no caso dos apátridas<sup>39</sup>, quer em geral, por força de uma regra de reconhecimento a que a doutrina estrangeira não deixaria de dedicar a devida atenção<sup>40</sup>. Trata-se, na verdade, de uma disposição que reconhece a vocação daquelas duas leis para regular as matérias do estatuto pessoal e que procura retirar daí os respectivos efeitos quanto ao reconhecimento dos negócios jurídicos celebrados de acordo com elas, mesmo tratando-se de cidadãos portugueses no estrangeiro<sup>41</sup>. E tenha-se em conta a regulação da lei aplicável às pessoas colectivas, incluindo as de natureza internacional.

11. Em sede de lei reguladora dos negócios jurídicos, por seu lado, saliente-se a introdução de preocupações de carácter substantivo em matéria de forma (artigo 36.º)<sup>42</sup>, o acerto da regulamentação adoptada quanto à disci-

---

1970-1971, p. 340-361, nota ser o direito português o único entre os sistemas considerados (as Disposições Preliminares do Código Civil Italiano de 1942, o *Projet de loi complétant le Code civil en matière de droit international privé*, de 1970, da Comissão presidida em França por Henri Batiffol, e o *Traité Benelux portant loi uniforme relative au droit international privé*, de 3 de Julho de 1969), que aborda esta questão (p. 349-350).

<sup>34</sup> Contida no artigo 23.º, n.º 1, e segundo a qual ela deve ter lugar dentro do sistema a que pertence e de acordo com as regras interpretativas nele fixadas. A este respeito, cfr. por último MOURA RAMOS, R. M., *op. cit.*, *supra*, nota 25.

<sup>35</sup> Artigo 23.º, n.º 2, e artigo 348.º, *maxime* n.º 3.

<sup>36</sup> No artigo 22.º, n.º 2.

<sup>37</sup> Âmbito que engloba, além do estado, da capacidade e das relações de família, também o domínio das sucessões por morte.

<sup>38</sup> Igualmente salientado por KOKKINI-IATRIDOU, D., *op. cit.*, *supra*, nota 28, p. 9-10.

<sup>39</sup> Artigo 32.º

<sup>40</sup> VON OVERBECK, A., *op. cit.*, nota 28, p. 175, sublinharia aprovativamente que «*chaque système de droit international privé national peut poser expressément les limites de sa propre application ou dégager des règles jurisprudentielles dans ce sens*».

Sobre aquela regra, cfr. MOURA RAMOS, R. M., «Dos Direitos Adquiridos em Direito Internacional Privado», *BFDUC*, vol. L, 1974, p. 175-217, e, por último, MOURA VICENTE, D., «La reconnaissance au Portugal des situations juridiques constituées à l'étranger», *Droit International Privé*, Année 2014-2016, Paris, Éditions A. Pedone, 2017, p. 263-286.

<sup>41</sup> Em situações, pois, em que a lei portuguesa seria competente. Ver o que se disse na nota anterior.

<sup>42</sup> Através de uma conexão alternativa, no artigo 36.º, n.º 2, que dá relevância à lei da substância do negócio e à lei do lugar da celebração. *Vide* também, em especial quanto aos testamentos, o artigo 65.º, n.º 1.

plina da declaração negocial (artigo 35.º)<sup>43</sup>, o cuidado regime dos vários tipos de representação (artigos 37.º a 39.º) e a resolução do clássico problema de qualificação posto pela prescrição, em termos de sujeitar este instituto (bem como o da caducidade) a uma qualificação substantiva, fazendo-os regular pela lei do direito a que respeitam (artigo 40.º).

12. Mas é sobretudo em matéria de lei reguladora das obrigações que as soluções merecem um maior aplauso. Não tanto pela determinação da lei aplicável aos contratos, onde há de qualquer modo que saudar o amplo reconhecimento do princípio da autonomia das partes (artigo 41.º)<sup>44</sup>, diferentemente do que sucede na conexão subsidiária (artigo 42.º) onde, embora tendo optado pela lei da residência habitual comum, o legislador não se conseguiu desprender, ainda que a título residual, da herança da *lex loci celebrationis*<sup>45</sup>. Mas pela cuidada regulação das situações de gestão de negócios (artigo 43.º) e de enriquecimento sem causa (artigo 44.º), que pouco se afasta da actualmente preconizada<sup>46</sup>. E, sobretudo, pela disciplina da responsabilidade civil (artigo 45.º), onde o Código, partindo embora da clássica *lex loci delicti commissi*, entendida como lei do lugar do facto gerador (artigo 45.º, n.º 1), lhe prefere (no n.º 2), numa norma de conflitos de conexão material, a lei do lugar do efeito lesivo (*lex damni*), quando esta «considerar responsável o agente, mas não o considerar como tal a lei do país onde decorreu a sua actividade, desde que o agente devesse prever a produção de um dano, naquele país, como consequência do seu acto ou omissão»<sup>47</sup>, ao mesmo tempo que limita a aplicação de ambas estas leis, ao considerar, no n.º 3, que «se o agente e o lesado tiverem a mesma nacionalidade ou, na falta dela, a mesma residência habitual, e se encontrarem ocasionalmente em país estrangeiro, a lei aplicável será a da nacionalidade ou a da residência comum, sem prejuízo das disposições do Estado local que devam ser aplicadas indistintamente a todas as pessoas»<sup>48</sup>.

---

<sup>43</sup> Com a sua sujeição à lei reguladora do negócio projectado, sem prejuízo da autonomização da questão do valor jurídico do silêncio (e em particular do seu valor negativo), a disciplinar pela lei do ambiente negocial.

<sup>44</sup> CAVERS, D., *op. cit.*, nota 33, p. 348 e nota 32, sublinha, no estudo acima referido que os limites à autonomia coincidem com os que vieram a ser estabelecidos pelo *Restatement Second Conflict of Laws*, de 1971.

<sup>45</sup> Verberada por CAVERS, D., *op. cit.*, nota 33, p. 349 como «*that most persistent of legal anachronisms*».

<sup>46</sup> Cfr., respectivamente, os artigos 11.º e 10.º, do Regulamento (CE) n.º 864/2007, do Parlamento e do Conselho, de 11 de Julho de 2007, relativo à lei aplicável às obrigações extracontratuais (Roma II).

<sup>47</sup> Formulação que lembra, curiosamente, os *principles of preference* de CAVERS, D., *op. cit.*, nota 33, p. 354. Este autor vê, aliás, no direito português a preocupação de aumentar a protecção das vítimas dos acidentes. Ainda sobre o relevo reconhecido a esta tendência, cfr. GAUDEMET-TALLON, H., «Protection de la victime et évolution du droit international privé de la responsabilité délictuelle», en *Études à la Mémoire du Professeur Bruno Oppetit*, Paris, LexisNexis, 2009, p. 261-280

<sup>48</sup> SYMEONIDES, S., *Codifying Choice of Law around the World. An International Comparative Analysis*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 87-88, salienta o carácter pioneiro da introdução desta disposição e a diferenciação por ela introduzida entre dois tipos de regras (as regras de segurança e conduta e as demais, a que, na doutrina norte-americana, corresponde a contraposição entre *conduct-regulating rules* e *loss-allocation rules*).

13. Já em sede de lei reguladora das coisas o Código se não afasta do classicismo da *lex rei sitae*, não sem prever o particularismo das coisas em trânsito e dos meios de transporte submetidos a um regime de matrícula (artigo 46.º), e sem estender, numa aplicação do princípio da *Naherberechtigung*, a aplicação daquela lei, em matéria de capacidade para constituir direitos reais sobre coisas imóveis ou para dispor deles, desde que ela assim o determine (artigo 47.º), ocupando-se ainda da propriedade intelectual (artigo 49.º)<sup>49</sup>.

14. As relações de família constituem o domínio em que a regulamentação é mais extensa (artigos 49.º a 61.º), ocupando-se do casamento —como acto (quanto à forma e à substância) e como estado (quer nas relações pessoais quer nas patrimoniais)—, da filiação, e da adopção (em ambos os casos quanto ao estabelecimento e aos efeitos, concretizando o critério da lei nacional e optando por uma ligação estreita ao quadro de opções do direito material respectivo.

15. Finalmente, ainda no domínio do estatuto pessoal e em matéria de sucessões (artigos 62.º a 65.º), o Código estabelece as regras fundamentais, resolvendo ainda problemas de qualificação<sup>50</sup> que se haviam suscitado na prática.

16. Pode assim concluir-se, pese embora a falta de preocupações de exaustividade que caracterizou a breve referência que acabámos de fazer, que a codificação do direito internacional privado empreendida com o Código Civil de 1966 se revelou um texto completo e modelar, dotado de uma unidade de concepção e de uma coerência interna assinaláveis e que não sofre de modo nenhum numa comparação com iniciativas coevas de carácter semelhante.

### 3. O PRESENTE - A EVOLUÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO PORTUGUÊS POSTERIORMENTE AO CÓDIGO DE 1966

17. Os méritos que não podem deixar de ser reconhecidos à codificação do direito internacional privado português levada a cabo no Código Civil de 1966 não impediram, no entanto, que o *corpus* da nossa disciplina se apresente hoje em termos sensivelmente diferentes da construção a que nos temos vindo a referir, permitindo concluir que o direito internacional privado aplicável em Portugal se foi progressivamente afastando, no último meio século, das soluções acolhidas naquele diploma<sup>51</sup>.

<sup>49</sup> Cfr., sobre o ponto, MOURA VICENTE, D., «La propriété intellectuelle en droit international privé», *Recueil des Cours*, t. 335, 2008-III, p. 105-504, e «Droit international privé et immatériel au Portugal», en *L'Immatériel. Journées Espagnoles*, Travaux de l'Association Henri Capitant, vol. LXIV (2014), Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 1053-1062.

<sup>50</sup> Em matéria de admissibilidade de testamentos de mão comum, por exemplo [cfr. o artigo 64.º, alínea c)].

<sup>51</sup> Sobre o ponto, e para uma perspectiva geral, cfr. MOURA RAMOS, R. M. «Linhas Gerais da evolução do direito internacional privado português posteriormente ao Código Civil de 1966», en *Estudos*

18. Tal é desde logo verdade no que diz respeito ao acervo de regras aplicáveis, e isto sem embargo de as alterações sofridas por aquelas disposições terem sido muito escassas, limitando-se às até ao presente mencionadas<sup>52</sup>.

19. O certo é que tais soluções legais, sem terem propriamente sido modificadas, têm vindo a ver crescentemente reduzido o campo de aplicação para que as vocacionava o Código Civil. Tal resultou, em primeiro lugar, da circunstância de novas regras de conflitos terem sido incluídas noutras codificações posteriores, limitando o âmbito de aplicação das previstas no Código Civil. Foi o que se passou com o Código dos Direitos de Autor, em 1985 (artigos 37.º e 63.º a 66.º)<sup>53</sup>, o Código das Sociedades Comerciais, em 1986 (artigo 3.º)<sup>54</sup>, o Código dos Valores Mobiliários, em 1999 (artigos 3.º, 39.º a 42.º, 108.º, 145.º a 148.º, 227.º, 285.º e 321.º)<sup>55</sup>, o Código do Trabalho, em 2003 (artigos 6.º a 9.º<sup>56</sup>, e 4.º a 8.º, na versão de 2009), e o Código da Propriedade Industrial, nesse mesmo ano (artigos 3.º e 4.º)<sup>57</sup>. A adopção destas regras, cuja inspiração não foi necessariamente a que estivera na base do sistema do Código Civil, reduziu assim claramente o lugar (praticamente de exclusivo) que a este último cabia no direito internacional privado português.

20. E o mesmo aconteceria com a aprovação de leis especiais, que a partir da década de 80 vieram regular certos institutos de direito privado (como as cláusulas contratuais gerais<sup>58</sup>, em 1985, o contrato de agência ou represen-

---

*de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 275-325.

<sup>52</sup> Cit. *supra*, na nota 1.

<sup>53</sup> Cfr. MOURA VICENTE, D., «Direito Internacional de Autor», em *Direito Internacional Privado. Ensaaios*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2002, p. 107-143, e LIMA PINHEIRO, L., «Algumas considerações sobre a lei aplicável ao direito de autor na Internet», *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. 74, enero-marzo 2014, n.º I, p. 13-34.

<sup>54</sup> Cfr. MOURA RAMOS, R. M., «Aspectos recentes do direito internacional privado português», em *Das Relações Privadas Internacionais. Estudos de Direito Internacional Privado*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 85-142, esp. p. 108-113; LIMA PINHEIRO, L., «O Direito Aplicável às Sociedades. Contributo para o Direito Internacional Privado das Sociedades», *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. 58, 1998, II, p. 673-777, e PEREIRA DIAS, R., «As Sociedades no Comércio Internacional», *Miscelâneas*, IDET, n.º 5, Coimbra, Almedina, 2008, p. 42-108, esp. p. 60-96.

<sup>55</sup> Cfr., a propósito, BRITO, M. H., «Sobre a aplicação no espaço do novo Código dos Valores Mobiliários», em *Direito dos Valores Mobiliários*, IV, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 85-109.

<sup>56</sup> Cfr., sobre o ponto, MOURA VICENTE, D., «O Direito Internacional Privado no Código do Trabalho», em *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, Coimbra, Almedina, 2003, p. 15-34, e BRITO, M. E., «Direito aplicável ao contrato internacional de trabalho. Algumas considerações a propósito do Código do Trabalho», em *Estudos em Memória do Conselheiro Luís Nunes de Almeida*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 105-143.

<sup>57</sup> Cfr. o Decreto-Lei n.º 36/2003, de 5 de Março e os seus artigos 3.º e 4.º, e, recentemente, o Decreto-Lei n.º 110/2018, de 10 de Dezembro.

<sup>58</sup> Cfr. o Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, e, na sua versão actual (decorrente do Decreto-Lei n.º 323/2001, de 17 de Dezembro) o seu artigo 23.º Sobre o ponto, cfr. MOURA RAMOS, R. M., *op. cit.*, nota 54, p. 99-103 e 106-107; *id.*, «Remarques sur les développements récents du droit international privé portugais en matière de protection des consommateurs», em *E Pluribus Unum. Liber Amicorum Georges A. L. Droz. Sur l'unification progressive du droit international privé*, Kluwer Law International, 1996, p. 233-251, e *id.*, «La transposition des directives communautaires en matière de protection du consommateur et le droit international privé portugais», em *Festschrift für Erik Jayme*, *op. cit.*, nota 22, p. 615-626, e GALVÃO TELES, E., «A Lei Aplicável aos Contratos de Consumo no Labirinto Comunitário»,

tação comercial<sup>59</sup>, e o estabelecimento mercantil individual de responsabilidade limitada<sup>60</sup>, em 1986, a adopção internacional<sup>61</sup> e o regime jurídico da habitação periódica<sup>62</sup>, em 1993, o estatuto legal do navio<sup>63</sup> em 1998, o contrato de seguro<sup>64</sup> em 2008, e os regimes jurídicos da reparação de acidentes de trabalho e de doenças profissionais<sup>65</sup>, do apadrinhamento civil<sup>66</sup> e do adulto acompanhado<sup>67</sup>) e de direito processual (a arbitragem voluntária, em 1986<sup>68</sup> e, posteriormente, em 2011<sup>69</sup>), e mesmo matérias de direito público (como a protecção do património cultural)<sup>70</sup>.

21. Mas não foi apenas o legislador interno que contribuiria por esta forma para o desenvolvimento do direito internacional privado português, tendo-se verificado, no período posterior à entrada em vigor do Código Civil, a vinculação, por parte de Portugal, a um número significativo de instrumentos internacionais de carácter convencional. Este contexto de abertura ao direito internacional atingiria de forma particular a nossa disciplina, tendo-se verificado a ratificação por Portugal de um número expressivo de convenções, nomeadamente em matéria de direito dos menores e da família, em particular as negociadas no âmbito da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado<sup>71</sup>. E este movimento prosseguiria depois, com a negociação e entra-

---

em *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, I Volume - Direito Privado e Vária, Coimbra, Almedina, 2002, p. 683-751.

<sup>59</sup> Cfr. o Decreto-Lei n.º 176/86, de 3 de Julho, e o seu artigo 38.º Ver também a obra citada em primeiro lugar na nota anterior, p. 93-96.

<sup>60</sup> Cfr. o Decreto-Lei n.º 248/86, de 25 de Agosto, e o seu artigo 36.º Cfr. MOURA RAMOS, R. M., *op. cit.*, nota 54, p. 111-112.

<sup>61</sup> Cfr. o Decreto-Lei n.º 185/93, de 22 de Maio, artigos 15.º a 27.º, posteriormente substituídos pelos artigos 14.º a 27.º do Decreto-Lei n.º 120/98, de 8 de Maio, e pelos artigos 61.º a 90.º da Lei n.º 143/2015, de 8 de Setembro. Sobre o regime estabelecido pelos dois primeiros diplomas citados, cfr. MOURA RAMOS, R. M., «Succession et coexistence d'approches et de procédés au fil du temps: l'adoption en droit international privé portugais», en *Private Law in the International Arena. From National Conflict Rules towards Harmonization and Unification. Liber Amicorum Kurt Siehr*, The Hague, 2000, T. M. C. Asser Press, p. 481-496 (489-493).

<sup>62</sup> Cfr. o Decreto-Lei n.º 275/93, de 5 de Agosto, e posteriormente (nos Decretos-Lei n.ºs 180/99, de 22 de Maio, 22/2002, de 31 de Janeiro, e 37/2011, de 10 de Março) o artigo 60.º Sobre o regime estabelecido pelos dois primeiros diplomas citados, cfr. MOURA RAMOS, R. M., *op. cit.*, nota 58, p. 623-625.

<sup>63</sup> Cfr. o Decreto-Lei n.º 201/98, de 10 de Julho, e LIMA PINHEIRO, L., *op. cit.*, nota 21.

<sup>64</sup> Cfr. o Decreto-Lei n.º 72/2008, de 16 de Abril, e os seus artigos 5.º a 10.º

<sup>65</sup> Cfr. a Lei n.º 98/2009, de 4 de Setembro, e os seus artigos 5.º e 6.º

<sup>66</sup> Cfr. a Lei n.º 103/2009, de 11 de Setembro, e o seu artigo 3.º

<sup>67</sup> Cfr. a Lei n.º 49/2018, de 14 de Agosto, e o seu artigo 2.º

<sup>68</sup> Cfr. a Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto, e os seus artigos 32.º a 35.º A propósito, cfr. MOURA RAMOS, R. M., *op. cit.*, nota 54, p. 120-123.

<sup>69</sup> Com a lei aprovada pela Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro, artigos 49.º a 54.º Cfr. MOURA RAMOS, R. M., «L'arbitrage international dans le nouveau droit portugais de l'arbitrage», en *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho Internacional Privado. Liber amicorum Alegria Borrás*, Madrid, Marcial Pons, 2013, p. 611-624.

<sup>70</sup> Cfr. a Lei n.º 107/2001, de 8 de Setembro, e o seu artigo 69.º

<sup>71</sup> Sobre esta questão, cfr. MOURA RAMOS, R. M., «A Conferência da Haia de Direito Internacional Privado: A participação de Portugal e o papel da organização na codificação internacional do direito internacional privado», en *España y la codificación internacional del Derecho internacional privado*, Madrid, Eurolex, 1993, p. 17-40, esp. p. 31-36.

da em vigor de tratados bilaterais<sup>72</sup>, e, mais tarde, com a adesão a textos cuja vinculação decorria das obrigações assumidas no âmbito da participação portuguesa nas Comunidades e na União Europeias<sup>73</sup>.

22. Não foi no entanto apenas no direito interno e no direito internacional convencional que se deu o desenvolvimento do direito internacional privado português, podendo dizer-se que tal movimento viria a ser igualmente desencadeado pela influência do direito comunitário.

23. Para além do que já ficou dito<sup>74</sup>, dois pontos interessa sobremaneira mencionar. Em primeiro lugar, por via indirecta, digamos, através dos actos de transposição de directivas. Tal aconteceu, por exemplo, em matéria de cláusulas abusivas nos contratos celebrados pelos consumidores<sup>75</sup>, de contratos de *timesharing*<sup>76</sup>, de protecção jurídica de programas de computador<sup>77</sup>, de protecção de dados pessoais<sup>78</sup>, de protecção jurídica das bases

---

<sup>72</sup> Como a Convenção luso-francesa de cooperação judiciária relativa à protecção de menores, assinada a 20 de Julho de 1983, e a Convenção luso-luxemburguesa relativa ao auxílio judiciário em matéria de direito de guarda e de direito de visita, de 12 de Junho de 1992.

<sup>73</sup> Estamos a pensar sobretudo na Convenção de Roma de 19 de Junho de 1980, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais, a que o nosso país se vinculou através da Convenção de adesão assinada no Funchal, em 18 de Maio de 1992.

<sup>74</sup> Veja-se a nota anterior. Para um balanço correspondente, no que diz respeito ao direito espanhol, cfr. BORRÁS, A., «30 Años de España en la Unión Europea: Su significado en el ámbito del Derecho Internacional Privado», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, vol. 16, 2016, p. 35-41.

<sup>75</sup> Directiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de Abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores. Cfr. o Decreto-Lei n.º 249/99, de 7 de Dezembro, e a obra citada *supra*, em penúltimo lugar, na nota 58, p. 622-623, e, na nossa doutrina, PINTO MONTEIRO, F., «La directive “clauses abusives”, 5 ans après - A transposição para a ordem jurídica interna da Directiva 93/13/CEE», *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. 75, 1999, p. 523-536, e OLIVEIRA ASCENSÃO, J., «Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e boa fé», *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. 60, 2000, p. 573-595.

Em matéria de protecção dos consumidores, vejam-se ainda as Directivas 85/577/CEE, do Conselho, de 20 de Dezembro de 1985, relativa à protecção dos consumidores no caso de contratos negociados fora dos estabelecimentos comerciais, e 97/7/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Maio de 1997, relativa à protecção dos consumidores em matéria de contratos à distância, posteriormente revogadas pela Directiva 2011/83/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Outubro de 2011, relativa aos direitos dos consumidores, e que altera o acto inicialmente citado assim como o referido *infra*, na nota 80. Sobre este último acto, transposto entre nós pelo Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de Fevereiro, cfr. PINTO MONTEIRO, F., «O novo regime da contratação à distância: breve apresentação», in *Estudos de Direito do Consumidor*, vol. 9 (2015), p. 11-18, MOTA PINTO, P., «O novo regime jurídico dos contratos à distância e dos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial», *ibidem*, p. 51-92, e PASSINHAS, S., «A Directiva 2011/83/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Outubro de 2011, relativa aos direitos dos consumidores: algumas considerações», *ibid.*, p. 93-140.

<sup>76</sup> Directiva 94/47/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Outubro de 1994, relativa à protecção dos adquirentes quanto a certos aspectos dos contratos de aquisição de um direito de utilização a tempo parcial de bens imóveis. Cfr. o Decreto-Lei n.º 22/2002, de 31 de Janeiro, e a obra citada *supra*, na nota 62.

<sup>77</sup> Directiva 91/250/CEE do Conselho, de 14 de Maio de 1991, relativa à protecção jurídica dos programas de computador. Cfr. o Decreto-Lei n.º 252/94, de 20 de Outubro, e o seu artigo 17.º

<sup>78</sup> Directiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995, relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. Cfr. a Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro, e os seus artigos 4.º e 18.º a 19.º Este texto seria entretanto revogado pelo Regulamento (UE) 2016/679, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de Abril de 2016, relativo à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados

de dados<sup>79</sup>, de certos aspectos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas<sup>80</sup>, de certos aspectos legais dos serviços da sociedade da informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno<sup>81</sup>, do regime jurídico dos contratos de garantia financeira<sup>82</sup>, dos contratos à distância relativos a serviços financeiros celebrados com consumidores<sup>83</sup>, do saneamento e liquidação de instituições de crédito<sup>84</sup>, e de fusões transfronteiriças<sup>85</sup>. Em todos estes domínios, na verdade, o direito português passou, por força da transposição de directivas comunitárias, a incluir as regras de direito internacional privado previstas naqueles actos unilaterais das Comunidades ou da União Europeias.

24. Em segundo lugar, e agora mais decisivamente, por força da criação de um direito internacional privado da União Europeia<sup>86</sup>, que se de-

---

personais e à livre circulação desses dados (cfr. artigo 94.º deste último texto), revogação que produziu efeitos na data de aplicação daquele acto, isto é, nos termos do seu artigo 99.º, n.º 2, a partir de 25 de Maio de 2018.

<sup>79</sup> Directiva 96/9/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Março de 1996, relativa à protecção jurídica das bases de dados. Cfr. o Decreto-Lei n.º 122/2000, de 4 de Julho, e os seus artigos 2.º e 3.º

<sup>80</sup> Directiva 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Maio de 1999, relativa a certos aspectos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas. Cfr. o Decreto-Lei n.º 67/2003, de 25 de Maio, e o seu artigo 11.º, e, na nossa doutrina, MOURA VICENTE, D., «Desconformidade e garantias na venda de bens de consumo: A directiva 1999/44/CE e a Convenção de Viena de 1980», em *op. cit.*, nota 53, p. 35-58, MOTA PINTO, P., «Conformidade e garantias na venda de bens de consumo. A Directiva 1999/44/CE e o direito português», *Estudos de Direito do Consumidor*, vol. 2, 2000, p. 197-331, e MENEZES LEITÃO, L., «*Caveat Venditor?* A Directiva 99/44/CE do Conselho e do Parlamento Europeu sobre a venda de bens de consumo e garantias associadas e suas implicações no regime jurídico da compra e venda», em *op. cit.*, nota 58, p. 263-303.

<sup>81</sup> Directiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 de Junho de 2000 relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno («Directiva sobre o comércio electrónico»). Cfr. o Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de Janeiro, e os seus artigos 4.º a 8.º, e, na doutrina portuguesa, CALVÃO DA SILVA, J., *Banca, Bolsa e Seguros. Direito Europeu e Português*, t. I - Parte Geral, 4.ª Edição revista e aumentada, Coimbra, Almedina, 2013, p. 129-146; DIAS PEREIRA, A., «A protecção do consumidor no quadro da Directiva sobre o comércio electrónico», *Estudos de Direito do Consumidor*, vol. 2, 2000, p. 43-140, e MOURA VICENTE, D., «A comunitarização do direito internacional privado e o comércio electrónico», em *Direito Internacional Privado. Ensaios*, vol. II, Coimbra, Almedina, 2005, p. 171-185.

<sup>82</sup> Directiva 2002/47/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Junho de 2002, relativa aos acordos de garantia financeira. Cfr. o Decreto-Lei n.º 105/2004, de 8 de Maio, e o seu artigo 21.º

<sup>83</sup> Directiva 2002/65/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Setembro de 2002, relativa à comercialização à distância de serviços financeiros prestados a consumidores. Cfr. o Decreto-Lei n.º 95/2006, de 29 de Maio, e o seu artigo 40.º

<sup>84</sup> Directiva 2001/24/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 4 de Abril de 2001, relativa ao saneamento e à liquidação das instituições de crédito. Cfr. o Decreto-Lei n.º 199/2006, de 25 de Outubro. Estes dois textos seriam entretanto modificados, respectivamente, pela Directiva 2014/59/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Maio de 2014, que estabelece um enquadramento para a recuperação e a resolução de instituições de crédito e de empresas de investimento, e pelo Decreto-Lei n.º 31-A/2012, de 10 de Fevereiro.

<sup>85</sup> Directiva 2005/56/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Outubro de 2005, relativa às fusões transfronteiriças das sociedades de responsabilidade limitada, e Directiva 2007/63/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Novembro de 2007, que altera as Directivas 78/855/CEE e 82/891/CEE do Conselho no que respeita à exigência de um relatório de peritos independentes aquando da fusão ou da cisão de sociedades anónimas. Cfr. a Lei n.º 19/2009, de 12 de Maio.

<sup>86</sup> Sobre a questão, cfr. MOURA RAMOS, R. M., *Estudos de Direito Internacional Privado da União Europeia*, Coimbra, 2016, Imprensa da Universidade de Coimbra. Cfr. ainda BOGDAN, M., *Concise Intro-*

envolveu, já neste século, através de regulamentos, e que nos domínios que nos importam, por serem os que se reportam às matérias de direito internacional privado constantes do Código Civil, envolveu já a aprovação de actos relativos à lei aplicável às obrigações extracontratuais<sup>87</sup>, às obrigações contratuais<sup>88</sup>, às obrigações alimentares<sup>89</sup>, ao divórcio<sup>90</sup>, às sucessões por morte<sup>91</sup>, e aos efeitos patrimoniais, do casamento<sup>92</sup> como das uniões

---

*duction to EU Private International Law*, 3rd edition, Groningen, Europa Law Publishing, 2016; «The Communitarisation of Private International Law» (contribuições de BASEDOW, J., VON HEIN, J., PAUL BEAUMONT, P., ANATOL DUTTA, A., KIENINGER E. M. e BARIATTI, S.), *RabelsZ*, 73 (2009), p. 455-664, REICHEL, G. e RECHBERGER, W. H. (Hrsg), *Europaisches Kollisionsrecht. Anwendbares Recht, Gerichtliche Zuständigkeit, Vollstreckung von Entscheidungen im Binnenmarkt*, Wien, 2004, Manz; FALLON, M., KINSCH, P. e KOHLER, C. (eds), *Le Droit International Privé Européen en construction. Vingt Ans de travaux du GEDIP*, Cambridge, Intersentia, 2011; FALLON, M., LAGARDE, P. e POILLLOT-PERUZZETTO, S. (dirs.), *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé?*, Bruxelles, Peter Lang, 2011; VAN CALSTER, G., *European Private International Law*, Second Edition, Oxford, Hart Publishing, 2016; *Grundfragen des Europäischen Kollisionsrechts* (herausgegeben von Stefan Arnold), Tübingen, Mohr Siebeck, 2016; LEIBLE, S. (ed.), *General Principles of European Private International Law*, Alphen an den Rijn, Kluwer Law International, 2016, e BRITO, M. H., *Direito Internacional Privado sob Influência do Direito Europeu*, Lisboa, Ancora Editora, 2017.

<sup>87</sup> Cfr. o Regulamento (CE) n.º 864/2007, do Parlamento e do Conselho, de 11 de Julho de 2007, relativo à lei aplicável às obrigações extracontratuais (Roma II). MOURA RAMOS, R. M., «O direito internacional privado das obrigações extracontratuais na União Europeia», in *op. cit.*, nota 86, p. 109-144; LIMA PINHEIRO, L., *Direito Internacional Privado*, vol. II - Direito de Conflitos - Parte Especial, 4.ª Edição Refundida, Coimbra, Almedina, 2015, p. 471-511, e MOITINHO DE ALMEIDA, J. C., *O Regulamento Roma II. Lei Aplicável às Obrigações Extracontratuais*, Cascais, Principia, 2017.

<sup>88</sup> Cfr. o Regulamento (CE) n.º 593/2008, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de Junho de 2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I); MOURA RAMOS, R. M., «O direito internacional privado das obrigações contratuais na União Europeia», in *op. cit.*, nota 86, p. 73-107, e LIMA PINHEIRO, L., *op. cit.*, nota 87, p. 314-410.

<sup>89</sup> Cfr. o Regulamento (CE) n.º 4/2009, do Conselho, de 18 de Dezembro de 2008, relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e à execução das decisões e à cooperação em matéria de obrigações alimentares; MOURA RAMOS, R. M., «As obrigações alimentares no direito internacional privado da União Europeia», in *op. cit.*, nota 86, p. 145-182; LIMA PINHEIRO, *op. cit.*, nota 87, p. 124-138, e ROCHA RIBEIRO, G., «A obrigação de alimentos devidos a menores nas relações transfronteiriças. Uma primeira abordagem ao Regulamento (CE) n.º 4/2009 e ao Protocolo da Haia de 2007», *Lex Familiae*, vol. 10, n.º 20, 2013, p. 83-114.

<sup>90</sup> Cfr. o Regulamento (UE) n.º 1259/2010, do Conselho, de 20 de Dezembro de 2010, que cria uma cooperação reforçada no domínio da lei aplicável em matéria de divórcio e separação judicial; MOURA RAMOS, R. M., «Um novo regime do divórcio internacional na União Europeia», in *op. cit.*, nota 86, p. 163-236; LIMA PINHEIRO, L., *op. cit.*, nota 87, p. 658-669, e GOMES DE ALMEIDA, J., *O Divórcio em Direito Internacional Privado*, Coimbra, Almedina, 2017, p. 273-479.

<sup>91</sup> Cfr. o Regulamento (UE) n.º 650/2012, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de Julho de 2012, relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e execução das decisões, e à aceitação e execução dos actos autênticos em matéria de sucessões e à criação de um certificado sucessório europeu; MOURA RAMOS, R. M., «O direito internacional privado das sucessões na União Europeia», in *op. cit.*, *supra*, nota 86, p. 237-286; LIMA PINHEIRO, L., *op. cit.*, *supra*, nota 87, p. 686-697; ASCENSÃO SILVA, N., «A sucessão testamentária no direito internacional privado - Desenvolvidos recentes», *Cadernos do C.E.No.R. Centro de Estudos Notariais e Registrais*, vol. 4, 2016, p. 119-215, esp. p. 134-215, em diálogo com o sistema português de fonte autónoma, e DAVI, A. e ZANOBETTI, A., *Il nuovo diritto internazionale privato europeo delle successioni*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2014.

<sup>92</sup> Cfr. o Regulamento (UE) n.º 2016/1103, do Conselho, de 24 de Junho de 2016, que implementa a cooperação reforçada no domínio da competência, da lei aplicável, do reconhecimento e da execução de decisões em matéria de regimes matrimoniais. Sobre este texto e o citado na nota seguinte, cfr. FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., «Un hito más en la comunitarización del derecho internacional privado: regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas», *La Ley. Unión*

registadas<sup>93</sup>. Para além de, por força das características do direito da União, os preceitos do Código Civil nesta matéria se terem tornado de aplicação residual, deve ainda sublinhar-se que as próprias regras da parte geral do Código sofrem limites na sua aplicação, uma vez que aqueles actos de direito da União contêm regras próprias sobre as questões da parte geral<sup>94</sup>, que nem sempre coincidem com as primeiras e que, naturalmente, afastam a sua aplicação.

25. Independentemente de o corpo de normas relativas ao direito internacional privado resultar assim sobremaneira alterado, deve ainda ter-se presente que as novas regras que acabámos de referir apresentam por vezes algumas diferenças, na sua construção, face às anteriores. Assim, se é certo que continuamos a lidar apenas com regras de conflitos bilaterais, sendo que as situações em que a sua aplicação é limitada são as mesmas que já encontrávamos no Código Civil<sup>95</sup>, o respeito pelo princípio da paridade de tratamento surge menos vincado, sendo admitido em maior medida o recurso directo, ainda que em via subsidiária, à *lex fori*<sup>96</sup>. É certo que a este recurso à *lex fori* não é em muitos casos estranha a preocupação de garantir certos resultados materiais, mas é igualmente verdade que aumenta assim o número de regras em que o legislador se orienta por preocupações de justiça material, e em que a regra de conflitos deixa portanto de cumprir uma função puramente localizadora<sup>97</sup>. Por outro lado, acentua-se a flexibilização das regras de conflitos, nomeadamente pelo recurso a cláusulas de excepção<sup>98</sup>, e alarga-se o recurso ao princípio da autonomia das partes, que passa a ser admitido também fora

---

*Europea*, vol. 40, septiembre 2016, p. 1-29, e, entre nós, MOURA RAMOS, R. M., «Os efeitos patrimoniais do casamento e das parcerias registadas no direito internacional privado da União Europeia», *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. XCIII (2017), t. I, p. 1-55, e MOTA, H., «Os efeitos patrimoniais do casamento e das uniões de facto registadas no Direito Internacional Privado da União Europeia. Breve análise dos Regulamentos (UE) 2016/1103 e 2016/1104, de 24 de Junho», *Revista Electrónica de Direito*, n.º 2, 2017, p. 1-33.

<sup>93</sup> Cfr. o Regulamento (UE) n.º 2016/1104, do Conselho, de 24 de Junho de 2016, que implementa a cooperação reforçada no domínio da competência, da lei aplicável, do reconhecimento e da execução de decisões em matéria de efeitos patrimoniais das parcerias registadas, e MOURA RAMOS, R. M., «Similitudes et disparités dans les instruments de droit international privé de l'union européenne relatifs aux effets patrimoniaux du mariage et des partenariats enregistrés», en HESS, B., JAYME, E. e MANSEL, H.-P. (eds.), *Europa Als Rechts- und Lebensraum. Liber Amicorum fur Christian Kohler zum 75. Geburtstag*, Bielefeld, Gieseking Verlag, 2018, p. 347-356.

<sup>94</sup> Cfr. os trabalhos mencionados *supra*, nas notas 87 a 92.

<sup>95</sup> Cfr. o artigo 13.º do Regulamento Roma I.

<sup>96</sup> Cfr. o artigo 4.º, n.ºs 2 e 3 do Protocolo da Haia de 2007, sobre a lei aplicável às obrigações de alimentos, para que remete o artigo 15.º do Regulamento n.º 4/2009, o artigo 5.º, n.º 1, alínea a), o artigo 8.º, alínea d), e o artigo 10.º do Regulamento n.º 1259/2010.

<sup>97</sup> Assim, os artigos 6.º e 8.º do Regulamento Roma I, relativos a contratos (certos contratos celebrados com consumidores e o contrato de trabalho) em que avulta a preocupação com a protecção da parte mais débil, o artigo 4.º do Protocolo da Haia de 2007, sobre a lei aplicável às obrigações de alimentos, para que remete o artigo 15.º do Regulamento n.º 4/2009, e o artigo 10.º do Regulamento n.º 1259/2010.

<sup>98</sup> Cfr. os artigos 4.º, n.º 3, 5.º, n.º 3, 7.º, n.º 2, segunda frase, e 8.º, n.º 4, do Regulamento Roma I, 4.º, n.º 3, 5.º, n.º 2, 10.º, n.º 4 e 11.º, n.º 4 do Regulamento Roma II, o artigo 5.º do Protocolo da Haia de 2007, sobre a lei aplicável às obrigações de alimentos, para que remete o artigo 15.º do Regulamento n.º 4/2009, e o artigo 21.º, n.º 2, do Regulamento n.º 650/2012.

do domínio contratual<sup>99</sup>. E o sistema passa além disso a prever expressamente a aplicação das normas internacionalmente imperativas da *lex fori*<sup>100</sup> (bem como a tomada em consideração das regras do mesmo tipo contidas em leis estrangeiras<sup>101</sup>)<sup>102</sup>.

26. Se pretendermos agora comparar o sistema de direito internacional privado hoje vigente em Portugal com o que resultou da entrada em vigor do Código de 1966, o traço mais saliente que avulta nesse confronto talvez seja, para além da pluralidade de fontes que contrasta com a unidade de regulamentação que o Código Civil propiciava, a especialização do sistema da parte especial dele resultante. Especialização que se patenteia sobretudo em matéria de obrigações, quer contratuais (com a disciplina prevista para diversas categorias, como o contrato de transporte, certos contratos celebrados por consumidores, o contrato de seguro, o contrato individual de trabalho, para além da previsão específica da lei aplicável em várias outras situações em que as partes não hajam feito uso da possibilidade de escolha da lei)<sup>103</sup>, quer extracontratuais (com a previsão de uma disciplina própria<sup>104</sup> para a responsabilidade por produtos defeituosos, a concorrência desleal e os actos que restrinjam a livre concorrência, os danos ambientais, a violação de direitos de propriedade intelectual e as acções colectivas), quer nas obrigações alimentares, e que prolonga a tendência iniciada pelo Código Civil em relação ao Código de Seabra<sup>105</sup>, e que se impôs igualmente no direito

<sup>99</sup> Cfr. os artigos 3.º, 6.º, n.º 2, 7.º, n.os 2 e 3, 8.º, n.º 1, do Regulamento Roma I, o artigo 14.º (limitado pelos artigos 6.º, n.º 4, e 8.º, n.º 3) do Regulamento Roma II, os artigos 7.º e 8.º do Protocolo da Haia de 2007, sobre a lei aplicável às obrigações de alimentos, para que remete o artigo 15.º do Regulamento n.º 4/2009, o artigo 5.º do Regulamento n.º 1259/2010, os artigos 22.º, 24.º, n.º 2, e 25.º, n.º 3, do Regulamento n.º 650/2012, e o artigo 22.º, tanto do Regulamento n.º 2016/1103 como do Regulamento 2016/1104.

<sup>100</sup> Cfr. os artigos 9.º, n.º 2, do Regulamento Roma I, 16.º do Regulamento Roma II, e 30.º, n.º 1, tanto do Regulamento n.º 2016/1103 como do Regulamento 2016/1104.

<sup>101</sup> Cfr. os artigos 9.º, n.º 3, do Regulamento Roma I, e 17.º do Regulamento Roma II.

<sup>102</sup> Para uma caracterização das orientações fundamentais do nosso sistema, cfr. MOURA RAMOS, R. M., «Le Droit international privé portugais à la fin du vingtième siècle: progrès ou recul?», in SYMEONIDES, S. (ed.), *Private International Law at the End of the 20th Century: Progress or Regress?*, London, Kluwer Law International, 2000, p. 349-382, esp. p. 352-365, e LIMA PINHEIRO, L., «Algumas reflexões sobre a codificação portuguesa do direito internacional privado», in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, vol. III, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 743-768, esp. p. 745-753. E no sentido da sua consonância com as orientações seguidas no plano do direito comparado, cfr. MOURA RAMOS, R. M., «Perspectiva do Direito Internacional Privado no limiar do novo século», in *Internacionalização do Direito no Novo Século* (Studia Iuridica, 94. Colloquia - 17), Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 127-144.

<sup>103</sup> Cfr. as distintas hipóteses (compra e venda, prestação de serviços, franquia, distribuição, compra e venda de mercadorias em hasta pública, situações em que o objecto é um direito real sobre um bem imóvel ou o arrendamento de um bem imóvel ou certos instrumentos financeiros) previstas no n.º 1 do artigo 4.º do Regulamento Roma I.

<sup>104</sup> Prevista, respectivamente, nos artigos 5.º a 9.º do Regulamento Roma II.

<sup>105</sup> Com a previsão da disciplina conflitual específica quer da gestão de negócios e do enriquecimento sem causa, em matéria obrigacional, quer das várias hipóteses de representação e da prescrição e da caducidade, em sede de negócio jurídico, quer do casamento (como acto, quanto à substância e quanto à forma, e como estado, e aqui, em sede de efeitos pessoais e de efeitos patrimoniais), e da filiação (biológica e adoptiva, e aqui também tanto do estabelecimento como dos efeitos), em sede de relações de família, e, no domínio das sucessões, da sucessão, legal e da voluntária.

comparado e em numerosas convenções da Conferência da Haia<sup>106</sup>. Depois, há a referir a preocupação com a constitucionalização do sistema, fazendo repercutir os princípios e regras constitucionais nas categorias de conexão previstas pelas regras de conflitos<sup>107</sup>. E, no que toca ao desenho das regras de conflitos, pode dizer-se que se acentuaram, quer a sua materialização<sup>108</sup>, quer a sua flexibilização<sup>109</sup>, do mesmo modo que se viu bastante reforçada tanto a utilização complementar de novas metodologias, como a da regulação directa ou material das situações plurilocalizadas<sup>110</sup> e a das normas de aplicação necessária e imediata<sup>111</sup>, como o relevo do princípio da autonomia das partes<sup>112</sup>.

#### 4. A CODIFICAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO PORTUGUÊS, NO FUTURO

27. Em temos que podem parecer surpreendentes, cremos decorrer da exposição anterior que se o direito internacional privado vigente em Portugal é hoje bem diverso daquele que resultou da entrada em vigor do Código Civil de 1966, as suas linhas de força essenciais não constituem uma ruptura com os paradigmas que presidiram a esta codificação, decorrendo antes de uma evolução previsível destes últimos. Alcançado este estágio da reflexão que nos propuséramos, importa agora questionarmo-nos sobre o futuro da codificação do direito internacional privado em Portugal. É o que faremos de forma muito sucinta, limitando-nos a adiantar algumas pistas da nossa reflexão pessoal sobre este ponto.

<sup>106</sup> A este respeito, cfr. MOURA RAMOS, R. M., «The impact of the Hague Conventions on Portuguese Private International Law», en *The Influence of the Hague Conference on Private International Law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, p. 79-92, esp. p. 88-89. Sublinhando o carácter mais geral desta tendência, ainda que apenas no domínio do direito da família, cfr. MOURA RAMOS, R. M., «La evolución reciente del derecho internacional privado de familia en los Estados miembros de la Unión Europea», en MOURA RAMOS, R. M. e RODRÍGUEZ BENOT, A., *Evolución reciente del derecho internacional privado de familia en los Estados miembros de la Unión Europea*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2016, p. 11-103.

<sup>107</sup> Cfr. *supra*, nota 1, e MOURA RAMOS, R. M., «Linhas Gerais da evolução do direito internacional privado português posteriormente ao Código Civil de 1966», en *op. cit.*, nota 51, p. 275-325, esp. p. 305-309, e, agora com um alcance mais geral ainda que limitado às relações de família, *id.*, *op. cit.*, nota 106, p. 30-39.

<sup>108</sup> Cfr. MOURA RAMOS, R. M., *op. cit.*, nota 51, p. 316-317, e *op. cit.*, nota 106, p. 69-70.

<sup>109</sup> Assim MOURA RAMOS, R. M., *op. cit.*, nota 106, p. 86-88; MOURA RAMOS, R. M., *op. cit.*, nota 51, p. 318-319, e MOURA RAMOS, R. M., *op. cit.*, nota 106, p. 68-69.

<sup>110</sup> Assim MOURA RAMOS, R. M., *op. cit.*, nota 51, p. 310-312.

<sup>111</sup> Cfr. MOURA RAMOS, R. M., *op. cit.*, nota 51, p. 312-315, e MOURA RAMOS, R. M., *op. cit.*, nota 106, p. 72-74.

<sup>112</sup> Cfr. MOURA RAMOS, R. M., *op. cit.*, nota 106, p. 85-86; MILLS, A., *Party Autonomy in Private International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018, e, no domínio das relações familiares, MOURA RAMOS, R. M., *op. cit.*, nota 106, p. 89-93; PANET, A., FULCHIRON, H. e WAUTELET, P. (eds.), *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*, Bruxelles, Bruylant, 2017, e KOHLER, C., «Anmerkungen zur Parteiautonomie im internationalen Familien und Erbrecht», en GEBAUER, M., MANSEL, H.-P. e SCHULZE, G. (dirs.), *Die Person im Internationalen Privatrecht. Liber Amicorum Erik Jayme*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2019, p. 9-26.

28. A este propósito, a convicção mais firme que temos, e mau grado tal representar uma alteração de rumo face às duas codificações do nosso direito privado, é a de que o *corpus* normativo em que se analisa a codificação do direito internacional privado não deverá num futuro mais ou menos longínquo constar do Código Civil, passando antes a figurar num diploma próprio, uma Lei ou Código de Direito Internacional Privado Português. Tal resulta, nomeadamente, de as questões que tal codificação deverá enfrentar ultrapassarem o mero problema da designação da lei aplicável, que era aquele a que respondeu, de forma particularmente conseguida no momento histórico em que o fez, o Código de 1966, para compreenderem igualmente as regras pertinentes de competência internacional e de reconhecimento das sentenças estrangeiras. Isto pela concepção que fazemos do direito internacional privado e da sua ciência global, que não pode deixar de incluir aquelas duas matérias, sendo que o seu tratamento normativo deverá por isso ser visto em termos integrados. Trata-se aliás de uma orientação que corresponde a uma visão global da nossa disciplina que se tem vindo a impor no plano da discussão metodológica<sup>113</sup>, que tem sido largamente acolhida no direito comparado<sup>114</sup>, que tem encontrado defensores na nossa doutrina<sup>115</sup>, e que seguimos em trabalhos anteriores em que tratámos de institutos da parte especial do direito internacional privado<sup>116</sup>.

29. Ultrapassado o estágio do âmbito material (e, conseqüentemente, da localização) da regulação autónoma, de fonte nacional, pertinente ao direito internacional privado, deverá em seguida reconhecer-se que, no presente momento, esta não poderá deixar de ter um âmbito acentuadamente mais restrito, dada a natureza residual que há hoje que reconhecer, nos Estados-Membros da União Europeia, à iniciativa do legislador estadual. Na verdade, como resulta das considerações anteriores, o legislador da União chamou a si parte significativa da regulação internacionalprivatística das matérias

---

<sup>113</sup> Cfr., por exemplo, os trabalhos de PICONE, P., «La méthode de la référence à l'ordre juridique compétent en droit international privé», *Recueil des Cours*, t. 197, 1986-II, p. 231-419; *id.*, *Ordinamento Competente e Diritto Internazionale Privato*, Padova, Cedam, 1986; *id.*, «Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé. Cours général de droit international privé», *Recueil des Cours*, t. 276, 1999, p. 11-296, esp. p. 119-142; *id.*, *La Riforma Italiana del Diritto Internazionale Privato*, Padova, Cedam, 1998, p. 3-53 e 477-514, e *id.*, «Diritto internazionale privato comunitario e pluralità dei metodi di coordinamento tra ordinamenti», en *id.* (ed.), *Diritto Internazionale Privato e Diritto Comunitario*, Padova, Cedam, 2004, p. 485-525. Mas a tendência a que nos referimos mobiliza muitos outros autores; cfr., por exemplo, MANKOWSKI, P., «Über den Standort des Internationalen Zivilprozessrechts. Zwischen Internationalem Privatrecht und Zivilprozessrecht», *RabelsZ*, vol. 82, 2018, p. 576-617.

<sup>114</sup> Cfr. os elementos referidos *supra*, na nota 3.

<sup>115</sup> Assim LIMA PINHEIRO, L., *op. cit.* nota 2; *id.*, «Um Direito Internacional Privado para o Século XXI. Relatório», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 2001, Suplemento, p. 21-27; BRITO, M. H., «O direito internacional privado no Código Civil - Perspectivas de Reforma», en *Estudos Comemorativos dos 10 Anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, vol. II, Coimbra, Almedina, 2008, p. 355-380, esp. p. 379, e, mais recentemente, GOMES DE ALMEIDA, J., *op. cit.*, nota 90.

<sup>116</sup> Cfr. MOURA RAMOS, R. M., «Portugal», en «L'Adoption dans les principales législations européennes (Étude de droit interne et de droit international privé)», *Revue Internationale de Droit Comparé*, vol. 37, 1985, p. 845-864.

a que o Código Civil se dedicara (em sede de obrigações, contratuais, extra-contratuais e alimentares, consequências patrimoniais do casamento e da união registada, divórcio e sucessão<sup>117</sup>), encontrando-se por isso o nosso legislador (como os dos demais Estados-Membros) impedido de legislar nesses domínios, a não ser quanto às matérias que expressamente tenham ficado fora das regras objecto de uniformização<sup>118</sup>. E uma vez que as regras uniformizadas são de aplicação universal<sup>119</sup>, elas aplicam-se a todas as situações plurilocalizadas não excluídas do seu âmbito material de aplicação, o que impede qualquer possibilidade de exercício da competência estadual nesta matéria. Nestes termos, a iniciativa do legislador estadual, a existir<sup>120</sup>, deverá ser coordenada com a criação normativa levada a cabo no âmbito do direito da União.

30. A este respeito, recorde-se que, se quanto à parte especial são diversos os domínios em que o legislador da União já agiu, também em sede de parte geral, muito embora não exista um texto que directamente verse estas questões<sup>121</sup>, elas não deixaram de ser abordadas no contexto da regulamentação das matérias da parte especial<sup>122</sup>. O que obriga o legislador estadual a ter alguma cautela no exercício dos seus poderes de criação normativa.

<sup>117</sup> Cfr. MOURA RAMOS, R. M., *op. cit.*, nota 86, p. 73-286.

<sup>118</sup> É o que se passa, por exemplo, em matéria de obrigações extracontratuais, com as que decorram «da violação da vida privada e dos direitos de personalidade, incluindo a difamação» [cfr. o artigo 1.º, n.º 2, alínea g) do Regulamento 864/2007, e a obra citada na nota anterior, a p. 113].

<sup>119</sup> Por exemplo, o artigo 3.º do Regulamento citado na nota anterior.

<sup>120</sup> Tal tem sucedido após a entrada em vigor daqueles actos de direito da União Europeia, designadamente na Polónia [Lei de Direito Internacional Privado de 4 de Fevereiro de 2011, *Yearbook of Private International Law*, vol. 13, 2011, p. 641-656; para uma introdução à sua análise, cfr. PAJOR, T., «Introduction to the New Polish Act of Private International Law», *ibid.*, p. 381-388, e «La nouvelle loi polonaise de droit international privé. Présentation générale», *Rev. crit. de DIP*, vol. 101, 2012, p. 5-13, e ERNST, U., «Das polnische IPR-Gesetz von 2011 - Mitgliedstaatliche Rekodifikation in Zeiten supranationaler Kompetenzwahrnehmung», *RabelsZ*, vol. 76, 2012, p. 597-638 e na Holanda [Lei de 19 de Maio de 2011, relativa ao Livro 10 (Direito Internacional Privado) do Código Civil Holandês, *Yearbook of Private International Law*, vol. 13, 2011, p. 656-694; TEN WOLDE, M. H., «Codification and consolidation of Dutch Private International Law: The Book 10 Civil Code of the Netherlands», *ibid.*, p. 389-411, e STRUYKEN, V. M., «The Codification of Dutch Private International Law - A brief introduction to Book 10 BV», *RabelsZ*, vol. 78, 2014, p. 592-614, países onde os trabalhos de codificação se limitaram à matéria dos conflitos de leis, e na República Checa [Lei de direito internacional privado de 25 de Janeiro de 2012, e a análise de PAUKNEROVNA, M. e PFEIFFER, M., «The new act on private international law in the Czech Republic: Starting points and perspectives within the European Union», *Journal of Private International Law*, vol. 10, núm. 2, 2014, p. 205-226, onde, diferentemente, eles incluíram as questões de competência internacional e de reconhecimento de decisões estrangeiras.

<sup>121</sup> Apesar de existirem propostas nesse sentido. Cfr. as diversas comunicações recolhidas em *op. cit.*, nota 86), e os trabalhos de STEFAN LEIBLE, S. e MULLER, M., «The Idea of a “Rome 0” Regulation», *Yearbook of Private International Law*, vol. 14, 2012/2013, p. 137-152, e, mais recentemente, HAUSMANN, R., «Le questioni generali nel diritto internazionale privato europeo», *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, vol. 15, 2015, p. 499-522, e VON HEIN, J. e RUHL, G., «Towards a European Code on Private International Law», *RabelsZ*, vol. 79, 2015, p. 701-751.

<sup>122</sup> Vejam-se os artigos 16.º e 17.º, e 24.º a 26.º, do Regulamento 864/2007, 9.º, e 20.º a 22.º, do Regulamento 593/2008, 10.º a 15.º do Regulamento 1259/2010, e 31.º, 33.º, e 34.º a 37.º, do Regulamento 650/2012, e 30.º a 35.º, tanto do Regulamento 2016/1103 como do Regulamento 2016/1104. Não nos referimos ao Regulamento 4/2009 na medida em que este texto se limita a remeter para o Protocolo da

31. Pensamos assim que, no actual contexto, em que a competência normativa nacional carece de ser vista tendo em conta os desenvolvimentos do direito da União, são as questões do casamento (constituição e efeitos pessoais) e da filiação (biológica, adoptiva, incluindo as novas formas de maternidade de substituição) que poderão justificar sobretudo a atenção por parte do nosso legislador. Matérias em que, em relação ao regime actualmente em vigor, será possivelmente de esperar um reforço quer do papel reconhecido à autonomia das partes, quer das normas de conflitos inspiradas por considerações de justiça material.

## RESUMO

### A CODIFICAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO PORTUGUÊS EM PERSPECTIVA, MEIO SÉCULO MAIS TARDE

O presente estudo analisa os traços fundamentais da codificação do direito internacional privado português, constante do Código Civil de 1966. Começando por situá-la na evolução desta disciplina em Portugal e na situação na altura vivida nos demais Estados europeus, o Autor refere as principais características do sistema então adoptado, assim como as opções essenciais que lhe subjazem, tanto na parte geral com na parte especial. Num segundo momento, refere-se a evolução verificada nas cinco décadas de vigência deste sistema, caracterizada pela multiplicação de soluções contidas em leis especiais, pela recepção de múltiplas regras constantes de convenções internacionais, e, posteriormente, pelo surgimento das regras de direito internacional privado da União Europeia. Desenvolvimentos que vieram reduzir drasticamente o campo de aplicação da codificação de 1966, realçando as notas de materialização, flexibilização e especialização já presentes no direito internacional privado português. Finalmente, vinca-se a continuidade de alguns paradigmas e o aparecimento ou reforço de novas ideias-força (como a constitucionalização do sistema e a acentuação da autonomia das partes) e indicam-se os reduzidos domínios em que, no futuro, poderão ter lugar novas iniciativas por parte do legislador português no domínio do direito internacional privado.

**Palavras chave:** codificação do Direito internacional privado, Direito internacional privado português, Código Civil português de 1966, evolução do sistema português de Direito internacional privado.

## ABSTRACT

### THE CODIFICATION OF PORTUGUESE PRIVATE INTERNATIONAL LAW IN PERSPECTIVE, HALF A CENTURY LATER

The present study deals with fundamental issues of Portuguese private international law codification, embodied in 1966 Civil Code. Placing this codification in the evolution of this matter in Portugal and in the situation existing at the time in the different european states, the Author refers the main characteristics of the system then adopted and the essential options that have been taken, either in the general or in the special part. In a second moment, the evolution that took place during the time the system has been in force is mentioned, characterized by the large number of rules contained in special laws, the recep-

---

Haia, de 23 de Novembro de 2007, sobre a lei aplicável às obrigações de alimentos; mas neste último texto tais regras constam dos artigos 12.º, 13.º, 16.º e 17.º

tion of international conventions and, after, by the emergence of european union private international law. It is also stressed how these developments have strongly reduced scope of application of 1966 codification, also highlighting the elements of materialisation, flexibility and specialisation already presents in portuguese private international law. Finally, permanence of some paradigms and emergence or reinforcement of some leading concepts (as the constitutionalisation of the system and the deepening of parties autonomy) are stressed, and reference is made to the fields where new initiatives may be expected from Portuguese private international law legislator.

**Keywords:** codification of private international law, Portuguese private international law, 1966 Portuguese Civil Code, evolution of Portuguese system of private international law.

## LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA SE PRONUNCIA SOBRE LA DEMANDA DE BOLIVIA CONTRA CHILE RELATIVA A UNA OBLIGACIÓN DE NEGOCIAR. LA SENTENCIA DE 1 DE OCTUBRE DE 2018

María Teresa INFANTE CAFFI\*

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.—2. HECHOS Y DERECHO: DIVERSAS INTERPRETACIONES.—3. UNA OBLIGACIÓN DE NEGOCIAR QUE PLANTEA INTERROGANTES EN EL DERECHO INTERNACIONAL.—4. LA NATURALEZA DE LA NEGOCIACIÓN EN EL CASO *BOLIVIA C. CHILE*.—5. EL ART. 2.3 DE LA CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS COMO CUESTIÓN DE FONDO.—6. LAS OPINIONES DISIDENTES DE LOS JUECES YVES DAUDET, NAWAF SALAM Y PATRICK ROBINSON.—7. CONCLUSIONES.

### 1. INTRODUCCIÓN

Entre el 24 de abril de 2013 y el 1 de octubre de 2018, la Corte Internacional de Justicia (Corte o CIJ) conoció de la demanda del Estado Plurinacional de Bolivia (Bolivia) contra Chile en el caso que la Corte tituló *Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean (Bolivia v. Chile)*<sup>1</sup>. El tenor de las peticiones no se modificaría en el curso del proceso; en ellas Bolivia solicitaba que se juzgase y declarase que:

- a) Chile tiene la obligación de negociar con Bolivia a fin de alcanzar un acuerdo que otorgue a Bolivia un acceso soberano al océano Pacífico.
- b) Chile ha violado dicha obligación.
- c) Chile debe cumplir dicha obligación de buena fe, prontamente, formalmente, dentro de un plazo razonable y efectivamente, para otorgar a Bolivia un acceso soberano pleno al océano Pacífico<sup>2</sup>.

---

\* Profesora del Instituto de Estudios Internacionales, Universidad de Chile, y Embajadora de Chile en los Países Bajos ([minfante@minrel.gov.cl](mailto:minfante@minrel.gov.cl)). Todas las páginas *web* de referencia han sido consultadas por última vez el 1 de mayo de 2019.

<sup>1</sup> *Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean (Bolivia v. Chile)*, *Judgement of 1 October 2018, merits*, ICJ Reports, 2018. Disponible en <https://www.icj-cij.org/en/case/153/judgments>. En adelante, la Sentencia de 1 de octubre de 2018.

<sup>2</sup> *Ibid.*, pp. 11-12, párrs. 13, 14 y 15. Traducción de la autora.

El fallo de la Corte de 1 de octubre de 2018 concluyó, por mayoría de 12 votos contra 3, que:

«(1) Encuentra que la República de Chile no ha asumido una obligación jurídica de negociar un acceso soberano al océano Pacífico en favor del Estado Plurinacional de Bolivia»<sup>3</sup>.

A continuación, las demás peticiones presentadas en el proceso por Bolivia fueron rechazadas<sup>4</sup>.

En una breve explicación, la demanda boliviana se presentaba como la consecuencia de una situación cuyas raíces se encontraban en el siglo XIX, cuando se establecieron las bases de la paz con Chile después de la guerra del Pacífico. Para el país demandado la definición de los términos de la discusión ante la Corte requería precisar el trasfondo de las ideas planteadas por Bolivia. Así, el demandado resaltaría que la Corte, como tribunal de Derecho, debía tener en cuenta que la demanda buscaba que se declarase la existencia de una obligación de resultado que continuaría vigente hasta que Bolivia decidiese que estaba satisfecha. La defensa de Chile se preguntaría, también, si acaso la demanda no era un esfuerzo para dejar sin efecto el Tratado de Paz de 1904, sin discutir directamente su validez.

## 2. HECHOS Y DERECHO: DIVERSAS INTERPRETACIONES

Como dijo el Presidente Abdulqawi Yusuf, en su Declaración anexa a la sentencia, el tribunal:

«[h]as left no stone unturned to ascertain whether, on the basis of the evidence made available to it, Chile had undertaken a legal obligation to negotiate Bolivia's "sovereign access" to the Pacific Ocean»<sup>5</sup>.

Ello, según el Presidente Yusuf, porque la función principal de la Corte es solucionar las disputas mediante el Derecho. Es decir, la Corte consideró cada episodio, documento, declaración o nota, en su propio contexto y conforme a sus términos para apreciar su valor jurídico. Se observa entonces por qué la primera sección de la sentencia se extiende sobre los antecedentes históricos que relatan las relaciones bilaterales, llegándose en esa etapa a la conclusión de que en el transcurso del tiempo no se había generado una obligación de negociar.

En los párrs. 16 a 83, la sentencia recorre las relaciones bilaterales de forma concisa y escogiendo los documentos más directamente vinculados a las peticiones de la parte demandante y lo expuesto por la demandada. La selección de los capítulos o episodios —incluso anteriores al Tratado de Paz y

<sup>3</sup> Sentencia de 1 de octubre de 2018, párr. 177, traducción de la autora. En inglés: «Finds that the Republic of Chile did not undertake a legal obligation to negotiate a sovereign access to the Pacific Ocean for the Plurinational State of Bolivia».

<sup>4</sup> *Ibid.*, pp. 54-55, párr. 177.

<sup>5</sup> Sentencia de 1 de octubre de 2018, Declaración del Presidente Yusuf, párr. 5. Disponible en <https://www.icj-cij.org/files/case-related/153/153-20181001-JUD-01-01-EN.pdf>.

Amistad de 1904— se explica porque tanto Chile como Bolivia incluyeron, en sus exposiciones escritas y orales, relatos acerca de unas etapas donde podría haberse expresado más claramente la intención de negociar, o el contenido de una posible negociación, según Bolivia. O que ellos demostrasen cómo se había modificado el curso de los acontecimientos, y puesto término a una etapa diplomática, según Chile. Más de un siglo de las relaciones bilaterales pasó ante los ojos y oídos de los jueces en este proceso.

En el proceso, la discusión jurídica se centró fundamentalmente en torno al punto *a*) de la demanda, de cuya respuesta se podía derivar —eventualmente— la necesidad de responder *b*) y *c*). Conforme a ese diseño, el juicio se fue desarrollando mediante argumentaciones sucesivas, donde Bolivia inició las presentaciones sosteniendo un conjunto de tesis que ponían el acento ya fuese en un supuesto compromiso histórico<sup>6</sup> (*historical bargain*), en el Derecho de los tratados y en la existencia de dos «pilares» que configuraban un acuerdo para un acceso soberano<sup>7</sup>, en la posibilidad de que se hubiera configurado un acuerdo tácito o por aquiescencia<sup>8</sup>, o que se aplicase la teoría de los actos unilaterales, como planteara la Memoria<sup>9</sup>.

Bolivia sostuvo, además, que esas fuentes consideradas en su conjunto daban cuenta de una continuidad<sup>10</sup> y una acumulación de sucesivas conductas constituían una fuente generadora de la obligación de negociar.<sup>11</sup> En esta óptica, la fuente propiamente tal (origen creador de la obligación) y su contenido jurídico (otorgamiento de acceso soberano al océano Pacífico) se fortalecían mutuamente.

En la fase de discusión de la excepción preliminar de incompetencia de la Corte presentada por Chile (2014-2015), el Juez Christopher Greenwood había preguntado a Bolivia sobre la fecha en que según ese país se había concluido un acuerdo para negociar un acceso soberano<sup>12</sup>. La respuesta dada señaló que no existía un principio de Derecho internacional que exigiese un momento mágico de cuándo se creaban los acuerdos o entendimientos, y en este caso, varias instancias o acumulaciones de actos sucesivos de Chile tenían esa naturaleza<sup>13</sup>.

---

<sup>6</sup> Réplica de Bolivia, 21 de marzo de 2017, párrs. 142 y 198. También en el discurso del Abogado Akhavan, audiencia oral de 19 de marzo de 2018, párr. 6. Disponible en <https://www.icj-cij.org/files/case-related/153/153-20180319-ORA-01-00-BI.pdf>.

<sup>7</sup> Discurso de la Abogada Monique Chemillier Gendreau, audiencia oral de 19 de marzo de 2018, párrs. 48-49. Disponible en <https://www.icj-cij.org/files/case-related/153/153-20180319-ORA-01-00-BI.pdf>.

<sup>8</sup> Discurso del Abogado Antonio Remiro Brotons, en *ibid.*, párr. 15.

<sup>9</sup> Memoria de Bolivia, 17 de abril de 2014, párrs. 291, 305, 306, 308, entre otros.

<sup>10</sup> Discurso del Abogado Mathias Forteau, audiencia oral de 19 de marzo de 2018, pp. 41-53. Disponible en <https://www.icj-cij.org/files/case-related/153/153-20180319-ORA-01-00-BI.pdf>.

<sup>11</sup> Memoria de Bolivia, 17 de abril de 2014, párr. 337; Réplica de Bolivia, 21 de marzo de 2017, párr. 159.

<sup>12</sup> Audiencia oral 6 de mayo de 2015, párr. 31. Disponible en <http://www.icj-cij.org/files/case-related/153/153-20150506-ORA-01-00-BI.pdf>.

<sup>13</sup> Abogado Pavam Akhavan, audiencia oral de 8 de mayo de 2015, párrs. 9-11. Disponible en <https://www.icj-cij.org/files/case-related/153/153-20150508-ORA-01-00-BI.pdf>.

Sobre el efecto de los instrumentos, actos y conducta, en el proceso, Bolivia sostuvo que la continuidad histórica y el efecto acumulativo de una serie de actos y conductas debían considerarse en conjunto y que cada uno de ellos, compromiso o promesa de negociar, daba continuidad a compromisos previos. Chile, a su vez, negaba tal fenómeno y sostenía que los intercambios que individualmente no creaban obligaciones jurídicas no podían crearlas por acumulación. Su argumento remarcaba que el todo no podía ser mayor que la suma de las partes, y que los intercambios habían sido fragmentados, discontinuos y marcados por periodos de inactividad y cambios de prioridades políticas.

De los antecedentes, el valor del periodo 1975-1978 destacaba entre otros considerandos. Durante ese tiempo, se desarrolló un intercambio entre ambos países, sobre la base de elementos sustantivos, entre ellos, que la cesión a Bolivia de un corredor (con espacios marítimos) estaría sujeta a un canje simultáneo de territorios, recibiendo Chile, contemporáneamente y a cambio de lo que entregaba, una superficie compensatoria equivalente. Ello, sostendría el Presidente Banzer de Bolivia, constituía una base para un acuerdo<sup>14</sup>, de conformidad con el espíritu de la Declaración de Charaña de 8 de febrero de 1975<sup>15</sup>, que según ese presidente acotaría, no incluía «un compromiso categórico de Chile para solucionar el problema de la mediterraneidad de Bolivia»<sup>16</sup>. Esta referencia a la mediterraneidad podía entenderse como el deseo de lograr un acceso al mar por el territorio chileno sin especificar su contenido y alcance exacto, y sin afectar el libre tránsito por dicho territorio, del cual ya gozaba Bolivia por el Tratado de 1904 y otros convenios posteriores.

La cuestión planteada por la demanda boliviana ante la Corte era, por tanto, si esa negociación había aportado bases para sustentar que había una obligación de negociar.

La Corte decidió estos puntos sosteniendo que la acumulación de una serie de antecedentes invocados por Bolivia como base jurídica de una obligación de negociar el acceso soberano al océano Pacífico no tenían tal calidad, tanto por el lenguaje utilizado, como por el término de los intercambios, y que la consideración de sucesos no modificaba el resultado. Por tanto, la Corte no estimó necesario adentrarse en si existía o no continuidad en los intercambios entre las partes, dado que, aunque la hubiese, ellos no establecían la existencia de una obligación de negociar como lo pretendía Bolivia<sup>17</sup>.

---

<sup>14</sup> Contramemoria de Chile, 13 de julio de 2016, Anexo 184. «Mesa redonda con el Presidente Banzer. Se negociará con Chile sobre la base de compensación territorial», Presencia (Bolivia), 29 de diciembre de 1975. Original en español.

<sup>15</sup> Contramemoria de Chile, 13 de julio de 2016, Anexo 174. En su párr. 4, la Declaración presidencial de Charaña de 1975 decía que «[c]on ese espíritu de mutua comprensión y ánimo constructivo, han resuelto se continúe el diálogo a diversos niveles, para buscar fórmulas de solución a los asuntos vitales que ambos países confrontan, como el relativo a la situación de mediterraneidad que afecta a Bolivia, dentro de recíprocas conveniencias y atendiendo a las aspiraciones de los pueblos boliviano y chileno». Al respecto, Chile señalaría que las palabras utilizadas evitaron expresar un compromiso jurídico, y que darles otro sentido requeriría un gran esfuerzo de interpretación.

<sup>16</sup> «Mesa redonda con el presidente Banzer», cit., nota 14.

<sup>17</sup> Sentencia de 1 de octubre de 2018, párrs. 172-174.

Los documentos presentados en el proceso y los alegatos orales dan cuenta de un ejercicio de estructuración y desestructuración de argumentos a partir de episodios y documentos. Según la parte demandante, ellos constituían un acervo suficiente para reclamar la existencia de una obligación de negociar el otorgamiento de acceso soberano al mar<sup>18</sup>. Para la parte demandada, en cambio, la posición del país debía leerse a la luz de los méritos que aportaban los documentos propios o circunscritos a cada episodio o capítulo de las relaciones con Bolivia, cuya fuerza se había agotado con el fin de cada periodo.

En la lectura secuencial de estos antecedentes, la sentencia de la Corte alude a aquellos elementos generados en los últimos treinta años, durante los cuales ni Chile, ni Bolivia, se habían referido en sus consultas políticas a que los intercambios y entendimientos se realizaban o tenían como fundamento obligaciones derivadas de actos del pasado. En estos años se adoptaron la declaración conocida como de Algarve (2000), y las actas del Mecanismo de Consultas Políticas que contienen una agenda de 13 puntos (2006-2010), uno de los cuales fue llamado «Tema marítimo». Ese periodo incorporó más tarde intercambios a nivel de ministros de Relaciones Exteriores. La Sentencia de 1 de octubre de 2018 ha hecho referencia, en sus párrs. 78 a 83, a las discusiones sostenidas por ambos países en esos años y concluye que, debido a las posiciones divergentes entre las partes, «las negociaciones llegaron a su fin».

### **3. UNA OBLIGACIÓN DE NEGOCIAR QUE PLANTEA INTERROGANTES EN EL DERECHO INTERNACIONAL**

La cuestión de si puede existir —en un caso específico— una obligación de negociar no ha sido ajena a la jurisprudencia internacional. En los últimos años, la Corte ha tenido oportunidad de referirse al concepto de obligación de negociar, y de precisar su contenido y alcance en función de elementos jurídicos emanados de acuerdos o tratados vigentes entre las partes. Así se planteó en dos fallos emitidos en 2011: *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia c. Federación*

---

<sup>18</sup> Si bien Bolivia no profundizó en el valor que atribuía a la cláusula sobre «Reivindicación Marítima» contenida en su Constitución Política de 2009, y lo previsto en el art. 267 («I. El Estado boliviano declara su derecho irrenunciable e imprescriptible sobre el territorio que le dé acceso al océano Pacífico y su espacio marítimo. II. La solución efectiva al diferendo marítimo a través de medios pacíficos y el ejercicio pleno de la soberanía sobre dicho territorio constituyen objetivos permanentes e irrenunciables del Estado boliviano», o acerca de la DT 9.<sup>a</sup> sobre revisión de los tratados incompatibles con dicho cuerpo normativo (que podía entenderse referida al Tratado de 1904 con Chile), la importancia de tales disposiciones fue remarcada en los argumentos de contexto planteados por Chile, en cuanto a que la parte demandante se había inspirado en ellos para sostener la existencia de una obligación de negociar. Véase la Objeción Preliminar de Chile, 15 de julio de 2015, vol. I, pp. 6-7, párr. 2.3. Anticipando argumentos de la demanda que se presentaría en 2013, el Ministro de Relaciones Exteriores de Bolivia, David Choquehuanca, había hecho llegar una carta al secretario de la Corte Internacional de Justicia, el 8 de julio de 2011, que desarrollaba la tesis de la obligación de negociar, *ibid.*, Anexo 65, pp. 943-955.

de Rusia), Excepciones Preliminares<sup>19</sup>, y *Application of the Interim Accord of 13 September 1995* (la ex República Yugoslava de Macedonia c. Grecia)<sup>20</sup>.

En ambos asuntos, la Corte recordaría lo indicado por la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) en 1931, en su opinión consultiva respecto del asunto *Railway Traffic between Lithuania and Poland*, y afirmaría que la obligación de negociar es antes que nada «*not only to enter into negotiations, but also to pursue them as far as possible, with a view to concluding agreements*»<sup>21</sup>. En ambos, también se tendría en cuenta que la CPJI había acotado que una negociación no implicaba «*an obligation to reach an agreement*»<sup>22</sup>.

En el asunto *Application of the International Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination (Georgia c. Federación de Rusia)*, la existencia de una obligación de negociar y el comportamiento de las partes se planteó en la fase de excepciones preliminares<sup>23</sup>. Allí, la Corte aclaró que una negociación era diferente de la mera formulación de protestas, e implicaba algo más que la mera oposición de puntos de vista jurídicos o intereses entre dos partes, o la existencia de acusaciones o refutaciones, o el intercambio de reclamaciones. La Corte sostuvo claramente que de haber una obligación de negociar (en ese caso como precondition para llevar un caso ante la Corte), tal obligación podía fracasar; volverse fútil o llegar a un definitivo punto muerto<sup>24</sup>. En ese asunto, la obligación de negociar fue caracterizada por la Corte de modo tal que ella requería que hubiera un intento genuino de emprender discusiones con la otra parte, con el fin de resolver una disputa<sup>25</sup>.

Un elemento común en los casos mencionados, donde se ha planteado la naturaleza y el alcance de la obligación de negociar, es que tal obligación se

<sup>19</sup> *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia c. Federación de Rusia)*, Judgment, ICJ Reports, 2011, p. 133, párrs. 157-159.

<sup>20</sup> *Application of the Interim Accord of 13 September 1995 (la ex República Yugoslava de Macedonia c. Grecia)*, Judgment, ICJ Reports, 2011, p. 685, párrs. 132-134.

<sup>21</sup> *Railway Traffic between Lithuania and Poland*, Advisory Opinion, 1931, PCIJ, Series A/B, núm. 42, p. 116.

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 116; también en *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment, ICJ Reports, 2010 (I), p. 68, párr. 150. La reflexión de la Corte ha incorporado otro elemento, cual es que, por necesidad, no se supone que deban proseguirse extensas negociaciones, como lo señaló la CPIJ en *The Mavrommatis Palestine Concessions*, Judgment No. 2, 1924, PCIJ, Serie A, núm. 2, p. 13.

<sup>23</sup> *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation)*, Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports, 2011, p. 133, párrs. 157-159.

<sup>24</sup> La Corte citó en ese caso ejemplos donde se había abordado la cuestión de una obligación de negociar (*ibid.*, párr. 159): *Mavrommatis Palestine Concessions*, Judgment No. 2, 1924, PCIJ, Serie A, No. 2, p. 13; *South West Africa (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa)*, Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports, 1962, pp. 345-346; *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran)*, Judgment, ICJ Reports, 1980, p. 27, párr. 51; *Applicability of the Obligation to Arbitrate under Section 21 of the United Nations Headquarters Agreement of 26 June 1947*, Advisory Opinion, ICJ Reports, 1988, p. 33, párr. 55; *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America)*, Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports, 1998, p. 122, párr. 20.

<sup>25</sup> *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, cit., nota 23, p. 132, párr. 157.

ha discutido en relación con el cumplimiento de un prerequisite para que procediere una reclamación ante un tribunal internacional (agotamiento de la fase de negociación), o se ha invocado la negociación como una forma de cumplimiento de una obligación convenida entre las partes.

El caso *Obligación de Negociar* ha recordado el debate teórico según el cual pueden presentarse obligaciones calificables como propias de un *pactum de negotiando*, o de un *pactum de contrahendo*. Estas nociones han sido abordadas en arbitrajes y en fallos de la propia Corte. Se recuerda al respecto el análisis del ex Juez Isashi Owada de la CIJ al exponer las diferencias entre ambos pactos y los problemas de interpretación que conllevan. Owada ha postulado que el *pactum de contrahendo* es aquel donde existe una obligación jurídica de concluir un futuro acuerdo sobre un tema en particular. En cambio, el *pactum de negotiando* es aquel donde dos o más partes asumen una obligación vinculante de iniciar futuras negociaciones con la intención de concluir un tratado. Según Owada: «*Such a commitment, by contrast to that under a pactum de contrahendo, does not go so far as to commit the parties to come to a final agreement*»<sup>26</sup>.

A este respecto, los razonamientos de la sentencia arbitral en la *Cuestión Tacna-Arica*<sup>27</sup> parecen también pertinentes, en cuanto a que en ella el árbitro hizo referencia al significado de un acuerdo que comportaba negociar de buena fe, así como a los derechos y límites que conllevaba. En su trabajo sobre el tema, Martin A. Rogoff proponía la necesidad de considerar esta distinción entre el compromiso de negociar de buena fe y el de concluir un acuerdo<sup>28</sup>. Antes que se dieran estos debates, el Jurista Adolfo Miaja de la Muela destacaba en su artículo sobre «Pacto de Contrahendo en Derecho Internacional Público», que hay que dejar constancia de que el *pactum de contrahendo* en las relaciones internacionales produce un simple efecto jurídico de negociar de buena fe, sin que sus consecuencias puedan extenderse a la obligación de contratar<sup>29</sup>.

Al respecto, es de interés lo señalado por la jurisprudencia por el Tribunal Internacional del Derecho del Mar en casos donde se ha invocado el art. 300 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, sobre «Buena fe y abuso del Derecho». En cuanto a si esa disposición es relevante en sí misma, o debe hacerse en relación con los derechos, competencias y libertades reconocidas por la Convención en otras disposiciones, el Tribunal ha reiterado que ese artículo no puede ser invocado en sí mismo, sino que

<sup>26</sup> OWADA, I., «Pactum de contrahendo, pactum de negotiando», *Max Planck Encyclopedia*, párr. 5. Disponible en <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1451?rsk=atjvoH&result=1&prd=EPIL>.

<sup>27</sup> *Tacna-Arica question (Chile, Peru)*, 4 de marzo de 1925, Report of International Arbitral Awards, vol. II, p. 929.

<sup>28</sup> ROGOFF, M. A., «The Obligation to Negotiate in International Law: Rules and Realities», *Michigan JIL*, vol. 16, 1994-1995, núm. 1, pp. 141-185, esp. p. 154.

<sup>29</sup> MIAJA DE LA MUELA, A., «Pacto de contrahendo en Derecho internacional público», *REDI*, vol. 21, 1968, pp. 392-415, esp. p. 414.

es apropiado cuando «*the rights, jurisdiction and freedoms recognized*» en la Convención se ejercen de una manera abusiva<sup>30</sup>. Esta opinión resulta válida también para aquellos casos donde se intentare fundar una reclamación basada en la falta de buena fe, pero sin vincularla a obligaciones específicas.<sup>31</sup>

Una particularidad de la demanda boliviana, y que trasunta en la lectura de los documentos del caso, es que planteaba —junto a fuentes de la hipotética obligación vinculadas a la voluntad de las partes— que también debía tenerse en cuenta por la CIJ una supuesta obligación de negociar emergente en otro contexto jurídico. Aquel era el Derecho internacional general, cuya consecución se asociaba a un fin específico: que se otorgase el derecho de acceso al océano Pacífico a Bolivia.

Ese enfoque planteaba ciertas complejidades, puesto que el acento se debía poner en la existencia de normas fundamentales y no simplemente en obligaciones derivadas del consentimiento o que se desprendiesen de una conducta sostenida y aceptada por la otra parte, en forma expresa o tácita.

Al analizar con más profundidad esta perspectiva, cabe considerar lo siguiente:

El 15 de julio de 2014, Chile planteó una Excepción Preliminar acerca de la competencia de la Corte, invocando normas previstas en el Pacto de Bogotá o Tratado Americano de Soluciones Pacíficas (1948). La Corte falló la Excepción Preliminar el 24 de septiembre de 2015<sup>32</sup>, y por 14 votos contra 2, no acogió la objeción de competencia invocada por Chile en cuanto a que los temas en disputa estuviesen amparados por la excepción contenida en el art. VI del Pacto de Bogotá. Este hace referencia a «asuntos ya resueltos por arreglo de las partes, o por laudo arbitral, o por sentencia de un tribunal internacional, o que se hallen regidos por acuerdos o tratados en vigencia en la fecha de la celebración del presente Pacto».

Los párrafos de la sentencia sobre excepciones preliminares aportaron elementos sustantivos para contextualizar las argumentaciones de las partes en las posteriores etapas del proceso<sup>33</sup>. También, permiten situar con más precisión la construcción jurídica sostenida por Bolivia en torno al fundamento y alcance de la obligación de negociar reclamada de Chile.

<sup>30</sup> Asunto *M/V «Louisa» (Saint Vincent and the Grenadines v. Kingdom of Spain)*, Judgment, ITLOS Reports, 2013, p. 43, párr. 137.

<sup>31</sup> También en *M/V «Virginia G» (Panama/Guinea-Bissau)*, Judgment, ITLOS Reports, 2014, p. 4, en p. 109, párr. 398. Citado en *The M/V «Norstar» (Panama v. Italy)* Judgment, ITLOS Reports, 2019, p. 34, párr. 125. Disponible en [https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case\\_no.25/Judgment/C25\\_Judgment\\_10.04.pdf](https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.25/Judgment/C25_Judgment_10.04.pdf).

<sup>32</sup> *Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean (Bolivia v. Chile)*, Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports, 2015, p. 592. Disponible en <http://www.icj-cij.org/files/case-related/153/153-20150924-JUD-01-00-EN.pdf>.

<sup>33</sup> Su estudio se enriquece con la lectura de los argumentos aportados por la opinión disidente de la Jueza Louise Arbour (disponible en <http://www.icj-cij.org/files/case-related/153/18754.pdf>) la declaración del Juez Giorgio Gaja (disponible en <http://www.icj-cij.org/files/case-related/153/18752.pdf>) y la opinión individual del Juez Antonio Cançado Trindade (disponible en <https://www.icj-cij.org/files/case-related/153/18750.pdf>).

Algunos párrafos del fallo de 2015 son indicativos del análisis que la Corte fue desarrollando para abordar la naturaleza y alcance de la controversia en la etapa de excepción preliminar, y enunciar una distinción fundamental entre una disputa sobre la obligación de negociar y aquella relativa al objeto o contenido de la negociación misma:

Según el párr. 32 de la Sentencia de 24 de septiembre de 2015:

*«The Court considers that, while it may be assumed that sovereign access to the Pacific Ocean is, in the end, Bolivia's goal, a distinction must be drawn between that goal and the related but distinct dispute presented by the Application, namely, whether Chile has an obligation to negotiate Bolivia's sovereign access to the sea and, if such an obligation exists, whether Chile has breached it. The Application does not ask the Court to adjudge and declare that Bolivia has a right to sovereign access»*<sup>34</sup>.

Agregó la Corte en el párr. 33 (parte final):

*«Even assuming arguing that the Court were to find the existence of such an obligation, it would not be for the Court to predetermine the outcome of any negotiation that would take place in consequence of that obligation»*<sup>35</sup>.

Y en el párr. 34 se refirió al asunto controvertido:

*«The subject-matter of the dispute is whether Chile is obligated to negotiate in good faith Bolivia's sovereign access to the Pacific Ocean, and, if such an obligation exists, whether Chile has breached it»*<sup>36</sup>.

La conclusión que se desprendería de este razonamiento es que la decisión de la Corte importó una delineación más fina de los términos de la controversia sobre la cual se iba a pronunciar, y optó por seguir un modelo estricto donde la existencia en sí misma de la obligación de negociar —sin prejuzgar su resultado— era el objeto del debate. Esta conclusión se confirmaría en la sentencia definitiva de 2018.

A lo largo del proceso, Bolivia aludiría a que —en diversas circunstancias— tales obligaciones podían ser impuestas por tratados o por la costumbre internacional. Mas esas no serían la única fuente de su existencia. En la Memoria, Bolivia había argumentado que la obligación de negociar que tenía Chile en el presente caso era más exigente: «Es una obligación específica según el Derecho internacional de llegar a un acuerdo acerca de un objetivo específico a fin de lograr un resultado particular, basado en principios definidos del Derecho internacional»<sup>37</sup>.

Tomando como base —entre otras— la proposición de que una negociación constituye *«the exchange and discussion of proposals by the representa-*

<sup>34</sup> *Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean (Bolivia v. Chile), Preliminary Objection, Judgment*, ICJ Reports, 2015, p. 604, párr. 32.

<sup>35</sup> *Ibid.*, p. 605, párr. 33

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 605, párr. 34.

<sup>37</sup> Memoria de Bolivia, vol. I, 17 de abril de 2014, párr. 225, traducción de la autora. En el original: *«It is a specific obligation under international law to agree upon a specific objective to achieve a particular result, which is based on defined principles of international law»*.

*tives of the parties concerned with a view to reaching a mutually acceptable agreement»*<sup>38</sup>, la Memoria boliviana discurriría sobre la base de dos hipótesis centrales. La primera, la existencia de una obligación de negociar que había nacido por la voluntad de ambas partes o de la voluntad unilateral de Chile; y, la segunda, que la obligación de negociar era una derivación de un principio general del Derecho internacional, y del cual se sigue su aplicación al caso concreto en el cual debe otorgarse un acceso soberano al océano Pacífico en beneficio de Bolivia. De seguirse este razonamiento, el consentimiento pareciera no ser necesario.

Desde ambos ángulos, ya fuese el de una obligación de negociar como supuesto para conceder un acceso soberano al océano, o el de una obligación de negociar porque el Derecho o expectativa a lograr un acceso soberano precedía el proceso concreto de la negociación, la controversia se iría perfilando ante la Corte con ángulos propios.

Fue recurrente en la parte demandante —por otra parte— la idea de que era aplicable al caso la tesis de que las negociaciones son necesarias, conforme al Derecho internacional, cuando se requiere alcanzar un acuerdo. Para ello, invocaría ejemplos convencionales basados en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, como los términos y modalidades que pueden acordarse con los países sin litoral para que ellos ejerzan sus derechos de tránsito (art. 125); el régimen de participación en la explotación del excedente de pesca en la Zona Económica Exclusiva de otro Estado (art. 69); o, las reglas aplicables a la delimitación marítima de las plataformas continentales o Zonas Económicas Exclusivas adyacentes o situadas frente a frente (arts. 74 y 83), entre otras. Sobre la base de lo sostenido por la CIJ en los casos *Fisheries Jurisdiction (Reino Unido c. Islandia)* y *North Sea Continental Shelf (República Federal de Alemania c. Dinamarca y República Federal de Alemania c. Países Bajos)* con relación a que las partes debían conducir negociaciones dada la naturaleza de lo que debía ser resuelto, la demanda extrapolaría tal afirmación a la reclamación de acceso al océano Pacífico.

La diferencia fundamental entre esos casos y la demanda de Bolivia es que, en aquellos, la Corte sostuvo que los Estados estaban obligados a negociar en ciertas situaciones donde cada uno posee o invoca derechos que solo pueden ser definidos respecto de los derechos de la otra parte<sup>39</sup>. El caso típico es el de la delimitación de una frontera terrestre o marítima.

Por otra parte, en la perspectiva de Bolivia, también jugaba un rol la costumbre internacional, y por ende había que considerar los elementos esenciales de una obligación de negociar que aportaban la prueba para evaluar la conducta chilena: *a)* que las negociaciones debían conducirse de buena fe,

<sup>38</sup> *Digest of International Law prepared by and under the direction of Marjorie M. Whiteman*, vol. 14, Department of State Publication 8547, 1970, p. 19. La Memoria de Bolivia no aclaraba, en todo caso, que el *Digest* propone ese concepto para explicar el procedimiento de negociación y conclusión de un tratado internacional, no el de una obligación de negociar en abstracto.

<sup>39</sup> ROGOFF, M. A., *op. cit.*, nota 28, p. 154.

y *b*) que las negociaciones debían tener un sentido. Así, al recordar algunas afirmaciones de la Corte en fallos y opiniones consultivas, Bolivia plantearía otra faz de la obligación de negociación, cual era que debía aplicarse en este caso el principio de la buena fe, en su calidad de principio fundamental en el Derecho internacional<sup>40</sup>.

Ambos elementos, la buena fe y que las negociaciones tuviesen sentido, constituían piezas fundamentales de la conducta que Bolivia alegaba debía exigirse de parte de Chile. En esta misma línea, Bolivia invocaría la resolución de la Asamblea General sobre Principios y directrices para las negociaciones internacionales (A/RES/53/101, 20 de enero de 1999), y la Declaración de Manila sobre el arreglo pacífico de controversias internacionales (A/RES/37/10, 15 de noviembre de 1982, párrs. 1, 5 y 11), que hacen referencia al comportamiento de buena fe en relación con el cumplimiento de las obligaciones internacionales sobre solución de controversias<sup>41</sup>. Según estas premisas, el Derecho internacional poseería una estructura tal que, al invocarse la existencia de una controversia, se genera propiamente la propia de resolverla en los términos en que se plantea. Según esta lógica, la definición de la cual se parte por el demandante convierte el razonamiento en un tema más complejo, por cuanto se genera la pregunta de si la obligación de negociar invocada en el caso concreto es en sí misma parte de la disputa que debe ser negociada.

El elemento de la buena fe, y su sitio en esta disputa fueron citados por Bolivia en forma recurrente en diversos párrafos de su Memoria<sup>42</sup>. Según la parte demandante, la buena fe formaría parte de los elementos básicos de una negociación: *a*) la obligación de hacer propuestas de buena fe; *b*) la obligación de recibir y considerar propuestas de buena fe; *c*) la obligación de estar dispuesto a negociar sobre todas y cada una de las modalidades que pudieren ser propuestas; *d*) la obligación de evitar retrasos no razonables, y *e*) la continuidad de la obligación de negociar.

Frente a la tesis de la pluralidad de las fuentes de una obligación de negociar sostenida por Bolivia, la demandante volvería a aportar elementos para profundizar en su aproximación a una obligación de negociar aplicable al caso planteado ante la Corte. En su Réplica<sup>43</sup>, señalaba que la obligación pretendida debía satisfacerse de la siguiente forma:

*«Bolivia's case is that Chile is bound to negotiate sovereign access to the sea not merely because it in fact entered into negotiations, but as a result of Chile's own agreements, unilateral promises, commitments, statements, and course of conduct over time.*

*Chile intended Bolivia to understand that it was making, and acting in accordance with, a commitment to negotiate a sovereign access to the sea for Bolivia».*

<sup>40</sup> *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria, Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports*, 1998, p. 275, párr. 38. También, *Legality of the Threat and Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, ICJ Reports*, 1996, pp. 264-265, párr. 102.

<sup>41</sup> Memoria de Bolivia, vol. I, párrs. 230-234

<sup>42</sup> Memoria de Bolivia, vol. I, 17 de abril de 2014, Sección C del Capítulo II.

<sup>43</sup> Réplica de Bolivia, p. 52, párr. 147.

Esta tesis buscaría persuadir, en primer lugar, en favor de la idea que el comportamiento de Chile a lo largo de décadas solo se podía justificar a partir de que aquel tenía conciencia de que su conducta estaba fundada en una obligación de negociar para otorgar a Bolivia acceso soberano al mar.

El argumento sería complementado con la idea de que más allá de los compromisos que pudieren haber sido unilateralmente asumidos por Chile (la tesis de los actos unilaterales), o como resultado de otros medios (acuerdos, resoluciones de organizaciones internacionales), la obligación de negociar se desprendería del Derecho internacional general.

La estructura de la argumentación no permite clarificar si para que se pudiera invocar esa obligación debía existir un objeto del resultado de la negociación cuya consecución ya hubiera sido convenido, y de qué manera se podía fundamentar una obligación de negociar si la propia controversia se definía en torno a la pregunta de si existía tal obligación de negociar y a su aludido incumplimiento.

#### **4. LA NATURALEZA DE LA NEGOCIACIÓN EN EL CASO *BOLIVIA C. CHILE***

La sentencia plantea un interés particular, más allá de la narrativa diplomática y su correlato jurídico, en cuanto a cómo la Corte construye la respuesta a la pregunta de si era aplicable al caso una obligación de negociar derivada de principios generales. El llamado al Derecho internacional general parecía ofrecer, además —en la perspectiva de Bolivia— una nueva dimensión analítica, cual era de invitar a transitar de lo jurídico a la invocación de la justicia.

En las audiencias orales celebradas en marzo de 2018, Chile recordaría que al estudiarse el proyecto de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (CVDT) primó la opinión general de que el iniciar una negociación (de un acuerdo) no obligaba a algo, ya que respondía a una acción discrecional. Por tanto, el negociador mantenía su total libertad para aceptar, rehusar, suspender, o romper la negociación<sup>44</sup>. De una simple negociación no derivaban obligaciones de mantener una posición como las que prevé el art. 18 de la CVDT respecto del valor de la firma puesta en un tratado sujeto a ratificación, y donde se acepta la posibilidad de que un Estado abandone su interés en ser parte, y por ende la posibilidad de asumir las obligaciones derivadas del mismo.

La argumentación de Chile en respuesta a Bolivia apuntaría a que —en este caso— se estaba buscando establecer un mecanismo obligatorio de negociación con un fin predeterminado. De seguir la tesis boliviana —sostenía

---

<sup>44</sup> REUTER, P., «De l'obligation de négocier», en *Mélanges Morelli*, París, 1975, pp. 711-733, esp. p. 714. Citado por el Abogado Thouvenin en el párr. 25 de su discurso, disponible en <http://www.icj-cij.org/files/case-related/153-20180322-ORA-01-00-BIChile.pdf>.

Chile— todo Estado convocado a negociar sobre la base de un documento predeterminado no podría rehusar de concurrir, y tampoco negarse a aceptar los términos que se le presentaren. Esto no parecía conformarse a la buena fe en las relaciones internacionales, tampoco a la práctica y a la *opinio juris*.

En tal sentido, la introducción en el razonamiento ante la Corte de que existía la posibilidad de que a partir del término «justicia» contenido en la Carta de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), se estableciese una nueva obligación jurídica, significaba —sostenía Chile— ampliar la base de sustentación de la obligación. Para Bolivia en cambio, la paz internacional, la seguridad y la justicia, jugaban en el mismo plano en cuanto a que justificaban la existencia de la obligación reclamada. De ello, se desprendería una lectura de la obligación general que se reflejaría en el art. 2.3 de la Carta de la ONU, donde el acento quedaría puesto en el deber de buscar el fin de situaciones manifiestamente injustas (o ilegales, podría agregarse). Este argumento llevaría a reducir la diferencia entre el término de justicia y «justiciable» y, por ende, abriría paso a una nueva fuente de acceso a tribunales internacionales.

En su respuesta, Chile profundizaría acerca de la naturaleza de las fuentes del Derecho internacional que Bolivia invocaba y, en ese marco, se preguntaría sobre el contenido de una obligación de negociar; y, de existir esta, cómo se podría extinguir. A propósito del art. 2.3 de la Carta de la ONU, expresaría —citando al profesor Christian Tomuschat—<sup>45</sup> que «*realistically, the Charter refrains from demanding of States that they should maintain with all of their neighbours relations of friendship and good neighbourliness, although this is a desirable state of affairs*». La Carta requiere —dice el autor— que «*all States not to let their disputes with other countries degenerate into a peace-threatening configuration*»<sup>46</sup>. Esta es la obligación general, y no la de responder ante cualquier argumentación relativa a un interés vital insatisfecho y quedar obligado a participar en negociaciones sobre aquel.

En este contexto, quedaba abierta la pregunta de cómo reconciliar la función de un tribunal internacional de justicia como la propia Corte, característica que subrayaría Bolivia, y su competencia para resolver controversias conforme al Derecho internacional que es de la esencia de su jurisdicción, con la idea de que esta coincide ampliamente con el objeto del art. 2.3 de la Carta de la ONU. El efecto del art. 2.3 —aplicable en principio a todo tipo de controversias, incluyendo las jurídicas— se amplificaría de forma tal que toda controversia sería justiciable por el solo hecho de ser proclamada como tal.

Aportando argumentos novedosos, Bolivia postularía también que las resoluciones de la Organización de los Estados Americanos (OEA) podían crear

---

<sup>45</sup> TOMUSCHAT, C., «Art. 2, par. 3», en ZIMMERMANN, A., TOMUSCHAT, C., OELLERS-FRAHM, K. y TAMS, C., *The Statute of the International Court of Justice, A commentary*, 2.<sup>a</sup> ed., Oxford, OUP, 2012, p. 85. Citado por el Abogado Thouvenin en el párr. 18 de su discurso, disponible en <http://www.icj-cij.org/files/case-related/153-20180322-ORA-01-00-BIChile.pdf>.

<sup>46</sup> *Ibid.*

o confirmar una obligación que se impusiera a los Estados. Las preguntas siguientes que cabía hacer eran: ¿Resultaba de aquellas también una obligación de cesión territorial? ¿Cuál había sido la conducta observada por Chile ante ese argumento?

El argumento boliviano invocaba la opinión consultiva de la CPJI en el asunto del *Railway Traffic*, ya citado, donde se abordó el valor de una resolución del Consejo de la Sociedad de las Naciones que recomendaba a dos gobiernos (Polonia y Lituania) «*enter into direct negotiations*»<sup>47</sup>. En ese caso, las partes aceptaron la recomendación y la Corte estimó que de ese acto resultaba un compromiso para ambas, de conformidad con la resolución del Consejo, consistente en negociar tanto como fuere posible, con el fin de concluir un acuerdo. La opinión consultiva también contenía una frase que decía: «*But an obligation to negotiate does not imply an obligation to reach an agreement, nor in particular does it, imply that Lithuania, by undertaking to negotiate, has assumed an engagement*»<sup>48</sup>.

En función de estos supuestos, es que la relación entre una «obligación de negociar» y las resoluciones de la Asamblea General de la OEA, adquiría en este caso una dimensión interesante. Desde la primera resolución en 1979, titulada «*Access by Bolivia to the Pacific Ocean*» (AG/RES.426, IX-O/79), hasta la última de 1989 (AG/RES.989, XIX-O/89), titulada «*Report on the maritime problem of Bolivia*», las preguntas centrales que se generarían en este proceso se referían a si ellas establecían un derecho en favor de Bolivia para exigir una negociación y si comprometían a Chile a mantener una conducta constante en tal sentido. Todo ello, considerando la evolución del lenguaje utilizado y el hecho de que, a partir de 1990, la organización no adoptó nuevas resoluciones sobre esos temas.

El recurso a una interpretación expansiva de los poderes de la Asamblea General de la OEA a la luz de su Carta ofrecía elementos de interés, y así fue planteado a la Corte por Bolivia. Según ella<sup>49</sup>, los argumentos se resumían de la siguiente forma: la Carta de la OEA obligaba a comportarse de buena fe y a resolver las controversias pacíficamente; a su vez, la Asamblea General del organismo había identificado la existencia de una controversia (entre Chile y Bolivia) y adoptado resoluciones a ese respecto, cuyo efecto jurídico no podía desconocerse. De esas 11 resoluciones<sup>50</sup>, Chile votó en contra la gran mayoría de ellas. Para Bolivia, aquello no impedía que igualmente se aplicasen las

<sup>47</sup> *Railway Traffic between Lithuania and Poland, Advisory Opinion*, PCIJ, Series A/B, núm. 42, p. 116.

<sup>48</sup> *Ibid.*

<sup>49</sup> En particular, discurso de Amy Sander ante la Corte, pp. 33-40, disponible en <https://www.icj-cij.org/files/case-related/153/153-20180326-ORA-01-00-BI.pdf>.

<sup>50</sup> OEA, Resoluciones de la Asamblea General: núm. 426 (31 de octubre de 1979), Memoria de Chile-Anexo 250; núm. 481 (27 de noviembre de 1980), Memoria de Chile-Anexo 254; núm. 560 (10 de diciembre de 1981), Memoria de Chile-Anexo 257; núm. 602 (20 de noviembre de 1982), Memoria de Chile-Anexo 259; núm. 686 (18 de noviembre de 1983), Memoria de Chile-Anexo 266; núm. 701 (17 de noviembre de 1984), Memoria de Chile-Anexo 272; núm. 766 (9 de diciembre de 1985), Memoria de Chile-Anexo 282; núm. 873 (14 de noviembre de 1987), Memoria de Chile-Anexo 300; núm. 930 (19

obligaciones previstas en la Carta, además de tener relevancia el hecho de que Chile se sumó al consenso o no objetó algunas resoluciones —con variantes— en tres ocasiones (1980, 1981, 1983).

Estos textos requerían de una exégesis de los términos utilizados en cada resolución, los que aportaban matices y diferencias considerables. Chile apelaría a una interpretación armónica de los textos a la luz del principio de la buena fe y del texto mismo de la Carta de la OEA<sup>51</sup>. Ciertamente —acentuaba Chile— para que exista un deber de negociar con el fin de ceder territorio, tiene que haber un acto expreso y consentido que así lo consagre, no una exhortación política.

La tesis de Chile era que la resolución de 1983 (AG/RES.686), titulada «*Report on the maritime problem of Bolivia*», había adoptado un lenguaje especial. Ella exhortaba a seguir un proceso de acercamiento y fortalecimiento de la amistad con el fin de superar dificultades que separaren a los Estados, incluyendo una fórmula para dar a Bolivia una salida soberana al océano Pacífico, sobre bases que tomasen en cuenta conveniencias mutuas y los derechos e intereses de todas las partes interesadas. Un proceso de acercamiento<sup>52</sup> que Chile apoyaba —se dijo— no implicaba reconocer una obligación de negociar la cesión de territorio.

Otro elemento de interpretación era que la OEA no había generado un mecanismo de seguimiento o requerido que los países concernidos informasen posteriormente. Si las resoluciones de la OEA pudieren inducir a validar la afirmación de que el acceso soberano al océano era un tema pendiente, como sostenía Bolivia, también cabía tener en cuenta que su Ministro de Relaciones Exteriores había expresado en 1990 que «*all of this support [a las resoluciones], which is now part of the history of the successive Assemblies of the OAS, has preserved the principles of non-intervention and respect for the sovereignty of States, because it has been limited to recommending negotiations between the Parties involved, respecting their rights and their self-determination*»<sup>53</sup>.

En los alegatos ante la Corte, Chile recordaría lo sostenido por el Juez Lauterpacht en su opinión individual en la opinión consultiva sobre el *Sudoste Africano*, acerca de la relación entre el valor en cuanto recomendaciones de las resoluciones de la Asamblea General de la ONU y el grado de respeto con que debían tratarse<sup>54</sup>. Ambos efectos no son contradictorios, pero no se confunden. Ese caso se refería a la interpretación del marco ju-

---

de noviembre de 1988), Memoria de Chile-Anexo 304; y núm. 989 (18 de noviembre de 1989), Memoria de Chile-Anexo 306.

<sup>51</sup> En especial, discurso de 23 de marzo de 2018 de la Abogada Mónica Pinto, párrs. 8-20, disponible en <https://www.icj-cij.org/files/case-related/153-20180323-ORA-01-00-BI.pdf>.

<sup>52</sup> Véase el discurso de 28 de marzo de 2018 de la Abogada Mónica Pinto, párrs. 1-19, disponible en <https://www.icj-cij.org/files/case-related/153/153-20180328-ORA-01-00-BI.pdf>.

<sup>53</sup> *Minutes of the Second Meeting of the General Committee of the Organization of American States General Assembly*, 6 June 1990, Contramemoria de Chile, Anexo 307, p. 2121.

<sup>54</sup> *South-West Africa-Voting Procedure, Advisory Opinion* of June 7<sup>th</sup> 1955, *ICJ Reports*, 1955, Opinión individual del Juez Lauterpacht, p. 120.

rídico (incluyendo el de un acuerdo) que fundamentaba el mandato sobre dicho territorio, claramente dentro de la competencia del tribunal y de las Naciones Unidas.

En cuanto a las resoluciones de la Organización de los Estados Americanos, Bolivia se había referido a las once resoluciones de la OEA, señalando que ellas confirmaban el compromiso de Chile a negociar el tema del acceso soberano de ese país al océano Pacífico. A su turno, el demandante no discutió el argumento de que las resoluciones adoptadas por la Asamblea General de la OEA no tenían, en cuanto tales, valor obligatorio, pero sostuvo que ellas producían efectos jurídicos conforme a la Carta de la organización, y que las partes debían considerarlas conforme al precepto de la buena fe.

La tesis boliviana acentuaba esta característica y sostenía que dichas resoluciones «*can reflect, crystallize or generate an agreement*»<sup>55</sup> entre las partes, cuando han participado en su redacción o se han unido al consenso. Chile negaba tales virtudes y sostenía que las resoluciones no eran obligatorias en principio y que la Asamblea General carecía de competencia para imponerlas a las partes<sup>56</sup>. Agregaba Chile que, en los casos en que se había sumado o no se había opuesto al consenso, había siempre formulado declaraciones o explicaciones de su voto.

La Corte rechazó la tesis de que las resoluciones relevantes de la OEA hubiesen indicado que Chile estaba bajo la obligación de negociar el acceso soberano de Bolivia al océano Pacífico. Esas resoluciones solamente recomendaban a ambos Estados —dijo la Corte— entrar en negociaciones sobre el tema, y aún más, la resolución AG/RES.686 (1983) solo exhortaba a las partes a iniciar un «proceso de acercamiento y de reforzamiento de la amistad de los pueblos boliviano y chileno orientado a una normalidad de sus relaciones tendente a superar las dificultades que los separan, incluyendo en especial una fórmula que haga posible dar a Bolivia una salida soberana al océano Pacífico sobre bases que consulten las recíprocas conveniencias y los derechos e intereses de las partes involucradas»<sup>57</sup>.

La Corte llegó a la conclusión que, del contenido de dichas resoluciones y de la conducta chilena, no se infería que Chile hubiese aceptado una obligación de negociar el acceso soberano de Bolivia al océano Pacífico. Tiene valor entonces que la Corte dijese que: «[L]a participación de Chile en el consenso para adoptar algunas resoluciones no implica que Chile aceptó una obligación de negociar» ese acceso soberano<sup>58</sup>.

<sup>55</sup> Réplica de Bolivia, p. 114, párr. 292.

<sup>56</sup> Chile cita a ARRIGHI, J. M., «L'Organisation des États américains et le droit international», *RCADI*, vol. 355, 2012, p. 328 («*The Assembly [of the OAS] adopts resolutions that, as is the case in general for all resolutions of similar international organisations, are binding in so far as the bodies of the Organisation are concerned, but are only recommendations addressed to its Member States*»).

<sup>57</sup> Resolución AG/RES.686 (1983), disponible en <http://scm.oas.org/pdfs/agres/ag03797S01.PDF>, p. 104.

<sup>58</sup> Sentencia de 1 de octubre de 2018, párr. 171. Traducción de la autora.

## 5. EL ART. 2.3 DE LA CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS COMO CUESTIÓN DE FONDO

En sus escritos y alegatos orales, Bolivia sostendría que cabía aplicar un principio sustantivo, esto es, que en virtud de la Carta de la ONU (art. 2.3) y la Carta de la OEA (art. 24), todo Estado tiene una obligación de negociar sobre cuestiones de importancia vital para los Estados vecinos que les sean planteadas formalmente. Este sería un corolario de la pertenencia a la comunidad de las naciones, y que resulta de la obligación de resolver sus disputas pacíficamente. Bolivia citaría resoluciones que recogen este principio: la Declaración 2625 (XXV o 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 (1970) y la Declaración de Manila de 1980, sobre el Arreglo Pacífico de Controversias Internacionales, (AG 37/10).

De la lectura de estas resoluciones se desprende que ellas se refieren a la obligación de buscar un arreglo a las controversias, y no al caso donde la disputa planteada por una parte se refiere a la existencia misma de una obligación de negociar una cesión territorial o una fórmula que otorgue acceso soberano al mar. Esta última formulación cambia el eje de la discusión y de la definición misma de la controversia.

Desde el punto de vista de la teoría jurídica, se trataría entonces de distinguir entre la fuente de una supuesta obligación de negociar (derivada de la voluntad del Estado o de las voluntades concurrentes de dos Estados), de la obligación que se desprendería de los arts. 2.3 y 33 de la Carta de la ONU, relativos a la solución de controversias<sup>59</sup>. Negociación y adjudicación<sup>60</sup> en términos del art. 33 de la Carta, se sitúan en otro plano jurídico que el de los supuestos de la obligación de negociar expuesta por Bolivia.

Este último artículo se refiere además a los medios de solución pacífica, y específicamente a la necesidad de aplicarlos en caso de disputas susceptibles de poner en peligro la paz y seguridad internacionales, condición que no se planteaba en este caso.

En los términos expuestos por Chile<sup>61</sup>, la propuesta de Bolivia implicaba que existe una obligación general de negociar que se aplica «*to any pending issue between two (or more) countries which needs to be settled*» y, en particular, al llamado «*maritime issue*», que Bolivia describía como «*pending*» con Chile porque «*Bolivia gave up its maritime territory to Chile in the expectation that it would have a sovereign access to the sea restored to it*». La respuesta de Chile como demandado era que: «*The obligation imposed by the UN Charter is*

<sup>59</sup> Dúplica de Chile, párrs. 2.4-2.7

<sup>60</sup> Véanse las reflexiones de ABI-SAAB, G., «Negotiation and Adjudication: Complementarity and Dissonance», en BOISSON DE CHAZOURNES, L., KOHEN, M. y VIÑUALES, J. (eds.), *Diplomatic and Judicial Means of Dispute Settlement*, Leiden, Brill/Nijhoff, 2012, pp. 327-333.

<sup>61</sup> Dúplica de Chile, párr. 2.4.

*to settle disputes by “peaceful means”. One such means is negotiation, but there are many others, and there is no obligation to negotiate in preference to pursuing other means of peaceful settlement of disputes»<sup>62</sup>.*

Este razonamiento llevaba a plantear una vez más la cuestión de fondo sobre cuál era la controversia propiamente tal, a fin de determinar si cabía señalar que el medio para resolverla era una negociación obligatoria. También cabía la pregunta de si el recurso al concepto de un tema pendiente equivalía a la existencia de una disputa que debiera resolverse. Y se agregaba la pregunta de si esa disputa se refería a un derecho de acceso soberano al mar, el cual debía demostrarse, o a una expectativa de que unas negociaciones conducirían a ese resultado.

Bolivia reconocería en su Réplica que Chile había tenido el derecho soberano de no hacer una promesa o de no adoptar un entendimiento o de sí hacer una representación relativa a otorgar un acceso soberano para Bolivia y que, en el ejercicio de esa prerrogativa, Chile se había comprometido<sup>63</sup>. Se podría concluir de esta argumentación que Bolivia podía aceptar que antes de que se efectuase una supuesta promesa, no habría habido un fundamento que obligase a hacerla.

La importancia de la Carta de la ONU fue expuesta con elocuencia en los discursos del Profesor Vaughan Lowe<sup>64</sup>. Él sostendría que una de las bases de la obligación de negociar de parte de Chile se encontraba en la obligación de resolver pacíficamente las controversias. Agregaría que en el Derecho internacional el deber de negociar implicaba, como mínimo, la obligación de recibir comunicaciones y propuestas del otro Estado respecto de cómo resolver cualquier asunto de preocupación seria para ese Estado; y el deber de considerar esas comunicaciones o propuestas, teniendo en cuenta los intereses del otro Estado. Las referencias a la jurisprudencia<sup>65</sup>, o la opinión de determinados jueces, abundarían en este relato para confirmar el sentido que deberían tener las negociaciones entre dos Estados.

A esos elementos se agregarían otros:

— El deber de participar en una forma considerada y razonada, en reuniones oficiales para discutir esas comunicaciones y propuestas, si se es invitado a hacerlo.

— El deber de buscar medios para superar cualquier problema, de manera razonada y considerada, en reuniones oficiales para discutir tales comunicaciones y propuestas, si se es invitado a hacerlo.

<sup>62</sup> *Ibid.*, párr. 2.5.

<sup>63</sup> Réplica de Bolivia, p. 68, párr. 181.

<sup>64</sup> Véase el párr. 9 del discurso del Profesor Lowe, disponible en <http://www.icj-cij.org/files/case-related/153/153-20180319-ORA-01-00-BI.pdf>.

<sup>65</sup> *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands)*, Judgment, ICJ Reports, 1969, p. 47. párr. 85.a); *Application of the Interim Accord of 13 September 1995 (the former Yugoslav Republic of Macedonia v. Greece)*, Judgment of 5 December 2011, ICJ Reports, 2011 (II), p. 685, párr. 132, que cita el caso *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland)*, Merits, Judgment, ICJ Reports, 1974, p. 33, párr. 78.

— El deber de buscar medios para superar cualquier problema que se presentare en el camino para resolver el asunto.

Todo esto de buena fe y manifestando a tiempo tal conducta.

A estos argumentos se agregaba la cita de palabras del Juez Charles de Visscher en el caso del *South West Africa*, en cuanto a que: «*The obligation to be ready to negotiate with a view to concluding an agreement represented the minimum of international co-operation without which the entire regime contemplated and regulated by the Charter would have been frustrated. In this connexion one must bear in mind that in the interpretation of a great international constitutional document, like the United Nations Charter, the individualistic concepts which are generally adequate in the interpretation of ordinary treaties, do not suffice*»<sup>66</sup>.

No obstante la solemnidad de la cita, el argumento parece no haber dado más peso al razonamiento sobre cómo había nacido la obligación de negociar en este caso concreto.

Por otra parte, este enfoque novedoso buscaba cambiar el punto desde el cual observar la demanda contra Chile, ya que postulaba que se debía aceptar el inicio de una negociación como una expresión de la conducta requerida por el Derecho internacional, sin abandonar los intereses vitales y sin comprometerse a cualquier costo. El resultado de este nuevo marco de relaciones se traduciría —conforme a esta tesis— en una obligación de resolver o mejorar la situación del país sin litoral (Bolivia) a fin de que gozare de acceso soberano. Se trataba de una norma general seguida de una *lex specialis*, según Bolivia, a la cual se integran prácticas particulares<sup>67</sup>.

Los elementos antes explicados por Bolivia presentaban una tesis cercana a la teoría sostenida por el Jurista y ex Presidente de la CIJ, Mohamed Bedjaoui, al desarrollar la interpretación de que el art. VI del Tratado de No Proliferación de Armas Nucleares recoge una norma consuetudinaria en lo concerniente a la obligación de negociar un tratado de desarme nuclear completo.<sup>68</sup> Esta obligación no sería solamente de conducta, sino también de lograr un resultado preciso (desarme nuclear), adoptando una conducta específica de negociar de buena fe para lograr tal objetivo.

La reflexión generada por la demanda boliviana buscaba, por tanto, lograr un amplio alcance. Bolivia sostenía que en el Derecho internacional existe una obligación general, reflejada en los arts. 2.3 y 33 de la Carta de la ONU,

---

<sup>66</sup> *International Status of South West Africa, Advisory Opinion*, ICJ Reports, 1950, *Dissenting opinion of Judge De Visscher*, p. 188. Según DE VISSCHER, un Estado «*while remaining free to reject the particular terms of a proposed agreement, has the legal obligation to be ready to take part in negotiations and to conduct them in good faith with a view to concluding an agreement*».

<sup>67</sup> Véase el párr. 18 del discurso del Abogado Pavam Akhavan, disponible en <http://www.icj-cij.org/files/case-related/153/153-20180326-ORA-01-00-BI.pdf>.

<sup>68</sup> BEDJAOU, M., «Good Faith, International Law, and Elimination of Nuclear Weapons: Keynote Address», en Conference sponsored by World Court Project to Abolish Nuclear Weapons, 2008, p. 11. Disponible en <http://lcnp.org/wcourt/2008.Geneva.Conf.papers.pdf>.

aplicable a todo asunto pendiente que involucrase a dos o más países. Es decir, el art. 2.3 imponía una obligación positiva aplicable a todos los Estados, respecto de todas las controversias (no solo a las jurídicas, o a aquellas que amenacen el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales). La misma obligación se desprendería del art. 3 de la Carta de la OEA. Considerada en su integridad, y desagregada de un resultado específico y predeterminado, la obligación de negociar podía también ser leída como semejante a lo que el Profesor Karel Wellens ha llamado el rol de las negociaciones fuera del contexto de la solución pacífica de las controversias, ámbito en el cual se combinan elementos de consentimiento de los Estados, la buena fe, y la posibilidad de que las negociaciones no lleguen a término o fracasen<sup>69</sup>.

En su Réplica, Bolivia sostuvo que la obligación que exigía de Chile pertenecía a la categoría de una obligación de negociar, basada en la buena fe, y cuya naturaleza jurídica era indubitable.<sup>70</sup> Al invocar, además, referencias a la doctrina de profesores destacados (Reuter<sup>71</sup>, Virally<sup>72</sup>), podía inferirse que había cierta fuerza en tales supuestos. No obstante, la Corte siguió un curso distinto, respecto del cual se puede hacer la pregunta de si efectivamente la doctrina citada por Bolivia apoyaba su interpretación extensiva, en especial al contrastar las afirmaciones de los juristas con los hechos jurídicos del caso mismo.

Cabe recordar que Virally, en su trabajo para el Institut de Droit International, finalizado en 1983, sugería que «31. *Le fondement de la distinction entre engagements juridiques et engagements purement politiques se trouve incontestablement dans la volonté des parties*»<sup>73</sup>.

Asimismo, es útil evocar que la voluntad de las partes es lo que precisamente destacó el análisis de la CIJ en el asunto de la *Plataforma continental del Mar Egeo*<sup>74</sup>, aportando otros elementos sustantivos. La Corte pondría de relieve, en ese caso, que eran relevantes los términos del Comunicado Conjunto de 31 de mayo de 1975, y el contexto en que se había alcanzado el acuerdo sobre el mismo<sup>75</sup>. De ello, se derivaba que ese documento no tenía el propósito y no constituía un compromiso inmediato de aceptar incondicionalmente la demanda unilateral de la disputa del caso a la Corte.

Frente a este cuadro, el argumento boliviano se modelaría en torno a dos ideas, ambas a ser precisadas. La primera era que una obligación nacía

<sup>69</sup> WELLENS, K., *Negotiations in the Case Law of the International Court of Justice*, Surrey, Ashgate, 2014, pp. 23-26.

<sup>70</sup> Réplica de Bolivia, p. 28, párrs. 70 y 71.

<sup>71</sup> REUTER, P., «De l'obligation de négocier», *op. cit.*, nota 43, p. 714.

<sup>72</sup> VIRALLY, M., *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 60, 1983, t. 1, Travaux préparatoires, pp. 328-374. Véase «La distinction entre textes internationaux de portée juridique et textes internationaux dépourvus de portée juridique (à l'exception des textes émanant des organisations internationales)», *Septième Commission, Rapport définitif*. Disponible en [http://www.idi-ii.org/app/uploads/2018/06/1983\\_vol\\_60-I\\_Session\\_de\\_Cambridge.pdf](http://www.idi-ii.org/app/uploads/2018/06/1983_vol_60-I_Session_de_Cambridge.pdf).

<sup>73</sup> *Ibid.*, p. 341.

<sup>74</sup> *Plateau continental de la mer Egée, arrêt*, CIJ *Recueil*, 1978, p. 3.

<sup>75</sup> *Ibid.*, p. 44, párr. 107.

cuando un Estado planteaba formalmente ante otro Estado un asunto que era de interés vital, y la segunda, referida al momento en que el otro Estado concordaba en referirse al tema y en satisfacer esa aspiración. En ambas etapas, la obligación general derivada del Derecho internacional jugaba un papel.

En su respuesta, difiriendo de la naturaleza y el sentido de los elementos de hecho y de derecho expuestos ante la Corte por la demandante, Chile sostendría que la frase según la cual: «*Negotiations with a view to reaching an agreement also imply that the parties should pay reasonable regard to the interests of the other*»<sup>76</sup>, tomada del fallo de la Corte en el caso del *Interim Accord* (2011), no aportaba elementos novedosos para fundamentar la obligación de negociar expuesta por Bolivia. En ese asunto, como en otros, la consideración de los intereses de la otra parte se había sustentado en un acuerdo previo, al tiempo que el concepto de intereses de las partes no podía superponerse a los derechos que estuviesen presentes.

La parte chilena observaría, también, que la jurisprudencia de la CIJ<sup>77</sup> citada para respaldar esa tesis correspondía a situaciones sustancialmente diferentes del caso planteado por Bolivia. En ella, existía una obligación general (régimen de mandatos y fideicomisos, según el sistema de la Sociedad de las Naciones y, después, de la Carta de la ONU), o un acuerdo internacional previo, o se trataba de materias que debían resolverse por acuerdo por tratarse de la determinación de un límite internacional entre espacios con pretensiones superpuestas de dos Estados, donde el Derecho internacional no reconoce su fijación unilateral.

Chile plantearía también que el término «negociar» no figuraba en el art. 2.3 de la Carta de la ONU y que este tratado no imponía una obligación de negociar a las partes, las cuales eran libres de hacerlo o no, con sus vecinos. Respecto del art. 3 de la Carta de la OEA, Chile respondería que no constituía una base jurídica que obligase a Chile a negociar acerca del acceso soberano de Bolivia al océano Pacífico.

En respuesta a estos argumentos, la Sentencia de 1 de octubre de 2018, ha expuesto que el art. 2.3 de la Carta de la ONU establece un deber general de solucionar las controversias a fin de preservar la paz y seguridad internacionales, y la justicia. Pero aquel no indica que las partes están obligadas a recurrir a un método específico de arreglo, como es la negociación, término que allí tampoco es mencionado. Como tal, la negociación es aludida en el art. 33 de dicha Carta, junto con otros medios (investigación, mediación, etc.), pero

---

<sup>76</sup> *Application of the Interim Accord of 13 September 1995 (the former Yugoslav Republic of Macedonia v. Greece)*, Judgment of 5 December 2011, ICJ Reports, 2011 (II), p. 685, párr. 132; citando *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland)*, Merits, Judgment, ICJ Reports, 1974, p. 33, párr. 78.

<sup>77</sup> Entre otros fallos, *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands)*, Judgment, ICJ Reports, 1969, p. 47, párr. 85 (a). Sobre la buena fe de las partes, la Corte dijo allí que aquellas «*are under an obligation so to conduct themselves that the negotiations are meaningful, which will not be the case when either of them insists upon its own position without contemplating any modification of it*».

esa disposición deja a las partes la elección de los métodos de arreglo y no designa un método específico, como la negociación.

Ha agregado la sentencia que el mismo enfoque contiene la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General 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, y la Declaración de Manila sobre solución pacífica de controversias (Resolución 37/10, de la Asamblea General). Ambas proclamaron la libertad de elección de los medios (párr. 166). La Corte ha concluido que no se desprende de estas disposiciones una obligación de negociar un acceso soberano de Bolivia al océano Pacífico (párr. 167 de la Sentencia de 1 de octubre de 2018).

Una conclusión similar ha expuesto la sentencia en lo relativo a las disposiciones de la Carta de la OEA [arts. 3(i), 24 y 25], de las cuales la Corte no infiere una base jurídica de la obligación de negociar en los términos indicados por la parte demandante. Estas disposiciones se refieren a la sumisión de las controversias a medios pacíficos de solución; a ese respecto, la sentencia agrega que las partes son libres de negociar con sus vecinos, y que nada les impone hacerlo (párr. 164). En su conclusión sobre la Carta de la ONU, la Corte afirma que «*no obligation to negotiate Bolivia's sovereign Access to the Pacific Ocean arises for Chile under the provision of the Charter on the peaceful settlement of disputes*» (párr. 166). El art. 33 de la Carta de la ONU no incorpora —a su vez— nuevos elementos a tal principio.

La Corte ya había sostenido que la calidad jurídica de un acuerdo depende esencialmente de la naturaleza del acto o de la transacción que contiene, y que, para determinar tal cualidad, se debe «*tenir compte avant tout des termes employés et des circonstances dans lesquelles le communiqué a été élaboré*»<sup>78</sup>.

La sentencia de la Corte, ante un escenario de argumentos complejo y sensible que tenía como punto de partida si existía la obligación de negociar para Chile, confirma la respuesta, ante la pretensión boliviana a un derecho de acceso al mar por territorio chileno, que el tema abarcaba algunos elementos:

De existir una obligación de comportamiento (*pactum de negotiando*), la sola regla aplicable era la de conducir las negociaciones de buena fe. Y aunque esa obligación tuviera un origen convencional o derivado de la clara voluntad unilateral de un Estado, no comprendía la obtención de un resultado. Además, cabía considerar que las obligaciones podían extinguirse, aunque no se hubiera previsto una cláusula que estableciera en qué condiciones o circunstancias se produciría tal efecto. Es decir, puede llegar un momento en que las negociaciones se hubieran convertido en fútiles y llegado a un punto muerto.

<sup>78</sup> *Plateau continental de la mer Egée, arrêt*, CIJ Recueil, 1978, p. 39, párr. 96.

## 6. LAS OPINIONES DISIDENTES DE LOS JUECES YVES DAUDET, NAWAF SALAM Y PATRICK ROBINSON

En sus opiniones, estos jueces apelaron, en términos generales y sin concordar plenamente en los fundamentos, a la tesis de que de los documentos presentados se desprendía una obligación de negociar un acceso soberano para Bolivia al océano Pacífico, la cual Chile no habría satisfecho. El Juez Robinson, por ejemplo, vio en el Memorándum Trucco y en los documentos firmados entre 1975 y 1977, tomados en sus contextos, una intención de crear una obligación con tal objeto (párrs. 52-72). A su vez, el Juez Nawaf Salam, quien siguió un razonamiento similar, concluyó sobre la existencia de una obligación de negociar a cargo de Chile, pero sin resultado (párr. 32). El juez interpretó en ese sentido la sentencia sobre Excepción Preliminar de 2015 (párr. 33), donde la Corte sostuvo que de haber una obligación de negociar no le correspondía al tribunal predeterminedar el resultado. Salam no dejaría de mencionar que Bolivia pareció evolucionar en su petitorio sobre el acceso soberano, en el curso del proceso, agregando ambigüedad a su postura.

El Juez *ad hoc* Yves Daudet, nominado por Bolivia, desarrolló a su vez extensos argumentos sobre las fuentes de una obligación de negociar constituidas por tres instrumentos (1920, 1950 y 1975-78) y procuró contextualizarla. A este respecto, no compartió la posición mayoritaria sobre la unicidad e independencia de cada episodio de intercambio o negociación, y creyó que debía darse valor al efecto de repetición. También se extendió sobre la relación y diferencia entre una regla jurídica y una moral, y sobre si el efecto de repetición de una intención no atenuaba o borraba la diferencia entre las obligaciones.

El Juez *ad hoc* Daudet se explayaría también sobre la distinción entre obligación de comportamiento y de resultado, cuando esta última suscita la duda de si se puede hablar de una verdadera negociación, respecto la cual Bolivia fue introduciendo algunas ambigüedades a lo largo del proceso. Finalmente postularía Bolivia —en términos de Daudet— una obligación condicional o circunscrita (tesis que acentuaría el carácter modesto de la petición principal) (párrs. 49-51). En la opinión disidente más jurídica de las anexas a la sentencia se advierte el esfuerzo por conciliar la insuficiencia de las pruebas y los argumentos allegados por la parte demandante con un enfoque político relativo a los elementos de la relación boliviano-chilena.

## 7. CONCLUSIONES

El fallo de 1 de octubre de 2018 desarrolló los puntos expuestos a partir de una exégesis de los conceptos que involucraba el postular una supuesta obligación de negociar, junto a la necesidad de que el fundamento de tal obligación poseyera cualidades jurídicas capaces de responder a la prueba de la existencia de un acuerdo internacional o de un acto unilateral con efectos

jurídicos. El texto, la intención y la conducta ulterior fueron elementos determinantes. La sentencia introduce además una nítida línea de distinción entre el comportamiento de dos Estados que pueden buscar acercamientos, incluso sobre temas de alta sensibilidad, con la idea de que sus actos obedecen al cumplimiento de una obligación preexistente.

Otra dimensión interesante desde el punto de vista jurídico es que la sentencia ha analizado la obligación reclamada por Bolivia en su integridad, es decir, ha precisado que tal obligación de negociar requería ser concreta y poseer un propósito determinado. De esta forma, la sentencia sitúa la obligación de negociar planteada por Bolivia desde una perspectiva diferente de aquel principio a la que se refiere el art. 2.3 de la Carta de la ONU o el art. 3 de la Carta de la OEA (que no aluden a negociaciones), referidos a la solución de las controversias internacionales, y bajo la obligación general de solucionar las controversias.

Esta distinta perspectiva se apreciaría, además, al comparar el sentido de la demanda con la tesis que se desprendía del dictamen emitido mediante la Opinión Consultiva sobre *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion*<sup>79</sup>, cuyo párr. 99 hizo referencia a la naturaleza de la obligación contenida en el art. VI del Tratado sobre la No Proliferación de las Armas Nucleares, señalando que reflejaba una obligación de lograr un resultado preciso, más allá de una obligación de conducta. Aquella negociación, cuya naturaleza se vincula a una obligación sustantiva concreta que requiere que dos Estados aborden en común un determinado asunto (delimitaciones marítimas), o cuando se plantea un uso competitivo sobre recursos en un espacio común, presenta rasgos diferentes de la obligación que asume la solución de controversias.

Por tanto, la forma como se planteó la demanda boliviana permite, además, distinguir el razonamiento y estructura con que se presenta la petición de una obligación de negociar, con otros ámbitos jurídicos propios de las situaciones donde el Derecho internacional establece que es el acuerdo de las partes el que debe aplicarse para definir un estatus, o convenir una medida que se aplicará en un espacio común, o a los límites entre ciertos espacios físicos. Y donde, una vez iniciado el proceso de intercambio de posiciones y propuestas, puede emerger una controversia.

Por otra parte, sobre la repetición del concepto de buena fe como pilar de la existencia de una obligación de negociar, la lectura del fallo lleva a evocar la cuestión de la buena fe como fuente de obligaciones de negociar en el Derecho internacional, así como los límites de la aplicación de la teoría. Al respecto, la sentencia sigue la línea argumental según la cual la buena fe, y podría decirse lo mismo del abuso del derecho, debe estar vinculada a obligaciones y derechos establecidos.

---

<sup>79</sup> *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion*, ICJ Reports, 1996, p. 226, párr. 99.

Las conclusiones de la Corte también pueden leerse desde la perspectiva de que, al afirmar Bolivia la existencia de una obligación de negociar un acceso soberano al océano Pacífico en los términos expuestos por aquella, la tesis aparecía construida a partir de un supuesto derecho (originario) a poseer tal acceso. En el ámbito del proceso judicial mismo, aquello se presentaba de forma tal que colocaba el peso de la argumentación sobre la conducta que había tenido Chile por más de un siglo, sin referirse a la conducta de la otra parte. Siendo esta la construcción jurídica, la obligación de negociar postulada por Bolivia precedía la cuestión de si existía una controversia sobre la misma que debiese ser sometida a una negociación o a otro medio de solución de controversias.

Se desprendería de la lógica de la demanda que la controversia propiamente tal surgirá en aquel caso en que la parte que pudiese potencialmente ser objeto de una demanda negare la existencia de la obligación de negociar, y no prestare su consentimiento para dar curso a la negociación con el fin de otorgar un acceso soberano, terminando por no satisfacer el objetivo buscado por la demandante.

El análisis riguroso de la conducta de las partes que era necesario para evaluar o descartar el juego de actos unilaterales, de la aquiescencia y el *estoppel*, hace del fallo de 1 de octubre de 2018 una pieza jurídica interesante, en la medida en que la Corte se ha adentrado en su propia casuística para señalar el alcance, pero también los límites, de tales figuras y sus efectos jurídicos. El hecho de que se tratase de una negociación sobre espacios soberanos, o con el fin de otorgar un título soberano sobre el territorio, pareció justificar ese cuidado.

## RESUMEN

### LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA SE PRONUNCIA SOBRE LA DEMANDA DE BOLIVIA CONTRA CHILE RELATIVA A UNA OBLIGACIÓN DE NEGOCIAR. LA SENTENCIA DE 1 DE OCTUBRE DE 2018

Mediante la Sentencia de 1 de octubre de 2018, la Corte Internacional de Justicia se ha pronunciado sobre la demanda del Estado Plurinacional de Bolivia acerca de una pretendida obligación a cargo de Chile, para otorgarle acceso soberano al mar. La Corte Internacional de Justicia ha decidido que, de la conducta de las partes y del Derecho internacional general, no se derivaba la existencia de tal obligación. El caso planteaba la pregunta acerca de dónde y cómo se había generado esa obligación, si lo había sido por la conducta de la parte demandada, o por acuerdo de las partes, y qué papel cumplía el Derecho internacional general. El caso ha permitido evocar también el debate teórico según el cual pueden presentarse obligaciones dignas de calificarse como propias de un *pactum de negotiando*, o de un *pactum de contrahendo*.

La respuesta de la Corte a los distintos elementos expuestos fue que ella no pudo llegar a la conclusión que Chile posee «la obligación de negociar con Bolivia a fin de alcanzar un acuerdo que otorgue a Bolivia un acceso soberano al océano Pacífico», como lo expusiese Bolivia. Entre otros elementos, la Corte ha afirmado que el art. 2.3 de la Carta de las Naciones Unidas establece un deber general de solucionar las controversias a fin de preservar la paz y seguridad internacionales, y la justicia. Pero aquel no indica que las partes están

obligadas a recurrir a un método específico de arreglo, como es la negociación, término que tampoco menciona. En consecuencia, la Corte no acepta las demás peticiones de Bolivia, cuya premisa era la supuesta obligación de negociar.

**Palabras clave:** naturaleza y alcance de una obligación de negociar, solución de controversias, acceso soberano, acceso al mar, *pactum de negotiando*, *pactum de contrahendo*, Carta de las Naciones Unidas, resoluciones internacionales de la OEA.

### ABSTRACT

#### THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE DECIDED ON THE COMPLAINT OF BOLIVIA AGAINST CHILE RELATING TO AN OBLIGATION TO NEGOTIATE. THE JUDGMENT OF 1 OCTOBER 2018

By judgment of October 1, 2018, the International Court of Justice has decided on the submission of the Plurinational State of Bolivia regarding an alleged existence of an obligation under Chile, to negotiate an agreement granting Bolivia sovereign access to the sea. The Court has ruled that neither general international law nor the conduct of the parties resulted in the existence of such an obligation. The case raised the question of where and how that obligation had been generated, if it had been through the conduct of the respondent, or by agreement of the parties, as well as about the role of general international law. The case has recalled the theoretical debate according related to obligations characterized as part of a *pactum of negotiando* or of a *pactum of contrahendo*.

The response of the Court to these various elements has been that it could not reach the conclusion that Chile had «the obligation to negotiate with Bolivia in order to reach an agreement granting Bolivia a fully sovereign access to the Pacific Ocean», as stated by Bolivia in its submissions. Among other elements, the Court also affirms that art. 2.3 of the Charter of the United Nations establishes a general duty to settle disputes in order to preserve international peace and security, and justice. And, it does not indicate that the parties are obliged to resort to a specific method of settlement, such as negotiations, a term which is not mentioned in the said provision. Accordingly, the Court could not accept the other final submissions presented by Bolivia, which were premised on the existence of such an obligation.

**Keywords:** nature and scope of an obligation to negotiate, dispute settlement, sovereign access, access to the sea, *pactum de negotiando*, *pactum de contrahendo*, Charter of the United Nations, OAS international resolutions.

## EN BUSCA DEL ESQUIVO MAR: LA CONTROVERSIAS BOLIVIA-CHILE ANTE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA\*

Javier A. GONZÁLEZ VEGA\*\*

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA «REIVINDICACIÓN MARÍTIMA» BOLIVIANA: CONTENIDO Y NATURALEZA JURÍDICA.—3. EL PLANTEAMIENTO DE CHILE.—3.1. La libertad de acción de los Estados y la seguridad jurídica.—3.2. La eventual implicación de Perú: «La puerta y el candado».—4. LA DISCUTIBLE CONCRECIÓN DEL OBJETO DE LA CONTROVERSIAS EN LA SENTENCIA DE 2015.—5. LA RESPUESTA DE LA CORTE EN SU SENTENCIA DE 2018: UNA NEGATIVA PREVISIBLE.—6. LA POSIBILIDAD DE UN ENFOQUE ALTERNATIVO.—6.1. ¿Una estrategia litigiosa distinta por parte de Bolivia?—6.2. Un tratamiento diferente de la cuestión por parte de la CIJ.—7. ;NO, NO ES EL FINAL!: A MODO DE CONCLUSIÓN.

### 1. INTRODUCCIÓN

1. El pasado 1 de octubre la Corte Internacional de Justicia dictaba su Sentencia en cuanto al fondo en el asunto *Obligación de negociar el acceso al Océano Pacífico (Bolivia c. Chile)*, poniendo término a la breve andadura judicial del secular conflicto boliviano-chileno en torno a la «reivindicación marítima» del país del altiplano. Como se había advertido, desde sus inicios, el asunto se caracterizaba por su extrema originalidad —«*a rather unorthodox case*» en palabras de M. Milanovic—<sup>1</sup> al fundarse sobre una supuesta

---

\* Las páginas *web* consultadas en este trabajo lo han sido por última vez el 10 de mayo de 2019.

La presente aportación se inscribe en el marco de las actividades del Grupo de Investigación Consolidado de Derecho Europeo de la Universidad de Oviedo (EURODER-UNIOVI-IDI/2018/000187). El trabajo es al tiempo un homenaje al Prof. A. REMIRO BROTONS [consejero y abogado de Bolivia en este procedimiento judicial, donde —pese al resultado— ha confirmado, más allá de su seductora «uniformidad cardenalicia», su buen hacer en estas lides; evocadas en su contribución «La asesoría jurídica internacional de Gobiernos *desde fuera*», en JIMÉNEZ PIERNAS, C. (ed.), *Iniciación a la práctica en Derecho internacional y Derecho comunitario europeo*, Madrid-Barcelona, Universidad de Alcalá-Marcial Pons, 2003, pp. 535-580], con ocasión de su jubilación.

\*\* Catedrático de Derecho internacional público y Relaciones internacionales de la Universidad de Oviedo ([jvega@uniovi.es](mailto:jvega@uniovi.es)).

<sup>1</sup> Cfr. «Bolivia Institutes Proceedings Against Chile Before the ICJ», 25 de abril de 2013, en el *blog EJIL: Talk!*, accesible en <https://www.ejiltalk.org/bolivia-institutes-proceedings-against-chile-before-the->

obligación de negociar, amén de suscitar *ab initio* un evidente escepticismo entre quienes advertían el carácter pírrico que poseería una eventual victoria boliviana<sup>2</sup>; impresión confortada por los términos limitados en los que —como veremos— la Corte había establecido su competencia sobre el asunto en la previa sentencia sobre admisibilidad de 2015<sup>3</sup>.

2. En todo caso, acababa así un episodio que había concitado una inusual expectación entre las opiniones públicas de los países sudamericanos implicados<sup>4</sup>. Y no solo allí. De hecho, ya en 1964 P. Renouvin había puesto como ejemplo el caso boliviano a la hora de plantear las tensiones que deparraba para un Estado la privación de lo que el autor francés consideraba —el acceso al mar— como un elemento esencial en la conformación de su poder<sup>5</sup>.

3. En el examen que sigue nos proponemos abordar tanto el planteamiento realizado por Bolivia al someter su demanda a la Corte —lo que nos permitirá precisar el alcance concreto de la reivindicación marítima formulada por este Estado, *ergo* su contenido y naturaleza jurídica— como los argumentos blandidos por Chile a la hora de expresar su rechazo a las tesis

---

*icj*. De hecho, frente a lo relativamente común del examen por parte de la Corte de diferentes *pacta de negociando* [p. ej., *Plantas de celulosa en el río Uruguay (Argentina c. Uruguay)*, Sentencia de 20 de abril de 2010, *CIJ Recueil 2010*, p. 68, párr: 150], no lo es el caso de los *pacta de contrahendo*, pretensión que animaba la demanda boliviana. Sobre esta categoría véase el clásico trabajo de MIAJA DE LA MUELA, A., «Pacta de contrahendo en Derecho internacional público», *REDI*, vol. 21, 1968, núm. 2, pp. 392-415, elaborado a partir del planteamiento de la cuestión en el asunto del Lago Lanós [cfr. *Affaire du lac Lanoux (Espagne, France)*, laudo de 16 de noviembre de 1957, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII, Nueva York, Naciones Unidas, 2006, pp. 281-317].

<sup>2</sup> Cfr. THO PESCH, S., «Bolivien will wieder Meer», 16 de mayo de 2013, en el *blog Junge Wissenschaft im öffentlichen Recht*, accesible en <https://www.juwissson.de/bolivien-will-wieder-meer/>.

<sup>3</sup> Cfr. Sentencia de 24 de septiembre de 2015, *Obligación de negociar el acceso al Océano Pacífico (Bolivia c. Chile)*, *excepción preliminar*, *ICJ Reports 2015*, p. 604, párr: 2.

<sup>4</sup> Prueba de ello eran las transmisiones que en directo realizaban las televisiones públicas respectivas ante la inminencia del fallo, con conexiones no solo con La Haya sino con los vecinos de las localidades supuestamente afectadas. La expectación era comprensible dado el peso que aún poseen los acontecimientos de la «Guerra del Pacífico» (o «del salitre»), de la que trae causa la controversia, en el imaginario colectivo de ambas naciones [sobre este conflicto véanse ENBERG CASTRO, J. F., «Breve historia de la Guerra del Pacífico entre Chile, Perú y Bolivia (1879-1883)», en GAETE JURADO, M. E. (coord.), *América y España. Un siglo de independencias*, Bilbao, Iberdrola, 2014, pp. 171-204; MARTÍNEZ RIAZA, A., «Estado y territorio en Iberoamérica. Conflictos interregionales. Un modelo analítico: La Guerra del Pacífico, 1879-1883», *Revista Complutense de Historia de América*, 1994, núm. 20, pp. 181-206]. En el caso boliviano, como se ha afirmado «ante la imposibilidad histórica de “construir” una identidad nacional homogénea, las élites bolivianas han invocado la Guerra del Pacífico una y otra vez para aglutinar a la población frente a conflictos internos» (cfr. ROSS ORELLANA, C., «La política chilena hacia Bolivia, 1900-1930: la constitución de un discurso estructural», *Si Somos Americanos. Revista de Estudios Transfronterizos*, vol. XVI, 2016, p. 185), desarrollando un enfoque «emotivista» del conflicto (cfr. GONZÁLEZ MIRANDA, S. y OVANDO SANTANA, C., «“Emotivistas” bolivianos en la relación diplomática entre Bolivia y Chile en torno a la mediterraneidad», *Estudios internacionales. Revista del Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile*, 2016, núm. 183, pp. 39-65, accesible en <file:///C:/Users/Powerot/Downloads/39880-1-138200-1-10-20160411.pdf>). Pero en el caso chileno los ecos de la confrontación armada aún resuenan incluso en la cultura popular: valga como ejemplo la ucrónica novela gráfica chilena superventas *Metahulla* —publicada en 2015— que arranca de aquellos acontecimientos. Por otro lado, era el episodio judicial el que terminaba; no la andadura del conflicto (véase *infra*, párrs. 59-62).

<sup>5</sup> Cfr. RENOUVIN, P. y DUROSELLE, J. B., *Introduction à l'histoire des relations internationales*, París, Armand Colin, 1991 (reimpr. 2010; ed. or. 1964), p. 15.

bolivianas. Tras lo cual, luego de una sucinta referencia a los términos en los que concretó la Corte el objeto de la controversia en 2015, recalaremos en la posición expresada por esta en su reciente fallo, destacando los elementos de continuidad que revela en relación con su precedente jurisprudencial, lo que, anticipamos ya, nos sitúa ante una decisión previsible y escasamente novedosa.

4. Antes de concluir esta exposición, sin embargo, nos parece pertinente introducir una reflexión acerca de posibles cauces alternativos que hubieran podido guiar tanto la argumentación de las partes como la decisión de la Corte, para cerrar esta aportación con las perspectivas de futuro que abre el irresuelto conflicto —que no controversia— en relación con la insatisfecha «reivindicación marítima» boliviana.

## 2. LA «REIVINDICACIÓN MARÍTIMA» BOLIVIANA: CONTENIDO Y NATURALEZA JURÍDICA

5. Como es conocido, los antecedentes remotos del conflicto derivan de la conocida como «Guerra del Pacífico» que enfrentó entre 1879 y 1884 a Bolivia y Perú —entonces aliados— contra Chile, y de la que este salió victorioso, arrebatando, a uno y otro, diferentes territorios. Sin embargo, las pérdidas se revelaron más ostensibles en el caso de Bolivia dado que la conquista chilena —consumada ya en 1879— supuso la pérdida de su ya de por sí reducida proyección marítima. Pese al Pacto de Tregua acordado con Chile el 4 de abril de 1884, no cabe duda de que Bolivia nunca aceptó en su «fuero íntimo» la pérdida de los territorios y de su fachada litoral<sup>6</sup>. De hecho, como se ha destacado, la conclusión posterior del Tratado de Paz y Amistad con Chile de 20 de octubre de 1904 —que supuso definitivamente la renuncia a los territorios perdidos en la guerra de 1879—<sup>7</sup> se produjo en unas circunstancias extremas que hacían temer por su propia supervivencia como Estado independiente, poniendo término al conflicto con la nación austral para centrarse en otros frentes<sup>8</sup>. Pese a ello, lo cierto es que Bolivia no asumió en adelante una política frontalmente «irredentista» —como sí hicieron otros Estados ante, reales

<sup>6</sup> No ha de extrañar, por ello, que próximo a conmemorarse el centenario de la derrota decidiera transformar sus fuerzas navales ribereñas —creadas en 1963— en Marina Boliviana —un evocador oxímoron, a juicio del periodista E. Luce— y que todos los años —el 23 de marzo— celebre el Día del Mar rindiendo tributo a los héroes de la guerra del Pacífico.

<sup>7</sup> Si bien con el reconocimiento «a perpetuidad» del «más amplio y libre derecho de tránsito comercial por su territorio y puertos del Pacífico» (art. 6). Cfr. texto en <https://web.archive.org/web/20110804013630/http://www.rree.gob.bo/webmre/dglfai/Tratados%20HTML/chile/Tratado%20de%20paz%20y%20amistad%20%20de%20octubre%20de%201904.html>.

<sup>8</sup> Cfr. CORREA VERA, L., GARAY VERA, C., VACA-DÍEZ, A. y SOLIZ LANDÍVAR, A., «Bolivia en dos frentes: las negociaciones de los tratados de Acre y de límites con Chile», *Universum*, vol. 22, 2007, pp. 268-289 (accesible en [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-23762007000100017&script=sci\\_arttext&tlng=e](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-23762007000100017&script=sci_arttext&tlng=e)); CORREA VERA, L. y SALAS MATORANA, A., «Bolivia en 1904. ¿Por qué firma el tratado con Chile?», *Revista Política y Estrategia*, 2017, núm. 130, p. 25 (accesible en <file:///C:/Users/Powerot/Downloads/Dialnet-BoliviaEn1904PorQueFirmaElTratadoConChile-6526022.pdf>).

o supuestas, amputaciones de su territorio nacional—<sup>9</sup>. Prueba de ello es el silencio que guardan al respecto sus sucesivos textos constitucionales<sup>10</sup>; de hecho, la afirmación de la «reivindicación marítima» boliviana solo se expresará por este cauce en un momento relativamente reciente, con la aprobación de la vigente Constitución de 2009 que afirma en su art. 267:

«I. El Estado boliviano declara su derecho irrenunciable e imprescriptible sobre el territorio que le dé acceso al océano Pacífico y su espacio marítimo.

II. La solución efectiva al diferendo marítimo a través de medios pacíficos y el ejercicio pleno de la soberanía sobre dicho territorio constituyen objetivos permanentes e irrenunciables del Estado boliviano»<sup>11</sup>.

6. Merece la pena reparar en el tenor de la disposición, pues se habla en ella del «territorio que le dé acceso» —y no de uno en concreto— descartando por consiguiente una reivindicación sobre los espacios perdidos en 1879<sup>12</sup>. Es obvio por ello que el contenido de la reclamación boliviana no pretendía

<sup>9</sup> Sobre el concepto véase PALERMO, F., «Irredentism», *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. VI, Oxford, Oxford UP, 2012, p. 385. Un buen exponente de estas reivindicaciones lo ofrecían tanto la Ley Fundamental alemana —respecto de la RDA— como la Constitución de Irlanda (arts. 2 y 3, ahora enmendados) —en relación con el Ulster— y aún en la actualidad la de la R. P. China (preámbulo) en relación con Taiwan (*ibid.*). Sin embargo, el ejemplo paradigmático lo ofrece la reivindicación argentina sobre las Malvinas plasmada en la DT 1.<sup>a</sup> de su Constitución (cfr. Constitución de la Nación Argentina, Ley 24.430, de 3 de enero de 1995, accesible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>).

<sup>10</sup> Es llamativo que las Constituciones históricas bolivianas no hayan prestado la más leve atención a una supuesta reivindicación marítima. No lo hacía ni la de 1878, enmendada en 1880, recién consumada la ocupación chilena; ni la muy posterior de 1938 —vigente ya el tratado con Chile—, ni las sucesivas de 1945, 1947, 1967, 1995 y 2004. Incluso, la caracterización del dominio originario del Estado —una innovación del texto de 1938, reiterada en las posteriores— menciona exclusivamente «las aguas lacustres, fluviales y medicinales»: por ejemplo, art. 107 (1938), art. 108 (1945, 1947) y art. 136 (1967, 1995 y 2004). Para la consulta de estos textos véase [http://www.cervantesvirtual.com/portales/constituciones\\_hispanoamericanas/bolivia\\_constituciones/?autor=&paginaUsuario=1&numresult=10&vista=reducida&q=&orden=fechapublicacionoriginal&paginaNavegacion=1](http://www.cervantesvirtual.com/portales/constituciones_hispanoamericanas/bolivia_constituciones/?autor=&paginaUsuario=1&numresult=10&vista=reducida&q=&orden=fechapublicacionoriginal&paginaNavegacion=1).

<sup>11</sup> Cfr. Constitución Política del Estado plurinacional de Bolivia, promulgada el 9 de febrero de 2009 (cursivas añadidas); texto accesible en <file:///C:/Users/Powerot/Downloads/constitucion-politica-del-estado-plurinacional-de-bolivia-promulgada-el-9-de-febrero-2009.pdf>. El nuevo texto constitucional también introduce la específica denominación «Armada» (arts. 172.17, 243 y 247) para referirse a la hasta entonces «fuerza naval», cuyas nuevas funciones administrativas y defensivas concreta el art. 268. Sin duda, la tardanza en formular la «reivindicación marítima» en sede constitucional es expresiva de la «indefinición de la política de retorno» boliviana, acerca de la vía a seguir, «practicista» o «reivindicatoria», de la que se venía haciendo eco la doctrina desde mucho atrás (cfr. GAVEGLIO, S., «Consideraciones sobre el retorno al mar de Bolivia», *Revista de Estudios Internacionales*, 1984, núm. 5, p. 649). No obstante, es evidente que su acogida explica la relativa celeridad en el planteamiento de la estrategia judicial —ahora fracasada— que algunos creen además ver fundada en la supuesta inconstitucionalidad —*more boliviano*— del Tratado de 1904 *apud* DT 9.<sup>a</sup> del vigente texto constitucional (cfr. LAGOS ERAZO, J., «Las aspiraciones marítimas de Bolivia después de Cochabamba», *Estudios internacionales. Revista del Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile*, 2012, núm. 173, p. 124). Esta cuestión, y los puntos de vista contradictorios de las partes, tuvieron ocasión de aflorar en las audiencias del caso (véanse respectivamente las intervenciones de A. REMIRO BROTONS, en representación de Bolivia, CR 2015/19, 6 de mayo de 2015, pp. 45-46, párrs. 18-22, y S. WORDSWORTH, respecto de Chile, CR 2015/20, 7 de mayo de 2015, p. 21, párrs. 13-15).

<sup>12</sup> Con un enfoque similar, la cuarta de las declaraciones realizadas por Bolivia con ocasión de la firma el 27 de noviembre de 1984 de la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar; de 10 de diciembre de 1982 (UNTS, 16 de noviembre de 1994, núm. 31363) ya aludía a «la restauración» de su «propio acceso soberano al mar» (cfr. <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII>).

poner en cuestión los términos del tratado de paz de 1904. En este orden, como recordaba M. Chemillier-Gendreau en el curso de las audiencias desarrolladas en la fase de admisibilidad:

«La Bolivie sait-elle parfaitement qu'il lui est impossible de remettre en cause le traité de 1904, si ce n'est dans l'hypothèse que le Chili a écartée jusqu'ici, d'une renégociation librement et souverainement consentie entre les deux Etats. C'est parce que la Bolivie est consciente des limites que lui impose ainsi le droit positif, qu'il n'y a pas trace dans la démarche de la Bolivie d'une demande d'annulation ou de révision du traité 1904 qui fût l'acte juridique qui a concrétisé l'injustice avérée. Elle sait en effet que cette démarche se heurterait à l'état du droit contemporain»<sup>13</sup>.

7. De hecho, el objeto de la reclamación era mucho más preciso.

«S'il y a un différend aujourd'hui entre le Chili et la Bolivie, il est très spécifique parce que, dans ce cas particulier, le Chili a reconnu dès la conclusion du traité que celui-ci laissait une question non résolue et s'est déclaré prêt à la résoudre.

Si le Chili n'avait pas lui-même ouvert une autre voie rendant possible la correction de l'injustice entérinée par ce traité, la Bolivie eût été contrainte d'en rester là. Mais le Chili ne peut pas réécrire son histoire. Il a multiplié les promesses ou s'est engagé dans des actes bilatéraux et il a fait naître ce que l'on désigne en droit du terme d'expectatives légitimes. Nos contradicteurs se sont demandés avec une innocence bien feinte où serait la source du droit auquel prétend la Bolivie. Mais la source de ce droit est dans les propres comportements du Chili»<sup>14</sup>.

8. En suma, para Bolivia existiría un *pactum de contrahendo*, conforme al cual Chile se hallaría en la obligación de negociar con aquella un tratado que abocara a un concreto resultado<sup>15</sup>; en la especie, la cesión de una salida al mar y el consiguiente reconocimiento de la soberanía boliviana sobre dicho territorio y sus espacios marinos aledaños. En este orden, la memoria se extendía sobre las diferentes caracterizaciones de la obligación —incluida la de desarrollarla *bona fide*— hasta abordar la que sería específicamente aquella, examinando luego las supuestas obligaciones a cargo de Chile.

### 3. EL PLANTEAMIENTO DE CHILE

9. No cabe dudar de la firmeza con la que Chile estaba dispuesto a afrontar la demanda boliviana. De hecho, en un documento divulgativo elaborado por la cancillería chilena en junio de 2014 ya se afirmaba que:

«La reclamación de Bolivia podría tener consecuencias potenciales de gran alcance en la libertad de los Estados para participar en negociaciones diplomá-

*aspx?src=TREATY&mtdsg\_no=XXI-6&chapter=21&Temp=mtdsg3&clang=\_en#EndDec*). Sobre la incidencia de esta declaración en el caso véanse *infra* párrs. 54-55.

<sup>13</sup> CR 2015/21, 8 de mayo de 2015, p. 12, párr. 10.

<sup>14</sup> *Ibid.*, pp. 12-13, párrs. 11-12.

<sup>15</sup> *Ibid.*, como destacaba M. Chemillier-Gendreau: «Votre Cour pour déclarer sa compétence devra prendre acte de l'indépendance de la question qui lui est soumise par rapport au traité de 1904 et prendre en considération le pactum de contrahendo auquel le Chili a souscrit. Car ce pactum existe bien» (*ibid.*, p. 13, párr. 14).

ticas, como también en su habilidad para discutir libremente sin temor que su contraparte negociadora argumente más tarde que debido a que en circunstancias particulares en algún momento de la historia una iniciativa diplomática fue realizada o pensada, esta pudiera luego ser considerada que ha creado una obligación legalmente vinculante de alcanzar un determinado resultado»<sup>16</sup>.

10. Desde su punto de vista la cuestión interesaba pues tanto a la libertad de acción de los Estados como a las exigencias de la seguridad jurídica, que se verían puestas en cuestión de aceptar las premisas sustentadas por la demanda boliviana.

### 3.1. La libertad de acción de los Estados y la seguridad jurídica

11. La argumentación chilena se centró en considerar inexistente una supuesta controversia entre ambos Estados, dado que su objeto ya habría sido resuelto por el Tratado de 1904. Confortado por este planteamiento aducía, asimismo, la consiguiente incompetencia de la Corte, dado que el Tratado americano de soluciones pacíficas (Pacto de Bogotá), única base sobre la que fundar eventualmente aquella, excluía las controversias resueltas con anterioridad a su entrada en vigor<sup>17</sup>; de hecho, el análisis de este argumento —*sub specie* excepción preliminar— sería el objeto de la previa decisión de la CIJ en 2015<sup>18</sup>.

12. En cualquier caso, uno de los pilares sobre los que asentó su argumentación era la intangibilidad del tratado de 1904 y la consiguiente imposibilidad de articular una obligación de negociar un acuerdo sobre la cuestión marítima sin afectar a aquel<sup>19</sup>. Este planteamiento, aunque perseguía indiscutiblemente deformar el objeto de la controversia a efectos de sostener la incompetencia de la Corte<sup>20</sup>, no lograría su propósito, pero haría mella —como veremos ulteriormente— en el contenido y alcance definitivos de la controversia.

13. Por otra parte, si la seguridad jurídica se erguía en último término como un supuesto valladar frente a la demanda boliviana, también esta idea

<sup>16</sup> Cfr. Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, *Chile y la aspiración marítima boliviana: mito y realidad*, Santiago, 24 de junio de 2014, p. 7 (accesible en [https://minrel.gob.cl/minrel/site/artic/20140624/asocfile/20140624134912/chile\\_y\\_la\\_aspiracion\\_maritima\\_boliviana\\_mito\\_y\\_realidad.pdf](https://minrel.gob.cl/minrel/site/artic/20140624/asocfile/20140624134912/chile_y_la_aspiracion_maritima_boliviana_mito_y_realidad.pdf)).

<sup>17</sup> Cfr. Tratado americano de soluciones pacíficas, firmado en Bogotá el 30 de abril de 1948 (UNTS, 1949, núm. 449, pp. 56 y ss.). La suerte de la excepción chilena —abocada al fracaso— era evidente y su planteamiento solo resultaba comprensible como un gesto hacia su propia opinión pública, de cara a demostrar que algo se hacía (cfr. KOLB, R., «Chronique de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice en 2015», *Swiss Review of International and European Law*, vol. 26, 2016, p. 146).

<sup>18</sup> Sentencia de 24 de septiembre de 2015, *Obligación de negociar el acceso al Océano Pacífico (Bolivia c. Chile)*, excepción preliminar, *ICJ Reports 2015*.

<sup>19</sup> Como resumía plásticamente en las audiencias de la fase de admisibilidad Sir. Ch. Greenwood: «We also heard a new theory of the case yesterday, a theory of parallel obligation to negotiate, existing side-by-side with, but never touching upon or engaging with, the 1904 Treaty. Parallel universes! Sliding doors! The 1904 Treaty and the pactum de contrahendo existing side-by-side but never intersecting. It is a surreal reality; an exercise in legal dadaism» (cfr. CR 2015/20, 7 de mayo de 2015, p. 10, párr. 1).

<sup>20</sup> KOLB, «Chronique...», *op. cit.*, p. 146.

latía en la argumentación desarrollada por P. M. Dupuy cuando aludía tanto a un imposible *pactum de contrahendo*, de cuya conclusión no cabía establecer ni el cauce ni el momento de su conclusión, como a una aún más incierta declaración unilateral chilena, de inviable cristalización a partir de lo que simplemente habrían sido meros contactos diplomáticos<sup>21</sup>. Por el contrario, como tendría ocasión de detallar en la ulterior fase del procedimiento, los supuestos compromisos asumidos por Chile no serían realmente tales sino meras muestras de disponibilidad, en el contexto de las tradicionales relaciones diplomáticas, sin virtualidad alguna para crear obligaciones a su cargo. Sostener otra cosa equivaldría a cercenar la libertad de acción de los Estados.

### 3.2. La eventual implicación de Perú: «La puerta y el candado»

14. Como se ha recordado, los acontecimientos subsiguientes a la resolución del conflicto sobre los territorios de Tacna y Arica, y la consiguiente reversión del primero de ellos a Perú, introdujeron un elemento disruptivo en lo que era hasta entonces un mero diferendo bilateral, al hacer necesaria la intervención de este Estado en todo posible arreglo del conflicto boliviano chileno: de ahí la denominación de «cláusula del candado» atribuida a aquella previsión<sup>22</sup>. Ahora bien, la complicación de la solución de la controversia no suponía *per se* su imposible resolución. En este orden, como advertía A. Remiro Brotóns, con su «sello personal», en su intervención ante la Corte:

*«La cession exigerait en vertu de cette clause, dite del candado, “du cadenas”, l'accord préalable du Chili et du Pérou; mais s'il y avait un cadenas, c'est bien qu'il y avait une porte qui pourrait être ouverte un jour»*<sup>23</sup>.

15. No es menos cierto que el fracaso de las negociaciones entabladas en los años setenta derivó precisamente de esa circunstancia<sup>24</sup>. Con todo, ha de recordarse que, con posterioridad, el 24 de enero de 1992 Bolivia y Perú concluyeron el convenio marco del Proyecto Binacional de Amistad, Cooperación e Integración Gran Mariscal Andrés de Santa Cruz, que contemplaba determinadas facilidades marítimas en el área de Ilo (Perú)<sup>25</sup>, si bien su im-

<sup>21</sup> CR 2015/20, 7 de mayo de 2015, p. 32, párrs. 3 y 4.

<sup>22</sup> Ya antes la posición peruana había tenido ocasión de expresarse por boca de su ministro de Relaciones Exteriores, M. Porras, que en 1920 advertía que «Perú está dispuesto a no ceder sus derechos sobre las provincias irredentas a favor de Bolivia o de cualquier otro país ni escuchar siquiera proposición alguna al respecto» (cit. en ROSS ORELLANA, «La política chilena hacia Bolivia...», *op. cit.*, p. 193. Sobre la cuestión, en detalle, véase MANZANO, K., «Chile-Bolivia-Perú. El papel de Arica durante las negociaciones anteriores y posteriores a 1950», *Revista Via Iuris*, 2017, núm. 23, pp. 1-27).

<sup>23</sup> CR 2018/7, 20 de marzo de 2018, p. 18, párr. 16 *in fine*. Negritas añadidas. La expresión entrecuadrada procede de REMIRO BROTONS, «La asesoría jurídica...», *op. cit.*, p. 565.

<sup>24</sup> Al respecto, véase GREÑO VELASCO, J. E., «Bolivia y su retorno al mar», *Revista de Política Internacional*, 1977, núm. 150, pp. 220-226.

<sup>25</sup> Cfr. texto en *file:///C:/Users/Powerot/Downloads/B-2014.pdf*. Al respecto, véase MAURTÚA DE ROMANA, O., «Los convenios de Ilo y la integración peruano-boliviana», *Agenda internacional*, vol. 1, 1994,

plementación no se habría llevado a cabo<sup>26</sup>, entre otras cosas, para primar la reivindicación frente a Chile<sup>27</sup>.

#### 4. LA DISCUTIBLE CONCRECIÓN DEL OBJETO DE LA CONTROVERSIA EN LA SENTENCIA DE 2015

16. El planteamiento seguido por la Corte en su primera decisión —relativa a la admisibilidad del asunto— puso de relieve, de un lado, el afán por establecer su competencia, desdeñando las restricciones supuestamente derivadas del tratado de 1904, y descartando por consiguiente que los límites establecidos por el art. VI del Pacto de Bogotá pudieran entrar en juego. Para ello, la Corte optó por reducir a extremos el objeto de la posible controversia. En tal sentido:

*«As the Court has observed in the past, applications that are submitted to the Court often present a particular dispute that arises in the context of a broader disagreement between parties [...]. The Court considers that, while it may be assumed that sovereign access to the Pacific Ocean is, in the end, Bolivia's goal, a distinction must be drawn between that goal and the related but distinct dispute presented by the Application, namely, whether Chile has an obligation to negotiate Bolivia's sovereign access to the sea and, if such an obligation exists, whether Chile has breached it. The Application does not ask the Court to adjudge and declare that Bolivia has a right to sovereign access»<sup>28</sup>.*

17. Como resultado:

*«The Court concludes that the subject-matter of the dispute is whether Chile is obligated to negotiate in good faith Bolivia's sovereign access to the Pacific Ocean, and, if such an obligation exists, whether Chile has breached it»<sup>29</sup>.*

18. Pero cuidándose de advertir, al mismo tiempo, que el alcance de su futura decisión, aun en el caso de que resultare favorable a las pretensiones bolivianas:

---

núm. 1, pp. 15-33, así como SOTILLO LORENZO, J. A., «Bolivia. La vía pacífica en su búsqueda de acceso al mar», en SOBRINO HEREDIA, J. M. (coord.), *Mares y océanos en un mundo en cambio. Tendencias jurídicas, actores y factores*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, pp. 825-826.

<sup>26</sup> Pese a la conclusión de un ulterior Protocolo Complementario y Ampliatorio al Convenio Marco del Proyecto Binacional de Amistad, Cooperación e Integración «Gran Mariscal Andrés de Santa Cruz» entre los Gobiernos de Bolivia y del Perú, suscrito el 24 de enero de 1992, de 19 de octubre de 2010. Texto accesible en [www.contexto.org/pdfs/REperbolprptocolocompl.doc](http://www.contexto.org/pdfs/REperbolprptocolocompl.doc).

<sup>27</sup> Cfr. *BBC News*, «Fallo de La Haya: Bolivia Mar; la playa que Perú le cedió a Bolivia y que lleva 26 años en abandono», accesible en <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-43146946>.

<sup>28</sup> Sentencia de 24 de septiembre de 2015..., cit., p. 604, párr. 2. Cita en su apoyo los asuntos de la *Aplicación de la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (Georgia c. Federación de Rusia)*, excepciones preliminares, Sentencia de 1 de abril de 2011, *ICJ Reports 2011 (I)*, pp. 85-86, párr. 32, así como los asuntos de las *acciones armadas fronterizas y transfronterizas (Nicaragua c. Honduras)*, competencia y admisibilidad, Sentencia de 20 de diciembre de 1988, *ICJ Reports 1988*, pp. 91-92, párr. 54 y del *personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán (Estados Unidos de América c. Irán)*, Sentencia de 24 de mayo de 1980, *ICJ Reports 1980*, pp. 19-20, párrs. 36-37.

<sup>29</sup> Sentencia de 24 de septiembre de 2015..., cit., p. 605, párr. 34.

«It would not be for the Court to predetermine the outcome of any negotiation that would take place in consequence of that obligation»<sup>30</sup>.

19. En suma, como se advirtiera entonces:

«La Corte decidió limitar el objeto de la acción deducida por Bolivia al establecimiento de la existencia y violación de una *obligation de moyens* (“negociar de buena fe”), descartando la *obligation de résultat* (“un acceso soberano al Océano Pacífico”) originalmente buscada en su demanda. [...] Sin mencionarla expresamente en el caso de Bolivia con Chile, el tribunal utilizó esta clasificación de las obligaciones de acuerdo a su contenido para transformar una *actio in rem* (“un acceso soberano al Océano Pacífico”), sobre la cual no tendría jurisdicción, en una *actio in personam* (“negociar de buena fe”), respecto de la cual sí tendría competencia»<sup>31</sup>.

20. Ha de reconocerse que la suerte del litigio quedaba considerablemente mermada. Hasta entonces la cuestión hubiera podido discurrir en torno a la posible existencia de una obligación de celebrar un tratado (*pactum de contrahendo*), que, de verse acreditado, hubiera encarrilado la situación en pro de una futura satisfacción de la reivindicación marítima boliviana. La respuesta de la Corte, sin embargo, ciñó entonces en exclusiva el objeto del litigio a la determinación de la existencia de una obligación de negociar (*pactum de negotiando*); de suerte que su búsqueda, a la manera de Diógenes, constituirá pues el solo objetivo de su ulterior decisión.

21. Esta solución, sin embargo, sigue pareciéndonos poco plausible y demuestra por parte de la Corte una cerrazón falta de una adecuada justificación, pues parte de asumir la absoluta contradicción entre la vigencia del tratado de 1904 y el objeto de la demanda boliviana (*tertium non datur*). Por el contrario, cabía aceptar que el objeto del primero era zanjar definitivamente una reivindicación boliviana sobre los territorios cedidos entonces, pero no excluir la articulación de una salida al mar que, a tenor de todos los argumentos expuestos —tanto por Bolivia como por Chile—, habría de discurrir necesariamente por territorios distintos; en la práctica los cedidos por Perú por el tratado de Ancón y confirmados por el posterior protocolo al Tratado de límites de 1929. No se trataría entonces de «resucitar» una controversia ya zanjada, sino de abordar una controversia nueva, surgida a raíz del tratado de paz y no resuelta desde entonces, como demostrarían los discontinuos, pero prolongados, contactos diplomáticos desarrollados a lo largo de más de un siglo entre ambos Estados. En esa línea, además, las supuestas restricciones a su competencia no habría de entrar en juego, habida cuenta de los términos empleados en el Pacto de Bogotá.

<sup>30</sup> *Ibid.*, párr. 33. En todo caso, tal respuesta no tenía en sí nada de excepcional. De hecho, en las audiencias, la defensa boliviana había sugerido tal solución, evocando la acordada en el asunto del *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros (Hungría/Eslovaquia)*, Sentencia de 25 de septiembre de 1997, *ICJ Reports 1997*, p. 78, párr. 141. Véase en tal sentido la intervención de P. Akhavan, CR 2015/21, 8 de mayo de 2015, p. 32, párr. 7.

<sup>31</sup> LÓPEZ ESCARCENA, S., «El asunto de la obligación de negociar un acceso al Océano Pacífico. Comentario de la decisión sobre excepción preliminar de la Corte internacional de justicia, de fecha 24 de septiembre de 2015», *Revista Chilena de Derecho*, vol. 43, 2016, núm. 2, p. 720.

22. En todo caso, en la incapacidad de la Corte para discernir ente uno y otro objeto, ha pesado sin duda un «temor reverencial» por ver interpretada su decisión —y sin duda la propaganda chilena actuó eficazmente en tal sentido— como una asunción de la nulidad —siquiera parcial— de un tratado —el de 1904— que nunca Bolivia —ni en su memoria, ni en sus intervenciones ante la Corte— había pretendido. Era evidente que tal escenario deseaba ser conjurado a toda costa por obvias razones, y de ahí el sentido de su decisión.

## 5. LA RESPUESTA DE LA CORTE EN SU SENTENCIA DE 2018: UNA NEGATIVA PREVISIBLE

23. En todo caso, con un afán didáctico encomiable, la Corte cree necesario apuntalar la cuestión en su nueva decisión, advirtiendo que la libertad en manos de los Estados para negociar puede verse constreñida en ciertas circunstancias cuando existe un *pactum de negotiando*, sirviéndose para ello de su conocida afirmación en los asuntos de la *plataforma continental del Mar del Norte*<sup>32</sup>, al advertir que:

«*While States are free to resort to negotiations or put an end to them, they may agree to be bound by an obligation to negotiate. In that case, States are required under international law to enter into negotiations and to pursue them in good faith. As the Court recalled in the North Sea Continental Shelf cases, States “are under an obligation so to conduct themselves that the negotiations are meaningful, which will not be the case when either of them insists upon its own position without contemplating any modification”*»<sup>33</sup>.

24. *Item* más, la Corte advierte que esa obligación puede incluso ir más allá, coartando aún más la libertad de los Estados, si lo que impone es un *pactum de contrahendo* —expresión que, no obstante, elude—, aunque no cabe esperar que esa sea una solución habitual, pese a que sea la aducida por Bolivia<sup>34</sup>. No obstante, se ve en la obligación de recordar que, como ya había dejado claro en su anterior decisión:

«*The subjectmatter of the dispute is whether Chile is obligated to negotiate in good faith Bolivia’s sovereign access to the Pacific Ocean [...]. As the Court observed, this alleged obligation does not include a commitment to reach an agreement on the subject-matter of the dispute*»<sup>35</sup>.

25. Cifrada pues la cuestión en la determinación de la existencia de una simple obligación de negociar, la Corte se brinda a examinar los diferentes cauces por lo que habría podido formarse la misma.

<sup>32</sup> Cfr. *Plataforma continental del Mar del Norte (República Federal de Alemania/Dinamarca; República Federal de Alemania/Países Bajos)*, Sentencia de 20 de febrero de 1969, *ICJ Reports* 1969, p. 47, párr. 85.

<sup>33</sup> CIJ, *Obligación de negociar el acceso al Océano Pacífico (Bolivia c. Chile)*, Sentencia de 1 de octubre de 2018, p. 31, párr. 86; texto accesible en <https://www.icj-cij.org/files/case-related/153/153-20181001-JUD-01-00-EN.pdf>.

<sup>34</sup> Sentencia..., p. 32, párr. 87.

<sup>35</sup> *Ibid.*, párr. 89.

*«In international law, the existence of an obligation to negotiate has to be ascertained in the same way as that of any other legal obligation. Negotiation is part of the usual practice of States in their bilateral and multilateral relations. However, the fact that a given issue is negotiated at a given time is not sufficient to give rise to an obligation to negotiate. In particular, for there to be an obligation to negotiate on the basis of an agreement, the terms used by the parties, the subject-matter and the conditions of the negotiations must demonstrate an intention of the parties to be legally bound. This intention, in the absence of express terms indicating the existence of a legal commitment, may be established on the basis of an objective examination of all the evidence»<sup>36</sup>.*

26. En este orden, ha de reconocerse el interés de la Corte por analizar todos y cada uno de los posibles fundamentos de aquella; introduciendo en su examen la jurisprudencia más emblemática relativa a cada uno de ellos. Cabe reseñar, sin embargo, que el supuesto análisis no resulta en modo alguno profuso, pues la Corte despacha con argumentos de autoridad las diferentes cuestiones suscitadas por Bolivia, sin demostrar interés alguno en ir más allá de las cuestiones zanjadas en anteriores pronunciamientos.

27. Así, la posible existencia de un acuerdo bilateral cuyo objeto fuera el de establecer la pretendida obligación a cargo de Chile, permite a la Corte asumir un enfoque supuestamente abierto. En línea con las previsiones de la Convención de Viena, que admite la vigencia del derecho internacional consuetudinario en la materia (art. 3), no se cierra en banda a la posible identificación de un acuerdo verbal o tácito —pese a su carácter casi legendario en la práctica internacional—. No obstante, admite su carácter harto excepcional, pues *«[e]vidence of a tacit legal agreement must be compelling»<sup>37</sup>*; exigencia que no aprecia en el caso<sup>38</sup>.

28. Desechada tal posibilidad, la Corte centra su atención en posibles acuerdos de naturaleza escrita. En este punto, la Corte, recordando expresamente sus previos pronunciamientos sobre el tema<sup>39</sup>, descarta sucesivamente su naturaleza convencional y, por ende, la existencia de obligaciones derivadas de estos, ora por advertir la ausencia de concretos compromisos<sup>40</sup>,

<sup>36</sup> *Ibid.*, párr. 91 (negritas añadidas).

<sup>37</sup> Sentencia, p. 34, párr. 97, citando al efecto el asunto de la *controversia territorial y marítima entre Nicaragua y Honduras en el Mar del Caribe (Nicaragua c. Honduras)*, Sentencia de 8 de octubre de 2007, *ICJ Reports 2007 (II)*, p. 735, para. 253.

<sup>38</sup> Sobre el tema, véase DISTEFANO, G., «L'accord tacite ou l'univers parallèle du droit des traités», *QIL, Zoom-in*, 18, 2015, pp. 17-37.

<sup>39</sup> Se trata, como cabe imaginar, de sus decisiones en los asuntos *Plataforma continental del Mar Egeo (Grecia c. Turquía)*, Sentencia de 19 de diciembre de 1978 (*ICJ Reports 1978*, p. 39, para. 96) y *Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein (Qatar c. Bahrein)*, competencia y admisibilidad, Sentencia de 1 de julio de 1994 (*ICJ Reports, 1994*, p. 121, para. 25). Cfr. Sentencia..., p. 36, párr. 106, y p. 42, párr. 131.

<sup>40</sup> Cfr. Sentencia..., p. 36, párr. 106. Refutación que *a maiore* confirma el hecho de que: «Moreover, the penultimate clause of these minutes records that the Foreign Minister of Bolivia stated that "the present declarations do not contain provisions that create rights, or obligations for the States whose representatives make them"» (*ibid.*).

ora por reparar en su vaguedad y sutiles diferencias<sup>41</sup>. Más aún, incluso, en presencia de la declaración de Charaña, firmada el de 8 de febrero de 1975 por los, entonces, presidentes de ambos países, H. Banzer y A. Pinochet, a la que la Corte confiere —habida cuenta de su solemnidad— cautelarmente un hipotético valor como tratado<sup>42</sup>, la respuesta es resueltamente negativa, pues «*the overall language of the Declaration rather indicates that it has the nature of a political document*»<sup>43</sup>, como además confirmarían ulteriores actos relativos a la misma, pues:

«*While the Ministers for Foreign Affairs of the Parties noted in their Joint Declaration of 10 June 1977 that “negotiations have been engaged aiming at finding an effective solution that allows Bolivia to access the Pacific Ocean freely and with sovereignty”, they did not go beyond reaffirming “the need of continuing with the negotiations” and did not refer to any obligation to negotiate. Based on this evidence, an obligation for Chile to negotiate cannot be inferred from the Declaration of Charaña*»<sup>44</sup>.

29. En suma, la Corte no ve en ninguno de los documentos, de la larga nómina aportada por Bolivia, nada más que meros compromisos políticos, inviábiles para establecer una obligación jurídica a cargo de Chile.

30. Pese a tan abrumadora conclusión, es menester reconocer que la Corte considera necesario abordar, otros posibles fundamentos de la evasiva obligación chilena. De ahí, el análisis, no obstante, prácticamente ritual, con el que apura su examen<sup>45</sup>. En este orden, la eventual existencia de una declaración unilateral de contenido obligatorio, de un lado, y los mecanismos asociados con el comportamiento de los Estados —aquiescencia y *estoppel*, respectivamente— de otro, van a ser objeto de consideración.

31. En cuanto a la primera, la Corte, tras recordar su previa jurisprudencia sobre la materia, llega a la conclusión de que ni por su objeto<sup>46</sup>, ni por sus circunstancias<sup>47</sup>, puede establecer la existencia de la pretendida obligación, sino una mera disponibilidad de Chile, actitud *per se* incapaz de generar obli-

<sup>41</sup> «*The Court notes that the two communiqués of 13 November 1986 are separate instruments, that the wording used in them is not the same and that, moreover, neither of these documents includes a reference to Bolivia’s sovereign access to the sea*» (Sentencia..., p. 42, párr. 132).

<sup>42</sup> «*The Court notes that the Declaration of Charaña is a document that was signed by the Presidents of Bolivia and Chile which could be characterized as a treaty if the Parties had expressed an intention to be bound by that instrument or if such an intention could be otherwise inferred*» (*ibid.*, p. 40, párr. 126). Resulta inevitable establecer un paralelismo entre esta declaración y la firmada por los jefes de Estado de Camerún y Nigeria el 4 de abril de 1971, conceptuada inequívocamente de tratado por la Corte [cfr. *Frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria (Camerún c. Nigeria; Guinea Ecuatorial interviniente)*, Sentencia de 10 de octubre de 2002, *CIJ Recueil 2002*, p. 429, párr. 263].

<sup>43</sup> Sentencia..., p. 40, párr. 126.

<sup>44</sup> *Ibid.* Negritas añadidas.

<sup>45</sup> Como se ha señalado, la Corte procede a un análisis frustrante y carente de toda tentativa de racionalización, entendiendo por tales la sistematización y calificación jurídicas de los argumentos bolivianos, que desfilan brevemente y uno tras otro, en rígida yuxtaposición, pese a las afinidades que revelan (cfr. ALOUPI, N., «*Arrêt sur le fond du 1er octobre 2018, Obligation de négocier un accès à l’océan Pacifique (Bolivie c. Chili)*», *RGDIP*, t. 122, 2018, p. 995).

<sup>46</sup> Sentencia..., p. 46, párr. 147.

<sup>47</sup> *Ibid.*, p. 47, párr. 148.

gaciones jurídicas a su cargo. Respecto a las segundas, la Corte es aún más tajante: en cuanto a la supuesta aquiescencia no cabe hablar de un silencio atribuible a Chile del que pudiera desprenderse —falta de reacción— una obligación de negociar a su cargo<sup>48</sup>, en tanto que la alegación del *estoppel* se enfrenta a la inexistencia de un supuesto perjuicio sufrido por Bolivia.

*«The Court finds that in the present case the essential conditions required for estoppel are not fulfilled [...]. Bolivia has not demonstrated that it changed its position to its own detriment or to Chile's advantage, in reliance on Chile's representations. Therefore, estoppel cannot provide a legal basis for Chile's obligation to negotiate Bolivia's sovereign access to the sea»*<sup>49</sup>.

32. En este orden, ha de reconocerse que el planteamiento seguido por esta no tiene en sí nada de novedoso y abunda en lo que algunos autores plantean como una caracterización «restrictiva» de esta institución, al requerir la concurrencia junto a la conducta del Estado que actúa del perjuicio irrogado al Estado expectante —o en su defecto, de una ventaja atribuida al primero—<sup>50</sup>. No es menos cierto que la reciente fundamentación en él del laudo dictado por el Tribunal Arbitral (CPA) en el asunto de Chagos<sup>51</sup>, permitía albergar ciertas esperanzas acerca del curso a seguir por la Corte en su planteamiento de la cuestión.

33. Finalmente, la Corte considera otros argumentos que pudieran eventualmente fundamentar la obligación aludida. Al lado de la consabida toma en consideración de las resoluciones de las organizaciones internacionales —Naciones Unidas y OEA— tras las que no ve atisbo alguno de obligación jurídica a cargo de Chile<sup>52</sup>, presta atención —si bien escasa— a dos posibles fundamentos adicionales de carácter novedoso: las «legítimas expectativas» y el «efecto cumulativo» de los actos realizados por Chile.

34. Como cabrá imaginar, en ambos casos, la respuesta resulta resueltamente negativa. En el primero, la Corte se resiste a tomar seriamente en cues-

<sup>48</sup> *Ibid.*, p. 48, párr. 152.

<sup>49</sup> *Ibid.*, pp. 49-50, párr. 159 (negritas añadidas).

<sup>50</sup> BRECCIA, P., «La Corte Internazionale di Giustizia e il principio dell'estoppel nel caso della controversia tra Bolivia e Cile per l'accesso all'Oceano Pacifico», *Ordine internazionale e diritti umani*, 2018, p. 624. Frente a tal caracterización es evidente la largueza que muestran los tribunales arbitrales establecidos en el marco del CIADI a la hora de su acogida (cfr. COTTIER, T. y MÜLLER, J. P., «Estoppel», *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. V, Oxford, Oxford UP, 2012, pp. 671-677).

<sup>51</sup> Cfr. *Chagos Marine Protected Area (Republic of Mauritius v. United Kingdom)*, Laudo de 18 de marzo de 2015; texto accesible en <https://files.pca-cpa.org/pcadocs/MU-UK%2020150318%20Award.pdf>. Al respecto véase ALLEN, S., «The Operation of Estoppel in International Law and the Function of the Lancaster House Undertakings in the Chagos Arbitration Award», en ALLEN, S. y MONAGHAN, C. (eds.), *Fifty Years of the British Ocean Territory: Legal Perspectives*, Springer, 2018; COLSON, D. A. y VÖHRER, B. J., «In re Chagos Marine Protected Area (Mauritius v. United Kingdom)», *AJIL*, vol. 109, 2015, pp. 845 y ss.; FAHNER, J. H., «Déjà Vu in The Hague - the relevance of the Chagos arbitral award to the proceedings before the ICJ», *QIL, Zoom-out*, 55, 2018, pp. 108-109; PAN, K., «A Re-Examination of Estoppel in International Jurisprudence», *Chinese JIL*, vol. 16, 2017, pp. 751 y ss.; WAIBEL, M., «Mauritius v. UK: Chagos Marine Protected Area Unlawful», *EJIL Talk (blog)*, 17 de abril de 2015, accesible en <https://www.ejiltalk.org/mauritius-v-uk-chagos-marine-protected-area-unlawful/>.

<sup>52</sup> Sentencia..., pp. 51-52, párrs. 165-167, así como p. 53, párr. 171.

ción un argumento blandido —y acogido eventualmente— en un ámbito marcadamente sectorial<sup>53</sup>, como es el arbitraje en materia de inversiones, pues:

*«References to legitimate expectations may be found in arbitral awards concerning disputes between a foreign investor and the host State that apply treaty clauses providing for fair and equitable treatment. It does not follow from such references that there exists in general international law a principle that would give rise to an obligation on the basis of what could be considered a legitimate expectation»*<sup>54</sup>.

35. En cuanto al segundo:

*«Bolivia's argument of a cumulative effect of successive acts by Chile is predicated on the assumption that an obligation may arise through the cumulative effect of a series of acts even if it does not rest on a specific legal basis. However, given that the preceding analysis shows that no obligation to negotiate Bolivia's sovereign access to the Pacific Ocean has arisen for Chile from any of the invoked legal bases taken individually, a cumulative consideration of the various bases cannot add to the overall result»*<sup>55</sup>.

36. Se ha querido ver en la más reciente jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia la culminación de una orientación en pos del formalismo y el verbalismo<sup>56</sup>; pues bien, la decisión que comentamos constituye un marcado exponente de ello. Baste, como expresiva muestra, el antevisto análisis de los supuestos acuerdos, donde la en su día antiformalista visión de la Corte hipostasia —y esclerotiza— ahora las soluciones un día alcanzadas, trocándolas en únicas expresiones de una posible concertación<sup>57</sup>. En todo caso, de acuerdo con este diagnóstico convendría tranquilizar a los iusinternacionalistas preocupados por la supuesta fragmentación de nuestro sistema jurídico, dado que esta misma tendencia es perceptible en una de las jurisdicciones sin duda más relacionadas con la apuntada disgregación del orden jurídico global —el Tribunal de Justicia de la UE— tal como hemos destacado en una reciente contribución<sup>58</sup>.

<sup>53</sup> Y más aún, toda vez que una influyente corriente aboga por su articulación como un *corpus* jurídico distinto del Derecho internacional, dadas las notas de transnacionalidad existentes, bajo la forma de un Derecho Global administrativo (al respecto, véase LÓPEZ ESCARCENA, S., «Investment Disputes *Oltre lo Stato*: On Global Administrative Law, and Fair and Equitable Treatment», *Boston College Law Review*, vol. 59, 2018, pp. 2685-2715, accesible en [https://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol59/iss8/6/?utm\\_source=lawdigitalcommons.bc.edu%2Fbclr%2Fvol59%2Fiss8%2F6&utm\\_medium=PDF&utm\\_campaign=PDFCoverPages](https://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol59/iss8/6/?utm_source=lawdigitalcommons.bc.edu%2Fbclr%2Fvol59%2Fiss8%2F6&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages)).

<sup>54</sup> Sentencia..., p. 50, párr. 162 (negritas añadidas).

<sup>55</sup> *Ibid.*, p. 54, párr. 174 (negritas añadidas).

<sup>56</sup> Cfr. MIRON, A., «Establishing the existence of a dispute before the International Court of Justice»: Between formalism and verbalism», *QIL, Zoom-out* 45, 2017, pp. 43-51.

<sup>57</sup> En tal sentido apuntan tanto el Juez P. Robinson como el Juez N. Salam en sus opiniones disidentes, al incidir en la sustancia de los argumentos expuestos en los mencionados asuntos *Qatar c. Bahrein* (1994) y *Plataforma continental del Mar Egeo* (1978), frente al planteamiento rigorista mantenido ahora por la Corte (cfr. <https://www.icj-cij.org/files/case-related/153/153-20181001-JUD-01-02-EN.pdf>, p. 4, párr. 14; <https://www.icj-cij.org/files/case-related/153/153-20181001-JUD-01-03-EN.pdf> p. 1, párr. 3). Dejamos para otro lugar la insistencia de la CIJ en la naturaleza meramente política de los textos en examen; una apreciación discutible sobre la que vendremos *infra*, 6.2.

<sup>58</sup> Al respecto véase «*La guerra de los mundos: realidad versus formalismo jurídico o el poder de la interpretación* (a propósito de la Sentencia TJUE de 27 de febrero de 2018, *Western Sahara Campaign UK*, C-266/16)», *RDCE*, 2018, núm. 60, pp. 515-561.

37. Y es que tras las marcadas reticencias que la Corte expresa frente a los exponentes de una supuesta obligación creada en favor de Chile, no resulta difícil colegir una actitud que aspira a ver concretados en actos formales a aquellos supuestamente creadores —y fundamentadores— de la pretendida obligación. Y es que, pese a las singularidades de nuestro sistema jurídico y al lugar que en él encuentran los materiales normativos no escritos, existe una ineluctable tendencia a relegarlos, imponiendo una serie de exigencias que desmienten su supuesto aformalismo<sup>59</sup>, amén de recabar garantías y pruebas abrumadoras (*compelling*) para demostrar la existencia en tales casos de un *animus contrahendi*<sup>60</sup>.

38. ¿Hubiesen podido discurrir las cosas de otro modo? A ello dedicaremos nuestra atención en las líneas que siguen.

## 6. LA POSIBILIDAD DE UN ENFOQUE ALTERNATIVO

39. Al plantear la posibilidad de un enfoque alternativo cabe sopesar, de un lado, el diseño de una estrategia litigiosa diferente por parte de Bolivia a la hora de formular y argumentar su demanda; de otro, y este será el aspecto central de nuestro análisis, un tratamiento de las cuestiones suscitadas con otro enfoque por parte de la CIJ.

### 6.1. ¿Una estrategia litigiosa distinta por parte de Bolivia?

40. Conviene advertir de la diversidad de cauces por los cuales podría haberse construido este. En primer término, es obvio, la reclamación boliviana hubiera podido optar por diferentes planteamientos rotundamente rupturista o francamente innovadores —y lo avanzamos— abocados todos ellos al fracaso. A la cuestión se refería M. Chemillier-Gendreau en la audiencia desarrollada ante la CIJ en la fase de admisibilidad en 2015:

*«Le Gouvernement de la Bolivie et son peuple sont en recherche d'un remède à l'injustice qu'ils ont subie, cela est vrai.*

*Toutefois, [...], la Bolivie entend utiliser les voies de droit qui s'ouvrent à elle et rien de plus. Elle ne se met pas dans la position d'Antigone qui en appelait au droit naturel au-dessus du droit positif. Non, nous savons bien que le droit international positif, en dépit de ses progrès, n'est pas toujours en mesure d'atteindre l'objectif que lui avait pourtant fixé Vattel. Celui-ci écrivait en effet dans son Droit des gens en 1758:*

<sup>59</sup> D'ASPROMONT, J., «The International Court of Justice and tacit conventionality», *QIL*, *Zoom-out*, 18, 2015, p. 6. De hecho, a su juicio, en el asunto de la previa *Controversia marítima (Perú c. Chile)*, resuelta por la Sentencia de 27 de enero de 2014, esa era a la postre la conclusión de la Corte, al fundar la existencia de un «acuerdo tácito» en la existencia de ulteriores tratados que presuponían y confortaban («cementing» effect) la existencia de aquel (*ibid.*, pp. 15-16). Sobre el asunto véase asimismo INFANTE CAFFI, M. T., «Peru v. Chile: The International Court of Justice Decides on the Status of the Maritime Boundary», *Chinese JIL*, vol. 13, 2014, pp. 741-762.

<sup>60</sup> D'ASPROMONT, «The International Court of Justice...», *op. cit.*, p. 8.

“*La Justice est la base de toute Société [...]. Elle est plus nécessaire encore entre les Nations qu’entre les particuliers parce que l’injustice a des suites plus terribles dans les démêlés de ces puissants Corps politiques et qu’il est plus difficile d’en avoir raison*”<sup>61</sup>.

41. En suma, frente a los oscuros propósitos denunciados por la diplomacia chilena —la supuesta pretensión de cuestionar la validez del tratado de 1904—, la defensa de Bolivia asumía la inanidad de cuestionar un supuesto derecho de conquista, dada su absoluta validez a la luz del Derecho internacional otrora vigente, sirviéndose para ello del conocido *dictum* acerca del derecho intertemporal formulado por el árbitro Max Huber en el asunto de la *Isla de Palmas*<sup>62</sup>. De hecho, la imposible revisión de los hechos anteriores hacía en todo punto invariable el examen de la fundamentación chilena de sus «títulos» sobre el territorio, en el que se conjugan argumentos dudosamente aceptables hoy en día: supuestos incumplimientos convencionales o el recurso a la fuerza<sup>63</sup>. Por no hablar del sugestivo debate que hubiera podido deparar un examen de los hechos a la luz del principio del *uti possidetis juris*.

42. Por otra parte, era también evidente que Bolivia no pretendió en ningún momento introducir en sus alegatos elementos ajenos al objeto de la controversia, por mucho que tuvieran indudable incidencia sobre el contexto general de la disputa. En tal sentido, es indudable que existía en el «conflicto» —y recalco el término— una «dimensión humana», como habían puesto de relieve diferentes episodios en su decurso<sup>64</sup>; un aspecto que además enfatiza el proclamado derecho humano al desarrollo, evidentemente afectado por los problemas derivados del secular «enclaustramiento» boliviano<sup>65</sup>. No obstante, la futilidad de tal planteamiento no se le escapaba a casi nadie<sup>66</sup>, dado

<sup>61</sup> CR 2015/21, 8 de mayo de 2015, pp. 10-11, párrs. 4-5.

<sup>62</sup> «*Both Parties are also agreed that a juridical fact must be appreciated in the light of the law contemporary with it, and not of the law in force at the time when a dispute in regard to it arises or falls to be settled*» [Island of Palmas case (Netherlands, EEUU), 4 de abril de 1928, en *Reports of International Arbitral Awards/Recueil de sentences arbitrales*, vol. II, Nueva York, Naciones Unidas, 2006 (reimpr.), p. 845].

<sup>63</sup> Véase el análisis —desde la óptica chilena— en tal sentido del periodo inmediatamente anterior al tratado de 1904 en LAGOS CARMONA, G., «La aspiración marítima de Bolivia (Anotaciones inéditas sobre los títulos históricos y el origen de la Guerra del Pacífico)», *Estudios internacionales. Revista del Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile*, 2013, núm. 173, pp. 99-134, así como en ROSS ORELLANA, «La política chilena...», *op. cit.*, pp. 196-200.

<sup>64</sup> Esa dimensión estaba presente en el giro experimentado por la diplomacia chilena en 1950, con ánimo de satisfacer los intereses de las poblaciones del norte del país, favorables a un acuerdo con Bolivia (al respecto, véase OVANDO SANTANA, C. y GONZÁLEZ MIRANDA, S., «La relación bilateral chileno-boliviana a partir de las demandas tarapaqueñas: aproximación teórica desde la paradiplomacia como heterología», *Estudios internacionales. Revista del Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile*, 2014, núm. 177, pp. 35-64, en pp. 51-53).

<sup>65</sup> Un examen del impacto de la mediterraneidad boliviana desde la perspectiva del desarrollo humano es examinado en VELÁZQUEZ ELIZARRARÁS, J. C., «El problema de los Estados mediterráneos o sin litoral en el Derecho internacional marítimo. Un estudio de caso: el diferendo Bolivia-Perú-Chile», *Anuario Mexicano de Derecho internacional*, vol. 7, 2006, pp. 421-422, accesible en <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/205/342>.

<sup>66</sup> Excepto a DESIERTO, D., «Beyond «Good Neighborliness» in the ICJ 1 October 2018 Judgment in Bolivia v. Chile: Do Human Rights and Sustainable Development Obligate Creating Negotiated Access

que, si bien es cierto que este «factor humano» ha podido tener proyección en algunas decisiones de la jurisprudencia internacional, sigue siendo —como ha destacado M. J. Aznar Gómez— un aspecto circunstancial, y, por ende, incapaz hasta ahora de sustentar *lege lata* una reclamación judicial con incidencia en cuestiones de índole territorial<sup>67</sup>.

43. Siendo evidentes las debilidades inherentes a estos hipotéticos planteamientos, más atención requiere en cambio el examen de una argumentación alternativa a la concretamente desarrollada por la Corte en su sentencia.

## 6.2. Un tratamiento diferente de la cuestión por parte de la CIJ

44. Desde la perspectiva chilena se ha insistido en que la solución no podía ser otra a menos que la Corte hubiera optado por adoptar un enfoque alternativo, alejado del propiamente jurídico —el Derecho como reglas—, en pos de una visión política —el Derecho como proceso—<sup>68</sup>. En línea con este planteamiento, se ha afirmado que con el fallo la Corte asume que:

«La riqueza de la diplomacia, especialmente en su dimensión de manejo y prevención de controversias, reside en el espacio de intercambio libre y creativo, delimitado por las conversaciones entre interlocutores soberanos dentro de un sistema internacional. La manifestación de intenciones y voluntades en estas instancias debe entenderse exclusivamente como una posibilidad de apertura y transformación, mas de ninguna manera puede considerarse como un compromiso y mucho menos como una obligación. Para sancionar realidades nuevas están los instrumentos formales de la política internacional, especialmente los tratados»<sup>69</sup>.

45. Pero ¿es realmente esto así? Sostener que el único cauce para la creación de obligaciones nuevas se concreta en el recurso a los tratados supone tirar por tierra todos los mecanismos alternativos que posibilitan la creación de obligaciones. En suma, de seguir este planteamiento el art. 38.1 del Estatuto de la CIJ seguiría constituyendo el *sancta sanctorum* del proceso

---

for Landlocked Bolivia to the Pacific Ocean?», en el *blog EJIL: Talk!*, 4 de octubre de 2018, accesible en <https://www.ejiltalk.org/beyond-the-icj-1-october-2018-judgment-in-bolivia-v-chile-do-human-rights-obligate-negotiated-access-to-the-pacific-ocean/#more-16531>, que desarrolla un prodigioso ejercicio retórico en favor de tal tesis, pero carente del más leve apoyo en el argumentario boliviano ante la Corte. Por otra parte, no está de más recordar la esquivada actitud de la Corte a la hora de abordar las cuestiones relativas a los derechos humanos; puesta aún de manifiesto en la reciente opinión consultiva de 25 de febrero de 2019, *Effets juridiques de la séparation de l'archipel des Chagos de Maurice en 1965*, p. 43, párr. 181, accesible en <https://www.icj-cij.org/files/case-related/169/169-20190225-01-00-EN.pdf>.

<sup>67</sup> Cfr. AZNAR, M. J., «The human factor in territorial disputes», en KOHEN, M. G. y HÉBÉ, M. (eds.), *Research Handbook on Territorial Disputes in International Law*, Cheltenham-Northampton, Edward Elgar, 2018, pp. 291-342.

<sup>68</sup> WINTER IGUALT, L., «Bolivia-Chile: el reciente fallo de la Corte Internacional de Justicia», *Estudios internacionales. Revista del Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile*, 2018, núm. 191, p. 93.

<sup>69</sup> FERMANDOIS, J. y HURTADO, S., «El fallo de la Corte Internacional de Justicia y la política exterior chilena posterior a la Guerra del Pacífico», *Estudios internacionales. Revista del Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile*, 2018, núm. 191, p. 90.

*nomogénico* en el Derecho internacional contemporáneo, lo que es hoy una afirmación absolutamente insostenible<sup>70</sup>.

46. Desde nuestro punto de vista, es evidente que el planteamiento rígidamente formalista de la Corte podría haber sido abandonado, en aras a un enfoque más abierto y flexible de las cuestiones planteadas: la supuesta existencia y el contenido de la obligación de negociar un acuerdo a cargo de Chile. Para ello, sin duda hubiera sido necesario que la Corte asumiera la «ambigüedad constructiva» en torno a la cual se habían ido labrando —en los sucesivos contactos diplomáticos— los compromisos en liza<sup>71</sup>, para trascender a ella ofreciendo una respuesta que hubiera conducido posiblemente en otra dirección. No ocultamos, sin embargo, que esta orientación habría supuesto el que la Corte abandonara el enfoque férreamente voluntarista que ha guiado su aproximación al caso en aras de un planteamiento objetivista en el que la incidencia del principio estructural de buena fe hubiera cobrado todo su sentido, extrayendo las oportunas conclusiones de ello.

47. Ciertamente, la disyuntiva entre uno y otro enfoque no es una cuestión nueva, sino un fenómeno recurrente, pues, como se ha advertido, en el seno de la Corte persiste un:

*«Clivage entre une approche objectiviste —qui pourrait mener à interpréter simplement les conditions existantes pour multiplier les engagements des États et ainsi élargir la portée du droit international— et une approche volontariste —très soucieuse du respect de la souveraineté des États—, et par conséquent cramponnée à une interprétation plus restrictive des déclarations susceptibles de faire naître de nouvelles obligations juridiques à son encontre»<sup>72</sup>.*

48. Teniendo esto presente, conviene plantearse seriamente si la dicotomía establecida por la Corte entre compromiso político y obligación jurídica como dos mundos absolutamente separados resulta conforme con la realidad. Ciertamente, es indudable que los compromisos meramente políticos existen y que los Estados, además de recurrir asiduamente a ellos, adoptan toda suerte de cautelas con miras a prevenir cualquier confusión o atisbo de juridicidad. Ahora bien, de ahí a afirmar la imposible coexistencia entre compromisos políticos y jurídicos —por no hablar de zonas grises— media un abismo. En este orden, cabe recordar, de un lado, la separabilidad de las cláusulas de un tratado, en atención a su contenido jurídico o político, como revelan en muchas ocasiones los tratados políticos —de los que habla, p. ej.,

<sup>70</sup> Una opinión que compartirán sin duda algunos autores especialmente versados en el tema. En tal sentido, repárese en el título de un curso a impartir por JIMÉNEZ GARCÍA, F., «Superando el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia: *soft-law*, acuerdos políticos y otras normas del montón. Reflexiones desde postulados democráticos», en los *Cursos de Derecho internacional de Vitoria-Gasteiz de 2019*.

<sup>71</sup> Con ello aludimos a la habitual táctica de los negociadores de introducir expresiones confusas susceptibles de interpretación desde diferentes vertientes, incluso antagónicas (al respecto, KULICK, A., «From Problem to Opportunity?: An Analytical Framework for Vagueness and Ambiguity in International Law», *GYIL*, vol. 59, 2016, p. 283).

<sup>72</sup> CORTÉN, O., DUBUISSON, F., KOUTROULIS, V. y LAGERWALL, A., *Une Introduction critique au Droit International*, Bruselas, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2017, pp. 393-394.

nuestra Constitución en su art. 94.1.a)— en los cuales es factible identificar disposiciones de una u otra naturaleza.

49. Abundando en estas ideas, A. Remiro Brotóns advertía en sus alegatos:

*«Un accord pour négocier est un engagement juridique habituel. La pratique et la jurisprudence offrent une panoplie d'accords permettant de mener des négociations sur les sujets les plus divers. Derrière la décision de négocier existe une volonté politique. Certes. Et avec la négociation, il s'agit de satisfaire des objectifs qui peuvent aussi être qualifiés de politiques, puisque sont politiques les acteurs, les programmes et les fins, liés à la satisfaction des intérêts propres des parties. Bien sûr. Mais cela n'implique pas que l'accord pour négocier soit uniquement politique et qu'il sorte du domaine du droit. Lorsque les parties sont d'accord pour négocier, elles se garantissent mutuellement —et c'est là le point essentiel— une certaine conduite dans le cadre d'un processus qui entre sans équivoque dans le domaine du droit international»<sup>73</sup>.*

50. De hecho, de no mediar la tajante distinción propugnada por la Corte, aquel acuerdo hubiera podido conformar un *pactum de contrahendo* entre las partes, del que los ulteriores —incluidos los especialmente relevantes concertados en 1975— no serían sino meros desarrollos.

51. En efecto, respecto a esto último, cabe cuestionar la visión monolítica de la Corte a la hora de exigir en último término su concreción a través de un nítido compromiso convencional. Es cierto, y la práctica reciente lo corrobora, que son los tratados el cauce habitual para su formulación<sup>74</sup>, pero ello no excluye la posibilidad de que la obligación de negociar se concrete por otros cauces más informales de concertación. En este sentido, la doctrina española ha venido insistiendo en otras posibles fuentes para su creación y, particularmente, en el papel que pueden jugar los actos de las organizaciones internacionales invitando a las partes a negociar<sup>75</sup>. En tal sentido, no tiene nada de extraño que Bolivia sostuviera ante la Corte la posibilidad de que también algunas resoluciones de la OEA hubieran tenido por efecto el crear una obligación a cargo de las partes en el sentido de desarrollar una negociación que abocara a un acuerdo acerca de la solución del diferendo. En este caso, conviene advertirlo no se trataría tanto de que las resoluciones tuvieran

<sup>73</sup> CR 2018/7, 20 de marzo de 2018, p. 19, párr. 20. Y concluía, con una rotundidad esperable en el «climax» de su intervención: «Selon le Chili, les notes de juin 1950 n'étaient autres que "differing diplomatic expressions of what each State thought would be politically acceptable". Si nous acceptons ce que le Chili maintient, il n'existerait pas de note diplomatique en mesure d'établir un accord juridique. Monsieur le président, la langue classique des échanges diplomatiques n'est pas incompatible avec la souscription d'obligations juridiques» (*ibid.*, párr. 21. La expresión entrecomillada procede, de nuevo, de REMIRO BROTONS, «La asesoría jurídica...», *op. cit.*, p. 366).

<sup>74</sup> En tal sentido, los arts. 4, 7, 13 y 14 del Acuerdo de París sobre cambio climático, de 15 de diciembre de 2015 (UNTS, 4 de noviembre de 2016, núm. 54113), son un buen exponente de ello. Al respecto, véase FAJARDO DEL CASTILLO, T., «El acuerdo de París sobre el cambio climático: sus aportaciones al desarrollo progresivo del Derecho internacional y las consecuencias de la retirada de los Estados Unidos», *REDI*, vol. 70, 2018, núm. 1, pp. 35-37.

<sup>75</sup> Cfr. GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., SÁNCHEZ RODRÍGUEZ L. I. y ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., *Curso de Derecho internacional público*, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, Civitas, 2002, p. 184.

*per se* tal efecto (intrínseco)<sup>76</sup> —lo que es en sí una posibilidad remota, si se excluyen las consabidas resoluciones del CS en el marco del capítulo VII de la Carta— cuanto que la coetánea y ulterior conducta de las partes le asignara un valor jurídicamente vinculante (efectos extrínsecos)<sup>77</sup>.

52. En otro orden de cosas, la obligación de negociar puede derivarse de una declaración unilateral de contenido obligatorio, en los términos y con las características expresadas por la propia Corte Internacional de Justicia en los asuntos de los *Ensayos Nucleares*. Y poco importa que la declaración tenga o no un destinatario preciso: a decir verdad, *a maiore*, la capacidad de un Estado para asumir compromisos de esta naturaleza se acentúa cuando se efectúa en relación con un concreto destinatario, dado que acrece su capacidad real de llevarla a cabo<sup>78</sup>. En tal sentido, la defensa boliviana hizo valer —recurrente e infructuosamente— la interpretación que en tales términos —caracterizada como una «promesa unilateral»— habían efectuado significativos autores de la doctrina chilena —alguna presente en el procedimiento— de la nota de 19 de diciembre de 1975<sup>79</sup>.

53. Por lo mismo, el acto unilateral no se debilita a fuer de reiterarse en sucesivos momentos —bien al contrario, *repetita iuvat*— siempre y cuando su objeto se revele inequívoco en el rosario de declaraciones efectuadas. En este sentido, como advertía P. Akhavan en su alegato a favor de Bolivia:

*«Chile consistently declared that it would negotiate an end to Bolivia's land-locked situation; it did so expressly unlike the ambiguous undertakings of France, and it did so not for just a few months, but for 100 years! The Nuclear Tests precedent should leave no doubt that Chile is bound by its own declarations. Any other conclusion would be a departure from the Court's jurisprudence»*<sup>80</sup>.

54. Por otra parte, es indudable que el comportamiento de los Estados, merced a hechos concluyentes establecidos a través de las diferentes instituciones que lo formalizan —p. ej., acuerdos tácitos, aquiescencia o *estoppel*— ofrece la posibilidad de conformar a lo largo de un periodo de tiempo una

<sup>76</sup> Como sostenía por Bolivia A. Sanders (CR 2018/7, 20 de marzo de 2018, pp. 33-35, párrs. 14-22).

<sup>77</sup> Sobre la distinción conceptual y sus diversas implicaciones, véase ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P. y GONZÁLEZ VEGA, J. A. (col.), *Sistema de Derecho internacional público*, 5.<sup>a</sup> ed., Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2018, pp. 221-224.

<sup>78</sup> La cuestión del destinatario ya había suscitado discusión en el curso de los trabajos de codificación de la materia en el seno de la CDI, habida cuenta de las cautelas que había formulado la CIJ en su decisión en el asunto de las *actividades militares en y contra Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos de América) fondo*, Sentencia de 27 de junio de 1986, *ICJ Reports 1986*, p. 132, párr. 261. Al respecto, véase CASTILLO, L. DEL, «Comentarios sobre el derecho internacional de los actos jurídicos unilaterales», en DRNAS DE CLÉMENT, Z. (coord.), *Estudios de derecho internacional en homenaje al profesor Ernesto J. Rey Caro*, vol. I, Córdoba (R. Argentina), Drnas-Lerner Editores, 2002, p. 50. En todo caso, el principio 6.º finalmente adoptado admite la diversidad de alternativas (cfr. principios rectores aplicables a las declaraciones unilaterales de los Estados capaces de crear obligaciones jurídicas, *Anuario CDI*, vol. II, segunda parte, 2006, p. 177).

<sup>79</sup> Se trataba de la aportación de DÍAZ ALBÓNICO, R., INFANTE CAFFI, M. T. y ORREGO VICUÑA, F., «Les négociations entre le Chili et la Bolivie relatives à un accès souverain à la mer», *AFDI*, vol. 23, 1977, pp. 343-356; en concreto en pp. 352-353.

<sup>80</sup> CR 2018/7, p. 46, párr. 11 *in fine*.

obligación de negociar<sup>81</sup>, siempre y cuando —bien es cierto— no se aprecie un desistimiento por parte de una de ellas<sup>82</sup>. Y es que, si desde luego puede tener por efecto crear, modificar o extinguir derechos en una relación bilateral, ¿cómo no ha de poder establecer la obligación de alcanzar un resultado concreto a través de una negociación, permitiendo a la postre alterar las relaciones jurídicas entre las partes? En tal sentido, a la hora de abordar los exponentes de la conducta chilena y sus eventuales implicaciones sobre la posición boliviana, resulta obvia la largueza con la que se conduce la Corte; baste citar dos exponentes de ello: de un lado, el silencio chileno frente a la declaración núm. 4 adjuntada a la firma de la Convención de Derecho del Mar en 1984, que es tildado de irrelevante en el marco de la controversia:

*«The statement by Bolivia, when signing UNCLOS, that referred to “negotiations on the restoration to Bolivia of its own sovereign outlet to the Pacific Ocean” did not imply the allegation of the existence of any obligation for Chile in that regard. Thus, acquiescence cannot be considered a legal basis of an obligation to negotiate Bolivia’s sovereign access to the sea»*<sup>83</sup>.

55. La supuesta vaguedad del contenido de la declaración, inhábil por consiguiente para mover a una reacción por parte de Chile, contrasta, sin embargo, con la actitud chilena, que refiere la propia Corte, cuando advierte que el cese de las conversaciones entabladas muy posteriormente —en 2011— vino motivado, *inter alia*, por la exigencia chilena de «modificar la disposición de la constitución boliviana relativa al derecho de acceso de Bolivia al océano Pacífico»<sup>84</sup>; una declaración —como hemos tenido ocasión de advertir— de un tenor genérico<sup>85</sup>. Tratándose en ambos casos, de declaraciones que en ningún caso aluden a Chile: ¿Cómo cabe conciliar el previo silencio y la ulterior exigencia chilenas?

56. Por otra parte, conviene reparar en la falta de crédito que la Corte concede a las legítimas expectativas, so pretexto de constituir exponentes sec-

<sup>81</sup> *Ibid.*, pp. 48-52, párrs. 18-34.

<sup>82</sup> Cfr. intervención de M. Forteau, en la que niega la existencia de tal desistimiento por parte de Bolivia (CR 2018/7, 20 de marzo de 2018, pp. 54-57, párrs. 4-12) y que ve en los sucesivos actos, no hitos puntuales, sino la expresión de un proceso continuado (*ibid.*, pp. 58-63, párrs. 13-27).

<sup>83</sup> Sentencia..., p. 42, párr. 152. En este caso frente a la alegación boliviana de que su declaración hubiese requerido una respuesta por parte de Chile (*ibid.*, p. 47, párr. 150), este Estado replicaba que «*in a diplomatic context there can be no requirement incumbent on a State to answer all the statements made by counterparts in an international forum. With regard to Bolivia’s statement upon its signature of UNCLOS, Chile argues that this declaration did not call for any response by Chile*» (*ibid.*, párr. 151). A nuestro juicio, resulta difícil aceptar que, a la luz de los hechos, en una instancia multilateral de tanta trascendencia, sea innecesaria una respuesta, máxime si, como veremos *infra*, Chile actuaría de otro modo más adelante (véase *infra*, párr. 55).

<sup>84</sup> «*During a meeting on 28 July 2011, the President of Chile, Mr. Piñera, reiterated to his Bolivian counterpart, Mr. Morales, the terms of his proposal based on the three following conditions: the compliance with the 1904 Peace Treaty, the absence of grant of sovereignty and the modification of the provision of the Bolivian Constitution referring to the right of Bolivia to an access to the Pacific Ocean. Given the divergent positions of the Parties, the negotiations came to an end, as the statements of 7 June 2011 of the Heads of the Bolivian and Chilean Legation before the General Assembly of the OAS show*» (cfr. Sentencia..., p. 31, párr. 83. Negritas añadidas).

<sup>85</sup> Véase *supra*, párr. 6.

toriales, faltos de acogida en el Derecho internacional general<sup>86</sup>. Ciertamente, somos conscientes de la dificultad que suele encontrar la Corte a la hora de apreciar la existencia de un principio general del Derecho internacional —la larga busca en pos de tal naturaleza respecto del *uti possidetis iuris* así lo prueba—<sup>87</sup>; de ahí, la evidente dificultad de asumir siquiera un examen tentativo —por lo novedoso— de la alegación expuesta por Bolivia. No obstante, tratándose del acomodo de un principio con un indudable basamento procesal y con un indiscutible fundamento en el principio estructural de buena fe<sup>88</sup>, y en donde entra en juego el natural proceso de «hibridación» (*cross fertilization*) entre desarrollos surgidos de otras jurisdicciones internacionales<sup>89</sup>, la respuesta negativa —ante todo por su extremo laconismo— resulta un tanto decepcionante.

57. Finalmente, merece atención la consideración del conjunto de elementos (secuencias o acumulación de elementos) que conformaban la pretensión boliviana, descartada como hemos visto simplistamente por la Corte. En este orden, sin duda merece atención la reflexión que formula el Juez *ad hoc* Y. Daudet en su opinión disidente:

*«Je regrette que la Cour ait, dans ce même paragraphe, rejeté la thèse de la Bolivie au motif qu'aucune obligation n'étant née de l'un quelconque des fondements qu'elle a invoqués pris isolément, "le fait de les considérer cumulativement ne saurait modifier ce résultat", suivant en cela la thèse du Chili résumée par l'un de ses conseils par la formule imagée "0 + 0 + 0 = 0". Exact en arithmétique, le résultat de cette addition ne l'est pas nécessairement en droit international, lequel n'est pas de l'arithmétique. Et c'est précisément parce que le droit international n'est pas une science exacte mais une science sociale que l'application de ses règles ne se fait pas de manière mécanique. Or, ici, la Cour, à trop vouloir sauvegarder l'intégrité des principes régissant la négociation et la pureté de l'obligation de manière à éviter*

<sup>86</sup> No es menos cierto que «las expectativas» de «otros sujetos» eran evocadas en los mencionados Principios rectores de la CDI de 2006 al valorar la exigibilidad jurídica de las declaraciones unilaterales (cfr. Preámbulo, *op. cit.*, p. 177), descartando en tales casos una posible revocación (cfr. RODRÍGUEZ CEDENO, V., «De la interpretación y la revocación de los Actos Unilaterales en estricto sentido», *Anuario Colombiano de Derecho internacional*, 2008, núm. 1, p. 100). Además, también la noción de protección de las «expectativas» está presente en el concepto de *estoppel* (JIMÉNEZ GARCÍA, F., *Los comportamientos recíprocos en derecho internacional. A propósito de la aquiescencia, el estoppel y la confianza legítima*, Madrid, Dilex, 2002, p. 262; MANERO SALVADOR, A., «Hacia una definición de acto unilateral del Estado», *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, mayo 2007, núm. 9, p. 456, n. 4).

<sup>87</sup> Al respecto, véase SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I., «*Uti possidetis*»: la reactualización jurisprudencial de un viejo principio», *REDI*, vol. 40, 1988, núm. 2, pp. 121-152.

<sup>88</sup> Esa estrecha vinculación es destacada por R. Kolb, quien no duda en caracterizar como expresión de la tutela de las legítimas expectativas —en tanto que fuente para la creación de obligaciones— diversos exponentes, acogidos en el marco de la aquiescencia y el comportamiento de los Estados (cfr. KOLB, R., «Principles as sources of International Law (with special reference to Good Faith)», *NILR*, vol. 2006, pp. 20-24). En todo caso, el principio de buena fe no ha encontrado una proyección significativa en el discurso de la Corte, pese a que las cuestiones planteadas incidían en las diferentes vertientes del mismo, todas ellas exponentes de la racionalidad del comportamiento de los Estados que le es consustancial (al respecto, véase LINDERFALK, U., «What are the functions of the General Principles? Good Faith and International Legal Pragmatics», *ZaöRV*, vol. 78, 2018, pp. 29-31).

<sup>89</sup> No se olvide que la noción también encuentra expresión en el «principio de protección de la confianza legítima», operativo en el sistema de la UE.

*tout engagement survenu sans avoir été voulu, a opté dans ce paragraphe de sa décision pour une application de la règle de droit largement indifférente aux réalités historiques et politiques de l'espèce comme aux exigences de la morale qui auraient dû permettre de contextualiser la règle»<sup>90</sup>.*

58. Y es que la categórica afirmación descalificatoria de la Corte parte, cuando menos, de una errónea apreciación que confirma el carácter ritual —y a la postre vacuo— del «análisis» efectuado por aquella, pues, como se ha advertido: ¿Qué otra cosa sino un cúmulo de ausencias de reacción —carentes por sí solas para crear una obligación jurídica— es en suma la aquiescencia?<sup>91</sup>

## 7. ¡NO, NO ES EL FINAL!: A MODO DE CONCLUSIÓN

59. La clausura del procedimiento judicial en torno a la «reivindicación marítima» boliviana ha supuesto una derrota —casi sin paliativos— para las pretensiones del país andino, ante el tenor de la argumentación desarrollada por la Corte<sup>92</sup>. No obstante, no concluyen con ello los desencuentros entre los países vecinos. De un lado, porque las controversias entre Bolivia y Chile no han hecho más que aflorar, como revela la *controversia sobre el estatuto y uso de las aguas del Silala (Chile c. Bolivia)* sometido por Chile a la CIJ en junio de 2016<sup>93</sup>. De otro, porque el cierre del episodio judicial de la reivindicación marítima boliviana augura nuevos frentes en los que Bolivia podría proseguir su estrategia.

60. En este orden, en la pasada conmemoración del «Día del Mar», el 23 de marzo de 2019, el Presidente boliviano, E. Morales, se declaraba dispuesto

<sup>90</sup> Cfr. <https://www.icj-cij.org/files/case-related/153/153-20181001-JUD-01-04-FR.pdf>, p. 8, párr. 42.

<sup>91</sup> Cfr. ALOUPI, «Arrêt sur le fond du 1er octobre...», *op. cit.*, pp. 995-996.

<sup>92</sup> Siguiendo a A. Remiro, resulta difícil sostener «una victoria moral» en el caso, dado el peso abrumador de la mayoría; empero —y de ahí el «casi»— asumimos el valor «autoritativo» de los argumentos de la exigua minoría disidente (cfr. REMIRO BROTONS, «La asesoría jurídica...», *op. cit.*, p. 368).

<sup>93</sup> Demanda registrada el 6 de junio de 2016, accesible en <https://www.icj-cij.org/files/case-related/162/162-20160606-APP-01-00-EN.pdf>, que tiene por objeto reivindicar la naturaleza internacional de ese curso de agua [al respecto, véase CAFLISCH, L., «The contemporary Law of International Watercourses: Some aspects and problems», *Swiss Review of International and European Law*, vol. 28, 2018, p. 314; CEPPI, N., «Las relaciones de Bolivia y Chile en la actualidad: una agenda más allá de las disputas», *INNOVA Research Journal*, vol. 2, 2017, núm. 9, pp. 53-67 (accesible en <file:///C:/Users/Powertrot/Downloads/Dialnet-LasRelacionesDeBoliviaYChileEnLaActualidad-6128453.pdf>); GRECO, R., «The Silala Dispute: Between International Water Law and the Human Right to Water», *QIL, Zoom-in*, 2017, núm. 39, pp. 23-37; LLANOS MANSILLA, H., «El caso del río Silala o Siloli: diferenciando chileno-boliviano», *AHLADI*, vol. 21, 2013, pp. 339-365; MESHEL, T., «What's in a name? The Silala waters and the applicability of international watercourse law», *QIL, Zoom-in*, 2017, núm. 39, pp. 5-22; ROSSI, C. R., «The transboundary dispute over the Waters of the Silala/Siloli: Legal Vandalism and Goffmanian Metaphor», *Stanford JIL*, vol. 53, 2017, pp. 55-87]. Por otro lado, conviene no olvidar el señero problema fronterizo del río Lauca, que propició una crisis significativa en sus relaciones mutuas en los años sesenta, apaciguado —aunque no resuelto— en 1975 (SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I., «Viejos problemas y nuevos elementos: la discusión sobre el territorio en América», en DRNAS DE CLÉMENT, *Estudios de derecho internacional en homenaje al profesor Ernesto J. Rey Caro...*, *op. cit.*, vol. I, p. 223), y reincorporado en 2010 a la agenda boliviano-chilena (al respecto, GONZÁLEZ, S., ROSS, C. y OVANDO, C., «La cuestión del río Lauca» desde la perspectiva multiescalar: ¿Un juego de suma cero de las diplomacias boliviana y chilena?», *Diálogo Andino*, 2016, núm. 51, pp. 57-72, accesible en <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rda/n51/0719-2681-rda-51-00057.pdf>).

a asumir «la invocación de la Corte para buscar el diálogo bilateral con Chile, para proseguir con los intercambios a fin de encontrar la fórmula que dé solución a este asunto pendiente de interés mutuo», al tiempo que avanzaba otros frentes de negociación orientados tanto a profundizar en el perfeccionamiento de las condiciones de tránsito y acceso desde y hacia los mares, en instancias regionales y bilaterales, de conformidad con la Convención de derecho del mar, como a mejorar las condiciones de acceso a los puertos chilenos, así como a la diversificación de las vías de acceso al océano Pacífico, entre otros<sup>94</sup>.

61. Desde esta perspectiva, qué duda cabe que diferentes opciones barajadas en el pasado pueden cobrar nueva vida: ya se trate de la dinamización de los acuerdos sucesivamente concertados con Perú, de la mejora de las condiciones de acceso al puerto chileno de Arica —incorporando acaso la previamente ensayada fórmula «gas por mar»—<sup>95</sup> o incluso de una futura entente trinacional entre Bolivia, Chile y Perú en relación con la gestión de un posible espacio común<sup>96</sup>, entre otras. En cambio, más difícil parece alcanzar una solución en un marco multilateral para avanzar en una hipotética revisión del estatuto de los Estados sin litoral plasmado en la Convención de 1982 sobre derecho del mar, dado que el régimen pactado entonces —pese a los años transcurridos— parece ser, a la luz de los datos de la práctica —restrictiva por lo demás—, el máximo aceptable aún hoy en día para los Estados ribereños<sup>97</sup>.

62. Pese a tales dificultades, lo que es seguro es que ni la presente ni futuras derrotas acallarán la pretensión boliviana «en busca del esquivo mar». Y es que como afirmara Benedetti, «la nostalgia del mar no tiene fin»<sup>98</sup>.

## RESUMEN

### EN BUSCA DEL ESQUIVO MAR: LA CONTROVERSIA BOLIVIA-CHILE ANTE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

Se aborda en este artículo el examen de la controversia entre Bolivia y Chile sobre la obligación de negociar un acceso al océano Pacífico, centrándose en la decisión dictada

<sup>94</sup> «Gobierno buscará soberanía marítima con cuatro acciones», en *Noticias FM Bolivia*, 24 de marzo de 2019, accesible en <https://fmbolivia.com.bo/gobierno-buscar-soberania-maritima-con-cuatro-acciones/>.

<sup>95</sup> Sobre la cuestión, véase BONNEFOY, P., «Gas por mar», *Estudios internacionales. Revista del Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile*, 2013, núm. 174, pp. 15-25, así como SOTILLO LORENZO, «Bolivia. La vía pacífica en su búsqueda de acceso...», *op. cit.*, pp. 826-829.

<sup>96</sup> Sobre tal posibilidad, véase CARRIER, A., TÉLLEZ, E. y VILLAMIZAR, F., «Solución a la mediterraneidad de Bolivia: una propuesta desde Chile», *Revista de Relaciones Internacionales, Estrategia y Seguridad*, vol. 8, enero-junio 2013, núm. 1, pp. 235-266, accesible en <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=92729194011>, así como otras alternativas esbozadas en LÖWENTHAL, P., «La demanda marítima de Bolivia y la integración subregional: el Acta de Lovaina», *Agenda Internacional*, año XIII, 2007, núm. 24, pp. 49-65.

<sup>97</sup> TUERK, H., «Landlocked and geographically disadvantaged States», en ROTHWELL, D. R., OUDE ELFERINK, A. G., SCOTT, K. N. y STEPHENS, T. (eds.), *The Oxford Handbook of the Law of the Sea*, Oxford, Oxford UP, 2015, p. 344.

<sup>98</sup> BENEDETTI, M., «Un boliviano con salida al mar», en *Despistes y franquezas*, Buenos Aires, Ediciones la Cueva, 1989, p. 64.

en cuanto al fondo del asunto en la Sentencia de 1 de octubre de 2018. En él se analizan previamente los planteamientos desarrollados tanto por Bolivia como por Chile en las sucesivas fases del procedimiento y se incide en la restrictiva delimitación del objeto de la controversia efectuado por la Corte en su previa decisión sobre admisibilidad (excepción preliminar) de 24 de septiembre de 2015. Tras lo cual el análisis de la decisión de 2018 revela un enfoque de la Corte plegado a un formalismo y a una concepción voluntarista del Derecho internacional, incapaz de extraer la más leve significación jurídica de los numerosos intercambios diplomáticos entre las partes a lo largo de casi un siglo de contactos. Frente a ello se defiende que una aproximación más flexible a los elementos del caso, prestando la debida atención al principio de buena fe, hubiera podido extraer unas conclusiones diametralmente opuestas y el consiguiente reconocimiento de una obligación jurídica a cargo de Chile.

**Palabras clave:** Corte Internacional de Justicia, Bolivia-Chile, reivindicación marítima, *pactum de contrahendo*, obligación de negociar, buena fe.

### ABSTRACT

#### IN SEARCH OF THE ELUSIVE SEA: THE BOLIVIA-CHILE DISPUTE BEFORE THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

This article addresses the study of the dispute between Bolivia and Chile regarding the *obligation to negotiate an access to the Pacific Ocean*, focusing on the judgment on the merits of 1 October 2018. It starts by considering the stands taken by both Bolivia and Chile in the successive phases of the procedure, leading to the defining of restrictively the object of the controversy made by the Court in its previous decision on admissibility (preliminary objection) of 24 September 2015. Further, the analysis of the 2018 judgment reveals a Court's approach inspired by a formalist and voluntarist conception of International Law, unable to overlooking the slightest legal significance of the numerous diplomatic exchanges between the parties over almost a century of contacts. Contrary to this angle, it is argued that a more flexible approach to the elements of the case, paying due attention to the principle of good faith, might have drawn diametrically opposed conclusions and the consequent recognition of a legal obligation incumbent to Chile.

**Keywords:** International Court of Justice, Bolivia-Chile, maritime claim, *pactum de contrahendo*, obligation to negotiate, good faith.



## LA CONDUCTA ULTERIOR DE LAS PARTES COMO REGLA PRINCIPAL DE INTERPRETACIÓN DE LOS TRATADOS

Fabián NOVAK\*

**SUMARIO:** 1. ASPECTOS GENERALES.—2. LAS REGLAS DE INTERPRETACIÓN DE LOS TRATADOS.—3. LA CONDUCTA ULTERIOR DE LAS PARTES COMO REGLA DE INTERPRETACIÓN PRINCIPAL.—3.1. Regla general obligatoria.—3.2. Regla convencional y consuetudinaria.—3.3. Regla aplicable en forma combinada.—3.4. Contenido y carácter de prueba objetiva.—3.5. El término «ulterior».—3.6. Alcances del acuerdo ulterior.—3.7. Alcances de la práctica ulterior.—3.8. Diferencias entre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior.—3.9. Las conferencias de Estados parte.—3.10. Los órganos de expertos.—3.11. Los órganos de control.—3.12. Alcances modificatorios de esta regla.—3.13. La conducta ulterior y la interpretación evolutiva.—3.14. Criterios de valoración de la regla.—4. REFLEXIÓN FINAL.

### 1. ASPECTOS GENERALES

La interpretación de los tratados es ante todo una operación intelectual, en virtud de la cual se busca establecer el contenido y alcance de sus disposiciones, de forma tal que se le dé un cabal y adecuado cumplimiento. En otros términos, la interpretación permite precisar o aclarar cualquier duda que pueda surgir de la lectura del instrumento internacional como también conocer cuál fue el propósito que las partes quisieron alcanzar al celebrarlo, lo que reviste una significación capital en el cumplimiento de una obligación convencional<sup>1</sup>.

La interpretación puede ser llevada a cabo por un sinnúmero de personas, sujetos e instituciones. Así, puede ser efectuada por los propios Estados parte de un tratado en conjunto (interpretación auténtica), en cuyo caso tendrá efectos jurídicos *erga omnes*; por un tribunal judicial o arbitral internacional,

---

\* Profesor Principal de Derecho internacional público de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú ([fnovak@pucp.edu.pe](mailto:fnovak@pucp.edu.pe)).

<sup>1</sup> YASSEN, M., «L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, vol. 151, 1976, t. III, pp. 1-114; JENNINGS, R. y WATTS, A., *Oppenheim's International Law, vol. I: Peace Introduction and Part I*, Londres, Longman, 1993, p. 1267.

cuyos efectos serán solo atribuibles a las partes de la controversia y sobre la disputa en cuestión; por los Estados parte de un tratado de manera individual (interpretación unilateral) a través de sus distintos órganos (ejecutivo, legislativo, judicial, etc.) con efectos solo al interior de las fronteras del Estado<sup>2</sup>; como también esta operación puede ser efectuada por la doctrina de los publicistas de manera individual o a través de las distintas asociaciones que periódicamente se encargan de sentar posición sobre los avances del Derecho internacional, en cuyo caso no existe efecto jurídico alguno, empero esta interpretación sí puede ejercer una influencia considerable en cómo deben ser interpretadas las disposiciones de un tratado.

En relación a cómo se debe interpretar un tratado, según Georges Berlia se distinguen tres métodos básicos de interpretación. El primero, el *método textual*, que incide en el análisis del texto, en el vocabulario empleado y en el sentido ordinario de los términos. El segundo, el *método subjetivo*, que busca establecer la voluntad de las partes en el texto y fuera de él, analizando para ello los trabajos preparatorios y la conducta ulterior de las partes. Finalmente, el tercero, es el *método funcional o teleológico*, que pretende determinar el fin o función para el que fue celebrado el tratado, buscando cumplir su objeto y fin<sup>3</sup>.

Cada uno de estos métodos ha dado lugar, a su vez, a la aparición de reglas específicas de interpretación, las mismas que han sido recogidas taxativamente en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969<sup>4</sup>, como veremos a continuación.

Antes de ello, debemos adelantar que el presente estudio estará dedicado a desarrollar tan solo una de estas reglas, cual es la de la *conducta ulterior de las partes*, y ello fundamentalmente por tres razones: la primera, es que se trata de una regla principal de interpretación de los tratados, que necesariamente debe ser tomada en cuenta en cualquier proceso de interpretación que se lleve a cabo; la segunda, es que esta regla ha tenido un especial desarrollo doctrinario y jurisprudencial en los últimos años; y la tercera, es que muy recientemente (agosto de 2018) la Comisión de Derecho Internacional (CDI) de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) aprobó el Proyecto de conclusiones sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados<sup>5</sup>, luego de un largo y apreciable trabajo desarrollado por el relator Georg Nolte. Todo esto justifica detenernos un momento a señalar cuáles son las características y alcances que presenta esta importante regla de interpretación, en el Derecho internacional actual.

<sup>2</sup> EHRlich, L., «L'interprétation des traités», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, vol. 24, 1928, t. III, pp. 1-139, esp. pp. 35 y 38.

<sup>3</sup> BERLIA, G., «Contribution à l'interprétation des traités», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, t. I, 1965, núm. 114, pp. 283-331, esp. p. 295.

<sup>4</sup> Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969. U.N. Doc A/ CONF.39/27 (1969), 1155 UNTS 331, entrada en vigor el 27 de enero de 1980.

<sup>5</sup> COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (CDI), *Proyecto de conclusiones sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados*, Informe Anual, 70.º periodo de sesiones (30 de abril a 1 de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2018), Suplemento núm. 10 (A/73/10).

## 2. LAS REGLAS DE INTERPRETACIÓN DE LOS TRATADOS

Tal como se señaló en el punto anterior; la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 dispone en su art. 31 las reglas generales de interpretación. Así señala:

«Artículo 31

Regla general de interpretación

1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:

a) Todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado.

b) Todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado.

3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

a) Todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;

b) Toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;

c) Toda norma pertinente de Derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes».

El art. 31 de la Convención —que se inspiró a su vez en una resolución del Institut de Droit International de 1956<sup>6</sup>, así como en los Principios formulados por Gerald Fitzmaurice<sup>7</sup>— fue aprobado en 1969 por 97 votos a favor y ningún voto en contra, lo que da cuenta del alto nivel de consenso existente sobre las reglas que contiene. Fue por ello que estas mismas reglas fueron establecidas en el art. 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales y entre Organizaciones Internacionales de 1986<sup>8</sup>. Respecto de la aceptación general de estas reglas, señala Eduardo Jiménez de Aréchaga:

«Las normas jurídicas relativas a la interpretación de los Tratados constituyen una de las sanciones de la Convención de Viena que fueron adoptadas por la

<sup>6</sup> INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL, *Annuaire*, 1956, pp. 364-365.

<sup>7</sup> FITZMAURICE, G., «The Law and Procedure of the International Court of Justice 1951-4: Treaty Interpretation and other Treaty Points», *British Year Book of International Law*, vol. XXXIII, 1957, pp. 203-293, esp. pp. 211-212.

<sup>8</sup> Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales y entre Organizaciones Internacionales de 21 de marzo de 1986. Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations, vol. II (United Nations publication, Sales No. E.94.V.5).

Conferencia sin voto disidente alguno y, por consiguiente, pueden ser consideradas como declaratorias del Derecho en vigor. Los cuatro artículos dedicados a la interpretación de los tratados están basados en la jurisprudencia establecida por la CIJ y destilan la esencia de ciertos principios fundamentales que pueden considerarse como reglas de Derecho internacional sobre el tema y no meramente directivas generales, aplicables a todos los tratados, cualquiera sea su naturaleza o contenido»<sup>9</sup>.

Como se puede observar, este artículo consagra un pluralismo de métodos y reglas de interpretación de los tratados; sin embargo, señala como punto de partida dos principios que deben guiar todo proceso interpretativo: el *pacta sunt servanda* y la buena fe. El primero dispone que los tratados son de obligatorio cumplimiento<sup>10</sup>, mientras que el segundo establece la forma en que los tratados deben ser cumplidos, esto es, de manera franca, honesta y leal, evitando en todo momento subterfugios o tomar ventaja indebida del acuerdo. A partir de estas dos premisas, se señalan en el artículo transcrito al menos cuatro reglas de interpretación, como son: la del sentido natural y ordinario de los términos, la del contexto, la del objeto y fin del tratado y la de la conducta ulterior de las partes. A continuación, precisamente, nos concentraremos en el desarrollo de esta última regla de interpretación.

### 3. LA CONDUCTA ULTERIOR DE LAS PARTES COMO REGLA DE INTERPRETACIÓN PRINCIPAL

A efectos de analizar en detalle esta regla general de interpretación de los tratados, es conveniente partir del art. 31, inciso 3, de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, el cual establece lo siguiente:

«Regla general de interpretación

3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

a) Todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones.

b) Toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado».

Con relación a esta regla de interpretación de los tratados, y teniendo en cuenta el Derecho internacional vigente, la doctrina y la jurisprudencia, es posible sostener lo siguiente.

#### 3.1. Regla general obligatoria

Al estar contenida en el art. 31 de la Convención de Viena de 1969, la conducta ulterior de las partes debe ser entendida como una regla general de

<sup>9</sup> JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E., *El Derecho Internacional Contemporáneo*, Madrid, Tecnos, 1980, p. 55.

<sup>10</sup> DE VISSCHER, C., *Problèmes d'interprétation judiciaire de Droit international Public*, París, Pedone, 1963, p. 50.

interpretación de aplicación obligatoria. Esto, a diferencia del art. 32 de ese mismo instrumento internacional, que señala el carácter discrecional de las reglas de interpretación ahí establecidas.

Esta afirmación se desprende claramente de la propia redacción del artículo antes citado, cuando en relación con las reglas que contiene señala que las mismas «habrán de tenerse en cuenta» por parte de los Estados parte, es decir, tienen carácter mandatorio, a diferencia del art. 32 que dispone que «se podrá acudir» a sus reglas, redacción que deja claramente a criterio de los intérpretes aplicarlas o no. A esta misma conclusión arriba la CDI en su Proyecto de conclusiones sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior de 2018<sup>11</sup>.

En consecuencia, se trata de un principio que debe ser empleado en todo proceso interpretativo, no quedando a discreción de las partes el emplearlo o no.

### 3.2. Regla convencional y consuetudinaria

La conducta ulterior de las partes, sin embargo, no solo tiene carácter vinculante por lo dispuesto por el art. 31 de la Convención de Viena de 1969, sino que también lo tiene por su carácter de norma consuetudinaria de alcance general<sup>12</sup>. Así lo ha señalado la abundante jurisprudencia internacional de diversos tribunales internacionales<sup>13</sup>; concretamente, la Corte Permanente de Arbitraje en el *Asunto de la Reclamación rusa contra Turquía*<sup>14</sup>; la Corte Permanente de Justicia Internacional en la opinión consultiva *sobre la competencia de la OIT para la reglamentación internacional de las condiciones de trabajo de las personas empleadas en tareas agrícolas*<sup>15</sup>; y la Corte Internacional de Justicia en el *Asunto sobre la Diferencia territorial entre Libia y Chad*, entre otros casos dictados posteriormente<sup>16</sup>. En el primero, la Corte sentenció:

«Según el Derecho internacional consuetudinario, que ha encontrado su expresión en el art. 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Trata-

<sup>11</sup> CDI, *Proyecto de conclusiones 2018*, cit., nota 5, pp. 18 y 21.

<sup>12</sup> GARDINER, R., *Treaty Interpretation*, Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 13 y ss.

<sup>13</sup> NOVAK, F., «Las reglas de interpretación de los tratados», en TORREZ BERNARDEZ, S. et al. (coords.), *El Derecho Internacional en el Mundo Multipolar del siglo XXI. Obra Homenaje al Profesor Luis Ignacio Sánchez Rodríguez*, Madrid, Iprolex, 2013, p. 164.

<sup>14</sup> DE LA GUARDIA, E., *Derecho de los Tratados Internacionales*, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo de Palma, 1997, p. 222.

<sup>15</sup> *Compétence de l'OIT pour la réglementation internationale des conditions du travail des personnes employées dans l'agriculture*, avis consultatif, CPJI Série B, núm. 2, 1922, pp. 40-41.

<sup>16</sup> *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique)*, Exception préliminaire, CIJ Recueil, 1996, p. 812; *Ile de Kasikili/Sedudu (Botswana/Namibie)*, arrêt, CIJ Recueil, 1999, p. 18; *LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique)*, Fond, arrêt, CIJ Recueil, 2001, párr. 99; *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan (Indonésie/Malaisie)*, arrêt, CIJ Recueil, 2002, p. 645; *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt, CIJ Recueil, 2004, p. 48; *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif, CIJ Recueil, 2004, p. 174; *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, CIJ Recueil, 2007, párr. 160.

dos, un tratado debe ser interpretado de buena fe conforme al sentido ordinario que haya de atribuir a sus términos en su contexto y a la luz de su objeto y fin»<sup>17</sup>.

En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el *Asunto Golder c. United Kingdom*<sup>18</sup>, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su opinión consultiva sobre la expresión «leyes» en el art. 30 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*<sup>19</sup>, y el Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio (OMC) en el *Asunto Estados Unidos-Pautas para la gasolina reformulada y convencional*<sup>20</sup>.

Por tanto, el carácter general y obligatorio de este principio de interpretación de los tratados tiene un doble sustento normativo en el Derecho internacional: convencional y consuetudinario, resultando en consecuencia de aplicación a todos los Estados, independientemente de que sean o no partes de la Convención de Viena de 1969.

### 3.3. Regla aplicable en forma combinada

De otro lado, la conducta ulterior de las partes no puede ser empleada para la interpretación de un tratado de manera aislada, sino que debe ser aplicada como regla de interpretación en conjunto con las demás reglas que el art. 31 contiene; a saber, el sentido ordinario y natural de los términos, el contexto y la conformidad con el objeto y fin del tratado.

El empleo de la expresión «Regla general de interpretación» en singular y no en plural para encabezar el art. 31 de la Convención de Viena tenía precisamente el propósito de dar a entender a estas cuatro reglas como una fórmula combinada, en el sentido de ser aplicadas en conjunto y no de manera aislada<sup>21</sup>.

El proceso de interpretación constituye así una unidad y las disposiciones del artículo forman una regla única con partes íntimamente ligadas entre sí<sup>22</sup>. En este sentido, todas las reglas consagradas en dicho artículo deben

<sup>17</sup> *Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/Tchad)*, arrêt, CIJ Recueil, 1994, p. 22.

<sup>18</sup> *Golder c. United Kingdom*, Série A, núm. 18, TEDH 1975.

<sup>19</sup> *Opinión Consultiva sobre la expresión «leyes» en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, OC 6/86, 9 de mayo de 1986, párr. 13. También véase la OC 1/82, 24 de septiembre de 1982, p. 14: «Para la interpretación del artículo 64 de la Convención, la Corte utilizará los métodos tradicionales de Derecho internacional, tanto en lo que se refiere a las reglas generales de interpretación, como en lo que toca a los medios complementarios, en los términos en que los mismos han sido recogidos por los arts. 31 y 32 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados».

<sup>20</sup> *Asunto Estados Unidos-Pautas para la gasolina reformulada y convencional*, OMC. Informe del Grupo, WT/DS2/R, 29 de enero de 1996, pp. 21-23. Véase NOLTE, G., «Jurisprudence under special regimes relating to subsequent agreements and subsequent practice: Second report for the ILC Study Group on treaties over time», en NOLTE, G. (ed.). *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 210-305, p. 215.

<sup>21</sup> CDI, *Anuario*, 1966, vol. II, Documento A/6309/Rev.1, pp. 218 y 220.

<sup>22</sup> Véase GONZÁLEZ CAMPOS, J., SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I. y ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., *Curso de Derecho Internacional Público*, Navarra, Thomson-Civitas, 2008, p. 366.

ser consideradas y todas tienen igual valor, no dominando una sobre las otras<sup>23</sup>.

### 3.4. Contenido y carácter de prueba objetiva

La conducta ulterior de las partes como regla general establece que las disposiciones de un tratado deben ser interpretadas de conformidad con la interpretación acordada por todas las partes de manera expresa (interpretación auténtica expresa) o con la aplicación práctica del tratado realizada en común por los Estados parte (interpretación auténtica tácita). En otras palabras, la conducta ulterior de las partes tiene un doble contenido, pues incluye no solo el acuerdo expreso, sino también la práctica ulterior seguida en la aplicación del tratado por todas las partes en él, debiendo entenderse ambas como una manifestación clara de esta regla general de interpretación.

Asimismo, tanto el acuerdo expreso como la práctica de los Estados deberán ser reconocidos como una *prueba objetiva* respecto del verdadero sentido y alcance del acuerdo existente entre las partes<sup>24</sup>.

Prueba objetiva, sin embargo, no es sinónimo de prueba definitiva. Así lo precisa la CDI, en su Proyecto de conclusiones sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior de 2018, al afirmar:

«La caracterización como “medios auténticos de interpretación” de los acuerdos ulteriores y la práctica ulteriormente seguida por las partes en virtud del artículo 31, párrafo 3.a) y b), no implica que esos medios tengan necesariamente efectos concluyentes.

[...] pese a lo que dan a entender algunos autores, los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior por la que conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado no tienen que ser jurídicamente vinculantes. Esto se confirma en el proyecto de conclusión 10, párrafo 1. Así pues, cuando la Comisión señaló que un “acuerdo ulterior” constituiría “una interpretación auténtica por las partes que debe ser tenida en cuenta a efectos de la interpretación del tratado”, no fue tan lejos como para afirmar que esa interpretación fuera necesariamente concluyente en el sentido de prevalecer sobre los demás medios de interpretación»<sup>25</sup>.

<sup>23</sup> VILLIGER, M., *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2009, p. 435. Sin embargo, la práctica de algunos tribunales nos indica un comportamiento ambivalente. Véase TORRES BERNÁRDEZ, S., «Interpretation of Treaties by the International Court of Justice following the adoption of the Vienna Convention on the Law of Treaties», en HAFNER, G., LOIBL, G., REST, A., SUCHARIPIA-BEHRMANN, L. y ZEMANEK, K. (eds.), *Liber Amicorum Professor Ignaz Seidl-Hohenveldern in honour of his 80<sup>th</sup> Birthday*, La Haya, Kluwer Law International, 1998, pp. 721-739, esp. pp. 721 y ss. Asimismo, VILLIGER, M., «The rules on interpretation: misgivings, misunderstandings, miscarriage? The ‘crucible’ intended by the International Law Commission», en CANIZARO, E. (ed.), *The Law of Treaties. Beyond the Vienna Convention*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 105-122, esp. pp. 114-116; y NOLTE, G., «Subsequent practice as a means of interpretation in the jurisprudence of the WTO Appellate Body», en la misma obra, pp. 138-144, esp. pp. 139-141.

<sup>24</sup> CDI, *Anuario*, 1966, cit., nota 21, p. 243.

<sup>25</sup> CDI, *Proyecto de conclusiones 2018*, cit., nota 4, p. 25.

Por tanto, el hecho de que la conducta ulterior de las partes sea una regla de aplicación obligatoria en la interpretación de un tratado, y que la misma constituya prueba objetiva de la voluntad de las partes, no implica que tal interpretación sea definitiva, o que no pueda ser contradicha al aplicar otros principios de interpretación de los tratados. Esto se deriva de la ausencia de jerarquía entre los principios de interpretación de los tratados, como también del carácter combinado de su aplicación.

### 3.5. El término «ulterior»

¿Qué acuerdos y prácticas deben considerarse como «ulteriores» a un tratado? La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 no define qué debe entenderse por «ulterior». La CDI ha optado por otorgar el carácter de ulterior a una conducta (acuerdo o práctica) en un punto posterior a la «celebración» del tratado.

Sin embargo, también puede existir dificultad al identificar el momento de «celebración» de un tratado, en tanto no existe un solo procedimiento en relación con las etapas que siguen al fin de las negociaciones de un tratado y su entrada en vigor<sup>26</sup>. Así, podría considerarse que la firma es el momento de celebración del tratado, por lo que los acuerdos y prácticas posteriores a tal hito serían «ulteriores» en el sentido del art. 31 (3) (a) y (b). En sentido opuesto, podría argüirse que también se debe incluir la etapa en la que se depositan los instrumentos de ratificación, por ejemplo, como parte de la celebración de cierto tratado, con lo cual su entrada en vigor sería el momento desde el cual el tratado ha sido celebrado. Consecuentemente, solo la conducta posterior a la entrada en vigor sería «ulterior».

Al respecto, existe la postura según la cual es preferible acudir a los medios de interpretación solo después de que el tratado ha entrado en vigor, en tanto solo desde ese punto es posible hablar de la existencia de una práctica en la aplicación de un tratado, ya que un tratado no se aplica antes de su entrada en vigor<sup>27</sup>.

Sin embargo, la CDI ha considerado que la celebración es, con frecuencia, anterior al momento en que el tratado entra en vigor, ya que muchos tratados pueden considerarse celebrados («*concluded*») antes de su entrada en vigor efectiva. En ese sentido, se indica que, para los propósitos de la materia, «celebración» es cuando el texto del tratado ha quedado establecido como auténtico y definitivo en el sentido del art. 10 de la Convención de Viena. Ello —indica la CDI— en tanto es después de la celebración del tratado —y no solo después de su entrada en vigor— que los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior pueden ocurrir<sup>28</sup>.

<sup>26</sup> GARDINER, R., «The Vienna Convention Rules on Treaty Interpretation», en HOLLIS, D. (ed.) *The Oxford Guide to Treaties*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 475-506, esp. p. 484.

<sup>27</sup> DJEFFAL, C., *Static and Evolutive Treaty Interpretation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, p. 165.

<sup>28</sup> CDI, *Proyecto de conclusiones 2018*, cit., nota 5, p. 27.

### 3.6. Alcances del acuerdo ulterior

En cuanto al *acuerdo ulterior*, como primer componente o manifestación de la conducta ulterior, la CDI lo define en su conclusión 4 del Proyecto de 2018 como «un acuerdo acerca de la interpretación del tratado o la aplicación de sus disposiciones al que hayan llegado las partes después de la celebración del tratado». Además añade en su conclusión 10 (1) que este acuerdo «requiere un entendimiento común acerca de la interpretación de un tratado que las partes reconozcan y acepten»<sup>29</sup>.

Esta definición alude entonces, en primer lugar, a un acuerdo en el que deben participar todas las partes en un tratado, después de su celebración, respecto de la interpretación o aplicación de una o más de sus disposiciones. Al hacer referencia a un entendimiento común, la CDI está aludiendo a que el acuerdo ulterior debe basarse en el consenso de todas las partes del tratado que viene siendo interpretado, pues de haber divergencias, no se podría sostener la existencia de tal acuerdo, tal como lo señaló el tribunal arbitral que resolvió el caso *German External Debts*<sup>30</sup>.

Asimismo, este acuerdo puede consistir en un nuevo tratado o en un acuerdo internacional sin carácter vinculante, como podría ser el caso de un memorando de entendimiento<sup>31</sup>. Esto último ha sido confirmado repetidamente por la jurisprudencia internacional<sup>32</sup>, pero también por la CDI en su conclusión 10 (1) del Proyecto de 2018, al disponer: «Dicho acuerdo podrá ser legalmente vinculante, aunque no tendrá que serlo, para ser tenido en cuenta»<sup>33</sup>.

Incluso el acuerdo ulterior podría consistir en un acuerdo verbal, según se sostuvo ante la Corte Internacional de Justicia en el *Asunto fábricas de celulosa en el río Uruguay*<sup>34</sup>.

También pueden tratarse de actos separados que combinados reflejen una voluntad común; como lo señala la CDI, el acuerdo «presupone un acto o compromiso común deliberado de las partes, incluso si este consiste en actos individuales por los cuales estas manifiestan su entendimiento común acerca de la interpretación del tratado o la aplicación de sus disposiciones»<sup>35</sup>.

De otro lado, aquellos acuerdos que sean concertados antes de la celebración del tratado o en el momento de la celebración, se considerarán como

<sup>29</sup> *Ibid.*, pp. 28 y 81.

<sup>30</sup> *Ibid.*, p. 81.

<sup>31</sup> *Ibid.*, pp. 30 y 53. Véase también GARDINER, R., *op. cit.*, nota 12, p. 244.

<sup>32</sup> LINDERFALK, U., *The modern international law as expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Dordrecht, The Netherlands, Springer, 2007, p. 163.

<sup>33</sup> CDI, *Proyecto de conclusiones 2018*, cit., nota 5, p. 27.

<sup>34</sup> *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, *mesures conservatoires*, CIJ Recueil, 2006, pp. 113 y ss.

<sup>35</sup> CDI, *Proyecto de conclusiones 2018*, cit., nota 5, p. 32.

parte del tratado<sup>36</sup>. Así lo afirma la CDI, pero también la Corte Internacional de Justicia, en el *Asunto Ambatielos*, donde señaló: «Las disposiciones de la Declaración tienen el carácter de cláusula de interpretación y, como tales, deben ser consideradas como parte integrante del tratado»<sup>37</sup>. Del mismo modo, los acuerdos que se concierten entre las partes con posterioridad al tratado constituirán una interpretación auténtica del mismo. Esto fue lo que se señaló en el *Asunto de la Indemnización rusa* al afirmarse: «El cumplimiento de las obligaciones es, entre Estados, como entre particulares, el comentario más seguro sobre el sentido de esas obligaciones»<sup>38</sup>.

Finalmente, se debe apuntar que el acuerdo ulterior constituye *ipso facto* un medio de interpretación del tratado, a diferencia de la práctica ulterior, que para convertirse en un medio auténtico de interpretación requiere que la misma ponga de manifiesto el acuerdo de las partes sobre el verdadero sentido y alcance del tratado<sup>39</sup>.

### 3.7. Alcances de la práctica ulterior

En cuanto a *la práctica ulterior*, como segundo componente o manifestación de la regla de la conducta ulterior, la CDI la define en su conclusión 4 como «el comportamiento observado en la aplicación del tratado, después de su celebración, por el cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado»<sup>40</sup>.

La práctica ulterior como método de interpretación fue empleado por la Corte Permanente de Justicia Internacional en su opinión consultiva *sobre la competencia de la OIT para la reglamentación internacional de las condiciones de trabajo de las personas empleadas en tareas agrícolas*, donde indicó que «si hubiera alguna ambigüedad, la Corte podrá, con el fin de determinar el verdadero sentido, examinar la forma en que se ha aplicado el tratado»<sup>41</sup>. Lo mismo fue apuntado por este tribunal en el *Asunto de los empréstitos brasileños*<sup>42</sup> y luego, la Corte Internacional de Justicia apeló a este mismo principio en el *Asunto Corfú* para señalar «la actitud ulterior de las partes demuestra que, al participar en el Convenio especial, no tenían la intención de impedir que la Corte fijase el importe de la indemnización»<sup>43</sup>.

<sup>36</sup> ONU, Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, Periodos de sesiones primero y segundo, Viena, 26 de marzo-24 de mayo de 1968 y 9 de abril-22 de mayo de 1969, Documentos oficiales, Documentos de la Conferencia, Nueva York, 1971, p. 44.

<sup>37</sup> *Ambatielos (Grèce c. Royaume-Uni), Exception préliminaire*, CIJ Recueil, 1952, p. 44.

<sup>38</sup> Corte Permanente de Arbitraje, *Asunto de la indemnización rusa, Reports of International Arbitral Awards*, vol. XI, 1912, p. 433.

<sup>39</sup> CDI, *Proyecto de conclusiones 2018*, cit., nota 5, p. 31.

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 28.

<sup>41</sup> *Compétence de l'OIT pour la réglementation internationale des conditions du travail des personnes employées dans l'agriculture, avis consultatif*, CPJI, Série B, núm. 2, 1922, p. 39.

<sup>42</sup> *Emprunts brésiliens, arrêt*, CPJI, Série A, núm. 21, 1929, p. 119.

<sup>43</sup> *Détroit de Corfou (Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c. Albanie), Fond, arrêt*, CIJ Recueil, 1949, p. 25.

A lo anterior podría añadirse la práctica ulterior identificada en la opinión consultiva sobre Namibia<sup>44</sup>:

«Un clásico y comúnmente citado ejemplo de práctica ulterior es el referido a la forma en que los miembros de las Naciones Unidas han interpretado el artículo 27 (3) de la Carta de las Naciones Unidas, relativo a la votación por los miembros del Consejo de Seguridad. Al respecto, la Corte Internacional de Justicia<sup>45</sup> confirmó la práctica seguida por el Consejo de Seguridad desde 1946 en el sentido de que la abstención de un miembro permanente no impide la adopción de una resolución. Ello, a pesar de que, de una primera lectura, el artículo pareciera haber exigido el voto afirmativo y no solo la abstención de los miembros permanentes»<sup>46</sup>.

La práctica alude entonces a toda conducta o comportamiento desarrollado por todas las partes en un tratado que permite identificar un entendimiento sobre la forma en que debe ser aplicado o interpretado dicho instrumento.

La esencia de esta regla es que debemos estar frente a la aplicación o implementación sistemática o repetida de un tratado, sea a través de una práctica concordante de todas las partes (donde estas realizan básicamente lo mismo en la ejecución del acuerdo), o mediante una conducta unilateral de ejecución que haya sido aceptada por todas las otras partes del acuerdo (aquiescencia)<sup>47</sup>.

Por tanto, cuando hablamos de comportamiento aludimos no solo a acciones sino también a omisiones o incluso a silencios que contribuyan a conformar el acuerdo<sup>48</sup>. Sobre esto último, es decir, respecto a la posibilidad de que la práctica ulterior se pueda conformar a partir de silencio, resulta pertinente citar la conclusión 10 (2) del Proyecto de la CDI de 2018, la cual señala: «El silencio de una o más partes puede constituir aceptación de la práctica ulterior cuando las circunstancias requieran alguna reacción». Esto ha sido repetidamente confirmado por la doctrina<sup>49</sup> y la jurisprudencia internacional, en particular por la Corte Internacional de Justicia en numerosos fallos, como sucedió en el *Asunto del Templo de Preah Vihear*<sup>50</sup> o en el de las

<sup>44</sup> AUST, A., *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp. 215-216; y KOLB, R., *The Law of Treaties: An Introduction*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2016, p. 144.

<sup>45</sup> *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de Sécurité, avis consultatif*, CIJ Recueil, 1971, p. 22.

<sup>46</sup> La frase interpretada proviene del texto en inglés de la Carta de las Naciones Unidas: «*The concurring votes of all permanent members*». Carta de las Naciones Unidas, aprobada en la Conferencia de San Francisco el 26 de junio de 1945. Véase <https://www.un.org/es/charter-united-nations/>. El término «*concurring*» sugería que los miembros del Consejo de Seguridad debían otorgar su voto afirmativo; sin embargo, en la práctica se optó por no darle tal sentido.

<sup>47</sup> NOVAK, F., *op. cit.*, nota 13, p. 163.

<sup>48</sup> CDI, *Anuario*, 1964, vol. II, Documento A/CN.4/167 y Add.1 a 3, p. 60.

<sup>49</sup> Entre los que destaca GARDINER, R., *op. cit.*, nota 12, p. 267; YASSEN, M., *op. cit.*, nota 1, pp. 1-114, esp. p. 49; entre otros.

<sup>50</sup> *Temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande)*, Fond, arrêt, CIJ Recueil, 1962, p. 23.

*Plataformas petroleras entre la República Islámica de Irán y los Estados Unidos de América*<sup>51</sup>.

Este comportamiento a su vez, puede presentarse, según la CDI, en los actos oficiales que desarrolle un Estado a nivel internacional e interno que sirvan para aplicar un tratado, tales como declaraciones oficiales, declaraciones dadas en una conferencia internacional, declaraciones dadas en un litigio internacional o en el seno de una organización internacional, como a través de la aprobación de legislación nacional, la adopción de medidas administrativas de implementación, sentencias dictadas en el ámbito interno, etc. Sobre las sentencias dictadas por tribunales internos como manifestación de una práctica ulterior, cabe citar el caso *Jelisić*, donde el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia señaló:

«La Sala de Primera Instancia ha tenido en cuenta también la práctica ulterior basada en la Convención. Se ha atribuido especial importancia a las sentencias dictadas por el Tribunal para Rwanda [...]. También se han tenido en cuenta la práctica de los Estados, particularmente por medio de sus órganos jurisdiccionales internos y la labor en esa esfera realizada por los órganos internacionales»<sup>52</sup>.

La práctica ulterior desarrollada por una organización internacional, también puede ser útil para interpretar su tratado constitutivo. Esto lo reconoce la CDI en su Proyecto de 2018, cuando en su conclusión 12 (3) afirma que: «La práctica de una organización internacional en la aplicación de su instrumento constitutivo puede contribuir a la interpretación de dicho instrumento». Nótese que se refiere a la práctica de la organización misma y no a la de los Estados miembros; incluso podría tratarse de una práctica que no tenga la aceptación de los Estados miembros<sup>53</sup>.

En este punto resulta interesante citar la opinión del juez Hersch Lauterpacht dada en la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre *el África sudoccidental*, donde dijo que la interpretación:

«adecuada de un instrumento constitutivo debe tener en cuenta no solo el sentido estrictamente literal del instrumento original, sino también su funcionamiento efectivo en la práctica y a la luz de las tendencias observadas en la vida de la Organización»<sup>54</sup>.

La Corte Internacional de Justicia lo ha reconocido también en su opinión consultiva sobre la legalidad del uso por los Estados de armas nucleares en conflictos armados, al señalar que «los instrumentos constitutivos de las organizaciones internacionales son tratados multilaterales, a los que se apli-

<sup>51</sup> *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique)*, *Exception préliminaire*, CIJ Recueil, 1996, p. 815.

<sup>52</sup> Tribunal Penal Internacional de la ex-Yugoslavia, Sala de Primera Instancia, *Prosecutor v. Goran Jelisić*, 1999, IT-95-10-T, párr. 61.

<sup>53</sup> CDI, *Proyecto de conclusiones 2018*, cit., nota 5, pp. 109-110.

<sup>54</sup> *Procédure de vote applicable aux questions touchant les rapports et pétitions relatifs au Territoire du Sud-Ouest africain, avis consultatif*, CIJ Recueil, 1955, p. 106.

can las normas bien establecidas de interpretación de los tratados», y luego agregar que ello incluye «toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado»<sup>55</sup>. Pero también cabe destacar especialmente el *Asunto de la frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria*, donde esta misma Corte concluyó:

«Del análisis de los textos de los tratados y de la práctica realizada en los párrafos 64 y 65 *supra* se desprende que la Comisión de la Cuenca del Lago Chad es una organización internacional que ejerce sus competencias dentro de una zona geográfica determinada; que, no obstante, su objeto no es resolver, en el plano regional, los asuntos relacionados con el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales y, por tanto, no entra dentro del Capítulo VII de la Carta»<sup>56</sup>.

De otro lado, en relación a la práctica ulterior se debe precisar que la conducta que deberá ser tomada en cuenta para efectos de servir como medio de interpretación será aquella que se desarrolle de buena fe, es decir, «una mala aplicación manifiesta del tratado, a diferencia de una aplicación de buena fe (aunque sea errónea), no es, por tanto, una “aplicación del tratado” en el sentido de los arts. 31 y 32»<sup>57</sup>.

Con respecto a si la práctica ulterior debe consistir en un comportamiento repetido de manera frecuente y uniforme o puede tratarse de una aplicación dada una sola vez<sup>58</sup>, se suele citar el informe del órgano de apelación de la OMC dado en el *Asunto Japón-Impuestos sobre las bebidas alcohólicas*, donde se estableció:

«Generalmente, en Derecho internacional, la esencia de la práctica ulterior en la interpretación de un tratado ha sido reconocida como una secuencia de actos o pronunciamientos concordantes, comunes y consistentes, [...] que implican el acuerdo existente entre las partes respecto a su interpretación. Un acto aislado no es generalmente suficiente para establecer una práctica subsecuente; esta es una secuencia de actos que establecen el acuerdo de las partes de forma relevante»<sup>59</sup>.

De otra parte, respecto a quiénes pueden realizar la práctica ulterior, se debe señalar que esta puede consistir en actos del Poder Ejecutivo, del Poder Legislativo o del Poder Judicial de los Estados parte, donde se verifique la in-

<sup>55</sup> *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un Etat dans un conflit armé, avis consultatif*, CIJ Recueil, 1996, pp. 66, 74 y 75.

<sup>56</sup> *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria ; Guinée Équatoriale (intervenant)), Exceptions préliminaires*, CIJ Recueil, 1998, pp. 306-307, citado en CDI, *Proyecto de conclusiones 2018*, cit., nota 5, p. 103.

<sup>57</sup> CDI, *Proyecto de conclusiones 2018*, cit., nota 5, p. 34.

<sup>58</sup> VILLIGER, M., *Commentary...*, *op. cit.*, nota 23, p. 431; LINDERFALK, U., *The modern international, op. cit.*, nota 2, p. 166.

<sup>59</sup> *Asunto Japón-Impuestos sobre las Bebidas Alcohólicas, AB-1996-2*, 4 de octubre de 1996, pp. 12-13. Véase GARDINER, R., *op. cit.*, nota 12, pp. 227-228. En sentido contrario se manifiesta la CDI, para el caso del art. 32 de la Convención de Viena: «Si el concepto de práctica ulterior como medio de interpretación de los tratados se distingue de un posible acuerdo entre las partes, la frecuencia no es un elemento necesario de la definición del concepto de “práctica ulterior” en sentido amplio (en virtud del artículo 32)», CDI, *Proyecto de conclusiones 2018*, cit., nota 5, p. 39.

interpretación de una o más disposiciones del tratado a través de su ejecución o implementación. Así lo confirma la conclusión 5 del Proyecto de conclusiones de la CDI de 2018:

- «1. La práctica ulterior en virtud de los artículos 31 y 32 puede consistir en cualquier comportamiento de una parte en la aplicación de un tratado, ya sea en el ejercicio de sus funciones ejecutivas, legislativas, judiciales o de otra índole.
2. Todo otro comportamiento, incluido el de actores no estatales, no constituye práctica ulterior en virtud de los artículos 31 y 32. No obstante, dicho comportamiento puede ser pertinente al evaluar la práctica ulterior de las partes en un tratado».

Y es que la aplicación del tratado corresponde generalmente a las autoridades del Estado. Como lo señaló el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos:

«Según un principio reconocido de la interpretación de los tratados, hay que tener en cuenta, junto con el contexto, toda práctica ulterior seguida en la aplicación de un tratado internacional. No obstante, esa práctica ha de ser una práctica de las partes en el tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado.

Si bien uno de los participantes en las negociaciones para llegar a un acuerdo, a saber, el Banco Markazi, es una entidad del Irán y, por ello, su práctica puede atribuirse al Irán por ser una de las partes en las declaraciones de Argel, los otros participantes en las negociaciones para llegar a un acuerdo y en los acuerdos en sí, a saber, los bancos de los Estados Unidos, no son entidades del Gobierno de los Estados Unidos y su práctica no puede ser atribuida a los Estados Unidos en calidad de otra de las partes en las declaraciones de Argel»<sup>60</sup>.

En esta línea, se debe precisar que la jerarquía del órgano estatal que lleve adelante la práctica ulterior será irrelevante, pues lo que importa es la realización por este de una función estatal; esto fue reconocido por la Corte Internacional de Justicia en el *Asunto de los derechos de los nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos*<sup>61</sup>. Puede tratarse entonces de una autoridad de inferior jerarquía, pues si el gobierno está al tanto de su práctica y no la contradice en un plazo razonable, deberá asumirse como una práctica ulterior del Estado.

Lo anterior no excluye, por supuesto, comprender dentro de la práctica ulterior el comportamiento de actores privados a quienes se les delegue autoridad o funciones públicas. Sin embargo, no están comprendidos comportamientos de Estados u Organizaciones Internacionales que no sean parte del tratado, de órganos técnicos de asesoramiento en un tratado, etc., lo que no niega que, en algunos casos, existan algunos actores no estatales cuya práctica deba ser tomada en cuenta al evaluar la práctica ulterior de las partes en un tratado. Es el caso del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR),

<sup>60</sup> *Estados Unidos de América y otros v. República Islámica de Irán y otros*, Laudo núm. 108-A-16/582/591-FT, *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 5, 1984, pp. 57 y ss.

<sup>61</sup> *Droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc (France c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, CIJ Recueil, 1952, pp. 176 y ss.

que ocasionalmente brinda interpretaciones sobre los Convenios de Ginebra de 1949<sup>62</sup> y sus Protocolos de 1977<sup>63</sup>, por mandato de su propio Estatuto, o del Monitor de Minas Terrestres y Municiones en Racimo respecto de la Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción de 1997 (Convención de Ottawa)<sup>64</sup> y la Convención sobre municiones en racimo de 2008<sup>65</sup> (Convención de Oslo)<sup>66</sup>.

En cuanto al número de Estados que deben participar de la práctica, a efectos de que esta tenga valor interpretativo, claramente son todas las partes del tratado a interpretar. Al respecto precisa la CDI:

«En el texto que se aprobó provisionalmente en 1964 se hablaba de una práctica que “evidencie [...], una interpretación concorde de todas las partes”. Al suprimir el término “todas”, la Comisión no se proponía modificar la norma. Estimó que la expresión “el acuerdo de las partes” se refería necesariamente a todas las partes. Omitió la palabra “todas” simplemente para evitar cualquier posibilidad de que se entendiese erróneamente que todas y cada una de las partes debían haber seguido la práctica, cuando basta que la hayan aceptado»<sup>67</sup>.

En todo caso, si la práctica no contara con la aceptación de todas las partes, pero sí de una mayoría o incluso de unas pocas, podrá servir como medio complementario de interpretación, esto es, dentro de los alcances del art. 32 de la Convención de Viena de 1969.

### 3.8. Diferencias entre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior

Al respecto, según Rahim Moloo, existe un «*evidenciary continuum*», en el sentido de que si bien toda la conducta ulterior requiere de un alto estándar de prueba («*is highly probative*»), el umbral de prueba es más alto en el caso de los acuerdos ulteriores en comparación con la práctica ulterior<sup>68</sup>.

Una segunda distinción tiene que ver con qué actores realizan una conducta relevante para los propósitos de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior. En el caso de la práctica ulterior, como se desarrolla posteriormente en este trabajo, el comportamiento puede ser realizado por todos aquellos fun-

<sup>62</sup> Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949. Véase <https://www.icrc.org/es/doc/assets/files/publications/convenios-gva-esp-2012.pdf>.

<sup>63</sup> Protocolos Adicionales I y II de los Convenios de Ginebra del 8 de junio de 1977. Véase <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/additional-protocols-1977.htm>.

<sup>64</sup> Convención sobre la Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de Minas Antipersonal y sobre su Destrucción del 18 de septiembre de 1997. Véase [https://www.un.org/es/disarmament/instruments/convention\\_landmines.shtml](https://www.un.org/es/disarmament/instruments/convention_landmines.shtml).

<sup>65</sup> Convención sobre Municiones en Racimo del 30 de mayo de 2008. Véase <https://www.un.org/es/disarmament/conventionalarms/convention/clustermunitions.shtml>.

<sup>66</sup> CDI, *Proyecto de conclusiones 2018*, cit., nota 5, pp. 40-44.

<sup>67</sup> ONU, cit., nota 46, p. 44.

<sup>68</sup> MOLOO, R., «When Actions Speak Louder than Words: The Relevance of Subsequent Party Conduct to Treaty Interpretation», *Berkeley Journal of International Law*, vol. 31, 2013, núm. 1, pp. 39-87, pp. 57-58.

cionarios del Estado que apliquen el tratado. En contraste, los actores cuya conducta será relevante para la configuración de acuerdos ulteriores serán, generalmente, autoridades del gobierno autorizados a interpretar tratados<sup>69</sup>.

### 3.9. Las conferencias de Estados parte

Respecto de las conferencias de Estados parte en un tratado como manifestación de acuerdos o prácticas ulteriores, la CDI le dedica la conclusión 11 dentro de su Proyecto de 2018, donde establece:

«1. Una conferencia de Estados parte, en el sentido del presente proyecto de conclusiones, es una reunión de partes en un tratado a los fines de examinar o aplicar el tratado, salvo cuando actúen en calidad de miembros de un órgano de una organización internacional.

2. El efecto jurídico de una decisión adoptada en el marco de una conferencia de Estados parte depende principalmente del tratado y, en su caso, del reglamento aplicable. Dependiendo de las circunstancias, dicha decisión puede constituir, explícita o implícitamente, un acuerdo ulterior en virtud del artículo 31, párrafo 3.a), o dar lugar a una práctica ulterior en virtud del artículo 31, párrafo 3.b), o a una práctica ulterior en virtud del artículo 32. Las decisiones adoptadas en el marco de una conferencia de Estados parte a menudo ofrecen una diversidad no excluyente de opciones prácticas para la aplicación del tratado».

La conclusión antes citada se explica en la medida que este tipo de conferencias, celebradas periódicamente y en las que participan representantes de todos los Estados parte de un tratado, suelen precisamente estar dedicadas al análisis de la buena marcha, aplicación e implementación del instrumento internacional al que se encuentran sujetos, por lo cual muchas veces desarrollan acuerdos de interpretación o dan lugar a prácticas que implican una interpretación consensuada del tratado.

Este es el caso, por ejemplo, de la Conferencia de las Partes de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático de 1992<sup>70</sup> o del Protocolo de Kyoto de 1997<sup>71</sup>, o del Estatuto de Roma de 1998<sup>72</sup> que creó la Corte Penal Internacional<sup>73</sup>. La forma que suelen adoptar estas interpretaciones varía de un tratado a otro, denominándose en algunos casos resoluciones, y en otros directrices, decisiones, etc.

<sup>69</sup> *Ibid.*, p. 69.

<sup>70</sup> Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático del 9 de mayo de 1992. Véase <https://unfccc.int/resource/docs/convkp/convsp.pdf>. NAMIHAS, S. (ed.), *Conferencia sobre Cambio Climático. COP 20*, Lima, Instituto de Estudios Internacionales (IDEI) de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Sociedad Peruana de Derecho Ambiental (SPDA) y Fundación Konrad Adenauer, 2014.

<sup>71</sup> Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático del 11 de diciembre de 1997. Véase <https://unfccc.int/resource/docs/convkp/kpsan.pdf>.

<sup>72</sup> Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional del 17 de julio de 1998. Véase [https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome\\_statute\(s\).pdf](https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf).

<sup>73</sup> NOVAK, F. y GARCÍA-CORROCHANO, L., *Derecho Internacional Público, Tomo 3: Otros Sujetos de Derecho Internacional y Solución de Controversias*, Lima, Thomson & Reuters, 2018, p. 257.

En todo caso, es pertinente precisar que la competencia de este tipo de conferencias para llevar a cabo acuerdos o prácticas interpretativas puede estar explícitamente contemplada en el tratado materia de interpretación o simplemente las partes la pueden presumir como una competencia implícita siempre, claro está, que sean todas las partes en común las que efectúen dicha interpretación.

### 3.10. Los órganos de expertos

Con relación a los órganos de expertos creados por tratados, la conclusión 13 (3) del Proyecto de 2018 de la CDI dispone lo siguiente:

«El pronunciamiento de un órgano de expertos creado en virtud de un tratado puede dar lugar, o referirse, a un acuerdo ulterior o una práctica ulterior de las partes en virtud del artículo 31, párrafo 3, o a una práctica ulterior en virtud del artículo 32. No se presumirá que el silencio de una parte constituye una práctica ulterior en virtud del artículo 31, párrafo 3.b), por la que se acepta una interpretación de un tratado expresada en un pronunciamiento de un órgano de expertos creado en virtud de un tratado».

Efectivamente, en la práctica convencional, diversos tratados crean órganos de expertos que actúan de manera autónoma con el propósito de vigilar, pero también apoyar, la aplicación e implementación del referido instrumento. La CDI señala, como ejemplos, la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes creada de acuerdo con la Convención Única sobre Estupefacientes de 1961; el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, creado por la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 1966; el Comité de Derechos Humanos, creado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966; el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, creado por la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979; la Comisión de Límites de la Plataforma Continental, establecida en virtud de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982; el Comité contra la Tortura, creado por la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes de 1984; el Comité de los Derechos del Niño, creado por la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989; el Comité de Cumplimiento, establecido por la Convención sobre el Acceso a la Información, la Participación del Público en la Toma de Decisiones y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales (Convención de Aarhus) de 1998; el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, creado por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006; y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en virtud del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 2008<sup>74</sup>.

<sup>74</sup> CDI, *Proyecto de conclusiones 2018*, cit., nota 5, pp. 115-116.

Estos órganos se suelen pronunciar a través de observaciones, resoluciones, recomendaciones, comentarios, medidas —entre otros términos utilizados—, los mismos que pueden expresar o dar lugar a un acuerdo ulterior o a una práctica ulterior. Así sucedió, por ejemplo, cuando la Asamblea General de la ONU aprobó el 17 de diciembre de 2015 la Resolución 70/169 por la cual adoptó la definición del derecho humano al agua potable en los mismos términos que lo hizo el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación General núm. 15 de 2002<sup>75</sup>.

Otro caso que puede citarse es el de las conclusiones y observaciones generales formuladas por el Comité de Derechos Humanos para interpretar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>76</sup>, cuya importancia ha sido resaltada por la Corte Internacional de Justicia en el *asunto Ahmadou Sadio Diallo*:

«Desde que fue creado, el Comité de Derechos Humanos ha construido un considerable cuerpo de jurisprudencia interpretativa, en particular mediante sus conclusiones en respuesta a las comunicaciones individuales que pueden presentarse ante él con respecto a los Estados parte en el primer Protocolo facultativo, así como mediante sus “observaciones generales”.

La Corte observa que, aun cuando en el ejercicio de sus funciones judiciales no está en modo alguno obligada a ajustar su propia interpretación del Pacto a la del Comité, estima que debe dar mucho peso a la interpretación adoptada por este órgano independiente que fue establecido específicamente para vigilar la aplicación de dicho tratado»<sup>77</sup>.

### 3.11. Los órganos de control

Vinculado al punto anterior, refiere Manuel Díez de Velasco que la Corte Internacional de Justicia también ha resaltado el valor de las opiniones de los órganos de control jurisdiccional creados por ciertos tratados de derechos humanos para interpretar las disposiciones contenidas en estos<sup>78</sup>.

Este es el caso, por ejemplo, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Tribunal Africano de Derechos Humanos y de los Pueblos, o el de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como órganos jurisdiccionales de control, cuyas interpretaciones deben ser tomadas en cuenta por los Estados parte.

<sup>75</sup> *Ibid.*, p. 120.

<sup>76</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Véase <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>.

<sup>77</sup> *Ahadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, arrêt, CIJ Recueil, 2010, pp. 639 y ss.

<sup>78</sup> *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif*, CIJ Recueil, 2004, párrs. 97, 109-112. Véase DÍEZ DE VELASCO, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Madrid, Tecnos, 2009, p. 209; y AMERASHINGE, C. F., «Interpretation of texts in open International Organizations», *British Yearbook of International Law*, 1994, núm. 65, pp. 175-209, esp. p. 175.

Incluso, en el caso particular de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, desde el año 2006, a partir del caso *Almonacid y otros v. Chile*, en no menos de cuarenta y cinco sentencias, este tribunal ha venido señalando el deber de las autoridades internas de los Estados de llevar adelante el denominado control de convencionalidad<sup>79</sup>. En síntesis, esto implica que toda autoridad pública de un Estado, sea esta administrativa o judicial, debe ejercer de oficio un control de convencionalidad, entre la norma jurídica interna, de una parte, y la Convención Americana y demás instrumentos interamericanos de los que el Estado es parte, *así como la interpretación que de los mismos ha hecho la Corte, sea por medio de su función contenciosa o consultiva*, por otra; debiendo, en caso de encontrar una incompatibilidad, suprimir las normas internas opuestas o expedir aquellas normas conducentes a la efectiva aplicación de la norma o jurisprudencia interamericana<sup>80</sup>.

De esta manera, la interpretación efectuada por la Corte Interamericana respecto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros instrumentos ha adquirido carácter vinculante, independientemente de si esta interpretación está plasmada en una sentencia o en una opinión consultiva de este tribunal, la misma que puede estar asentada en un acuerdo o práctica ulterior de las partes.

### 3.12. Alcances modificatorios de esta regla

De otro lado, un importante sector de la doctrina sostiene que las partes de un tratado a través de esta regla de interpretación pueden no solo buscar establecer su verdadero significado, sentido y alcance, sino también pueden darle una significación especial a sus términos, e incluso enmendarlo, ampliarlo o reducirlo en sus alcances y efectos<sup>81</sup>.

Esta posición liberal sobre la posibilidad de modificar tratados vía la aplicación de esta regla ha sido también asumida por la Corte Internacional de

<sup>79</sup> Caso *Almonacid Arellano y otros v. Chile*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C, núm. 154, párrs. 123-124.

<sup>80</sup> Véase esta evolución en los siguientes casos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) v. Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de noviembre de 2006, Serie C, núm. 158, párr. 128; caso *Radilla Pacheco v. México*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 23 de noviembre de 2009, Serie C, núm. 209, párrs. 338 y 340; caso *Vélez Loor v. Panamá*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 23 de noviembre de 2010, Serie C, núm. 218, párr. 287; caso *Atala Riffó y niñas v. Chile*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de febrero de 2012, Serie C, núm. 239, párr. 284; caso *Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activistas del Pueblo Indígena Mapuche) v. Chile*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 29 de mayo de 2014, Serie C, núm. 279, párrs. 436, 461 y 464; y en el caso *Andrade Salmón v. Bolivia*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 1 de diciembre de 2016, Serie C, núm. 330, párr. 93. NOVAK, F., «The System of Reparations in the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, vol. 392, 2018, pp. 180-181.

<sup>81</sup> VILLIGER, M., *Commentary...*, op. cit., nota 23, p. 429; DISTEFANO, G., «La pratique subséquente des États parties à un traité», *Annuaire français de droit international*, vol. 40, 1994, pp. 41-71, esp. pp. 62 y ss; SHAW, M., *International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, p. 677.

Justicia, mas no por el Órgano de Apelación de la OMC, que guarda un criterio más conservador<sup>82</sup>.

Como antecedente de esta postura, es pertinente recordar que en el art. 38 del proyecto original de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 se contempló expresamente tal posibilidad, al señalarse: «Todo tratado podrá ser modificado por la práctica ulterior en la aplicación del tratado cuando tal práctica denote el acuerdo de las partes en modificar las disposiciones del tratado»<sup>83</sup>.

No obstante lo antes señalado, la conclusión 7 (3) del Proyecto de conclusiones de la CDI de 2018 asume una posición contraria, al disponer:

«Se presume que las partes en un tratado, mediante un acuerdo o una práctica en relación con la aplicación del tratado, tienen la intención de interpretar el tratado, y no de enmendarlo o modificarlo. La posibilidad de enmendar o modificar un tratado mediante la práctica ulterior de las partes no ha sido reconocida de manera general. El presente proyecto de conclusión se entiende sin perjuicio de las normas relativas a la enmienda o la modificación de los tratados de la Convención de Viena de 1969 y del Derecho internacional consuetudinario».

En efecto, si bien la CDI reconoce que, vía esta regla de interpretación, las partes pueden llevar adelante una interpretación amplia o restringida del contenido de un tratado, no es posible enmendarlo o modificarlo. En primer lugar, sostienen, porque la enmienda o modificación es un procedimiento que tiene sus propias reglas y que está contenido en el art. 39 de la Convención de Viena de 1969; en segundo lugar, porque en el art. 31, párr. 3, del mismo cuerpo normativo no se contempla ni expresa ni implícitamente tal posibilidad, y, en tercer lugar, porque tal supuesto no está considerado en el Derecho internacional general<sup>84</sup>.

Se cita además, en apoyo de esta posición, el informe del Órgano de Apelación de la OMC, dictado en el caso *CE-Banano III*, donde se afirmó:

«El término “aplicación” que figura en el apartado a) del párrafo 3 del artículo 31 de la Convención de Viena atañe a los casos en que en un acuerdo se especifica la manera en que las normas u obligaciones en vigor tienen que “aplicarse”; el término no connota la creación de nuevas obligaciones o la prórroga de obligaciones existentes»<sup>85</sup>.

En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Internacional de Justicia en el *Asunto Fábricas de celulosa en el río Uruguay*. Incluso se afirma por parte de la CDI que desde que se aprobó la Convención de Viena de 1969, los

<sup>82</sup> SINCLAIR, I., *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Manchester, Manchester University Press, 1984, p. 137; NOLTE, G., *op. cit.*, nota 23, p. 141.

<sup>83</sup> CDI, *Anuario*, 1966, cit., nota 21, p. 200.

<sup>84</sup> CDI, *Proyecto de conclusiones 2018*, cit., nota 5, p. 62.

<sup>85</sup> OMC, Informe del Órgano de Apelación, Comunidades Europeas-Régimen de la importación, venta y distribución de bananos, 22 de diciembre de 2008, párrs. 391-393, citado en CDI, *Proyecto de conclusiones 2018*, cit., nota 5, p. 62.

tribunales internacionales se han abstenido, en su mayoría, de reconocer esta posibilidad de modificación<sup>86</sup>.

Esta última afirmación y la postura en general de la CDI respecto a la improcedencia de modificar un tratado vía la aplicación de esta regla de interpretación resulta en nuestro concepto bastante discutible, dado el amplio apoyo doctrinario y jurisprudencial que existe a favor de permitir la enmienda de tratados vía la conducta ulterior.

La propia Corte Internacional de Justicia ha dejado abierta esta posibilidad, como la propia CDI lo reconoce<sup>87</sup>. En efecto, en el *Asunto del límite terrestre y marítimo entre Camerún y Nigeria* este tribunal aceptó que la modificación de un tratado vía práctica ulterior «no puede ser excluida totalmente desde el punto de vista jurídico»<sup>88</sup>. Asimismo, coincidimos con Marcelo Kohen cuando sostiene que los pocos casos arbitrales donde no se ha permitido la modificación vía interpretación han sido la excepción<sup>89</sup>. En el mismo sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha consagrado que la práctica ulterior puede modificar el tratado que interpreta. Así, en el caso *Öcalan c. Turquía*, este tribunal afirmó:

«que una práctica establecida en el seno de los Estados miembros podía dar lugar a una modificación del Convenio. En ese asunto, el Tribunal aceptó que una práctica ulterior en materia de política penal nacional, en forma de una abolición generalizada de la pena de muerte, podría entenderse como establecimiento del acuerdo de los Estados contratantes en derogar la excepción prevista en el artículo 2, párrafo 1, y, de ese modo, eliminar un límite textual al margen de la interpretación evolutiva del artículo 3»<sup>90</sup>.

Y es que no se comprende por qué la voluntad de las partes en un tratado, libre e indubitadamente expresada con posterioridad a su celebración a través de un acto o práctica ulterior, no pueda implicar la modificación de dicho instrumento. Si bien la Convención de Viena establece un procedimiento para la modificación o enmienda del tratado, ello no niega que puedan existir otras formas libres y voluntarias de modificación del texto.

Esto por supuesto no puede llevar a extremos, es decir, la modificación vía interpretación deberá ser solo aceptada, siempre que la voluntad de todas las partes intervinientes haya sido manifestada de manera clara e indubitable, en particular, en los tratados que afecten intereses vitales de los Estados parte.

<sup>86</sup> *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay), mesures conservatoires*, CIJ Recueil, 2006, pp. 63 y 66, CDI, *Proyecto de conclusiones 2018*, cit., nota 5, p. 64.

<sup>87</sup> CDI, *Proyecto de conclusiones 2018*, cit., nota 5, p. 66.

<sup>88</sup> *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria; Guinée Équatoriale (intervenante))*, arrêt, CIJ Recueil, 2002, pp. 303 y ss.

<sup>89</sup> KOHEN, M., «Keeping subsequent agreements and practice in their right limits», en NOLTE, G. (ed.), *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 34-45, esp. pp. 34 y ss.

<sup>90</sup> *Öcalan c. Turkey*, núm. 46221/99, párr. 163, TEDH 2005, CDI, *Proyecto de conclusiones 2018*, cit., nota 5, p. 66.

### 3.13. La conducta ulterior y la interpretación evolutiva

La conducta ulterior puede ser una regla relevante para contribuir a determinar si la intención presunta de las partes al celebrar un tratado era atribuir, a un término allí utilizado, un sentido susceptible de evolucionar en el tiempo o por el contrario, estar sujeto al Derecho vigente al momento de su celebración<sup>91</sup>. Esto lo ha reconocido la CDI en su conclusión 8<sup>92</sup>, al igual que la jurisprudencia internacional.

Así, en el *Asunto de la Disputa sobre Derechos de Navegación y Derechos Conexos, entre Costa Rica y Nicaragua*<sup>93</sup>, se determinó cómo la conducta ulterior puede contribuir en la determinación de si a un término se le debe atribuir, o no, un sentido susceptible de evolucionar en el tiempo. Concretamente, se interpretó el término «comercio», empleado en el tratado de 1858 celebrado por ambos países. Se indicó que, al ser un término genérico, las partes necesariamente habían estado al tanto de que su significado era probable de evolucionar en el tiempo<sup>94</sup>. Además, la Corte señaló que el tratado había estado en vigor por un largo periodo y concluyó que se presumía que las partes habían tenido la intención de que el término «comercio» tuviera un significado susceptible de evolucionar<sup>95</sup>.

No obstante, en otros casos, como *Mangouras c. España*, es posible identificar que, ante la posibilidad de una interpretación evolutiva, el tribunal optó por un resultado distinto, en razón de la práctica ulterior de las partes<sup>96</sup>.

### 3.14. Criterios de valoración de la regla

Finalmente, con relación a los criterios a tener en cuenta para valorar el acuerdo y la práctica ulterior como medios valederos de interpretación de los tratados, la CDI, en la conclusión 9 del Proyecto de 2018 y en sus comentarios, plantea algunos parámetros.

En este sentido, sostiene que se debe tener en cuenta la *claridad* del acuerdo o de la práctica ulterior (esto es, que sea cierta, precisa, evidente); la *especificidad* de ambos (es decir, que el acuerdo o práctica sea determinada,

<sup>91</sup> BJORGE, E., «The Vienna Rules, Evolutionary Interpretation, and the Intentions of the Parties», en BIANCHI, A., PEAT, D. y WINDSOR, M. (eds.), *Interpretation in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 189-204, p. 203.

<sup>92</sup> CDI, *Proyecto de conclusiones 2018*, cit., nota 5, p. 64.

<sup>93</sup> *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*, arrêt, CIJ Recueil, 2009, p. 242. Véase DAWIDOWICZ, M., «The Effect of the Passage of Time on the Interpretation of Treaties: Some Reflections on Costa Rica v. Nicaragua», *Leiden Journal of International Law*, vol. 24, 2011, núm. 1, pp. 201-222, pp. 207 y ss.

<sup>94</sup> *Ibid.*, p. 243.

<sup>95</sup> *Id.*

<sup>96</sup> BJORGE, E., *The Evolutionary Interpretation of Treaties*, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 78-79.

concreta, definida); el *momento* en que se desarrolló la práctica (citándose como ejemplo la controversia marítima *Perú c. Chile* resuelta por la Corte Internacional de Justicia, donde se tomó en cuenta la práctica contemporánea al acuerdo tácito que definió parte de la frontera)<sup>97</sup>; la *importancia* dada por las partes al acuerdo o a la práctica (esto es, que sea comprendida por ambas como una verdadera interpretación del acuerdo y no como un mero comentario sin relevancia o significación jurídica); la *repetición* de la práctica (lo que alude a la frecuencia o constancia de la misma); la *forma* de la práctica (de qué manera fue efectuada); la *coherencia* de la práctica (ello se refiere a la uniformidad), y la *pertinencia* (respecto de la norma que se pretende interpretar), entre otros<sup>98</sup>.

Si bien este listado de criterios a tener en cuenta cuando estemos frente a un acuerdo o práctica ulterior no es cerrado, en tanto pueden sumarse otros, sirve como una guía a tener en cuenta para una correcta aplicación de este principio de interpretación de los tratados.

#### 4. REFLEXIÓN FINAL

Lo expuesto en este estudio nos permite concluir que la doctrina, pero sobre todo la jurisprudencia internacional y la CDI en su reciente Proyecto de conclusiones de 2018, han permitido un amplio desarrollo respecto del contenido y alcances de la conducta ulterior de las partes como regla general y principal de interpretación de los tratados. Si bien ello no implica que la regla carezca de ámbitos aún por precisar o alcanzar consensos, actualmente podemos afirmar que se trata de una de las reglas de interpretación de los tratados con mayor grado de caracterización.

En todo caso, será particularmente importante observar el nivel de aceptación o no que alcance el proyecto de la CDI antes referido, tanto por parte de la jurisprudencia internacional como por la práctica interestatal, pues ello permitirá que esta regla alcance un mayor nivel de desarrollo y precisión.

#### RESUMEN

##### LA CONDUCTA ULTERIOR DE LAS PARTES COMO REGLA PRINCIPAL DE INTERPRETACIÓN DE LOS TRATADOS

El presente estudio analiza los recientes avances y desarrollos en torno a una de las reglas más importantes de interpretación de los tratados: la conducta ulterior de las partes. En este sentido, este estudio tiene como propósito establecer el contenido y los alcances de este principio principal de interpretación, recogido tanto por la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los tratados como por la costumbre internacional, teniendo en cuenta su aplicación por parte de la jurisprudencia internacional, pero también el Proyecto de conclusiones sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la inter-

<sup>97</sup> *Différend maritime (Pérou c. Chili)*, arrêt, CIJ Recueil, 2014, pp. 3 y 50.

<sup>98</sup> CDI, *Proyecto de conclusiones 2018*, cit., nota 5, pp. 76-80.

pretación de los tratados aprobado por la CDI, en agosto de 2018. Esto será especialmente útil para los aplicadores del Derecho internacional, tanto en el interior de los Estados como por las entidades de carácter internacional, en su permanente labor de interpretación, aplicación e implementación de los tratados internacionales.

**Palabras clave:** acuerdo ulterior, práctica ulterior, prueba objetiva, CDI, interpretación de tratados.

### ABSTRACT

#### SUBSEQUENT CONDUCT OF THE PARTIES AS MAIN RULE FOR TREATY INTERPRETATION

This study analyzes recent advances and developments around one of the most important rules of treaty interpretation: the subsequent conduct of the parties. In this sense, this study aims to establish the content and scope of this main principle of interpretation, reflected both by the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties and by international custom, taking into account its application by international jurisprudence but also the draft conclusions on subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties adopted by the International Law Commission in August 2018. This will be especially useful for those who apply international law, both within the States as well as at international entities, in their permanent work of construing, applying and implementing international treaties.

**Keywords:** subsequent agreement, subsequent practice, objective evidence, ILC.

## LAS RECLAMACIONES SIN INFRACCIÓN EN LAS DIFERENCIAS RELATIVAS A LA PROPIEDAD INTELLECTUAL EN LA OMC

Matthew KENNEDY\*

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA NATURALEZA DE LAS RECLAMACIONES SIN INFRACCIÓN Y LAS RECLAMACIONES POR OTRA SITUACIÓN.—3. LAS RECLAMACIONES SIN INFRACCIÓN EN EL MARCO DEL ADPIC.—3.1. El origen del debate.—3.2. Debate en el Consejo de los ADPIC.—3.3. El sistema de licencias obligatorias del párr. 6.—3.4. La solución de diferencias relativas a la propiedad intelectual.—4. TRATAMIENTO DE LAS RECLAMACIONES SIN INFRACCIÓN.—4.1. Tratamiento en el ámbito de las concesiones individuales.—4.2. Tratamiento en el ámbito del ADPIC mismo.—4.2.1. Cuestión preliminar.—4.2.2. Examen de fondo.—5. CONCLUSIÓN.

### 1. INTRODUCCIÓN

1. La XI Conferencia Ministerial de la Organización Mundial del Comercio (OMC) adoptó una decisión en Buenos Aires en diciembre de 2017 sobre las reclamaciones no basadas en infracción y reclamaciones en casos en que existe otra situación en el ámbito del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC)<sup>1</sup>. Fue la octava Decisión desde 2001 expresando el acuerdo de los Miembros de no presentar tales reclamaciones en el ámbito del ADPIC hasta el próximo periodo de sesiones de la Conferencia Ministerial, que tendrá lugar en Astana, Kazakstán, en 2020. Persisten las visiones opuestas entre los Miembros respecto a esta cuestión, que ya de por sí es un aspecto curioso del Derecho del comercio internacional y que se ha presentado en el contexto del Derecho de la propiedad intelectual<sup>2</sup>.

---

\* Catedrático, Facultad de Derecho, Universidad de Negocios y Comercio Internacional (UIBE), Pekín, China y antiguo secretario del Consejo de los ADPIC de la OMC ([matthew.kennedy@uibe.edu.cn](mailto:matthew.kennedy@uibe.edu.cn)).

<sup>1</sup> Decisión Ministerial de 13 de diciembre de 2017, «Reclamaciones no basadas en una infracción y reclamaciones en casos en que existe otra situación en el ámbito de los ADPIC», WT/MIN(17)/66; WT/L/1033.

<sup>2</sup> Consejo de los ADPIC, acta de la reunión celebrada los días 15 y 16 de octubre y 6 y 15 de noviembre de 2015, IP/C/M/80/Add.1, punto 8 del orden del día; acta de la reunión celebrada los días 19 y 20 de octubre de 2017, IP/C/M/87/Add.1, punto 7 del orden del día.

2. El informe del Grupo Especial sobre *Australia - Empaquetado genérico del tabaco*, emitido en junio del 2018, ejemplifica el tipo de diferencia relativa a la propiedad intelectual donde se teme que las reclamaciones sin infracción pudieran plantearse en el ámbito del ADPIC<sup>3</sup>. En este asunto, Cuba, Honduras, Indonesia y la República Dominicana impugnaron una medida que afecta al uso de marcas de fábrica o de comercio en los cigarrillos y empaquetado, alegando violaciones del ADPIC, del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (Acuerdo OTC) y del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) de 1994. Es la primera controversia en que un grupo especial rechaza todas las reclamaciones en el ámbito del ADPIC (cabe señalar que Honduras y la República Dominicana han interpuesto recursos de apelación)<sup>4</sup>. Las partes reclamantes tuvieron mucha dificultad en demostrar que disposiciones del ADPIC garantizaran claramente el derecho de los titulares al uso de sus marcas sobre sus productos.

3. Las partes reclamantes en *Australia - Empaquetado genérico del tabaco* no presentaron una reclamación alegando que, si bien el ADPIC no garantiza tal derecho, cabía legítimamente esperar el uso de las marcas en la forma en que la medida en cuestión ahora prohíbe. No lo hicieron tal vez por la Decisión Ministerial; aunque esto no lo explica del todo. Los Miembros solo acordaron en esa Decisión no presentar tales reclamaciones en el ámbito «de los ADPIC», pero esto no les impedía a las partes reclamantes alegar que la medida australiana anulaba o menoscababa ventaja legítimamente esperada de las concesiones arancelarias para cigarrillos y cigarrillos consolidadas en el marco del GATT de 1994. Se limitaron, en cambio, a presentar reclamaciones por supuestas violaciones.

4. La relación entre el GATT de 1994 y el ADPIC es la clave para entender el alcance de las reclamaciones sin infracción en las diferencias relativas a la propiedad intelectual en la OMC. Al final de la Ronda Uruguay, un malentendido con respecto a la aplicación acumulativa de esos dos acuerdos llevó a la modificación del art. 64 del ADPIC, agregándole los párrs. 2 y 3. Desarrollos posteriores en la solución de diferencias en la OMC (confirmados en los mismos informes del Grupo Especial en *Australia - Empaquetado genérico del tabaco*) aclararon esa relación de manera suficiente para que un grupo especial futuro dictamine sobre tales reclamaciones, incluso en circunstancias en que la Decisión Ministerial sobre el tema haya vencido.

5. Los temores con respecto a las reclamaciones sin infracción se han incrementado con el surgimiento en paralelo de demandas de protección

<sup>3</sup> Informes del Grupo Especial, *Australia - Determinadas medidas relativas a las marcas de fábrica o de comercio, indicaciones geográficas y otras prescripciones de empaquetado genérico aplicables a los productos de tabaco y al empaquetado de esos productos* («Australia - Empaquetado genérico de tabaco»), WT/DS435/R / WT/DS441/R / WT/DS458/R / WT/DS467/R.

<sup>4</sup> Los informes del Grupo Especial con respecto a las reclamaciones presentadas por Cuba e Indonesia se adoptaron en la reunión del OSD del 27 de agosto de 2018: véanse WT/DS458/22/Corr.1 y WT/DS467/23. Previamente, Honduras y la República Dominicana presentaron apelaciones contra ciertas constataciones del Grupo Especial: véanse WT/DS435/23 y WT/DS441/23.

de las expectativas legítimas de los inversores en relación a sus derechos de propiedad intelectual en el ámbito de tratados bilaterales de inversión<sup>5</sup>. No obstante, el alcance de las reclamaciones sin infracción en un asunto de propiedad intelectual en la OMC puede ser resuelto sin una reflexión sobre los estándares aplicables en el Derecho internacional de inversiones.

6. El presente artículo comienza presentando las reclamaciones sin infracción y reclamaciones por otra situación y explica el malentendido que llevó a introducir esta cuestión en el ADPIC. A continuación, se consideran los desarrollos pertinentes en los debates del Consejo de los ADPIC, la enmienda al ADPIC y también la solución de diferencias. El artículo desarrolla un marco interpretativo y lo aplica a las reclamaciones sin infracción que se podrían plantear en una diferencia relativa a la propiedad intelectual, primero en el ámbito de las concesiones arancelarias consolidadas en el marco del GATT de 1994 y luego en el ámbito del ADPIC.

## 2. LA NATURALEZA DE LAS RECLAMACIONES SIN INFRACCIÓN Y LAS RECLAMACIONES POR OTRA SITUACIÓN

7. La gran mayoría de las reclamaciones en el sistema de solución de diferencias de la OMC son basadas en alegaciones de infracciones, pero también se prevén reclamaciones sin infracción y reclamaciones por otra situación. Estos tres tipos de reclamación figuran en el art. XXIII:1 del GATT de 1994 que es desarrollado y modificado por el Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (ESD). El art. XXIII del GATT de 1994 y el ESD son aplicables en el ámbito del ADPIC<sup>6</sup>.

8. Las reclamaciones sin infracción alegan que la aplicación de una medida de otro Miembro causó daño, aunque la medida no infrinja una concesión u obligación. Es un aspecto raro del Derecho del comercio internacional más antiguo que el propio GATT de 1947. La reclamación sin infracción ya se incluía en acuerdos comerciales bilaterales antes de la Segunda Guerra Mundial con miras a prevenir que las partes socavaran los resultados de las negociaciones<sup>7</sup>. En esa época, las negociaciones comerciales se enfocaban en la reducción de los aranceles aduaneros; las obligaciones generales en los acuerdos eran relativamente escasas, lo cual no era suficiente para impedir la

---

<sup>5</sup> Véanse *Philip Morris Brands sàrl et al v. República Oriental del Uruguay*, caso CIADI núm. ARB/10/7, Laudo, 8 de julio de 2016; *Eli Lilly and Company v. Government of Canada*, caso CIADI núm. UNCT/14/2, Laudo definitivo, 16 de marzo de 2017. Véase, también, *Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia*, caso CPA núm. 2012-12, Laudo sobre competencia y admisibilidad, 17 de diciembre de 2015.

<sup>6</sup> ADPIC, art. 64.1.

<sup>7</sup> COTTIER, T. y NADAKAVUKAREN SCHEFER, K., «Non-Violation Complaints in GATT/WTO Dispute Settlement: Past, Present and Future», en PETERSMANN, E.-U. (ed.), *International Trade Law and the GATT/WTO Legal System*, La Haya, Kluwer Law International, 1997, pp. 145-183, esp. pp. 149-153; CHO, S., «GATT Non-Violation Issues in the WTO Framework: Are They the Achilles' Heel of the Dispute Settlement Process?», *Harvard International Law Journal*, vol. 39, 1998, pp. 311-355, esp. pp. 314-315.

aplicación de medidas de mala fe. Los resultados de las negociaciones arancelarias se basaban en un balance general entre las concesiones ofrecidas por cada parte para distintos productos en su mercado respectivo, enumeradas en su lista individual. Dado que tal balance requería una comparación entre manzanas y naranjas (literalmente), se evaluaba en términos del acceso a los mercados o de «la ventaja» que cabía legítimamente esperar de cada concesión. Si una parte aplicaba una nueva medida de manera inesperada tras el fin de la negociación, defraudando las expectativas legítimas de la otra parte con respecto a esa ventaja, esta tenía motivo para reclamar resarcimiento, aunque la medida estuviera conforme a la letra de las concesiones y obligaciones del acuerdo en cuestión. Ese derecho a reclamar también se incluyó en el GATT de 1947<sup>8</sup>.

9. El ejemplo clásico de una reclamación sin infracción era un subsidio otorgado a los productores o consumidores de un producto tras una negociación arancelaria que compensaba sistemáticamente el impacto de la reducción arancelaria para el mismo producto o un producto competidor. El país exportador esperaba legítimamente que la reducción arancelaria negociada llevara a una mejora del acceso al mercado del país importador; pero al final de cuentas se veía estafado por el subsidio que socavaba el balance entre las concesiones acordadas por los países de importación y de exportación, sin infringir ninguna obligación en el GATT<sup>9</sup>. Una reclamación sin infracción concedía un derecho de resarcimiento por este tipo de conducta desleal.

10. Hoy la OMC administra muchos más acuerdos que el GATT. Cuantas más obligaciones generales haya, más infracciones puede haber; por lo que habrá menos necesidad de recurrir a las reclamaciones sin infracción para proteger el valor de concesiones individuales. No importa en qué acuerdo multilateral de la OMC figuran las obligaciones porque todos los acuerdos se negociaron dentro de un compromiso único. Por otra parte, a diferencia de ciertos acuerdos comerciales regionales, los acuerdos de la OMC no contienen una disposición que contemple de manera explícita reclamaciones sin infracción de una obligación general<sup>10</sup>.

11. Las reclamaciones sin infracción podrían ser útiles cuando otro Miembro encuentra formas de socavar el valor de sus concesiones o compromisos individuales. Aunque los Miembros pueden intentar eludir también el cumplimiento de las obligaciones generales de los acuerdos, ningún Miembro ha iniciado hasta ahora una reclamación sin infracción sobre esta

<sup>8</sup> Véase el Informe del Grupo Especial del GATT, *CEE - Primas y subvenciones abonadas a los elaboradores y a los productores de semillas oleaginosas y proteínas conexas destinadas a la alimentación animal («CEE - Oleaginosas I»)*, adoptado el 25 de enero de 1990, IBDD 37S/86, párr. 144, reproducido en el Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas - Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto («CE - Amianto»)*, WT/DS135/AB/R, párr. 186.

<sup>9</sup> Véase el Informe del Grupo de Trabajo del GATT, *Australia - Subvenciones al sulfato amónico*, GATT/CP.4/39, adoptado el 3 de abril de 1950, IBDD II/188.

<sup>10</sup> Véase, por ejemplo, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte («TLCAN»), art. 2004 y anexo 2004, párr. 1(d). Cfr. Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias, art. 5(b).

base. Las obligaciones generales se aplican de manera «horizontal» a todos los Miembros y es difícil concebir que cupiera legítimamente esperar un derecho de rescaramiento cuando las obligaciones mismas ya se cumplen. Las soluciones al problema de elusión de las obligaciones generales son disposiciones expresas sobre la prevención de elusión, la interpretación de buena fe de los tratados y, de ser necesario, una modificación del acuerdo en una nueva negociación.

12. El Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS) adopta el análisis arriba expuesto en el sentido de que dispone que las reclamaciones sin infracción se pueden iniciar únicamente en virtud de compromisos específicos, o sea, individuales<sup>11</sup>. El AGCS es un acuerdo basado en el modelo del GATT que se adaptó al comercio de servicios. Compromisos específicos con respecto al comercio de servicios, del mismo modo que las concesiones arancelarias en el caso del comercio de mercancías, se ofrecen por cada Miembro individualmente hasta obtener un balance general. Lo mismo ocurre con respecto a las entidades cubiertas por cada parte en el marco del Acuerdo (plurilateral) sobre Contratación Pública (ACP)<sup>12</sup>.

13. Cabe señalar que es muy difícil prevalecer con una reclamación sin infracción y que la sanción correspondiente es débil. El Órgano de Apelación confirmó que este tipo de reclamación debe ser objeto de un enfoque prudente y seguir siendo una acción excepcional<sup>13</sup>. El reclamante debe presentar una justificación detallada porque no goza de la presunción de anulación y menoscabo de sus intereses al no haber incumplimiento de obligaciones<sup>14</sup>. En los pocos casos del GATT en que estas reclamaciones tuvieron éxito, el impacto de la medida fue muy importante; en el sentido de que anulaba completamente, o menoscababa seriamente y no de a poco, el acceso al mercado esperado. La sanción por una reclamación sin infracción exitosa es un arreglo llamado «ajuste mutuamente satisfactorio»<sup>15</sup>, el cual conlleva una negociación sobre compensación.

14. Las reclamaciones «por otra situación» (el tercer supuesto) son inauditas desde el establecimiento de la OMC. Esas reclamaciones impugnan la anulación y menoscabo de una ventaja del acuerdo debido a «la existencia de otra situación» no abarcada por las reclamaciones con infracción o la aplicación de una medida sin infracción. Unas pocas reclamaciones por otra situación se mencionaron al pasar en el GATT. Este tipo de reclamación es aplicable también a la mayoría de los acuerdos de la OMC, al menos en teoría. Ningún Miembro ha presentado hasta ahora tal reclamación en el ámbito de un acuerdo de la OMC, pero si sucediera algún día, un eventual

<sup>11</sup> AGCS, art. XXIII:3.

<sup>12</sup> Acuerdo sobre Contratación Pública, art. XXII:2. Véase, por ejemplo, el Informe del Grupo Especial, *Corea - Medidas que afectan a la contratación pública («Corea - Contratación pública»)*, WT/DS163/R.

<sup>13</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párr. 186.

<sup>14</sup> ESD, art. 3.8.

<sup>15</sup> ESD, art. 26.1(b).

grupo especial tendría que abordarla en un informe separado. Tal informe se podría adoptar únicamente mediante consenso positivo que constituye un remanente del antiguo procedimiento de adopción de decisiones del GATT<sup>16</sup>. En efecto, cada Miembro podría vetar la adopción de un informe con respecto a ese tipo de reclamación. La sanción correspondiente ni siquiera está prevista.

### 3. LAS RECLAMACIONES SIN INFRACCIÓN EN EL MARCO DEL ADPIC

15. Existe un debate sobre el alcance de las reclamaciones sin infracción en el marco del ADPIC desde las negociaciones previas al establecimiento de la OMC. El debate de esta cuestión en el Consejo de los ADPIC ha evolucionado poco, con un solo resultado definitivo. Para seguir adelante, sería importante recordar el origen del debate y constatar acontecimientos en la solución de diferencias en los últimos años.

#### 3.1. El origen del debate

16. El debate actual sobre las reclamaciones sin infracción y las reclamaciones por otra situación en el ámbito del ADPIC empezó cuando el proyecto de acuerdo en esta materia se integró a los proyectos del ESD y del acuerdo paraguas de la OMC durante la Ronda Uruguay<sup>17</sup>. En ese momento, el único proyecto de acuerdo que disponía algo especial con respecto a esos dos tipos de reclamaciones era el AGCS. Fue recién después de la inclusión del ADPIC en un anexo separado, al igual que el AGCS, que una delegación planteó la preocupación de que el ADPIC no tuviera una disposición especial para esos tipos de reclamaciones. Sin embargo, la ubicación del ADPIC en un anexo separado se hizo por las sanciones cruzadas y temas de administración y no por las reclamaciones sin infracción<sup>18</sup>.

17. El proyecto del ADPIC, que ya estaba acordado de manera informal desde diciembre de 1991, solo contenía la disposición estándar del GATT con respecto a la solución de diferencias. La razón por la cual se siguió discutiendo esta disposición se señaló en el proyecto exhaustivo conocido como el «Borrador Dunkel» (*Dunkel draft*) en los siguientes términos:

«Esta disposición quizá haya de revisarse a la luz de los resultados de los trabajos relativos al establecimiento de un Entendimiento relativo a un Sistema

<sup>16</sup> ESD, art. 26.2.

<sup>17</sup> El grupo de negociaciones sobre los ADPIC ya había discutido las reclamaciones sin infracción, pero únicamente porque el art. 8 del proyecto de Acuerdo contenía una defensa respecto a este tipo de reclamación: véase OMC, «Las reclamaciones sin infracción de disposiciones y el Acuerdo sobre los ADPIC», Nota de la Secretaría, 28 de enero de 1999, IP/C/W/124, párr. 13.

<sup>18</sup> KENNEDY, M., *WTO Dispute Settlement and the TRIPS Agreement: Applying intellectual property standards in a trade law framework*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, pp. 29-30.

Integrado de Solución de Diferencias en el marco del Acuerdo por el que se establece la Organización [Mundial] del Comercio»<sup>19</sup>.

18. El aspecto crucial de la integración del ADPIC en el ESD y en el Acuerdo OMC fue las sanciones cruzadas<sup>20</sup>. Las sanciones comerciales constituyeron una amenaza frecuente en los asuntos de propiedad intelectual durante las negociaciones del ADPIC. En 1988, los Estados Unidos aplicaron derechos arancelarios del 100 por 100 *ad valorem* sobre mercancías brasileñas por un valor de 39 millones de dólares por la falta de protección de fármacos mediante patentes en el país sudamericano<sup>21</sup>. Los proponentes del ADPIC querían integrarlo en el ESD con miras a obtener una autorización multilateral de sanciones para este tipo de medida<sup>22</sup>. Los países en desarrollo querían que en caso de que el ADPIC se integrara en la OMC, que el ESD restringiera la aplicación de sanciones sobre las mercancías en diferencias con respecto a la propiedad intelectual y permitiera las sanciones sobre la propiedad intelectual en diferencias con respecto a las mercancías. También querían asegurar que la OMC mantuviera separados los debates sobre la propiedad intelectual y el comercio de las mercancías<sup>23</sup>. El resultado fue el establecimiento del ADPIC como otro «acuerdo abarcado» por el ESD<sup>24</sup> pero en un anexo separado del Acuerdo OMC<sup>25</sup> con principios y procedimientos en el ESD para limitar las sanciones cruzadas entre los anexos<sup>26</sup> y un Consejo separado para supervisar el funcionamiento del acuerdo<sup>27</sup>. Los anexos separados reflejan el funcionamiento de las disposiciones sobre sanciones cruzadas y administración, nada más.

19. Canadá sostuvo que la separación del ADPIC en un anexo propio desvirtuaba la disposición modelo del GATT sobre la solución de diferencias<sup>28</sup>. Esa disposición se refiere al art. XXIII del GATT de 1994 que prevé no solo

<sup>19</sup> «Acta Final en que se incorporan los resultados de la Ronda Uruguay de negociaciones comerciales multilaterales», 20 de diciembre de 1991, MTN.TNC/W/FA, p. 89, n. 1. Cfr. Sección T, «Elementos de un sistema integrado de solución de diferencias» y Anexo IV «Acuerdo por el que se establece la Organización Multilateral del Comercio», Anexo 1.

<sup>20</sup> La organización internacional en la cual el ADPIC se implementaría, una cuestión estrechamente vinculada con los procedimientos de solución de diferencias, quedó reservada en la Decisión de revisión intermedia de la Ronda Uruguay, 11 de abril de 1989, MTN.TNC/9, p. 9, y el proyecto de Bruselas, 3 de diciembre de 1990, MTN.TNC/W/35/ Rev.1, p. 2, n. 1; p. 193, n. 1; p. 229.

<sup>21</sup> Presidente de Estados Unidos de América, Proclamación 5885, 20 de octubre de 1988, 53 Fed. Reg. 41551.

<sup>22</sup> «Sugerencias de los Estados Unidos para alcanzar el objetivo de la negociación», 20 de octubre de 1987, MTN.GNG/NG11/W/14, p. 4. Véase, también, «Directrices y objetivos propuestos por la Comunidad Europea para las negociaciones sobre los aspectos de las normas sustantivas de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio», 7 de julio de 1988, MTN.GNG/NG11/W/26, p. 13.

<sup>23</sup> AMORIM, C., antiguo Director General de Asuntos Económicos, Cancillería brasileña, carta al autor del 18 de septiembre de 2014; STOLER, A. L., «The WTO Dispute Settlement Process: Did the Negotiators Get What They Wanted?», *World Trade Review*, vol. 3, 2004, pp. 99-118, esp. p. 105.

<sup>24</sup> ESD, art. 1 y Apéndice 1.

<sup>25</sup> Acuerdo OMC, Lista de Anexos.

<sup>26</sup> ESD, art. 22.3(f)(iii) y (g)(iii).

<sup>27</sup> Acuerdo OMC, art. IV:5.

<sup>28</sup> STEGER, D., antigua negociadora del Canadá sobre instituciones y solución de diferencias en la Ronda Uruguay, correo al autor de fecha 10 de julio de 2014.

las reclamaciones basadas en supuestas infracciones sino también reclamaciones sin infracción y reclamaciones por otra situación. Teniendo en cuenta que no hay listas de compromisos individuales en el mismo anexo que el ADPIC, se temió que esa disposición se pudiera interpretar de forma que permitiera reclamaciones sin infracción en virtud de ventajas derivadas de las obligaciones mismas del propio acuerdo<sup>29</sup>. Al parecer, ese temor derivaba de una comparación con el AGCS que también figura en un anexo separado, aunque solo permite las reclamaciones sin infracción vinculadas a sus propias listas de compromisos individuales<sup>30</sup>.

20. Sin embargo, no hay motivo para leer el ADPIC en aislamiento de esa manera. Los anexos no fragmentan la estructura de la OMC, tal como lo hicieron los antiguos códigos del GATT. La integración del mecanismo de solución de diferencias en el ESD permite examinar en la misma diferencia distintos acuerdos abarcados en diversos anexos. Las concesiones arancelarias dispuestas en las listas de mercancías de un Miembro individual siguen aplicándose, por más que el GATT de 1994, el Acuerdo OTC, el Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (MSF), el ADPIC y otras obligaciones puedan afectar la comercialización de los mismos productos<sup>31</sup>. No importa el anexo en el que figura cada obligación y concesión.

21. Por tanto, una reclamación sin infracción puede impugnar la aplicación de medidas que afectan mercancías protegidas mediante la propiedad intelectual. La reclamación sin infracción puede basarse en la ventaja de una concesión arancelaria pertinente. El hecho de que las obligaciones del ADPIC y las concesiones arancelarias consolidadas en el marco del GATT de 1994 figuren en anexos separados del Acuerdo OMC no tiene ninguna relevancia respecto a la disponibilidad de las reclamaciones sin infracción.

22. Las reclamaciones por otra situación en el ámbito del ADPIC se incorporaron en el mismo debate que las reclamaciones sin infracción, tal como se hizo en otras áreas de la Ronda Uruguay. Ambos tipos de reclamación se abordan en el art. 26 del ESD. La disposición especial en el AGCS que restringe las reclamaciones sin infracción también excluye las reclamaciones por otra situación. El debate sobre los tipos de reclamación en el ámbito del ADPIC brindó también una oportunidad de eliminar de este acuerdo ese raro derecho a reclamar.

23. No hubo consenso para excluir ni uno ni otro tipo de reclamaciones del ámbito del ADPIC. La solución de compromiso agregada como los párrs. 2 y 3 del art. 64 del ADPIC en 1993 fue una moratoria de cinco años

---

<sup>29</sup> Además, el Proyecto de elementos de un mecanismo integrado de solución de diferencias incluía una disposición en el sentido que «[c]uando determinados acuerdos contengan disposiciones relacionadas con diferencias surgidas en casos en los que no exista infracción, se aplicará el siguiente procedimiento», Borrador Dunkel, *supra* nota 19, p. T.4. Cfr. art. 26.1 en el texto final del ESD, *infra* párr. 44.

<sup>30</sup> Canadá venía de negociar el TLCAN donde se habían acordado disposiciones sobre reclamaciones sin infracción y propiedad intelectual. Véase *supra* nota 10.

<sup>31</sup> ROESSLER, F., «The Concept of Nullification and Impairment in the Legal System of the World Trade Organization» en PETERSMANN, E.-U. (ed.), *op. cit.*, nota 7, pp. 123-142, esp. p. 136.

con respecto a la iniciación de esos tipos de reclamaciones y una instrucción a que el Consejo de los ADPIC examinara la cuestión y presentara sus recomendaciones<sup>32</sup>.

### 3.2. Debate en el Consejo de los ADPIC

24. En el Consejo de los ADPIC el debate sobre esta cuestión se encuentra en una situación de punto muerto desde hace mucho tiempo<sup>33</sup>. Los Miembros han debatido la impugnación potencial de medidas comerciales y regulatorias que pudieran afectar productos protegidos mediante la propiedad intelectual y también las mismas medidas de propiedad intelectual. Unos ejemplos típicos serían la reglamentación de precios de fármacos patentados<sup>34</sup> y las cuotas de difusión de películas protegidas mediante el derecho de autor. Muchos Miembros temen que, de permitirse las reclamaciones sin infracción y reclamaciones por otra situación en el ámbito del ADPIC, se alteraría el equilibrio de derechos y obligaciones en el Acuerdo y se socavaría la autoridad regulatoria de los Miembros<sup>35</sup>. Los Estados Unidos (que han iniciado más diferencias en el ámbito del ADPIC que cualquier otro Miembro) y Suiza mantienen que esos tipos de reclamaciones podrían prevenir la elusión de obligaciones<sup>36</sup>.

25. Se trata de un debate bastante forzado, ya que considera al ADPIC en aislamiento mientras el mecanismo de solución de diferencias de la OMC es integrado. El mandato original para el debate se limitó a reclamaciones que se plantearan de conformidad con el ADPIC<sup>37</sup>. Aunque el debate incluyó un examen de la jurisprudencia del GATT/OMC, como así también de la coherencia entre los diferentes acuerdos de la OMC, las posiciones principales se endurecieron en una perspectiva de «todo o nada» respecto a las reclamaciones sin infracción únicamente en el ámbito del ADPIC. Sin embargo, esta

---

<sup>32</sup> BELLO, J. H., «Some Practical Observations about WTO Settlement of Intellectual Property Disputes», *Virginia Journal of International Law*, vol. 37, 1997, pp. 357-367, esp. p. 365.

<sup>33</sup> El Consejo de los ADPIC no logró un consenso al respecto antes de 2000. Por tal motivo, las Decisiones Ministeriales han reiterado la instrucción de presentar recomendaciones, pero el Consejo ha fracasado cada vez en su intento al no lograr el consenso necesario.

<sup>34</sup> Véase CORREA, C. M., *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights: A Commentary on the TRIPS Agreement*, Oxford Commentaries on International Law, Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 488-489.

<sup>35</sup> Comunicación de la Argentina, Bolivia, Brasil, China, Colombia, Cuba, Ecuador, Egipto, Federación Rusa, Grupo Africano, Grupo de los PMA, India, Indonesia, Kenia, República Kirguiza, Malasia, Pakistán, Perú, Sri Lanka y Venezuela, «Anulación o Menoscabo sin Infracción de Disposiciones y Otras Situaciones en el Marco del Acuerdo sobre los ADPIC», IP/C/W/385/Rev.1, 22 de mayo de 2015, y adenda.

<sup>36</sup> Comunicación de los Estados Unidos, «Reclamaciones no basadas en una infracción en el ámbito del Acuerdo ADPIC», IP/C/W/599, 10 de junio de 2014. Véase, también, Emergency Committee for American Trade, National Association of Manufacturers, National Foreign Trade Council y US Chamber of Commerce carta de fecha 22 de noviembre de 2011 al Sr. Ron Kirk, Representante Comercial de Estados Unidos; Business Europe, carta de fecha 8 de diciembre de 2011 al Sr. Karel de Gucht, Comisario Europeo para el Comercio.

<sup>37</sup> ADPIC, art. 64.3.

es una cuestión a ser resuelta en el marco del ESD, teniendo en cuenta que es un mecanismo que se aplica a todos los acuerdos abarcados. Las reclamaciones se presentan ante los grupos especiales invocando varios acuerdos en las mismas controversias, lo cual también es cada vez más frecuente en las diferencias relativas a la propiedad intelectual. Sin embargo, eso no se ha visto reflejado en el debate en el Consejo de los ADPIC. El Consejo no ha tomado en consideración el papel que desempeñan las reclamaciones sin infracción en el ámbito de otros acuerdos de la OMC en las diferencias relativas a la propiedad intelectual en su conjunto, lo cual podría poner la discusión en perspectiva.

26. Tampoco el debate ha sido siempre preciso. Se ha señalado erróneamente que «en tres informes de grupos especiales del GATT se habían examinado [...] reclamaciones sin infracción basadas en obligaciones generales y no en concesiones arancelarias específicas y se había constatado que el párr. 1.b) del art. XXIII del GATT no se aplicaba únicamente a las ventajas arancelarias»<sup>38</sup>. En realidad, un solo Grupo Especial del GATT (*CE - Cítricos*) examinó una reclamación de ese índole, en circunstancias sumamente dudosas, por las cuales su informe nunca llegó a adoptarse<sup>39</sup>. Además, se ha señalado que el alcance de las reclamaciones sin infracción no se limita a las concesiones *arancelarias*, cuando en todos los asuntos de la OMC se ha limitado al contexto de concesiones *individuales* de algún tipo, lo que el ADPIC no contiene<sup>40</sup>.

27. La naturaleza única de las obligaciones del ADPIC en el sistema de la OMC se menciona con frecuencia en este debate, pero este argumento es irrelevante. Las reclamaciones sin infracción son un aspecto del Derecho del comercio internacional, no del Derecho de la propiedad intelectual<sup>41</sup>. La naturaleza positiva de la mayoría de las obligaciones del ADPIC (que disponen lo que los Miembros deben hacer) se puede distinguir de la naturaleza negativa de las obligaciones que tienden a la liberalización del comercio internacional (que disponen lo que los Miembros *no* deben hacer). Por tanto, el punto decisivo no es que el ADPIC contiene obligaciones «únicas», sino más bien que el mismo solo contiene obligaciones generales, sin compromisos individuales<sup>42</sup>.

28. Es irónico que la naturaleza única de las obligaciones de la propiedad intelectual se mencione en relación con este aspecto tan limitado del

<sup>38</sup> OMC, «Reclamaciones en casos en que no existe infracción y reclamaciones en que existe otra situación», Nota recapitulativa de la Secretaría, IP/C/W/349/Rev.2, 19 de octubre de 2012, párr. 12.

<sup>39</sup> El propio Grupo Especial fue el primero en sugerir una reclamación sin infracción: véase Informe del Grupo Especial del GATT, *Comunidad Europea - Trato arancelario concedido a las importaciones de productos cítricos procedentes de algunos países de la región del Mediterráneo («CE - Cítricos»)*, L/5576, 7 de febrero de 1985, no adoptado. La nota recapitulativa de la Secretaría de la OMC (*supra* nota 38) enumera otros tres casos, pero el primero es un error, en el segundo no se citó una obligación específica en ese respecto y en el tercero no se presentó una justificación.

<sup>40</sup> IP/C/W/599 (*supra* nota 36), párrs. 3.9-3.11.

<sup>41</sup> Cfr. EVANS, G. E., «A Preliminary Excursion into TRIPS and Non-Violation Complaints», *Journal of World Intellectual Property*, vol. 3, 2000, núm. 6, pp. 867-888, esp. pp. 873-874.

<sup>42</sup> ROESSLER, F., *op. cit.*, nota 31, pp. 137-138.

Derecho del comercio internacional —donde no importa— cuando se ignora en relación con tantos otros aspectos de la solución de diferencias —donde sí podría importar mucho—. Esos aspectos abarcan los términos de referencia, la carga de la prueba, la experiencia especializada de los integrantes del grupo especial, el examen del Derecho interno, la relación a convenios externos y la forma de las contramedidas<sup>43</sup>. El Consejo de los ADPIC no se involucra en esas cuestiones relativas a la aplicación del ESD al ADPIC, sino que deja a los grupos especiales resolverlas.

29. El estancamiento del debate en el Consejo de los ADPIC llevó a la serie de Decisiones Ministeriales que postergan una acción definitiva, lo cual podría ser contraproducente. Decisiones acordando no presentar esos tipos de reclamaciones pueden alentar a las partes a hacer inferencias *a contrario* que, de ser presentadas, las mismas podrían ser válidas.

### 3.3. El sistema de licencias obligatorias del párr. 6

30. Una sola acción definitiva se tomó con respecto a este tema, dentro de un ámbito muy limitado. De acuerdo al párr. 6 de la «Declaración de Doha relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la Salud Pública»<sup>44</sup>, ciertos requisitos del ADPIC no se aplican a las licencias obligatorias para exportar medicamentos a países cuyas capacidades de fabricación en el sector farmacéutico son insuficientes o inexistentes (el llamado «sistema del párr. 6»). Este sistema se estableció primero mediante una exención adoptada en 2003<sup>45</sup> y se incorporó luego en una enmienda al ADPIC adoptada en 2005<sup>46</sup>, que entró en vigor en 2017<sup>47</sup>. El nuevo art. 31 bis del ADPIC dispone explícitamente lo siguiente:

«4. Los Miembros no impugnarán al amparo de los apdos. *b)* y *c)* del párr. 1 del art. XXIII del GATT de 1994 ninguna medida adoptada de conformidad con las disposiciones del presente artículo y del Anexo del presente Acuerdo»<sup>48</sup>.

31. Esta disposición excluye de manera definitiva reclamaciones sin infracción y por otra situación. Las medidas a las que se aplica se limitan a las que sean adoptadas de conformidad con el sistema del párr. 6, pero los acuerdos a los que se aplica no están limitados al ADPIC. Por ende, la disposición pretende excluir esos tipos de reclamaciones presentadas en cualquier ámbito, incluso el de las concesiones arancelarias para los fármacos consolidadas en el marco del art. II del GATT de 1994<sup>49</sup>.

<sup>43</sup> KENNEDY, M., *op. cit.*, nota 18, caps. 3, 4 y 6.

<sup>44</sup> WT/MIN(01)/DEC/2.

<sup>45</sup> Decisión del Consejo General de 30 de agosto de 2003, «Aplicación del párrafo 6 de la Declaración de Doha relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la Salud Pública», WT/L/540 y Corr. 1.

<sup>46</sup> «Protocolo por el que se enmienda el Acuerdo sobre los ADPIC», WT/L/641.

<sup>47</sup> Notificación de entrada en vigor, WT/Let/1236.

<sup>48</sup> ADPIC, art. 31 bis(4), que surte efecto solo para los Miembros que han aceptado la enmienda.

<sup>49</sup> Véase, también, la decisión de exención de 2003, *infra* nota 45, párr. 10.

### 3.4. La solución de diferencias relativas a la propiedad intelectual

32. Mientras el debate continúa en el Consejo de los ADPIC, el mecanismo de solución de diferencias logró aclarar la relación entre el ADPIC y los demás acuerdos en otros anexos del Acuerdo OMC. Queda claro que el ADPIC se aplica de manera acumulativa con el GATT de 1994 y los demás acuerdos de la OMC, tal como constataron los informes del Grupo Especial en *CE - Marcas de fábrica o comercio e indicaciones geográficas* en 2005<sup>50</sup>. Los informes del Grupo Especial en *Australia - Empaquetado genérico de tabaco* en 2018 subrayó que la aplicación concurrente de esos acuerdos entraña la posibilidad de examinar la misma medida en el marco de todas las disposiciones aplicables<sup>51</sup>. Las listas de concesiones relativas al comercio de mercancías, que forman parte integrante de la primera parte del GATT de 1994, se pueden aplicar a la misma materia que las obligaciones del ADPIC.

33. Esto tiene un impacto sobre las reclamaciones sin infracción. La aplicación acumulativa del GATT de 1994 y el ADPIC indica que las reclamaciones en el ámbito de las concesiones arancelarias se pueden presentar cuando se impugnan medidas de propiedad intelectual u otras medidas que afectan el comercio de mercancías protegidas mediante propiedad intelectual.

34. Curiosamente, la única referencia directa a reclamaciones sin infracción en una diferencia de la OMC relativa a la propiedad intelectual no resulta relevante. El informe del Órgano de Apelación en *India - Patentes (EEUU)* en 1997, discutía la posibilidad de esas reclamaciones en el ámbito del ADPIC después del fin de la moratoria del art. 64.2<sup>52</sup>. Pero en este asunto no se presentó una reclamación sin infracción. Cabría observar que la Secretaría del Órgano de Apelación en ese momento estaba encabezada por la misma persona que había propuesto la exclusión de tales reclamaciones en el ámbito de dicho acuerdo durante la Ronda Uruguay después de la ubicación del ADPIC en un anexo separado<sup>53</sup>.

## 4. TRATAMIENTO DE LAS RECLAMACIONES SIN INFRACCIÓN

35. El tratamiento de una reclamación sin infracción en un asunto de propiedad intelectual variaría si se presentara en el ámbito de concesiones individuales o del propio ADPIC<sup>54</sup>.

<sup>50</sup> Informes del Grupo Especial, *Comunidades Europeas - Medidas relacionadas con la protección de las marcas de fábrica o de comercio y las indicaciones geográficas en el caso de los productos agrícolas y los productos alimenticios («CE - Marcas de fábrica o comercio e indicaciones geográficas»)* (EEUU), WT/DS174/R, párr. 7.208; y (*Australia*), WT/DS290/R, párr. 7.244.

<sup>51</sup> Informes del Grupo Especial, *Australia - Empaquetado genérico de tabaco*, párr. 7.83.

<sup>52</sup> El informe del Órgano de Apelación, *India - Protección mediante patente para los productos farmacéuticos y los productos químicos para la agricultura*, WT/DS50/AB/R, reproduce integralmente la moratoria en el art. 64.2 del ADPIC y recuerda el mandato en el art. 64.3. Véanse párrs. 33-48, en particular párr. 42.

<sup>53</sup> Véase *supra* párr. 19.

<sup>54</sup> KENNEDY, M., *op. cit.*, nota 18, cap. 7.

#### 4.1. Tratamiento en el ámbito de las concesiones individuales

36. La Decisión Ministerial solo abarca las reclamaciones sin infracción o las reclamaciones por otra situación en el ámbito del ADPIC. Sin embargo, ello no impide a los Miembros iniciar reclamaciones sin infracción en diferencias que involucran otros acuerdos de la OMC relativos a la reglamentación nacional, basándolas en concesiones arancelarias. Esas reclamaciones dan una idea de lo que ya es posible aún en disputas sobre propiedad intelectual. De todas maneras, cabe recordar que ninguna reclamación sin infracción tuvo éxito desde el establecimiento de la OMC<sup>55</sup>.

37. Por ejemplo, algunos Miembros, entre otros México, en los últimos años iniciaron reclamaciones sin infracción para cuestionar prescripciones en materia de etiquetado y de comercialización de productos, basándolas en concesiones arancelarias, independientemente del acuerdo sobre las mercancías en que basaron las reclamaciones por infracción. En *EEUU - EPO*, México y Canadá impugnaron ciertas prescripciones de etiquetado indicativas del país de origen de productos de la carne. Todas las reclamaciones por infracción se basaron en las obligaciones del Acuerdo OTC y el GATT de 1994 mientras que las reclamaciones sin infracción se basaron en las concesiones arancelarias de Estados Unidos para el ganado bovino y porcino<sup>56</sup>. Asimismo, en *CE - Productos derivados de las focas* en 2013, las reclamaciones por infracción se basaron en obligaciones del Acuerdo OTC y el GATT de 1994, mientras que las reclamaciones sin infracción se basaron en las concesiones arancelarias de la CE para los productos derivados de las focas<sup>57</sup>. Esos grupos especiales no examinaron en detalle las reclamaciones sin infracción porque estimaron que sus conclusiones respecto a las infracciones eran suficientes para resolver las diferencias.

38. Las reclamaciones sin infracción se podrían presentar también en asuntos que impugnan medidas de propiedad intelectual, incluso cuando algunas o todas las reclamaciones de violación se basan en supuestas infracciones de las obligaciones del ADPIC. Por ejemplo, en *Australia - Empaquetado genérico de tabaco*, Cuba, Honduras, Indonesia y la República Dominicana impugnaron una medida relativa a las marcas de fábrica o de comercio que afecta el empaquetado para la venta al por menor y el aspecto de los productos de tabaco. Las reclamaciones por infracción se basaron en obligaciones

---

<sup>55</sup> La reclamación sin infracción más importante de la época OMC [*Japón - Medidas que afectan a las películas y el papel fotográficos de consumo («Japón - Películas»*)] terminó con una derrota en 1998. Otras reclamaciones sin infracción (*CE - Amianto* y *Corea - Contratación pública*) fracasaron en 2000.

<sup>56</sup> Informes del Grupo Especial, *Estados Unidos - Determinadas prescripciones en materia de etiquetado indicativo del país de origen («EEUU - EPO»)*, WT/DS384/R / WT/DS386/R, párrs. 7.888-7.907; Informes del Grupo Especial, *EEUU - EPO (art. 21.5 - Canadá y México)*, WT/DS384/RW / WT/DS386/RW, párrs. 7.644-7.716.

<sup>57</sup> Informes del Grupo Especial, *Comunidades Europeas - Medidas que prohíben la importación y comercialización de productos derivados de focas («CE - Productos derivados de las focas»)*, WT/DS400/R / WT/DS401/R, párrs. 7.667-7.683.

de los acuerdos OTC, ADPIC y GATT de 1994<sup>58</sup>, pero las reclamaciones sin infracción (que no se presentaron) se podrían haber basado también en las concesiones arancelarias de Australia para cigarrillos y cigarrillos. Sin embargo, las partes reclamantes habrían tenido que demostrar anulación o menoscabo de sus expectativas legítimas de acceso al mercado australiano en circunstancias cuando ninguno de ellos exportaba una cantidad importante de cigarrillos o cigarrillos a ese país durante la Ronda Uruguay o desde entonces<sup>59</sup>.

39. Simplemente, los Miembros no han elegido iniciar reclamaciones sin infracción en el ámbito de las concesiones arancelarias (o compromisos para servicios) en diferencias relativas a la propiedad intelectual<sup>60</sup>. La Decisión Ministerial nunca trató tales reclamaciones en esos ámbitos. Como se señaló, esta decisión, así como el art. 64.2 del ADPIC, solo se aplica respecto a obligaciones generales en el ámbito del ADPIC. Tampoco hay excepciones en el GATT 1994 o el AGCS que ampare las medidas de propiedad intelectual en general<sup>61</sup>.

40. En el caso de las reclamaciones por otra situación, los Miembros ni siquiera las inician en el mecanismo de solución de diferencias de la OMC; y a su vez todos los Miembros pueden vetar eventuales constataciones y conclusiones al respecto<sup>62</sup>. La Decisión Ministerial tiene un valor insignificante al respecto.

41. En consecuencia, las reclamaciones sin infracción y reclamaciones por otra situación se pueden iniciar en una diferencia relativa a la propiedad intelectual con la misma base que en cualquier otro tipo de diferencia relativa a la reglamentación nacional. Se podría decir lo mismo, ya sea que haya una Decisión que excluya la posibilidad de reclamaciones de esos tipos en el ámbito del ADPIC o que no haya ninguna Decisión Ministerial al respecto.

## 4.2. Tratamiento en el ámbito del ADPIC mismo

42. Si un Miembro iniciara una reclamación sin infracción en el ámbito del ADPIC, el grupo especial enfrentaría una cuestión preliminar importante antes de examinar el fondo de la reclamación.

<sup>58</sup> Las partes reclamantes no presentaron alegatos con respecto a sus reclamaciones bajo el art. III:4 del GATT de 1994 pero Cuba apoyó su reclamación bajo el art. IX:4 de ese acuerdo.

<sup>59</sup> Fuente: datos de COMTRADE sobre las importaciones australianas de las partes reclamantes en códigos de productos básicos 240210 y 240220. Australia consolidó dos tarifas específicas y aplica tipos de cero.

<sup>60</sup> Una controversia relativa al comercio de servicios puede abarcar reclamaciones en el ámbito de los ADPIC y no solo el AGCS. Véase, por ejemplo, *China - Medidas que afectan a los servicios de información financiera y a los proveedores extranjeros de información financiera* (WT/DS372).

<sup>61</sup> El art. XX(d) del GATT de 1994 solo se aplica a ciertas medidas para lograr la observancia con tal que las leyes y reglamentos principales relativos a la propiedad intelectual no sean incompatibles con las disposiciones del propio GATT de 1994. El art. XIV del AGCS ni siquiera contiene esa excepción. De todos modos, no hay disposición en los acuerdos de la OMC que excluya *a priori* reclamaciones sin infracción con respecto a la aplicación de medidas amparadas por una excepción general: véase el Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrs. 188-191; cfr. TLCAN, anexo 2004, párr. 2.

<sup>62</sup> ESD, art. 26.2.

#### 4.2.1. *Cuestión preliminar*

43. Un grupo especial podría iniciar su examen por la cuestión de saber si el art. 64 del ADPIC impide que un Miembro presente una reclamación sin infracción en el ámbito de este acuerdo y, de no ser el caso, si ese tipo de reclamación está disponible en el ámbito de las concesiones y compromisos individuales consolidados en el marco de otros acuerdos.

44. El art. 26.1 del ESD abarca las reclamaciones sin infracción cuando las disposiciones del párr. 1.b) del art. XXIII del GATT 1994 sean aplicables a un acuerdo abarcado. Estas disposiciones son aplicables al ADPIC en virtud de su art. 64.1, que dispone lo siguiente:

«Salvo disposición expresa en contrario en el presente Acuerdo, para las consultas y la solución de diferencias en el ámbito del mismo serán de aplicación las disposiciones de los arts. XXII y XXIII del GATT de 1994, desarrollados y aplicados por el Entendimiento sobre Solución de Diferencias».

45. Hubo «disposición expresa en contrario» en el ADPIC solo hasta finales de 1999, cuando el art. 64.2 venció, sin que se decidiera una prórroga sobre la base del art. 64.3. Desde entonces, de no haber un acuerdo contrario, un reclamante podría presentar una reclamación sin infracción en el marco del ADPIC en su petición de establecimiento de un grupo especial —aunque se supone que en realidad un Miembro solo tomaría ese paso después del vencimiento de la Decisión Ministerial—<sup>63</sup>. Sin embargo, esto no significa que tal reclamación pudiera llegar a ser exitosa en el ámbito de tal Acuerdo.

46. El objetivo del art. 64.1 es establecer el ADPIC como parte del mecanismo integrado de la solución de diferencias del ESD. Funciona conjuntamente con la definición de que el ADPIC es un «acuerdo abarcado» por el ESD. Esta definición se aplica también a los acuerdos sobre el comercio de mercancías del Anexo 1A del Acuerdo OMC —sin ponerse en duda si las reclamaciones sin infracción están disponibles en el ámbito de los mismos—. Ello se debe a que las reclamaciones sin infracción en diferencias en el ámbito de esos acuerdos se basan en concesiones arancelarias que figuran en las listas de cada Miembro.

47. El vínculo sustantivo entre el ADPIC y las concesiones arancelarias negociadas en el marco del GATT se recuerda en el considerando inicial del preámbulo del ADPIC en los siguientes términos: «*Deseosos* de reducir las distorsiones del comercio internacional y los obstáculos al mismo». Los proponentes que abogaron por el ADPIC explicaron de esta manera dicho vínculo:

«Algunos participantes hicieron también hincapié en que el valor de las concesiones comerciales negociadas en el GATT podía verse, y se veía ya, menos-

---

<sup>63</sup> El art. 64.3 del ADPIC no especifica las consecuencias de no lograr recomendaciones sobre el alcance y las modalidades de esos tipos de reclamaciones en el ámbito de los ADPIC: CORREA, C. M., *op. cit.*, nota 34, p. 490. Sin embargo, no sería necesario ya que las mismas consecuencias derivan de la aplicación del art. 64.1.

cabado por la protección inadecuada o excesiva de los derechos de propiedad intelectual»<sup>64</sup>.

48. Esta fue la justificación dada para agregar la propiedad intelectual a una Ronda de negociaciones bajo los auspicios del GATT y quedó tal cual en el texto final del ADPIC. Si las expectativas de los proponentes de este Acuerdo con respecto al acceso a los mercados de productos protegidos mediante propiedad intelectual no fueran satisfechas luego de la implementación de sus obligaciones, la base legal correcta para reclamar anulación o menoscabo sin infracción seguirían siendo las concesiones comerciales negociadas en el ámbito del GATT de 1994. El ADPIC no cambió esa base.

49. Esta lectura se ve corroborada por las normas mínimas de la segunda parte del ADPIC que prevén derechos exclusivos de impedir que terceros exploten materia protegida mientras los derechos positivos de explotar la materia derivan de otras leyes y reglamentos<sup>65</sup>, una distinción que se ve reflejada en los principios enumerados en el art. 8 del mismo acuerdo. Además, el origen y el objetivo de las reclamaciones sin infracción tales como se explicaron en el informe del Grupo Especial del GATT en *CEE - Oleaginosas I*, y el informe del Órgano de Apelación en *CE - Amianto*, confirman que las reclamaciones sin infracción no estarían disponibles en el ámbito de obligaciones generales<sup>66</sup>.

50. En consecuencia, un grupo especial puede constatar previamente que una reclamación sin infracción iniciada en el ámbito del ADPIC mismo no da derecho a ninguna reclamación válida.

#### 4.2.2. *Examen de fondo*

51. Si un grupo especial intentara llevar a cabo un examen de fondo de una reclamación sin infracción basada en las obligaciones del ADPIC, aunque fuera de forma *arguendo*, el reclamante se enfrentaría a obstáculos muy importantes. Además, una eventual decisión del grupo especial de examinar una reclamación sin infracción basada en una obligación podría ser revocada en apelación.

52. Los obstáculos para el reclamante derivan de los requisitos del ESD, de las disposiciones del ADPIC y de la jurisprudencia del GATT/OMC. El art. 26.1 del ESD prescribe que el reclamante presente una «justificación de-

<sup>64</sup> Reunión del grupo de negociaciones sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio, incluso el comercio de mercancías falsificadas, del 23 de septiembre de 1987, Nota de la Secretaría, MTN.GNG/NG11/3, párr. 8. Véase también la declaración hecha por los Estados Unidos en la reunión del 25 de marzo de 1987 con respecto al valor de las concesiones negociadas en anteriores rondas de negociaciones comerciales, MTN.GNG/NG11/W/2, pp. 1-2.

<sup>65</sup> Por ejemplo, leyes de censura y aprobaciones de comercialización de fármacos. Véase ABBOTT, F. M., «WTO Dispute Settlement and the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights», en PETERSMANN, E.-U. (ed.), *op. cit.*, nota 7, pp. 413-437, esp. pp. 433-434.

<sup>66</sup> Véase *supra* nota 8.

tallada» sin gozar de una presunción de anulación o menoscabo. El art. 8 del ADPIC ampara *a priori* varias clases de medidas de este tipo de reclamación porque autoriza de manera explícita que los Miembros adopten ciertas medidas siempre que esas medidas sean compatibles con lo dispuesto en el Acuerdo (que es típicamente el caso de las medidas en litigio en una reclamación sin infracción). Respecto a medidas no abarcadas por el art. 8, la jurisprudencia del GATT/OMC suele exigir un grado extraordinario de menoscabo de una ventaja y pruebas contundentes de expectativas legítimas de tal ventaja<sup>67</sup>.

53. Por ejemplo, en *Australia - Empaquetado genérico de tabaco*, las partes reclamantes podrían haber alegado, como alternativa a sus reclamaciones de infracciones, que los estándares mínimos del ADPIC relativos a las marcas de fábrica o de comercio, así como sus disposiciones relativas al ejercicio de los derechos de propiedad intelectual, crearon expectativas legítimas que los titulares podrían utilizar sus marcas de formas diversas. Habrían llevado la carga de la prueba de que las medidas australianas no eran «necesarias para proteger la salud pública» dentro de los términos del art. 8.1 del ADPIC y que no se podrían haber anticipado de otra manera. Los reclamantes habrían tenido que demostrar que, durante las negociaciones sobre el ADPIC, cabía legítimamente esperar que Australia no adoptaría sus medidas relativas al uso de las marcas en el empaquetado de productos de tabaco, ni siquiera más de veinte años después. La evaluación del grado de menoscabo de la ventaja de las obligaciones habría sido muy amplia porque los estándares mínimos de protección de las marcas se aplican a signos para todo tipo de mercancías y servicios. Dado que las medidas australianas se aplican solamente a los productos de tabaco, habría sido muy difícil comprobar un nivel de menoscabo suficiente.

54. La aplicación del ESD no implica la disponibilidad de reclamaciones sin infracción en el ámbito del ADPIC. El texto de este último acuerdo, el contexto de las listas de concesiones de los Miembros y la naturaleza integrada del mecanismo de solución de diferencias en la OMC, indican que un grupo especial puede constatar que una reclamación sin infracción iniciada en el ámbito del ADPIC mismo no da derecho a ninguna reclamación válida. Si un grupo especial intentara llevar a cabo un examen de fondo de una reclamación sin infracción basada en las obligaciones del ADPIC, la parte reclamante se enfrentaría a múltiples dificultades.

## 5. CONCLUSIÓN

55. El debate sobre las reclamaciones sin infracción y las reclamaciones por otra situación en el ámbito del ADPIC deriva de la ubicación de este

---

<sup>67</sup> El raciocinio era más amplio en el informe del Grupo Especial en *Japón - Películas (WT/DS44/R)* pero no afectó al resultado debido a los hechos del asunto. Véase ABBOTT, F. M., «TRIPS in Seattle: The Not-So-Surprising Failure and the Future of the TRIPS Agenda», *Berkeley Journal of International Law*, vol. 18, 2000, pp. 165-179, esp. pp. 175-178.

acuerdo y el GATT en anexos separados del Acuerdo OMC. A la luz de la jurisprudencia, queda claro ahora que el ADPIC se aplica de manera acumulativa con el GATT de 1994 y los demás acuerdos de esta organización. Esto implica que las reclamaciones sin infracción han estado disponibles desde siempre en diferencias relativas a la propiedad intelectual, tal como en otras controversias de la OMC relacionadas con la reglamentación nacional. Esas reclamaciones deben presentarse basadas en las concesiones o compromisos individuales que abarcan las mercancías o servicios pertinentes. De la misma manera, esas reclamaciones siguen siendo una acción excepcional.

56. Si un Miembro presentara una reclamación sin infracción en el ámbito del ADPIC mismo, el grupo especial debería constatar que ese tipo de reclamación no da derecho a ninguna reclamación válida, tomando en cuenta el texto de este acuerdo, que contiene solamente obligaciones generales, el contexto de otros acuerdos de la OMC, que incluyen listas de concesiones y compromisos individuales, y la naturaleza integrada del mecanismo de solución de diferencias de la OMC. Por otro lado, las reclamaciones por otra situación son inauditas desde el establecimiento de esta organización.

57. Por ende, el debate sobre las reclamaciones sin infracción y las reclamaciones por otra situación en el Consejo de los ADPIC debería terminar. Las Decisiones Ministeriales podrían ser contraproducentes porque alentarían a las partes a hacer inferencias *a contrario* que esas reclamaciones, de ser presentadas, podrían ser válidas en el ámbito del ADPIC mismo.

## RESUMEN

### LAS RECLAMACIONES SIN INFRACCIÓN EN LAS DIFERENCIAS RELATIVAS A LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN LA OMC

Los Miembros de la OMC han acordado en sucesivas oportunidades no presentar reclamaciones sin infracción en el ámbito del Acuerdo sobre los ADPIC. La decisión más reciente en tal sentido se tomó durante la XI Conferencia Ministerial de Buenos Aires en diciembre de 2017. La controversia sobre *Australia - Empaquetado genérico de tabaco* es precisamente el tipo de caso donde esa decisión podría llegar a tener aplicación para evitar tales reclamaciones. Aun así, nada hubiera impedido a las partes reclamantes presentar reclamaciones sin infracción en el ámbito de las concesiones arancelarias de Australia para cigarrillos y cigarrillos. A partir de este ejemplo, se explora el alcance de esas reclamaciones, tal como surge de la relación entre el GATT de 1994 y el ADPIC. Se llega a la conclusión de que las reclamaciones sin infracción han estado disponibles desde siempre en las diferencias relativas a la propiedad intelectual cuando se presentan en el ámbito de concesiones o compromisos individuales; por más que fuera difícil justificarlas. Por otro lado, si un Miembro presentara una reclamación sin infracción en el ámbito del ADPIC mismo, luego del vencimiento de la Decisión Ministerial, un grupo especial podría constatar que ese tipo de reclamación no constituye de todas maneras una vía de acción válida.

**Palabras clave:** propiedad intelectual, ADPIC, Derecho internacional económico, OMC, solución de diferencias, reclamaciones sin infracción.

**ABSTRACT****NON-VIOLATION COMPLAINTS IN INTELLECTUAL PROPERTY DISPUTES  
IN THE WTO**

WTO Members have agreed many times not to file non-violation and situation complaints under the TRIPS Agreement, most recently in a Ministerial Decision adopted in Buenos Aires in December 2017. The ongoing dispute in *Australia - Tobacco Plain Packaging* is just the type of case where that Decision is intended to avoid non-violation claims. Even so, nothing prevented the complainants in that case from filing non-violation claims under Australia's tariff concessions on cigars and cigarettes. Drawing on that example, this article explores the scope for non-violation claims in intellectual property disputes as it emerges from the relationship between GATT 1994 and TRIPS. It concludes that non-violation claims have always been available in intellectual property disputes when filed under WTO Members' individual concessions and commitments, although they would be difficult to prove. However, if a Member presented such a claim under TRIPS itself after the expiry of the current Ministerial Decision, a panel could find that it disclosed no valid cause of action.

**Keywords:** intellectual property, TRIPS, international economic law, WTO, dispute settlement, non-violation.



## EL MARCO REGULADOR EN PROYECTO EN ESPAÑA PARA LA RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS: ¿NUEVAS PERSPECTIVAS PARA LAS RECLAMACIONES DE CONSUMO?

Nuria MARCHAL ESCALONA\*

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.—2. LAS RECLAMACIONES EN EL SECTOR DEL TRANSPORTE AÉREO: LAS LÍNEAS BÁSICAS ESTABLECIDAS EN LA LEY 7/2017.—3. ANÁLISIS DE LA NUEVA INICIATIVA LEGISLATIVA SOBRE RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONSUMO EN EL ÁMBITO DEL TRANSPORTE AÉREO.—3.1. Ámbito de aplicación.—3.2. El procedimiento de resolución de controversias en el ámbito del transporte aéreo.—3.3. La adaptación de la iniciativa proyectada al marco estatal de resolución alternativa de litigios de consumo.—3.3.1. Principios de independencia, imparcialidad y eficacia.—3.3.2. Principios de equidad, libertad y legalidad.—4. HACIA LA «MEDIACIÓN OBLIGATORIA MITIGADA» EN EL SISTEMA JURÍDICO ESPAÑOL.—4.1. Introducción.—4.2. ¿Es viable la mediación extrajudicial de consumo en España?—5. CONCLUSIONES.

### 1. INTRODUCCIÓN

1. A finales del siglo XVIII, Kant señalaba que la más compleja de las tareas de la humanidad era la de administrar justicia<sup>1</sup>. Entonces la sociedad del siglo XVIII era menos compleja y la administración de justicia tenía menos asuntos que tratar. Hoy en día, la sobrecarga de trabajo que aqueja a muchos tribunales conlleva a que no se puedan atender todos los asuntos que tienen asignados y los retrasos en la resolución de los asuntos están a la orden del día. Se precisan de mecanismos alternativos a la jurisdicción

---

\* Profesora Titular de Derecho internacional privado en la Universidad de Granada ([nmarchal@ugr.es](mailto:nmarchal@ugr.es)). Todas las páginas *web* de referencia han sido consultadas por última vez el 10 de mayo de 2019. Agradecemos las observaciones realizadas al presente trabajo por F. Esteban de la Rosa, Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad de Granada, cuya responsabilidad es íntegramente de la autora.

<sup>1</sup> HART, K., «Kant, “Anthropology” and the New Human Universal», *Social Anthropology*, vol. 18, 2010, pp. 441-447, cit. por BETANCOURT, J. C., «Reexaminando la noción de resolución alternativa de disputas (ADR) en el contexto del derecho de acceso a la justicia “no jurisdiccional”», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, 2018, núm. 2, pp. 211-248, esp. p. 237.

capaces de solucionar conflictos de forma rápida y a un menor coste económico y personal para los interesados, sobre todo, en el ámbito del Derecho de consumo. Vivimos en una era en la que el comercio electrónico, el incremento de las adquisiciones transfronterizas y la necesidad de dotar de eficacia a los derechos reconocidos a los consumidores plantean nuevos retos. Para que un consumidor adquiera bienes y servicios necesita seguridad jurídica. El temor a no saber qué hacer si surge cualquier problema en relación con el producto o servicio adquirido, así como dónde reclamar, especialmente en los supuestos transfronterizos de escasa cuantía, merma la confianza del consumidor a la hora de realizar compras en un mercado que no sea el nacional. Esta circunstancia revela que la efectiva protección del consumidor en el ámbito internacional pasa por la formulación de cauces procesales que satisfagan de forma rápida y eficaz su derecho a la tutela judicial efectiva<sup>2</sup>.

2. Se impone, pues, la exigencia de encontrar mecanismos alternativos y capaces de gestionar de forma efectiva y positiva los conflictos planteados por los consumidores. Consciente de esta situación, el legislador de la Unión Europea (UE) ha dedicado en los últimos tiempos sus esfuerzos a instaurar, normalizar y generalizar la utilización de los sistemas de resolución alternativas de litigios (RAL) y, en particular, a partir de la aprobación de la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo, sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo (DRAL<sup>3</sup>), así como del Reglamento 524/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo y por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE (RLL)<sup>4</sup>, que supuso la creación de la Plataforma ODR para la resolución de litigios en línea<sup>5</sup>. De esta manera, mediante el establecimiento de principios obligatorios para los sistemas de resolución alternativa de litigios de consumo y la instauración de la Plataforma Europea ODR, el legislador

<sup>2</sup> MARCHAL ESCALONA, N., «La protección del consumidor en los litigios transfronterizos de escasa cuantía en la Unión Europea y en América Latina», en ESTEBAN DE LA ROSA, F. (ed.), *La protección del consumidor en dos espacios de integración: Europa y América. Una perspectiva de Derecho internacional, europeo y comparado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 1015-1051, esp. p. 1018; ESTEBAN DE LA ROSA, F., «Desafíos de la contratación electrónica para los sistemas de resolución alternativa de litigios de consumo: radiografía de una transformación necesaria», *Revista Jurídica sobre Consumidores y Usuarios. Monográfico sobre Consumidores y Comercio electrónico*, 2018, núm. 3, *Vlex*, pp. 1-15, esp. p. 2.

<sup>3</sup> DO L núm. 165, de 18 de junio de 2013.

<sup>4</sup> *Ibid.*; corrección de errores, DO L núm. 219/4, de 29 de agosto de 2018. Se trata de un instrumento legal que complementa a la DRAL [AZCÁRRAGA MONZÓNIS, C., «Medios electrónicos en los sistemas extrajudiciales de resolución de conflictos», en PALAO MORENO, G. (ed.), *Azcárraga MÓNZONIS, C. (secret.)*, *Los nuevos instrumentos europeos en materia de conciliación, mediación y arbitraje de consumo. Su incidencia en España, Irlanda y el Reino Unido*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, p. 29]. A pesar de ello, ambos textos difieren en cuanto al objeto y ámbito de aplicación (CARRIZO AGUADO, D., «Asistencia extrajudicial al consumidor transfronterizo europeo», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, 2018, núm. 1, pp. 45-69).

<sup>5</sup> Sobre los aspectos a mejorar de la Plataforma, véase ESTEBAN DE LA ROSA, F., «ADR-Rooted ODR Design in Europe. A Bet for the Future», *IJODR*, 2018, pp. 1-9.

europeo pretendía contribuir a impulsar la protección del consumidor y del comercio transfronterizo<sup>6</sup>.

3. El texto de la DRAL fue finalmente transpuesto, al ordenamiento jurídico español con más de dos años de retraso, en virtud de la Ley 7/2017, de 2 de noviembre (Ley 7/2017)<sup>7</sup>. Esta ley representa el primer paso —aunque no el único— en el camino hacia la creación de entidades RAL acreditadas en España, que respondan a los estándares elevados de calidad establecidos por la DRAL (principios de independencia, imparcialidad, transparencia, eficacia y equidad). No obstante, este proceso de adaptación está todavía inconcluso. Hay disposiciones que, según la propia Ley 7/2017, deben ser objeto de un posterior desarrollo normativo, como así sucede en el sector financiero (DA 1.<sup>a</sup>) y en el del transporte aéreo (DA 2.<sup>a</sup>)<sup>8</sup>. De hecho, para cumplir con este último mandato, ha sido presentada la Propuesta de Orden por la que se regula el procedimiento de resolución alternativa de litigios en materia de derechos de los usuarios de transporte aéreo establecidos en el ámbito de la Unión Europea (P.Or)<sup>9</sup>.

4. Con la Ley 7/2017, el legislador español pretende garantizar a los consumidores el acceso a los mecanismos de resolución alternativa de litigios en materia de consumo que sean de alta calidad por ser independientes, imparciales, transparentes, efectivos, rápidos y justos (art. 1.1), sin que ello suponga restringir el acceso a los órganos jurisdiccionales. El consumidor no puede ser privado del derecho a la tutela judicial efectiva de conformidad con lo dispuesto en la Carta Europea de Derechos Fundamentales (CEDF)<sup>10</sup>, el Convenio Europeo de los Derechos del Hombre (CEDH)<sup>11</sup> y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)<sup>12</sup>.

---

<sup>6</sup> Por otra parte, y de forma paralela a esta iniciativa legislativa, el legislador europeo optó por revisar y modificar el proceso europeo de escasa cuantía regulado en el Reglamento (CE) núm. 861/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio (*DO L* núm. 199, de 31 de julio de 2007). Para un análisis del mismo, véase MARCHAL ESCALONA, N., «Las relaciones entre las entidades de RAL de consumo y los sistemas judiciales en las reclamaciones transfronterizas: Especial referencia al proceso europeo de escasa cuantía», en ESTEBAN DE LA ROSA, F. (dir.) y OLARIU, O. (coord.), *La resolución de conflictos de consumo. La adaptación del Derecho español al marco europeo de resolución alternativa (ADR) y en Línea (ODR)*, Navarra, Thomson Reuters-Aranzadi, 2018, pp. 509-534, esp. pp. 529-531.

<sup>7</sup> No se trata, sin embargo, de la primera norma estatal de transposición de la Directiva, pues a través de la Ley 3/2014, de 27 de marzo (*BOE* núm. 268, de 4 de noviembre de 2017), se modificó el art. 57.4 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGDCU), con miras a adaptar la normativa española a lo establecido en el art. 10 DRAL.

<sup>8</sup> Además, existen otras disposiciones que precisan de reformas legislativas para adaptarse a la normativa europea, como sucede con el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo (RDSAC). Al respecto, véase OLARIU, O., «El sistema español de arbitraje de consumo ante su acreditación europea», en ESTEBAN DE LA ROSA, F. (dir.) y OLARIU, O. (coord.), *La resolución de conflictos de consumo. La adaptación del Derecho español al marco europeo de resolución alternativa (ADR) y en Línea (ODR)*, Navarra, Thomson Reuters-Aranzadi, 2018, pp. 127-146.

<sup>9</sup> [https://www.fomento.es/NR/rdonlyres/2D5A3CF7-46ED-433D-B127-4703B1410BDB/148613/OM\\_ADR\\_audienciaweb.pdf](https://www.fomento.es/NR/rdonlyres/2D5A3CF7-46ED-433D-B127-4703B1410BDB/148613/OM_ADR_audienciaweb.pdf).

<sup>10</sup> Art. 47.

<sup>11</sup> Art. 6.

<sup>12</sup> Art. 19.

Con todo, es preciso un mayor acercamiento y cooperación entre las entidades RAL y los sistemas judiciales, en la medida en que el crecimiento de las entidades RAL puede llegar a comportar un menor uso de los órganos jurisdiccionales, con la consecuente merma de los derechos de los consumidores<sup>13</sup>. Es necesario desarrollar vías de actuaciones conjuntas y coordinadas entre los diferentes mecanismos de resolución de controversias en el ámbito del Derecho de consumo, especialmente para dar satisfacción a las necesidades de las reclamaciones transfronterizas. De ahí que deba ser bien saludado el Anteproyecto de Ley de impulso a la mediación aprobada el pasado 11 de enero por el Consejo de Ministros —y publicada en sede electrónica el 16 de enero de 2019—<sup>14</sup> (Anteproyecto de Ley). El objetivo de este Anteproyecto de Ley es la articulación de fórmulas abiertas y flexibles que contribuyan decididamente a implantar la mediación como institución complementaria de la Administración de Justicia y a incrementar su difusión y presencia en el desenvolvimiento ordinario de las relaciones jurídicas entre particulares. Una nueva iniciativa legislativa con la que se pretende potenciar la cultura de la mediación en nuestro país. De hecho, se postula decididamente a favor de un cambio de modelo en este ámbito. Así, del modelo de «mediación voluntaria» adoptado ex art. 6 Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (Ley 5/2012)<sup>15</sup>, se pretende transitar a un sistema de «mediación obligatoria mitigada».

5. Nuestro estudio se ocupará de analizar estas dos propuestas legislativas presentadas por el legislador español y, en concreto, de averiguar en qué medida pueden afectar a la resolución de litigios internacionales de consumo con carácter general, y a las reclamaciones internacionales en el sector del transporte aéreo, en particular. A tales efectos, analizaremos el régimen de la resolución extrajudicial de conflictos de consumo en el ámbito del transporte aéreo propuesto en la citada Propuesta de Orden, y para ello, identificaremos en primer lugar las bases sobre las que se pretende asentar el futuro régimen de resolución extrajudicial de conflictos en este ámbito. Luego pasaremos a analizar si la propuesta legislativa presentada es compatible o no con las exigencias derivadas de la Ley 7/2017, realizando las

<sup>13</sup> Aunque la DRAL haya introducido elementos de protección para compensar la pérdida de la vía judicial (ex arts. 9 a 11), los estándares de calidad previstos en el Derecho europeo no son suficientes para garantizar el cumplimiento efectivo del derecho a una tutela judicial efectiva. Además, se han detectado una serie de escollos que no impiden, pero que pueden comprometer el cumplimiento efectivo de dicho principio al generar obstáculos desproporcionados para el acceso a la acción judicial (MARCHAL ESCALONA, N., *op. cit.*, nota 7, p. 533).

<sup>14</sup> <https://www.aeafa.es/files/noticias/anteproyectoleyimpulsomediacion.pdf>.

<sup>15</sup> BOE núm. 162, de 7 de julio de 2012. Sobre la transposición de la Directiva 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles (DO L núm. 136/3, de 24 de mayo de 2008), véase *Civil and Commercial Mediation in Europe*, en IGLESIAS BUHIGUES, J. L., ESPLUGUES MOTA, C. y PALAO MORENO, G. (eds.), vol. I, Cambridge, Intersentia, 2013; *Civil and Commercial Mediation in Europe*, en IGLESIAS BUHIGUES, J. L., ESPLUGUES MOTA, C. y PALAO MORENO, G. (eds.), vol. II, Cambridge, Intersentia, 2014; ESPLUGUES MOTA, C., «General Report: New developments in Civil and Commercial Mediation-Global Comparative Perspectives», en ESPLUGUES MOTA, C. y MARQUIS, L. (eds.), *New Developments in Civil and Commercial Mediation Global and Comparative Perspectives*, Springer, Heidelberg, 2015.

propuestas *de lege ferenda* que resulten precisas. Por último, valoraremos si el nuevo modelo de «mediación obligatoria mitigada» que se pretende instaurar de forma generalizada en nuestro país puede llegar a afectar al tratamiento de las reclamaciones internacionales de consumo, y de ser así, verificar si el modelo propuesto responde a las más elementales exigencias de justicia.

## **2. LAS RECLAMACIONES EN EL SECTOR DEL TRANSPORTE AÉREO: LAS LÍNEAS BÁSICAS ESTABLECIDAS EN LA LEY 7/2017**

6. La Ley 7/2017 responde, como ha apuntado la doctrina más autorizada, a las exigencias derivadas de la DRAL<sup>16</sup>. Aunque, como hemos señalado, el sistema español de resolución alternativa de litigios de consumo está por construir. De hecho, la DA 2.<sup>a</sup> (apdo. 2) de la misma establece que el procedimiento de resolución alternativa de litigios en el ámbito del transporte aéreo será desarrollado a través de una Orden de la persona titular del Ministerio de Fomento.

Según dicha disposición, será solo una la entidad acreditada para la resolución de litigios de consumo en el ámbito del transporte aéreo y la candidata para ejercer tales competencias será la Agencia Estatal de Seguridad Aérea (AESA)<sup>17</sup>, siempre que dicha entidad acomode su funcionamiento y procedimiento a lo previsto en la Ley 7/2017. No obstante, la actividad de dicha entidad, según dicha ley, parece ser compatible con las Juntas Arbitrales de Consumo y en general todas aquellas entidades que den cobertura a reclamaciones de todos los sectores económicos. Contempla además que el procedimiento de resolución de controversias que deberá configurarse será de aceptación obligatoria y resultado vinculante para las compañías aéreas. Cosa distinta es saber si dicha opción legislativa garantiza que no queda cerrada la vía judicial, es decir, hasta qué punto resulta compatible o no con el derecho a una tutela judicial efectiva. Una cuestión que dependerá, en definitiva, de cómo se configure dicho procedimiento.

---

<sup>16</sup> ESTEBAN DE LA ROSA, F., «El sistema español de resolución alternativa de litigios de consumo y la nueva Ley 7/2017, de 2 de noviembre», en ESTEBAN DE LA ROSA, F. (dir.) y OLARIU, O. (coord.), *La resolución de conflictos de consumo. La adaptación del Derecho español al marco europeo de resolución alternativa (ADR) y en Línea (ODR)*, Navarra, Thomson Reuters-Aranzadi, 2018, pp. 81-105, esp. pp. 81-85.

<sup>17</sup> Dicho organismo fue designado para velar en España por el cumplimiento efectivo del Reglamento núm. 261/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos, y se deroga el Reglamento (CEE) núm. 295/91 (DO L núm. 46, de 17 de febrero de 2004). Sobre su funcionamiento, véase [https://www.seguridadaerea.gob.es/lang\\_castellano/particulares/cancelac\\_retraso/default.aspx](https://www.seguridadaerea.gob.es/lang_castellano/particulares/cancelac_retraso/default.aspx).

### 3. ANÁLISIS DE LA NUEVA INICIATIVA LEGISLATIVA SOBRE RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONSUMO EN EL ÁMBITO DEL TRANSPORTE AÉREO

#### 3.1. Ámbito de aplicación

7. Para que el consumidor alcance una protección adecuada y efectiva en el ámbito del transporte aéreo, es preciso que se dé un tratamiento adecuado de las reclamaciones presentadas por los usuarios<sup>18</sup>. No son pocos los casos en los que, pese a la presentación por el consumidor de la pertinente reclamación, la compañía transportista deniega al pasajero la compensación solicitada, o lo que es más grave, simplemente ignora su reclamación<sup>19</sup>. No sorprende, por tanto, que desde instancias europeas se planteen iniciativas de distinto alcance dirigidas a fomentar la utilización de mecanismos extrajudiciales de resolución de controversias. Aunque, hasta el momento, estas han resultado infructuosas<sup>20</sup>.

De ahí que las esperanzas estén puestas en la Propuesta de Orden proyectada por el Ministerio de Fomento. Según dicha Propuesta, la única entidad acreditada con competencia para resolver los litigios surgidos en el ámbito del transporte será, en sintonía con lo establecido en la Ley 7/2017, la AESA<sup>21</sup>. Aunque, paradójicamente, dicha Propuesta también permite recurrir a otros mecanismos de resolución de conflictos. De hecho, el art. 5 de la P.Or permite al consumidor acudir tanto a la vía judicial como a cualquier sistema extrajudicial de resolución de conflictos aceptado por la compañía aérea o el gestor aeroportuario. El problema que se plantea es que en dicha Propuesta no se definen del todo las relaciones existentes entre tales sistemas. Se trata de una cuestión que, a nuestro juicio, debería haber sido resuelta en la normativa propuesta para evitar problemas prácticos. En concreto, esta debería concretar cómo tendría que actuar la AESA cuando una Junta Arbitral de Consumo estuviere conociendo de una reclamación o, al contrario, qué debería hacer aquella si ya lo está haciendo esta.

8. El ámbito de aplicación de la normativa proyectada se entiende mejor si se tiene en cuenta que el objetivo fundamental de la misma es establecer un mecanismo de resolución de controversias para aquellos conflictos derivados de la aplicación de ciertos Reglamentos aprobados en la Unión Europea para la protección de los usuarios del transporte (art. 1 P.Or). En

<sup>18</sup> Sobre la actualidad del tema, véase al respecto la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 6.ª) de 11 de abril de 2019 (asunto C- 464/18, ECLI:EU:C:2019:311).

<sup>19</sup> RUEDA VALDIVIA, R., «Acciones de compensación frente a transportista de hecho por denegación de embarque, cancelación o gran retraso en vuelos de conexión: Aspectos jurisdiccionales», *La Ley. Unión Europea*, 2018, núm. 59, p. 7.

<sup>20</sup> PÉREZ MORIONES, A., «Hacia la consolidación de la resolución alternativa de conflictos en el ámbito del transporte aéreo», *La Ley*, 2018, núm. 9.298, pp. 1-14, esp. pp. 2-6.

<sup>21</sup> Será el titular del Ministerio de Fomento la autoridad acreditante de dicha entidad (art. 26.4 Ley 7/2017).

concreto, dicho procedimiento resultará de aplicación solo a aquellos conflictos nacionales o transfronterizos que se deriven de la aplicación de los Reglamentos (CE) núm. 261/2004<sup>22</sup> y núm. 1107/2006<sup>23</sup> (art. 3.1 P.Or)<sup>24</sup>. En particular, será aplicable cuando los pasajeros o usuarios afectados —es decir, a toda persona física que actúe con fines ajenos a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión [art. 2.1.a) P.Or]— partan, utilicen o pretendan utilizar vuelos que salgan de un aeropuerto situado en territorio español o que partan de un país que no sea miembro de la UE con destino a otro situado en territorio español, siempre que la empresa operadora sea comunitaria<sup>25</sup> y el gestor aeroportuario esté situado en territorio español. Dos precisiones hay que hacer al respecto. En primer lugar, evidenciar que la Propuesta de Orden eleva el nivel de protección del consumidor/usuario al extender su ámbito de aplicación del Derecho europeo a aquellos supuestos en los que consumidores no residen en la UE. Y, en segundo lugar, precisar que la perspectiva acogida por esta iniciativa legislativa para delimitar su ámbito de aplicación espacial no responde al criterio establecido en la DRAL (art. 2 DRAL)<sup>26</sup> —y corroborado por el TJUE en la Sentencia de 14 de mayo de 2017 (asunto C-75/16)<sup>27</sup>—. Según el cual, la DRAL resulta de aplicación indistintamente a los litigios nacionales y transfronterizos relativos a las obligaciones contractuales derivadas de contratos de compraventa o de prestación de servicios entre un comerciante establecido en la UE y un consumidor residente en la Unión. No obstante, la perspectiva unilateralista adoptada por el legislador español en la presente iniciativa legislativa impide que la AESA tenga competencia para conocer de todas las reclamaciones

<sup>22</sup> Del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos, y se deroga el Reglamento (CEE) núm. 295/91 (*DO L* núm. 46, de 17 de febrero de 2004).

<sup>23</sup> Del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, sobre los derechos de las personas con discapacidad o movilidad reducida en el transporte aéreo (*DO L* núm. 204, de 26 de julio de 2006).

<sup>24</sup> En concreto, dicho precepto dispone que: «Esta orden es de aplicación al procedimiento [...] para la resolución de los conflictos, nacionales o transfronterizos, que surjan respecto de la aplicación de: a) el Reglamento (CE) núm. 261/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, cuando: 1. Los pasajeros partan de un aeropuerto situado en territorio español, o 2. Los pasajeros partan de un aeropuerto situado en un país que no sea miembro de la Unión Europea, con destino a otro situado en territorio español, a menos que disfruten de beneficios o compensación y de asistencia en ese país no perteneciente a la Unión Europea, cuando la compañía aérea operadora sea una compañía aérea comunitaria; b) el Reglamento (CE) núm. 1107/2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, cuando: 1. Las personas con discapacidad o movilidad reducida utilicen o pretendan utilizar vuelos comerciales de pasajeros que salgan de los aeropuertos situados en territorio español, lleguen a estos aeropuertos o transiten por ellos».

<sup>25</sup> Es decir, siempre que posea una licencia de explotación válida expedida por un Estado miembro de conformidad con las disposiciones del Reglamento (CEE) núm. 2407/92, del Consejo, de 23 de julio, sobre la concesión de licencias a las compañías aéreas (*DO L* núm. 240, de 24 de agosto de 1992).

<sup>26</sup> Sobre el mismo, véase ESTEBAN DE LA ROSA, F., «El régimen de Derecho internacional privado de la resolución alternativa de litigios de consumo en la directiva 2013/11/UE y la Ley 7/2017», en ESTEBAN DE LA ROSA, F. (dir.) y OLARIU, O. (coord.), *La resolución de conflictos de consumo. La adaptación del Derecho español al marco europeo de resolución alternativa (ADR) y en Línea (ODR)*, Navarra, Thomson Reuters-Aranzadi, 2018, pp. 415-442, esp. pp. 417-420.

<sup>27</sup> Considerando 40, ECLI:EU:C:2017:457.

surgidas entre consumidores con residencia habitual en la Unión Europea frente a empresarios establecidos en un Estado miembro. Cabe afirmar, por tanto, que dicha regulación no se compadece bien ni con el Derecho europeo ni con el ámbito de aplicación espacial de la Ley 7/2017. Por ello, desde aquí, *de lege ferenda*, consideramos que sería preciso modificar el ámbito de aplicación de dicha Propuesta legislativa, para que la AESA pudiera conocer de aquellos litigios transfronterizos tal y como son definidos por el propio Derecho europeo, es decir, aquellos en los que el consumidor reside en un Estado miembro de la Unión Europea frente a un empresario establecido en otro Estado.

Además, sería también necesario que el legislador español aclarara si los litigios de los que derivan tales reclamaciones pueden haber surgido en línea o no, puesto que, a pesar de existir una disposición que hace referencia a ello (art. 9.5 P.Or), no resulta evidente.

9. Dicha Propuesta delimita asimismo su ámbito de aplicación desde una perspectiva subjetiva y material. Esta solo se aplica a los procedimientos iniciados por los usuarios/pasajeros frente al empresario. De hecho, el concepto de pasajero/usuario que emplea la P.Or (art. 2.1) es más restringido que el concepto de consumidor que establece la Ley 7/2017, que incorpora además a las personas jurídicas<sup>28</sup>. Aunque dicha limitación tiene su lógica al ajustarlo al ámbito de la actividad que regula: el transporte aéreo, dicho concepto debería de haber sido amoldado para tener en cuenta las previsiones existentes en la Directiva 2015/2302/UE, de 25 de noviembre, relativa a los viajes combinados y a los servicios de viajes vinculados<sup>29</sup>, que extiende la protección de la que disfruta el consumidor en materia de viajes combinados al representante de una pequeña empresa o al profesional, siempre que este último no se sirva de un convenio general para la gestión u organización de sus viajes (considerando 7)<sup>30</sup>.

De manera similar, el procedimiento que diseña el legislador español no comprende todas las reclamaciones que el usuario puede plantear en este ámbito. En concreto, el art. 4 de la iniciativa propuesta enumera aquellos aspectos que están excluidos del ámbito de aplicación material. Así, excluye cualquier litigio relativo a los daños y perjuicios causados por el incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato de transporte y las reclamaciones de los usuarios en base al Reglamento (CE) núm. 2027/97, del Consejo, de 9 de octubre, relativo a la responsabilidad de las compañías aéreas respecto al transporte aéreo de los pasajeros y su equipaje, o las reclamaciones por la destrucción, pérdida, avería o retraso de los equipajes facturados en base a cualquier otra norma o convención [art. 4.a) y e)]<sup>31</sup>. A nuestro juicio, dicha exclusión resulta incomprensible, puesto que afecta a un número importante

<sup>28</sup> Sobre el mismo, véase ESTEBAN DE LA ROSA, F., *op. cit.* nota 16, pp. 90-91.

<sup>29</sup> DO L núm. 326/1, de 11 de diciembre de 2015.

<sup>30</sup> En este sentido, véase PÉREZ MORIONES, A., *op. cit.*, nota 20, p. 7.

<sup>31</sup> DO L núm. 285, de 17 de octubre de 1997.

de reclamaciones<sup>32</sup>. Es cierto que la AESA surge para conocer de las reclamaciones relacionadas con el incumplimiento de las obligaciones establecidas en el Reglamento núm. 2006/2004, pero también lo es que en esta iniciativa legislativa se le confiere a aquella la potestad para conocer de aquellos litigios que surjan como consecuencia de la inobservancia del Reglamento (CE) núm. 1107/2006. Entonces, ¿por qué no conferirle también a la AESA la competencia para conocer de los litigios derivados del incumplimiento del Reglamento (CE) núm. 2027/97? Una cuestión que alcanza todo su sentido, máxime teniendo en cuenta que dicho Reglamento forma parte del acervo comunitario en materia de derechos de los pasajeros. Por ello, animamos a que, *de lege ferenda*, sean incluidos en el ámbito de aplicación de dicha propuesta normativa aquellos aspectos relativos al daño causado por el transporte aéreo de los pasajeros y su equipaje, así como las reclamaciones por la destrucción, pérdida, avería o retraso de los equipajes facturados.

Quedan excluidos además del ámbito de aplicación de la Propuesta de Orden aquellos litigios que afecten a las cláusulas y prácticas abusivas en el contrato de transporte aéreo u otra documentación atinente al transporte, las prácticas desleales, publicidad o información precontractual o contractual, la protección de datos de carácter personal, así como las previstas en el art. 3.2 Ley 7/2017 [art. 4.b), c) y f)].

### **3.2. El procedimiento de resolución de controversias en el ámbito del transporte aéreo**

10. Con carácter previo a la iniciación del procedimiento diseñado en la proyectada Orden, y en sintonía con lo previsto en el art. 18 Ley 7/2017, el consumidor deberá haber planteado su pretensión ante el responsable del incumplimiento que origina la reclamación, aportando la documentación que considere pertinente para hacer valer sus derechos (art. 7 P.Or). Cuando esta no haya sido resuelta en el plazo de un mes o no sea totalmente satisfactoria, la compañía aérea o el gestor aeroportuario deberán informar al consumidor si se encuentran adheridos a una entidad de resolución alternativa de litigios de consumo en España o en cualquier Estado miembro de la Unión Europea (ex art. 40 Ley 7/2017) y, en todo caso, de la posibilidad de presentar su reclamación ante la AESA (art. 6 P.Or). De hecho, consideramos que las propias compañías aéreas deberían también de informar a los consumidores que están obligadas a participar en este procedimiento ante la AESA.

11. El procedimiento a seguir está regulado en el Capítulo II de la Propuesta de Orden. Este se inicia con la presentación de la oportuna reclamación ante la AESA bien a través de su sede electrónica o en papel (art. 9.1 P.Or), aunque tampoco hay que olvidar que también se puede presentar a través de la Plataforma ODR (art. 9.5 P.Or).

---

<sup>32</sup> PÉREZ MORIONES, A., *op. cit.*, nota 20, p. 8.

En concreto, dicha reclamación se realizará en el formulario que al efecto adopte la AESA y al que se podrá acceder a través de su página *web* (art. 9 y DA 2.ª P.Or<sup>33</sup>).

La reclamación deberá presentarse ante la AESA. Aunque, a nuestro juicio, en la práctica el mayor problema para el consumidor será determinar cuál es la autoridad o entidad RAL competente para la resolución de una controversia surgida en el ámbito del transporte aéreo. Y ello porque, por una parte, las empresas responsables pueden estar obligadas a participar ante una determinada entidad RAL o adheridas a una o varias entidades RAL. Y, por otra, porque cada Estado ha designado a organismos estatales con competencia para garantizar el cumplimiento de lo establecido en el Reglamento (CE) núm. 261/2004, aunque hay que reconocer que, salvo excepciones, tales organismos carecen de competencia para la resolución de reclamaciones individuales de pasajeros<sup>34</sup>. Este problema se agrava, como hemos tenido oportunidad de analizar, porque la Propuesta proyectada no ha delimitado su ámbito de aplicación espacial de acuerdo con lo que dicta el Derecho europeo. De haberlo hecho así, la AESA tendría competencia para conocer de todo litigio surgido entre consumidores residentes en la UE frente a empresas establecidas en un Estado miembro.

Al no hacerlo, y siendo el legislador español consciente de este problema, la Propuesta de Orden contempla que, en caso de que la competencia para conocer de la reclamación corresponda a otro Estado miembro, la AESA tiene la obligación de trasladar dicha reclamación a la entidad de resolución alternativa de litigios que aquel Estado hubiera notificado a tales efectos, al Centro Europeo del Consumidor en España<sup>35</sup>, si hubiera notificado varias entidades que resulten competentes, o al organismo responsable del cumplimiento del Reglamento (CE) núm. 261/2004 o del Reglamento (CE) núm. 1107/2006, o a ambos según corresponda (art. 12). Es cierto que esta previsión puede contribuir de forma muy positiva para identificar la entidad RAL competente para resolver el conflicto. Y es que una adecuada protección del consumidor requiere que este reciba información no solo de sus derechos, sino también sobre cómo tramitar sus reclamaciones y frente a quién hacerlo<sup>36</sup>. De hecho, esta es, a nuestro juicio, la asignatura pendiente a resolver en este ámbito. Por lo que deberían fomentarse y explotarse todos los medios de los que se

---

<sup>33</sup> La AESA deberá incluir en el formulario que debe elaborar un contenido mínimo (ex art. 9.2 de la P.Or), además, de la información a la que se refiere el art. 14.1 Ley 7/2017, con miras a que el consumidor tenga conocimiento de las garantías establecidas por el Derecho europeo antes de la presentación de la reclamación.

<sup>34</sup> RUEDA VALDIVIA, R., *op. cit.*, nota 19, p. 7.

<sup>35</sup> Sobre las funciones asumidas por este, véase PAREDES PÉREZ, J. I., «La participación del centro europeo del consumidor en España en la resolución de litigios transfronterizos de consumo: ¿cambio de funciones? o ¿nuevas funciones?», en ESTEBAN DE LA ROSA, F. (dir.) y OLARIU, O. (coord.), *La resolución de conflictos de consumo. La adaptación del Derecho español al marco europeo de resolución alternativa (ADR) y en Línea (ODR)*, Navarra, Thomson Reuters-Aranzadi, 2018, pp. 395-413.

<sup>36</sup> Sobre la importancia del principio de información en este ámbito, véase MARCHAL ESCALONA, N., *op. cit.*, nota 2, pp. 1015-1051.

dispone en tal sentido. Justamente la propia Plataforma europea ODR podría servir a tales propósitos<sup>37</sup>.

12. Dicha reclamación solo podrá ser inadmitida a trámite si concurre cualquiera de las causas previstas en el art. 7 de la Propuesta de Orden, un precepto que eleva, como lo hace el art. 18 Ley 7/2017, la protección del consumidor frente a lo dispuesto en el art. 5.4 DRAL<sup>38</sup>. En el caso de que sea admitida, se dará audiencia a la compañía aérea o gestor aeroportuario reclamado, trasladándole la reclamación y documentación presentada por el consumidor y dándole un plazo de veinte días hábiles para que formule las observaciones y proponga o presente las pruebas que considere pertinentes para hacer valer su derecho<sup>39</sup>. En otro caso, se dará audiencia al consumidor por un plazo de diez días hábiles al objeto de que formule las alegaciones o presente los documentos que estime pertinentes, y proponga otros medios de prueba de los que intente valer, teniéndole por decaído en el trámite en el caso de que no le dé cumplimiento en el plazo indicado (art. 16.2 P.Or).

13. Mención especial merece la posibilidad que ofrece el art. 15.1 de la Propuesta de Orden de acordar, de oficio o a instancia de parte, la acumulación de los procedimientos que guarden identidad sustancial o íntima conexión, es decir, de aquellas reclamaciones que traigan causa en los mismos hechos. Una regla de acumulación de acciones que debe ser valorada en sentido positivo, pues resulta eficiente en términos de análisis económico del Derecho. Además, dicho precepto admite también que en los procedimientos no acumulados que tengan su causa en los mismos hechos la AESA posee la facultad de incorporar al respectivo proceso las alegaciones y documentación presentada por la compañía aérea o el gestor aeroportuario formuladas en otros procedimientos para así determinar si concurren las circunstancias determinantes de la aplicación de los Reglamentos de la Unión Europea (art. 15.2 P.Or). Una previsión que merece igualmente una valoración positiva, pues permite dictar resoluciones participadas por el principio de coherencia.

14. La AESA deberá resolver sobre la práctica de las pruebas propuestas por las partes, pudiendo acordar de oficio la práctica de las pruebas complementarias que considere imprescindibles para la solución de la controversia.

---

<sup>37</sup> Sería de interés que la Plataforma Europea ODR incorporase una funcionalidad a fin de permitir conocer si las empresas responsables se encuentran adheridas u obligadas a participar ante alguna entidad RAL [MARQUÉS CEBOLA, C., «La resolución en línea de litigios de consumo en la nueva plataforma europea ODR. Perspectiva desde los sistemas español y portugués», en ESTEBAN DE LA ROSA, F. (dir.) y OLARIU, O. (coord.), *La resolución de conflictos de consumo. La adaptación del Derecho español al marco europeo de resolución alternativa (ADR) y en Línea (ODR)*, Navarra, Thomson Reuters-Aranzadi, 2018, pp. 374-375].

<sup>38</sup> En el caso de que la AESA no admita la reclamación presentada, su resolución deberá ser notificada al usuario dentro de los veintidós días naturales desde la recepción de la reclamación (art. 11.2 P.Or). Contra la misma se podrá interponer recurso potestativo de reposición. En cualquier caso, la presentación de la reclamación ante la AESA suspenderá o interrumpirá los plazos de caducidad y prescripción de acciones que sean aplicables (art. 13 P.Or).

<sup>39</sup> Transcurrido el plazo previsto sin que la compañía aérea o gestor aeroportuario reclamado haya formulado observaciones, se le tendrá por desistido del respectivo trámite, prosiguiéndose la tramitación del procedimiento, pudiendo prescindirse del trámite de audiencia del interesado (art. 16.1 P.Or).

Ahora bien, es de reseñar que los gastos ocasionados por las pruebas practicadas a instancia de parte serán sufragados por quien las haya propuesto y las comunes o coincidentes por mitad (art. 17 P.Or). Practicadas las pruebas admitidas, se dará nueva audiencia a las partes por un plazo improrrogable de diez días hábiles, si fuera necesario para garantizar la igualdad y contradicción de las partes en el procedimiento, y, a continuación, resolverá la AESA y determinará las medidas a adoptar (art. 18.1 P.Or). El plazo para dictar esta resolución será de noventa días naturales contados desde la fecha de la presentación de la reclamación o, en su caso, desde la fecha en que conste en soporte duradero que se ha recibido la documentación completa y necesaria para tramitar el procedimiento (art. 18.2 P.Or), prorrogables cuando concurra especial complejidad en la controversia, o cuando no existan o se hayan agotado los medios personales y materiales disponibles<sup>40</sup>. Transcurrido dicho plazo sin que se haya dictado resolución, el consumidor podrá entender desestimada su reclamación por silencio administrativo (art. 18.4 P.Or)<sup>41</sup>.

### **3.3. La adaptación de la iniciativa proyectada al marco estatal de resolución alternativa de litigios de consumo**

15. El procedimiento de resolución de controversias descrito y regulado en la Propuesta de Orden responde, según establece su art. 8, a los principios de independencia, imparcialidad, transparencia, eficacia y equidad establecidos en la Ley 7/2017. A continuación nos ocuparemos de analizar hasta qué punto la iniciativa proyectada responde a tales exigencias.

#### **3.3.1. Principios de independencia, imparcialidad y eficacia**

16. La financiación pública de la que dispone la AESA facilita el cumplimiento del principio de independencia e imparcialidad que los arts. 23 a 25 Ley 7/2017 (art. 6 DRAL) establecen. Tampoco cabe dudar del cumplimiento de las condiciones y cualificación que se exigen a las personas encargadas de la resolución de los procedimientos ex art. 22 Ley 7/2017 (art. 6 DRAL), puesto que la competencia para resolver de los litigios surgidos en este ámbito corresponde a la AESA, a través de su director/a (art. 19.1 y art. 3.1 P.Or), por lo que debe presuponerse que tal/es persona/s cuenta/n con conocimientos

<sup>40</sup> Dicha prórroga no podrá ser superior al plazo de noventa días naturales previsto para la resolución.

<sup>41</sup> Dicha resolución será vinculante e inmediatamente ejecutiva para la compañía aérea que deberá hacerla efectiva en un plazo máximo de un mes desde la notificación de la resolución, acreditando tal circunstancia ante la Agencia. En caso de que la compañía aérea no acredite en plazo el cumplimiento de la resolución, la Agencia podrá iniciar de oficio un procedimiento administrativo sancionador, para la protección de los derechos de los usuarios del transporte aéreo (art. 18.5 P.Or). Las resoluciones dictadas por el director de la Agencia ponen fin a la vía administrativa y frente a ellas solo cabrá el recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa, sin perjuicio de la posibilidad de interponer el potestativo de reposición.

necesarios y una metodología de actuación suficientes para hacer un análisis jurídico de la situación litigiosa y aplicar correctamente las normas. Por el contrario, no podemos entrar a valorar si la iniciativa presentada cumple o no con las exigencias derivadas del principio de imparcialidad, puesto que nada se especifica en ella. Quizá, porque esta cuestión debe estar prevista y regulada en el Estatuto de la Agencia, que entendemos que deberá ser modificado para que la AESA pueda ser acreditada (ex art. 29 Ley 7/2017). De hecho, la existencia de dicho Estatuto nos permite concluir el cumplimiento del principio de transparencia, siempre que sean observadas las exigencias contenidas en el art. 35 Ley 7/2017. Eso sí, para cumplir con la segunda vertiente de este principio (que obliga a ofrecer información sobre el número de litigios recibido, tipos de reclamaciones, problemas sistemáticos, etc.), la AESA deberá contar con medios personales y materiales suficientes. Es ahí donde radica, en nuestra opinión, el mayor problema, dado que en la DA 1.<sup>a</sup> de esta iniciativa legislativa establece que las medidas incorporadas en esta normativa no suponen, en modo alguno, incremento de las asignaciones presupuestarias, ni de dotaciones o retribuciones u otros gastos de personal. Una decisión de política legislativa que comprometerá, sin duda alguna, la eficacia y efectividad de dicho procedimiento.

17. Tampoco existen mayores problemas para determinar la compatibilidad del régimen de la Propuesta de Orden respecto de las exigencias que se derivan del principio de eficacia (arts. 17, 10, 11 y 20 Ley 7/2017). Y es que el procedimiento no solo se proyecta como accesible tanto en línea como en papel (art. 9 P.Or), sino que obliga también a las partes sean informadas de que no están obligadas a actuar asistidas por el abogado o asesor jurídico (art. 14.1 P.Or)<sup>42</sup>. Además, dicho proceso tiene carácter gratuito o un coste no muy elevado, puesto que las partes están obligadas a cubrir los costos derivados de las pruebas (art. 17.2 P.Or) en sintonía con lo establecido en la Ley 7/2017 (art. 7.1 DRAL). Por otra parte, la plena compatibilidad del procedimiento diseñado con la Ley 7/2017 tiene que ver con el plazo máximo para la obtención de una solución al litigio. El principio de eficacia obliga a que el resultado del proceso ante la entidad RAL acreditada se dé a conocer en un plazo de noventa días, plazo que puede ampliarse ante litigios de índole compleja, como así ha establecido la iniciativa proyectada (art. 18.3 P.Or). De forma que, transcurrido el plazo previsto en el apartado anterior sin que se haya dictado resolución, el usuario podrá entender desestimada su reclamación por silencio administrativo (art. 18.4 P.Or.). Es evidente que el cumplimiento efectivo de dicho principio dependerá de la suficiencia de medios y personal con la que se dote a la AESA. Difícilmente se podrá atender a dicho principio si no se le dota a dicha entidad de más recursos humanos, como así establece la DA 1.<sup>a</sup> P.Or<sup>43</sup>.

---

<sup>42</sup> Ello, sin perjuicio del derecho que tienen las partes de acceder al procedimiento en cualquiera de sus fases pudiendo comparecer por sí mismas, representadas o asistidas por tercero, y solicitar, si así lo desean, asesoramiento independiente (art. 14.2 P.Or).

<sup>43</sup> Véase GARCÍA MONTORO, L., «Las medidas incluidas en la norma no supondrán incremento de dotaciones ni de retribuciones ni otros gastos de personal. A propósito de la disposición adicional

### 3.3.2. Principios de equidad, libertad y legalidad

18. La coordinación entre el procedimiento de resolución de controversias establecido en la Propuesta de Orden y las exigencias que derivan del principio de equidad (arts. 17 y 10 Ley 7/2017) es manifiesta al establecer aquella las exigencias relacionadas con el principio de contradicción (art. 16 P.Or) y representación (art. 14 P.Or), además de obligar a informar a las partes de que no están obligadas a ser asistidas por letrado, aunque pueden solicitar asesoramiento o estar representadas o asistidas en cualquier fase del proceso. El art. 9.3 P.Or satisface parcialmente las exigencias que provienen de este principio, al limitar la información que la AESA deberá incorporar en el formulario que debe adoptar solo a los extremos previstos en el art. 14.1 Ley 7/2017. Sin embargo, no contiene la obligación de informar al consumidor de que antes de dar su consentimiento a una solución propuesta, debe disponer de un plazo de reflexión no inferior a tres días hábiles a contar desde la recepción de la propuesta. Esta carencia debería ser subsanada para compatibilizar esta normativa con la Ley 7/2017. Es más, creemos necesario que dicha información sea facilitada al consumidor en un idioma comprensible para este, pues de lo contrario puede estar haciendo una renuncia inopinada a la vía judicial. El «idioma» puede constituir uno de los mayores obstáculos para garantizar el acceso a una tutela judicial efectiva en los supuestos transfronterizos en este ámbito<sup>44</sup>. Lamentablemente, esta cuestión no ha sido expresamente prevista ni regulada ni en la DRAL ni en la Ley 7/2017 ni en la P.Or.

19. En cuanto al principio de libertad, el art. 15 Ley 7/2017 contempla situaciones en las que no se requiere la acepción *ad hoc* del empresario para el inicio del procedimiento ante una entidad RAL, lo que sucede cuando la empresa está obligada a participar en el procedimiento ante una entidad RAL, como sucede en el proceso diseñado ante la AESA (art. 8 P.Or). En tales casos, y según lo preceptuado en el art. 9.2 Ley 7/2017, no debe excluirse el acceso a la vía judicial. A nuestro juicio, el procedimiento diseñado en la iniciativa proyectada no la excluye, en la medida en que admite que pueda recurrirse la decisión vinculante que se dicte. Por lo que cabe afirmar que queda garantizado el derecho fundamental de acceso a la jurisdicción.

Con todo, lo que esta iniciativa legislativa parece no tener claro es la diferencia que existe entre el carácter que tiene el procedimiento ante la AESA y el que debe revestir la decisión que se adopte en el mismo. Y ello, porque del tenor literal del art. 6 de la P.Or cabe deducir que el procedimiento ante la AESA es de naturaleza obligatoria tanto para el gestor aeroportuario como

---

tercera del Anteproyecto de Ley de Resolución Alternativa de Conflictos de Consumo», CESCO, 3 de junio de 2015.

<sup>44</sup> MARCHAL ESCALONA, N., *op. cit.*, nota 6, pp. 511-524; PALAO MORENO, G., «Cross-border Consumer Redress after the ADR Directive and the ODR Regulation», en CORTÉS, P. (ed.), *The New Regulatory framework for consumer dispute resolution*, Oxford, Oxford University Press, 2016, pp. 393-405, esp. p. 400.

para la compañía aérea. No obstante, el art. 8.2.b) de la misma Propuesta estipula que dicho procedimiento es para los usuarios y los gestores aeroportuarios de aceptación voluntaria y resultado no vinculante; mientras que de aceptación obligatoria y resultado vinculante para las compañías aéreas [art. 8.2.c) P.Or]. Ese extremo resulta confuso y debe ser aclarado. A nuestro juicio, la intención del legislador era configurar un procedimiento de naturaleza obligatoria tanto para las compañías aéreas como para el gestor aeroportuario, pero con resultado vinculante solo para aquellas. Una opción de política legislativa que no compartimos. El procedimiento debería ser, *de lege ferenda*, de aceptación obligatoria y resultando vinculante tanto para compañías aéreas como para los gestores aeroportuarios. Por lo que la P.Or debería ser modificada en dicho sentido. Pero hay que ser realistas. La modificación propuesta va claramente en contra de los intereses de los gestores aeroportuarios, y hay que tener en cuenta que en España el mayor gestor aeroportuario es AENA, sociedad pública, y esta, como es obvio, hará todo lo que esté en sus manos para evitar que esta se produzca.

En cualquier caso, el problema radica en saber cuál es el alcance que posee dicha obligación legal, es decir, hasta qué punto una compañía aérea o el gestor aeroportuario tiene la obligación legal de participar en dicho proceso. Pues bien, ni la DRAL ni la Ley 7/2017 establece la ley a la que corresponde decidir en torno a la existencia de una eventual obligación legal de adhesión al procedimiento ante una entidad RAL. La DRAL parece apuntar que dicha cuestión depende del lugar donde esté establecida la empresa. Por lo que, según esto, serán las compañías aéreas y los gestores aeroportuarios establecidos en España los que tendrían la obligación legal de someterse al procedimiento ante la AESA. Pero también es cierto que, según Fernando Esteban de la Rosa, la existencia de un volumen importante de actividad de una empresa en un país distinto al de su establecimiento podría proporcionar argumentos para extender sobre tales empresas las mencionadas obligaciones<sup>45</sup>. Por lo que sería muy útil y necesario que la futura normativa se pronunciara al respecto.

20. No obstante, queda por determinar el carácter que reviste la participación del consumidor en este procedimiento. Ni la DRAL ni la Ley 7/2017 establecen la ley a la que corresponde decidir si el consumidor tiene la obligación legal de adhesión al procedimiento ante una entidad de RAL, pero lo que sí es evidente es que si dicha ley obliga al consumidor a participar ante dicha entidad, puede suponer una excepción y un límite importante al derecho a la tutela judicial efectiva, siempre que no se observe lo preceptuado en el Derecho europeo<sup>46</sup>, tal y como ha sido refrendado en las decisiones del TJUE de 18 de marzo de 2010<sup>47</sup> y de 14 de junio de 2017.

---

<sup>45</sup> *Id.*, «El régimen de Derecho internacional privado de la resolución alternativa de litigios de consumo en la Directiva 2013/11/UE y la Ley 7/2017», en ESTEBAN DE LA ROSA, F. (dir.) y OLARIU, O. (coord.), *La resolución de conflictos de consumo. La adaptación del Derecho español al marco europeo de resolución alternativa (ADR) y en Línea (ODR)*, Navarra, Thomson Reuters-Aranzadi, 2018, p. 428.

<sup>46</sup> MARCHAL ESCALONA, N., *op. cit.*, nota 6, pp. 516-520.

<sup>47</sup> Asuntos C-317/08, C-318/08, C-319/08 y C-320/08, ECLI:EU:C:2010:146.

21. Mención especial merece el art. 18.1 de la P.Or, que obliga a la entidad RAL acreditada a garantizar los derechos de los consumidores tal y como son reconocidos desde las propias fuentes europeas, lo cual debe ser valorado positivamente, puesto que a la vista de la dicción del art. 16.1 Ley 7/2007 el principio de legalidad que proclama dicha norma solo resulta aplicable cuando la decisión de la entidad RAL posee carácter vinculante. En el resto de los supuestos se parte de la idea de que los derechos de los consumidores están protegidos de forma suficiente.

#### 4. HACIA LA «MEDIACIÓN OBLIGATORIA MITIGADA» EN EL SISTEMA JURÍDICO ESPAÑOL

##### 4.1. Introducción

22. Cada vez cobra más fuerza entre la doctrina la conveniencia de desarrollar vías de actuación conjuntas y coordinadas entre los diferentes mecanismos de resolución de controversias en el ámbito del Derecho de consumo capaces de satisfacer las necesidades del consumidor transfronterizo<sup>48</sup>. De hecho, desde propias europeas se han barajado propuestas en este sentido. En este contexto, cabe destacar el estudio de Derecho comparado elaborado a iniciativa del Parlamento Europeo sobre la aplicación de la Directiva sobre mediación<sup>49</sup>, en el que se reconoce que, a pesar de los evidentes beneficios que la mediación despliega, este sigue siendo un sistema escasamente utilizado para la resolución de los conflictos<sup>50</sup>. No obstante, es una opción que cuenta con más adeptos y con reflejo en Derecho comparado (sistema jurídico italiano y francés)<sup>51</sup>.

<sup>48</sup> Vos, G., «The Relationship between Formal and Informal Justice: the Courts and Alternative Dispute Resolution (ADR)», en *The Implementation of the mediation Directive 29 November de 2016*, <http://www.europarl.europa.eu/supporting-analyses>, pp. 31-42. De hecho, en Derecho comparado existen experiencias en este sentido, como así sucede, por ejemplo, con los *mediateurs* de consumo en Francia, la mediación adjudicativa en Italia, los procesos ante la Oficina Nacional de Reclamaciones de los Consumidores en Suecia o el *Financial Ombudsman Service* en Reino Unido (MARCHAL ESCALONA, N., *op. cit.*, nota 7, pp. 523-524).

<sup>49</sup> El resultado de dicho estudio se reflejó en el documento titulado «“Rebooting” the mediation Directive: assessing the limited impact of its implementation and proposing measures to increase the number of mediations in the EU», presentado por la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo en febrero de 2014 en Bruselas (<http://www.europarl.europa.eu/studies>). Sobre el mismo, AZCÁRAGA MONZONIS, C., «El (limitado) impacto de la Directiva de mediación y la mediación obligatoria como medida de promoción», en BARONA VILAR, S. (ed.), *Mediación, arbitraje y jurisdicción en el actual paradigma de justicia*, Pamplona, Aranzadi, 2016; GINEBRA MOLINS, M. E. y TARABAL BOSCH, J., «La obligatoriedad de la mediación derivada de la voluntad de las partes: las cláusulas de mediación», *Indret*, 2013, núm. 4, pp. 1-31.

<sup>50</sup> Lo que se ha dado en llamar la «paradoja de la mediación», es decir, la desconexión que existe entre los beneficios de la misma y el uso tan limitado que se hace de ella (PÉREZ MORIONES, A., «En torno a la paradoja de la mediación», *La Ley*, 2014, núm. 8.316, p. 3).

<sup>51</sup> DE PALO, G. y CANESSA, R., «New Trends for ADR in the European Union», en CORTÉS, P. (ed.), *The New Regulatory Framework for Consumer Dispute Resolution*, Oxford, Oxford University Press, 2016, p. 418.

Por ello, debe ser bien saludada la nueva iniciativa legislativa presentada para implantar en nuestro país la mediación como institución complementaria a la Administración de Justicia. A tales efectos, pretende superar el modelo de mediación voluntaria vigente en Derecho español y sustituirlo por el de «obligatoriedad mitigada»<sup>52</sup>. Tales objetivos pretenden materializarse, según anuncia la Exposición de motivos del Anteproyecto de Ley de impulso a la mediación, a través de ciertas medidas de índole procesal<sup>53</sup>, sin olvidar la labor que la concienciación y la formación<sup>54</sup> puede desempeñar para la efectiva instauración de este sistema de resolución de conflictos en nuestro país<sup>55</sup>.

La regulación propuesta pretende implantar un modelo de mediación obligatoria/voluntariedad «mitigada», capaz de desempeñar un papel fundamental en dos momentos procesales distintos: previamente a la interposición de determinadas demandas —mediación extrajudicial— y durante el proceso —mediación intrajudicial—<sup>56</sup>. Puesto que este último tipo de mediación está excluido del ámbito de aplicación de la DRAL [art. 12.2.f)], nos centraremos en analizar cómo ha diseñado el legislador español la mediación extrajudicial y, en concreto, su funcionamiento y regulación.

23. Pues bien, para instaurar la mediación extrajudicial en España, el Anteproyecto modifica el art. 6.1 Ley 5/2012 para prever la obligación de las partes de llevar a cabo —solo en un número determinado de materias— un intento de mediación con carácter previo al inicio de un proceso. Este consistirá en la celebración ante el mediador de una sesión informativa y una exploratoria que podrán celebrarse en un único acto, y que deberán realizarse dentro de los seis meses anteriores a la presentación de la demanda y a la que tendrán que asistir las partes, bien personalmente, si se trata de personas físicas, bien por medio de representante legal o persona con poder para transigir, si se trata de personas jurídicas.

---

<sup>52</sup> Un modelo que ya había sido propuesto tanto en el Anteproyecto de Ley de mediación de 2010 como el Proyecto de Ley de 2011, además de ser una propuesta reclamada por la judicatura en el Informe de los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia del año 2009 (PÉREZ MORIONES, A., «El Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación: en particular, la regulación de la mediación obligatoria mitigada», *Diario La Ley*, 2019, núm. 9.360, p. 5).

<sup>53</sup> A tales efectos, aborda la reforma desde varios frentes normativos, a saber: la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (*BOE* núm. 7, de 8 de enero de 2000 y posteriores modificaciones), la Ley 5/2012 y la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita (*BOE* núm. 11, de 12 de enero de 1996 y posteriores modificaciones).

<sup>54</sup> De hecho, en el plazo de un año desde la publicación de la ley se previó la modificación de los planes formativos del grado en Derecho, así como de otros grados afines para incluir la asignatura de mediación como obligatoria (DA 2.<sup>ª</sup>). El Informe presentado por el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) al Anteproyecto de Ley de impulso a la mediación va más allá y establece la oportunidad de extender dicha previsión a ciclos formativos, así como en temarios de oposiciones a cuerpos de la Administración. Disponible en [http://mediasviewer.wkcols.com/pdfView.ashx?url\\_data\\_id=8905072&repositoryType=es&action=GET](http://mediasviewer.wkcols.com/pdfView.ashx?url_data_id=8905072&repositoryType=es&action=GET), p. 55.

<sup>55</sup> Resulta llamativa la previsión de una *vacatio legis* de tres años (DF 2.<sup>ª</sup>), pues compagina mal con el objetivo de implantar la mediación. Sobre la necesidad de reducir dicho periodo, véase el Informe del CGPJ al Anteproyecto de Ley de impulso a la mediación, cit., nota 58, p. 55.

<sup>56</sup> Dicho Anteproyecto contempla también la posibilidad de que el procedimiento de mediación se inicie por decisión judicial. A tales efectos, introduce dos nuevos artículos (398 bis y 398 ter) en la LEC, que conformarán el nuevo Capítulo IX del Título I del Libro II LEC.

Adopta, así, un modelo similar al establecido en Italia (art. 51 bis del Decreto legislativo de 4 de marzo de 2010, núm. 28)<sup>57</sup> y acogido paulatinamente en otros Estados miembros de la Unión Europea<sup>58</sup>, que resulta, en principio, compatible con el principio de voluntariedad, propio de la mediación, puesto que implica únicamente la obligación de las partes de asistir en determinadas materias y procesos a ciertas sesiones dirigidas a informar y explorar tanto el asunto objeto de controversia como el posicionamiento inicial de las partes. En ellas, las partes recibirán información clara y precisa del procedimiento, de la dinámica de trabajo que se seguirá en caso de que finalmente se acuerde continuar la mediación y de sus beneficios frente a la vía judicial en cuanto a ahorro de tiempo y costes, para que, de este modo, puedan decidir acerca de la utilización de este mecanismo de resolución de controversias.

24. La mediación que se propugna no obliga a las partes en litigio a alcanzar ningún acuerdo. Constituye solo un requisito de procedibilidad, por lo que existe el riesgo de que dicha exigencia se convierta en un mero trámite burocrático que haga aumentar los trámites y plazos para la resolución de litigios<sup>59</sup>. Para evitarlo, el legislador debería establecer medidas disuasorias como también incentivadoras capaces de alentar y animar el recurso a la mediación, no solo como mero trámite, sino para la resolución del propio conflicto<sup>60</sup>. Es cierto que el Anteproyecto de Ley ha previsto algunas medidas, a saber: considera la mediación como prestación incluida en el derecho a asistencia jurídica gratuita (art. 6.11 Ley de asistencia gratuita en su redacción dada por el Anteproyecto de Ley); excluye de la eventual condena en costas los derechos y honorarios devengados por abogado y procurador en caso de que no se haya acudido a un intento de mediación sin causa justa que lo hubiera impedido (art. 35.2 LEC en su redacción dada por el Anteproyecto de Ley) y establece que no habrá un pronunciamiento de costas a favor de la parte que no hubiera acudido a un intento de mediación sin causa justificada (arts. 394.1.3 y 539.2.2 LEC en su redacción dada por el Anteproyecto de Ley). Pero, a nuestro modo de ver, estas medidas resultan insuficientes ya que deberían venir acompañadas de otras como la reducción de tasas judiciales ulteriores, como ya se ha experimentado en Italia con resultados muy interesantes, e, incluso, la imposición de sanciones, como así sucede en otros países de nuestro entorno<sup>61</sup>, siempre que estas no supongan una limitación injustificada al principio de tutela judicial efectiva, según ha determinado el TJUE en la Sentencia de 14 de junio de 2017.

<sup>57</sup> SCANNICCHIO, N., «L'adeguamento dell'ordinamento italiano alla nuova disciplina europea sulla risoluzione alternativa delle controversie di consumo», en ESTEBAN DE LA ROSA, F., (ed.), *La protección del consumidor en dos espacios de integración: Europa y América. Una perspectiva de Derecho internacional, europeo y comparado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 683-686.

<sup>58</sup> HERRERA DE LAS HERAS, R., «La mediación obligatoria para determinados asuntos civiles y mercantiles», *Indret*, 2017, núm. 1, pp. 13-16.

<sup>59</sup> Advirtiendo de este riesgo, véase el Informe del CGPJ, cit., nota 54, p. 22.

<sup>60</sup> En este mismo sentido, véase el Informe del CGPJ, cit., nota 54, p. 40.

<sup>61</sup> Véase el Informe realizado por la Comisión sobre la aplicación práctica de la Directiva 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles [COM (2016) 542 final, Bruselas, 26 de agosto de 2016, p. 8].

25. A continuación nos centraremos en determinar hasta qué punto la mediación extrajudicial que el legislador español propone instaurar podría afectar a las relaciones de consumo, y de ser así, analizar si el modelo de cooperación que propone resulta incontestable y, además, compatible con el Derecho europeo y, en concreto, con el derecho a una tutela judicial efectiva.

#### 4.2. ¿Es viable la mediación extrajudicial de consumo en España?

26. En España, la mediación se contempla como una institución que forma parte de nuestra cultura y forma de resolución de conflictos, aunque es la cultura judicial o del enfrentamiento la que está más arraigada. De ahí que resulte loable el intento del legislador español por potenciar esta forma de resolución de controversias en nuestro país. Ahora bien, según esta iniciativa legislativa no todas las materias pueden ser objeto de mediación extrajudicial. En concreto, el ámbito material de la misma se enmarca, fundamentalmente, en los ámbitos civil y mercantil<sup>62</sup>, aunque solo comprende a aquellos conflictos surgidos de relaciones personales o comerciales sostenidas en el tiempo (art. 6 del Anteproyecto de Ley)<sup>63</sup>. La lectura de este precepto nos lleva a concluir que esta iniciativa legislativa excluye a un número considerable de contratos de consumo al no incluir aquellos contratos de suministros de bienes y servicios celebrados en masa, como sucede en los contratos bancarios o los contratos de seguro, así como aquellos litigios de consumo que sean de escasa cuantía. Quizá esta exclusión se deba al deseo del legislador de fomentar el papel de las entidades RAL en este ámbito. No obstante, no excluye aquellos contratos de suministro de bienes y servicios que hayan sido objeto de negociación individual. Somos conscientes de que estaríamos hablando de supuestos muy reducidos e hipotéticos, pero, por esta razón, no puede considerarse que las relaciones de consumo hayan sido excluidas en su totalidad de dicha propuesta legislativa, lo que evidencia que el Derecho de consumo vuelve a ser el «talón de Aquiles» del legislador español en la regulación de

---

<sup>62</sup> Sobre la necesidad de ampliar el ámbito de aplicación de esta iniciativa, véase el Informe CGPJ, cit., nota 54, pp. 32-33. Nótese, no obstante, que existen votos particulares en contra de la misma.

<sup>63</sup> A tenor del cual, «será necesario intentar la mediación antes de acudir a la vía judicial en los siguientes tipos de acciones: medidas que se adopten con ocasión de la declaración de nulidad del matrimonio, separación, divorcio o las relativas a la guardia y custodia de los hijos menores, alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores (salvo que hubiera sido instruido con carácter previo un procedimiento por un delito relacionado con la violencia de género); responsabilidad por negligencia profesional; sucesiones; división judicial de patrimonios; conflictos entre socios y/o con los órganos de administración de las sociedades mercantiles; reclamaciones en materia de responsabilidad extracontractual que no traigan causa de un hecho de la circulación (protegidos por la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor); alimentos entre parientes; propiedad horizontal y comunidades de bienes; derechos reales sobre cosa ajena; contratos de distribución, agencia, franquicia, suministro de bienes y servicios siempre que hayan sido objeto de negociación individual; reclamaciones de cantidades inferiores a 2.000 euros entre personas físicas cuando no traigan causa de un acto de consumo; defectos constructivos derivados de un contrato de arrendamiento de obra; protección de los derechos al honor, intimidad o la propia imagen; procesos arrendaticios que hayan de ventilarse por los cauces del juicio ordinario».

la mediación. De hecho, el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) en su informe al Anteproyecto de Ley ha manifestado que:

«El catálogo de asuntos para los que el intento de mediación constituye un requisito de admisión de la demanda debería acomodarse a aquellos que contempla la Guía para la práctica de la mediación intrajudicial, que recoge los frutos de la experiencia acumulada desde los distintos sectores de la mediación durante muchos años»<sup>64</sup>.

Pues bien, si consultamos dicha Guía, puede observarse que entre los asuntos que pueden derivarse a mediación se encuentran aquellos que implican a consumidores frente a empresarios<sup>65</sup>.

Dicho esto, el que la mediación extrajudicial sea viable o no en el ámbito del Derecho de consumo dependerá de la decisión que finalmente adopte el legislador español. No obstante, si partimos, como hemos hecho, de la premisa de que resulta esencial la colaboración entre las entidades RAL y el sistema judicial, creemos que dicha iniciativa legislativa podría ser una gran oportunidad para imponer en las relaciones de consumo la operatividad de la mediación extrajudicial. Es más, creemos que resultaría oportuno y necesario imponer que dicha mediación —a la que estarían obligados a asistir los consumidores— se llevara a cabo por entidades RAL, más que por mediadores civiles y mercantiles carentes de formación específica al respecto.

27. En esta línea de pensamiento, resulta legítimo plantearse si, de prosperar nuestra propuesta, la mediación que propone el legislador español es, como bien indica la Memoria presentada por el Consejo General del Poder Judicial<sup>66</sup>, respetuosa con el marco interpretativo europeo fijado en la Sentencia dictada por el TJUE el 14 de junio de 2017. Es decir, resulta preciso determinar hasta qué punto la obligación de iniciar un procedimiento de mediación obligatoria antes de acudir a la vía judicial resulta compatible o no con el Derecho europeo y, en concreto, con el derecho a una tutela judicial efectiva. La respuesta a esta cuestión pasa por conocer cuál es el alcance de la obligación de mediar requerida<sup>67</sup>. No hay duda alguna de la compatibilidad existente entre el derecho a una tutela judicial efectiva y aquellos procedimientos en los que la mediación posee un carácter voluntario, como así sucede en el actual Derecho español. La situación es distinta cuando la mediación presenta un carácter obligatorio. En cuyo caso, es crucial conocer cuál es el alcance de la mediación a realizar. No pueden tratarse de la misma

<sup>64</sup> Véase el Informe CGPJ, cit., nota 54, p. 50.

<sup>65</sup> Guía para la práctica de la mediación intrajudicial, p. 30. Disponible en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/temas/mediacion/guia-para-la-practica-de-la-mediacion-intrajudicial/>.

<sup>66</sup> Memoria del análisis de impacto normativo en el Anteproyecto de Ley de impulso de la mediación, [https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292429062869?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DMemoria\\_de\\_Analisis\\_de\\_Impacto\\_Normativo\\_Mediacion.PDF](https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292429062869?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DMemoria_de_Analisis_de_Impacto_Normativo_Mediacion.PDF).

<sup>67</sup> DE PALO, G. y D'URSO, L., «Achieving a Balanced Relationship between Mediation and Judicial Proceedings», en *The implementation of the Mediation Directive 29 November 2016*. Disponible en <http://www.europarl.europa.eu/supporting-analyses>, pp. 11-17.

manera aquellos casos en los que es necesario que las partes sigan y paguen por un procedimiento de mediación completo de aquellos otros que, por el contrario, tienen la obligación, como así sucede en la iniciativa propuesta, por una sesión inicial, gratuita, para comprobar simplemente la idoneidad de seguir un proceso de mediación que evite el litigio<sup>68</sup>. No cabe duda de la legitimidad y compatibilidad de esta última exigencia con el derecho a la tutela judicial efectiva, donde la opción de acudir a la vía judicial queda intacta, como bien ha afirmado el TJUE en la Sentencia pronunciada el 14 de junio de 2017, mientras que no sucede lo mismo en el primer supuesto, es decir, cuando dicha obligación consiste en comparecer a un proceso de mediación.

No obstante, dicho requisito sí podría afectar al principio de tutela judicial efectiva, en la medida en que introduce una etapa adicional que debe observarse antes de poder acceder a la justicia. No obstante, los derechos fundamentales, como el propio Tribunal Constitucional (TC)<sup>69</sup> considera, no constituyen prerrogativas absolutas, sino que pueden ser objeto de restricciones, siempre y cuando estas respondan a objetivos perseguidos de interés general. Como ya indicara el TJUE en la Sentencia dictada el 18 de marzo de 2010, la legitimidad de esta exigencia puede mantenerse, siempre y cuando:

«ello no implique un retraso sustancial a efectos del ejercicio de una acción judicial, interrumpa la prescripción de los correspondientes derechos, no ocasione gastos u ocasiona gastos escasamente significativos para las partes, y siempre y cuando la vía electrónica no constituya el único medio de acceder a ese procedimiento de conciliación y sea posible adoptar medidas provisionales en aquellos supuestos excepcionales en que la urgencia de la situación lo exija».

28. Para saber si el modelo propuesto en esta iniciativa legislativa resulta compatible con el marco normativo europeo y, en particular, con el derecho a una tutela judicial efectiva se impone concretar si esta cumple o no con los requisitos establecidos por el TJUE. *A priori*, el análisis de la mediación propuesta evidencia su compatibilidad con el principio de tutela judicial efectiva, puesto que las partes no tienen obligación de llegar a un acuerdo<sup>70</sup>. Estas solo deben participar en dos sesiones (informativa<sup>71</sup> + exploratoria) que, para

---

<sup>68</sup> ESTEBAN DE LA ROSA, F., «El régimen de la mediación de consumo», en ESTEBAN DE LA ROSA, F. (dir.) y OLARIU, O. (coord.), *La resolución de conflictos de consumo. La adaptación del Derecho español al marco europeo de resolución alternativa (ADR) y en Línea (ODR)*, Navarra, Thomson Reuters-Aranzadi, 2018, pp. 107-124, esp. p. 117.

<sup>69</sup> Eso parece deducirse del ATC 72/2016, de 12 de abril, pronunciado con ocasión del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno contra la Ley 20/2014, de 29 de diciembre, de modificación de la Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de Consumo de Cataluña.

<sup>70</sup> De hecho, el art. 20.2 Ley 5/2012 modificado por el Anteproyecto de Ley señala que, «celebrado el intento de mediación, los interesados podrán interponer la demanda declarativa, con independencia del estado en el que se encuentre la mediación».

<sup>71</sup> El art. 17.2 Ley 5/2012 modificado por el Anteproyecto fija el contenido de la sesión informativa, en la que el mediador tiene que comunicar a las partes las posibles causas que puedan afectar a su imparcialidad, su profesión, formación y experiencia, las características de la mediación, su coste, la organización del procedimiento, las consecuencias jurídicas del acuerdo que se pueda alcanzar y el plazo para la firma del acta de la sesión constitutiva.

que no suponga un retraso sustancial a la vía judicial, pueden desarrollarse en la misma, y su duración debe ser lo más breve posible. De hecho, según la normativa proyectada, este no podrá exceder de tres meses desde la recepción de la solicitud por el mediador (art. 6 del Anteproyecto de Ley). Es evidente que la compatibilidad de la regulación proyectada con el Derecho europeo y el principio a la tutela judicial efectiva exigirá un cumplimiento riguroso de dicho plazo.

Mediación y vía judicial se presentan, pues, complementarias en la diseñada propuesta legislativa y compatibles con el marco normativo europeo y las decisiones del TJUE. Con todo, sería preciso, en el caso de que fuere adoptada finalmente la propuesta que aquí se defiende, que el consumidor, sobre todo, en los supuestos transfronterizos fuera efectivamente informado de las consecuencias que puede acarrear su ausencia injustificada en la tramitación de tales sesiones. Es cierto que el art. 17.1 Ley 5/2012, en su redacción dada por el Anteproyecto de Ley, obliga al mediador a informar con claridad y precisión a los interesados de las consecuencias procesales que puede acarrearles su falta de asistencia no justificada a la sesión informativa, ya que puede afectar no solo a las costas derivadas del proceso, sino también a la inadmisión a trámite de la demanda posterior (art. 403 LEC en su redacción dada por el Anteproyecto de Ley). Dada, pues, la importancia que tiene el que el consumidor sea informado de ello, creemos que, en el ámbito de las reclamaciones de consumo transfronterizas, es necesario exigir que dicha información sea proporcionada al consumidor, para que llegue a comprender lo que se le está informando, en un idioma comprensible y accesible para él. Con la actual redacción no se garantiza dicha exigencia, lo que puede constituir un obstáculo de entidad considerable al derecho a la tutela judicial efectiva. Por lo que, de aceptarse la viabilidad de la mediación extrajudicial de consumo, debería de estipularse una previsión expresa en tal sentido.

Con todo, quedaría por determinar hasta qué punto la posibilidad de que sea inadmitida a trámite la posterior demanda judicial por no haber intentado —de forma injustificada— dicha mediación sería o no contraria al principio a una tutela judicial efectiva. Siguiendo las argumentaciones del TJUE en su Sentencia dictada el 18 de marzo de 2010, para que dicha medida fuera compatible debería perseguir un objetivo legítimo y justificado, no existir una alternativa menos severa y ser proporcional. A nuestro juicio, dicha sanción respondería a un objetivo legítimo, puesto que aspira a lograr una resolución más rápida y menos costosa de los litigios. Sería preciso, pues, verificar si habría otra alternativa menos severa a dicha sanción y, además, si habría proporcionalidad o no entre los objetivos perseguidos y los inconvenientes que eventualmente podrían ocasionarse con la inadmisión a trámite de la posterior demanda<sup>72</sup>.

29. A la luz de lo anterior cabe afirmar que la iniciativa proyectada cumple a grandes rasgos con las exigencias requeridas por el TJUE y, en particu-

---

<sup>72</sup> Proponiendo soluciones alternativas, MERELLES PÉREZ, M., «Comentarios al Anteproyecto de Ley de Impulso a la mediación», *Diario La Ley*, 2019, núm. 9.374, p. 8.

lar, la que exige la prescripción de los correspondientes derechos, puesto que establece la obligación de suspender los plazos de prescripción o de la caducidad de las acciones desde la fecha en la que conste la redacción de dicha solicitud por el mediador. De forma que la reanudación de los plazos tendrá lugar desde que el mediador haya extendido el acta de conclusión del proceso de mediación (art. 4 Ley 5/2012 modificado por el Anteproyecto de Ley). Otra cosa es la preocupación que causa todo lo referente a la suspensión de las actuaciones, puesto que es un tema delicado que utilizado de forma abusiva puede suponer una ralentización de la resolución del litigio y, por tanto, una vulneración del derecho a una tutela judicial efectiva.

30. El TJUE exige también, para que dicho procedimiento previo resulte compatible, que no ocasione gastos, o que sean de escasa entidad. En el Anteproyecto de Ley no exige la presencia ni de abogado ni de procurador para asistir a la mediación y, además, se ha previsto la ampliación del derecho de asistencia jurídica gratuita para incluir en su ámbito material la intervención del personal mediador (art. 6.11 Ley 1/1996 en la redacción anteproyectada), por lo que, en principio, puede considerarse cumplido dicho requisito. No obstante, sería preferible una declaración expresa en dicho sentido. Además, sigue el TJUE, para que exista dicha compatibilidad debe poder solicitarse medidas cautelares. Es cierto que el art. 10 Ley 5/2012 establece que «durante el tiempo en que se desarrolle la mediación» no se puede ejercitar ningún tipo de acción judicial en relación con su objeto, salvo la petición de medidas cautelares u otras medidas urgentes y que, por su parte, el art. 722 LEC —en la redacción dada por el Anteproyecto de Ley— regula la posibilidad de solicitar medidas cautelares por quien acredite ser parte de un pacto de mediación o de un proceso de mediación (en España o en el extranjero). Sin embargo, este precepto no se refiere, precisamente, a la posibilidad de solicitarlas con antelación al mismo procedimiento de mediación. No existe una regulación expresa. No obstante, desde una perspectiva puramente teórica y pese al silencio legal al respecto, esa posibilidad existe, pues así lo prevé el art. 730.2 LEC, siempre que el solicitante de las medidas cautelares acredite razones de urgencia o necesidad. Nos encontramos con una situación que, desde una perspectiva hipotética, podría llegar a suceder; sin embargo, desde un plano práctico, consideramos que difícilmente pudiera prosperar la solicitud de unas medidas cautelares preprocesales y premediales. No obstante, reconocemos que estas pueden concurrir y, por ende, no estaría de más que el legislador regulase dicha posibilidad concretando cómo, el cuándo y ante qué autoridad se pueden solicitar tales medidas, salvando, además, el requisito de la presentación en el plazo de veinte de días de la oportuna demanda que dispone el Derecho español (art. 730.2 LEC).

## 5. CONCLUSIONES

31. El análisis llevado a cabo en el presente trabajo nos puede conducir a algunas conclusiones destinadas a destacar los elementos no solo relevantes,

sino decisivos, a efectos de conseguir cambios significativos en el modelo de resolución de litigios de consumo en nuestro país capaces de promover la necesaria confianza de los consumidores para dinamizar e impulsar la contratación de consumo. La Ley 7/2017 ha supuesto un paso significativo en esta dirección. No obstante, su promulgación ha sido solo el comienzo de un proceso en el que aún queda mucho por hacer. La normativa española no solo debe adaptarse por completo al marco normativo europeo, sino que además ha de completar el sistema diseñado en la propia ley.

Precisamente, hacia esta finalidad se orienta la Propuesta de Orden presentada por el Gobierno para la resolución alternativa de litigios en el ámbito del transporte aéreo. Su análisis nos lleva a concluir que la normativa proyectada responde esencialmente a las elementales exigencias de justicia, dando satisfacción a las derivadas de la Ley 7/2017, puesto que con ella se pretende garantizar a los consumidores el acceso a un sistema de resolución alternativa de litigios de alta calidad, imparcial, transparente, efectivo, rápido y justo, sin que ello suponga restringir el acceso a los órganos jurisdiccionales.

No obstante, cabría proponer la modificación de algunos aspectos para así lograr una perfecta adaptación a las exigencias del Derecho de la Unión Europea y de la Ley 7/2017. Sería preciso ampliar el ámbito de aplicación espacial de dicha iniciativa legislativa, puesto que la perspectiva acogida en la misma no responde a lo establecido en el Derecho europeo. Para que ello fuera así, la AESA debería tener competencia para conocer de aquellos litigios en los que el consumidor reside en un Estado miembro de la Unión Europea frente a un empresario establecido en otro Estado. De esta manera se minimizaría uno de los problemas fundamentales que pueden surgir en este ámbito y que tienen que ver con la dificultad que existe para concretar cuál es la autoridad competente para conocer de los conflictos que puedan surgir.

Otra de las críticas que cabe hacer a la normativa proyectada es que no defina las relaciones que pudieran existir entre el procedimiento auspiciado y aquellos otros métodos de resolución de controversias que resultan compatibles con este. Se trata de una cuestión que, a nuestro juicio, debería ser resuelta en la normativa propuesta para evitar en el futuro posibles problemas prácticos.

Además, sería oportuno que la Propuesta de Orden fuera reformada a efectos de garantizar el cumplimiento efectivo de los principios de imparcialidad, eficacia y equidad que la Ley 7/2017 establece, como también sería aconsejable que aclarara que los litigios de los que derivan las reclamaciones en este ámbito pueden haber surgido en línea o no. Con todo, la efectiva protección del consumidor requiere de más recursos humanos y materiales. De no ser así, la eficacia y efectividad del procedimiento que ha diseñado el legislador en esta Propuesta legislativa quedará comprometida.

32. Somos conscientes y partidarios de la necesidad de colaboración entre entidades RAL y los sistemas judiciales para que los métodos alternativos de resolución de conflictos se perfilen como unos medios adecuados a los

que se puede acudir para resolver un litigio de consumo. No es posible constituir un nuevo sistema de resolución de controversias en las reclamaciones de consumo sin fomentar el diálogo o la sinergia entre las entidades RAL y los sistemas judiciales. Por ello, estamos convencidos que el Anteproyecto de Ley de impulso a la mediación presentado por el legislador español, donde aboga por un sistema de «mediación obligatoria mitigada», representa una oportunidad idónea para conseguirlo. Un modelo de mediación que, como hemos demostrado, no vulnera ni el principio de autonomía de la voluntad ni el de la tutela judicial efectiva, puesto que la mediación que se propugna no obliga a las partes en litigio a alcanzar ningún acuerdo. Aunque hay, como hemos demostrado, margen para su mejora.

Con todo, la mediación así propuesta puede jugar un rol decisivo para contribuir a facilitar la resolución de litigios surgidos en el ámbito del Derecho de consumo. De hecho, si tenemos en cuenta el papel que en esta clase de litigios están desempeñando en la actualidad las entidades RAL acreditadas, creemos que resultaría de interés imponer que dicha mediación fuera llevada a cabo por las entidades RAL, más que por mediadores civiles y mercantiles carentes de formación específica al respecto. Al legislador español le queda pendiente, pues, tomar una decisión fundamental y esperemos que sea en el sentido propuesto en el presente trabajo. Estaremos, por tanto, atentos a la futura ley.

## RESUMEN

### EL MARCO REGULADOR EN PROYECTO EN ESPAÑA PARA LA RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS: ¿NUEVAS PERSPECTIVAS PARA LAS RECLAMACIONES DE CONSUMO?

Con la Ley 7/2017, el legislador pretende favorecer el desarrollo y cualificación de los sistemas de resolución alternativa de litigios de consumo para promover la confianza de los consumidores, aunque esta tarea todavía no ha acabado. Prueba de ello es la iniciativa legislativa presentada por el legislador español para resolución de conflictos en el ámbito del transporte aéreo en la que se diseña un procedimiento *ad hoc* para este tipo de reclamaciones. Su valoración general, aunque positiva, es susceptible de mejora para su completa adaptación al Derecho europeo y a la Ley 7/2007.

Con todo, creemos que es necesario que el legislador español apueste por el desarrollo de vías de actuación conjuntas y coordinadas entre las entidades RAL y el sistema judicial. La confianza del consumidor sería mayor si las entidades RAL ayudaran a facilitar la resolución de litigios en la vía judicial. El nuevo Anteproyecto de Ley de impulso a la mediación parece ser, pues, una oportunidad única para materializar dicho propósito, al optar por un cambio de modelo orientado hacia el de la «mediación obligatoria mitigada». Un modelo que, como hemos demostrado, no vulnera ni el principio de autonomía de la voluntad ni el de la tutela judicial efectiva. Además, creemos que esta iniciativa legislativa podría ser una gran oportunidad para contribuir a facilitar la resolución de litigios surgidos en el ámbito del Derecho de consumo. No obstante, se trata de una iniciativa en la que hay margen para la mejora.

**Palabras clave:** resolución alternativa de litigios, Derecho europeo, Derecho español, reclamaciones en el sector del transporte aéreo, mediación extrajudicial de consumo.

**ABSTRACT****THE REGULATORY FRAMEWORK PROJECT IN SPAIN FOR ALTERNATIVE CONFLICT RESOLUTION: NEW PROSPECTS FOR CONSUMER CLAIMS?**

With Law 7/2017, the legislator intends to favor the development and qualification of alternative consumer dispute resolution systems to promote consumer confidence, although this task has not yet finished. Proof of this is the legislative initiative presented by the Spanish legislator for conflict resolution in the field of air transport and in which an *ad hoc* procedure is designed for this type of claims. Its general assessment, although positive, is susceptible to improvement for its complete adaptation to European Law and Law 7/2007.

However, we believe that it is necessary for the Spanish legislator to bet on the development of joint and coordinated channels of action between the RAL entities and the judicial system. Consumer confidence would be greater if the RAL entities help facilitate the resolution of litigation in the judicial process, and the new Draft Law to promote mediation seems to be the opportunity to materialize this purpose, by opting in this area for a change of model oriented towards the «mitigated mandatory mediation». A model of mediation that, as we have shown, does not violate either the principle of autonomy of the will or that of effective judicial protection. In addition, we believe that this legislative initiative could be a great opportunity to help facilitate the resolution of litigation arising in the field of consumer law. However, it is an initiative in which there is scope for improvement.

**Keywords:** alternative litigation resolution, European law, Spanish law, claims in the air transport sector, extrajudicial consumer mediation.

## EL POTENCIAL DESARROLLO DEL NUEVO PROCEDIMIENTO CONSULTIVO ANTE EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: FORTALEZAS, DEBILIDADES, OPORTUNIDADES Y AMENAZAS

Yaelle CACHO SÁNCHEZ\*

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.—2. EL PROTOCOLO NÚM. 16 AL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN EL CONTEXTO DEL PROCESO DE REFORMA.—2.1. El principio de subsidiariedad.—2.2. El derecho de recurso individual ante el TEDH.—3. EL NUEVO PROCEDIMIENTO CONSULTIVO DEL TEDH.—3.1. Un procedimiento de reenvío judicial.—3.2. Un procedimiento en el marco de la función consultiva.—4. CONCLUSIONES.

### 1. INTRODUCCIÓN

1. El 1 de agosto de 2018, casi cinco años después de su adopción, entró en vigor el Protocolo núm. 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) para los diez Estados miembros del Consejo de Europa que lo habían ratificado. En la actualidad, 13 de sus 47 Estados miembros son Parte en este Protocolo<sup>1</sup>. Sin embargo, la mayoría ni siquiera lo ha firmado<sup>2</sup>. Estados

---

\* Profesora Contratada Doctora de Derecho internacional público y Relaciones Internacionales en la Universidad de Cantabria ([yaelle.cacho@unican.es](mailto:yaelle.cacho@unican.es)). Este trabajo se realiza en el marco del Proyecto «European Union in the World: International Law and Politics», Erasmus + Programme-Jean Monnet Activities, Ref. 587791-EPP-1-2017-1-ES-EPPJMO-MODULE. Todas las páginas *web* de referencia han sido consultadas por última vez el 30 de mayo de 2019.

<sup>1</sup> *Protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*, de 2 de octubre de 2013 (art. 8). Los diez Estados que ratificaron inicialmente este Protocolo son: Albania, Armenia, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Lituania, San Marino, Eslovenia y Ucrania. Recientemente, ha sido también ratificado por los Países Bajos, Grecia y Andorra, para quienes entrará en vigor, respectivamente, el 1 de junio, el 1 de agosto y el 1 de septiembre de 2019 (datos disponibles en <https://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/214>).

<sup>2</sup> Por el momento, 25 de los 47 Estados miembros del Consejo de Europa (entre los que se encuentra España) ni siquiera han firmado este Protocolo. Otros nueve lo habrían firmado, pero todavía no ratificado, a pesar de que algunas de estas firmas datan de 2013 y 2014 (véase nota 1). Aunque este Protocolo también está abierto a la firma y ratificación de la Unión Europea (UE), no nos ocuparemos de esta posibilidad en ningún momento de nuestro trabajo, en la medida en que el Dictamen 2/13 del

como Reino Unido han alegado que prefieren esperar a ver cómo se concreta su aplicación en la práctica<sup>3</sup>. Esta actitud es, en parte, comprensible, si consideramos que, como ha afirmado algún autor entusiasta, este Protocolo introduce «*une véritable “révolution” dans le système de contrôle de la CEDH*»<sup>4</sup>, al instaurar la posibilidad para las más altas jurisdicciones nacionales de los Estados parte en el mismo de solicitar opiniones consultivas al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) sobre cuestiones de principio relativas a la interpretación o a la aplicación de los derechos y libertades definidos por el CEDH o sus Protocolos.

2. Cierto es que el TEDH ya gozaba de una competencia consultiva junto a su función contenciosa. Sin embargo, fue definida en términos muy restringidos en el momento de ser incorporada al sistema del CEDH por el Protocolo núm. 2 (1963)<sup>5</sup>. Solo podía solicitarla el Comité de Ministros respecto de cuestiones jurídicas relativas a la interpretación del Convenio y de sus Protocolos. Se pretendía evitar toda confusión posible entre la «nueva» competencia consultiva del Tribunal y su tradicional competencia contenciosa, con el fin de privilegiar esta última para que siguiera siendo el principal pilar del sistema de garantía del Convenio, en un momento en que todavía no había conocido de ningún litigio<sup>6</sup>. Una definición tan restrictiva, que se mantiene en su actual regulación en los arts. 47-49 del CEDH, ha generado solo dos pronunciamientos del TEDH<sup>7</sup>, justificando que se la haya considerado una competencia «virtual» o «residual»<sup>8</sup>.

3. Por otro lado, también es verdad que el Protocolo núm. 16 tampoco supone la primera vez que se plantea la extensión de la función con-

---

Tribunal de Justicia de la UE (TJUE) ha «tocado de muerte» la posible adhesión de esta organización al sistema del CEDH.

<sup>3</sup> La Declaración del Ministerio de Justicia británico se produjo en los siguientes términos: «*The Government will therefore neither sign nor ratify Protocol 16 at this time. It will instead observe how the system operates in practice, having regard particularly to the effect on the workload of the Court, and to how the Court approaches the giving of opinions*» (disponible en <https://publications.parliament.uk/pa/ld201415/ldhansrd/text/141028-wms0001.htm>).

<sup>4</sup> SZYMCZAK, D., «L'institutionnalisation du dialogue des juges: un nouvel espoir pour une vraie subsidiarité?», *Journal d'Actualité des Droits Européens*, 2013 (disponible en <https://revue-jade.eu/article/view/406>).

<sup>5</sup> El Protocolo núm. 11 (1994) la incorporó al cuerpo del Convenio, sin grandes modificaciones.

<sup>6</sup> *Rapport sur l'extension de la compétence de la Cour européenne des droits de l'homme en ce qui concerne l'interprétation de la Convention de droits de l'homme*, Doc. 1061, de 24 de noviembre de 1959. Véanse también SZYMCZAK, D., «La compétence consultative de la Cour européenne des droits de l'Homme», en ONDOUA, A. y SZYMCZAK, D. (dirs.), *La fonction consultative des juridictions internationales*, París, Pedone, 2009, pp. 89-104, esp. p. 93, y DRZEMCZEWSKI, A. Z., «Protocole n° 2», en PETTITI, L. E., DECAUX, E. e IMBERT, P.-H. (dirs.), *La Convention européenne des droits de l'Homme. Commentaire article par article*, París, Economica, 1999, pp. 1027-1036, esp. p. 1028.

<sup>7</sup> Cour EDH, *Avis consultatif sur certaines questions juridiques relatives aux listes de candidats présentées en vue de l'élection des juges de la Cour européenne des droits de l'homme* (GS), de 12 de febrero de 2008, y Cour EDH, *Avis consultatif sur certaines questions juridiques relatives aux listes de candidats présentées en vue de l'élection des juges de la Cour européenne des droits de l'homme (n° 2)* (GS), de 22 de enero de 2010. En una ocasión anterior, el TEDH rechazó la consulta del Comité de Ministros [Cour EDH, *Décision sur la compétence de la Cour pour rendre un avis consultatif* (GS), de 2 de junio de 2004].

<sup>8</sup> ONDOUA, A. y SZYMCZAK, D. (dirs.), *op. cit.*, nota 6.

sultiva del TEDH más allá de los estrechos márgenes de los arts. 47-49 del CEDH<sup>9</sup>, ni siquiera resulta innovadora la propuesta de legitimar a los tribunales nacionales para consultar al Tribunal<sup>10</sup>. No obstante, fue con el Informe del Grupo de Sabios de 2006 cuando el nuevo procedimiento consultivo previsto por el Protocolo núm. 16 comenzó a adoptar su forma actual<sup>11</sup>, dando lugar a una «*nouvelle manifestation de l'inventivité juridique du processus de réforme du système conventionnel de protection des droits de l'homme en Europe*»<sup>12</sup>. La innovación del Protocolo núm. 16 estriba precisamente en la formulación finalmente adoptada, que no parece pueda considerarse como una mera «extensión» de su competencia consultiva<sup>13</sup>.

4. Este nuevo procedimiento consultivo centrará nuestro estudio, que, sin embargo, se aleja de un mero análisis de sus elementos definidores<sup>14</sup>. Pretendemos valorar su particular potencial en el contexto del sistema del CEDH para garantizar su pervivencia a futuro, en un momento en que este procedimiento ha completado su desarrollo inicial<sup>15</sup> y ha demostrado su «viabilidad» una vez aceptada y resuelta la primera solicitud de opinión consultiva<sup>16</sup>. Desde esta perspectiva, y alejados de todo ejercicio de adivinación, nos

<sup>9</sup> Véase, por ejemplo, el art. 29 del Convenio de Oviedo, de 4 de abril de 1997, para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina.

<sup>10</sup> Recomendación 231 (1960) de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa, de 22 de enero de 1960, y Doc. 1062, de 24 de noviembre de 1959. Véanse algunas propuestas doctrinales, por ejemplo, en SPIELMANN, D., «Quelques réflexions au sujet d'un recours préjudiciel éventuel devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme», *Documentação e Direito Comparado*, 1987, núms. 31-32, pp. 527-546; MACDONALD, R. St. J., «The Luxembourg Preliminary Ruling Procedure and Its Possible Application in Strasbourg», *Mélanges en Hommage à Louis-Edmond Pettiti*, Bruselas, Bruylant, 1998, pp. 593-603, y RITLENG, D., «Le renvoi préjudiciel communautaire, modèle pour une réforme du système de protection de la CEDH?», *L'Europe des Libertés*, 2002, núm. 7, pp. 3-7.

<sup>11</sup> *Rapport du Groupe des Sages au Comité des Ministres, 979bis Réunion*, Documents CM(2006)203, de 15 de noviembre de 2006, párrs. 76-86 y 135. Para un histórico completo de las diferentes fases y órganos que han conducido a la elaboración de este Protocolo, véanse *Rapport explicatif, Protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*, párrs. 1-6 (disponible en <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800d38cd>), y también DZEHTSIAROU, K. y O'MEARA, N., «Advisory Jurisdiction and the European Court of Human Rights: A Magic Bullet for Dialogue and Docket-Control?», *Legal Studies*, vol. 34, 2014, núm. 3, pp. 444-468, esp. pp. 451-457.

<sup>12</sup> RUNAVOT, M.-C., «Le Protocole n° 16 à la Convention européenne: réflexions sur une nouvelle espèce du genre», *Revue générale de droit international public*, vol. 118, 2014, núm. 1, pp. 71-93, esp. p. 71.

<sup>13</sup> En este sentido, véanse, por ejemplo, RUNAVOT, M.-C., *op. cit.*, nota 12, p. 71, e HINOJO ROJAS, M., «El Protocolo núm. 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 34, 2018, pp. 675-706, esp. p. 684.

<sup>14</sup> Al respecto, véanse, por ejemplo, «Part Nine - Protocol No. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms», en SCHABAS, W. A., *The European Convention on Human Rights: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 889-1232, y PAPROCKA, A. y ZIÓŁKOWSKI, M., «Advisory Opinions under Protocol No. 16 to the European Convention on Human Rights», *European Constitutional Law Review*, vol. 11, 2015, núm. 2, pp. 274-292.

<sup>15</sup> Cour EDH, *Règlement de la Cour, Amendements au Règlement de la Cour adoptés par la Cour plénière le 19 septembre 2016 (articles 1, 24, 29, 34, 44 et 82, nouveau chapitre X)*, en vigor desde el 1 de agosto de 2018, y Cour EDH, *Les Lignes directrices concernant la mise en œuvre de la procédure d'avis consultatif prévue par le Protocole n° 16 à la Convention*, 2017.

<sup>16</sup> Cour de cassation, arrêt n° 638 du 5 octobre 2018 (10-19.053) (disponible en [https://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_2/assemblee\\_pleniere\\_22/638\\_5\\_40365.html](https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/assemblee_pleniere_22/638_5_40365.html)). La solicitud fue recibida por el

interesa analizar los «elementos determinantes del desarrollo» de este nuevo procedimiento con el fin de identificar las fortalezas y oportunidades con las que cuenta para la consecución de sus objetivos, así como las debilidades y amenazas que acechan y que pueden incidir negativamente en la eficacia del sistema del CEDH a largo plazo. Desde esta perspectiva, resulta necesario el examen de su contexto, que no es otro que el proceso de reforma del sistema del CEDH (el «entorno» o «ambiente») (apdo. 2 del trabajo), y de sus elementos más significativos en tanto que procedimiento consultivo de reenvío judicial (la «genética» o «naturaleza») (apdo. 3 del trabajo).

## 2. EL PROTOCOLO NÚM. 16 AL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN EL CONTEXTO DEL PROCESO DE REFORMA

5. Comenzaremos analizando el medio específico en el que se desarrolla el Protocolo núm. 16, en tanto que «factor ambiental» que podría incidir en o condicionar el desarrollo de las capacidades y potencialidades del nuevo procedimiento. Desde esta perspectiva, el Protocolo núm. 16 es, ante todo, una de las innumerables medidas adoptadas en el proceso de reforma del sistema del CEDH iniciado en 2000 y que todavía no ha concluido. En concreto, es uno de los resultados más visibles de su segunda fase, que se conoce bajo el nombre de «Proceso de Interlaken»<sup>17</sup>, aunque comenzó con el Informe del Grupo de Sabios de 2006.

6. El mecanismo de diálogo judicial que instaura este Protocolo núm. 16, para enfrentar lo que algún autor ha tildado de talón de Aquiles del sistema del Convenio<sup>18</sup>, responde plenamente a la lógica que inspira esta segunda fase del proceso de reforma, ya que no busca tanto enfrentar a corto plazo la sobrecarga de trabajo del Tribunal para evitar el inminente colapso del sistema (como la primera fase)<sup>19</sup>, sino asegurar la pervivencia del sistema

---

TEDH el 16 de octubre de 2018 (núm. P16-2018-001), aceptada por el colegio de cinco jueces de la Gran Sala el 3 de diciembre de 2018 y resuelta por la Gran Sala el 10 de abril de 2019. Véanse al respecto *Press Release* ECHR 415 (2018), de 4 de diciembre de 2018; *Press Release* ECHR 132 (2019), de 10 de abril de 2019, y Cour EDH, *Avis consultatif relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention demandé par la Cour de cassation française* (GS), de 10 de abril de 2019. En esta primera ocasión, por tanto, el TEDH ha tardado algo menos de dos meses en declarar admisible la demanda de opinión consultiva y otros cuatro meses en resolverla, lo que hace un total de seis meses.

<sup>17</sup> El «Proceso de Interlaken» se ha configurado en torno a la celebración de una serie de grandes conferencias políticas, tomando su nombre de la primera que se celebró en Interlaken en 2010. Las demás se celebraron en Izmir, Brighton, Bruselas y Copenhague en 2011, 2012, 2015, 2018, respectivamente.

<sup>18</sup> SICILIANOS, L.-A., «L'élargissement de la compétence consultative de la Cour européenne des droits de l'homme. À propos du Protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l'homme», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2014, núm. 97, pp. 9-28, esp. p. 12.

<sup>19</sup> *Rapport explicatif, Protocole n° 14 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, amendant le système de contrôle de la Convention*, párrs. 7-8 y 13 (disponible en <http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Reports/Html/194>). El resultado más visible de esta primera fase de la reforma (2000-2004) ha sido el Protocolo núm. 14 al CEDH, de 13 de mayo de 2004.

del Convenio a largo plazo, trascendiendo el plano europeo. Un instrumento idóneo para la inclusión de una dimensión nacional en el marco de la reforma del sistema ha sido el principio de subsidiariedad<sup>20</sup>, a cuyo fortalecimiento también pretende responder el Protocolo núm. 16<sup>21</sup>. En cualquier caso, la forma que adoptase el nuevo procedimiento consultivo no podía menoscabar el otro gran eje sobre el que se ha hecho pivotar toda la reforma, el derecho de recurso individual ante el TEDH, que además se ha reafirmado como piedra angular del sistema de garantía colectiva del Convenio<sup>22</sup>. Nos interesa, por tanto, la confrontación del Protocolo núm. 16 con ambos parámetros como vía para identificar las oportunidades y amenazas a las que se enfrenta el nuevo procedimiento consultivo.

## 2.1. El principio de subsidiariedad

7. El vínculo entre el nuevo procedimiento consultivo y el principio de subsidiariedad, patente ya en el propio Preámbulo del Protocolo, resulta evidente por su propia naturaleza. El juez nacional, a quien, de conformidad con el principio de subsidiariedad, incumbe en primer lugar garantizar el disfrute efectivo de los derechos consagrados en el sistema y una reparación idónea<sup>23</sup>, se encontrará en mejores condiciones para ello si se le permite pedir con carácter previo una opinión al TEDH sobre un problema de interpretación o de aplicación del CEDH<sup>24</sup>. Este vínculo ofrece, además, un contexto lleno de oportunidades para el desarrollo del nuevo procedimiento consultivo, dado el «cambio de paradigma» en la definición del principio de subsidiariedad que se está consolidando en el marco de la reforma del sistema del CEDH, en conexión con el afianzamiento de la naturaleza circular del sistema y la

<sup>20</sup> La reforma se hizo eco de este principio desde el primer momento (*Rapport explicatif, Protocole n° 14 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, amendant le système de contrôle de la Convention*, párr. 12), desarrollándolo en las sucesivas Conferencias del «Proceso de Interlaken» (*Déclaration d'Interlaken*, párrafos dispositivos 2-3; *Déclaration d'Izmir*, Preámbulo, párrs. 5-6; *Déclaration de Brighton*, párrafos dispositivos 3-4; *Déclaration de Bruxelles*, Preámbulo, párr. 7, y *Déclaration de Copenhague*, párrs. 6-11), aunque el documento más relevante es: Cour EDH, *Suivi d'Interlaken. Principe de Subsidiarité, Note du Jurisconsulte*, de 8 de julio de 2010 (disponible en [http://www.echr.coe.int/Documents/2010\\_Interlaken\\_Follow-up\\_FRA.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/2010_Interlaken_Follow-up_FRA.pdf)).

<sup>21</sup> Protocolo núm. 16, Preámbulo, párr. 3.

<sup>22</sup> *Rapport explicatif, Protocole n° 14 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, amendant le système de contrôle de la Convention*, párrs. 10-12; *Déclaration d'Interlaken*, párrafo dispositivo 1; *Déclaration d'Izmir*, Plan de Seguimiento, A; *Déclaration de Brighton*, párrafo dispositivo 1; *Déclaration de Bruxelles*, párrafo dispositivo 1, y *Déclaration de Copenhague*, párrafo dispositivo 1.

<sup>23</sup> Cour EDH, *Suivi d'Interlaken. Principe de Subsidiarité, Note du Jurisconsulte*, de 8 de julio de 2010, párr. 2. Véanse también, por ejemplo, GARCÍA ROCA, J., «La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración», *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, 2007, núm. 20, pp. 117-143, esp. p. 123, y MAHONEY, P., «Marvelous Richness of Diversity or Individual Cultural Relativism», en STEINER, H. y ALSTON, Ph. (coords.), *International Human Rights in Context. Law, Politics, Morals*, 2.ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2000, pp. 854 y ss.

<sup>24</sup> SZYMCAK, D., *op. cit.*, nota 4.

noción de responsabilidad compartida, en tanto que corolarios del mismo, como trataremos de explicar a continuación.

8. Si bien tradicionalmente el principio de subsidiariedad se concebía como un límite a la intervención del TEDH<sup>25</sup>, se pone ahora el acento en que corresponde en primer lugar a las autoridades nacionales garantizar el disfrute efectivo de los derechos consagrados en el sistema<sup>26</sup>, por lo que están obligadas a la acción. Esta nueva concepción afecta, por tanto, fundamentalmente, al reparto de las competencias de acción y de intervención dentro del sistema, es decir, al aspecto procesal del principio, reflejándose en la nueva concepción de la regla del agotamiento de los recursos internos y en el impacto de la jurisprudencia del TEDH<sup>27</sup>. De este modo, los Estados quedan obligados a la acción desde una doble perspectiva. En primer lugar, la regla del agotamiento de los recursos internos se asienta ahora en la idea de que en los Estados parte deben existir recursos internos que pueden ser interpuestos por el demandante para la protección de sus derechos y que estos recursos son efectivos y eficaces<sup>28</sup>. El nuevo procedimiento consultivo contribuiría a la eficacia de estos recursos disponibles a nivel nacional, ya que ayudaría «à clarifier les dispositions de la Convention et la jurisprudence de la Cour et fourniraient ainsi des orientations supplémentaires permettant d'assister les États Parties à éviter de nouvelles violations»<sup>29</sup>.

9. En segundo lugar, como se viene insistiendo en el «Proceso de Interlaken», el impacto de las sentencias del TEDH no queda limitado a su obligatoriedad para los Estados contratantes en los litigios en que sean parte, sino que los demás Estados también deberían «tenir compte des développements de la jurisprudence de la Cour, notamment en vue de considérer les conséquences qui s'imposent suite à un arrêt concluant à une violation de la Convention par un autre État partie lorsque leur ordre juridique soulève le même problème de principe»<sup>30</sup>. Este «efecto erga omnes de facto» de las sentencias del Tribunal (o «doctrina de la cosa interpretada») quedaría reforzado por el Protocolo núm. 16, puesto que, como afirma su Informe Explicativo, la interpretación del Convenio y sus Protocolos contenida en las opiniones consultivas, a pesar de su carácter no vinculante (art. 5), será análoga en sus efectos a los elementos interpretativos establecidos por el Tribunal en sus sentencias y decisiones, insertándose todas ellas en su jurisprudencia<sup>31</sup>. Su valor como clarificador

<sup>25</sup> LÓPEZ GUERRA, L. M., «Los Protocolos de reforma núm. 15 y 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Revista Española de Derecho Europeo*, 2014, núm. 49, pp. 11-29, esp. p. 15.

<sup>26</sup> Cour EDH, *Suivi d'Interlaken. Principe de Subsidiarité, Note du Jurisconsulte*, de 8 de julio de 2010, párr. 2.

<sup>27</sup> Además de este aspecto procesal, el principio de subsidiariedad integra un aspecto material (referido al reparto de competencias de decisión y de apreciación), que tiene su reflejo concreto en la doctrina de la cuarta instancia y en la doctrina del margen de apreciación. Véase al respecto Cour EDH, *Suivi d'Interlaken. Principe de Subsidiarité, Note du Jurisconsulte*, de 8 de julio de 2010.

<sup>28</sup> *Ibid.*, párrs. 18-23.

<sup>29</sup> *Rapport explicatif, Protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*, párr. 2.

<sup>30</sup> *Conférence d'Interlaken, Plan d'action*, apdo. 4.d).

<sup>31</sup> *Rapport explicatif, Protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*, párr. 27.

del Derecho haría posible su extensión a situaciones idénticas tanto para los asuntos contenciosos como consultivos, pero también a otros tribunales y órganos distintos del peticionario, con efectos incluso en Estados no parte en el Protocolo núm. 16, como sería el caso de España.

10. En definitiva, el nuevo procedimiento consultivo podría resultar un interesante instrumento para la consolidación del principio de subsidiariedad en su nueva concepción, al tiempo que este principio podría, a su vez, servir de acicate para la utilización del nuevo procedimiento por los tribunales nacionales. Esta estrecha relación (de doble vía) vendría reforzada por la «naturaleza circular» del sistema y por la noción de responsabilidad compartida, a cuya definición progresiva también ha contribuido el «Proceso de Interlaken». Por lo que a la «naturaleza circular» del sistema se refiere, comenzó a vislumbrarse con mayor claridad cuando se interiorizó que los Estados deben adoptar a nivel nacional, en el menor tiempo posible, las medidas necesarias para conformarse a las sentencias del Tribunal<sup>32</sup> y que, poniéndose fin a las violaciones detectadas, también se impedirían nuevas violaciones semejantes, que a su vez podrían llegar a generar nuevas demandas ante el TEDH, pero que finalmente no lo harían porque encontrarían respuesta en los respectivos sistemas nacionales<sup>33</sup>. El paso siguiente fue considerar que los Estados deben ser capaces de que la protección de los derechos del Convenio quede asegurada primero en el fuero interno<sup>34</sup>. La acción preventiva por parte de los Estados se constituyó de este modo como un componente esencial de la reforma<sup>35</sup>.

11. Este componente, unido a la idea de que, a pesar de que son los Estados los actores principales de la protección de los derechos humanos, se trata de una responsabilidad compartida<sup>36</sup>, se tradujo en la identificación de diferentes líneas de actuación en la esfera preventiva, entre ellas, la necesidad de establecer una buena interacción entre los niveles nacional y europeo del sistema en el plano jurisdiccional a través de un diálogo constructivo y

<sup>32</sup> 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 jurídico español*, Barcelona, Atelier, 2007, p. 43.

<sup>33</sup> CM, *Rapport des Délégués des Ministres, Assurer l'efficacité continue de la Cour européenne des Droits de l'Homme - Mise en œuvre des mesures de réforme adoptées par le Comité des Ministres lors de sa 114e Session (12 mai 2004)*, Document CM(2006)39-final, de 12 de mayo de 2006, apdo. I.1, y *Declaración de Copenhague*, párt. 11. Véanse también SALINAS ALCEGA, S., *El sistema europeo de protección de los derechos humanos en el siglo XXI. El proceso de reforma para asegurar su eficacia a largo plazo*, Madrid, Justel, 2009, p. 62, y *La réforme du système européen des droits de l'homme. Actes du séminaire de haut niveau. Oslo, 18 octobre 2004*, Estrasburgo, 2004, p. 35.

<sup>34</sup> En este sentido, véanse MORTE, C., *El procedimiento ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los requisitos de admisibilidad de la demanda*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 111 y ss.; SALINAS ALCEGA, S., *op. cit.*, nota 33, p. 231, y SICILIANOS, L.-A., «La "réforme de la réforme" du système de protection de la Convention européenne des droits de l'homme», *Annuaire français de droit international*, vol. XLIX, 2003, pp. 611-640, esp. p. 614.

<sup>35</sup> SALINAS ALCEGA, S., *op. cit.*, nota 33, pp. 20, 27-28 y 231.

<sup>36</sup> *Déclaration de Copenhague*, párt. 10. Véanse también *Déclaration d'Interlaken*, Preámbulo 1, párrs. 1-3; *Déclaration d'Izmir*, Preámbulo, párrs. 5-6; *Déclaration de Brighton*, párrafos dispositivos 3-4; *Déclaration de Bruxelles*, Preámbulo, párrafo 7, y *Déclaration de Copenhague*, párrs. 6-11.

continuo<sup>37</sup>. Un importante paso hacia la formalización de este diálogo, que venía ya teniendo diferentes manifestaciones en el plano informal<sup>38</sup>, ha sido el lanzamiento en 2016 de la Red de intercambio de información sobre la jurisprudencia del CEDH con los tribunales superiores nacionales (Red de Tribunales Superiores o Superior Courts Network-SCN), aunque el mayor exponente viene representado por el procedimiento de opinión consultiva previsto por el Protocolo núm. 16. La intervención del TEDH en un estadio tan temprano, «*[w]hen the case was still before a national court, would have benefits for the economy of proceeding and might, therefore, contribute towards the more effective protection of human rights in Europe*»<sup>39</sup>. En todo caso, resulta llamativa la significativa acogida de la Red por parte de los Tribunales Superiores<sup>40</sup>, que contrasta con la escasa voluntad política de los Estados para ratificar el Protocolo núm. 16.

12. A pesar de las enormes potencialidades que ofrece este contexto para el desarrollo del nuevo procedimiento, la amenaza más seria que se cierne sobre él es precisamente la reticencia de algunos Estados a estos desarrollos y las críticas al TEDH que se han dejado sentir a lo largo de todo el «Proceso de Interlaken». En un intento por superar la susceptibilidad de los Estados soberanos<sup>41</sup>, el Protocolo núm. 16 hace suyo el pragmatismo que preside la reforma incorporando una serie de características al nuevo procedimiento, que se traducen en importantes diferencias respecto de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), que le sirvió de modelo. De una parte, los Estados pueden decidir, ratificando o no el Protocolo<sup>42</sup>, si permiten o no que sus altos tribunales soliciten opiniones consultivas. De otra parte, si los Estados ofrecen esta posibilidad, sus altos tribunales serán libres para decidir si formulan o no esa solicitud<sup>43</sup>. Estas diferencias no se van a traducir necesariamente en una minoración en la protección de los derechos humanos, dada la posibilidad para la víctima de acudir al TEDH, que no tiene en la cuestión prejudicial ante el TJUE<sup>44</sup>. Este carácter doblemente facultativo del Protocolo y del procedimiento ha llevado además a algún autor a augurar que no será previsible una avalancha

<sup>37</sup> *Déclaration de Copenhague*, párr. 33.

<sup>38</sup> El TEDH viene desarrollando desde hace años una intensa actividad informal de diálogo con otras instancias judiciales nacionales, e incluso internacionales, que se concreta en visitas, encuentros, reuniones, seminarios, jornadas o invitaciones a la apertura del año judicial. Véanse, a modo ejemplificativo, las acciones realizadas durante 2016 en Cour EDH, *Rapport annuel 2016*, pp. 6 y 9-10.

<sup>39</sup> MACDONALD, R. St. J., *op. cit.*, nota 10, p. 603.

<sup>40</sup> Esta iniciativa, destinada a favorecer un intercambio mutuo de información entre el TEDH y los tribunales superiores nacionales, que se lanzó en 2015 en fase de prueba con las jurisdicciones superiores francesas (Consejo de Estado y Corte de Casación), se extendió rápidamente, consiguiendo en 2017 un total de 64 jurisdicciones superiores de 34 Estados, entre ellos el Tribunal Constitucional español. Véanse Cour EDH, *Rapport annuel 2016*, pp. 10-11, y Cour EDH, *Rapport annuel 2017*, pp. 9 y 149-152.

<sup>41</sup> RUNAVOT, M.-C., *op. cit.*, nota 12, p. 87.

<sup>42</sup> Sus arts. 6 y 8 lo configuran como un Protocolo adicional y facultativo.

<sup>43</sup> Protocolo núm. 16 (art. 1), y *Rapport explicatif, Protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*, párr. 7.

<sup>44</sup> MACDONALD, R. St. J., *op. cit.*, nota 10, pp. 601-602.

de demandas<sup>45</sup>. Dejando de lado cualquier ejercicio adivinatorio por nuestra parte, lo que sí es cierto es que estas características del nuevo procedimiento que pretenden enfrentar el contexto poniéndolo a su favor, dejan abierta una cuestión capital como es la utilización que efectivamente se va a hacer de este nuevo procedimiento en la práctica, pudiendo llegar a provocar un uso escaso del mismo, que supondría dejarlo sin efectos. La presentación de la primera demanda de opinión consultiva en un tiempo tan breve desde la entrada en vigor del Protocolo núm. 16 y la excelente acogida de la Red de Tribunales Superiores parecen, sin embargo, ofrecer un panorama alentador de cara a los tribunales nacionales.

13. Pero estas previsiones paliativas no han logrado evitar o reducir las reticencias de los Estados<sup>46</sup>, sino que se han hecho patentes, por ejemplo, como vimos, en el marco de la prestación del consentimiento en obligarse por el Protocolo núm. 16<sup>47</sup>. No obstante, la mayor amenaza ha tomado carta de naturaleza en la propuesta británica consagrada finalmente en el art. 1 del Protocolo núm. 15, si bien es cierto que rebajando el nivel de iniciativas previas<sup>48</sup>. La incorporación en el Preámbulo del CEDH de la doctrina del margen de apreciación junto al principio de subsidiariedad que consagrará el Protocolo núm. 15 cuando entre en vigor<sup>49</sup>, podría parecer por sí misma una reforma superflua o simbólica, ya que al fin y al cabo es bien sabido que el TEDH utiliza habitualmente ambos principios desarrollados por su jurisprudencia. No obstante, privilegiar este elemento del principio de subsidiariedad frente a los demás que lo componen, alegando razones «de transparencia y

<sup>45</sup> SICILIANOS, L.-A., *op. cit.*, nota 18, p. 15.

<sup>46</sup> Véanse las reticencias de Reino Unido y otros Estados en DONALD, A., «Chapter 8. The Implementation of Judgments of the European Court of Human Rights against the UK: Unravelling the Paradox», en ZIEGLER, K. S., WICKS, E. y HODSON, L. (eds.), *The UK and European Human Rights: A Strained Relationship?*, Londres, Hart, 2015, pp. 135-162; LOUIS, J.-V., «La présidence britannique du Conseil de l'Europe et la Cour de Strasbourg», *Ces Cahiers*, 2012, p. 7; MYJER, E., «Why Much of the Criticism of the European Court of Human Rights is Unfounded», en FLOGAITIS, E., ZWART, T. y FRASER, J., *The European Court of Human Rights and its Discontents. Turning Criticism into Strength*, Cheltenham, Edward Elgar, 2013, pp. 37-54, esp. p. 41, y O'MEARA, N., «Reforming the ECtHR: The Impacts of Protocols 15 and 16 to the ECHR», *iCourts Working Paper Series*, 2015, núm. 31, 32 pp., pp. 5-11 y 17-22.

<sup>47</sup> Véase nota 3.

<sup>48</sup> Así, por ejemplo, el Proyecto de Declaración de Brighton presentado por Reino Unido proponía «that article 35 of the Convention should further be amended to make clear that an application is inadmissible if it is the same in substance as a matter that has been examined by a national court taking into account the rights guaranteed by the Convention, unless the Court considers that: i) The national court clearly erred in its interpretation or application of the Convention rights; o ii) The application raises a serious question affecting the interpretation or application of the Convention. And invites the Committee of Ministers to adopt the necessary amending instrument within one year» [Draft Brighton Declaration, párr. 23.c)].

<sup>49</sup> Los dos Estados que todavía no han prestado su consentimiento en obligarse por este protocolo no facultativo (Protocolo núm. 15 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 2 de octubre de 2013, art. 1) son Italia y Bosnia Herzegovina. España lo hizo el 20 de septiembre de 2018 (véase <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/213>). El CEDH únicamente contemplaba explícitamente las manifestaciones más claras de este principio estructural del Derecho internacional de los derechos humanos (principalmente en sus arts. 1, 13, 19 y 35.1), si bien sobre esta base normativa fue tempranamente reconocido por el propio Tribunal y ampliamente desarrollado por su jurisprudencia.

accesibilidad»<sup>50</sup>, parece más un intento de garantizar las competencias nacionales que la protección efectiva de los derechos convencionales<sup>51</sup>. De este modo, «*le Protocole n° 15 emporte un risque non négligeable de permettre, à l'avenir, une certaine 'instrumentalisation' du principe de subsidiarité*»<sup>52</sup> y ello a pesar de que su Informe explicativo matiza que este nuevo considerando «*est destiné [...] à rester cohérent avec la doctrine de la marge d'appréciation telle que développée par la Cour dans sa jurisprudence*»<sup>53</sup>. Su valor instrumental o simbólico va a depender del uso que se haga en el futuro de esta nueva previsión, por lo que esta amenaza, nada desdeñable, permanece latente, más aún si se tiene en cuenta que el Tribunal podría estar siendo receptivo a este mensaje político, en particular en algunos casos contra Reino Unido<sup>54</sup>.

## 2.2. El derecho de recurso individual ante el TEDH

14. De conformidad con el Protocolo núm. 16, el hecho de que el Tribunal haya adoptado una opinión consultiva sobre una cuestión planteada en el contexto de un asunto pendiente ante una jurisdicción de un Estado parte no impide a una parte en este asunto ejercer, posteriormente, su derecho de recurso individual en virtud del art. 34 del Convenio. Es decir, el TEDH mantiene su competencia para decidir sobre las demandas individuales presentadas por cualquiera de las partes en el litigio ante el tribunal nacional que pidió la opinión consultiva<sup>55</sup>, quedando de este modo preservado el derecho de recurso individual ante el TEDH que el «Proceso de Interlaken» ha consagrado como piedra angular del sistema, con lo que vendría a conciliar las dos visiones tradicionalmente enfrentadas sobre el papel del TEDH (limitado a proporcionar justicia individual o a asumir su papel constitucional «*as the authoritative interpreter of the Convention*»)»<sup>56</sup>.

<sup>50</sup> *Déclaration de Brighton*, párr. 12.b).

<sup>51</sup> RUNAVOT, M.-C., *op. cit.*, nota 12, p. 91. En un sentido similar: véanse TULKENS, F., «La Cour européenne des droit de l'homme et la Déclaration de Brighton. Oublier la réforme et penser l'avenir», *Cahiers de droit européen*, vol. 48, 2012, núm. 2, pp. 305-343, esp. p. 341; AMNISTÍA INTERNACIONAL, «Declaración de Brighton: Estados deben tratar con seriedad Tribunal Europeo, no cuestionar independencia», *nota de prensa*, de 20 de abril de 2012 (recuperado el 26 de enero de 2018 de <https://www.amnesty.org/es/press-releases/2012/04/brighton-trib-eur-no-cuestionar-independencia/>), e INSTITUT DE DRETS HUMANS DE CATALUNYA, *La nueva reforma del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, HURÍ-AGE Consolider-Ingenio 2010, Agència Catalana de Cooperació al Desenvolupament, noviembre de 2012, p. 9 (recuperado el 26 de enero de 2018 de [www.corteidh.or.cr/tablas/r29690.pdf](http://www.corteidh.or.cr/tablas/r29690.pdf)).

<sup>52</sup> SZYMCAK, D., *op. cit.*, nota 4.

<sup>53</sup> *Rapport explicatif du Protocole n° 15 portant amendement à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*, párr. 7 (disponible en [https://www.echr.coe.int/Documents/Protocol\\_15\\_explanatory\\_report\\_FRA.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Protocol_15_explanatory_report_FRA.pdf)). Véase LÓPEZ GUERRA, L. M., *op. cit.*, nota 25, p. 19.

<sup>54</sup> O'MEARA, N., *op. cit.*, nota 46, pp. 19-22. La autora menciona expresamente las opiniones concordantes en tres asuntos de 2013 contra Reino Unido: *Animal Defenders International*, *Shindler* y *Vinter*.

<sup>55</sup> Cour EDH, *Document de réflexion sur la proposition d'élargissement de la compétence consultative de la Cour*, 2012, párrs. 6-7 (disponible en [https://www.echr.coe.int/Documents/2013\\_Courts\\_advisory\\_jurisdiction\\_FRA.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/2013_Courts_advisory_jurisdiction_FRA.pdf)), y LÓPEZ GUERRA, L. M., *op. cit.*, nota 25, p. 28.

<sup>56</sup> JAHN, J., «Normative Guidance from Strasbourg through Advisory Opinions. Deprivation or Relocation of the Convention's Core?», *ZaöRV*, vol. 74, 2014, pp. 821-846, esp. p. 842.

15. No obstante, el Informe explicativo del Protocolo núm. 16 precisa que, cuando una demanda (se entiende, presentada por alguna de las partes en el litigio que provocó la petición consultiva) sea depositada después de un procedimiento en el marco del que el Tribunal haya efectivamente adoptado una opinión consultiva, se espera que los elementos de la demanda referidos a las cuestiones tratadas en la opinión consultiva sean declarados inadmisibles o archivados<sup>57</sup>. La causa de inadmisibilidad relativa a que sea esencialmente la misma que una demanda examinada por el Tribunal, y no contenga hechos nuevos [art. 35.2.b) del CEDH] contribuiría a este resultado<sup>58</sup>. Entendemos que estos efectos se producirán únicamente si el tribunal nacional se hubiera conformado a la opinión consultiva, porque lo contrario supondría una seria amenaza para el derecho de recurso individual ante el TEDH, pero no se dice nada al respecto en el Informe explicativo, aunque el Tribunal se ha manifestado desde el principio en este sentido<sup>59</sup>.

16. En cambio, el Informe explicativo dispone a continuación que las opiniones consultivas no tienen ningún efecto directo sobre otras demandas posteriores<sup>60</sup>, debiendo entenderse que se refiere esta vez a las demandas presentadas por partes ajenas al litigio que dio origen al procedimiento consultivo, y que, en consecuencia, no sufrirán la misma suerte en cuanto a su admisibilidad. No obstante, el Informe explicativo añade, como vimos, que estas opiniones consultivas se insertarán en la jurisprudencia del TEDH, con efectos análogos a los elementos interpretativos establecidos por el Tribunal en sus sentencias y decisiones<sup>61</sup>. Otro elemento a valorar es que las demandas de opinión consultiva serán tramitadas con prioridad<sup>62</sup>, por lo que estas otras «demandas posteriores» podrían haber sido presentadas con anterioridad, pero tratadas posteriormente. Por tanto, si bien las opiniones consultivas no producirán efectos sobre estas demandas «posteriores» en el plano formal, sí que los tendrán en la decisión sobre el fondo. Desde esta perspectiva, se ha argumentado que se corre el riesgo de menoscabar el derecho de recurso individual en la medida en que «*the opinion would prejudice the ECtHR's decision, especially of cases [...] already pending before ECHR*»<sup>63</sup>.

17. Por otro lado, este marco, puesto en relación con algunas de las reformas introducidas por el Protocolo núm. 14, podría tener efectos positivos sobre el filtrado y el tratamiento de las demandas individuales en plazos ra-

<sup>57</sup> *Rapport explicatif, Protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*, párr. 26, leído conjuntamente con párr. 27.

<sup>58</sup> Este resultado ya fue previsto por MACDONALD, R. St. J., *op. cit.*, nota 10, p. 602.

<sup>59</sup> Cour EDH, *Document de réflexion sur la proposition d'élargissement de la compétence consultative de la Cour*, 2012, párr. 10.

<sup>60</sup> *Rapport explicatif, Protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*, párr. 27.

<sup>61</sup> *Ibid.*

<sup>62</sup> Véase TEDH, *La política del TEDH con respecto a la prioridad de los asuntos*, de 22 de mayo de 2017 (disponible en [https://www.echr.coe.int/Documents/Priority\\_policy\\_SPA.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Priority_policy_SPA.pdf)).

<sup>63</sup> VOLAND, T. y SHIEBEL, B., «Advisory Opinions of the European Court of Human Rights: Unbalancing the System of Human Rights Protection in Europe?», *Human Rights Law Review*, vol. 17, 2017, pp. 73-95, esp. p. 84.

zonables. Podría pensarse que el primer grupo de demandas (en particular, cuando todos sus elementos hayan sido tratados en la opinión consultiva) serían declaradas inadmisibles o archivadas por un juez único al tratarse de demandas que no requieren de un examen complementario<sup>64</sup>, mientras que las otras demandas (en tanto que respondieran a la calificación de asuntos repetitivos) serían examinadas por un Comité de tres jueces<sup>65</sup>.

Esta oportunidad para reducir la carga del trabajo del Tribunal, potenciado por el juego conjunto de las diferentes medidas adoptadas en el marco del proceso de reforma, puede, sin embargo, llegar a amenazar el sistema si se impone como objetivo en sí mismo<sup>66</sup>, pudiendo vaciar de contenido el derecho de acceso a la justicia internacional, tanto en su dimensión formal (p. ej., cuando la declaración de inadmisibilidad o de archivo se realice de manera demasiado automática), como en su dimensión material, que requiere que se provea justicia a través de la emisión de una sentencia justa, ajustada a derecho, motivada y ejecutable<sup>67</sup>. No obstante, se han establecido algunas garantías que reducirían las potencialidades de esta amenaza. Así, en caso de duda, el juez único puede remitir la demanda a un Comité de tres jueces o a una Sala para su examen complementario<sup>68</sup>. El procedimiento acelerado y simplificado ante el Comité de tres jueces también se acompaña de dos cautelas: debe existir una jurisprudencia consolidada y el pronunciamiento debe adoptarse por unanimidad<sup>69</sup>. Además, si no concurriese esta unanimidad el asunto pasaría a una Sala de siete jueces (art. 29 del CEDH), quien, en virtud

<sup>64</sup> *Protocole n° 14 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, amendant le système de contrôle de la Convention*, párr. 67; Cour EDH, *Règlement de la Cour, Amendements au Règlement de la Cour adoptés par la Cour plénière le 19 septembre 2016 (articles 1, 24, 29, 34, 44 et 82, nouveau chapitre X)*, en vigor desde el 1 de agosto de 2018 (art. 48.1). Se trataría de demandas que no requieran un examen complementario al concurrir una de las causas de inadmisibilidad «objetiva» del art. 35 del Convenio. Véanse PASTOR RIDRUEJO, J. A., «El Protocolo núm. 14 a la Convención Europea de Derechos Humanos: ¿estamos ante la reforma que necesita el Tribunal?», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LVI, 2004, núm. 1, pp. 141-150, esp. p. 144, y TELJO GARCÍA, C., «Nueva vuelta de tuerca: perspectivas de reforma del sistema judicial de Estrasburgo tras la adopción de la Declaración de Interlaken y la entrada en vigor del Protocolo núm. 14 al Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Estudios Europeos*, 2010, núm. 55, p. 91.

<sup>65</sup> Véase el art. 8 del Protocolo núm. 14 al CEDH, que modificó el art. 28 CEDH. Pensando en particular en los asuntos repetitivos, atribuyó a estos comités la competencia para, por unanimidad, declarar admisible una demanda y dictar al mismo tiempo sentencia sobre el fondo (incluida la satisfacción equitativa), que será definitiva, cuando «la cuestión subyacente al caso, relativa a la interpretación o la aplicación del Convenio o de sus Protocolos, ya haya dado lugar a jurisprudencia consolidada del Tribunal».

<sup>66</sup> DZEHTSIAROU, K. y O'MEARA, N., *op. cit.*, nota 11, p. 462.

<sup>67</sup> Sobre este derecho de acceso a la justicia internacional, véase, por ejemplo, ACOSTA ALVARADO, P. A., *Tribunal Europeo y Corte Interamericana de derechos humanos: ¿Escenarios idóneos para la garantía del derecho de acceso a la justicia internacional?*, Universidad Externado de Colombia, Ebook, 2008, en particular pp. 7-8 y 14.

<sup>68</sup> Véase el art. 7 del Protocolo núm. 14 al CEDH, que inserta un nuevo art. 27 del CEDH, y Cour EDH, *Règlement de la Cour, Amendements au Règlement de la Cour adoptés par la Cour plénière le 19 septembre 2016 (articles 1, 24, 29, 34, 44 et 82, nouveau chapitre X)*, en vigor desde el 1 de agosto de 2018 (arts. 18.A, 27.A.4, 49.1 y 52A).

<sup>69</sup> SÁNCHEZ PATRÓN, J. M., «El recurso individual ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: evolución y perspectiva», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 2011, núm. 18, pp. 167-190, esp. p. 181.

de lo previsto en el art. 30 del CEDH, quedaría obligada a la inhibición en favor de la Gran Sala en aquellos supuestos en que la solución dada a un caso pudiera ser contradictoria con la doctrina anterior del Tribunal<sup>70</sup>.

### 3. EL NUEVO PROCEDIMIENTO CONSULTIVO DEL TEDH

18. Tratándose de una medida de reenvío judicial, todas las miradas para su formulación se pusieron en un modelo muy contrastado de diálogo judicial entre los tribunales nacionales y una jurisdicción internacional, como es la cuestión prejudicial ante el TJUE<sup>71</sup>, pero sin confundirse con él dado que necesitaba adaptarse al contexto examinado. Por ello también se tomaron prestados elementos de otras jurisdicciones internacionales, acercándose en particular a la función consultiva de otros tribunales internacionales de protección de derechos humanos, pero sin responder tampoco totalmente a este modelo. La combinación operada genera, por tanto, un procedimiento diferente, con unas características propias.

Esto supone que, además de los «factores ambientales» que examinamos en el apartado anterior, debemos ocuparnos también de los «factores genéticos», heredados y propios, del nuevo procedimiento consultivo en tanto que definen sus capacidades potenciales, pero que también pueden llegar a limitar su desarrollo. No debe obviarse el peligro inherente al hecho de tomar prestadas las características que más éxito han tenido en un régimen concreto para los propósitos de otro<sup>72</sup>. Por tanto, su examen desde una perspectiva comparada con los modelos de origen nos va a permitir identificar mejor sus fortalezas y debilidades intrínsecas (*ad intra*) de cara al logro de sus objetivos y de la pervivencia del sistema del Convenio.

#### 3.1. Un procedimiento de reenvío judicial

19. El nuevo procedimiento consultivo ante el TEDH se ha configurado, ante todo, como un procedimiento de reenvío judicial. Por ello, al igual que la

<sup>70</sup> LÓPEZ GUERRA, L. M., *op. cit.*, nota 25, p. 28.

<sup>71</sup> *Ibid.*, pp. 13-14; *Rapport du Groupe des Sages au Comité des Ministres, 979 bis Réunion*, Documents CM(2006)203, de 15 de noviembre de 2006, párr. 80; Intervención de François Tulkens en *Dialogue entre juges. Actes du séminaire 27 janvier 2012: «Comment assurer une plus grande implication des juridictions nationales dans le système de la Convention?»*, Estrasburgo, 2012, p. 9 (disponible en [https://www.echr.coe.int/Documents/Dialogue\\_2012\\_FRA.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Dialogue_2012_FRA.pdf)). La cuestión prejudicial está regulada en el art. 19.3.b) del Tratado de la UE (TUE) y en el art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE), aunque no es el único procedimiento de reenvío judicial internacional de características similares: véanse los arts. 32-36 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TCTJCA) y los arts. 121-128 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (ETJCA). Véase, además, una comparativa entre ambos procedimientos, por ejemplo, en CIENFUEGOS MATEO, M., «Cuestiones prejudiciales en la Unión Europea y consultas prejudiciales en la Comunidad Andina: Similitudes, diferencias e influencias», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, vol. 25, 2013, 43 pp.

<sup>72</sup> MACDONALD, R. St. J., *op. cit.*, nota 10, pp. 596 y 603.

cuestión prejudicial ante el TJUE, comienza a partir de la petición, por parte de un tribunal nacional, a un tribunal internacional a nivel europeo de una resolución sobre la interpretación o aplicación que debe darse a una norma de Derecho internacional (Derecho de la Unión Europea o CEDH). Ambas fórmulas exigen también que la demanda se realice en el marco de un asunto pendiente ante la jurisdicción que hace la solicitud<sup>73</sup>. Además, los tribunales nacionales pueden dirigirse al TEDH para pedirle opiniones consultivas «sobre cuestiones de principio en relación con la interpretación o aplicación de los derechos y libertades definidos en el Convenio o sus Protocolos»<sup>74</sup>, al igual que pueden solicitar al TJUE una cuestión prejudicial de interpretación<sup>75</sup>. Es más, el propio Tribunal ha apuntado que, a la hora de valorar si se trata de una cuestión de principio, podrá recurrirse a la inspiración que se obtenga a partir de la jurisprudencia del TJUE en relación con la doctrina del «*point clair*»<sup>76</sup>.

20. Sin embargo, prácticamente las semejanzas acaban aquí. Debe tenerse en cuenta que este nuevo procedimiento, como hemos venido viendo, también pretende responder a dos objetivos indirectos concretos, que van a tener una incidencia fundamental en las características que adquiere y que lo separan de la cuestión prejudicial ante el TJUE. Por un lado, persigue consolidar la aplicación del CEDH de conformidad con el principio de subsidiariedad, y por otro, reducir la carga de trabajo del TEDH a largo plazo, en la medida en que se entiende que, mediante este procedimiento, el Tribunal clarificará cuestiones relativas a la interpretación del Convenio en un estadio precoz, anticipándose a la introducción ante él de posibles demandas individuales que plantearían la misma cuestión<sup>77</sup>, lo que además contribuiría a evitar el surgimiento de controversias entre los tribunales internos y el europeo y superar una relación judicial basada en la confrontación<sup>78</sup>.

21. Siendo previsible este efecto positivo sobre su carga de trabajo, no debe desconocerse, sin embargo, que el Tribunal puede verse obligado a enfrentar cuestiones de orden lingüístico vinculadas con la traducción de las demandas y documentos conexos<sup>79</sup> y de las opiniones consultivas<sup>80</sup>; que, como

<sup>73</sup> Véanse Protocolo núm. 16 (art. 1.2), y *Rapport explicatif, Protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*, párr. 10.

<sup>74</sup> Véanse el art. 1.1 del Protocolo núm. 16, y *Rapport explicatif, Protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*, párr. 9.

<sup>75</sup> Los arts. 19.3.b) del TUE y 267 del TFUE prevén también la posibilidad de plantear una cuestión prejudicial sobre la validez de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la UE.

<sup>76</sup> Cour EDH, *Reflection paper on the proposal to extend the Court advisory opinion*, ref. 3853038.

<sup>77</sup> Cour EDH, *Document de réflexion sur la proposition d'élargissement de la compétence consultative de la Cour*, 2012, párr. 14.

<sup>78</sup> *Ibid.*, párr. 6, y VOLAND, T. y SHIEBEL, B., *op. cit.*, nota 63, p. 80.

<sup>79</sup> De conformidad con el Informe explicativo, las demandas podrían presentarse en la «lengua nacional oficial» utilizada en el litigio interno, a pesar de la opinión contraria mostrada por el TEDH con ocasión de su análisis del proyecto de Protocolo. En aquella ocasión, el Tribunal dejó claro que esta no era una exigencia contenida en el texto del Protocolo y que, en todo caso, se oponía a que «*ce soit à elle qu'il incombe de fournir les traductions des demandes et documents y afférents. Même si elle peut comprendre le raisonnement sous tendant pareille proposition, celle-ci aurait pour effet de lui imposer une*

(Véase nota 80 en página siguiente)

vimos, el nuevo procedimiento no necesariamente evitará las demandas individuales planteadas *a posteriori*; o que, como advierte Linos-Alexandre Sicilianos, «*en suivant ses méthodes de travail actuelles, la Grande Chambre ne peut se prononcer que sur 25 à 30 affaires par an. Si les demandes d'avis consultatifs se multiplient, la Gran Chambre risque d'être absorbée par cette nouvelle fonction*»<sup>81</sup>. Los retrasos en su toma de decisiones pueden, además, tener un efecto desincentivador<sup>82</sup>. Frente a estos riesgos, se ha alegado que, al no ser de carácter contradictorio, el procedimiento durará menos tiempo y consumirá menos recursos<sup>83</sup>. Lo cierto es que la primera opinión consultiva de este tipo ha sido adoptada en algo menos de seis meses desde su recepción por el Tribunal<sup>84</sup>. No obstante, este posible efecto perverso sobre la carga de trabajo del Tribunal y sus recursos ha sido precisamente una de las principales fuentes de escepticismo respecto del nuevo procedimiento, por lo que, como veremos, se han anticipado ciertas válvulas de seguridad análogas a las previstas para las demandas de reenvío a la Gran Sala en el marco del procedimiento contencioso<sup>85</sup>. El Tribunal contaría, por tanto, con una primera batería de instrumentos para responder a esta debilidad.

22. Volviendo a las importantes diferencias que separan a ambos procedimientos de reenvío judicial, no pretendemos, sin embargo, hacer un análi-

---

*charge coûteuse de traduction*», no solo en el plano económico. Sin moverse de este planteamiento, el TEDH ha precisado que la lengua empleada en el procedimiento interno deberá ser el idioma oficial del Estado parte de quien dependa la jurisdicción demandante. Ha utilizado además un importante instrumento a su disposición para paliar los efectos negativos de la previsión del Informe explicativo, incorporando en el art. 34.7 de su Reglamento la siguiente precisión: «*Si la langue en question n'est pas l'une des langues officielles de la Cour, une traduction en anglais ou en français de la demande doit être déposée dans un délai qu'il appartient au président de la Cour de fixer*». Véase Cour EDH, *Avis de la Cour sur le projet de Protocole n° 16 à la Convention élargissant la compétence de la Cour afin de lui permettre de rendre des avis consultatifs sur l'interprétation de la Convention*, Doc. DD(2013)534-rev., de 6 de mayo de 2013, párr. 14; Cour EDH, *Les Lignes directrices concernant la mise en œuvre de la procédure d'avis consultatif prévue par le Protocole n° 16 à la Convention*, 2017, párr. 18, y Cour EDH, *Règlement de la Cour, Amendements au Règlement de la Cour adoptés par la Cour plénière le 19 septembre 2016 (articles 1, 24, 29, 34, 44 et 82, nouveau chapitre X)*, en vigor desde el 1 de agosto de 2018 (art. 34.7).

<sup>80</sup> El Informe explicativo propone una solución para los casos donde el litigio interno no pueda reanudarse hasta que la opinión consultiva no sea traducida a la lengua de este procedimiento (*Rapport explicatif, Protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*, párr. 23). El TEDH mostró en su momento sus dudas respecto de la sugerencia de que en estos casos podría cooperar con las autoridades nacionales para la elaboración de la traducción en tiempo útil. Consideró que «*cela pourrait entraîner une augmentation considérable de sa charge de travail et que cela pose en réalité la question de savoir qui doit financer les traductions. Il est évident que si la responsabilité de fournir les traductions incombe à la Cour, il faut mettre à sa disposition les ressources budgétaires correspondantes*» [Cour EDH, *Avis de la Cour sur le projet de Protocole n° 16 à la Convention élargissant la compétence de la Cour afin de lui permettre de rendre des avis consultatifs sur l'interprétation de la Convention*, Doc. DD(2013)534-rev., de 6 de mayo de 2013, párr. 14].

<sup>81</sup> SICILIANOS, L.-A., *op. cit.*, nota 18, p. 20. En un sentido similar, véanse DZEHTSIAROU, K., «Advisory Opinions: More Cases for the Already Overburdened Strasbourg Court», *VerfassungsBlog*, de 31 de mayo de 2013 (en <https://verfassungsblog.de/advisory-opinions-more-cases-for-the-already-overburdened-strasbourg-court/>), y DZEHTSIAROU, K. y O'MEARA, N., *op. cit.*, nota 11, p. 459.

<sup>82</sup> O'MEARA, N., *op. cit.*, nota 46, p. 27.

<sup>83</sup> DZEHTSIAROU, K., *op. cit.*, nota 81, y DZEHTSIAROU, K. y O'MEARA, N., *op. cit.*, nota 11, p. 460.

<sup>84</sup> Véase nota 16.

<sup>85</sup> SICILIANOS, L.-A., *op. cit.*, nota 18, p. 20.

sis comparado pormenorizado<sup>86</sup>, sino que, dado el ámbito de nuestro estudio, nos interesan, sobre todo, aquellas características del nuevo procedimiento consultivo que han sido percibidas como sus mayores debilidades o «ángulos muertos» por ser radicalmente diferentes de lo que se ha considerado puntos fuertes del instrumento procesal ampliamente contrastado que le ha servido de modelo. Desde esta perspectiva nos ocuparemos de las dos siguientes características: *a)* la limitación de la legitimación a los «más altos tribunales», y *b)* el carácter no vinculante de las opiniones consultivas.

23. En primer lugar, mientras el art. 267 del TFUE abre la posibilidad de plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE a cualesquiera órganos jurisdiccionales de los Estados, el art. 1 del Protocolo núm. 16 limita el acceso al nuevo procedimiento consultivo a los «más altos tribunales» de los Estados parte, aunque les deja plena libertad para designar estas jurisdicciones y para modificar esta decisión en cualquier momento<sup>87</sup>. Además, estos tribunales nacionales no vienen en ningún caso obligados a plantear una demanda de opinión consultiva<sup>88</sup>. La expresión utilizada («*highest courts and tribunals*», pero no «*the highest*») reenvía a las jurisdicciones situadas en la cima del sistema judicial nacional, pero no únicamente, como ha quedado demostrado en la práctica<sup>89</sup>.

Esta formulación restrictiva se justifica como forma de tener en cuenta las particularidades de los sistemas judiciales nacionales y con el fin de evitar la proliferación de demandas<sup>90</sup>. Podría considerarse también una reacción al «éxito» de la cuestión prejudicial, que parece en ocasiones estar

<sup>86</sup> Véase esta comparativa, entre otros, en BENOÎT-ROHMER, F., «Les perspectives de réformes à long terme de la Cour européenne des droits de l'homme: "certiorari" versus renvoi préjudiciel», *Revue Universelle des Droits de l'Homme*, vol. 14, 2002, pp. 313-319, esp. pp. 314-316; GRAGL, P., «(Judicial) Love is Not a One-Way Street: The EU Preliminary Reference Procedure as a Model for ECtHR Advisory Opinions Under Draft Protocol No. 16 (August 1, 2013)», *European Law Review*, 2013, núm. 2, pp. 229-247; GERARDS, J., «Advisory Opinions, Preliminary Rulings and the New Protocol No. 16 to the European Convention of Human Rights. A Comparative and Critical Appraisal», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 21, 2014, núm. 4, pp. 630-651, esp. pp. 640-645, y LÓPEZ GUERRA, L. M., *op. cit.*, nota 25, pp. 22-23 y 27.

<sup>87</sup> Protocolo núm. 16 (art. 10).

<sup>88</sup> Protocolo núm. 16 (art. 1.1) («*peuvent*»).

<sup>89</sup> Aunque son 13 los Estados parte en el Protocolo núm. 16, son 14 los que han hecho esta declaración prevista por su art. 10, ya que Rumanía la hizo en el momento de la firma del Protocolo y todavía no lo ha ratificado. Todos estos Estados han designado, al menos, como jurisdicción competente para solicitar una opinión consultiva al TEDH a su Tribunal Supremo (con esta terminología o una similar). La mayoría mencionan, además, en su declaración a sus tribunales constitucionales (Albania, Andorra, Armenia, Georgia, Lituania, Rumanía y Eslovenia) u órganos jurisdiccionales de naturaleza similar (como el Consejo Constitucional francés), mientras otros se refieren a otro tipo de órganos que parecen ser las más altas jurisdicciones para una cierta categoría de asuntos. De este modo, tenemos Estados que únicamente han designado un tribunal (como Estonia, San Marino y Ucrania), otros han designado a dos (Albania, Andorra, Armenia, Georgia y Eslovenia), a tres (Francia y Lituania), a cuatro (Finlandia y Grecia), a cinco (Países Bajos) o a 17 (Rumanía). Datos disponibles en <https://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/214>.

<sup>90</sup> *Rapport explicatif, Protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*, párr. 8, y PASTOR PALOMAR, N., «La entrada en vigor del Protocolo número 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Revista General de Derecho Europeo*, 2019, núm. 47, p. 229.

tornándose en «abuso» por parte de las jurisdicciones nacionales. De este modo, además, se preserva la demanda individual como forma privilegiada de acceso al sistema, acorde con la consideración del derecho de recurso individual como piedra angular del sistema. Esta «supuesta» debilidad permite además la mejor adaptación del modelo de referencia al contexto del sistema del CEDH, difícilmente transponible sin más al Consejo de Europa<sup>91</sup>. Podría incluso considerarse una de sus fortalezas de cara a la pervivencia a largo plazo del sistema del CEDH. Es una formulación coherente con la noción de agotamiento de los recursos internos<sup>92</sup> y refleja, además, el nivel al que sería apropiado que se produzca el diálogo<sup>93</sup>, lo que vendría a reforzar el papel «constitucional» del TEDH<sup>94</sup>.

No obstante, la libertad que se da a los Estados para la designación de estas altas jurisdicciones y para su modificación podría llevarles a hacer una selección de los altos tribunales «menos activistas» o nominarlos (o cambiarlos) por razones políticas, lo que distorsionaría la naturaleza del diálogo que se quiere conseguir<sup>95</sup>. Además, existe un riesgo importante de que «el número de tribunales señalados por cada Estado haga un total exagerado de tales jurisdicciones como posibles peticionarias, lo que realmente podría asfixiar al TEDH y por tanto su función»<sup>96</sup>. Por el momento, únicamente Rumanía parece haber entonado la nota disonante, al legitimar a 17 tribunales nacionales. Bien es cierto que, siendo el segundo Estado en hacer la declaración del art. 10, su ejemplo no ha sido seguido por el resto, y además Rumanía todavía no es Parte en el Protocolo núm. 16, por lo que resultará interesante ver si confirma esta declaración en el momento de la prestación de su consentimiento en obligarse. Una posible solución hubiera sido circunscribir el número de tribunales legitimados a dos o incluso a uno<sup>97</sup>, aunque esto hubiera supuesto una importante limitación de la voluntad de los Estados. En la práctica, la mayoría de Estados han designado a su Tribunal Supremo y/o a su Tribunal Constitucional<sup>98</sup>. A nuestro juicio, si España finalmente ratificara el Protocolo núm. 16, debiera seguir este modelo. Parece la fórmula más acorde con las funciones que tienen asignadas cada uno de estos dos tribu-

---

<sup>91</sup> *Rapport du Groupe des Sages au Comité des Ministres, 979bis Réunion*, Documents CM(2006)203, de 15 de noviembre de 2006, párr. 80.

<sup>92</sup> *Rapport explicatif, Protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*, párr. 8. Bien es cierto que no se exige que esta más alta jurisdicción tenga necesariamente que ser una de las jurisdicciones ante las que un recurso debe ser depositado para satisfacer la exigencia de agotamiento de recursos internos en el sentido del art. 35.1 del Convenio.

<sup>93</sup> *Rapport explicatif, Protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*, párr. 8. Este diálogo también se produce al más alto nivel en el ámbito europeo, ya que las opiniones consultivas son adoptadas por la Gran Sala del TEDH (art. 2.2). En este sentido, véase también SICILIANOS, L.-A., *op. cit.*, nota 18, p. 20.

<sup>94</sup> *Rapport du Groupe des Sages au Comité des Ministres, 979bis Réunion*, Documents CM(2006)203, de 15 de noviembre de 2006, párr. 81.

<sup>95</sup> DZEHTSIAROU, K. y O'MEARA, N., *op. cit.*, nota 11, pp. 462-463.

<sup>96</sup> HINOJO ROJAS, M., *op. cit.*, nota 13, p. 691.

<sup>97</sup> *Rapport du Groupe des Sages au Comité des Ministres, 979bis Réunion*, Documents CM(2006)203, de 15 de noviembre de 2006, párr. 135, e HINOJO ROJAS, M., *loc. cit.*, nota 13, p. 692.

<sup>98</sup> Véase nota 89.

nales en nuestro ordenamiento y la más ajustada a la trayectoria de diálogo judicial que vienen manteniendo con el TEDH<sup>99</sup>.

Otro riesgo nada desdeñable es que «[i]t is easily conceivable, however, that national courts will use their newly acquired competence mainly to seek the authority of the ECtHR to help them solve delicate and politically sensitive issues which they would prefer not to take on themselves. [...] The authority and legitimacy of the ECtHR, however, may suffer as a result»<sup>100</sup>. En las condiciones actuales solo queda apelar a la responsabilidad tanto de los Estados al hacer y, en su caso, modificar la declaración prevista en el art. 10, como a la de los tribunales internos legitimados en el uso de este nuevo procedimiento consultivo.

24. La segunda gran diferencia respecto de la cuestión prejudicial ante el TJUE es que las opiniones consultivas no son vinculantes<sup>101</sup>. Se alegó como justificación que las opiniones consultivas intervienen en el contexto del diálogo judicial entre el Tribunal y las jurisdicciones internas<sup>102</sup>. Parece, por tanto, fundarse en un paradigma de diálogo o cooperación judicial no tan vertical o jerarquizado como el de la UE, sino más horizontal o colaborativo<sup>103</sup>, y de este modo enfrentar el «debilitado espíritu de colaboración que impregna a este [otro] procedimiento»<sup>104</sup>. Las jurisdicciones nacionales cambiarían su estatus «from opponents [...] to partners»<sup>105</sup>.

La aparente búsqueda de soluciones «colaborativas» es, además, respetuosa con el principio de subsidiariedad. Sin embargo, como esta previsión supone que la jurisdicción que formuló la demanda decide los efectos de la opinión consultiva en el procedimiento interno<sup>106</sup>, podría darse la situación de que la jurisdicción nacional no se atenga a la opinión consultiva. Esto podría cuestionar la autoridad del Tribunal en su tarea de interpretación del Convenio, constituyéndose en una importante debilidad del procedimiento.

Frente a ello se ha aducido que «la función interpretativa final y decisiva del TEDH quedaría siempre salvaguardada, por cuanto que el Tribunal sería en todo caso competente para decidir sobre las demandas individuales presentadas por cualquiera de las partes en el caso ante el tribunal nacional»<sup>107</sup>. Esta falta de obligatoriedad, por un lado, presenta la ventaja de preservar el derecho de recurso individual ante el TEDH, reforzando su función conten-

<sup>99</sup> Véase nota 40.

<sup>100</sup> GERARDS, J., *op. cit.*, nota 86, pp. 646-647.

<sup>101</sup> Protocolo núm. 16 (art. 5).

<sup>102</sup> *Rapport explicatif, Protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*, párt. 25.

<sup>103</sup> GRAGL, P., *op. cit.*, nota 86, p. 22, y VOLAND, T. y SHIEBEL, B., *op. cit.*, nota 63, p. 74.

<sup>104</sup> CIENFUEGOS MATEO, M., *op. cit.*, nota 71, p. 23.

<sup>105</sup> VOLAND, T. y SHIEBEL, B., *op. cit.*, nota 63, p. 79.

<sup>106</sup> *Rapport explicatif, Protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*, párt. 25.

<sup>107</sup> LÓPEZ GUERRA, L. M., *op. cit.*, nota 25, p. 28.

ciosa<sup>108</sup>, y, por otro, supondría precisamente por ello «*un faux-semblant*»<sup>109</sup>. Además, no parece una situación muy probable, ya que, de producirse, la alta jurisdicción interna correría «*le risqué d'engager la responsabilité de son État dans un contentieux futur*»<sup>110</sup>. Su falta de obligatoriedad, que ha determinado la naturaleza consultiva del nuevo procedimiento, podría de este modo confirmarse como una de sus principales fortalezas.

### 3.2. Un procedimiento en el marco de la función consultiva

25. Los redactores del Protocolo núm. 16 querían que la respuesta del TEDH a la petición del juez nacional no fuera vinculante. En consecuencia, «el procedimiento que mejor encajaba, tanto desde la teoría como de la práctica del Derecho internacional, era el procedimiento consultivo que, bien es sabido, como principio general, aunque con excepciones, no obliga, al menos formalmente hablando, al órgano o entidad peticionaria a seguir lo estipulado en el dictamen judicial»<sup>111</sup>. Además, presenta la ventaja de «*provide authoritative legal interpretations avoiding confrontation which is inevitable in contentious cases*»<sup>112</sup>. Es decir, ante la combinación de funciones contenciosa y consultiva, que por lo demás se ha convertido en un rasgo característico de las jurisdicciones internacionales<sup>113</sup>, se optó por desarrollar la función consultiva del TEDH, lo que choca con el tradicional y característico deseo del sistema europeo de evitar toda confusión posible entre géneros y continuar privilegiando en toda circunstancia la función contenciosa<sup>114</sup>. El buen funcionamiento de la función consultiva en otras jurisdicciones internacionales, especialmente en el sistema americano de derechos humanos, parece haber contribuido a superar las reticencias y a valorarlo como modelo de referencia, aunque el objetivo en el marco del Protocolo núm. 16 no sea dar un impulso al sistema comenzando por un periodo de aprendizaje a través del método consultivo menos atentatorio contra la soberanía de los Estados<sup>115</sup>.

<sup>108</sup> DZEHTSIAROU, K. y O'MEARA, N., *op. cit.*, nota 11, p. 465.

<sup>109</sup> SZYMCZAK, D., *op. cit.*, nota 6, p. 103.

<sup>110</sup> *Ibid.*

<sup>111</sup> HINOJO ROJAS, M., *op. cit.*, nota 13, p. 686.

<sup>112</sup> DZEHTSIAROU, K., *op. cit.*, nota 81.

<sup>113</sup> RUNAVOT, M.-C., *op. cit.*, nota 12, p. 82. No obstante, esta autora menciona como excepción a esta regla general, el Órgano de Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio.

<sup>114</sup> Véase *supra*, en especial nota 6.

<sup>115</sup> En el sistema interamericano, durante mucho tiempo la función consultiva fue el único modo de expresión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), aunque actualmente el número de sentencias supera el de opiniones. Sobre la base de este modelo, la práctica ha sido similar en la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. Véanse TIGROUDJA, H., «La fonction consultative de la Cour Interamericaine des Droits de l'Homme», en ONDOUA, A. y SZYMCZAK, D. (dirs.), *La fonction consultative des juridictions internationales*, París, Pedone, 2009, pp. 67-85, p. 68; MARGUENAUD, J.-P., «La fonction consultative des juridictions internationales», en ONDOUA, A. y SZYMCZAK, D. (dirs.), *op. cit.*, nota 115, pp. 9-17, esp. p. 13; DZEHTSIAROU, K. y O'MEARA, N., *op. cit.*, nota 11, pp. 449-450 y 460, y ONDOUA, A., «La fonction consultative de la Cour Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples», en ONDOUA, A. y SZYMCZAK, D. (dirs.), *op. cit.*, nota 15, pp. 105-116.

26. En particular, los redactores del Protocolo núm. 16 parecen haberse fijado en el procedimiento consultivo previsto en el art. 64.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos (o Pacto de San José) de 1969, que prevé la posibilidad de que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) dé una opinión consultiva al Estado miembro de la Organización de Estados Americanos (OEA) que se lo pida, acerca de la compatibilidad de una cualquiera de sus leyes internas con sus obligaciones internacionales<sup>116</sup>. No cabe duda de que no es un instrumento de reenvío judicial propiamente dicho, pero presenta dos desarrollos que parecen haber interesado al sistema europeo de cara a dotar al nuevo procedimiento consultivo de las fortalezas correspondientes.

27. En primer lugar, la CIDH ha asignado una finalidad precisa a este procedimiento consultivo del art. 64.2, a saber: ayudar a los Estados a cumplir mejor sus obligaciones internacionales<sup>117</sup>, «sin someterlos al formalismo y al sistema de sanciones que caracteriza el proceso contencioso»<sup>118</sup>. Una perspectiva análoga en el sistema europeo ofrece enormes ventajas de cara al fortalecimiento del nuevo procedimiento consultivo. En segundo lugar, en el sistema interamericano, si bien las opiniones consultivas tampoco están revestidas de la autoridad de cosa juzgada y no tienen, por tanto, ningún valor vinculante<sup>119</sup>, se configuran, en cambio, como directrices para la interpretación y aplicación adecuada de los derechos humanos por los Estados que están obligados a la luz de las motivaciones que aparecen en estas opiniones. Son una constatación del derecho en vigor que participa de la «jurisprudencia» de la Corte<sup>120</sup>. No cabe ninguna duda de que este desarrollo inspiró a los redactores del Protocolo núm. 16<sup>121</sup>, con el fin de fortalecer el nuevo procedimiento<sup>122</sup>. El propio TEDH ha querido dejar claros estos extremos en su primera opinión consultiva, lo que además vendría a matizar el alcance de la falta de obligatoriedad de este tipo de opiniones<sup>123</sup>.

<sup>116</sup> POSENATO, N., «Diálogo judicial e direitos humanos - o novo Protocolo 16 à Convenção europeia dos direitos do homem», *Espaço Jurídico Journal of Law*, vol. 15, 2014, núm. 1, pp. 259-264, p. 261.

<sup>117</sup> TIGROUDJA, H., *op. cit.*, nota 115, p. 72.

<sup>118</sup> Corte IDH, *Restricciones a la pena de muerte (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión consultiva OC-3/83 del 8 de septiembre de 1983, Serie A, núm. 3, párr. 43.

<sup>119</sup> TIGROUDJA, H., *op. cit.*, nota 115, p. 81.

<sup>120</sup> DAILLIER, P. y PELLET, A., *Droit international public*, París, LGDJ, 2002, pp. 910-911. Este efecto se aprecia también en el sistema africano. Véanse ONDOUA, A., *op. cit.*, nota 115, p. 112, y QUILLERE-MAJZOUB, F., «L'option juridictionnelle de la protection des droits de l'Homme en Afrique - Étude comparée autour de la Cour africaine des droits de l'Homme et des peuples», *RTDH*, 2000, núm. 44, p. 744.

<sup>121</sup> *Rapport explicatif, Protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*, párr. 27.

<sup>122</sup> Bien es cierto que en el ámbito interamericano este desarrollo responde a una motivación diferente. La CIDH atenúa la frontera entre el procedimiento contencioso y el consultivo para pronunciarse sobre litigios que no le llegarían jamás por la vía contenciosa dado que no se trata de un sistema continental como el europeo (al quedar fuera los Estados Unidos de América y Canadá) (TIGROUDJA, H., *op. cit.*, nota 115, p. 76).

<sup>123</sup> Así, en su primera opinión consultiva (véase nota 16), el TEDH ha afirmado que: «*La Cour n'est compétente ni pour se livrer à une analyse des faits, ni pour apprécier le bien-fondé des points de vue des parties relativement à l'interprétation du droit interne à la lumière du droit de la Convention, ni pour se prononcer sur l'issue de la procédure. Son rôle se limite à rendre un avis en rapport avec les questions qui lui ont été soumises. C'est à la juridiction dont émane la demande qu'il revient de résoudre les questions*

28. Esta atenuación de la frontera entre el procedimiento consultivo y el contencioso parece haber facilitado que el nuevo procedimiento previsto por el Protocolo núm. 16 presente además algunos elementos que se toman de la función contenciosa del TEDH, y muy especialmente del procedimiento de remisión a la Gran Sala<sup>124</sup>. El mimetismo con el procedimiento del art. 43 del CEDH es evidente por lo que se refiere al examen de la admisibilidad por un colegio de cinco jueces de la Gran Sala previa y separadamente al examen del fondo<sup>125</sup>, a la competencia de la Gran Sala para emitir una opinión consultiva<sup>126</sup>, en materia de integración del juez elegido a título del Estado parte correspondiente en la Gran Sala<sup>127</sup>, y respecto de la participación procesal de terceros<sup>128</sup>.

29. Estas previsiones parecen obedecer a la voluntad de profundizar en el rol «constitucional» del TEDH. Tales paralelismos contribuirían a equiparar la autoridad de las opiniones consultivas a la de las sentencias de la Gran Sala. Igualmente podría valorarse como fortaleza la configuración de la intervención de terceros (en particular, del Comisario para los Derechos Humanos, como máximo mecanismo no convencional de protección de los derechos humanos en el Consejo de Europa), ya que la construcción de una respuesta de manera «colaborativa» ayudaría a su mayor aceptación y a su efecto de cosa interpretada *erga omnes*, reforzando su autoridad jurisprudencial y su papel constitucional. No obstante, también plantean algunos problemas que pueden tornarse en debilidades. Aunque entendible para enfrentar los recelos de los Estados, no parece, sin embargo, muy acertada *a priori* la incorporación del juez a título del Estado parte correspondiente. No obstante, como apunta algún autor, esta presencia quedaría neutralizada por el principio de independencia de los jueces<sup>129</sup>.

30. También se han valorado negativamente los efectos que sobre la carga de trabajo del TEDH tendría la obligación que se le impone de jus-

---

*que soulève l'affaire et de tirer, selon le cas, toutes les conséquences qui découlent de l'avis donné par la Cour pour les dispositions du droit interne invoquées dans l'affaire et pour l'issue de l'affaire»* (párr. 25). Ahondando en esta idea, ha añadido que: «*Son rôle n'est pas de statuer contradictoirement sur des requêtes contentieuses par un arrêt ayant force obligatoire mais, dans un délai aussi rapide que possible, de fournir à la juridiction qui a procédé à la demande une orientation lui permettant de garantir le respect des droits de la Convention lorsqu'elle jugera le litige en instance»* (párr. 34).

<sup>124</sup> *Rapport explicatif, Protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*, párrs. 9, 14-15 y 18-19.

<sup>125</sup> Protocolo núm. 16 (art. 2.1), y *Rapport explicatif, Protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*, párr. 14.

<sup>126</sup> Protocolo núm. 16 (art. 2.2).

<sup>127</sup> Protocolo núm. 16 (art. 2.3), y *Rapport explicatif, Protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*, párr. 18.

<sup>128</sup> Protocolo núm. 16 (art. 3), y *Rapport explicatif, Protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*, párrs. 19-20. Además, el Reglamento del TEDH dispone expresamente que las previsiones para terceros intervinientes «se aplicarán *mutatis mutandis*» al nuevo procedimiento consultivo: véase Cour EDH, *Règlement de la Cour, Amendements au Règlement de la Cour adoptés par la Cour plénière le 19 septembre 2016 (articles 1, 24, 29, 34, 44 et 82, nouveau chapitre X)*, en vigor desde el 1 de agosto de 2018 (art. 44.7).

<sup>129</sup> RUNAVOT, M.-C., *op. cit.*, nota 12, p. 91.

tificar cada inadmisión, que no existe en el proceso de remisión a la Gran Sala<sup>130</sup>. Bien es cierto que el propio TEDH acabó considerando que podría ser útil ofrecer una motivación, al contribuir al objetivo de crear un diálogo constructivo con los tribunales nacionales, advirtiendo, no obstante, que tales motivaciones normalmente no serán muy extensas<sup>131</sup>. En todo caso, se ha aconsejado que el Tribunal haga uso de este poder de rechazar demandas con moderación, rechazando aquellas solicitudes únicamente cuando concurren «razones decisivas» siguiendo una práctica similar a la mantenida por el Tribunal Internacional de Justicia de las Naciones Unidas<sup>132</sup>. Esto parece sugerir el Informe explicativo del Protocolo núm. 16 al disponer que «[l]a Cour dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour accepter ou non une demande, même si l'on peut s'attendre à ce que la Cour hésite à refuser une demande»<sup>133</sup>.

31. Por otro lado, se ha dicho que la intervención de terceros no va a facilitar que la respuesta del TEDH sea pronta y rápida<sup>134</sup>, además de constituirse como un medio adicional con el que cuentan los Estados para «garder une maîtrise sur la mise en œuvre de cette nouvelle compétence»<sup>135</sup>. Frente a esto último, podría alegarse que la intervención del Comisario para los Derechos Humanos en el procedimiento contencioso ha sido poco habitual (aunque siempre en asuntos verdaderamente importantes)<sup>136</sup> y que la participación de terceros en la cuestión prejudicial ante el TJUE está formulada en términos más amplios<sup>137</sup>. La práctica en el marco de la primera opinión consultiva aporta datos a tener en cuenta: la intervención de terceros fue amplia aunque no participara el Comisario para los Derechos Humanos<sup>138</sup> y el Tribunal dictó su opinión en menos de seis meses desde la recepción de la petición (por otro lado, lejos de los quince o dieciséis meses de media que tarda el TJUE en resolver las cuestiones prejudiciales)<sup>139</sup>.

<sup>130</sup> Cour EDH, *Reflection paper on the proposal to extend the Court advisory opinion*, ref. 3853038.

<sup>131</sup> Cour EDH, *Opinion of the Court on the Draft Protocol n° 16 to the Convention extending its competence to give advisory opinions on the interpretation of the Convention*, de 6 de mayo de 2013.

<sup>132</sup> SICILIANOS, L.-A., *op. cit.*, nota 18, p. 21.

<sup>133</sup> *Rapport explicatif, Protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*, párr. 14.

<sup>134</sup> HINOJO ROJAS, M., *op. cit.*, nota 13, p. 698.

<sup>135</sup> RUNAVOT, M.-C., *op. cit.*, nota 12, p. 91.

<sup>136</sup> SICILIANOS, L.-A., *op. cit.*, nota 18, p. 23.

<sup>137</sup> Véase el art. 267 del TFUE.

<sup>138</sup> Véase nota 16. Aunque el comisario no hizo uso de su derecho (párr. 5), presentaron observaciones escritas el Gobierno francés (párr. 5), pero también se recibieron «des gouvernements britannique, tchèque et irlandais, du Défenseur des droits, du centre d'études interdisciplinaires du genre du département de sociologie et de la recherche sociale de l'Université de Trente, ainsi que des organisations non gouvernementales AIRE Centre, Helsinki Foundation for Human Rights, ADF International, Coalition internationale pour l'abolition de la maternité de substitution, et Association des médecins catholiques de Bucarest, que le président avait autorisés à intervenir (article 3 du Protocole n° 16)» (párr. 6).

<sup>139</sup> Véase nota 16, y TJUE, *Rapport Annuel 2018. Activité judiciaire*, 2019, p. 138 (disponible en [curia.europa.eu](http://curia.europa.eu)).

#### 4. CONCLUSIONES

32. El nuevo procedimiento consultivo ante el TEDH ejemplifica la gran «capacidad creativa» que se está desplegando en el marco del proceso de reforma del sistema de protección del CEDH en aras a garantizar su pervivencia a largo plazo. Su gran atractivo radica en que se trata de un mecanismo peculiar y completamente original, que combina rasgos prejudiciales, consultivos y contenciosos.

33. Una de sus principales fortalezas es precisamente el hecho de aunar algunos de los elementos probados como ventajosos en cada uno de los modelos que le han servido de referencia como modo de garantizar una fórmula de éxito, adaptada a los objetivos que se pretenden y al contexto en el que se enmarca, pero también como forma de reaccionar en un estadio precoz frente a las reticencias y problemas que pudieran suscitarse. La voluntad de instaurar un procedimiento de diálogo judicial entre iguales dotado de elementos idóneos para el fortalecimiento de la autoridad y del papel constitucional del TEDH pueden también valorarse como fortalezas.

34. La oportunidad que supone el «Proceso de Interlaken» y la nueva concepción del principio de subsidiariedad son además un excelente caldo de cultivo para que este nuevo procedimiento desarrolle todas sus potencialidades.

35. Pero al mismo tiempo este contexto no está exento de importantes amenazas. La más importante se traduce precisamente en las reticencias de algunos Estados a estos desarrollos, consagradas incluso a nivel convencional a través del Protocolo núm. 15, que puede considerarse la antítesis del Protocolo núm. 16.

36. Tampoco debe menospreciarse el efecto debilitante que puedan llegar a tener algunas de sus características intrínsecas. Así, las cuestiones de orden lingüístico, la posibilidad de plantear una demanda individual respecto del mismo asunto o la limitada capacidad de trabajo de la Gran Sala podrían incidir negativamente en la carga de trabajo del Tribunal. Además, la configuración del Protocolo núm. 16 como facultativo, la discrecionalidad de los Estados a la hora de realizar y modificar la declaración de su art. 10 o la incorporación del juez a título del Estado parte correspondiente podrían facilitar un cierto control de los Estados sobre su implementación. Incluso algunas de las características del procedimiento consultivo que contribuirían a reforzar el papel constitucional del TEDH podrían menoscabar su rol principal de garante de derechos individuales.

37. La gran incógnita de esta ecuación sigue siendo conocer el número de Estados que ratificarán el Protocolo núm. 16 y las condiciones en que lo harán, y averiguar el uso que de este nuevo procedimiento consultivo efectivamente realizarán los órganos jurisdiccionales internos habilitados.

38. Resulta, por tanto, necesario permanecer vigilantes y hacer un seguimiento de la implementación de este procedimiento consultivo para valorar su impacto en el futuro del sistema con el fin de adoptar, en su caso, las me-

didadas correctivas necesarias —en especial, en defensa del derecho de recurso individual ante el TEDH—, todo ello de cara a una mayor eficacia del sistema, que supone al fin y al cabo una mayor protección de los derechos humanos en el marco del CEDH.

## RESUMEN

### EL POTENCIAL DESARROLLO DEL NUEVO PROCEDIMIENTO CONSULTIVO ANTE EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: FORTALEZAS, DEBILIDADES, OPORTUNIDADES Y AMENAZAS

El Protocolo núm. 16 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que entró en vigor el 1 de agosto de 2018 respecto de los Estados que lo han ratificado, establece la posibilidad para las altas jurisdicciones nacionales de los Estados parte en el mismo de solicitar opiniones consultivas al TEDH sobre cuestiones de principio relativas a la interpretación o a la aplicación de los derechos y libertades definidos por el CEDH o sus Protocolos. Ante los desarrollos recientes, nos hemos planteado valorar el particular potencial que tiene este nuevo procedimiento consultivo para garantizar la pervivencia del sistema europeo de protección de derechos humanos a futuro. Para ello, se ha procedido al examen de su contexto, que no es otro que el proceso de reforma del sistema del CEDH, y de sus elementos más significativos en tanto que procedimiento consultivo de reenvío judicial. Como resultado de este análisis se han identificado las fortalezas y oportunidades con las que cuenta para la consecución de sus objetivos, así como las debilidades y amenazas que acechan y que pueden incidir negativamente en la eficacia del sistema a largo plazo, lo que exige permanecer vigilantes para, en su caso, adoptar medidas correctivas apropiadas.

**Palabras clave:** Convenio Europeo de Derechos Humanos, Protocolo núm. 16, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, proceso de reforma del TEDH, principio de subsidiariedad, derecho a un recurso individual, diálogo judicial, cuestión prejudicial, opinión consultiva.

## ABSTRACT

### THE POTENTIAL DEVELOPMENT OF THE NEW ADVISORY PROCEDURE BEFORE THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS: STRENGTHS, WEAKNESSES, OPPORTUNITIES AND THREATS

Protocol No. 16 to the European Convention on Human Rights, which came into force on 1 August 2018 for the States that have ratified it, allows the highest courts and tribunals of a State Party to request the ECtHR to give advisory opinions on questions of principle relating to the interpretation or application of the rights and freedoms defined in the Convention or the protocols. Due to recent developments, we have assessed the particular potential of this new advisory procedure to guarantee the long-term effectiveness of the Convention system. For that purpose, we have examined its context, which covers the reform process of the ECHR system, and its most significant elements as an advisory procedure promoting judicial dialogue. As a result of this analysis, we have identified some strengths and opportunities that may ensure the achievement of its objectives, as well as weaknesses and threats which may adversely affect the long-term effectiveness of the system. The latter may require to take, if necessary, appropriate corrective measures.

**Keywords:** European Convention on Human Rights, Protocol No. 16, European Court of Human Rights, ECtHR reform process, principle of subsidiarity, access to justice, jurisdictional dialogue, preliminary reference, advisory opinion.

## CORTE PENAL INTERNACIONAL Y CRIMEN DE AGRESIÓN: EL LEVANTAMIENTO DE INMUNIDADES MEDIANTE LA REMISIÓN DE ASUNTOS POR EL CONSEJO DE SEGURIDAD

Gloria FERNÁNDEZ ARRIBAS\*

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA CONTROVERTIDA CUESTIÓN RESPECTO A LA EXISTENCIA DE UN DERECHO CONSUECUDINARIO RELATIVO A LA EXCEPCIÓN DE INMUNIDAD DE LOS JEFES DE ESTADO Y DE GOBIERNO FRENTE A LOS TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES.—2.1. Práctica relativa al no reconocimiento de inmunidad frente a tribunales penales internacionales: diversidad de opiniones.—2.2. Alcance y valor de los tribunales penales internacionales.—2.3. ¿Existe una costumbre relativa a la excepción de inmunidad aplicable a la CPI?—3. INMUNIDADES Y ART. 27 DEL ESTATUTO DE LA CPI.—4. INMUNIDAD DE LOS ESTADOS NO PARTE Y CRIMEN DE AGRESIÓN EN EL ESTATUTO DE LA CPI.—5. REMISIÓN DE ASUNTOS POR EL CONSEJO DE SEGURIDAD E INMUNIDADES.—5.1. Levantamiento implícito de inmunidad mediante Resolución del Consejo de Seguridad.—5.2. Competencia del Consejo de Seguridad para levantar las inmunidades.—6. CONCLUSIONES.

### 1. INTRODUCCIÓN

1. La cuestión de la inmunidad de jurisdicción penal de los funcionarios extranjeros es actualmente objeto de estudio por la Comisión de Derecho Internacional (CDI)<sup>1</sup>, cuestión necesaria de ser regulada debido a los conflictos que la misma ha generado entre diferentes Estados, y si bien algunos de estos asuntos han sido únicamente tratados o resueltos por las jurisdicciones nacionales<sup>2</sup>, en otros casos, los mismos han llegado a la Corte Internacional de Justicia (CIJ)<sup>3</sup>.

---

\* Profesora Contratada Doctora de Derecho internacional público en la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla ([gfernandez@upo.es](mailto:gfernandez@upo.es)).

<sup>1</sup> Véase «Quinto informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, de la Sra. Concepción Escobar Hernández, Relatora Especial», A/CN.4/701, 14 de junio de 2016.

<sup>2</sup> Para un análisis de la numerosa jurisdicción nacional sobre la materia véase «Quinto informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado», *op. cit.*, nota 1.

<sup>3</sup> *Arrest Warrant of 11 April 2000* (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, ICJ Reports 2002, p. 3; *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters* (Djibouti v. France),

2. En cuanto al trabajo desarrollado por la CDI, el quinto informe apunta hacia el reconocimiento de la inmunidad de jurisdicción penal únicamente a los jefes de Estados y de Gobierno y ministros de Asuntos Exteriores, que por otra parte han sido los casos confirmados por la CIJ<sup>4</sup>. A pesar de lo necesario y clarificador del informe de la CDI, el mismo se centra principalmente en las inmunidades frente a tribunales nacionales, si bien afirma que «los tribunales penales internacionales, incluida la Corte Penal Internacional, han rechazado de forma absoluta la posibilidad de que la inmunidad de los funcionarios del Estado, tanto *ratione personae* como *ratione materiae*, sea oponible ante dichas jurisdicciones»<sup>5</sup>.

3. En todo caso, tal y como señala el informe, la regla de la inoponibilidad de la inmunidad frente a tribunales internacionales no está exenta de controversia<sup>6</sup>, y es este tipo de inmunidad la que será objeto de estudio en este trabajo, concretamente frente a la Corte Penal Internacional (CPI), ya que esta inmunidad ha sido también origen de conflictos entre Estados, entre la CPI y Estados parte y no parte, y entre la CPI y organizaciones regionales.

4. Como es fácil deducir, los supuestos anteriores se refieren al conocido asunto Al Bashir, en el que la Sala de Cuestiones Preliminares emitió órdenes de detención<sup>7</sup> y solicitudes de colaboración que no han sido cumplidas, lo cual provocó el envío de informes por parte de la CPI al Consejo de Seguridad relativos al incumplimiento de determinados Estados, y en el caso de Jordania concretamente, dio lugar al inicio de un procedimiento debido a la presentación de un recurso<sup>8</sup> frente a la decisión de incumplimiento y de remisión del asunto a la Asamblea de Estados Partes y al Consejo de Seguridad<sup>9</sup>. Este asunto llevó a que por primera vez la CPI permitiera la presentación de *amicus curiae*<sup>10</sup>, que se centraron principalmente en analizar el

---

Judgment, ICJ Reports 2008, p. 177; *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (Belgium v. Senegal), Judgment, ICJ Reports 2012, p. 422. *Immunities and Criminal Proceedings* (Equatorial Guinea v. France), Preliminary Objections, 6 June 2018. Sin embargo, en este último caso la Corte declara la falta de jurisdicción para pronunciarse sobre la inmunidad de Teodoro Nguema Obiang Mangue, Ministro de Agricultura de Guinea Ecuatorial en el momento en el que se producen los hechos. Véase párr. 143.

<sup>4</sup> *Arrest Warrant of 11 April 2000*, *op. cit.*, nota 3. *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters*, *op. cit.*, nota 3.

<sup>5</sup> «Quinto informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado», *op. cit.*, nota 1, párr. 108.

<sup>6</sup> *Ibid.*, párr. 164.

<sup>7</sup> ICC, Pre-Trial Chamber I, Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir («Omar Al Bashir»), Warrant of Arrest for Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09; Second warrant of Arrest for Omar Hassan Ahmad Al Bashir ICC-02/05-01/09.

<sup>8</sup> The Hashemite Kingdom of Jordan's appeal against the «Decision under article 87(7) of the Rome Statute on the non-compliance by Jordan with the request by the Court for the arrest and surrender [of] Omar Al-Bashir», No.: ICC-02/05-01/09, 12 March 2018.

<sup>9</sup> ICC, Pre-Trial Chamber II. Decision under article 87(7) of the Rome Statute on the non-compliance by Jordan with the request by the Court for the arrest and surrender of Omar Al-Bashir. ICC-02/05-01/09-309, 11 December 2017.

<sup>10</sup> ICC, Pre-Trial Chamber II, Order inviting expressions of interest as amici curiae in judicial proceedings (pursuant to rule 103 of the Rules of Procedure and Evidence), ICC-02/05-01/09 OA2, 29 March 2018.

reconocimiento o no de la inmunidad de Al Bashir, y que ha culminado con una sentencia por parte de la Sala de Apelaciones que viene a declarar que no existe ninguna norma de Derecho consuetudinario que otorgue inmunidad a Al Bashir frente a la CPI<sup>11</sup>.

5. Este caso ha dado lugar al planteamiento diversas cuestiones de interés, como las relativas a cuáles serían las obligaciones de los Estados parte y no parte respecto de la decisión del Consejo de Seguridad de remisión del asunto de Sudán a la CPI<sup>12</sup>, la diferencia entre inmunidad de jurisdicción y la obligación de cooperar con la Corte, o la naturaleza de la CPI respecto del resto de tribunales internacionales.

6. En este trabajo no nos centraremos exclusivamente en el análisis del caso Al Bashir, aunque debemos reconocer que este sí ha sido el origen del objeto principal de nuestro estudio, el cual consiste en preguntarnos acerca de la viabilidad de la inclusión del crimen de agresión en el Estatuto de la Corte, la entrada en vigor de las enmiendas para el ejercicio de la jurisdicción<sup>13</sup>, y precisamente la inclusión del art. 15 ter que permite la remisión de asuntos relativos a crímenes de agresión cometidos por nacionales o en territorio de Estados no parte, en un sistema fuertemente dominado por el reconocimiento de la inmunidad de los jefes de Estado y de Gobierno y otros altos cargos del Estado, que pueden ser los autores materiales de dicho crimen, además de preguntarnos el valor que puede tener en este caso la remisión de un asunto por el Consejo de Seguridad. En este sentido debemos señalar, aunque si bien es de sobra conocido, que la propia naturaleza del crimen de agresión conlleva que el mismo sea cometido por un funcionario del Estado de alto rango, ya que debe de estar en «condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado», por lo que serían personas que vendrían a gozar, en principio, de la mencionada inmunidad internacional.

## **2. LA CONTROVERTIDA CUESTIÓN RESPECTO A LA EXISTENCIA DE UN DERECHO CONSUEUDINARIO RELATIVO A LA EXCEPCIÓN DE INMUNIDAD DE LOS JEFES DE ESTADO Y DE GOBIERNO ANTE LOS TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES**

7. Como se ha señalado, el quinto informe de la CDI sobre inmunidades recoge principalmente un análisis de las inmunidades de funcionarios extranjeros respecto de la jurisdicción penal de los tribunales nacionales, si bien realizando también algunas referencias a las inmunidades frente a tribunales internacionales.

<sup>11</sup> ICC, Appeals Chamber. Judgment in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal. ICC-02/05-01/09 OA2. 6 May 2019.

<sup>12</sup> Consejo de Seguridad, Resolución 1593 (2005), de 21 de marzo de 2005.

<sup>13</sup> Resolución ICC-ASP/16/Res.5. Resolución sobre la activación de la competencia de la CPI respecto del crimen de agresión. 14 de diciembre de 2017.

8. Respecto de la inmunidad *ratione materiae*, la misma ha sido rechazada por algunos tribunales nacionales en relación con la comisión de crímenes internacionales<sup>14</sup> convirtiéndose, según la relatora especial, en costumbre internacional<sup>15</sup>. Y esta cuestión es además determinante para el crimen de agresión, siendo este un crimen que únicamente puede cometerse en el ejercicio de cargo oficial. Por otra parte, es necesario precisar también que la relatora especial señala en su informe que no puede determinarse la existencia de una costumbre respecto del no reconocimiento de la inmunidad *ratione personae* frente a los tribunales nacionales en relación con las comisión de crímenes internacionales<sup>16</sup>, y tampoco puede hablarse de costumbre internacional respecto del no reconocimiento de inmunidad por la comisión del crimen de agresión frente a tribunales nacionales<sup>17</sup>. En todo caso, merece señalarse la reciente decisión del Tribunal de Apelaciones de Kenia que niega el reconocimiento de inmunidad a Al Bashir, considerando que «*we have no doubt that an exception to immunity exists in cases where the individual is responsible for crimes against humanity*»<sup>18</sup>.

9. Finalmente, la Sala de Apelaciones de la CPI ha venido a señalar la ausencia de una norma de Derecho consuetudinario que otorgue inmunidad a los jefes de Estado y de Gobierno y que pudiera impedir el ejercicio de jurisdicción por parte de los tribunales internacionales, concretamente de la CPI, independientemente de que el acusado fuese o no nacional de un Estado parte del Estatuto de Corte<sup>19</sup>. Esta argumentación será también objeto de análisis ya que, si bien se centra en Derecho consuetudinario tal y como ha hecho parte de la doctrina para negar la inmunidad de Al Bashir, la base del mismo parece ser distinta. En este sentido, mientras que la mayoría de la doctrina consideraba la existencia de una costumbre internacional de no reconocimiento o de excepción de inmunidades de jefes de Estado y de Gobierno ante tribunales penales internacionales, la Sala de Apelaciones concluye por el contrario, sobre la no existencia de una costumbre de reconocimiento de inmunidad ante los tribunales penales internacionales<sup>20</sup>; por tanto, partiendo de esta conclusión, no sería necesario analizar la inoponibilidad o excepción de dicha inmunidad<sup>21</sup>.

<sup>14</sup> Véase «Quinto informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado», *op. cit.*, nota 1, párrs. 109-122.

<sup>15</sup> *Ibid.*, párr. 184.

<sup>16</sup> *Ibid.*, párr. 240.

<sup>17</sup> *Ibid.*, párr. 222.

<sup>18</sup> Court of Appeal, Civil Appeal 105 of 2012 & Criminal Appeal 274 of 2011. Judgment 16 February 2018.

<sup>19</sup> ICC, Appeals Chamber. Judgment in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal, *op. cit.*, nota 11, párr. 113.

<sup>20</sup> *Ibid.*

<sup>21</sup> Como muestra de ello podemos tomar la argumentación de Claus Kreß en su *amicus curiae*, el cual señala que «*there exists a customary international law exception to the customary international law immunity rights ratione personae of States for the purpose of proceeding before the Court*», ICC, The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir. ICC-02/05-01/09 OA2. «Written observations of Professor Claus Kreß as *amicus curiae*, with the assistance of Ms Erin Pobjie, on the merits of the legal questions

## 2.1. Práctica relativa al no reconocimiento de inmunidad frente a tribunales penales internacionales: diversidad de opiniones

10. Centrándonos de nuevo en el análisis de la inmunidad frente a tribunales penales internacionales, a primera vista y tras la sentencia de la Sala de Apelaciones podría resultar fácil concluir acerca del no reconocimiento de inmunidad *ratione materiae* ni *ratione personae* frente a dichos tribunales. Como prueba de ello podrían señalarse también el primer intento de enjuiciamiento de un jefe de Estado en el Tratado de Versalles, concretamente del Kaiser Guillermo II por agresión; el Tribunal de Nuremberg, cuyo Estatuto establecía que el cargo oficial no exoneraría la responsabilidad<sup>22</sup>; el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia que inició un procedimiento contra Milošević<sup>23</sup> cuando era jefe de Estado de la República Federal Yugoslava; el Tribunal Especial para Sierra Leona que inició el procedimiento contra Charles Taylor siendo este todavía presidente de Liberia<sup>24</sup>; el Tribunal Penal Internacional para Ruanda que condenó a Jean Kambanda por crímenes cometidos durante su etapa como primer ministro de Ruanda<sup>25</sup>, y más recientemente las Cámaras Extraordinarias Africanas creadas para los crímenes cometidos en El Chad y que expresamente señalan que el hecho de que el acusado sea jefe de Estado no exonera la responsabilidad<sup>26</sup>, así como las Salas Especiales de los Tribunales de Camboya<sup>27</sup>. En todo caso, esta tendencia al no reconocimiento de inmunidad parece detenerse con la adopción del Protocolo de Malabo que establece la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos, y que reconoce en su art. 46A bis la inmunidad de los jefes de Estado y de Gobierno<sup>28</sup>, pero

---

presented in “The Hashemite Kingdom of Jordan’s appeal against the ‘Decision under article 87(7) of the Rome Statute on the non-compliance by Jordan with the request by the Court for the arrest and surrender [of] Omar Al-Bashir’” of 12 March 2018 (ICC-02/05-01/09-326)», 18 de junio de 2018, p. 3. En sentido contrario, la Sala de Apelaciones establece que «*there is neither State practice nor opinio juris that would support the existence of Head of State immunity under customary international law vis-à-vis an international court*», ICC, Appeals Chamber. Judgment in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal, *op. cit.*, nota 11, párr. 113.

<sup>22</sup> Art. 7 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional, 1945.

<sup>23</sup> TPIY, Prosecutor v. Slobodan Milošević (IT-02-54). Art. 7.2 del Estatuto del Tribunal Internacional para el castigo de los crímenes internacionales perpetrados en la antigua Yugoslavia, 1993. *Press Release* JL/PIU/403-E, 27 May 1999.

<sup>24</sup> Asad. G. Kiyani por otra parte considera que estos casos no formarían un precedente, ya que, por ejemplo, Charles Taylor era jefe de Estado en el momento del procesamiento, pero no estaba en el cargo cuando fue detenido. KIYANI, A. G., «Al-Bashir and the ICC: The problem of head of state and immunity», *CHIN J INT LAW*, vol. 12, 2013, pp. 487-488.

<sup>25</sup> ICTR, Prosecutor v. Jean Kambanda, Judgment and Sentence, 4 September 1998.

<sup>26</sup> Art. 10.3 Statute of the Extraordinary African Chambers within the Senegalese judicial system for the prosecution of international crimes committed on the territory of the Republic of Chad during the period from 7 June 1982 to 1 December 1990.

<sup>27</sup> Art. 29. Law on the Establishment of the Extraordinary Chambers, with inclusion of amendments as promulgated on 27 October 2004 (NS/RKM/1004/006).

<sup>28</sup> Tal y como señala Sergey Sayapin, este artículo y el reconocimiento de inmunidad es aplicable también a los casos de crímenes de agresión, a pesar de estar definido el propio crimen de agresión en el art. 28 (M) (A) del Protocolo de Malabo como un crimen de liderazgo. El reconocimiento de inmunidades dejaría, por tanto, en letra muerta dicho art. 28. SAYAPIN, S., «The Crime of Aggression in the African Court of Justice and Human and Peoples’ Rights», en JALLOH, C., CLARKE, M. K. y NMEHIELLE, V.

que, por otra parte, podría considerarse que constituye bien una excepción a la práctica desarrollada hasta ahora, bien el inicio de una nueva práctica que pudiera afectar a la costumbre.

11. Estos precedentes han llevado a determinada doctrina a considerar la existencia de una costumbre internacional de no reconocimiento de la inmunidad *ratione materiae* y *ratione personae* ante tribunales penales internacionales, siendo por tanto esta costumbre aplicable al enjuiciamiento de crímenes competencia de la CPI<sup>29</sup>, tal y como confirmaba la Sala de Apelaciones.

12. En sentido contrario, también se ha señalado que los casos en los que se ha llevado a un jefe de Estado ante los tribunales internacionales son casi inexistentes<sup>30</sup>. En relación con esta afirmación podríamos señalar que, como establecía el relator especial sobre la «Identificación del Derecho internacional consuetudinario», de entre las conductas que pueden determinar la práctica y *opinión iuris* a la hora de analizar la existencia de una costumbre, se encuentra la práctica relativa a tratados internacionales, además de los actos legislativos<sup>31</sup>, incluyendo también los actos de las organizaciones internacionales<sup>32</sup>. De este modo, la regulación contenida en los mencionados Estatutos de los tribunales penales internacionales, así como su aplicación, consideramos que podrían venir a confirmar la existencia de dicha práctica, a pesar del reducido número de casos.

13. Continuando con las posiciones contrarias a una práctica relativa al no reconocimiento de inmunidad frente a tribunales penales internacionales, estas también basan su argumento en el hecho de que los tribunales utilizados como precedentes para crear dicha costumbre no tienen la misma naturaleza y, por tanto, no estaríamos ante los mismos precedentes<sup>33</sup>. En este

---

(eds.), *The African Court of Justice and Human and Peoples' Rights in Context: Development and Challenges*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019, p. 317.

<sup>29</sup> KREICKER, H., «Immunities», en KREß, C. y BARRIGA, S. (eds.), *The Crime of Aggression: A Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, p. 681. Gaeta considera la existencia de dicha costumbre internacional, pero no la considera aplicable en los casos de arresto y entrega. GAETA, P., «Does President Al Bashir enjoy immunity from arrest?», *JICJ*, vol. 7, 2009, núm. 2, pp. 325-326; Claus Kreß y Kimberly Prost por otra parte consideran que dicha costumbre existe respecto de la inmunidad *ratione materiae*, y se plantea la duda de si la misma es aplicable *ratione personae* respecto del procedimiento ante la Corte o también en caso de arresto y entrega. KREß, C. y PROST, K., «Article 98 Cooperation with respect to waiver of immunity and consent to surrender», en TRIFFTERER, O., *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Munich, C. H. Beck, Hart, Nomos, 2008, pp. 1612-1613.

<sup>30</sup> KREß, C., «The International Criminal Court and immunities under International Law for States Not Party to the Court's Statute», en BERGSMON M. y YAN, L., *State Sovereignty and International Criminal Law*, Beijing, Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2012, pp. 250-258; ABRISKETA URIARTE, J., «Al Bashir: ¿excepción a la inmunidad del jefe de Estado de Sudán y cooperación con la Corte Penal Internacional?», *REDI*, vol. 68, 2016, núm. 1, p. 43.

<sup>31</sup> Segundo informe sobre la identificación del Derecho internacional consuetudinario por Michael Wood, relator especial, A/CN.4/672, 22 de mayo de 2014, pp. 26-28 y 66-73.

<sup>32</sup> *Ibid.*, pp. 32-35.

<sup>33</sup> DAQUN, L., «Has Non-Immunity for Heads of State Become a Rule of Customary International Law?», en BERGSMON M. y YAN, L., *op. cit.*, nota 30, pp. 64-65; ABRISKETA URIARTE, J., *op. cit.*, nota 30, pp. 24, 27-28.

sentido, se ha señalado que el Tribunal de Nuremberg fue creado por las potencias ocupantes que en ese momento ejercían la jurisdicción y funciones de Estado en Alemania y por tanto, tendría un carácter diferente a los creados con posterioridad<sup>34</sup>. Por otra parte, el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (TPIY) y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) fueron creados por Resoluciones del Consejo de Seguridad<sup>35</sup> dentro de sus funciones relativas al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, a diferencia por ejemplo del Tribunal Especial para Sierra Leona, un tribunal mixto que contó con el apoyo de Naciones Unidas<sup>36</sup>, pero que no es creación ni es órgano de Naciones Unidas. Por otro lado, se señalan las Cámaras Especiales Africanas, un tribunal regional creado también fuera del ámbito de Naciones Unidas mediante un acuerdo entre la Unión Africana y Senegal<sup>37</sup>. Y por último la CPI, creada mediante un acuerdo internacional fuera también, podría decirse, del sistema de Naciones Unidas, a pesar de la estrecha relación existente entre ambos, como atestigua el papel del Consejo de Seguridad en dicho tribunal.

14. Respecto de esta posición, consideramos de modo contrario que la naturaleza de los mencionados tribunales sí vendría a ser la misma, estamos ante tribunales penales internacionales, lo que variarían sería el establecimiento de los mismos y su composición. Dicha afirmación permitiría enfocar esta cuestión desde una perspectiva distinta, partiendo del hecho de que todos los tribunales penales internacionales creados hasta la fecha, ya sea mediante acuerdo entre Estados, entre Estados y organizaciones internacionales, o mediante resoluciones de organizaciones internacionales<sup>38</sup>, han recogido el no reconocimiento de inmunidad o de cargo oficial a fin de eximir la responsabilidad penal, lo que en la práctica señalada anteriormente se ha traducido en el inicio de procedimientos contra jefes o ex jefes de Estado y de Gobierno, en este último caso, por actuaciones cometidas durante el ejercicio del cargo<sup>39</sup>,

<sup>34</sup> MORRIS, M., «High Crimes and Misconceptions: The ICC and non-party States», *Law and Contemporary Problems*, vol. 64, 2001, pp. 37-42. Véase AKANDE, D., «The jurisdiction of the International Criminal Court over nationals of Non-parties; legal basis and limits», *JICJ*, vol. 1, 2003, núm. 3, p. 627.

<sup>35</sup> Consejo de Seguridad, Resolución 827 (1993), de 25 de mayo de 1993, y Consejo de Seguridad, Resolución 955 (1994), de 8 de noviembre de 1994.

<sup>36</sup> Agreement between the United Nations and the Government of Sierra Leone on the Establishment of a Special Court for Sierra Leone, United Nations and Sierra Leone, 16 January 2002, 2178 U.N.T.S. 138 [Agreement].

<sup>37</sup> Agreement on the establishment of the Extraordinary African Chambers within the Senegalese Judicial System between the Government of the Republic of Senegal and the African Union and the Statute of the chambers, 22 August 2012.

<sup>38</sup> El Proyecto de conclusiones de la CDI sobre identificación de la costumbre de 2018 señala que las resoluciones de las organizaciones internacionales «puede constituir un elemento de prueba para determinar la existencia y el contenido de una norma de Derecho internacional consuetudinario o contribuir a su desarrollo» (conclusión 12, p. 160), si bien es cierto que la doctrina en este ámbito hace especial referencia a las resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas. Texto del proyecto de conclusiones sobre la identificación del Derecho internacional consuetudinario, con comentarios, 2018. Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 70.º periodo de sesiones, A/73/10.

<sup>39</sup> William Shabas de otro modo señala la diferencia entre el reconocimiento de cargo oficial y la inmunidad, en referencia al caso Charles Taylor. SHABAS, W., *The International Criminal Court. A com-*

práctica que ha venido a consolidarse mediante la inclusión de la excepción de la inmunidad en el Estatuto de la CPI.

## 2.2. Alcance y valor de los tribunales penales internacionales

15. Respecto de los tribunales penales internacionales se ha venido a señalar también, que la cuestión determinante sería si dicho tribunal podría ser considerado un órgano de la comunidad internacional que exprese, por tanto, un interés colectivo<sup>40</sup>, siendo aquí donde surgen las dificultades.

16. Es cierto que en este sentido no deberían existir problemas en considerar el TPIY y el TPIR como órganos que representan el interés de la comunidad internacional al ser creados por el Consejo de Seguridad, y lo mismo podría decirse de las Cámaras Extraordinarias Africanas pero a nivel regional, al ser creadas mediante acuerdo con la Unión Africana. El problema principal se encuentra por tanto en la CPI, ya que si bien su Estatuto ha sido ratificado por un gran número de Estados, los mismos han sido considerados por determinada doctrina como no representativos de la mayoría de la población internacional<sup>41</sup>. A ello debería añadirse el hecho de que han quedado fuera tres de los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad, lo cual podría ser determinante para la consideración del tribunal como órgano que expresa un interés colectivo de la comunidad internacional.

17. Frente a esta opinión, podría señalarse que el Estatuto ha sido ratificado por 123 Estados de los 193 Estados miembros de Naciones Unidas<sup>42</sup>, aproximadamente «dos tercios de los componentes de la comunidad internacional» y representantes de todos los grupos geográficos<sup>43</sup>, y por otra parte, si

---

*mentary on the Rome Statute*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 450. Por otra parte, el Tribunal de Nuremberg sí vino a establecer la relación entre la improcedencia de cargo oficial para determinar la responsabilidad penal y el no reconocimiento de inmunidad, señalando en su interpretación del art. 7 del Estatuto que «*the principle of international law, which under certain circumstances, protects representatives of a state, cannot be applied to acts which are condemned as criminal by international law [...] who violates the laws of war cannot obtain immunity while acting in pursuance of authority of the state if the state authorizing action moves outside its competence under international law*», International Military Tribunal (Nuremberg) Judgment and Sentences, 1 October 1946, *AJIL*, 41, 1947, pp. 172 y 221. En el mismo sentido Chanaka Wickremasinghe considera que dichas disposiciones referidas al ejercicio de cargo oficial sugieren que ni la inmunidad *ratione personae* ni la inmunidad *ratione materiae* impedirán el ejercicio de jurisdicción por parte de los tribunales penales internacionales. WICKREMASINGHE, Ch., «Immunities enjoyed by officials of states and international organizations», en EVANS, M. D. (ed.), *International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 406.

<sup>40</sup> KREß, C., *op. cit.*, nota 30, pp. 246-247.

<sup>41</sup> DAQUN, L., *op. cit.*, nota 33, p. 65; SHABAS, W., «Obama, Medvedev and Hu Jintao may be Prosecuted by International Criminal Court, Pre-Trial Chamber Concludes», PhD students in Human Rights, <http://humanrightsdoctorate.blogspot.com/2011/12/obama-medvedev-and-hu-jintao-may-be.html>.

<sup>42</sup> Helmut Kreicker considera que «*since the Court has gained widespread acceptance and is so closely connected with the United Nations that it can be considered a court of the international community as a whole*», KREICKER, H., *op. cit.*, nota 29, p. 686.

<sup>43</sup> ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., «La Corte Penal Internacional en construcción: Nuevos retos veinte años después de la Conferencia de Roma», *REDI*, vol. 70, 2018, núm. 2, pp. 2011-212. Véase también

bien solo dos de los cinco miembros permanentes son partes, dos miembros del Consejo de Seguridad no partes en el Estatuto sí son signatarios<sup>44</sup>. Por tanto, atendiendo a la representación de la comunidad internacional y no a la población, podría considerarse que la CPI sí vendría a ser una expresión de dicha comunidad internacional, actuando por tanto en nombre de la comunidad internacional en su conjunto<sup>45</sup>.

18. Por otra parte, también se ha considerado que la posibilidad de que el Consejo de Seguridad pueda remitir situaciones a la Corte, así como que haya concluido un acuerdo con la misma ratificando lo establecido en el art. 2 del Estatuto, vendría a demostrar que el mandato de la Corte deriva también de la comunidad internacional<sup>46</sup>.

19. De este modo, determinada doctrina ha llegado a concluir acerca de la existencia de una costumbre internacional de no reconocimiento de la inmunidad respecto de aquellos tribunales que puedan considerarse como órganos representativos de la comunidad internacional<sup>47</sup>, a nivel universal o regional, bien porque hayan sido creados por una organización internacional, o porque del tratado que los crea sean parte un número de Estados suficientemente representativo de la comunidad internacional.

20. Por último, consideramos también necesario realizar una referencia a la propia finalidad del reconocimiento de las inmunidades, ya que si bien las mismas fueron creadas en base al principio de soberanía del Estado, y con la intención de impedir que los Estados a través de sus jurisdicciones nacionales pudieran dificultar el correcto ejercicio de la actividad internacional de un Estado extranjero, dicha situación, tal y como señala Antonio Cassese, no se da respecto de los tribunales internacionales, ya que los mismos actúan de manera independiente respecto de los Estados y conforme a reglas de imparcialidad<sup>48</sup>.

---

YÁÑEZ BARNUEVO, J. A., «Tribunal Penal Internacional: mesa redonda 5.<sup>a</sup>», en *Tutela de los Derechos Humanos*, Madrid, Defensor del Pueblo, 2003, pp. 264-265.

<sup>44</sup> En todo caso es necesario señalar que Estados Unidos remitió un comunicado al Secretario General de Naciones Unidas informando de su intención de no ser parte en el Estatuto y señalando la inexistencia de obligaciones derivadas de la firma del mismo, [https://treaties.un.org/pages/viewdetails.aspx?src=ind&mtdsg\\_no=xviii-10&chapter=18&lang=en#12](https://treaties.un.org/pages/viewdetails.aspx?src=ind&mtdsg_no=xviii-10&chapter=18&lang=en#12).

<sup>45</sup> ICC, Appeals Chamber: Judgment in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal, *op. cit.*, nota 11, párr. 115.

<sup>46</sup> KREß, C., *op. cit.*, nota 30, p. 247. Con el fin de recalcar la autoridad y capacidad de la CPI de actuar en nombre de la comunidad internacional, Juan Antonio Yáñez Barnuevo recoge las palabras de Otto Triffterer: «Independientemente del número de Estados parte, esta Corte es establecida bajo los auspicios de la ONU con el objeto de crear una jurisdicción de la comunidad de las naciones sobre los crímenes más graves de conformidad con el Derecho Penal Internacional», YÁÑEZ BARNUEVO, J. A., «Hacia un tribunal de la humanidad: la Corte Penal Internacional», en CARDONA LLORENS, J. (coord.), *Cursos euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, 2002, pp. 826-827.

<sup>47</sup> KREICKER, H., *op. cit.*, nota 29, p. 686. KREß, C., *op. cit.*, nota 30, p. 254.

<sup>48</sup> CASSESE, A., *International Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 312.

### 2.3. ¿Existe una costumbre relativa a la excepción de inmunidad aplicable a la CPI?

21. Tomando en consideración la mencionada práctica de los tribunales penales internacionales así como la propia finalidad del reconocimiento de inmunidades a los jefes de Estado y Gobierno, podría llegar a concluirse sobre la existencia de una costumbre internacional relativa a la excepción de inmunidad frente a los tribunales penales internacionales, tal y como señaló en su momento la Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI respecto del incumplimiento de Malawi de la orden de detención de Al Bashir<sup>49</sup>, y tal y como ha venido a confirmar, si bien de manera negativa en relación con la no existencia de una costumbre relativa a inmunidades, la Sala de Apelaciones<sup>50</sup>.

22. La existencia de la mencionada costumbre podría a primera vista ser aplicable también a la CPI como tribunal internacional que representa los intereses de la comunidad internacional<sup>51</sup>, lo que permitiría el enjuiciamiento de jefes de Estado y de Gobierno de Estados no parte por la comisión de crímenes de agresión.

23. Sin embargo, consideramos que las conclusiones de la Sala de Apelaciones serán objeto de importantes debates principalmente por parte de la doctrina, ya que, tal y como se ha señalado a lo largo de los epígrafes anteriores, existen posiciones muy diversas no solo respecto del reconocimiento o no de inmunidad, sino también respecto de las bases y fundamentos.

24. Por otra parte, se plantea también la cuestión del valor de las inmunidades ante los Estados llamados a colaborar con la Corte a la hora del arresto y entrega no solo de nacionales, sino también de nacionales de terceros Estados no parte. En estos casos es donde entra en juego el conflictivo art. 98.1, que establece que la Corte no requerirá a un Estado la entrega de una persona si conlleva que dicho Estado deba actuar de forma incompatible respecto de sus obligaciones internacionales relativas a inmunidades. De este modo, el Estatuto establece que se deberá obtener en primer lugar la renuncia de dicha inmunidad por parte del tercer Estado afectado, de lo que puede inferirse que se está reconociendo, por tanto, la oponibilidad de dichas inmunidades ante los tribunales nacionales que impedirían la entrega de estas personas a la Corte afectando al ejercicio de competencia de la misma.

---

<sup>49</sup> ICC-02/05-01/09-139-Corr; Corrigendum to the Decision Pursuant to Article 87(7) of the Rome Statute on the Failure by the Republic of Malawi to Comply with the Cooperation Requests Issued by the Court with Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir, párr. 43. Sobre la evolución del criterio de la Corte, véase CERVELL HORTAL, M. J., «¿Qué se juega la Corte Penal Internacional en el conflicto de Darfur?», en GUTIÉRREZ ESPADA, C. y CERVELL HORTAL, M. J., *Darfur, el conflicto inacabable*, Navarra, Aranzadi, 2012, pp. 188-202.

<sup>50</sup> ICC, Appeals Chamber. Judgment in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal, *op. cit.*, nota 11, párr. 113 y ss.

<sup>51</sup> En este sentido Helmut Kreicker señala que el art. 27.2 tendría carácter declarativo, al existir ya en Derecho consuetudinario la excepción de inmunidad frente a tribunales penales internacionales. KREICKER, H., *op. cit.*, nota 29, p. 686. Véase también KREB, C. y PROST, K., *op. cit.*, nota 29, p. 1608.

25. En conclusión, consideramos que la existencia de una costumbre internacional relativa a la excepción de inmunidad ante tribunales penales internacionales sigue siendo una cuestión controvertida que no cuenta con una posición unánime por parte de la doctrina, a lo de debe unirse el anteriormente mencionado Protocolo de Malabo, que parece establecer una excepción importante. Sin embargo, entendemos que el reconocimiento de dicha excepción de inmunidad por la vía convencional no plantearía problemas, tal y como analizaremos a continuación.

### 3. INMUNIDADES Y ART. 27 DEL ESTATUTO DE LA CPI

26. Tal y como se ha señalado, puede resultar actualmente controvertido concluir acerca de la existencia de un Derecho consuetudinario relativo a la excepción de inmunidad frente a tribunales penales internacionales, y concretamente frente a la CPI, de los jefes de Estado y Gobierno. En este sentido, la existencia de dicha costumbre no gozaría de una aceptación unánime por parte de la doctrina<sup>52</sup>, e incluso en los casos en los que la doctrina coincide con la Sala de Apelaciones, los fundamentos son distintos. Por tanto, resulta necesario centrarse en el análisis del propio Estatuto y en las remisiones por parte del Consejo de Seguridad para poder determinar la posible excepción de inmunidad de jefes de Estado y de Gobierno frente a la CPI por la comisión de un crimen de agresión, que en este caso constituye nuestro objeto de estudio.

27. En primer lugar, resulta conveniente señalar que la cuestión de las inmunidades respecto de jefes de Estado y de Gobierno se encuentra especialmente afectada por la inclusión del crimen de agresión en el Estatuto de la CPI, dado que, acorde con la definición establecida en la Resolución 6 sobre el crimen de agresión y en sus enmiendas a los Elementos de los Crímenes, el mismo es un crimen de liderazgo que solo podrá ser cometido por personas en «condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar del Estado que cometió el acto de agresión»; y son estas personas, como señalábamos al inicio de nuestro trabajo, las que habitualmente gozan de inmunidad *ratione personae* y *ratione materiae*.

28. Como puede deducirse, el reconocimiento de dichas inmunidades haría imposible el ejercicio de la competencia por parte de la Corte. Por ello resulta de especial valor el art. 27 del Estatuto, que regula la improcedencia de cargo oficial para el ejercicio de la competencia y que sería aplicable respecto del crimen de agresión.

29. El art. 27 del Estatuto establece que las inmunidades y normas de procedimiento especiales no impedirán el ejercicio de la competencia por parte de la Corte, por lo que no podrá alegarse la inmunidad *ratione materiae*

<sup>52</sup> Véanse SHABAS, W., *op. cit.*, nota 39; KIYANI, *op. cit.*, nota 24, y ABRISKETA URIARTE, J., *op. cit.*, nota 30.

y *ratione personae* a fin de evitar el ejercicio de la competencia respecto del crimen de agresión. Esta excepción de inmunidad de los jefes de Estado y de Gobierno en principio no plantearía problema respecto de los Estados parte en el Estatuto, ya que los mismos mediante su ratificación habrían aceptado expresamente la eliminación de las inmunidades.

30. Tampoco debería plantear problema entre Estados parte el art. 98.1, que recoge los límites que supondría la inmunidad de un Estado o la inmunidad diplomática a la hora de cumplir con una solicitud de entrega o asistencia a la Corte, ya que una lectura conjunta de los art. 27 y 98, tal y como señala la Sala de Apelaciones<sup>53</sup>, permitiría concluir una renuncia de la inmunidad por los Estados parte a fin de que la Corte pueda ejercer efectivamente su competencia<sup>54</sup>, para lo cual es necesario la entrega de la persona. Además, debe señalarse que la interpretación del contenido del art. 98 ha llevado a considerar la no aplicación del mismo a los Estados parte<sup>55</sup>.

31. En todo caso, ha venido a plantearse la cuestión de si la renuncia a la inmunidad por parte del Estado que se deriva del art. 27 tiene efectos únicamente frente a la CPI, el llamado efecto vertical, o si por el contrario dicha renuncia a la inmunidad también sería efectiva frente a los tribunales nacionales: efecto horizontal. Esta cuestión resulta de especial importancia debido a que afectaría al ejercicio efectivo del art. 98, que requiere de la colaboración de los tribunales nacionales a fin de proceder a la detención y entrega de una persona a la Corte. Así, en el caso en el que únicamente se reconociese el efecto vertical del art. 27, un jefe de Estado o Gobierno de un Estado parte acusado de la comisión de crimen de agresión, a la hora de ser detenido por otro Estado parte y proceder a su entrega a la Corte podría solicitar ante los tribunales nacionales el reconocimiento de su inmunidad, lo que afectaría negativamente a la posibilidad del ejercicio de competencia por parte de la Corte.

32. La cuestión del efecto vertical y horizontal ha sido tratada especialmente en los mencionados *amicus curiae*, y si bien la mayoría de la doctrina junto con la Fiscalía y la Sala de Apelaciones se ha mostrado favorable al

<sup>53</sup> ICC, Appeals Chamber: Judgment in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal, *op. cit.*, nota 11, párrs. 122 y s.

<sup>54</sup> Según Claus Kreß y Kimberly Prost el valor del art. 27 «would risk to be significantly reduced if not more or less nullified if the general waiver of immunity rights contained therein would not be construed so as to include the State acts of arrest and surrender based on request by the international criminal court», KREß, C. y PROST, K., *op. cit.*, nota 29, p. 1607.

<sup>55</sup> Sobre la interpretación de estos artículos respecto de su aplicación a Estados parte, véase AKANDE, D., «International Law Immunities and the International Criminal Court», *AJIL*, vol. 98, 2004, núm. 3, pp. 422-426; AKANDE, D., «The legal nature of Security Council Referrals to the ICC and its impact on Al Bashir's immunities», *JICJ*, vol. 7, 2009, pp. 337-339; AKANDE, D., *op. cit.*, nota 34, pp. 640-641; GAETA, P., *op. cit.*, nota 29, pp. 327-329; WIRTH, S., «Immunities, related problems, and article 98 of the Rome Statute», *Crim. L. Forum*, vol. 12, 2001, pp. 452-454; KREß, C., *op. cit.*, nota 30, pp. 236-3-237; «Quinto informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado», *op. cit.*, nota 1, párr. 164.

reconocimiento de efecto vertical y horizontal del art. 27<sup>56</sup>, las razones expuestas varían.

33. De este modo, se ha considerado que el reconocimiento únicamente del efecto vertical dejaría sin efectos el art. 27, ya que sería poco probable que un Estado, aunque fuese Estado parte, levantase la inmunidad de su propio jefe de Estado o Gobierno o de un jefe de Estado y Gobierno de otro Estado parte<sup>57</sup>.

34. También se ha venido a considerar que la inclusión en el art. 27.2 de la excepción de inmunidad con arreglo a «Derecho interno» sería superflua si el propio art. 27 se estuviese refiriendo solo a los procedimientos ante la Corte, ya que el Derecho nacional no supone una barrera para el ejercicio de la competencia de la CPI<sup>58</sup>. En este sentido, la inmunidad nacional que en un Estado pudiera tener un cargo público, distinto de aquellos a los que conforme a Derecho consuetudinario se ha venido a reconocer inmunidad en el ámbito internacional, no tendría valor ante la CPI, incluso sin necesidad de que se incluyera esta excepción en el art. 27, por lo que dicha inclusión parece apuntar a la eliminación de la inmunidad internacional también ante los tribunales nacionales, que es ante los cuales el reconocimiento de inmunidad conforme a Derecho interno pudiera tener algún valor.

<sup>56</sup> En sentido opuesto se ha manifestado Roger O'Keefe que se muestra contrario a establecer una diferencia entre la exclusión de la inmunidad a fin de ejercicio de la competencia por parte de la Corte y la inmunidad que se alega ante tribunales nacionales frente a una decisión por parte de un Estado en relación con el arresto y entrega de una persona a la Corte. ICC, The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir. ICC-02/05-01/09 OA2. «*Observations by Professor Roger O'Keefe, pursuant to rule 103 of the Rules of Procedure and Evidence, on the merits of the legal questions presented in "The Hashemite Kingdom of Jordan's appeal against the 'Decision under article 87(7) of the Rome Statute on the non-compliance by Jordan with the request by the Court for the arrest and surrender [of] Omar Al-Bashir'" of 12 March 2018 (ICC-02/05-01/09-326)*», 18 de junio de 2018, p. 6.

<sup>57</sup> ICC, The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir. ICC-02/05-01/09 OA2. «*Prosecution Response to the Observations of Eleven Amici Curiae, 16 julio 2018, p. 7*; ICC, The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir. ICC-02/05-01/09 OA2. *Amicus curiae observations submitted by Prof. Flavia Lattanzi pursuant to rule 103 of the Rules of Procedure and Evidence on the merits of the legal questions presented in "The Hashemite Kingdom of Jordan's appeal against the 'Decision under article 87(7) of the Rome Statute on the non-compliance by Jordan with the request by the Court for the arrest and surrender [of] Omar Al-Bashir'" of 12 March 2018*», 18 de junio de 2018, p. 8; ICC, The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir. ICC-02/05-01/09 OA2. Yolanda Gamarra, «*Amicus Curiae Observations Pursuant To Rule 103 Of The Rules Of Procedure And Evidence On The Merits Of The Legal Questions Presented In The Hashemite Kingdom Of Jordan's Appeal Against The Decision Under Article 87(7) Of The Rome Statute On The Non-Compliance By Jordan With The Request By The Court For The Arrest And Surrender Of Omar Al-Bashir Of 12 March 2018*», 18 de junio de 2018, párr. 16.

<sup>58</sup> Concepción Escobar Hernández señala claramente que el régimen de inmunidad e inviolabilidad es tanto nacional como internacional, ya que además permite el enjuiciamiento de personas «respecto de las cuales los tribunales nacionales se verían impedidos de actuar», ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., «Responsabilidad e inmunidad», en GARCÍA ARÁN, M. y GARRIDO LÓPEZ, D., *Crimen internacional y jurisdicción universal. El caso Pinochet*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p. 251. Otto Triffterer también considera que el art. 27.2 hace referencia tanto a normas internacionales como nacionales, incluso en el caso de que estas últimas tengan carácter constitucional. TRIFFTERER, O., «Article 27: Irrelevance of Official Capacity», en TRIFFTERER, O., *op. cit.*, nota 29, p. 791. Véase Corte Penal Internacional, The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir. ICC-02/05-01/09 OA2, «*Amicus Curiae Observations of Professors Robinson, Cryer, de Guzman, Lafontaine, Oosterveld, and Stahn*», 17 de junio de 2018, p. 8.

35. Por último, la Sala de Apelaciones partiendo de la afirmación: «*The law does not readily condone to be done through the back door something its forbids to be done through the front door*», establece que no existe razón alguna que impida reconocer el efecto horizontal del art. 27, y señala que la detención de la persona no se llevaría a cabo para ser juzgada ante tribunales nacionales, sino ante la CPI<sup>59</sup>.

36. En todo caso, los mayores conflictos respecto de esta materia se han planteado en relación con los Estados no parte en el Estatuto, ya que los mismos al no haber ratificado dicho documento no han expresado su renuncia a la inmunidad<sup>60</sup>, siendo de aplicación también el art. 98.1. Claro ejemplo de ello es por tanto, el asunto *Al Bashir* y el incumplimiento de Jordania, Estado parte que ha venido a reconocer la inmunidad de Al Bashir en base a que Sudán no es Estado parte.

#### 4. INMUNIDAD DE LOS ESTADOS NO PARTE Y CRIMEN DE AGRESIÓN EN EL ESTATUTO DE LA CPI

37. Tomando en consideración lo expuesto anteriormente y centrándonos en el crimen de agresión debemos señalar que, como es de sobra conocido, el art. 12 permite el ejercicio de la competencia de la Corte respecto de los crímenes cometidos en territorio de un Estado parte por nacionales o no de Estados parte, y respecto de los crímenes cometidos por nacionales de un Estado parte en territorio o no de un Estado parte. Sin embargo, este ejercicio de la competencia se ve reducido en el caso del crimen de agresión, ya que el art. 15 bis 5 excluye de la competencia de la Corte los crímenes de agresión cometidos por nacionales o en el territorio de Estados no parte. Este límite, en todo caso, no se establece respecto de las remisiones de asuntos por el Consejo de Seguridad ya que, como respecto del resto de crímenes y conforme al art. 15 ter, podrá remitir asuntos relativos a crímenes de agresión cometidos en territorio de Estados no parte y por nacionales de Estados no parte<sup>61</sup>.

38. Refiriéndonos de nuevo a la cuestión del ejercicio de la competencia por parte de la Corte respecto del presidente de Sudán, tal y como se ha señalado, la doctrina ha mantenido posiciones diversas, desde el reconocimiento de la inmunidad *ratione personae* independientemente de que el asunto haya sido remitido por el Consejo de Seguridad; al no reconocimiento de inmunidad, bien en base a la remisión del asunto por el Consejo de Seguridad y la obligación de colaboración que establecía, bien por la existencia de una costumbre internacional que no reconoce inmunidad frente a tribunales penales internacionales.

<sup>59</sup> ICC, Appeals Chamber. Judgment in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal, *op. cit.*, nota 11, párr. 127.

<sup>60</sup> Véase ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., *op. cit.*, nota 58, pp. 253-254.

<sup>61</sup> PIERNAS LÓPEZ, J. J., «La Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma», *AEDI*, vol. 26, 2010, p. 294.

39. En todo caso, respecto del crimen de agresión consideramos que, de entre las distintas opciones planteadas por la doctrina, la remisión de un asunto por el Consejo de Seguridad debe ser valorado en profundidad y puesta en conexión con la regulación del crimen de agresión en el Estatuto de la Corte.

40. En este sentido, como mencionábamos anteriormente, el art. 15 bis del Estatuto restringe el ejercicio de la competencia de la Corte respecto del crimen de agresión, ya que no se podrá remitir un asunto por un Estado miembro o *motu proprio* contra un nacional de un Estado no parte o por un crimen cometido en el territorio de un Estado no parte. Tampoco, en caso de remisión por Estado parte o *motu proprio*, podrá ejercer la competencia respecto de crímenes cometidos por nacionales de un Estado parte que haya declarado expresamente que no acepta la competencia de la Corte respecto del crimen de agresión (art. 15 bis 4). Y por último, tampoco podrá remitirse en los supuestos en los que el Estado parte no haya ratificado las enmiendas establecidas en Kampala<sup>62</sup>.

41. Pero esta regulación no deja completamente fuera de la competencia de la Corte los crímenes cometidos por nacionales o en territorio de Estados no parte, y los cometidos por Estados parte que no hayan aceptado la competencia de la Corte o que no hayan ratificado las enmiendas. En este sentido, el art. 15 ter no excluye dicha posibilidad en caso de remisión de un asunto por el Consejo de Seguridad, y de manera expresa, respecto de los Estados parte que no han aceptado la competencia de la Corte, tal y como se recoge en los Entendimientos sobre las enmiendas al Estatuto.

42. Por tanto, se plantean dos situaciones: en primer lugar, la de los Estados parte en el Estatuto que no han ratificado las enmiendas, o que conforme al art. 15 bis 4 declararon que no aceptaban la competencia de la Corte en relación con el crimen de agresión. Respecto de estos Estados y en los casos de remisión de un asunto por el Consejo de Seguridad, los Entendimientos dejan claro que la Corte podrá ejercer la competencia, limitando en este sentido la reserva realizada por los Estados parte. En este supuesto la cuestión de la inmunidad no debería plantear problemas, ya que la reserva del Estado es en relación al ejercicio de la competencia respecto del crimen de agresión, no respecto del art. 27 del Estatuto, por lo que en el momento en el que la Corte estuviese autorizada para ejercer su competencia respecto de este crimen entraría en juego el art. 27 del Estatuto.

43. El problema en todo caso se plantearía en los casos de remisión por el Consejo de Seguridad de asuntos relativos a Estados no parte o nacionales de Estados no parte. Como se ha señalado previamente, mientras que el art. 15 bis prohíbe expresamente la remisión de estos asuntos por Estados

---

<sup>62</sup> Respecto de la interpretación negativa del art. 121.5, véase FERNÁNDEZ ARRIBAS, G., «Entrada en vigor y ejercicio por la Corte Penal Internacional de la jurisdicción sobre el crimen de agresión», *REEI*, vol. 25, 2013, pp. 22-23.

parte o *motu proprio*, el art. 15 ter no hace mención alguna a dicha prohibición, lo que nos llevaría a entender que se mantiene la regla general que permite la remisión de un asunto por el Consejo Seguridad respecto de Estados no parte o nacionales de Estados no parte.

44. En relación con esta conclusión deberíamos señalar que en los Entendimientos solo se hace referencia expresa y se autoriza la remisión por el Consejo de Seguridad de asuntos referidos a Estados parte que han realizado la reserva conforme al art. 15 bis 4, no existiendo referencia alguna como decimos a las remisiones por parte del Consejo de Seguridad respecto Estados no parte, lo que podría llevar a la conclusión de que quedarían fuera de la competencia de la Corte en casos de crimen de agresión. En este sentido, esta referencia expresa a Estados parte que han realizado la reserva se hace necesaria debido al carácter excepcional de dicha situación, que no se da respecto del resto de crímenes, por lo que resulta imprescindible señalar que, en todo caso y a pesar de la reserva, el Consejo de Seguridad podrá remitir dichos asuntos. Esta precisión no sería necesaria por otra parte respecto de los Estados no parte, ya que quedarían dentro de la regla general de remisión de asuntos por el Consejo de Seguridad.

45. Una vez aclarada la posibilidad de remisión de un asunto relativo al crimen de agresión por el Consejo de Seguridad, es necesario determinar el valor que tienen las inmunidades en este caso, ya que como venimos señalando se trata de un crimen de liderazgo cometido por cargos del Estado que gozan de inmunidad *ratione personae* durante el ejercicio de su cargo, y de un crimen que solo puede ser cometido en el ejercicio de funciones oficiales, por lo que podrían gozar de inmunidad *ratione materiae*.

46. De este modo, a pesar de que la Sala de Apelaciones ha venido a establecer la no existencia de una costumbre internacional de reconocimiento de inmunidad ante los tribunales internacionales, dicha posición no es ampliamente compartida por la doctrina, lo que unido al hecho de que las inmunidades frente a los tribunales nacionales conforme al art. 98.1 podrían ser oponibles en casos de detención y entrega a la CPI de nacionales de Estados no parte, el enjuiciamiento de este crimen en los casos de remisión por el Consejo de Seguridad de actos de agresión cometidos en territorio de Estados no parte o por nacionales de Estados no parte vendría a ser imposible, salvo que el propio Estado del que es o ha sido jefe de Estado o de Gobierno el acusado levantara la inmunidad.

47. Esta última posibilidad resultaría altamente improbable si el acusado estuviese en el ejercicio del cargo, e incluso en el caso en que hubiese cesado, ya que en primer lugar, en caso de que el Estado hubiese considerado probable la comisión de dicho crimen podría haber incoado un procedimiento nacional contra el acusado<sup>63</sup> y, en segundo lugar, se trata de un crimen

---

<sup>63</sup> En caso de que dicho crimen fuese objeto de regulación penal en el ámbito interno, véase KREß, C. y BARRIGA, S., *op. cit.*, nota 29.

con un importante carácter político que conllevaría poner en tela de juicio la propia política del Estado<sup>64</sup>.

48. Por tanto, cabe plantearse qué sentido tendría permitir al Consejo de Seguridad la remisión de un asunto relativo a crimen de agresión respecto de Estados no parte y nacionales de Estados no parte, cuando las posibilidades de ejercicio de la jurisdicción por parte de la Corte son prácticamente nulas. Dada esta situación, consideramos que resulta necesario analizar el papel que pueden jugar las resoluciones de remisión de asuntos por parte del Consejo de Seguridad en el levantamiento de inmunidades de los jefes de Estado y de Gobierno.

## 5. REMISIÓN DE ASUNTOS POR EL CONSEJO DE SEGURIDAD E INMUNIDADES

49. Respecto de la remisión de asuntos por el Consejo de Seguridad y el respeto a las inmunidades, la doctrina también ha tomado posiciones diversas, señalando algunos que la remisión por el Consejo de Seguridad conlleva el levantamiento de inmunidad y pone al Estado en la misma posición que los Estados parte<sup>65</sup>; o por el contrario, que la remisión por parte del Consejo de Seguridad únicamente tiene el valor de activar el ejercicio de la competencia de la Corte, por lo que el resto de obligaciones establecidas en el Estatuto para los Estados parte no serían de aplicación a los Estados no parte, aplicándose el régimen general de inmunidades existente en Derecho internacional y el art. 98 del Estatuto<sup>66</sup>.

<sup>64</sup> Esta cuestión queda claramente reflejada en palabras de Antonio Remiro Brotons: «La diseminación fatal de la culpa del agresor al Estado, a sus instituciones, a sus ciudadanos, que probablemente consintieron, autorizaron o jalearon sus actos frente a enemigos tradicionales, tiene un efecto disuasorio, no solo sobre la administración de justicia, sino sobre la misma previsión legal», REMIRO BROTONS, A., «Crimen de agresión, crimen sin castigo», *Política Exterior*, 2005, núm. 108, p. 154.

<sup>65</sup> AKANDE, D., *op. cit.*, nota 55, p. 342; KRES, C., *op. cit.*, nota 30, p. 242; ICC, The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir. ICC-02/05-01/09 OA2. «*Amicus Curiae observations pursuant to rule 103 of the rules of procedure and evidence on the merits of the legal questions presented in the Hashemite Kingdom of Jordan's appeal against the decision under article 87(7) of the Rome Statute on the non-compliance by Jordan with the request by the Court for the arrest and surrender of Omar Al-Bashir of 12 march 2018*» (Professor Nicholas Tsagourias), 9 de junio de 2018, p. 6; ICC, The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir. ICC-02/05-01/09 OA2. «*Amicus curiae observations of Prof. Annalisa Ciampi pursuant to rule 103 of the Rules of Procedure and Evidence*», 18 de junio de 2018, p. 7. Este argumento también fue defendido por la Sala de Cuestiones Preliminares en su decisión respecto del incumplimiento de Jordania. Pre-Trial Chamber II. Decision under article 87(7) of the Rome Statute on the non-compliance by Jordan, *op. cit.*, nota 9, párrs. 38-40. Por otra parte, la Sala de Apelaciones precisa esta afirmación estableciendo que: «*The Appeals Chamber underlines that this does not make Sudan a State Party to the Rome Statute [...] It simply means that the applicable cooperation regime is that for States Parties*». ICC, Appeals Chamber. Judgment in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal, *op. cit.*, nota 11, párr. 142.

<sup>66</sup> DAQUN, L., *op. cit.*, nota 33, p. 72; The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir. ICC-02/05-01/09 OA2. «*Observations by Professor Paola Gaeta as amicus curiae on the merits of the legal questions presented in the Hashemite Kingdom of Jordan's appeal against the "Decision under Article 87 (7) of the Rome Statute on the non-compliance by Jordan with the request by the Court for the arrest and surrender [of] Omar Al-Bashir" of 12 March 2018*», 18 de junio de 2018, p. 6.

50. En lo referido a la aplicación del art. 98 y su relación con el art. 27, consideramos necesario realizar algunas precisiones. Si bien el art. 27 conlleva el no reconocimiento de inmunidades de nacionales de Estados parte frente a la CPI y frente a tribunales nacionales, el art. 98 viene a exigir que la Corte no dé curso a una solicitud de entrega si el Estado que debe realizarla se viese obligado a incumplir con sus obligaciones relativas al reconocimiento de inmunidades. Este art. 98 exige por tanto, que previamente se haya obtenido un levantamiento o renuncia a la inmunidad.

51. En relación con los Estados parte del Estatuto, como ya se ha señalado, esta renuncia a la inmunidad se ha llevado a cabo mediante la ratificación del Estatuto y la aceptación del art. 27; por tanto, el art. 98 solo será aplicable respecto de Estados no parte. De este modo, tal y como se ha manifestado, la inmunidad de los jefes de Estado y Gobierno de Estados no parte podría ser en principio oponible ante los tribunales nacionales, dificultando de este modo la detención y entrega de personas a la Corte y en consecuencia dificultando o impidiendo el ejercicio de la competencia por parte de la misma.

52. En todo caso, la obligación que recoge esta disposición es para la Corte, al establecer que será esta la que no dará curso a la solicitud, por lo que se plantea la cuestión de cuál sería la obligación del Estado en el caso en que la Corte diera curso a dicha solicitud. En este sentido, del art. 98 no puede inferirse un Derecho de un Estado parte a negarse a dar cumplimiento a dicha solicitud por considerar que podría incumplir con sus obligaciones internacionales; de hecho, el art. 86 del Estatuto obliga a los Estados parte a cooperar plenamente con la Corte. De este modo el Estado parte debería, bien decidir entre el incumplimiento de sus obligaciones internacionales de carácter consuetudinario relativas a la inmunidad, o el incumplimiento de sus obligaciones respecto del Estatuto de la Corte<sup>67</sup>. Y es aquí donde adquieren especial relevancia las resoluciones del Consejo de Seguridad y la posibilidad de que las mismas levanten la inmunidad de los jefes de Estado o de Gobierno, lo que podría permitir al Estado cumplir con sus obligaciones para con la Corte sin violar sus obligaciones consuetudinarias relativas a la inmunidad.

53. La solución dada por la Sala de Apelaciones ha sido en todo caso diferente y sin apenas referencia a la posibilidad de que las resoluciones del Consejo de Seguridad pudieran levantar las inmunidades. La Sala de Apelaciones basa su argumentación en la obligación de Sudán de «cooperar plenamente» con la Corte establecida en la Resolución del Consejo de Seguridad 1593 (2005). Dicha obligación de «cooperar plenamente» conlleva la

---

<sup>67</sup> Si bien es cierto que, como señala Concepción Escobar Hernández, el art. 98 es «una cláusula de salvaguardia que permitirá a los Estados parte afectados por la misma liberarse de alguna de las obligaciones derivadas del Estatuto de Roma, siempre en el marco de los principios de justicia definidos en el Estatuto y de conformidad con las reglas de Derecho internacional general aplicables». ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., «La Corte Penal Internacional: un instrumento al servicio de la paz», *Revista Internacional de Filosofía Política*, vol. 21, 2003, p. 21.

aplicación del régimen de cooperación que tienen los Estados parte, ya que el art. 86 aplicable a los mismos, establece del mismo modo la obligación de «cooperar plenamente». Así, y atendiendo a que los arts. 86 y siguientes deben interpretarse a la luz del art. 27, según la Sala de Apelaciones no existirían razones que impidieran considerar la aplicación del art. 27.2 a Sudán, entendiéndose por tanto, que las inmunidades que Sudán pudiera tener conforme a Derecho internacional frente a otro Estado no impedirían el ejercicio de la competencia por parte de la Corte<sup>68</sup>.

### 5.1. Levantamiento implícito de inmunidad mediante Resolución del Consejo de Seguridad

54. Una vez señalada brevemente la relación existente entre ambos artículos y su posible interpretación, así como la solución ofrecida por la Sala de Apelaciones, consideramos que la vía de levantamiento de inmunidades mediante remisiones del Consejo de Seguridad resulta la más adecuada debido a lo forzado, entendemos, de la argumentación de la Corte para aplicar el art. 27.2 a Sudán, haciendo depender la competencia de la Corte de la inclusión de la fórmula «cooperar plenamente».

55. Para analizar la relación entre las remisiones de asuntos por el Consejo de Seguridad y el levantamiento de inmunidad, resulta de nuevo necesario referirnos al asunto Al Bashir, que en todo caso ha planteado la cuestión no solo respecto del no reconocimiento de inmunidades recogido en el art. 27, sino también respecto del reconocimiento de inmunidades recogido en el art. 98.

56. En primer lugar, y en cuanto a la obligación de cumplimiento de las resoluciones del Consejo de Seguridad, en el asunto Al Bashir queda claro que la misma fue adoptada en el marco del Capítulo VII de la Carta; por tanto, la controversia que pudiera surgir respecto de la obligatoriedad de la misma, así como la necesidad de que las remisiones se hagan en base a dicho capítulo<sup>69</sup>, deberían en principio quedar descartadas.

57. En todo caso, tal y como indicó la CIJ en el asunto Namibia:

*«(i)n view of the powers under Article 25, the question whether they have been in fact exercised is to be determined in each case, having regards to the terms of the resolution to be interpreted, the discussion leading to it, the Charter provisions invoked and, in general, all circumstances that might assist in determining the legal consequences of the resolution of the Security Council».*

Por tanto, la cuestión a analizar en el asunto que nos ocupa será la relativa al contenido de dicha resolución y los poderes del Consejo de Seguridad.

<sup>68</sup> ICC, Appeals Chamber. Judgment in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal, *op. cit.*, nota 11, párrs. 135-143.

<sup>69</sup> GUTIÉRREZ ESPADA, C., «La Corte Penal Internacional (CPI) y el Consejo de Seguridad», *AEDI*, vol. 18, 2002, p. 29.

58. Respecto del contenido de la resolución, si bien es cierto que la misma no hace mención expresa la eliminación de las inmunidades, ello no permite descartar que la inmunidad se pueda considerar eliminada atendiendo a la finalidad de dicha resolución. De hecho, es necesario mencionar que la resolución tiene su origen en el informe de la Comisión Internacional de Investigación sobre las transgresiones del Derecho internacional humanitario y las normas de derechos humanos en Darfur<sup>70</sup>, en el cual se señala como responsable de los crímenes al gobierno de Sudán y a altos cargos del gobierno<sup>71</sup>, además de señalar que la remisión del caso a la CPI sería el procedimiento más adecuado debido a que los responsables de los crímenes eran personas que disfrutaban de «*authority and prestige in the country and wielding control over the State apparatus*», y que «*only the authority of the ICC, backed up by that of the United Nations Security Council, might compel both leading personalities in the Sudanese Government*»<sup>72</sup>. Resulta por tanto fácil de prever, que uno de estos altos cargos pudiera ser el propio presidente de Sudán.

59. En este sentido, si mediante la remisión del asunto a la Corte, el Consejo de Seguridad pretendía poner fin a la impunidad por dichos crímenes, el enjuiciamiento tanto del jefe de Estado así como de otros altos cargos del gobierno sudanés susceptibles de ser beneficiarios de inmunidad internacional sería una actuación necesaria, infiriendo de este modo que el Consejo de Seguridad estaba retirando la inmunidad del presidente a fin de que la Corte pudiera ejercer su competencia respecto de la comisión de crímenes internacionales en Darfur. Así, en aplicación del principio general del efecto útil<sup>73</sup>, no tendría sentido remitir un asunto a la Corte que pudiera conllevar el enjuiciamiento de un jefe de Estado u otros altos funcionarios, y que a la vez se les reconociera la inmunidad dejando sin efectos prácticos la remisión del asunto, hecho que podría darse perfectamente en los casos en los que el Consejo de Seguridad remitiera asuntos relativos la comisión de crímenes de agresión, dejando por tanto sin valor dichas remisiones.

60. Si bien somos partidarios de la interpretación anterior, señalaremos que a favor de esta opción de eliminación de la inmunidad de forma implícita<sup>74</sup> se ha venido a tomar también como base la obligación de Sudán de «coo-

---

<sup>70</sup> Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the United Nations Secretary-General. Pursuant to Security Council Resolution 1564 of 18 September 2004. Geneva, 25 January 2005.

<sup>71</sup> *Ibid.*, pp. 4-5.

<sup>72</sup> *Ibid.*, p. 145.

<sup>73</sup> Amicus curiae Prof. Annalisa Ciampi, *op. cit.*, nota 65, pp. 9-10.

<sup>74</sup> Contrario a la derogación implícita se encuentra Roger O'Keefe, que hace referencia a asuntos ante el TEDH en el que se ha requerido derogación explícita de derechos, si bien los mismos se encontraban dentro del ámbito de los derechos humanos. Amicus Curiae Professor Roger O'Keefe, *op. cit.*, nota 56, p. 13. En todo caso, tal y como señala Talita de Souza Dias, la inmunidad no se encuentra dentro del ámbito de los derechos humanos, de hecho podría afirmarse que se encuentra más relacionada con la protección del Estado que con la protección de la persona. DE SOUZA DIAS, T., «The "Security Council Route" to the Derogation from Personal Head of State Immunity in the Al-Bashir Case: How Explicit must Security Council Resolution be?», *EJIL TALK*, 19 de septiembre de 2018, <https://www.>

perar plenamente con la Corte», establecida en la Resolución 1593 (2005), y que la Sala de Apelaciones utilizaba para determinar la no existencia de inmunidades y, por tanto, lo innecesario de proceder al levantamiento de la inmunidad<sup>75</sup>. A pesar de que hemos señalado la necesidad de no hacer depender el no reconocimiento de inmunidades de la inclusión de dicha fórmula en la resolución, consideramos interesante el análisis de cómo la obligación de cooperar plenamente puede fundamentar también el levantamiento de inmunidades.

61. En este sentido se ha señalado que la práctica del Consejo de Seguridad ha sido la de realizar reconocimientos expresos en los casos en los que se manifestaba a favor de mantener la inmunidad, además de ser práctica también del Consejo de Seguridad el pronunciarse de manera sucinta en los casos en los que emitían órdenes especialmente «sensibles», no siendo necesario en este caso remarcar el cumplimiento del art. 27 del Estatuto<sup>76</sup>. Por otra parte, cuando el Consejo de Seguridad obligó a los Estados a colaborar con los tribunales penales internacionales para la antigua Yugoslavia y Ruanda, utilizó la misma expresión: «Cooperar plenamente», lo que conllevaba también el no reconocimiento de inmunidades<sup>77</sup>.

62. Pero el análisis e interpretación del valor de las resoluciones del Consejo de Seguridad en casos de remisión de asuntos a la Corte ha ido más allá de la consideración de levantamiento implícito de la inmunidad, ya que se ha venido a señalar también que mediante la mencionada resolución el Consejo de Seguridad situaría a Sudán en la misma posición que un Estado parte del Estatuto respecto de las obligaciones recogidas en el mismo<sup>78</sup>.

63. Esta cuestión es también de especial interés en los casos de remisión por el Consejo de Seguridad relativas a la comisión de crímenes de agresión cuando son cometidos en territorios de Estados no parte o por nacionales de Estados no parte. En este sentido debemos entender que, si bien la Resolución del Consejo de Seguridad no convierte al tercer Estado en Estado parte, principalmente la autorización para el ejercicio de la competencia, y en caso de que la resolución lo incluya, la obligación de «cooperar plenamente» conllevarían la aplicación del Estatuto de manera indirecta. De este modo, en base a la Resolución del Consejo de Seguridad, la Corte aplicaría las disposiciones del Estatuto respecto del tercer Estado en cuestión a fin de poder llevar a cabo la investigación y posible enjuiciamiento de los crímenes<sup>79</sup>, de otro modo no sería posible el ejercicio de la competencia por parte

*ejiltalk.org/the-discussion-of-the-security-council-roots-to-the-derogation-from-personal-immunities-in-the-al-bashir-case-how-explicit-must-security-council-resolutions-be/*.

<sup>75</sup> ICC, Appeals Chamber. Judgment in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal, *op. cit.*, nota 11, párr. 146.

<sup>76</sup> Amicus Curiae Professors Robinson, Cryer, de Guzman, Lafontaine, Oosterveld, and Stahn, *op. cit.*, nota 58, pp. 5-6.

<sup>77</sup> *Ibid.*

<sup>78</sup> Amicus Curiae Professor Nicholas Tsagurias, *op. cit.*, nota 65, p. 6.

<sup>79</sup> AKANDE, D., *op. cit.*, nota 55, pp. 340-341.

de la Corte, dejando sin efecto las remisiones por el Consejo de Seguridad conforme al art. 15 ter.

## 5.2. Competencia del Consejo de Seguridad para levantar las inmunidades

64. Respecto de la cuestión relativa a la competencia del Consejo de Seguridad para levantar la inmunidad de un jefe de Estado o de Gobierno, cuestión que consideramos de nuevo esencial para dar efectividad a las remisiones del Consejo de Seguridad relativas a la comisión de crímenes de agresión, se ha señalado que el Consejo de Seguridad no tiene competencia para alterar los procedimientos recogidos en el instrumento constitutivo de otra organización<sup>80</sup>.

65. Si bien hay precedentes en los que el Consejo de Seguridad ha adoptado medidas que requerían por parte de los Estados dejar sin aplicación obligaciones establecidas en tratados internacionales<sup>81</sup>, y ello en base al art. 103 de la Carta<sup>82</sup>, consideramos que en este caso la cuestión no se centra en dejar sin efectos o alterar las disposiciones del Estatuto de la Corte, concretamente el art. 98, sino en si el Consejo de Seguridad mediante la remisión del asunto estaría levantando la inmunidad y pidiendo a los Estados cumplir con su resolución y, por tanto, con las obligaciones contraídas como miembros de Naciones Unidas; todo ello, frente a una norma de Derecho consuetudinario relativa a la inmunidad de jefes de Estado y de Gobierno que pudiera ser contraria a las anteriormente mencionadas obligaciones<sup>83</sup>.

---

<sup>80</sup> GAETA, P., *op. cit.*, nota 29, p. 331; ABRISKETA URIARTE, J., *op. cit.*, nota 30, pp. 42-43. En todo caso como señaló el TPIY: «*The Security Council has broad discretion in exercising its authority under Chapter VII*», y haciendo referencia a los trabajos preparatorios de la Carta recogía la Declaración del Relator del Comité III/3 en la que se establecía la libertad del Consejo de Seguridad para determinar los medios que deben ser aplicados, con el único límite de que fuesen acorde con los objetivos y principios de Naciones Unidas. *Prosecutor v. Dusko Tadic A/K/A «Dule»*, Decision on the Defence Motion on Jurisdiction, 10 de agosto de 1995, TPIY 1995, párr. 7.

<sup>81</sup> Cuando se toman en consideración los límites del Consejo de Seguridad para adoptar medidas y permitir u obligar al incumplimiento de normas internacionales, se entiende que las mismas no podrán conllevar violaciones de derechos humanos, derecho humanitario o elementos esenciales de la soberanía del Estado como el derecho a existir. ÁLVAREZ, J., «Judging the Security Council», *AJIL*, vol. 90, 1996, p. 17. Véase también *Nada v. Switzerland*, núm. 10593/08, Concurring Opinion of Judge Malinverni, párr. 15, TEDH 2008; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro) Provisional Measures*, Order of 13 September 1993, ICJ Reports 1993, Separate opinion of Judge *ad hoc* Lauterpacht, pp. 440-441.

<sup>82</sup> WHITE, N. D. y ABASS, A., «Countermeasures and sanctions», en EVANS, M. D., *op. cit.*, nota 39, p. 556; CONFORTI, B., *Le Nazioni Unite*, Milan, CEDAM, 2000, p. 284. Véase *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom)*, Provisional Measures, Order of 14 April 1992, ICJ Reports 1992, párr. 37.

<sup>83</sup> En este sentido, Bernd Martenczuk afirma que: «*To the extent that this is necessary to remove a threat to international peace, the Council may therefore set aside the rights under general international law of any state*», MARTENCZUK, B., «The Security Council, the International Court and judicial review: what lessons from Lockerbie?», *EJIL*, vol. 10, 1999, p. 545.

66. En este sentido, y considerando que el Consejo de Seguridad estaba eliminando la inmunidad mediante su resolución de remisión, el art. 98 no sería de aplicación puesto que la persona reclamada por la Corte no gozaría de inmunidad, de modo que no sería necesario que la Corte debiera obtener la cooperación del tercer Estado del cual es nacional el sujeto reclamado renunciando a la inmunidad del mismo, tal y como establece el art. 98.1<sup>84</sup>.

67. Continuando con la mencionada capacidad del Consejo de Seguridad para levantar las inmunidades de jefes de Estado y de Gobierno para que un tribunal pueda ejercer su jurisdicción, consideramos que ya existen también claros precedentes en lo relativo al levantamiento de inmunidades ante tribunales internacionales, como el TPIY o el TPIR. Estos tribunales fueron creados mediante resoluciones del Consejo de Seguridad en las que se aprobaba el Estatuto de los mismos, los cuales contienen la improcedencia de cargo público como eximente de responsabilidad penal. Por tanto, los Estatutos no recogían un levantamiento expreso de inmunidades, simplemente confirmaban la responsabilidad penal de los autores de los crímenes independientemente de su cargo. Esta cuestión se ha traducido en la práctica, tal y como señalábamos, en el no reconocimiento de inmunidad a los jefes de Estado y de Gobierno tanto *ratione personae* como *ratione materiae*, como demostraban los ya mencionados casos Milošević y Kambanda.

68. Pero el levantamiento de inmunidades ante tribunales nacionales también ha tenido reflejo en los Estatutos del TPIY y TPIR, que establecían la obligación de los Estados de cooperar con la Corte en la detención y entrega de personas, lo cual venía a traducirse de nuevo en la práctica en el no reconocimiento de inmunidades ante tribunales nacionales; de hecho, ni Milošević ni la República Federal Yugoslava impugnaron la legalidad de la orden de arresto emitida por el TPIY en base a la inmunidad<sup>85</sup>.

69. Por otra parte, consideramos también necesario preguntarnos si en relación con los tribunales penales internacionales sería aplicable la afirmación de la CIJ que establece que, mientras que la inmunidad de jurisdicción penal es una cuestión de carácter procesal, la responsabilidad penal es una cuestión de Derecho sustantivo y por tanto, el reconocimiento de responsabilidad penal no implicaría el levantamiento de inmunidad<sup>86</sup>. De ser así, y dado que en los Estatutos de los tribunales penales internacionales, exceptuando el de la CPI como señalaremos, no se establecen levantamientos expresos de inmunidad, sino reconocimiento de responsabilidad penal

<sup>84</sup> Véase AKANDE, *op. cit.*, nota 55, p. 342. En todo caso, Cesáreo Gutiérrez Espada señala que la Corte podría verse investida de poderes adicionales mediante resoluciones del Consejo de Seguridad, alguna de las cuales podrían venir por la «vía de imponer obligaciones de cooperación añadidas a las que se establecen en el Estatuto». GUTIÉRREZ ESPADA, C., «Luces y sombras del Tribunal Penal Internacional», *Carthaginensia: Revista de estudios e investigación*, vol. 29, 2000, p. 95.

<sup>85</sup> GAETA, P., *op. cit.*, nota 29.

<sup>86</sup> ICJ Arrest Warrant, párr. 60.

del individuo con independencia de su cargo<sup>87</sup>, los Estados habrían tenido siempre en sus manos la posibilidad de recurrir a la mencionada premisa, dejando sin efecto la competencia de los tribunales penales internacionales en relación con personas que ocupan cargos asociados a reconocimiento de inmunidad internacional, y haciendo efectiva dicha inmunidad como cuestión de carácter procesal. Señalábamos en todo caso que en el supuesto de la CPI la cuestión podría ser diferente, dado que el art. 27 del Estatuto, además de no reconocer expresamente la inmunidad, apunta al carácter procesal del no reconocimiento al señalar que las inmunidades no podrán impedir el ejercicio de competencia de la Corte, una cuestión esta de carácter procesal. En todo caso, y como mencionábamos anteriormente, no se trataría de que el Consejo de Seguridad mediante su resolución de remisión a la CPI estuviese eliminando el eximente de responsabilidad penal a los cargos públicos, sino de manera implícita levantando la inmunidad tanto *ratione personae* como *ratione materiae* asociada al cargo público, y tanto ante la CPI como ante los tribunales nacionales.

70. Una vez señalada la capacidad del Consejo de Seguridad para levantar de manera implícita la inmunidad de los jefes de Estado y de Gobierno mediante las resoluciones que establecieron los estatutos de tribunales penales internacionales, la misma capacidad debería reconocerse respecto de la remisión de asuntos a la CPI. En este sentido, una de las finalidades de la creación de la CPI fue dejar a un lado el establecimiento de tribunales *ad hoc*, entre ellos, los creados mediante resoluciones del Consejo de Seguridad. De este modo, y a pesar de que la CPI no es un órgano de Naciones Unidas, se recogió en el Estatuto la posibilidad de que el Consejo de Seguridad remitiera asuntos incluso respecto de Estados no parte en el Estatuto, sustituyendo así la creación de estos tribunales *ad hoc* pero manteniendo el papel fundamental que el Consejo de Seguridad ha tenido en la persecución y enjuiciamiento de crímenes internacionales.

71. Por tanto, si el Consejo de Seguridad tenía capacidad y competencia para eliminar las inmunidades cuando creaba tribunales *ad hoc* mediante sus resoluciones en virtud del Capítulo VII de la Carta, y debemos señalar que no lo hacía de manera expresa, dicha capacidad y competencia debería ser la misma cuando, en sustitución a la creación de dichos tribunales, remite el asunto a la CPI a través de una resolución y actuando también en virtud del Capítulo VII de la Carta.

## 6. CONCLUSIONES

72. La controvertida cuestión de las inmunidades internacionales ha llegado de manera conflictiva a la CPI, afectando a la propia efectividad y ca-

---

<sup>87</sup> Art. 6 del Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona. Art. 7 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. Art. 7 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda.

pacidad de la Corte para poder ejercer su competencia, la cual va unida a la necesidad de colaboración de los Estados parte y también a la confianza que la misma debe generar.

73. Las discusiones acerca de la inmunidad de jefes de Estado y de Gobierno se han centrado no solo en relación con Estados no parte, sino que en algunos casos ha llegado a alcanzar también a los propios Estados parte, una cuestión que debía considerarse superada debido a la inclusión del art. 27. A pesar de ello, una interpretación del art. 27 junto con el art. 98, a nuestro entender fuera completamente del objeto y fin del Estatuto, habría llevado a determinada doctrina a considerar incluso la necesidad de renuncia de la inmunidad de los Estados parte sobre sus nacionales para que la Corte pudiera ejercer su competencia, considerando que dicho art. 27 no tendría efecto ante tribunales nacionales.

74. En todo caso, siendo mayoritaria la doctrina que otorga valor y efecto vertical y horizontal al art. 27 respecto de los Estados parte, el problema se plantearía respecto de la inmunidad de los nacionales de Estados no parte.

75. En este trabajo hemos señalado el carácter conflictivo del no reconocimiento de inmunidades de funcionarios internacionales ante los tribunales penales internacionales en base a Derecho consuetudinario, y ello a pesar de la reciente sentencia de la Sala de Apelaciones que viene a determinar la no existencia de una costumbre internacional relativa a la inmunidad de jefes de Estado y de Gobierno ante los tribunales internacionales. En ese sentido, la resolución del tribunal no deja de ser conflictiva, no solo en cuanto a la base de su argumentación, diferente a la de la doctrina y a la de la Sala de Cuestiones Preliminares que se basaban en la existencia de una costumbre internacional de excepción de inmunidad ante los tribunales internacionales; sino también, debido a que la cuestión de la eliminación de la inmunidad conforme a Derecho consuetudinario no goza de amplia aceptación por la doctrina, y especialmente en lo relativo a la inmunidad ante los tribunales nacionales.

76. Por tanto, una de las opciones alternativas que se han planteado en relación con la inmunidad ante la CPI es aplicar el art. 27<sup>88</sup> a Estados no parte, lo cual resulta difícil debido al valor de la norma de Derecho consuetudinario recogida en el art. 35 de la Convención de Viena de 1969, y que establece que un tratado no genera obligaciones para terceros Estados. Esta situación se ha pretendido superar mediante la consideración de que las resoluciones del Consejo de Seguridad en realidad estarían situando a un Estado no parte en las mismas condiciones que un Estado parte y, por tanto, siéndole de aplicación el art. 27, opción que como se ha señalado en el trabajo tampoco cuenta con amplia aceptación.

<sup>88</sup> La Sala de Apelaciones considera que este artículo recoge Derecho consuetudinario. ICC, Appeals Chamber Judgment in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal, *op. cit.*, nota 11, párr. 103.

77. La última opción por tanto que se plantea, y que es aquella que mantenemos en este trabajo, consiste en considerar que el Consejo de Seguridad mediante sus resoluciones de remisión de asuntos relativos a crímenes cometidos en territorios de Estados no parte y por nacionales de Estados no parte, estaría levantando implícitamente la inmunidad ante tribunales internacionales y nacionales. Esta opción consideramos que viene a confirmarse con la inclusión del art. 15 ter, referente a la remisión por el Consejo de Seguridad de asuntos relativos a crímenes de agresión cometidos en territorio y por nacionales de Estados no parte.

78. Al tratarse el crimen de agresión de un crimen de liderazgo, y por tanto cometido por personas que gozan en principio de inmunidad internacional, si asumiésemos que el Consejo de Seguridad no pudiese mediante sus resoluciones levantar dicha inmunidad internacional no tendría sentido que se le otorgara el poder de remitir a la CPI asuntos relativos a la comisión del crimen de agresión por nacionales de Estados no parte o cometidos en territorio de Estados no parte, ya que el acusado podría siempre hacer valer su inmunidad y solicitar la aplicación del art. 98.1. Por tanto, en atención al principio de efecto útil y al objetivo y fin del art. 15 ter y del Estatuto de la CPI, consideramos que dicho artículo, que permite la remisión de asuntos relativos a crímenes de agresión por parte del Consejo de Seguridad cometidos por nacionales de Estados no parte o en territorio de Estados no parte, es una confirmación de la capacidad del Consejo de Seguridad para levantar de manera implícita las inmunidades que puedan gozar los funcionarios internacionales, y permitir a la Corte el ejercicio de su competencia.

## RESUMEN

### CORTE PENAL INTERNACIONAL Y CRIMEN DE AGRESIÓN: EL LEVANTAMIENTO DE INMUNIDADES MEDIANTE LA REMISIÓN DE ASUNTOS POR EL CONSEJO DE SEGURIDAD

La competencia del Consejo de Seguridad para remitir asuntos relativos a crímenes de agresión cometidos en territorio de Estados no parte o por nacionales de Estados no parte abre la puerta al análisis del valor de las inmunidades de los altos cargos del Estado frente a la CPI, que vendrían a ser los autores materiales de dichos crímenes, ya que el reconocimiento absoluto de dichas inmunidades dejaría prácticamente sin efectos las remisiones de los mencionados asuntos por el Consejo de Seguridad. En este trabajo se analizará el valor de dichas inmunidades, prestando en primer lugar atención a la existencia o no de una norma de Derecho consuetudinario de inoponibilidad de inmunidades ante tribunales penales internacionales, y en segundo lugar se centrará en la posibilidad de que las remisiones de estos asuntos por el Consejo de Seguridad conlleven un levantamiento implícito de la inmunidad.

**Palabras clave:** inmunidades, crimen de agresión, Corte Penal Internacional, Consejo de Seguridad, Derecho consuetudinario, Estatuto de la CPI, Al Bashir, *amicus curiae*, jefes de Estado y de Gobierno.

**ABSTRACT****THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT AND THE CRIME OF AGGRESSION:  
THE WAIVER OF IMMUNITIES THROUGH SECURITY COUNCIL REFERRALS**

The ability of the Security Council to make referrals under article 15 ter, which includes crimes of aggression committed in the territory of non-States parties or by nationals of non-States parties, opens the door to the analysis of the significance of foreign states officials' immunities before the ICC, since they would be the material authors of those crimes and the recognition of the immunities would render the Security Council's referrals practically ineffective. This paper will analyze the value of such immunities, focusing, in first place, on the existence of a rule of customary law of non-recognition of immunities before international criminal tribunals, and secondly, it will focus on the possibility that the Security Council's referrals entail an implicit waiver of immunities.

**Keywords:** immunities, crime of aggression, International Criminal Court, Security Council, customary law, ICC Statute, Al Bashir, *amicus curiae*, Heads of State and Members of Government.



## LAS CIUDADES MUNDIALES Y GLOBALES EN EL MEDIO INTERNACIONAL, UNA REVISIÓN TEÓRICO-METODOLÓGICA DESDE LAS RELACIONES INTERNACIONALES\*

Ray Freddy LARA PACHECO\*\*

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.—2. DEFINICIÓN DE LAS REDES GLOBALES DE CIUDADES.—3. ANTECEDENTES TEÓRICOS SOBRE LA CIUDAD MUNDIAL Y GLOBAL.—4. LA INFLUENCIA DE LA CIUDAD GLOBAL EN LAS RRII.—5. LA CIUDAD GLOBAL Y LAS RRII DESDE LA FORMACIÓN DE LA RED DE CIUDADES MUNDIALES.—6. LA CIUDAD GLOBAL Y LAS RRII DESDE LAS TEORÍAS DE LA GOBERNANZA GLOBAL.—7. LA CIUDAD GLOBAL Y LAS RRII DESDE LAS TEORÍAS DEL ENSAMBLAJE.—8. CRÍTICA A LOS ESTUDIOS DE LA CIUDAD GLOBAL Y LAS RRII.—9. CONCLUSIONES.

### 1. INTRODUCCIÓN

1. En lo relativo a la política internacional, la importancia que han adquirido en los últimos años las ciudades en el campo internacional es variada. Cuando las ciudades trascienden sus relaciones de hermandad, cooperación, asociación y competencia con otras ciudades y son capaces de crear sus propias formas de interacción con otras ciudades —y demás actores internacionales—, sin la necesidad de un Estado-nación que las contenga u organismo internacional que les indiquen qué es lo mejor para ellas, se está en presencia de un reconocimiento global que proviene de las mismas ciudades y otros agentes internacionales. Esto es determinante ya que permite observar cómo ven a las ciudades los demás actores.

2. Para muchos especialistas en el campo de las Relaciones Internacionales (RRII), las ciudades no han sido estudiadas a fondo, algo que podría

---

\* Todas las páginas *web* de referencia han sido consultadas por última vez el 10 de mayo de 2019.

\*\* Profesor-Investigador Titular A del Departamento de Políticas Públicas en el Centro Universitario de Ciencias Económico Administrativas de la Universidad de Guadalajara ([ray.lara@academicos.udg.mx](mailto:ray.lara@academicos.udg.mx)).

cuestionarse debido a más de medio siglo de estudios sobre la temática. A pesar de esta «relativa» omisión del estudio de las ciudades en la disciplina, hay algunos aspectos a destacar. El medio internacional ha estudiado las ciudades desde el amplio espectro de las Ciencias Sociales (CCSS), a través de diversas perspectivas teórico-conceptuales, distintas ideologías y diferentes enfoques (estaticéntrico, urbanocéntrico, gobernanza, etc.) y del mismo modo, pueden ser analizadas desde múltiples metodologías. Entre los temas centrales de estas perspectivas se enumeran las siguientes:

3. La ciudad: 1) como actor histórico; 2) como creadora de la diplomacia; 3) como actor internacional desde las RRII; 4) como piedra angular de la glocalización; 5) dentro de la división internacional del trabajo; 6) creadora de nuevas geografías; 7) como Gobierno No Central o actor paradiplomático; 8) la ciudad mundial como actor global; 9) la inserción internacional de la ciudad como política pública; 10) como actor en la gobernanza global; 11) en el orden legal global desde el nuevo municipalismo y su autonomía hasta el Derecho local internacional; 12) el alcalde y los liderazgos locales; 13) como territorio de posicionamiento e imagen, y 14) su identidad y el localismo.

4. El presente estudio se enfocará solo en una de estas perspectivas a través del recuento del estado de la cuestión de los estudios de las Ciudades Mundiales y revisión del concepto de Ciudades Globales desde las RRII, los cuales se han centrado en su influencia en la gobernanza global, su capacidad de creación de redes globales de interacción política y económica, así como su agencia como actor dentro del Sistema Internacional. Como cualquier perspectiva teórico-metodológica, ha recibido críticas que en su momento han tenido que resolver conforme se va consolidando una comunidad epistémica de la ciudad en la disciplina de las RRII.

5. Este estudio tiene como premisa de trabajo que la perspectiva de la Ciudad Global en la última década (2010-2019), ha sido la mejor posicionada en la literatura académica de las RRII —aunque no es la única—, debido a su *transdisciplinariedad* desde la Geografía Política, la Economía y la Sociología Urbana, así como al *número de autores que la revisan a nivel mundial* a partir de la década de los ochenta.

## 2. DEFINICIÓN DE LAS REDES GLOBALES DE CIUDADES

6. A finales de los setenta, se observaban ciertas ciudades que destacaban sobre las demás como centros de operaciones para el capital global y una jerarquía (aunque cambiante) entre tales ciudades —y las consecuencias sociales y políticas que tuvieron para ellas el hecho de ser tales puntos de base—. Así, a mediados de los años ochenta surge el enfoque de las ciudades mundiales (que posteriormente se llamaría ciudades globales) aunque sus antecedentes principales se pueden observar desde los sesenta con el libro de Peter Hall, *The World Cities* de 1966, donde se definía que este tipo de lugares se convertían en centros de poder político, comercio,

servicios avanzados, de generación de talento, de consumo, entre otras funciones<sup>1</sup>.

7. Este nuevo paradigma teórico emergió en el ámbito de las universidades, en específico desde la Sociología Urbana y la Geografía Política, «como un campo bastante amplio para la investigación, con especialistas en diferentes disciplinas y países trabajando sobre la materia»<sup>2</sup>. En ese momento, y de ahí su importancia hasta el día de hoy, es que este paradigma de la ciudad global «se erige como una perspectiva teórica que sintetiza diversos procesos como el mercado laboral, la tecnología de la información, la migración, los estudios culturales, los procesos de construcción de la ciudad, la formación de clases sociales, el desempleo y la política urbana»<sup>3</sup>. En otras palabras:

«Esta literatura genera un número de contribuciones específicas a los análisis comparativos de ciudades, al comercio internacional de servicios y su impacto en las ciudades, en la economía global, incluyendo la organización de la economía y sus repercusiones espaciales [...] se puede ver en la variedad de autores y temas en varias colecciones que tratan sobre el estado actual de la técnica, y muchos otros que elaboran, critican y amplían la base empírica y, en general, avanzan sobre este proyecto teórico y metodológico»<sup>4</sup>.

8. Para poder entender las funciones y el actuar de este tipo de ciudades, es importante hacer referencia a la relevancia de las redes como un sistema organizacional. No queda duda de que en la actualidad los actores internacionales se organizan en redes. «En ello tuvo una importante contribución la existencia de lazos digitales globales, pues estos han permitido el desarrollo de un nuevo tipo de política territorial con alcance global»<sup>5</sup>. En esta línea las redes pueden entenderse como estructuras comunicativas para influir en el discurso, procedimientos y en el plan de acción de estos actores<sup>6</sup>. Desde el «enfoque de redes (*network approach*) se define a las estructuras como patrones persistentes de relaciones entre los agentes que pueden definirlas, habilitarlas y restringir a estos mismos agentes, al igual que en otros enfoques estructurales en las RRII, el interés en las estructuras de red se basa en sus efectos»<sup>7</sup>. Ejemplos de estas serían: 1) redes multilaterales; 2) redes sociales; 3) redes desde la sociedad civil; 4) redes de migrantes; 5) redes de defensa; 6) redes delictivas y terroristas; 7) redes de cooperación, y 8) redes empresariales y Empresa-red, entre otras.

<sup>1</sup> Sus orígenes pueden observarse en trabajos de principios del siglo XX. Véase DAVIS, D. E., «Cities in Global Context: A Brief Intellectual History», *International Journal of Urban and Regional Research*, vol. 29, 2005, núm. 1, pp. 92-109.

<sup>2</sup> SASSEN, S., «Ciudades en la economía global: enfoques teóricos y metodológicos», *EURE*, vol. 24, 1998, núm. 71, pp. 5-25, esp. pp. 11-12.

<sup>3</sup> MÉNDEZ, A. (coord.), *Estudios urbanos contemporáneos*, Ciudad de México, Miguel Ángel Porrúa-UNAM-IIES, 2006, p. 65.

<sup>4</sup> SASSEN, S., *op. cit.*, nota 2, p. 10.

<sup>5</sup> SASSEN, S., *Una sociología de la globalización*, Madrid, Katz Editores, 2007, p. 22.

<sup>6</sup> KECK, M. y SIKKINK, K., *Activistas Sin Fronteras: Redes de defensa en política Internacional*, Ciudad de México, Siglo XXI editores, 2000.

<sup>7</sup> HAFNER-BURTON, E., KAHLER, M. y MONTGOMERY, A., «Network Analysis for International Relations», *International Organization*, 2009, núm. 63, pp. 559-592, esp. p. 561.

9. Estas redes son mecanismos en los que los actores negocian los espacios, los significados sociales, culturales y políticos de su esfuerzo conjunto; ya que «cuando hablamos de “redes de ciudades”, “redes sociales”, etc., la palabra “red” tiene un significado más abstracto o metafórico. Se define como un conjunto estable de relaciones entre actores, vistas como relaciones entre los lugares donde se encuentran esos mismos actores»<sup>8</sup>. Independientemente de que las redes sean sociales, de cooperación, defensa, entre otras, son las responsables de muchas de las estructuras de poder e influencia en nuestro mundo. No siempre es fácil reconocer su estructura y comportamiento. Es por ello que su visualización y el análisis de redes pueden contribuir notablemente a conocerlas<sup>9</sup>.

10. Dentro de las RRII se «han considerado a las redes como un modo particular de organización que se distinguen de los mercados o la jerarquía estatal»<sup>10</sup>. En específico en los enfoques de la Economía Política, como lo señala Peter J. Taylor, «el problema con ello es que las redes tienden a ser descuidadas por no ser centrales para la comprensión del Mercado o el Estado»<sup>11</sup>. Debido a ello, es importante asumir a las Redes como una forma de organización social equiparable al Mercado y al Estado como se observa en la Tabla 1. Ya que permite otro tipo de relaciones más allá de las internacionales y/o interestatales, que podrían ser asumidas como transnacionales y transurbanas.

**Tabla 1.** Formas de organización social

Atributos principales	Mercados	Jerarquías	Redes
Estructura social	Descentralizada	Piramidal	Horizontal
Agentes	Independientes	Dependientes	Interdependiente
Activación	Contratos/Leyes	Costumbres/Reglas	Reciprocidad/ Confianza
Relaciones sociales	Competitividad igualitaria	Competitividad desigual	Cooperativa
Atributo clave	Régimen de precios	Burocrático	Mutualidad
Antítesis	Monopolio	Anarquía	Atomización
Principal esfera de actividad	Económica	Política	Social

Fuente: TAYLOR, P. J., 2011 (adaptada de POWELL, 1990, y THOMPSON, 2003, traducción propia).

<sup>8</sup> DEMATTEIS, G., «Global networks, local cities», *Flux*, 1994, núm. 15, pp. 17-23, esp. p. 18.

<sup>9</sup> DÜRSTELER, J. C., «Visualización de Redes Sociales», *Revista digital InfoVis.net*, 2003, núm. 136.

<sup>10</sup> HAFNER-BURTON, E., *et al.*, *op. cit.*, nota 7, p. 559.

<sup>11</sup> TAYLOR, P. J., «World city networks: measurement, social organization, global governance, and structural change», en AMEN, M. M., MCCARNEY, P. L., TOLY, N. J. y SEGBERS, K. (eds.), *Cities and global governance: new sites for international relations*, Farnham, Ashgate Publishing, 2011, pp. 201-216, esp. p. 202.

11. Según Emilie Hafner-Burton, *et al.*, el análisis de redes «desafía las visiones convencionales de poder en las RRII mediante la definición del poder de la red en tres distintas formas: acceso (*access*), intermediación (*brokerage*) y opciones de salida (*exit options*)»<sup>12</sup>. Tomando en consideración esta idea, y con relación al poder de las ciudades que «puede interpretarse como una capacidad (poder sobre) y como un medio (poder de), las ciudades mundiales son tratadas como centros de servicio global y la red de ciudades mundiales puede ser conceptualizada como una red “entrelazada” (*interlocked*) de servicios empresariales y financieros de las empresas globales»<sup>13</sup>.

12. Este tipo de ciudades y sus redes de interacción son concebidos desde que «el sistema global emergente de las relaciones económicas asume su forma material, a través de las localidades urbanas. El modo específico de su integración da lugar a una jerarquía urbana de influencia y control llamadas ciudades mundiales»<sup>14</sup>, las cuales construyen las redes globales que «son similares a las que forman otros actores internacionales (jerárquicamente concebidas, excluyentes y diferenciadas con otras redes). Ya que son redes donde las empresas, industrias globales, los servicios avanzados entre ellas la electrónica, microelectrónica, biotecnología, nanotecnología, computación, forman redes de producción global»<sup>15</sup> o, en otras palabras, circuitos globales especializados<sup>16</sup>. Por otro lado, «existen redes de ciudades conectadas por comercio y comunicación»<sup>17</sup>, así como por elementos políticos y sociales. En opinión de Manuel Castells:

«Los sistemas de comunicaciones avanzadas crean una nueva geografía, caracterizada por la concentración y a la vez por la descentralización, que en este caso, argumenta, no son conceptos opuestos sino que únicamente describen nuestra propia realidad. La realidad demuestra que estamos generando una arquitectura espacial de concentración-descentralización, tanto en el entorno urbano como en los flujos de población y actividades. Ya no podemos hablar de centro y periferia sino de diferentes centros conectados entre sí. Y el verdadero impacto de las telecomunicaciones es su capacidad de concentrar y descentralizar dentro de una misma concentración urbana»<sup>18</sup>.

<sup>12</sup> El «análisis de redes tiene como objetivo identificar patrones de relaciones, *hubs*, grupos e intermediarios así como su vinculación de esas relaciones con los intereses de los actores». Sobre la importancia y las características centrales del análisis de redes en las RRII se recomienda HAFNER-BURTON, E. *et al.*, *op. cit.*, nota 7, pp. 559-592.

<sup>13</sup> TAYLOR, P. J., WALKER, D. R. F., CATALANO, G. y HOYLER, M., «Diversity and Power in the World City Network», *Cities*, vol. 19, 2002, núm. 4, p. 231.

<sup>14</sup> FRIEDMANN, J. y GOETZ, W., «World City Formation: An agenda for research and action», *International Journal of Urban and Regional Research*, vol. 6, 1982, núm. 3, pp. 309-344, esp. p. 310.

<sup>15</sup> LARA, R. F., *Guadalajara como medio innovador y su proceso de conformación hacia una tecnópolis*, Tesis para obtener el grado de Maestro en Ciencias Sociales, Universidad de Guadalajara, 2009, p. 72.

<sup>16</sup> SASSEN, S., «Localizando ciudades en circuitos globales», *EURE*, vol. 29, 2003, núm. 88, pp. 5-27.

<sup>17</sup> STEINBERG, F., GARNELO, M. L. y ZWANENBURG, M. (comps.), «Avances en la Agenda Urbana: Santa Cruz de la Sierra», *Documento de Trabajo Santa Cruz*, Proyecto SINPA, 2001, p. 4.

<sup>18</sup> CASTELLS, M., «Manuel Castells expone su visión de las ciudades y el urbanismo», *Gestión Urbana. La web para aprender de otras ciudades y ciudadanas*, 2008, <http://www.gestionurbana.es/?p=194>.

13. Con dicha información, estas redes globales de ciudades pueden ser definidas de la siguiente manera:

«Es una estructura en la cual los nodos son las ciudades, conectadas por vínculos de naturaleza socioeconómica, a través de los cuales se intercambian flujos de distinta naturaleza, sustentados sobre infraestructuras de transporte y comunicaciones. Las principales características de las redes de ciudades son la posibilidad de coexistencia de estructuras jerárquicas y no-jerárquicas, la cooperación entre ciudades y la generación de ventajas asociadas a la organización de la estructura urbana y la interacción entre sus nodos»<sup>19</sup>.

14. Estas redes globales de ciudades provienen del concepto de ciudades mundiales y/o globales que destacan el nexo entre el crecimiento urbano y el desarrollo económico mundial. Especialmente existe la tesis de que «el sistema mundial de la producción y de los mercados está articulado territorialmente en forma de una red mundial de ciudades. La internacionalización y la globalización avanzadas del capital necesitan centros de coordinación y de control de las actividades económicas mundiales»<sup>20</sup>, donde «en la literatura actual sobre ciudades globales, el factor determinante es el de una red global de ciudades transfronterizas que funcionan como sitios estratégicos para las operaciones económicas globales»<sup>21</sup>.

15. Peter J. Taylor señala que «dentro de la teoría urbana la mayoría de sus perspectivas centran su análisis en las relaciones internas de las ciudades, ello solo proporciona una comprensión parcial de este objeto de estudio. Las ciudades históricamente han operado en grupos que forman redes de actividades [...] este conjunto de actividades están relacionadas entre sí con otros grupos de actividades en otras ciudades»<sup>22</sup>. En el contexto actual, «el sistema urbano global es una red, no una pirámide. Y la relación cambiante respecto a esa red determina, en buena medida, la suerte de ciudades y ciudadanos»<sup>23</sup>. Y «profundamente conflictiva, aunque sea una red»<sup>24</sup> donde «la conectividad de redes globales de las grandes metrópolis probablemente se va a intensificar»<sup>25</sup>, y «cada una de estas ciudades metropolitanas tienen la exigencia de pertenecer a estas redes, ya que forman parte del proceso de producción global donde las empresas transnacionales y las ciudades están en una relación permanente»<sup>26</sup>.

<sup>19</sup> BOIX, R., *Redes de ciudades y externalidades*, Tesis para obtener el grado de Doctor en Economía Aplicada, Universitat Autònoma de Barcelona, 2003, p. 17.

<sup>20</sup> KRÄTKE, 1997, citado por HEINEBERG, H., «Las metrópolis en el proceso de globalización», *Revista Bibliográfica de Geografía y Ciencias Sociales*, vol. X, 2005, núm. 563, <http://www.ub.es/geocrit/b3w-563.htm>.

<sup>21</sup> SASSEN, S., *op. cit.*, nota 2, p. 11.

<sup>22</sup> TAYLOR, P. J., «Leading World Cities: Empirical Evaluations of Urban Nodes in Multiple Networks», *Urban Studies*, vol. 42, 2005, núm. 9, pp. 1593-1608, esp. p. 1594.

<sup>23</sup> BORJA, J. y CASTELLS, M., *Local y Global. La Gestión de las ciudades en la era de la información*, 2.ª ed., Ciudad de México, Taurus, 2006, p. 43.

<sup>24</sup> TORRIJOS, V., *Política exterior y relaciones internacionales*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2009, p. 361.

<sup>25</sup> HEINEBERG, H., *op. cit.*, nota 20.

<sup>26</sup> LARA, R. F., *op. cit.*, nota 15, p. 75.

16. En otras palabras, «con el surgimiento de la actual red de ciudades mundiales se está anunciando un nuevo *modus vivendi* [con base en los planteamientos de Immanuel Wallerstein] entre las funciones de “guardián” y “comerciante” [con base en los planteamientos de Jane Jacobs] tanto en la teoría como en la práctica. Este es el mensaje de un mundo multi-escalar que está emergiendo, con ello lo multi-escalar es igual a un contenedor muy poroso. Si bien la globalización presagia la erosión del Estado-nación, esto no representa *per se* su fin»<sup>27</sup>.

### 3. ANTECEDENTES TEÓRICOS SOBRE LA CIUDAD MUNDIAL Y GLOBAL

17. Por su parte, Giuseppe Dematteis mantiene que «las ciudades están aumentando su capacidad de acción (autónoma); ya que han creado una red de relaciones de competencia y cooperación que se extienden más allá de los límites nacionales y la capacidad de control de los Estados»<sup>28</sup>. Por ejemplo, desde finales de los años setenta, «los análisis de la economía global ya habían apuntado a la tesis de la nueva división del trabajo y la formación de un sistema mundial de producción y mercados, donde el proceso de globalización de la economía es elemento clave en el examen de los patrones de urbanización de algunas ciudades»<sup>29</sup>; ya que «los mercados tanto nacionales como globales así como las organizaciones integradas globalmente requieren de lugares céntricos donde se pueda realizar el trabajo de la globalización. Los servicios corporativos financieros y avanzados son industrias que producen las mercancías organizativas necesarias para la puesta en práctica y la gestión de los sistemas de economía globales»<sup>30</sup>.

18. John Friedmann y Goetz Wolff declaran en su artículo «World city formation: an agenda for research and action» de 1982 que el papel de las ciudades en el sistema mundial debe determinarse mediante las investigaciones empíricas<sup>31</sup>.

<sup>27</sup> TAYLOR, P. J., «Problematizing City/State relations: Towards a geohistorical understanding of contemporary globalization», *Transactions of the Institute of British Geographers*, vol. 32, 2007, núm. 2, pp. 133-150, esp. p. 141.

<sup>28</sup> DEMATTEIS, G., *op. cit.*, nota 8, p. 17.

<sup>29</sup> MÉNDEZ, A., *op. cit.*, nota 3, p. 55.

<sup>30</sup> SASSEN, S., «The Global City: Introducing a Concept», *The Brown Journal of World Affairs*, vol. XI, 2005, núm. 2, p. 31, <http://www.saskiasassen.com/pdfs/publications/the-global-city-brown.pdf>.

<sup>31</sup> Alejandro Méndez identifica en términos esquemáticos los tres momentos en el desarrollo metodológico del concepto de la ciudad mundial o global: 1) *Propuesta de la agenda de investigación*. Las ciudades mundiales son el vínculo entre la economía mundial y el Estado-nación. En otras palabras, «un marco de investigación en el que conectaba el proceso de urbanización con la división internacional del trabajo, o en nuestra terminología, la localidad con la economía-mundo» (TAYLOR y FLINT, 2002: 359) todo ello en el marco de la nueva división internacional de trabajo. 2) *Formulación de la hipótesis*. Lo que había sido una hipótesis a comienzos de los ochenta se transformó en una teorización y especificación empírica a cabalidad durante los noventa y principios del siglo XXI con los trabajos de Manuel Castells y Saskia Sassen. 3) *Desarrollo de investigaciones sobre la formación de la ciudad global*. Desde los noventa hasta nuestros días, la construcción del paradigma de la ciudad

«La pregunta medular consiste en cómo estas regiones urbanas están siendo integradas al sistema global de relaciones económicas, considerando principalmente dos elementos: 1) la forma e intensidad de la integración de la ciudad, por ejemplo, como lugar de las corporaciones transnacionales, como centro-periferia, como centro ideológico o como mercado mundial, y 2) la dominación especial asignada por el capital a la ciudad, ya sea global o multinacional, articulando economías nacionales con el sistema mundial»<sup>32</sup>.

19. La tesis principal «vincula el proceso de urbanización con las fuerzas económicas mundiales. Las ciudades mundiales son puntos básicos del capital mundial, aunque se reconoce que la variable económica se conserva como decisiva, también interviene el pasado histórico, las políticas nacionales y la cultura»<sup>33</sup>. Esta perspectiva promueve que el resultado de «la transformación de la economía internacional a la global, que se registra ostensiblemente entre la década de los setenta y ochenta; en esos años la economía internacional había sido considerada como expresión de los acuerdos y tratados regulados por los Estados-nación. En cambio en la economía global, los bienes servicios son en esencial producidos y distribuidos por un sistema oligopólico de redes corporativas globales, cuyas operaciones rebasan las fronteras nacionales y las regulaciones del Estado-nación»<sup>34</sup>.

20. Posteriormente, en su artículo «The World City Hypothesis» de 1986, John Friedmann desarrolló su hipótesis central sobre las ciudades mundiales, que en realidad son siete. En ellas considera a «la ciudad mundial como un principal centro financiero con oficinas centrales de empresas transnacionales, con instituciones internacionales, con un rápido incremento del sector de servicios al productor, como un importante centro de la producción, como un principal nudo de transporte, a lo que añadió el criterio del número de los habitantes»<sup>35</sup>.

21. Es importante hacer la mención que la interpretación de los postulados de la hipótesis de la ciudad mundial, al menos los de la Tabla 2, hacen referencia al actuar de la ciudad en el medio internacional, en la división internacional del trabajo y en la dinámica interna dentro de su estado contenedor, a través del análisis estructuralista de la geografía política Taylor y Flint, así como de los estudios urbanos liberales de Méndez. Así Friedmann sostiene que «este programa de investigación tenía como objetivo observar los efectos estructurales de la inserción ciudades en el orden global»<sup>36</sup>.

---

global consiste en la formulación de nuevas tesis y críticas sobre el tema. Véase MÉNDEZ, A., *op. cit.*, nota 3.

<sup>32</sup> FRIEDMANN, J. y GOETZ, W., *op. cit.*, nota 14, pp. 310-311.

<sup>33</sup> MÉNDEZ, A., *op. cit.*, nota 3, p. 62.

<sup>34</sup> *Ibid.*, p. 55.

<sup>35</sup> HEINEBERG, H., *op. cit.*, nota 20.

<sup>36</sup> FRIEDMANN, J., «World Cities Revisited: A Comment», *Urban Studies*, vol. 38, 2001, núm. 13, pp. 2535-2536, esp. p. 2536.

**Tabla 2.** Las Siete Hipótesis de la Ciudad Mundial según John Friedmann, revisada por Peter Taylor, Colin Flint y Alejandro Méndez

#	J. Friedmann (1986, 1995)	P. Taylor y C. Flint (2002)	A. Méndez (2006)
1	<i>While cities are social and political entities, the economic variable is paramount. Therefore, the form and extent of a city's integration with the world economy, and the function assigned to the city in the new spatial division of labour, will be decisive for any structural changes within it.</i>	<i>Tesis de la integración.</i> Las oportunidades y limitaciones a las que se enfrentan las ciudades (o las localidades) dependen de la naturaleza de su integración en la cambiante división mundial del trabajo.	Los cambios estructurales de la ciudad están relacionados con la forma de integración de la ciudad, con la economía mundial y con las funciones asignadas en esta integración.
2	<i>Key cities throughout the world are used by global capital as «basing points» in the spatial organization and articulation of production and markets. These key cities or basing points may be termed «world cities» (or «global cities»).</i>	<i>Tesis de la jerarquía.</i> Algunas ciudades, en tanto que pilares del capital para la organización espacial de los mercados y la producción, se pueden organizar en una jerarquía mundial de centros de control.	El capital global utiliza a las ciudades como puntos básicos en la organización espacial y en la articulación de la producción y los mercados, formando una jerarquía espacial compleja de ciudades mundiales.
3	<i>The driving force of world city growth is found in a small number of rapidly expanding sectors: corporate headquarters, international finance, global transport and communications, and high level business services (production services).</i>	<i>Tesis de la producción.</i> Las funciones globales de las ciudades mundiales están representadas directamente en la estructura socioespacial de la localidad.	El papel que cumplen las ciudades globales en cuanto a las funciones de control global que se refleja en la estructura y la dinámica de sus sectores productivos y del empleo.
4	<i>World cities are major sites for the concentration and accumulation of international capital.</i>	<i>Tesis de la acumulación.</i> Las ciudades mundiales son las sedes principales de la concentración y acumulación del capital internacional.	Las ciudades mundiales representan sitios de concentración y acumulación de capital internacional.
5	<i>World cities are points of destination for large numbers of both domestic and/or international migrants.</i>	<i>Tesis de la emigración.</i> Las ciudades mundiales se han convertido en polos de atracción para los emigrantes internacionales dando origen a una gran diversidad étnica.	Las ciudades mundiales son sitios de destino de los migrantes tanto del lugar como internacionales.

#	J. Friedmann (1986, 1995)	P. Taylor y C. Flint (2002)	A. Méndez (2006)
6	<i>World city formation brings into focus the major contradictions of industrial capitalism, in particular, class and spatial polarization.</i>	<i>Tesis de la polarización.</i> Esa mezcla social interactúa con las funciones económicas originando segregación espacial en una localidad polarizada socialmente.	La formación de la ciudad conserva las contradicciones de capitalismo industrial, manifestándose en la polarización de las clases sociales.
7	<i>World city growth generates social costs at rates that tend to exceed the fiscal capacity of the State.</i>	<i>Tesis del coste social.</i> La nueva polarización crea un potencial de costes sociales que supera la capacidad fiscal de la administración local y regional provocando crisis de las que quedan a salvo de funciones de control de capital global.	El crecimiento de la ciudad mundial genera costos sociales que exceden la capacidad fiscal del Estado.

Fuente: elaboración propia.

22. Estas ciudades son una manifestación material del control que reside en el centro y en la semiperiferia<sup>37</sup>. «Están ubicadas en el punto de contacto entre el sistema interestatal y el capital transnacional. Como tales, son la expresión contemporánea de la contradicción entre el espacio continuo en el que opera el capital y el espacio territorial de la política»<sup>38</sup>. La clasificación de Friedmann<sup>39</sup> «señala en orden descendente, las articulaciones espaciales (ciudades mundiales): 1) articulaciones financieras globales (p. ej., Londres); 2) articulaciones multinacionales (p. ej., Miami); 3) articulaciones nacionales importantes (p. ej., París), y 4) articulaciones subnacionales/regionales (p. ej., Osaka-Kobe)»<sup>40</sup>.

23. El programa de investigación de Friedmann para muchos especialistas no era empíricamente suficiente, ya que le faltaban las pruebas de la exis-

<sup>37</sup> «Friedmann retoma la clasificación de Wallerstein: centro, semiperiferia y periferia. El centro contiene las corporaciones transnacionales. La semiperiferia se considera como las áreas de rápida industrialización. La periferia está integrada por sociedades predominantemente agrarias, considerando que lo nuevo es que el actual sistema de empresas transnacional de la economía no tiene límites». MÉNDEZ, A., *op. cit.*, nota 3, pp. 60-61.

<sup>38</sup> TAYLOR, P. J. y FLINT, C., *Geografía Política: economía-mundo, Estado-nación y Localidad*, Madrid, Trama editorial, 2002, p. 360.

<sup>39</sup> «A diez años de la publicación de su artículo y con las críticas a este sobre la hipótesis de las ciudades, Friedmann escribiría en 1995, "Where we stand: a decade of world city research", un estado de la cuestión de la ciudad global, en este documento discute el objeto teórico de la investigación de la ciudad global. Él define a la ciudad como sistema socioeconómico organizado espacialmente, por tanto, se toma los lugares y sitios más que a los actores». MÉNDEZ, A., *op. cit.*, nota 3, p. 64. Y en 2001: *World Cities Revisited: A Comment*.

<sup>40</sup> BEAVERSTOCK, J. V., SMITH, R. G. y TAYLOR, P. J., «A Roster of World Cities», *Cities Journal*, 1999, núm. 6, pp. 445-458, esp. p. 447.

tencia de estas relaciones dentro del sistema o de la red de ciudades globales (conectividad de redes globales de las grandes metrópolis). Así, los trabajos de Saskia Sassen y el GaWC han tratado de llenar este vacío mediante su proyecto de investigación. Por una parte, Sassen opina que «un enfoque basado en la red de las dinámicas transfronterizas entre ciudades globales nos permite entender mejor la creciente presencia de estas transacciones en otros terrenos: político, cultural, social y criminal»<sup>41</sup>. Esta autora también propone siete hipótesis para la formulación teórica del modelo de la ciudad global, que se citan *in extenso*:

«1. La dispersión geográfica de las actividades económicas que trae consigo la globalización es, junto con la integración simultánea de dichas actividades, un factor clave a la hora de alimentar el crecimiento y la importancia de funciones corporativas centrales.

2. Estas funciones centrales se vuelven tan complejas que las sedes centrales de las grandes empresas globales empiezan a exteriorizarlas, es decir, a contratar una parte de sus funciones centrales con empresas de servicios altamente especializadas: contabilidad, asesoría legal, relaciones públicas, programación informática, telecomunicaciones, etc.

3. Estas empresas especializadas en servicios que operan en mercados cada vez más complejos y globales están sujetas a una economía de aglomeración.

4. Cuanto más exteriorizan sus funciones las sedes centrales más complejas, menos estandarizadas, en especial aquellas sujetas a mercados cambiantes e inciertos, y más libres son de optar por cualquier emplazamiento geográfico; porque cada vez es menor la carga de trabajo que se lleva a cabo en la sede central y que, por tanto, es vulnerable a las economías de aglomeración.

5. Estas empresas especializadas en servicios necesitan proporcionar un servicio global que se traduzca en una red global de afiliados o alguna otra modalidad asociativa, lo que ha favorecido un fortalecimiento de las transacciones y las redes transfronterizas o interurbanas.

6. El número creciente de profesionales de alto nivel y empresas de servicios altamente especializadas ha agudizado la desigualdad espacial y socioeconómica presente en estas ciudades. El papel estratégico de estos servicios especializados ha revalorizado el *mercado* de profesionales de primer nivel, que también ha aumentado cuantitativamente.

7. Resultado de las dinámicas descritas en la sexta, es la de la creciente informalización de toda una serie de actividades económicas que cuentan con una demanda efectiva en estas ciudades y, sin embargo, tienen tasas de beneficios que no les permiten competir por determinados recursos con las grandes empresas situadas en lo más alto del sistema»<sup>42</sup>.

24. En este momento solo las formas que pueden describir este reconocimiento global, son los modelos académicos que muestran la trascendencia de la *internacionalidad* por la *transnacionalidad* de las redes globales de

<sup>41</sup> SASSEN, S., «La Ciudad Global: Una introducción al concepto y su historia», en Grupo BBVA (ed.), *Las múltiples caras de la globalización*, Madrid, Artes Gráficas Palermo, 2009, p. 61, <https://www.bbvaopenmind.com/libros/las-multiples-caras-de-la-globalizacion/>.

<sup>42</sup> SASSEN, S., *op. cit.*, nota 41, pp. 51-53.

ciudades: 1) *Formación de la Red Mundial de Ciudades (World City Network Formation)* de Peter J. Taylor y los miembros del GaWC<sup>43</sup>.

25. Por una parte Michele Acuto, analizando este programa de investigación, observa que se puede caracterizar a la ciudad global como una entidad urbana y social. La cual posee cinco características esenciales: 1) sirve como un nodo que articula los flujos globales; 2) realiza funciones múltiples y significativas de la ciudad mundial; 3) contiene funciones centrales de mando; 4) mantiene un orden urbano que equilibra: agregación y dispersión, y 5) desarrolla proyectos de orden global a través actividades empresariales. Esta tipología implica que cada ciudad global es una ciudad mundial (no viceversa) y el papel articulador típico de estas últimas se llevan a cabo por las primeras a escala global<sup>44</sup>.

26. Por otra parte, uno de los primeros trabajos del GaWC fue «A roster of world cities» donde intervinieron P. J. Taylor, J. V. Beaverstock y R. G. Smith (1999). En él se propone una lista o inventario de las ciudades mundiales, que hasta ese momento no había, y para ello identificaron las perspectivas teóricas de la tradición funcional —la otra es la escuela demográfica—. Posteriormente, tomaron las características de la ciudad global de Sassen que «implica dar primacía a las redes económicas debido a la naturaleza de las industrias que operan en ellas: las finanzas y los servicios especializados —contables (*accountancy*), publicidad y mercadotecnia (*advertising*), actividades bancarias y financieras (*banking*) y servicios legales (*legal services*)—, así como los nuevos sectores multimedia y de las telecomunicaciones»<sup>45</sup>. Estas industrias se caracterizan por redes transfronterizas y divisiones especializadas de funciones entre ciudades antes que por la competencia entre países.

«Hoy en día existe una red mundial de ciudades que es de alcance global. Esta red es producto del surgimiento de las corporaciones multinacionales durante la segunda mitad del siglo xx [...] durante 1970 y 1980, las firmas de avanzada (financieras, profesionales y creativas) que proveyeron dichos servicios tuvieron también que “hacerse globales”. [...] Como esto no podía hacerse desde una sola ciudad, tuvieron que desarrollar redes de oficinas en varias ciudades, en ocasiones en cientos de ellas. Esto se debió que su trabajo combinaba conocimientos sobre servicios con alto valor agregado y conocimientos geográficos locales (económicos, culturales y políticos) relativos a los lugares donde prestarían los servicios. [...] Su tarea es eliminar cualquier obstáculo en el espacio económico global para que las corporaciones operen en un mundo de la manera más neoliberal posible»<sup>46</sup>.

<sup>43</sup> Sobre el origen del GaWC, véase TAYLOR, P. J., «Hierarchical tendencies amongst world cities: a global research proposal», *Cities*, vol. 14, 1997, núm. 6, pp. 323-332. Así como el sitio web: <https://www.lboro.ac.uk/gawc/>.

<sup>44</sup> ACUTO, M., «Finding the global city: An analytical journey through the “invisible college”», *Urban Studies*, vol. 48, 2011, núm. 14, pp. 2953-2973, esp. p. 2968.

<sup>45</sup> SASSEN, S., *op. cit.*, nota 41, pp. 60-61.

<sup>46</sup> TAYLOR, P. J., «La red de ciudades mundiales y el planeta de los barrios pobres: acceso y exclusión en la globalización neoliberal», en ALFIE, M., AZUARA, I., BUENO, C., PÉREZ, M. y TAMAYO, S. (coords.), *Sistema Mundial y nuevas geografías*, Ciudad de México, UIA-UAM, 2010, pp. 155 y 162.

27. A esta lista se le llamó «inventario GaWC» debido a que formaba una de las plataformas para la investigación futura de los miembros que quisiera adherirse al GaWC. Este inventario era la recopilación de información de los cuatro sectores de servicios analizados en 122 ciudades<sup>47</sup>, y que al momento ya se estudian 707, y con ello poder concebir la «conformación de la red mundial de ciudades que se enlazan por índices de conectividad diferenciales, y así construir la red mundial»<sup>48</sup>. Mediante una taxonomía el estudio clasificó según la puntuación de cada ciudad en tres diferentes grupos: Alfa, Beta y/o Gamma<sup>49</sup>. De este modo, esa red puede ser entendida de la siguiente manera «una trama de puntos interconectados, una multitud de redes de negocios que se superponen entre sí y da lugar a ciudades cosmopolitas debido a la mezcla de agentes comerciales. Por tanto, la red de ciudades es resultado del surgimiento de corporaciones multinacionales y firmas avanzadas que proveen servicios globales»<sup>50</sup>.

28. Dentro las conclusiones indican que el interés del inventario se encontraba en los niveles más bajos de *cityness* en el mundo, lo que podría proporcionar una geografía mundial de los centros globales de servicios<sup>51</sup>, «ya que muestra una concentración regional bastante notable actuando en los principales escenarios de globalización, a saber, en Norteamérica, en Europa Occidental y en Asia-Pacífico, siendo una expresión concreta de la globalización desigual»<sup>52</sup> donde «las ciudades mundiales o globales son los centros de control y los lugares estratégicos, en un primer momento de la nueva división internacional del trabajo, posteriormente de la globalización»<sup>53</sup>, y por tanto, «la red de ciudades globales es el esqueleto de la economía global»<sup>54</sup>.

29. Este estudio se ha realizado desde el 2000 a la actualidad (2018) el cual ha incluido más ciudades y otros niveles de estudio. Peter J. Taylor y sus

<sup>47</sup> BEAVERSTOCK, J. V. *et al.*, *op. cit.*, nota 40, p. 454.

<sup>48</sup> ALFIE, M., AZUARA, I., BUENO, C., PÉREZ, M. y TAMAYO, S. (coords.), *Sistema Mundial y nuevas geografías*, Ciudad de México, UIA-UAM, 2010, p. 15.

<sup>49</sup> El grupo GaWC reunió datos de redes de oficinas (*ss.ice networks*) de un total de cien empresas globales en los sectores de publicidad, banca, servicios jurídicos y contables. Así, este análisis de la red de ciudades mundiales se basa en investigaciones sobre numerosas empresas de servicios globalmente activas (*global service firms*). «La ventaja principal del inventario GaWC es la gran cantidad de datos cuantitativos con la posibilidad de ser comparables dando así la identificación de ciudades mundiales una base empírica sólida», BEAVERSTOCK, J. V. *et al.*, *op. cit.*, nota 40, p. 457. Al 2018, los resultados se basan en las redes de oficinas de 175 empresas de servicios avanzados en 707 ciudades, <https://www.lboro.ac.uk/gawc/world2018.html>.

<sup>50</sup> ALFIE, M. *et al.*, *op. cit.*, nota 48, p. 24.

<sup>51</sup> La *cityness* es concepto clave para esta metodología, ya que «remite a un grupo de procesos entrelazados a través de los cuales las ciudades crean un ambiente favorable que posibilita su expansión económica. Lo he dominado porque solo en las concentraciones de poder económico que se conforman en las ciudades se generan estos procesos, de los cuales cuatro son clave [formación del centro, formación regional (*global city-region*), formación de la red de ciudades (*world city network*) y formación de zonas urbanas marginales (*city-yoke formation*)]». TAYLOR, P. J., *op. cit.*, nota 46, p. 152.

<sup>52</sup> BEAVERSTOCK, J. V. *et al.*, *op. cit.*, nota 40, p. 457.

<sup>53</sup> TAYLOR, P. J. *et al.*, *op. cit.*, nota 13, p. 231.

<sup>54</sup> TAYLOR, P. J., «Leading World Cities: Empirical Evaluations of Urban Nodes in Multiple Networks», *Urban Studies*, vol. 42, 2005, núm. 9, pp. 1593-1608.

colaboradores consideran que se está reconfigurando «un nuevo mapa del mundo derivado de las conexiones entre ciudades se presenta como complemento al mapa mundial tradicional de los Estados. Bajo las condiciones de la globalización contemporánea, las ciudades mundiales se han convertido en los centros de servicio global»<sup>55</sup>. «En cierta forma el mapa de las ciudades mundiales está sustituyendo al mapa político mundial en cuanto a estructura espacial crucial de la política mundial [...]. Da una imagen muy distinta del mundo de la humanidad: los puntos representan nodos de un espacio mundial de flujos»<sup>56</sup>.

30. Como se observa la red de ciudades mundiales del GaWC proporciona diversas formas de entender el papel de las ciudades en el espacio global. Este análisis ofrece un gran espectro de posibles estudios, ya que se pueden elaborar trabajos comparados sobre las similitudes y diferencias internas dentro de las ciudades y sus relaciones entre ellas<sup>57</sup>. Desde el aspecto cuantitativo se puede llevar a cabo análisis estadísticos con instrumentos propios<sup>58</sup>, o cartografías y mapeos (*mapping*) de las relaciones de las empresas de servicios entre la red de ciudades mundiales<sup>59</sup>. También permite realizar exploraciones<sup>60</sup>, así como ofrecer nuevos estudios sobre el análisis de redes<sup>61</sup> y la forma de concebir el Sistema Internacional<sup>62</sup>. Para Peter J. Taylor «la red de ciudades define la parte medular de la economía mundial, es decir, el espacio de los flujos entre ciudades, no el espacio de lugares que establecen los Estados»<sup>63</sup>.

<sup>55</sup> TAYLOR, P. J., HOYLER, M., WALKER, D. R. F. y SZEGNER, M. J., «A New Mapping of the World for the New Millennium», *The Geographical Journal*, vol. 167, 2001, núm. 3, p. 213.

<sup>56</sup> TAYLOR, P. J. y FLINT, C., *op. cit.*, nota 38, p. 360.

<sup>57</sup> Sobre las metodologías que se pueden implementar para medir las relaciones entre ciudades en estudios comparados se recomienda: BEAVERSTOCK, J. V., SMITH, R. G., Taylor, P. J., WALKER, D. R. F. y LORIMER, H., «Globalization and world cities: some measurement methodologies», *Applied Geography*, 2000, núm. 20, pp. 43-63.

<sup>58</sup> TAYLOR, P. J. y WALKER, D. R. F., «World Cities: A First Multivariate Analysis of their Service Complexes», *Urban Studies*, vol. 38, 2001, núm. 1, pp. 23-47; BASSENS, D., HUANG, J., WITLOX, F., SHEN, W., YANG, X., DERUDDER, B., TAYLOR, P., NI, P., DE VOS, A., HOYLER, M. y HANSENS, H., «Pathways of Change: Shifting Connectivities in the World City Network, 2000-2008», *Urban Studies*, vol. 47, 2010, núm. 9, pp. 1861-1877.

<sup>59</sup> TAYLOR, P. J. *et al.*, *op. cit.*, nota 55.

<sup>60</sup> Sobre este punto revisar la trilogía de artículos sobre el tema: TAYLOR, P. J., «Specification of the world city network», *Geographical Analysis*, vol. 33, 2001, núm. 2, pp. 181-194; TAYLOR, P. J., CATALANO, G. y WALKER, D. R. F., «Measurement of the world city network», *Urban Studies*, vol. 39, 2002, núm. 13, pp. 2367-2376; TAYLOR, P. J., CATALANO, G. y WALKER, D. R. F., «Exploratory analysis of the world city network», *Urban Studies*, vol. 39, 2002, núm. 13, pp. 2377-2394.

<sup>61</sup> Sobre los distintos modelos que pueden ser adoptados (*rankings*, índices, o mediciones de la estructura de la red en general), véase TAYLOR, P. J., «Parallel Paths to Understanding Global Intercity Relations», *American Journal of Sociology*, vol. 112, 2006, núm. 3, pp. 881-894.

<sup>62</sup> TAYLOR, P. J., «New political geographies: Global civil society and global governance through world city networks», *Political Geography*, 2005, núm. 24, pp. 703-730; TAYLOR, P. J., *op. cit.*, nota 11, pp. 201-216.

<sup>63</sup> ALFIE, M. *et al.*, *op. cit.*, nota 48, p. 25.

#### 4. LA INFLUENCIA DE LA CIUDAD GLOBAL EN LAS RRII

31. Para Neil Brenner, la formación de la ciudad global y el re-escalamiento del Estado son momentos dialécticamente entrelazados de una misma dinámica de reestructuración del capitalismo global<sup>64</sup>. Para Peter J. Taylor y el GaWC durante los ochenta y principios de los noventa «el estudio de las relaciones Ciudad/Estado fueron revisadas como una preocupación entre gobiernos Centrales/Locales. En específico desde dos visiones: 1) la gobernabilidad local y la transferencia de responsabilidades del Estado a la ciudad (descentralización), y 2) las ciudades como ganadoras en la globalización económica, es decir, el Estado como contenedor al parecer estaba dejando escapar a las ciudades»<sup>65</sup>. Debido a que «los Estados no son eternos [...] son construcciones históricas que pueden llegar a ser deconstrucciones históricas, que es el espíritu de la desaparición del estado. Y especulo sobre la futilidad de la territorialidad ya que creo que el estado como contenedor está condenado»<sup>66</sup>.

32. Con base en ello, y asumiendo el espacio de los flujos (*spaces of flows*) definido por Manuel Castells en la Sociedad Red permiten la conformación de la red de ciudades (*city-network formation*), «en la que las prácticas crean una división espacial del trabajo que corresponde al espacio de los lugares»<sup>67</sup>. A saber:

«Desde el enfoque urbanocéntrico (*city-centric*). Esta perspectiva considera que la producción de tecnología de punta y los altos salarios conforman un proceso económico en las ciudades que genera zonas centrales (*core-making*) haciendo posible la configuración de la red de ciudades (*city network*). El poder que ejercen determinadas prácticas de ciudad (*city practices*) para modelar las economías según sus propias necesidades, conforma espacios dependientes en los que la producción con tecnología obsoleta y bajos salarios va configurando una periferia [...]. Este enfoque no niega la importancia del poder económico del Estado, sino que se plantea como una cuestión empírica y no como una conjetura. Este poder no genera expansión económica, pero puede facilitarla a través de sus ciudades»<sup>68</sup>.

33. Para Simon Curtis «detrás de la obra [de P. J. Taylor] está la convicción ontológica que las ciudades no deben ser vistos simplemente como lugares limitados —autocontenidos—, sino como procesos continuos de flujos de distinta índole. Esta posibilidad ontológica es una de las rutas de la vinculación de los estudios de las ciudades globales y la teoría de RRII»<sup>69</sup>. Al mismo

<sup>64</sup> BRENNER, N., «Global cities, "glocal" states: global city formation and state territorial restructuring in contemporary Europe», *Review of International Political Economy*, vol. 5, 1998, núm. 1, pp. 1-37.

<sup>65</sup> TAYLOR, P. J., *op. cit.*, nota 27, p. 134.

<sup>66</sup> TAYLOR, P. J., «The state as container: territoriality in the modern world-system», *Progress in Human Geography*, vol. 18, 1994, núm. 2, pp. 151-162, p. 161.

<sup>67</sup> TAYLOR, P. J., *op. cit.*, nota 46, p. 152.

<sup>68</sup> *Ibid.*, pp. 151 y 166.

<sup>69</sup> CURTIS, S., «Global Cities and the Transformation of the International System», *Review of International Studies*, vol. 37, 2010, núm. 4, p. 10.

tiempo, «ya no pueden contener el proceso de acumulación de capital y la urbanización dentro de sus fronteras. Se convierten tanto en cómplices de este re-escalamiento y a su vez están más limitados por ello, así las ciudades globales y sus regiones surgen como el territorio fundamental de la globalización económica»<sup>70</sup>. En otras palabras:

«Hoy en día es posible que las ciudades mundiales estén empezando a alcanzar algunas formas nuevas de independencia respecto a los Estados territoriales, lo que las convierte en algo muy relevante para nuestra geografía política (TAYLOR, 1995). Con ello no queremos decir que los Estados territoriales están a punto de desaparecer, sino que las ciudades mundiales se están convirtiendo en un nuevo *locus* de poder e interactuarán con los Estados de forma distinta»<sup>71</sup>.

34. Desde otra perspectiva más crítica, ya no hay «un centro de gravedad histórico que defina la suerte universal. Hoy se registran multitud de centros de gravedad, es decir, las ciudades. Pero ¿todas? No necesariamente. Ser un centro de gravedad, por simple y elemental que ello sea, requiere de un cierto grado de fungibilidad, de capacidad para transformar cualitativamente recursos y conductas políticas, financieras y culturales, de tal forma que la condición original se vea alterada sensiblemente»<sup>72</sup>. Para Gerardo del Cerro, «tenemos, por tanto, ciudades inscritas en redes que funcionan como nodos en la producción y reproducción de tales redes y de la materia, energía, capital e información que transmiten. Si la globalización es una red, las ciudades son también redes de relaciones, estructuras y territorios. Y en este contexto, en lugar de considerar la agencia del individuo aislado, lo que proponemos son las prácticas de los actores-en-redes»<sup>73</sup>.

35. Es en este punto donde la agencia de las ciudades (mundiales y/o globales) a través de sus redes comienza a ser vista como central para entender su influencia actual sobre otros actores. Considerando los siguientes puntos:

«La agencia opera de forma diferente entre lugares e incluso de forma diferente dentro del mismo lugar en tiempos diferentes. [...] Agencia y estructura pueden verse así como un todo analítico, una unidad integrada de procesos reticulares espacio-temporales constituida por nodos y flujos.

La noción de red nos lleva por encima de las distinciones tradicionales en ciencias sociales entre micro y macro procesos [...]. En lugar de tener que escoger entre una perspectiva local y una global, la noción de red nos permite pensar la globalización como un proceso continuamente localizado.

En vez de oponer la agencia a la estructura, simplemente observamos cómo un elemento dado se convierte en relevante mediante el número de conexiones de que forma parte y cómo pierde tal relevancia al perder sus conexiones»<sup>74</sup> (CERRO, 2004: 209).

<sup>70</sup> CURTIS, S., *op. cit.*, nota 69, p. 18.

<sup>71</sup> TAYLOR, P. J. y FLINT, C., *op. cit.*, nota 38, p. 360.

<sup>72</sup> TORRIJOS, V., *op. cit.*, nota 24, p. 359.

<sup>73</sup> DEL CERRO, G., «Ciudades y globalización: un enfoque teórico», *Revista Española de Sociología*, 2004, núm. 4, pp. 199-218, esp. p. 209.

<sup>74</sup> DEL CERRO, G., *op. cit.*, nota 73, p. 209.

36. No es hasta principios de esta nueva década (2010-2019) cuando se presenta el auge en los estudios teóricos-conceptuales sobre las ciudades y las RRII. La mayoría de ellos, con el objetivo en común de entender la interacción entre la gobernanza global y las ciudades (globales), mientras que otros se han centrado en aspectos sobre la importancia de la identidad y su influencia a nivel exterior<sup>75</sup> así como el diseño de una política pública de internacionalización desde el gobierno central para actuar de manera paradiplomática.

37. En el caso específico del estudio de las Ciudades Globales y las RRII, una de las grandes justificaciones para la adopción de esta perspectiva teórica a la disciplina, y como bien los señala S. Curtis, es que las diferencias entre los teóricos de ciudades globales y la nueva generación de estudiosos en las RRII no son tan grandes. Ya que este tipo de ciudades al igual que los Estados son consideradas como un conjunto de procesos más que entidades limitadas, así que las RRII actuales tendrían que revisar cómo se relacionan y organizan los componentes del actual Sistema Internacional, los vínculos y nodos, y su persistencia y/o transformación a través del tiempo<sup>76</sup>.

38. Además del GaWC y su análisis sobre la formación de la red de ciudades mundiales (*International Handbook of Globalization and World Cities* del 2012 editado por Ben Derudder, Michael Hoyler, Peter J. Taylor y Frank Witlox); los principales textos identificados son: *Global Cities and Global Order* de Simon Curtis (2017). Así como los que pertenecen a distintas colecciones de Routledge:

*Cities and Global Governance: New Sites for International Relations* editado por Mark Amen, Patricia L. McCarney, Noah J. Toly, Klaus Segbers (2011); *Global Cities, Governance and Diplomacy. The Urban Link* de Michele Acuto (2013); *Cities, Networks, and Global Environmental Governance. Spaces of Innovation, Places of Leadership* de Sofie Bouteligier (2013); *The Power of Cities in International Relations* de Simon Curtis (2014); *The Urban Climate Challenge. Rethinking the Role of Cities in the Global Climate Regime*, editado por Craig Johnson, Noah Toly, Heike Schroeder (2015); *Global Cities and Climate Change. The Translocal Relations of Environmental Governance* de Taedong Lee (2015); *The Global City 2.0 from Strategic Site to Global Actor* de Kristin Ljungkvist (2016); *Greening Post-Industrial Cities. Growth, Equity, and Environmental Governance* de Corina McKendry (2017); *The Globalisation of Urban Governance. Legal Perspectives on Sustainable Development Goal 11* editado por Helmut Philipp Aust y Anél du Plessis (2018); *The City as a Global Political Actor* editado por Stijn Oosterlynck, Luce Beeckmans, David Basens, Ben Derudder, Barbara Segaert, Luc Braeckmans (2018).

39. Si bien estudian el mismo fenómeno, la importancia de las ciudades y sus redes en la transformación del sistema internacional, su método de investigación, así como su enfoque teórico para analizar tal dinámica, son diferentes. Por un lado, M. Amen *et al.*, y S. Bouteligier, se basan en las teorías de

<sup>75</sup> LARA, R. F. y CERQUEIRA, O., «Las Ciudades en la Gobernanza Global Multinivel: Una Aproximación Teórica», *Revista Si Somos Americanos*, 2017, núm. 17, pp. 43-65, esp. p. 60.

<sup>76</sup> CURTIS, S., *op. cit.*, nota 69, p. 16.

la Gobernanza Global y la Sociedad Red, mientras que M. Acuto y S. Curtis, en la Teoría del Ensamble y el Actor-Red.

## 5. LA CIUDAD GLOBAL Y LAS RRII DESDE LA FORMACIÓN DE LA RED DE CIUDADES MUNDIALES

40. En un trabajo posterior, Taylor (2005) *Leading World Cities: Empirical Evaluations of Urban Nodes in Multiple Networks* redefine y re-categoriza en su taxonomía las principales «ciudades en la globalización» con relación a la localización de las sedes centrales de las empresas transnacionales, las agencias de las Naciones Unidas (ONU) y las Organizaciones No Gubernamentales (ONG). Prefiere el término de ciudades en la globalización que ciudades globales, ya que parte del supuesto que «la globalización tiene lugar en las ciudades y las ciudades personifican y reflejan la misma globalización»<sup>77</sup>. Véase la Tabla 3 que ejemplifica dicha dinámica.

41. Existen ciudades que tienen distintas formas de poder, lo cual las posiciona jerárquicamente en un lugar más alto en esta red mundial de ciudades. Esta jerarquía debe ser entendida de la siguiente manera: «las relaciones dentro de la red son las que definen la jerarquía, es decir, en la red de ciudades mundiales todas las ciudades son iguales, pero algunas son más iguales que otras. Pero los diferenciales de poder en la red no son fáciles de distinguir»<sup>78</sup>. En el estudio de 2002, *Diversity and power in the world city network*, P. Taylor, D. Walker, G. Catalano y M. Hoyler identifican a las ciudades más poderosas en la red de ciudades mundiales, señalando que con la diversidad de ciudades mundiales, en cuanto «a rangos, roles, nichos y posiciones dentro de la red se puede entender las fuertes implicaciones para los gobiernos municipales y el sector privado local, y las maniobras que deben de implementar dentro de sus ciudades para hacer frente a las convulsiónada globalización»<sup>79</sup>.

42. A través de una taxonomía: a) El poder como capacidad a través de las conexiones: 1) ciudades del mundo altamente conectadas; 2) conectividad de los centros financieros internacionales. b) El poder como centros de dominación y mando: 1) centros dominantes; 2) centros de comando global; 3) centros de mando regionales. c) Poder a través de la red: los lugares con aspiraciones (*the place to be*): 1) puertas de entrada de alta conectividad; 2) puertas de entrada para los mercados emergentes<sup>80</sup>. Es por esta dinámica, que las redes de ciudades, «son unidades que se necesitan y complementan, no existe, para Taylor, posibilidad de competencia entre ellas, pues se crea una relación horizontal sin jerarquías ni privilegios»<sup>81</sup>.

<sup>77</sup> SHORT y KIM, 1999, citados por TAYLOR, P. J., *op. cit.*, nota 22, p. 1605.

<sup>78</sup> TAYLOR, P. J., *et al.*, *op. cit.*, nota 13, p. 239.

<sup>79</sup> *Ibid.*, nota 13, p. 240.

<sup>80</sup> *Ibid.*, nota 13.

<sup>81</sup> ALFIE, M., «Ciudad global: límite analítico en la construcción del espacio urbano», en ALFIE, M. *et al.*, *op. cit.*, nota 48, p. 179.

**Tabla 3.** Taxonomía de las principales ciudades en la globalización

Ciudades Globales	Funcionalmente Integradas / Bien situadas	Con amplia contribución	Londres y Nueva York
		Con menor contribución, y con fuerza cultural	Los Ángeles, París y San Francisco
		Incipientes ciudades globales	Ámsterdam, Boston, Chicago, Madrid, Milán, Moscú, Toronto
	Nichos globales de ciudades / Contribuciones globales especializadas	Con contribución global especializada financiera	Hong Kong, Singapur y Tokio
		Con contribución global especializada política y social	Bruselas, Ginebra y Washington
Ciudades Mundiales	Subredes articuladoras de ciudades	Articuladoras culturales	Berlín, Copenhague, Melbourne, Múnich, Oslo, Roma, Estocolmo
		Articuladoras políticas	Bangkok, Viena, Pekín
		Articuladoras sociales	Manila, Nairobi, Ottawa
	Ciudades líderes a lo largo del mundo	Contribución principalmente económica	Frankfurt, Miami, Múnich, Osaka, Singapur, Sidney, Zúrich
		Contribución principalmente no económica	Abijan, Addis Abeba, Atlanta, Basilea, Barcelona, El Cairo, Denver, Harare, Lyon, Manila, Ciudad de México, Mumbai, Nueva Delhi, Shanghái

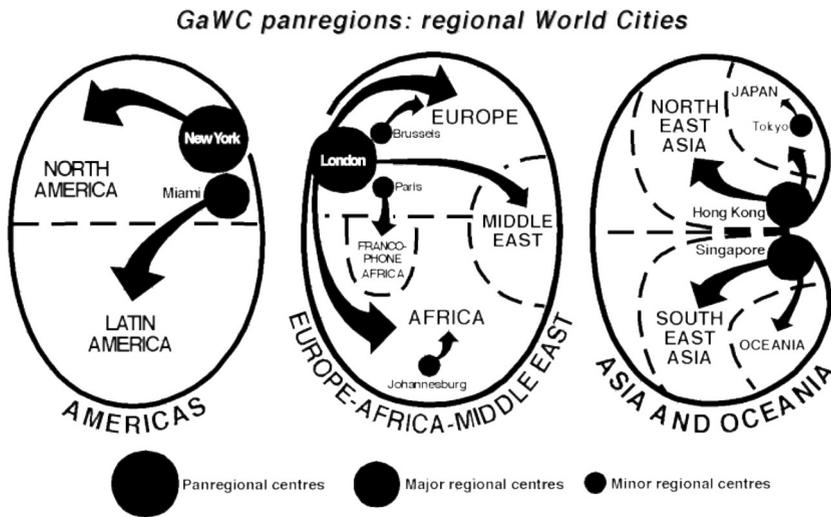
Fuente: elaboración propia con datos de TAYLOR, P. J., 2005

43. El poder dentro de la red de ciudades mundiales «puede ser tanto una capacidad expresada en tendencias jerárquicas y como un medio colectivo expresado en las diferencias de poder a través de posición en la red»<sup>82</sup>. «A lo largo de la historia las ciudades más importantes han sido los centros de poder del Estado, esto no ha cambiado mucho, ya que en el inventario de las ciudades mundiales o globales sigue dominado por las ciudades capitales. [...] sí se revisan las esferas de influencia regional de las ciudades mundiales

<sup>82</sup> TAYLOR, P. J. *et al.*, *op. cit.*, nota 13, p. 233.

habría que cambiar ciertas ideas pasadas»<sup>83</sup> véase Gráfico 1. Por ejemplo, Singapur sirve de sede principal donde se toman y se ejecutan las decisiones de inversión respecto a todos los países del Sudeste Asiático. Miami desempeña un papel parecido para los Estados caribeños e incluso para América Latina. La influencia de Londres, Nueva York y Tokio tienen un alcance aún más transnacional<sup>84</sup>.

**Gráfico 1.** Esferas de Influencia Regional de las Ciudades Mundiales según Peter Taylor, 2000



Fuente: TAYLOR, P. J., 2000.

44. En sus últimos estudios centrados en las RRII, Peter J. Taylor identifica las redes que modifican el actuar de las ciudades mundiales en relación, por ejemplo a los Estados (mundo Westfaliano), la gobernanza global y la sociedad civil global, con base en su modelo de la red entrelazada de ciudades mundiales. En su trabajo de 2005, identifica tres redes de ciudades, las cuales podrían considerarse como las nuevas representaciones del espacio de los flujos:

«1. Red de ciudades inter-estatal compuesta por las embajadas, consulados y demás departamentos de Estado como los responsables (agentes, nodos, *network-makers*) de la red. Que privilegia una clase específica de ciudades: las ciudades capitales. Desde la perspectiva de la conformación de la red de ciudades mundiales, son “los centros políticos de mando y control”, la sede central de las instituciones que toman las decisiones, “el brazo” de los gobiernos estatales en materia de asuntos exteriores [...]. Esta red abarca más allá de las capitales,

<sup>83</sup> TAYLOR, P. J., «World cities and territorial states under conditions of contemporary globalization», *Political Geography*, 2000, núm. 19, pp. 5-32, esp. pp. 6 y 23.

<sup>84</sup> TAYLOR, P. J. y FLINT, C., *op. cit.*, nota 38, p. 360.

ya que existe personal diplomático que es enviado a misiones en otras ciudades no capitales<sup>85</sup>.

2. Red de ciudades supra-estatal representada por las agencias de las ONU como las tomadoras de decisiones. La creación de las ONU al final de la Segunda Guerra Mundial fue un proceso inter-estatal con implicaciones supra-estatales. A pesar de ser la institución arquetípica interestatal por ser un producto de la guerra y la paz [...] sus prácticas atienden un amplio espectro de actividades que la han llevado a tener una presencia supraestatal en el espacio de los flujos de política mundial. Tomando la idea de Rosenau sobre “el potencial servicio global de las ONU” (1992: 69), sus agencias operan a través de las ciudades para crear sus redes [...] cada agencia tiene diferentes grados de presencia en las ciudades [...] el número de ciudades que aparecen en las subredes supraestatales es muy pequeña lo que implica grados más selectivos de localización [...]. Esto indica que la red supraestatal tiene tendencias jerárquicas muy fuertes<sup>86</sup>.

3. Red de ciudades trans-estatal definida por las ONG como los actores centrales para la formación de esta red. Con la conformación de la sociedad civil global. Este nuevo mundo social está constituido por redes, coaliciones, alianzas y movimientos sociales, siendo las ONG las que comúnmente se asumen como los operadores clave de la red»<sup>87</sup>.

45. Esta propuesta ha sido criticada, en lo relativo a la conformación de varias redes de ciudades que hospedan las agencias de las ONU (*supra-state city network*) y las sedes de las ONG (*trans-state city network*). Mónica Salomón indica que «su representación de la estructura de la gobernanza global a través de los flujos que conectan las ciudades es de poca utilidad para la comprensión del fenómeno. Por varias razones: 1) cuando se habla de la gobernanza global desde una perspectiva de las ciudades, no es posible ignorar el papel de los gobiernos locales como agentes, creadores o responsables de la red, algo que hace Taylor. [...] 2) en su definición de las redes de gobernanza global y sociedad civil global, no presta la atención necesaria a la relación de la ciudad como espacio de los lugares y como un espacio de flujos»<sup>88</sup>.

46. En 2015, desde la perspectiva de la Geografía Política, el texto *International Handbook Of Globalization And World Cities*, de Ben Derudder, Michael Hoyler, Peter J. Taylor y Frank Witlox (eds.), es el último de un sinnúmero de publicaciones provenientes del GaWC<sup>89</sup>. Este manual-*handbook*, tiene como propósito presentar el estado de la cuestión actual de las ciudades mundiales, desde sus relaciones exteriores (globalización), así como de sus estructuras internas (urbanización) y como se entrelazan en la ciudad mundial. Para Tay-

<sup>85</sup> TAYLOR, P. J., *op. cit.*, nota 62, pp. 711-712.

<sup>86</sup> *Ibid.*, pp. 714-715.

<sup>87</sup> *Ibid.*, p. 716.

<sup>88</sup> SALOMÓN, M., «Local Governments as Foreign Policy Actors and Global Cities Network-Makers: the Cases of Barcelona and Porto Alegre», *Paper presented at the 49th annual Convention of the International Studies Association*, San Francisco, California, 2008, marzo, pp. 4 y 10.

<sup>89</sup> Los textos primigenios de esta magnitud son: KNOX, P. L. y TAYLOR, P. J., *World Cities in a World-System*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995; TAYLOR, P. J., DERUDDER, B., SAEY, P. y WITLOX, F. (eds.), *Cities in Globalization: Practices, Policies and Theories (Questioning Cities)*, Londres, Routledge, 2007.

lor «las ciudades mundiales o globales son la manifestación geográfica más llamativa de los procesos trans-estatales contemporáneos»<sup>90</sup>.

## 6. LA CIUDAD GLOBAL Y LAS RRII DESDE LAS TEORÍAS DE LA GOBERNANZA GLOBAL

47. El texto de M. Amen *et al.*, *Cities and Global Governance: New Sites for International Relations*, señala en su introducción que las ciudades «son cada vez más decisivas en la gobernanza global»<sup>91</sup>. Los editores de la obra afirman que su objetivo es el de «promover la innovación en la teoría de las RRII mediante estudios de casos que amplíen la base teórica sobre el papel formal e informal de las entidades subnacionales como actores políticos en la gobernanza global»<sup>92</sup>. M. Acuto señala que «a pesar de las aspiraciones declaradas»<sup>93</sup> y el enfoque multidisciplinar del libro, en términos teóricos solo es un bosquejo superficial de la relación entre la ciudad global y las RRII»<sup>94</sup>. Respecto a esta crítica, Mark Chou indica que el libro plantea que el Estado-nación ya no puede ser considerado como el único, e incluso, el actor clave en el ámbito internacional, y que en tal caso le falta proponer el siguiente paso:

«Después de haber inquietado al Estado-nación de esta manera, el libro no da el siguiente paso, previendo que la ciudad —junto con el Estado-nación— es también un actor en la política mundial. El hecho de no haberlo hecho, significa que las ciudades sigan siendo simplemente “nodos” y “hubs” globales, algo que en su mejor momento solo podría aumentar y facilitar las relaciones internacionales y las transacciones globales»<sup>95</sup>.

48. Sofie Bouteligier, en su libro *Cities, Networks, and Global Environmental Governance. Spaces of Innovation, Places of Leadership*, identifica el activismo global de las ciudades en la cuestión medioambiental a través del análisis de las redes de ciudades (Metrópolis y el C40), basándose en el marco teórico de la sociedad en red y las ciudades globales desde una perspectiva de la ecología mundial. El surgimiento de estas redes permite entender el nuevo activismo ambiental global de las ciudades (*A Networked Urban World as Vehicle for Environmental Sustainability*). En un artículo previo detecta dos tipos de redes de ciudades y sus funciones centrales en la gobernanza global<sup>96</sup>:

<sup>90</sup> TAYLOR, P. J., *op. cit.*, nota 83, p. 6.

<sup>91</sup> AMEN, M. M., McCARNEY, P. L., TOLY, N. J. y SEGBERS, K. (eds.), *Cities and global governance: new sites for international relations*, Farnham, Ashgate Publishing, 2011, p. 3.

<sup>92</sup> AMEN, M. M. *et al.*, *op. cit.*, nota 91, p. 4.

<sup>93</sup> «The purpose of these studies is to redress the under representation of cities and sub-national regions as sites of governance or partners in global governance in much of the disciplinary literature produced by scholars in international relations, environmental and regional studies, and foreign policy analysis», AMEN, M. M. *et al.*, *op. cit.*, nota 91, p. 4-5.

<sup>94</sup> ACUTO, M., *Global Cities, Governance and Diplomacy, the Urban Link*, Londres, Routledge, 2013, p. 7.

<sup>95</sup> CHOU, M., «The subject of analysis: global cities and international relations», *Global Change, Peace & Security*, vol. 24, 2012, núm. 2, pp. 305-307, esp. p. 306.

<sup>96</sup> Véase BOUTELIGIER, S., «Global cities and Networks of Global Environmental Governance», *Paper presented at the 49th annual Convention of the International Studies Association*, San Francisco, California, 2008, marzo.

«Se establecen con el objetivo de hacer frente a los desafíos urbanos de manera más eficiente. Las ciudades cooperan entre ellas como actores intercambiando experiencias (*expertise*), buenas prácticas (*best practices*) y conocimiento (*know how*) Además pueden ser partícipes de estas redes otros actores públicos y privados, los cuales realizan asistencia técnica o financiera mediante acuerdos híbridos (*hybrid arrangements*)<sup>97</sup>.

Se establecen por la localización estratégica. Aquí cumplen el rol de ser un sitio estratégico como un entorno urbano de interacción. Aquí, el gobierno local no tiene importancia, ya que la ciudad es la que se convierte en el lugar de reunión (conocimiento, infraestructura e instituciones)<sup>98</sup>.

49. En esta segunda función, «las ciudades que juegan ese rol estratégico en las redes globales son identificadas como ciudades mundiales o globales [...] donde estas ciudades o nodos urbanos no existen por sí mismas, sino que adquieren su importancia desde la misma red. Aquí la unidad de análisis, es la red no la ciudad, debido a ello el enfoque relacional es necesario para su estudio»<sup>99</sup>. Mónica Salomón comienza a revisar perspectivas de los estudios urbanos y de la Geografía Política con la intención de complementarlos con las RRII. En varios de sus trabajos, el actor principal es el gobierno local en la creación de ambas redes transnacionales. Para ella, «las actividades de las redes transnacionales dirigidas por los propios gobiernos locales se han destacado en repetidas ocasiones como elementos esenciales de la gobernanza global y, en menor medida, en la sociedad civil global»<sup>100</sup>.

50. En lo que respecta al estudio de las dos formas de redes transnacionales de ciudades: 1) redes constituidas formalmente, y 2) redes globales. Robert Kissack señala que «la jerarquía de ciudades pretende identificar aquellas que se han convertido en los actores más importantes en la política global. La importancia puede medirse en dos formas: mediante 1) el número de redes cooperativas formales; o a través de 2) la cualificación y cuantificación de la conectividad entre ciudades<sup>101</sup> [...] “son los nodos organizativos fundamentales en múltiples redes globales de flujos económicos, sociales, demográficos e informativos”<sup>102</sup>. Salomón identifica que dentro de las perspectivas que analizan la creación de las mismas hay dos posturas diversas sobre el agente central que fomenta la creación de estas redes:

«Estudios Urbanos incluidos la Geografía Política y la Sociología Urbana. Centrados en los flujos —especialmente económicos— que conectan a las ciudades con el objetivo de establecer una geografía política de la globalización

<sup>97</sup> Véase SPAARGAREN, G., MOL, A. P. J. y BUTTEL, F. H., *Governing Environmental Flows: Global Challenges to Social Theory*, Boston, MIT Press, 2006, pp. 15-16.

<sup>98</sup> BOUTELIGIER, S., «Cities and Global Environmental NGOs: Emerging Transnational Urban Networks?», en AMEN, M. M., MCCARNEY, P. L., TOLY, N. J. y SEGBERS, K. (eds.), *Cities and global governance: new sites for international relations*, Farnham, Ashgate Publishing, 2011, p. 153.

<sup>99</sup> BOUTELIGIER, S. *et al.*, *op. cit.*, nota 98, pp. 153-154.

<sup>100</sup> SALOMÓN, M., *op. cit.*, nota 88, p. 1.

<sup>101</sup> KISSACK, R. «Ciudades y relaciones internacionales», *Revista CIDOB d'afers internacionals*, 2013, núm. 104, p. 13.

<sup>102</sup> SMITH, 2005, p. 48, citado en KISSACK, R., *op. cit.*, nota 101, p. 13.

centrada en las ciudades así como las relaciones de jerarquía y poder entre ellas. En estos estudios, los actores responsables (*network-makers*) de la generación de flujos reciben menos atención que los propios flujos (económicos, de información o de conocimiento). Por tanto, la red existe si la conectividad entre los nodos es significativa. Independientemente si los responsables de la red están interesados en su formación.

Estudios Políticos incluidos la Ciencia Política, la Sociología Política y las RRII. Lo que normalmente se entiende por redes de ciudades son los esquemas de cooperación voluntaria por parte de los gobiernos locales, estas redes pueden tener diversos grados de institucionalización. Su alcance varía, dependiendo de la orientación así como del número de temas u áreas en las que buscan participar»<sup>103</sup>.

51. Otra autora que ha centrado sus estudios en la importancia de la ciudad dentro de la gobernanza global a través del estudio de redes de ciudades y ciudades globales, así como el estudio de políticas públicas, es Vanessa Marx. Entre sus aportaciones centrales, al igual que Salomón desde la gobernanza, está la importancia de las políticas públicas como precursoras de inserción internacional, entre ellas, la mercadotecnia de ciudad para ser reconocida a nivel internacional<sup>104</sup>. La dinámica actual del Sistema Internacional permite y obliga a las ciudades a crear sus propios mecanismos (políticas públicas) de atracción de talento, capital, turismo, inversión y poblaciones, en general. También les incita a manifestarse ante los demás actores internacionales como actores políticos, económicos y culturales, y a presentarse como ciudades resilientes ante los distintos cambios del entorno global.

52. Desde la glocalización, «la ciudad, como puente entre el territorio y la ciudadanía, puede jugar un papel fundamental para determinar una nueva etapa en las relaciones internacionales»<sup>105</sup>.

«A través del concepto de *governance*, conseguimos identificar un marco teórico adecuado para trabajar el aspecto político de las ciudades en el ámbito internacional. El poder de gobernar y establecer relaciones internacionales ya no pertenece al Estado en exclusiva, sino que se abre así un escenario distinto donde gestionar los asuntos en red y donde poseer una capacidad relacional para saber compartir decisiones abre oportunidades para los poderes locales junto con otros actores. Las ciudades, en tanto que gobiernos de proximidad, tienen la capacidad de relacionarse de forma más próxima con las redes sociales, políticas, culturales y económicas de diversos actores que actúan en el territorio y a la vez en la escena internacional»<sup>106</sup>.

<sup>103</sup> SALOMÓN, M., *op. cit.*, nota 88, pp. 3.

<sup>104</sup> MARX, V., «Las ciudades en la globalización», *Arquiteturarevista*, vol. 2, 2006, núm. 1, <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=193616282004>.

<sup>105</sup> MARX, V., «Las ciudades y su inserción política en las relaciones internacionales», en MARTÍN, M. A. y ODDONE, C. N., *Las ciudades y los poderes locales en las relaciones internacionales contemporáneas*, Granada, UIM, 2010, p. 43.

<sup>106</sup> MARX, V., *op. cit.*, nota 105, p. 37.

## 7. LA CIUDAD GLOBAL Y LAS RRII DESDE LAS TEORÍAS DEL ENSAMBLAJE

53. Los autores que más han escrito sobre las ciudades globales y las RRII son Michele Acuto y Simon Curtis. Siguen el enfoque holístico de la Teoría del Actor-Red (*Actor Network Theory*, ANT) desde la perspectiva de la Sociología de la traducción u Ontología del Actante-Rizoma de Bruno Latour, Michael Callon y John Law que tienen como objetivo re-ensamblar lo social<sup>107</sup>. Por un lado, con la intención de incluir el estudio de las ciudades globales en las RRII y cómo estas forman colectivos sociales que impactan en la política mundial —como actores— y la gobernanza global —como actantes—; y por el otro, con relación a las transformaciones históricas, la Teoría del Ensamble, «permite a los especialistas rastrear cómo se desmontan —o desensamblan— y son reconstruidas las capacidades e instituciones de una era histórica, y como estas producen nuevas capacidades e instituciones»<sup>108</sup> en este caso durante el fenómeno histórico de la globalización.

54. Entre los argumentos para razonar el estudio de las ciudades globales desde las RRII, por parte de Michele Acuto y Simon Curtis la justificación más importante para entender el estudio de las ciudades (globales) desde las RRII es la revisión de John G. Ruggie<sup>109</sup>, a saber:

«Para disociar la noción de territorialidad que subyace al Estado moderno, Curtis se apoya en los trabajos de Ruggie sobre territorialidad, soberanía y la construcción de lo internacional. Para él, en la época medieval podían coexistir múltiples fuentes de autoridad, porque su potestad se extendía más sobre los individuos con múltiples identidades que sobre territorios fijos. [...] Para Rug-

<sup>107</sup> Sobre la teoría ANT véase LATOUR, B., *Reensamblar lo social. Una introducción a la teoría del actor-red*, Buenos Aires, Manantial, 2005. El origen de la teoría del ensamble proviene desde la filosofía de Gilles Deleuze y Manuel Delanda. Retomado por la sociología de Bruno Latour, Michael Callon, John Law y Saskia Sassen. «La teoría de ensamblajes ha sido desarrollada desde la filosofía y política pero también en los estudios de ciencia y tecnología, desde la ANT. Y por ese camino de la sociología de lo tecnológico y del materialismo ha llegado a la ciudad, donde ha servido para hacer muy buenas descripciones y nos ofrece nuevas herramientas de trabajo [...]. Los ensamblajes o articulaciones proponen un desplazamiento de la perspectiva a la ontología. Los ensamblajes son pluridisciplinarios, multiescalares o translocales, no reduccionistas, heterogéneos, materialistas (no reificados o imaginados) y procesuales». GISBERT, E., «¿Qué aporta la teoría de ensamblajes a la construcción de la ciudad?», *Colaboradores*, entrada de blog 29 de julio de 2014, <http://colabores.net/2014/07/29/que-aporta-la-teoria-de-ensamblajes-a-la-construccion-de-la-ciudad/>. Y «es, al mismo tiempo, una teoría sobre el movimiento de montaje o ensamblaje de los elementos de la sociedad que llevan a constituir conjuntos y colectivos». PÉREZ, J. M. (2015), «¿Por qué está de moda la teoría del actor-red?», *JMPT en Comunicación*, entrada de blog 24 de febrero de 2015, <http://www.jmpereztornero.eu/2015/02/24/por-que-esta-de-moda-la-teoria-del-actor-red/>.

<sup>108</sup> CURTIS, S., *op. cit.*, nota 69, p. 16.

<sup>109</sup> «I update three frameworks opened up by Ruggie in his seminal collection as starting points to think about how the emergence of global cities may be indicative of transformative trends of epochal significance; the relationship of units and structures in international systems, the notion of "territorial unbundling" as it relates to global assemblages, and the socially constructed nature of spatial and temporal structures», CURTIS, S., *op. cit.*, nota 69, p. 12. Véase RUGGIE, J., *Constructing the World Polity: Essays on International Institutionalisation*, Londres, Routledge, 1998.

gie es plausible que en el futuro existan formas de autoridad política que no se hallen emplazadas en una unidad territorial soberana, como ocurre hoy en día. Según Curtis, la propuesta de Ruggie encaja perfectamente con desarrollos de la sociología de las ciudades globales como el de Sassen»<sup>110</sup>.

55. Simon Curtis en su artículo *Global cities and the transformation of the International System* sostiene que «cualquier intento de atribuir a las ciudades la misma importancia analítica que los Estados constituye un desafío para las RRII, ya que estas se asientan sobre el presupuesto ontológico de que el Estado soberano opera en un sistema internacional anárquico»<sup>111</sup>. A tal fin, «es imperativo desarrollar bases ontológicas y epistemológicas para entender el papel de las ciudades globales en el sistema internacional»<sup>112</sup>. Su argumento central es: «Las ciudades no van a tomar el lugar de los Estados, pero los cambios en la naturaleza de las ciudades y los Estados en la coyuntura contemporánea forman parte de los mismos procesos de re-escalamiento de la relación entre los espacios local, nacional y global»<sup>113</sup>.

56. Para llegar a esto parte de su trabajo justifica como el «análisis de las ciudades globales proporciona ejemplos concretos de los mecanismos por los cuales la territorialidad se está redimensionando en el periodo tardomoderno, algo que se alinea muy bien con el argumento de Ruggie»<sup>114</sup>. Así, «el surgimiento de las ciudades globales es una manifestación de los procesos actuales de transformación que operan en el sistema internacional»<sup>115</sup>.

57. En su libro *Global Cities, Governance and Diplomacy. The Urban Link*, M. Acuto identifica las grandes limitaciones de la academia de RRII en lo relativo al estudio de las ciudades:

«No ha ideado de manera efectiva marcos teóricos para descubrir fragmentos del urbanismo y/o la geografía que puedan ser traducidos en consideraciones teóricas desde las RRII. Por lo general carece de una apreciación —productiva y progresiva— de la activa participación de las ciudades en la política mundial y su influencia directa que tienen en la gobernanza global. Cuando dicha participación e influencia se ha insinuado, hasta este momento no se han desarrollado análisis sobre los orígenes e impactos de dicha capacidad diplomática»<sup>116</sup>.

58. Para resolver la primera limitación, al implementar la perspectiva sociológica del Actor-Red que está ampliamente difundida en el urbanismo, explica la importancia de estas nuevas posturas. Respecto al segundo punto, asume la agencia de las ciudades globales, concepto acuñado en las disciplinas de la Sociología Urbana y la Geografía Política, para entender sus articuladores principales en la gobernanza global analizadas como «actantes», «actores» y «red de redes». Para probar la influencia de la ciudad global —*the*

<sup>110</sup> KISSACK, R., *op. cit.*, nota 101, p. 14.

<sup>111</sup> CURTIS, 2011, citado por KISSACK, R., *op. cit.*, nota 101, p. 14.

<sup>112</sup> CURTIS, 2011, citado por ACUTO, M., *op. cit.*, nota 94, p. 7.

<sup>113</sup> CURTIS, S., *op. cit.*, nota 69, p. 23.

<sup>114</sup> CURTIS, 2011, citado por KISSACK, R., *op. cit.*, nota 101, p. 14.

<sup>115</sup> CURTIS, S., *op. cit.*, nota 69, p. 23.

<sup>116</sup> ACUTO, M., *op. cit.*, nota 94, p. 9.

*urban link*—, según los postulados del ANT y el re-ensamblaje, analiza el caso del *Cities Climate Leadership Group* o C40 como el articulador central de la gobernanza global en el tema del cambio climático.

59. Lo más importante de su postura es que discute sobre la agencia de las ciudades globales y sus redes transnacionales, donde el estudio de las ciudades y su agencia desde las RRII pasan por un *impasse* o ha sido analizadas a través de callejones sin salida (*culs de sac*): 1) las ciudades no son repúblicas miniatura, y 2) las ciudades no son personas. Para resolver estos problemas de agencia de la ciudad ofrece tres retos analíticos:

«1) Las ciudades globales están incrustadas en la gobernanza global, por tanto, no pueden ser estudiadas como entidades separadas. 2) El surgimiento de las ciudades globales como actores diplomáticos en los asuntos internacionales no debe ocultar los procesos locales que se producen, pero tampoco mantener un significado puramente metafórico. 3) En sentido literal, los actores internacionales no son necesariamente “personas”»<sup>117</sup>.

60. Para él, la importancia de incluir en el estudio de las RRII a las ciudades globales va más allá de una moda de insertar términos de la Sociología Urbana o el Urbanismo en la disciplina o de una nueva conciencia de lo urbano. En este sentido:

«Las ciudades globales desafían nuestros marcos de referencias dominantes y tradicionales de las RRII, trascendiendo la dimensión escalar (mundo, estado, región), así como las jerarquías políticas (supranacional, gubernamental, regional y local), alterando el sistema de soberanía westfaliano. Las actividades de estas ciudades nos recuerdan que la gobernabilidad del medio en donde están presentes las relaciones políticas de la humanidad son mucho más complejas, multi-escalares y variables, algo que la teoría de RRII no hace evidente»<sup>118</sup>.

61. En los últimos libros identificados, al menos para el estudio, es *The Power of Cities in International Relations* (2014) editado por Simon Curtis y *Global Cities and Global Order* (2017) escrito por el mismo autor, ambos tienen la intención de ilustrar si la relación entre la ciudad y el Estado-nación ha evolucionado de manera profunda, respondiendo al cuestionamiento: ¿Cómo las ciudades se han empoderado por los cambios estructurales en la política mundial? En donde el autor comenta que el resurgimiento de la ciudad a partir del Estado a finales del siglo xx fue facilitado por el propio Estado, a través del auge de las ciudades globales que son parte de un proceso más amplio de transformación del orden político internacional y del carácter de la sociedad internacional. En el primero, entre las contribuciones del texto se señala: 1) la naturaleza cambiante de las ciudades en el sistema internacional; 2) su creciente importancia en los resultados globales de gobernanza; 3) el poder financiero de las ciudades; 4) la acción de la ciudad en el ámbito de la seguridad; 5) la colaboración de las ciudades para hacer frente a los problemas ambientales; 6) las regiones urbanas transnacionales, y 7) los alcaldes como

<sup>117</sup> *Ibid.*, p. 58.

<sup>118</sup> ACUTO, M., «Global Cities: Gorillas in Our Midst», *Alternatives*, vol. 35, 2010, núm. 4, pp. 425-448, esp. p. 429.

actores internacionales<sup>119</sup>. En el segundo, este tipo de ciudades son las que catalizan las contradicciones dentro del sistema internacional contemporáneo, además de ser los sitios estratégicos para resolver dichas tensiones<sup>120</sup>.

## 8. CRÍTICA A LOS ESTUDIOS DE LA CIUDAD GLOBAL Y LAS RRII

62. La postura teórico-metodológica de la ciudad global y la formación de la red de ciudades mundiales ha recibido muchas críticas en su casi cuarenta años de existencia. La observación a las investigaciones centradas en las ciudades mundiales y globales del grupo GaWC, al igual que en las posturas de J. Friedmann, S. Sassen y M. Castells, es la del discurso preeminente en los estudios urbanos en la actualidad. G. del Cerro señala que «esta ha sido hasta ahora la posición hegemónica en las investigaciones sobre ciudades globales: la globalización se produce en unas pocas ciudades llamadas globales y el resto de lugares en el mundo reaccionan al proceso. Pero la respuesta local a las fuerzas globales no puede resumirse en una mera reacción pasiva; antes bien, se producen fenómenos de negociación, de resistencia, y finalmente de adaptación mediante transformación local»<sup>121</sup>.

63. Por su parte, Diane Davies identifica por qué en los últimos años en la Sociología Urbana estadounidense esta perspectiva se ha convertido en la hegemónica o *mainstream* y se ha popularizado en otros continentes y otras disciplinas:

«La fijación con ciudades de gran importancia económica (Tokio, Londres o Nueva York), y no meramente de un tamaño considerable (Ciudad de México, París, Los Ángeles). Esto implica que las ciudades identificadas como “globales” se distinguen porque su crecimiento económico no depende necesariamente de lo que se genera dentro de sus fronteras nacionales, sino de las redes más globales de producción y el consumo a las que pertenezcan. Esto también significa que estas ciudades son mucho menos propensas a ser vistas como grilletas para el desarrollo nacional de sus países de acogida.

Pareciera que se está produciendo un fenómeno relativamente nuevo con relación al enfoque geográfico, un cambio que a su vez pueden arrojar luz sobre las preguntas de investigación de los seguidores de esta perspectiva: ¿solo pueden existir en Estados desarrollados o pueden surgir en países en vías de desarrollo, emergentes o de ingresos medios? ¿Cuál es la función del Estado con relación a estas ciudades? ¿Cuál es la importancia o la función de las redes transnacionales, el territorio y la región donde se sitúan?»<sup>122</sup>.

64. La crítica principal se concentra sobre todo en el reduccionismo económico de los análisis, lo que provoca que el resultado sea relativamente el mismo, leído desde diversas perspectivas. Así, «el paradigma de la ciudad global avanza para conformar un objeto de estudio desde una perspectiva

<sup>119</sup> CURTIS, S. (ed.), *The Power of Cities in International Relations*, Londres, Routledge, 2014.

<sup>120</sup> CURTIS, S., *Global Cities and Global Order*, Oxford, Oxford University Press, 2017.

<sup>121</sup> DEL CERRO, G., *op. cit.*, nota 73, p. 204.

<sup>122</sup> DAVIS, D. E., *op. cit.*, nota 1, pp. 99-100.

casi eminentemente económica de la globalización»<sup>123</sup>. En opinión de Peter J. Taylor y Colin Flint, «el concepto de las ciudades mundiales es esencialmente un concepto de política económica, puesto que en su definición se entremezclan de forma indeleble la política y la economía»<sup>124</sup>. «Los detractores de la ciudad global aseguran que esta corriente solo observa y analiza ciertas características económicas puntuales y específicas y deja fuera todo un mosaico de variables que alteran y modifican, de manera drástica, el espacio urbano. Para ellos es necesario ampliar la visión y los estudios sobre la particularidad de la construcción de la urbe y observar un número mucho más amplio y diverso de ciudades»<sup>125</sup>, ya que no todas las ciudades del mundo entran en esta categoría.

65. Otro comentario es el relacionado a que «el análisis de la ciudad global es útil siempre y cuando se base en análisis detallados de ciudades particulares»<sup>126</sup>. Taylor y sus colaboradores, sin negar la importancia de cierto tipo de ciudades, señalan que «se sugiere que para la comprensión de la globalización a través de lentes urbanos se requiere el estudio de una gama más amplia de las ciudades. El futuro mundo urbano no constará de varios mini Nueva Yorks o mini Londres»<sup>127</sup>. «Las ciudades no crean *per se* las redes de ciudades. Son los gobiernos municipales los que pueden, construyen y/o apoyan la construcción de estas. Mediante el desarrollo de redes de infraestructura (aeropuertos, edificios inteligentes, etc.) las cuales no constituyen redes de ciudades. Son las personas, las mercancías y la información que fluyen a través de las infraestructuras las que definen las redes interurbanas»<sup>128</sup>.

«Suponiendo que los alcaldes de la ciudad optan por formar parte de la red, la cuestión radicaría en “cómo jugarían su mano”. Por desgracia, uno de los efectos de la creación de las categorías “ciudad mundial” y “ciudad global” ha sido la creación de ejemplos de imitación de los modelos exitosos, es decir, se ha puesto en marcha un proceso de emulación. Esto ha tenido un impacto profundo a lo largo del orbe, ya que los gobiernos municipales han buscado y replicado un sinnúmero de políticas. Hay que hacer la aclaración, que la emulación podría resultar problemático»<sup>129</sup>.

66. Otra de sus críticas al paradigma de las ciudades globales, al menos en los trabajos más liberales, es que «el concepto de ciudad global no considera el largo periodo de formación, es decir, su carácter ahistórico»<sup>130</sup>. Pero esta omisión no necesariamente se refleja en los trabajos de Christopher Chase-Dunn<sup>131</sup> o en la perspectiva de Taylor sobre la formación de la red de

<sup>123</sup> MÉNDEZ, A., *op. cit.*, nota 3, p. 70.

<sup>124</sup> TAYLOR, P. J. y FLINT, C., *op. cit.*, nota 38, p. 360.

<sup>125</sup> ALFIE, M., *op. cit.*, nota 81, p. 185.

<sup>126</sup> MÉNDEZ, A., *op. cit.*, nota 3, p. 70.

<sup>127</sup> TAYLOR, P. J., CATALANO, G. y WALKER, D. R. F., *op. cit.*, nota 60, p. 2375.

<sup>128</sup> TAYLOR, P. J., *op. cit.*, nota 62, p. 706.

<sup>129</sup> TAYLOR, P. J. *et al.*, *op. cit.*, nota 13, p. 240.

<sup>130</sup> KORFF, 1987: 486, citado por MÉNDEZ, A., *op. cit.*, nota 3, p. 70.

<sup>131</sup> Con planteamientos neomarxistas Chase Dunn ha acuñado el término de *sistemas sociales de ciudades* para definir a las redes de interacción humana y sus conexiones con los ambientes construi-

ciudades. Tomando la perspectiva de la larga duración del sistema-mundo moderno, «las nuevas geografías políticas no son inusuales. [...] En otras palabras, la globalización anuncia una nueva espacialidad mundial para reemplazar el mosaico Westfaliano»<sup>132</sup>. Así, la conformación de la red de ciudades mundiales se considera que «es un proceso transhistórico presente desde que las ciudades han existido [...] el proceso de formación de la red se realiza a través de las actividades que los agentes económicos desempeñan al realizar sus prácticas comerciales habituales»<sup>133</sup>.

67. P. J. Taylor reconoce que la investigación de las ciudades mundiales «es fuerte en ideas, pero débil en evidencias»<sup>134</sup>, ya que presenta dos problemas: 1) De evidencia, debido a las deficiencias en la producción de datos que, por lo general, son generados por los Estados —«las estadísticas son la información recabada por los Estados, para propósitos del Estado»—<sup>135</sup>, además hay sesgos en los datos resultantes que suelen medir atributos en lugar de las relaciones. 2) De teoría, dentro de la investigación de las ciudades mundiales, la idea de una jerarquía y su conceptualización no se ha asumido a fondo, presumiblemente con el argumento de que las ciudades son inherentemente jerárquicas en sus relaciones<sup>136</sup>.

68. La gran crítica que se desprende a los textos de RRII que adaptan la perspectiva de la ciudad mundial y global, es que su objeto de estudio únicamente son las ciudades globales y sus redes transnacionales. Además queda claro que no todas las ciudades del mundo son globales y no todas pertenecen a este tipo de redes, por lo que dejan de lado iniciativas de inserción internacional más interesantes para ser investigadas y teorizadas. Asimismo centran toda su atención en su función e influencia en la gobernanza global, olvidándose de que también son actores importantes para la gobernanza multinivel, local y urbana, y que esa relevancia puede traducirse en la difusión de las buenas prácticas en políticas públicas desarrolladas en su territorio. Lo que es más, se olvidan por completo de la importancia de la imagen e identidad de estas ciudades para insertarse en el medio internacional.

69. Hay que recocer que existen ciudades con más recursos económico-financieros, poder político y mayor población que otras. Estas han tenido la

---

dos y naturales. Para ellos, el sistema social es muy complejo, así el estudio de los sistemas de ciudad es una subcategoría de un asunto más general sobre los asentamientos. Véase CHASE-DUNN, C. y ANDREW J., «Systems of cities», en McNICOLL, G. y DEMENY, P. (eds.), *Encyclopedia of Population*, Nueva York, McMillan, 2003. CHASE-DUNN, C., «The Changing Role of Cities in World-Systems», 1991/2004, <http://www.irows.ucr.edu/cd/courses/10/reader/citrole/citrole.htm>; CHASE-DUNN, C. y WILLARD, A., «Systems of Cities and World-Systems: Settlement Size Hierarchies and Cycles of Political Centralization, 2000BC-1988AD», *Paper presented at the International Studies Association meeting*, Acapulco, México, marzo de 1993.

<sup>132</sup> TAYLOR, P. J., *op. cit.*, nota 62, p. 704.

<sup>133</sup> *Ibid.*, nota 46, pp. 154-155.

<sup>134</sup> *Ibid.*, nota 83, p. 7.

<sup>135</sup> *Ibid.*, nota 46, p. 148.

<sup>136</sup> Véase TAYLOR, P. J., *op. cit.*, nota 43, p. 323.

capacidad no solo de insertarse en la red global de ciudades mundiales, sino que tienen la capacidad de influir en las acciones de otras ciudades e intervenir en la gobernanza global así como en el Sistema Internacional. Desde el aspecto económico son los actores clave para el funcionamiento de la economía global, ya que es donde se producen y ofertan los servicios avanzados, y se sitúa el capital intelectual que los demanda.

70. Pero es importante destacar, y como se dijo en otro momento, «la actuación de las ciudades como fuerza política eficaz e influyente en la gobernanza global multinivel cobra cada vez más relevancia a partir del nuevo milenio. Una de las manifestaciones del potencial de la ciudad está, por ejemplo, en la provisión de soluciones a problemas locales que pueden ser escalables globalmente, y viceversa. De ahí el oportuno planteamiento de una agenda de investigación más allá de las establecidas por la paradiplomacia y la ciudad global que identifique categorías/variables clave que ayuden en la propuesta de trabajos de corte empírico, como puede ser la imagen, la agencia e identidad, tan necesarios para asentar y confirmar los presupuestos en torno a la ciudad en la gobernanza global multinivel»<sup>137</sup>.

## 9. CONCLUSIONES

71. Independientemente de sus detractores, y a manera de cierre, es gracias a las ciudades mundiales y globales, así como a sus redes formales e informales las que permitieron que la disciplina de RRII se comprometiera a realizar estudios más rigurosos de carácter cualitativo y cuantitativo. Lo que ha motivado a pensar en la generación de un posible espacio de articulación política del futuro más allá del Estado-nación, donde las ciudades tengan el peso que se merecen y que implica nuevos retos en el campo teórico-reflexivo y de la práctica política en la cuestión urbana, la geografía política y las RRII.

72. Hay que recordar que desde la década de los sesenta se ha escrito sobre las ciudades y su función dentro del Sistema Internacional, lo que ha permitido un aumento considerable de perspectivas teórico-metodológicas para entender la participación de aquellas en las RRII. En un primer lugar como un actor doméstico dentro de su Estado-nación, posteriormente como un actor internacional y en los últimos se está presentando como un agente en la gobernanza global. Cada perspectiva teórico-metodológica ha tenido su función principal para entender la importancia del estudio de la ciudad en el medio internacional.

73. Situar la problemática del estudio de la ciudad en el Sistema Internacional (Kenneth Boulding), identificar sus funciones y asumirla como actor internacional a través de sus relaciones transgubernamentales (Robert Keohane y Joseph Nye) como actor no estatal (Richard Mansbach, Yale Fer-

---

<sup>137</sup> LARA, R. F. y CERQUEIRA, O., *op. cit.*, nota 75, pp. 43-44.

guson y Donald Lampert), y por ende, concebirlo como unidad de análisis a través de las relaciones mundiales de las ciudades (Chadwick F. Alger), reconociendo las partes que permiten su estudio como el gobierno local o no central (Panayotis Soldatos, Lee Radebaugh, Earl Fry, Karl Kresl) para realizar (*para*) diplomacia urbana (Miguel Martín, Nahuel Oddone, Parag Khanna, Rodrigo Tavares, André Aprigio, Pablo Sánchez Chillón), municipal (Vicenç Fisas,) o de ciudades (Rogier van der Pluijm, Jan Melissen, Fons van Overbeek, Arne Musch, Chris van der Valk, Alexandra Sizoo, Kian Tajbakhsh) o política exterior municipal y/o urbana (Heidi Hobbs, Andrew Kirby, Sallie Marston, Kenneth Seasholes, Alexander Ugalde, Nico van der Heiden).

74. En el último lustro, ha ido en aumento su estudio con la intención de identificar su agencia en la actual gobernanza global de las ciudades (Vanessa Marx, Mark Amen, Patricia L. McCarney, Noah J. Toly, Klaus Segbers, Gerardo del Cerro, Tassilo Herrschel, Peter Newman, Ray Lara) a través de las ciudades globales (Simon Curtis, Taedong Lee, Kristin Ljungkvist) y sus redes (Sofie Bouteligier, Mónica Salomón, Corina McKendry) ya que actualmente son consideradas creadoras y catalizadoras de regímenes internacionales (Michele Acuto, Craig Johnson, Noah Toly, Heike Schroeder) gracias a su nuevo papel como actor político global (Benjamin Barber, Stijn Oosterlynck, Luce Beeckmans, David Bassens, Ben Derudder, Barbara Segaert, Luc Braeckmans), además de su identidad e imagen, para poderla asumir como un sujeto de investigación (Simon Parker, Vicente Torrijos, Daniel Bell, Avner de-Shalit), y sujeto de derecho internacional con la intención de crear un derecho local internacional (Gerald Frug, David Barron, Yishai Blank, Janne Nijman, Susana Beltrán, Miguel Beltrán de Felipe, Helmut Philipp Aust, Anél du Plessis).

## RESUMEN

### LAS CIUDADES MUNDIALES Y GLOBALES EN EL MEDIO INTERNACIONAL, UNA REVISIÓN TEÓRICO-METODOLÓGICA DESDE LAS RELACIONES INTERNACIONALES

El presente estudio realiza un recuento del estado de la cuestión de los estudios de las Ciudades Mundiales y Globales desde las Relaciones Internacionales (RRII), que se han centrado en su influencia en la gobernanza global, su capacidad de creación de redes globales de interacción política y económica, y como actor dentro del Sistema Internacional. Como cualquier perspectiva teórico-metodológica ha recibido críticas que en su momento han tenido que resolver conforme se va consolidando una comunidad epistémica de la ciudad en la disciplina de las RRII. Este estudio tiene como premisa de trabajo que gracias al desarrollo durante la década de los ochenta a la actualidad de la escuela de la Ciudad Global desde la Geografía Política, la Economía y la Sociología Urbana ha permitido que dentro de las RRII en el último lustro sea la perspectiva mejor posicionada aunque no es la única.

**Palabras clave:** ciudad global, ciudad mundial, gobernanza global, teorías del ensamble, redes de ciudades, red de ciudades mundiales.

**ABSTRACT****WORLD CITIES AND GLOBAL CITIES IN THE INTERNATIONAL MEDIUM,  
A THEORETICAL AND METHODOLOGICAL REVISION FROM INTERNATIONAL  
RELATIONS**

This paper summarizes the state of the art of the World and Global Cities studies which, adopting an International Relations point of view, have addressed the influence on global governance of World and Global Cities, together with their ability to create networks with political and economic interactions and their role as actors in the International System. Like all theoretical and methodological approaches, the one espoused by the above-mentioned studies has been subject to criticism, which has been tacked with in parallel to the consolidation of an epistemic community on the «city» in the discipline of International Relations. The author of this papers claims that thanks to the progress experienced since the eighties until today by the school of the Global City, its approach has become the best positioned perspective in the area of IR, although it is not the only one.

**Keywords:** global city, world city, global governance, ensemble theory, city networks, world city network.



## LOS SISTEMAS DE DEFENSA CONTRA DRONES, A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL

Cesáreo GUTIÉRREZ ESPADA\*

**SUMARIO:** 1. OBJETO DEL ESTUDIO Y PRECISIONES SOBRE SU CONTENIDO.—2. DRONES (*UNMANNED AERIAL VEHICLES*) Y SISTEMAS DE DEFENSA CONTRA DRONES (C-UAV O C-UAS): 2.1. Los Sistemas Aéreos No Tripulados (*Unmanned Aerial Systems*, UAS) son una innegable realidad que se consolidará y expandirá enormemente en un próximo futuro. 2.2. Y que explica (y justifica) el impulso actual de los Sistemas de Defensa contra ellos (*Counter Unmanned Aerial Systems*, C-UAS).—3. ¿ES CONFORME AL DERECHO INTERNACIONAL POSEER SISTEMAS C-UAS?—4. ACERCA DE LA UTILIZACIÓN POR UN ESTADO DE SUS SISTEMA C-UAS. LAS NORMAS PRIMARIAS Y SECUNDARIAS EN JUEGO (*IUS AD BELLUM* Y RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL): 4.1. Planteamiento (la prohibición del uso de la fuerza armada y sus excepciones en el Derecho internacional contemporáneo). 4.2. Legítima defensa y ataque armado: 4.2.1. Estado del Derecho internacional. 4.2.2. Su aplicación al empleo de Sistemas C-UAS. 4.3. La legítima defensa contra actores no estatales: 4.3.1. Estado del Derecho internacional. 4.3.2. Su aplicación al empleo de Sistemas C-UAS.

### 1. OBJETO DEL ESTUDIO Y PRECISIONES SOBRE SU CONTENIDO

1. Me voy a referir en el presente trabajo a los *Sistemas de Defensa contra Drones a la luz del Derecho internacional*.

2. Básicamente por dos razones:

Primera, porque el uso de drones, esto es, aeronaves pilotadas a distancia (en inglés, *Unmanned Aerial Vehicles*, UAV), para fines militares está creciendo exponencialmente como veremos enseguida.

Y, segunda, porque nuestro país ha abierto un proceso para regular, en todos sus aspectos posibles, los Sistemas de Defensa contra Drones, en particular

---

\* El presente Estudio se ha realizado en el marco del Proyecto I+D titulado *El Derecho Internacional ante los retos tecnológicos: en busca de un marco jurídico realista sobre las nuevas formas de uso de la fuerza*, DER2017-82368-R, cuya IP es María José Cervell Hortal. El autor del mismo es Catedrático (Emérito) de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales en la Universidad de Murcia ([cgutesp@um.es](mailto:cgutesp@um.es)). Las referencias a páginas *web* se han consultado, salvo especificación en contrario, el lunes 17 de junio de 2019.

los de pequeño tamaño. En este sentido, el Centro Conjunto de Desarrollo de Conceptos (CCDC) del Centro de Estudios Superiores de la Defensa Nacional (CESEDEN), del Ministerio de Defensa<sup>1</sup>, ha elaborado un documento al que se denomina *Concepto Nacional C-UAS LSS (Counter Unmanned Aerial Systems Low Slow Small)*, enero 2019, adoptado en el marco de un grupo de expertos de diversa procedencia y naturaleza. Más adelante concretaré algunos aspectos sobre los trabajos preparatorios y alcance que se pretende de dicho texto.

El Concepto fue aprobado el 23 de enero de 2019, en uso de las atribuciones que le otorga la LO 05/2005 de la Defensa Nacional, por el Jefe de Estado Mayor de la Defensa, General Fernando Alejandro Martínez.

## **2. DRONES (UNMANNED AERIAL VEHICLES) Y SISTEMAS DE DEFENSA CONTRA DRONES (C-UAV O C-UAS)**

### **2.1. Los Sistemas Aéreos No Tripulados (*Unmanned Aerial Systems, UAS*) son una innegable realidad que se consolidará y expandirá enormemente en un próximo futuro**

3. Sin entrar en el análisis técnico de estos Sistemas, baste partir del dato de que con ellos un artefacto sin piloto (un dron, *Unmanned Aerial Vehicle* UAV) es operado a distancia por un ser humano<sup>2</sup>.

Los Sistemas UAS sirven a propósitos civiles y militares. Y, en el caso de estos últimos, pueden ser no armados (fundamentalmente con fines de recolección de datos, de información) o armados<sup>3</sup>.

Asimismo, estos Sistemas pueden utilizar UAV de pequeño tamaño, velocidad reducida y altura media o baja. Precisamente los Sistemas UAS de pequeño tamaño (velocidad limitada y poca altitud) con fines militares son, en la actualidad, particularmente relevantes. Por razones varias:

— De una parte, su proliferación es innegable. Si en el año 2000 solo 17 países contaban con ellos, en 2015 han pasado a ser más de 76. Y no solo

<sup>1</sup> El CCDC «dirigirá y coordinará el estudio de nuevos conceptos operativos que sirvan de apoyo para la potenciación de las capacidades militares, manteniendo con los organismos homólogos de los países aliados y las organizaciones internacionales, así como con la Dirección General de Armamento y Material, las relaciones necesarias para la colaboración y el intercambio de información. Asimismo, promoverá y coordinará el estudio y desarrollo de la doctrina conjunta y combinada, manteniendo las relaciones que sean precisas con los órganos de las FAS y las organizaciones internacionales responsables en esta materia, a través del análisis de las lecciones identificadas y las carencias doctrinales» [art. 12, párrs. 1.c) y 4 de la Orden DEF/166/2015, de 21 de enero, por la que se desarrolla la organización básica de las Fuerzas Armadas, BOE núm. 35, 10 de febrero de 2015, texto consolidado].

<sup>2</sup> Sobre la utilización, clases, problemática y valoración, técnica y jurídica, de estos Sistemas véase *ad ex. Joint Doctrine Publication 0.30.2. Unmanned Aircraft Systems (JDP 0-30.2)*, dated August 2017, pp. 1-73, desarrollado por el Development, Concepts and Doctrine Centre (DCDC) del Ministerio de Defensa del Reino Unido, agosto 2017, pp. 1-73 (disponible en [www.gov.uk/mod/dcdc](http://www.gov.uk/mod/dcdc)).

<sup>3</sup> Sobre la creciente utilización de drones armados (en particular en la lucha contra el terrorismo) véase GÓMEZ ISA, F., «Los ataques con drones en Derecho Internacional», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 67/1, enero-junio 2015, pp. 61-92, esp. pp. 63-71.

Estados sino, además, lo que es preocupante, actores no estatales (incluidos grupos y organizaciones terroristas).

— De otra, los UAS de pequeño tamaño comportan para sus poseedores no pocas ventajas: su costo reducido desde luego, pero también la flexibilidad que caracteriza su empleo: son portátiles y no requieren campos de aviación ni otras redes de apoyo.

— En tercer lugar, los UAS de pequeño tamaño pueden ir armados. De hecho, hay constancia manifiesta de que poseen Sistemas UAS armados de pequeño tamaño: Estados Unidos, Reino Unido, Israel, China, Irán, Arabia Saudí, Emiratos Árabes Unidos y Egipto. La República Popular China es un importante proveedor de estos Sistemas.

— Y, en fin, las ventajas tácticas de los Sistema UAS de pequeño tamaño son considerables: su tamaño y velocidad relativa generan dificultades significativas para defenderse contra ellos, pues su detección visual y electrónica no es fácil; pero, además, su posible utilización «en enjambre» (elementos o unidades diferentes que coordinan y adaptan sus movimientos para dar lugar a un todo emergente y coherente) incrementa su peligro y amenaza considerablemente<sup>4</sup>.

— La conclusión *va de soi*: si los Sistemas de Defensa contra UAS (C-UAS) son necesarios, estos deben contar necesariamente con una capacidad de respuesta adaptada a los Sistemas UAS de pequeño tamaño<sup>5</sup>.

La característica probablemente más relevante de los Sistemas UAS es su proliferación. Los Sistema UAS crecen exponencialmente. El coronel del ejército de los Estados Unidos, Matthew T. Tedesco, cita un concluyente estudio de mercado del Grupo Teal en 2014:

— Los gastos en UAV en el mundo, cifrado en 6.400 millones de dólares al año, crecerá en diez años hasta los 11.500 millones, alcanzado, en veinte, los 91.000 millones de dólares.

— Lo cual comportará que el número existente de 4.000 tipos o clases de plataformas de esta naturaleza de UAV en circulación, en el mercado global, se incrementará enormemente en los próximos años.

— Y, simultáneamente, que haya cada vez más Estados que dispongan de UAV, tanto grandes como pequeños, de naturaleza militar<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> Sobre el uso de drones «en enjambre», CESEDEN, *Tecnologías asociadas a sistemas de enjambres de UAV*, Madrid, Ministerio de Defensa, 2012 (con estudios de D. ACUÑA CALVIÑO, pp. 7-10, 101-148 y 149-154; C. VERA SIBAJAS, pp. 11-18; M. A. BARCALA MONTEJANOS, pp. 19-44; F. MUÑOZ SANZ, pp. 45-52 y 53-50; P. GONZÁLEZ SÁNCHEZ-CATALEJO, pp. 61-100).

<sup>5</sup> FRANKE, U. E., «The global diffusion of Unmanned Aerial Vehicles (UAV), or “Drones”», en AARONSON, M., ASLAM, W., DYSON, T. y RAUXLOH, R. (eds.), *Precision strike warfare and intervention: Strategic, ethico-legal, and decisional implications*, Nueva York, Routledge, 2014, pp. 52-73; PALMER, Th. S. y GEIS II, J. P., «Derrota de pequeños Sistemas Aéreos No Tripulados civiles para mantener la superioridad aérea», *Air & Space Power Journal*, 29, 2017, núm. 4, pp. 66-82; PATTERSON, D. R., «Derrotando la amenaza de los Sistemas Aéreos No Tripulados Pequeños», *Air & Space Power Journal*, 31, 2017, núm. 1, pp. 12-22.

<sup>6</sup> TEDESCO, M. T., «Countering the Unmanned Aircraft Systems Threat», *Military Review (The Professional Journal of the U.S. Army)* (<https://www.armyupress.army.mil>), noviembre-diciembre 2015, pp. 64-69, esp. p. 65.

Y de la mano de su crecimiento numérico vendrá la alteración que estos ingenios causarán en los equilibrios existentes hasta hoy en el binomio amenaza/ataque v. defensa. Pues las ventajas tácticas y estratégicas que a su poseedor los Sistemas UAS aportan, generan riesgos muy serios para el amenazado/atacado y fuerzan en consecuencia a considerar imperiosa la necesidad de dotarse de Sistemas C-UAS<sup>7</sup>.

#### 4. Drones y Robots (Armas o Sistemas Autónomos) no son lo mismo.

Aun entendiendo *latu sensu* que los Sistemas Autónomos cabrían en la categoría de Sistemas UAS, las particulares características (y también su evolución y estado actual de desarrollo) de los Sistemas Autónomos los dejan fuera de este Estudio. El «núcleo duro» de la diferencia entre drones y robots reposa en el hecho de que los Sistemas Autónomos toman, por decirlo así, sus «propias decisiones» (con base en el *software*, creación humana sí, que portan)<sup>8</sup>.

Es, acaso, de interés reseñar que algunos Estados, que utilizan y regulan el uso de drones, han renunciado expresamente a los «Sistemas de Aeronaves Armadas Autónomas»<sup>9</sup>

## 2.2. Y que explica (y justifica) el impulso actual de los Sistemas de Defensa contra ellos (*Counter Unmanned Aerial Systems, C-UAS*)

5. Desde finales de 2014 al menos, empresas de defensa de distintos países (Estados Unidos, Reino Unido, Alemania, Francia, Suecia...) están desarrollando sistemas para contrarrestar la amenaza de los vehículos aéreos no tripulados [Sistemas *Counter-Unmanned Aerial Vehicles* (C-UAV)].

<sup>7</sup> Sobre los Sistemas UAS, sus clases, su evolución y estado de desarrollo actual véase GRUPO DE TRABAJO DE LA PLATAFORMA AEROESPACIAL ESPAÑOLA, *Sistemas de Vehículos Aéreos no Tripulados (UAS). Visión estratégica española. Resumen ejecutivo 2010*, doc. núm. PAE/Doc-uA/1007, pp. 1-6; SÁNCHEZ GÓMEZ, R. E., *Sistemas Aéreos No Tripulados y espacio aéreo en Europa. Una combinación estratégica*, IEEE Documento Marco 14/2011, 14 de diciembre, pp. 1-20; CESEDEN, *Los Sistemas No Tripulados*, marzo de 2012, Madrid, Ministerio de Defensa; CASEY-MASLEN, S., «¿La caja de Pandora? Ataque con drones: perspectiva desde el *ius ad bellum*, el *ius in bello* y el Derecho internacional de los derechos humanos», *International Review of the Red Cross*, junio de 2012, núm. 886, pp. 1-33; EUROPA PRESS, «Defensa crea el título de operador de sistemas aéreos no tripulados para militares», 25 de febrero de 2016, pp. 1-3 (<https://www.lainformacion.com>, consulta del lunes 17 de junio de 2019); THALES ESPAÑA, *Sistemas y soluciones para vehículos aéreos no tripulados*, pp. 1-9 (<https://www.thalesgroup.com>, consulta del lunes 17 de junio de 2019); MINISTRY OF DEFENCE, *Joint Doctrine Publication 0-30.2. Unmanned Aircraft Systems...*, op. cit., supra nota 2; «Seguridad y UAS: un problema a resolver», 4 de mayo de 2018, pp. 1-8 (<https://www.gradiant.org/blog/seguridad-y-uas/>, consulta del lunes 17 de junio de 2019).

<sup>8</sup> Sobre drones y robots ya me he ocupado anteriormente: véase (y la bibliografía que se cita) GUTIÉRREZ ESPADA, C. y CERVELL HORTAL, M.<sup>ª</sup> J., «Sistemas de armas autónomas, drones y Derecho internacional», *Revista del Instituto Español de Estudios Estratégicos*, 2013, núm. 2, pp. 1-32; también LIU, H.-Y., «Categorization and legality of autonomous and remote systems», *International Review of the Red Cross*, vol. 84, 2012, núm. 886, pp. 627-652.; MARTÍN IBÁÑEZ, E., «La autonomía en robótica y el uso de la fuerza», IEEE, *Documento de Opinión*, 27/2017, 14 de marzo de 2017, pp. 1-15.

<sup>9</sup> Por ejemplo, el Reino Unido: «*It is clear from the information above that UK does not possess armed autonomous aircraft systems and it has no intention to develop them*» (*Joint Doctrine Publication 0-30.2. Unmanned Aircraft Systems*, op. cit., nota 2, p. 43, párr. 4.18).

Episodios como el vuelo de drones desconocidos en la proximidad de hasta siete instalaciones nucleares francesas o el aterrizaje, un 26 de enero de 2015, de uno de estos ingenios [del tipo *Phantom*, fabricado por la empresa china Dajiang Innovations (DJI)] en el jardín de la mismísima Casa Blanca de los Estados Unidos, aumentaron las preocupaciones en este sentido en no pocos Estados.

6. Quizá sea útil, antes de comentar los Sistemas de Defensa contra UAS más relevantes, dejar claro que, en la actualidad, los Sistemas no cinéticos son claves en la defensa antidron, muy en particular en el caso de drones de pequeño tamaño y utilización en «enjambre». El empleo de armas cinéticas (aeronaves, misiles...) contra la amenaza de este tipo de drones, transportables fácilmente y de enorme eficacia en combates urbanos, implica un serio riesgo de daños colaterales. Las armas no cinéticas [fundamentalmente sistemas de armas láser y sistemas de armas de microondas de alta potencia (HPM)] neutralizan estas amenazas aéreas en principio sin destruir físicamente el dron hostil pero, de hacerlo, se lleva a cabo por medio de energía electromagnética, que minimiza enormemente el daño colateral<sup>10</sup>.

Un muestreo de los diversos proyectos en curso<sup>11</sup>, permite llegar a la conclusión de que a efectos prácticos (teniendo en cuenta, en particular, las implicaciones jurídicas y éticas de los mismos a las que me referiré después) pueden dividirse en tres clases:

a) Los *Sistemas que solo buscan detectar (y en su caso rastrear) UAV*. Tal es el caso, por ejemplo, de la empresa sueca SAAB, que en abril de 2015 presentó en la Feria DSEI (*Defence & Security Equipment International*), en Londres, en la que participaron más de 1.500 expositores de todo el mundo, su última versión del radar *Giraffe AMB*, sistema que se limita a detectar el vuelo de drones, aunque puede, naturalmente, combinarse con otros sistemas para destruirlo. El modelo, podría añadirse, fue adquirido por el Reino Unido para la defensa contra estas amenazas de las islas Malvinas (Falklands).

O del *Radar Multimisión Cobertura Hemisférica* (HMR), fabricado por la firma israelí *Radar HMR Systems*. Las Fuerzas Armadas de los Estados Unidos concertaron con la misma, el 17 de agosto de 2017, por ocho millones de dólares, la entrega (a lo largo de 2017) de decenas de estos dispositivos que han demostrado una gran capacidad para la localización de vehículos aéreos no tripulados de pequeño tamaño. El sistema HMR puede ser usado en áreas urbanas (para proteger, pongo por caso, edificios gubernamentales o eventos con VIP), zonas rurales (a fin de llevar a cabo acciones militares contra amenazas asimétricas o convencionales) o, incluso, el control de fronteras<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> Un interesantísimo estudio sobre las armas no cinéticas, sus clases, operatividad y funcionamiento en MARÍN DELGADO, J. A., *El sistema de defensa aérea no cinético, clave para la defensa antidron*, IEEE Documento Marco 21/2018, 29 de noviembre, pp. 1-58.

<sup>11</sup> Véase *ad ex.* SORIANO, G., «La industria de defensa entra en la carrera de los sistemas antidrones. Nuevos desarrollos de C-UAV», pp. 1-4 (<http://www.infodefensa.com>, consulta del lunes 17 de junio de 2019).

<sup>12</sup> DÍAZ CÁMARA, O., «El novedoso radar anti-UAV de las Fuerzas Armadas de los Estados Unidos», 21 de agosto de 2017, pp. 1-4 (<http://www.defensa.com>, consulta del lunes 17 de junio de 2019).

b) Los Sistemas que inutilizan drones que suponen una amenaza y aún asumen su control (sin destruirlos). Como el sistema de la empresa británica *Blighter Surveillance Systems*. El Ministerio de Defensa español adjudicó en abril de 2017 a la empresa CIAC, representante de *Blighter* en España, un contrato, por un importe estimado de dos millones de euros, por el que adquiere el Sistema de Defensa contra UAVS (AUDS en inglés) de la compañía británica, habiéndose encargado esta de la formación de los operadores españoles. El sistema AUDS detecta el dron mediante el empleo de un radar de barrido electrónico, inicia a continuación el seguimiento del aparato con cámaras infrarrojas y un *software* de vídeo avanzado y, entonces, utiliza un inhibidor de frecuencias (RF) no cinético para desactivar al dron (lo que lleva a cabo a una distancia de hasta diez kilómetros en aproximadamente quince segundos). La compañía británica destaca que el sistema permite al operador tomar el control efectivo del dron y forzar su aterrizaje seguro<sup>13</sup>. El sistema AUDS ya está instalado en la base española en Irak.

O el sistema C-UAV del complejo industrial europeo *Airbus Defence and Space*, que detecta UAV y evalúa su amenaza a una distancia entre cinco y diez kilómetros. El sistema puede, en caso necesario, interrumpir la conexión entre el vehículo y su operador o entre el vehículo y su sistema de navegación. Está preparado incluso para emplear sistemas avanzados que permitan tomar el control del vehículo no tripulado que supone una amenaza.

INDRA, destacada empresa española en el desarrollo de drones, presentó el 24 de marzo de 2017 su sistema inteligente ARMS (*Anti RPAS Multisensor System*) que detecta drones a varios kilómetros de distancia e inhibe la frecuencia en distintas bandas de la señal, que anula, de los equipos de geolocalización del dron y su enlace de comunicaciones con la estación de control que lo opera. La empresa INDRA está aplicando también técnicas de suplantación de la señal de posición del dron para que el sistema asuma su control y pueda dirigirlo a zonas sin peligro. El ARMS está pensado para drones pequeños y resulta particularmente adecuado en la protección de plantas industriales y aeropuertos, pero sobre todo de infraestructuras críticas<sup>14</sup> o edificios oficiales<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> «España adquiere un sistema capaz de desactivar drones en 15 segundos», 24 de julio de 2017, pp. 1-2, <http://infodrom.es>; NIÑO ROMERO, M., «Defensa adquiere un sistema para desactivar drones», pp. 1-4, <https://observatorio.cisde.es>; GALAXIA MILITAR. INFORMACIÓN DE DEFENSA Y ACTUALIDAD MILITAR, «España selecciona el sistema de defensa anti-UAV AUDS», 10 de julio de 2017, pp. 1-5 (<http://galaxiamilitar.es>) (todas las páginas consultadas el lunes 17 de junio de 2019).

<sup>14</sup> Las infraestructuras críticas son el conjunto de: «Instalaciones, redes, sistemas y equipos físicos y de tecnología de la información [...] cuyo funcionamiento es indispensable y no permite soluciones alternativas, por lo que su perturbación o destrucción tendría un grave impacto sobre los servicios esenciales» [art. 2.d) y e) de la Ley 8/2011, de 28 de abril, por la que se establecen medidas para la protección de las infraestructuras críticas, *BOE* de 29 de abril de 2011].

La «criticidad» de una infraestructura se fija en atención a tres criterios: el número de víctimas o de lesiones graves que, de ser atacada, puede generar; el impacto económico en función de las pérdidas y el deterioro de productos o servicios (incluido el eventual impacto medio ambiental); y el impacto público producido por la alteración de la vida ciudadana. En España, el anexo a la Ley 8/2011 de Protección de las Infraestructuras Críticas (que se extiende a la protección de las Infraestructuras Críticas Europeas) agrupa estas en 12 sectores:

(Véase nota 15 en página siguiente)

O, en fin, la empresa israelí Orad ha presentado recientemente, en la Exposición de Defensa de Israel (Tel Aviv), la última versión de su Sistema de Defensa contra Aviones No Tripulados Drom, que detectaría estos ingenios a más de 3.500 metros, los neutralizaría y haría aterrizar a dos kilómetros en un lugar predefinido para que la información no caiga en manos del enemigo y poder identificar la ubicación del operador. Con un peso de 38 kilogramos, el dispositivo viene prediseñado y ensamblado, es móvil y puede ser fácilmente desplegado en tierra o en el mar y en cualquier condición meteorológica<sup>16</sup>.

c) Y, finalmente, estarían los *Sistemas que destruyen físicamente (o derriban) los drones que suponen una amenaza*. Cuatro ejemplos podrían señalarse.

La compañía de misiles europea MBDA anunció en junio de 2015 que había logrado derribar un dron utilizando un generador láser que previamente había detectado y rastreado el objetivo<sup>17</sup>.

---

— Administración (servicios básicos, instalaciones, redes de información activas, principales lugares y monumentos nacionales).

— Espacio.

— Industria nuclear.

— Industria química.

— Instalaciones de investigación.

— Agua (embalses, almacenamiento, tratamiento y redes).

— Energía (centrales y redes de energía).

— Salud.

— Tecnología de la Información y las Comunicaciones.

— Transporte (aeropuertos, puertos, instalaciones intermodales, ferrocarriles y redes de transporte público, sistemas de control de tráfico).

— Alimentación.

— Sistema Financiero y Tributario (Banca, valores, inversiones).

Estas infraestructuras dependen de los sistemas de comunicaciones y por tanto el riesgo de interrupción por ataques cibernéticos ha aumentado considerablemente. Las infraestructuras críticas españolas se detallan en un Catálogo que integra 3.700 infraestructuras, de las que el 80 por 100 corresponden al sector privado. La Ley 8/2011 establece la creación, por el Ministerio del Interior, de un Catálogo Nacional de Infraestructuras Estratégicas: «Instrumento que contendrá toda la información y valoración de las infraestructuras estratégicas del país, entre las que se hallarán incluidas aquellas clasificadas como Críticas o Críticas Europeas, en las condiciones que se determinen en el Reglamento que desarrolle la presente Ley» (art. 4.1).

El Real Decreto 704/2011, de 20 de mayo, aprueba el Reglamento de protección de las Infraestructuras Críticas (BOE de 21 de mayo de 2011) que regula (Capítulo II de su Título I, arts. 3-5), el referido Catálogo. Este viene a ser una base de datos en la que se especifican las medidas de protección ante una eventual amenaza contra estas Infraestructuras, la «criticidad» y los planes de reacción «que activen una respuesta ágil, oportuna y proporcionada, de acuerdo con el nivel y características de la amenaza de que se trate» (art. 3.2). El Catálogo, un registro de carácter administrativo, contiene información «completa, actualizada y contrastada» de todas las infraestructuras estratégicas ubicadas en el territorio español, «incluyendo las críticas así como aquellas clasificadas como críticas europeas que afecten a España, con arreglo a la Directiva 2008/114/CE» (art. 3.1).

El Catálogo Nacional de Infraestructuras Estratégicas tiene, según la legislación española en materia de secretos oficiales, «la calificación de SECRETO, conferida por Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de noviembre de 2007» (art. 4.3).

<sup>15</sup> «Indra presenta su solución inteligente para detectar y contrarrestar drones» (<https://www.indra-company.com>, consulta del lunes 17 de junio de 2019).

<sup>16</sup> ITONGADOL, «Empresa israelí presenta nuevo Sistema de Defensa contra Aviones No Tripulados», <http://www.itongadol.com.ar> (consulta del lunes 17 de junio de 2019).

<sup>17</sup> SORIANO, G., *op. cit.*, nota 11.

La empresa alemana *Rhein-Metall Defence*, que presentó en la feria de Londres de 2015 ya citada [*supra* letra a)] su sistema láser naval con aeronaves no tripuladas. Se trata de un arma con cuatro láseres de alta energía (HEL) montados sobre una torreta y capaces de destruir un vehículo de este tipo a 500 metros de distancia<sup>18</sup>.

El 3 de noviembre de 2015, la agencia estatal de noticias Xinhua de la República Popular de China, citando un comunicado de la Academia Nacional de Ingeniería que participa en el proyecto, hizo público el éxito de la prueba de un sistema de defensa con rayo láser contra ingenios de pequeño tamaño no tripulados (drones), que vuelan a una altura máxima de 500 metros y a una velocidad inferior a 50 metros por segundo. El sistema, que puede ser instalado o transportado en vehículos y serviría de defensa en casos de eventos importantes en zonas urbanas, es capaz de derribar varios aparatos en un radio de dos kilómetros en tan solo cinco segundos tras su localización<sup>19</sup>.

En el primer semestre de 2017, en fin, la empresa *Israel Aerospace Industries* (IAI) presentó su sistema *Drone Defender* o *Drone Guard*, Sistema C-UAS que se integra en su conocido sistema de defensa contra ataques aéreos VSORAD (*Very Short Range Air Defense*). El sistema C-UAS presentado detecta drones hostiles, los rastrea y neutraliza; puede utilizar dos opciones: la opción «*soft kill*» o la opción «*hard kill*» (la primera minimiza eventuales daños colaterales que puedan causarse a población civil o infraestructuras no militares). La opción «*hard kill*» implica la utilización de láser de alta potencia. Este sistema podría servir para integrarse en las estructuras defensivas de facilidades «sensibles», ubicarse para proteger puntos clave de aéreas urbanas o instalarse en vehículos para cubrir maniobras de fuerzas armadas contra aeronaves o drones<sup>20</sup>. El Sistema *Drone Defender* se instalará en buques de la Armada española participantes en Operaciones de la Unión Europea<sup>21</sup>. La empresa israelí ha actualizado el Sistema muy recientemente, con el llamado *Next Generation Drone Guard*<sup>22</sup>.

7. Dado el crecimiento exponencial de los Sistemas UAS, resulta inevitable y crucial para el Estado dotarse de Sistemas de Defensa contra ellos. Incluso Grandes Potencias, como los Estados Unidos, se enfrentan a este dilema. Sin capacidades C-UAS adecuadas, los Estados Unidos tendrán más bajas y menores posibilidades de éxito en sus misiones en el mundo, lo que

<sup>18</sup> *Ibid.*

<sup>19</sup> «China prueba con éxito un sistema láser de defensa antiaérea», miércoles 2 de marzo de 2016 (<https://www.lainformacion.com>) (consulta del lunes 17 de junio de 2019).

<sup>20</sup> Centro de Estudios General Mosconi de Perspectiva Tecnológica Militar, Escuela Superior Técnica, Facultad de Ingeniería del Ejército, «Drone Defender: el arma "contra UAV" integrada a un sistema de defensa aérea (VSORAD)», 19 de junio de 2017, pp. 1-3 (<http://www.ceptm.iue.edu.ar>, consulta del lunes 17 de junio de 2018).

<sup>21</sup> CARRASCO, B., «Defensa dota a los buques de la Armada con sistemas contra UAV», 2 de noviembre de 2017, pp. 1-3 (<http://infodron.es>, consulta del lunes 17 de junio 2019).

<sup>22</sup> Sobre el mismo, sus características y ventajas, «IAI actualiza su Sistema contra UAS *Drone Guard*» (<https://www.defensa.com>, lunes 25 de febrero de 2019) (consultado, asimismo, el lunes 17 de junio de 2019).

influirá, debilitándolo, en la proyección de su poder global de apoyo a sus aliados y de defensa de sus propios intereses; podrá limitar, asimismo, su participación en las operaciones y coaliciones internacionales contra enemigos que cuentan con UAS. En un artículo reciente, un militar estadounidense lamentaba que su país se hubiese dado cuenta tan tarde de la necesidad de contar con Sistema C-UAS fiables y eficaces y formulaba a la Administración estadounidense hasta siete recomendaciones para mejorar sus capacidades en este campo. En suma, que las Fuerzas Armadas que no analizan las maneras de defenderse contra los UAS no se preparan adecuadamente para los conflictos del futuro<sup>23</sup>.

Estas consideraciones, todas ellas, son aplicables en conjunto a otros Estados. También a España. Máxime cuando nuestro país forma parte de la Cooperación Estructurada Permanente (CEP) autorizada por el Consejo de la Unión Europea el 11 de diciembre de 2017<sup>24</sup>, siendo uno de los proyectos que deben desarrollarse en su seno el de «Defensa contra Sistemas de Aeronaves No Tripuladas (C-UAS)»<sup>25</sup>.

### 3. ¿ES CONFORME AL DERECHO INTERNACIONAL POSEER SISTEMAS C-UAS?

8. La primera cuestión teórica que puede plantearse es si resulta conforme al Derecho internacional dotarse, que España lo haga, de Sistemas C-UAS.

España ratificó el Protocolo I de Ginebra el 11 de abril de 1989<sup>26</sup>, ya en vigor, que le obliga, por cuanto a las «armas nuevas» se refiere, a:

«Cuando una Alta Parte contratante estudie, desarrolle, adquiera o adopte una nueva arma, o nuevos medios o métodos de guerra, tendrá la obligación de determinar si su empleo, en ciertas condiciones o en todas las circunstancias, estaría prohibido por el presente Protocolo o por cualquier otra norma de derecho internacional aplicable a esa Alta Parte contratante (art. 36)»<sup>27</sup>.

<sup>23</sup> TEDESCO, M. T., *op. cit.*, nota 6, pp. 64-69.

<sup>24</sup> Decisión (PESC) 2017/2315, del Consejo, de 11 de diciembre, por la que se establece una cooperación estructurada permanente y se fija la lista de Estados miembros participantes (*DO L* 331, de 12 de diciembre de 2017, p. 57).

<sup>25</sup> Decisión (PESC) 2018/1797, del Consejo, de 19 de diciembre, que modifica y actualiza la Decisión (PESC) 2018/340 por la que se establece la lista de proyectos que deben desarrollarse en el marco de la Cooperación Estructurada Permanente (CEP), art. 1, párr. 1 (proyecto núm. 26) (*DO L* 294, de 21 de noviembre de 2018, p. 18).

<sup>26</sup> Sobre el Derecho internacional humanitario y su aplicación en el caso del empleo de Sistemas C-UAS véase LÓPEZ JACOÍSTE DÍAZ, E., *Drones armados y Derecho Internacional Humanitario*, Documento de Investigación 10/2018, Instituto Español de Estudios Estratégicos ([www.ieee.es](http://www.ieee.es)), junio 2018, pp. 1-20; y, desde la otra cara del espejo, sobre la aplicación del *ius in bello* en el caso del uso de drones armados, GÓMEZ ISA, F., *op. cit.*, nota 3, pp. 84-90.

<sup>27</sup> Instrumento de Ratificación de los Protocolos I y II adicionales a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativos a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales con o sin carácter internacional. Hechos en Ginebra el 8 de junio de 1977, *BOE* núm. 177, miércoles 26

Habida cuenta de la naturaleza defensiva de los Sistemas C-UAS, respuesta a la existencia y proliferación de Sistemas UAS, que (sin entrar en la cuestión que excede de los límites de este Estudio) en principio tampoco están *per se* (cuando su empleo respete el Derecho internacional) prohibidos<sup>28</sup>, no parece que nuestro país tenga problemas de legalidad internacional por su decisión de dotarse de Sistemas de Defensa contra UAS. Ni siquiera, en principio, respecto de los Sistemas C-UAS, vamos a decirlo así, de carácter armado, esto es, que emplean el uso de la fuerza para destruir UAV o, en general, Sistemas UAS que se consideren una amenaza.

La única cautela que habría de manifestarse en este sentido es la de que, aunque no parece hasta ahora ser el caso, deberíamos asegurarnos que nuestro país no es parte en algún tratado de desarme o en su caso se encontrara obligado por un texto internacional vinculante de otra naturaleza que eventualmente pudiera limitar a los sujetos partes el acceso a este tipo de armas (Sistemas C-UAS). Y, de ser el caso, asegurarnos, si algún tratado de esta naturaleza se adoptase, de la conveniencia de que España no se vinculase al mismo.

9. Esta exigencia (la conformidad con el Derecho internacional de la posesión de este tipo de armas por España) es aplicable, por lo demás, tanto si las mismas se ubican en territorio español como si lo están en bases o instalaciones que las Fuerzas Armadas españolas tengan en un país extranjero, en el que se encuentran.

En el primer caso, porque la normativa española que regule Sistemas de esta naturaleza debe adecuarse a las exigencias del Derecho internacional; y en el segundo, porque todo Estado está obligado, asimismo, a hacerlo.

#### **4. ACERCA DE LA UTILIZACIÓN POR UN ESTADO DE SUS SISTEMAS C-UAS. LAS NORMAS PRIMARIAS Y SECUNDARIAS EN JUEGO (*IUS AD BELLUM* Y RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL)<sup>29</sup>**

##### **4.1. Planteamiento (la prohibición del uso de la fuerza armada y sus excepciones en el Derecho internacional contemporáneo)**

10. Dado que existen drones armados (susceptibles de ser utilizados por Estados enemigos o por organizaciones terroristas) y dado también que los

---

de julio de 1989. Para un análisis del art. 36 citado véase *ad ex.* BACKSTROM, A. y HENDERSON, I., «Surging de nuevas capacidades de combate: los avances tecnológicos contemporáneos y los desafíos jurídicos y técnicos que plantea el examen previsto en el artículo 36 del Protocolo I», *International Review of the Red Cross*, junio de 2012, núm. 886, pp. 1-37.

<sup>28</sup> Véase GÓMEZ ISA, F., *op. cit.*, nota 3, pp. 71-74.

<sup>29</sup> No abordaré en el presente Estudio, más allá de relacionar las posibles conexiones que con el tema puedan surgir, porque hacerlo hubiera supuesto, de una parte, romper el hilo conductor esencial de lo que con él pretendo y, de otra, lo hubiese alargado en exceso, el análisis de las normas aplicables

Sistemas de Defensa c. Drones (Sistemas C-UAS) pueden emplear la fuerza armada, destruyendo físicamente el dron hostil, parece conveniente recordar el estado actual de las normas de Derecho internacional sobre la prohibición del uso o amenaza de la misma. Y, a continuación, aplicar esas normas a las diversas situaciones en las que podrían utilizarse Sistemas de Defensa c. Drones, a fin de constatar que su empleo resulta conforme al Derecho internacional.

11. El Derecho internacional prohíbe a sus sujetos el uso de la fuerza armada salvo en caso de genuina y estricta legítima defensa (arts. 2.4 y 51 de la Carta de Naciones Unidas).

La legítima defensa del art. 51 de la Carta da cobertura jurídica al uso de la fuerza armada por un Estado para defenderse del ataque armado de otro hasta que el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas adopte las medidas adecuadas para restablecer la paz y seguridad internacionales. El concepto de ataque armado, que activa el derecho de legítima defensa, implica actos armados de cierta entidad y gravedad. En el art. 3 de la *Definición de la Agresión* (Resolución 3314, XXIX, de 14 de diciembre de 1974), encontraremos ejemplos muy claros, en particular en su art. 3, letras a), b), c) y e).

No obstante, la legítima defensa no puede llevarse a cabo sin condiciones. El Derecho internacional consuetudinario exige que la misma se adecue, en su ejercicio, a tres requisitos:

- Necesidad.
- Inmediatez.
- Proporcionalidad.

A estas tres exigencias, que vienen de antiguo, el texto de la Carta añade una cuarta: el Estado que actúa en legítima defensa debe notificarlo de inmediato al Consejo de Seguridad.

Item más: el art. 51 de la Carta recogió finalmente (a instancias del grupo de Estados latinoamericanos) que la legítima defensa pudiese ser individual o colectiva. En el primer caso, un Estado se defiende del ataque armado que otro ha lanzado contra él. En el segundo (legítima defensa colectiva), un Estado usa la fuerza armada para defender a un tercer Estado que es objeto (él) de un ataque armado de otro; en este supuesto, el Tribunal Internacional de Justicia, en el asunto de las *actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua* (1986), exige para que la legítima defensa colectiva sea ejercida correctamente:

— Primero, que el Estado atacado declare formal y públicamente que está siendo objeto de un ataque armado.

---

en este caso sobre responsabilidad. Un estudio de la tenencia y uso de Sistemas C-UAS a la luz, en concreto y particularmente, del Derecho internacional de la responsabilidad, en GUTIÉRREZ ESPADA, C., *El desarrollo de un concepto conjunto de defensa contra sistemas aéreos no tripulados (C-UAS) a la luz del derecho internacional de la responsabilidad. Una aproximación preliminar*, Documento de Investigación 19/2018, Instituto Español de Estudios Estratégicos ([www.ieee.es](http://www.ieee.es)), junio 2018, pp. 1-40.

— Y, segundo, que el Estado atacado solicite formal y públicamente a otro u otros Estados que acudan en su defensa con base en el derecho de legítima defensa colectiva<sup>30</sup>.

12. Las normas del Derecho internacional en este punto, no obstante, han evolucionado notablemente, desde la adopción de la Carta. Y en dos sentidos fundamentalmente, que trataré a continuación por separado, referidos a las dos cuestiones que hoy son de particular relevancia.

## 4.2. Legítima defensa y ataque armado

### 4.2.1. *Estado del Derecho internacional*

13. La interpretación mayoritaria que el art. 51 de la Carta recibió defendía que la respuesta en legítima defensa solo resultaba posible cuando un Estado estaba siendo objeto de un ataque armado lanzado por otro. Lo que implicaba que el ataque armado debía estar en curso cuando se invocaba el derecho de legítima defensa. Una interpretación de esta naturaleza descartaría la legalidad de lo que se llamó *legítima defensa preventiva*, una respuesta armada anterior al desencadenamiento del ataque<sup>31</sup>.

Solo una parte de la doctrina anglosajona (autores anglosajones muy reconocidos apoyaban la tesis mayoritaria)<sup>32</sup>, defendía la invocación de la legítima defensa también en supuestos de ataques armados «inminentes».

14. Una tendencia importante nace a principios de los 2000 y parece, hoy, consolidada, según la cual el Derecho internacional contemporáneo avalaría la legitimidad de la legítima defensa contra una amenaza «inminente» de ataque armado.

— El Instituto de Derecho Internacional (IDI), en su resolución de Santiago de Chile (2007), precisaba que un ataque armado «manifiestamente inminente» podía generar el derecho de legítima defensa<sup>33</sup>. Recuérdese que

<sup>30</sup> Sentencia sobre el fondo, de 27 de junio de 1986, *ICJ Reports/CIJ Recueil 1986*, pp. 14 y ss., pp. 93 y ss. (párrs. 195 y ss.).

<sup>31</sup> Véase *ad ex.* BERMEJO GARCÍA, R., «Las denominadas nuevas tendencias en la lucha contra el terrorismo internacional: el caso del Estado Islámico», en GUTIÉRREZ ESPADA, C. y CERVELL HORTAL, M.<sup>a</sup> J. (dirs.), *El Estado Islámico (Daesh). ¿Aprenderemos la lección?*, Valencia, Tirant lo Blanch Humanidades, 2018, pp. 149-223, esp. pp. 155 y ss., 165-171 y 201 y ss.; y, también, las sensatas consideraciones de COCCHINI, A., «Intentando definir la legítima defensa “preventiva”», en CERVELL HORTAL, M.<sup>a</sup> J., ESCUDERO ESCRIBANO, J. F. y LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ, E. (coords.), *Liber Amicorum Romualdo Bermejo García y Cesáreo Gutiérrez Espada. El Derecho Internacional en un mundo cambiante: entre el inmovilismo y la ruptura*, Anuario Español de Derecho Internacional, 2018, núm. 34, pp. 499-524.

<sup>32</sup> Como, por ejemplo, BROWNLIE, I., *International Law and the use of force by States*, Oxford, Clarendon Press, 1968 (reimpresión de la edición de 1963).

<sup>33</sup> «El derecho de legítima defensa del Estado víctima nace ante un ataque armado (“agresión armada”) en curso de realización o manifiestamente inminente» (10<sup>é</sup>me Commission: Problèmes actuels du recours à la force en Droit International. A. Légitime défense, resolution 27 octobre 2007, párr. 3).

el IDI, en sus resoluciones, supone una expresión de la doctrina (doctrina colectiva en este caso), y que la «doctrina de los publicistas de las distintas naciones» es uno de los «medios auxiliares de determinación del contenido del Derecho» a los que se refiere el Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia [art. 38.1.d)].

— El Comité sobre el uso de la fuerza de la Asociación de Derecho Internacional (ILA), manifestación asimismo de la doctrina colectiva, en su Informe a la Conferencia de Johannesburgo (2016), hizo lo propio<sup>34</sup>.

— También el *Manual de Tallinn 2.0* (doctrina colectiva igualmente) elaborado por un grupo de expertos de la OTAN sobre la aplicación del Derecho internacional a las actividades en el ciberespacio, defiende esta tesis<sup>35</sup>.

— Y, por último y sobre todo, el entonces Secretario General de Naciones Unidas, el ganés Koffi Annan, en su Informe de 2005 a la Cumbre de Jefes de Estado o de Gobierno de la Asamblea General de Naciones Unidas, Informe efectuado como órgano de la misma (el secretario general es, sí, uno de los seis órganos principales de la Organización), afirma literalmente que el Derecho internacional desde hace mucho tiempo reconoce el derecho de legítima defensa ante ataques inminentes<sup>36</sup>.

Naturalmente, el Estado que invoca la legítima defensa ante un ataque armado aún no desencadenado pero que considera inminente, lo hace a su propio riesgo.

#### 4.2.2. *Su aplicación al empleo de Sistemas C-UAS*

15. Si aceptamos, lo que parece razonable, esta conclusión, el empleo de los Sistemas de Defensa c. Drones debería ajustarse a las consideraciones siguientes.

<sup>34</sup> *Draft Report on Aggression and the Use of Force (may 2016)*, Johannerbug Conference [2016], Use of Force, pp. 1-20, esp. p. 10 (<http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/1036>).

<sup>35</sup> *Tallinn Manual 2.0*, regla 73, pp. 350-354. Los ciberataques (rusos) a Estonia en 2007 provocaron que la OTAN estableciese en Tallín, la capital de Estonia, un Centro de Excelencia para la Ciberdefensa Cooperativa (CCDCOE). Una de las primeras iniciativas de este fue la creación de un Grupo Internacional de Expertos en Defensa, Seguridad y Derecho internacional para que elaborara un conjunto de reglas aplicables al ciberespacio como teatro de hostilidades. Este Grupo, presidido por Michael N. Schmitt (profesor del Departamento Jurídico del Colegio de Guerra Naval de los Estados Unidos), incluía juristas (académicos y prácticos) apoyados por un equipo de expertos técnicos, y en el desarrollo de sus trabajos participaron activamente como observadores (sin derecho de voto) el Comité sobre Ciberespacio de los Estados Unidos (USCYBERCOM), el Comité Internacional de la Cruz Roja y la OTAN. El Grupo culminó sus trabajos, tras tres años de esfuerzos, con el Manual de Tallin [SCHMITT, M. N. (gen. ed.), *Tallinn Manual on International Law applicable to Cyber Warfare*, <http://www.ccdcoe.org/249.html>]. El texto se publicó en formato papel por la Universidad de Cambridge [2013] reimpr. 2015). El Manual se compone de 95 reglas, que pretenden reflejar el Derecho internacional consuetudinario aplicable a los conflictos en el ciberespacio. Una segunda edición, considerablemente más amplia, se publicó en febrero de 2017 (*Tallinn Manual 2.0 on the International Law applicable to cyber operations, prepared by the International Group of Experts at the invitation of the NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017).

<sup>36</sup> A/59/2005, 21 de marzo de 2005, párr. 124.

La penetración sin autorización del dron desconocido de un Estado en el propio espacio aéreo o en la zona de seguridad de la base o instalaciones de las Fuerzas Armadas en territorio de otro Estado implica por sí mismo la violación de la soberanía territorial o, en su caso, de la zona de jurisdicción estatal que genera *per se* una amenaza contra la que debe reaccionarse:

— Si se trata de un *dron no armado* y respecto del cual se detecta que sus fines son de mero reconocimiento o de recogida de datos, el Derecho internacional en vigor no contempla un uso de la fuerza cuyo desenlace sea la destrucción física del artefacto. En tales casos, la utilización de los Sistemas C-UAS que implicasen la neutralización del dron y su control serían las respuestas adecuadas; una vez hecho aterrizar en lugar seguro, podría investigarse la información recopilada y clarificar posiblemente sus propósitos.

— Si pudiese detectarse que el *dron hostil en cuestión, no armado*, porta «mecanismos» susceptibles de ocasionar la interrupción o alteraciones en el funcionamiento de infraestructuras críticas, lo que, a su vez, pudiera dar lugar a la generación de daños físicos a las personas o los bienes (por ejemplo, sistemas capaces de alterar el funcionamiento de los sistemas de control del tráfico aéreo), y si su neutralización o toma de control no fuese posible en tiempo útil para eliminar la amenaza, el Derecho internacional en vigor permitiría su destrucción física mediante los Sistemas C-UAS apropiados. Ni que decir tiene que una intrusión «en enjambre» de drones de pequeño tamaño, altura y velocidad limitadas, permitiría *a fortiori* una respuesta análoga<sup>37</sup>.

— Finalmente, si un *dron armado* de otro Estado penetra sin autorización en el espacio aéreo nacional o en la zona de seguridad de las bases o instalaciones de las FAS en otro Estado, la amenaza se incrementa. Es evidente que en sí mismo considerada esa acción no podría entenderse como un ataque armado en sentido estricto (por el volumen de la amenaza de fuerza que representa, digámoslo así)<sup>38</sup>, por lo que la reacción del Estado amenazado debería canalizarse en primer término hacia la neutralización del ingenio y su toma de control, a fin de, tras la investigación correspondiente, poder formular las reclamaciones internacionales pertinentes al Estado que opera el dron.

No obstante, si ello no fuera posible o el tiempo necesario para proceder a su intercepción excediera del requerido para poder responder de manera

<sup>37</sup> Véase *supra* nota 4.

<sup>38</sup> La Profesora María José Cervell ha escrito recientemente que «a la vista de la jurisprudencia restrictiva de la CIJ parece poco probable que, al menos en la mayoría de casos, un uso de la fuerza por parte de un UAS fuera considerado ataque armado, sobre todo si se trata de artefactos ligeros o de reducido tamaño» [CERVELL HORTAL, M.<sup>a</sup> J., *La defensa contra sistemas aéreos no tripulados (C-UAS): una reflexión jurídica preliminar desde el punto de vista del uso de la fuerza*, Documento de Investigación 11/2018, Instituto Español de Estudios Estratégicos, julio 2018 ([www.ieee.es](http://www.ieee.es)), pp. 1-30, p. 17]. Así es, desde luego, en principio; pero hay otras consideraciones que deberían tenerse en cuenta [como, a mi juicio, la misma autora citada hace, por lo demás: «Ahora bien, otra cuestión sería si esa acción armada se dirigiera contra objetivos de especial importancia (piénsese en una torre de control de aeronaves, en un edificio o infraestructura militar o civil de carácter esencial) o que representaran de algún modo intereses vitales del Estado. También podría considerarse ataque armado la actuación en enjambre de varios UAS, pues sus acciones tendrían una envergadura mayor», *op. cit.*, pp. 17-18].

efectiva a la amenaza, todas las circunstancias del caso recomiendan proceder a la destrucción física del ingenio. Una acción de fuerza de esta naturaleza de los Sistemas C-UAS sería ajustada y proporcional a la amenaza inminente que un artefacto no identificado y sin autorización, con armas cinéticas a bordo, y operado por un Estado extranjero implica.

Item más, la misma respuesta sería procedente en situaciones en las que un Estado extranjero operase un «enjambre» de drones armados de pequeño tamaño y altura y velocidad reducidas.

16. El *Concepto Nacional contra UAS LSS* adoptado (enero 2019) por el Centro Conjunto de Desarrollo de Conceptos (CCDC) del Centro Superior de Estudios de la Defensa (CESEDEN) (Ministerio de Defensa)<sup>39</sup> tiene por objeto:

«Orientar el desarrollo de la futura capacidad integral que permitirá prevenir, detectar, identificar, decidir y, en su caso, neutralizar la amenaza de UAS LSS empleados de forma hostil, contra unidades desplegadas en operaciones e instalaciones militares, dentro y fuera del territorio nacional»<sup>40</sup>.

Y asume los planteamientos indicados:

— «La respuesta recomendada ante la incursión de un UAS LSS enviado por un Estado que llevara a cabo acciones *que no impliquen el uso de la fuerza*, es, como regla general, el empleo de medidas que tampoco lleven aparejado el uso de la fuerza» (párr. 105).

— «En el caso de que no fuera posible determinar con antelación suficiente si el UAS LSS pretende causar daños a gran escala o si las acciones fueran, de manera clara y sin lugar a duda, preparatorias de un ataque posterior de mayor escala, o fueran susceptibles de ocasionar indirectamente “daños físicos” a las personas o a los bienes, se podría emplear la fuerza. La respuesta más ajustada a Derecho sería la *neutralización* del UAS LSS, aunque si no fuera posible hacerlo se podría proceder a su destrucción» (párr. 106).

Habida cuenta del objeto, ya apuntado, del *Concepto*, que se extiende «a las operaciones e instalaciones militares dentro y fuera del territorio nacional» (lo que incluiría las operaciones e instalaciones de las Fuerzas Armadas Españolas en el marco de Operaciones para el Mantenimiento de la Paz decididas por una Organización internacional de la que España fuese miembro en un Estado extranjero), por una parte, y, por otra, de la doctrina del «control efectivo», hubiera sido, acaso, de interés que el *Concepto* hubiese contemplado las dos hipótesis posibles:

<sup>39</sup> El CCDC lidera los trabajos de un grupo de expertos provenientes tanto del ámbito del Ministerio de Defensa (MINISDEF), del Ministerio del Interior, como de la Industria y la Academia. En el Anexo E del *Concepto* (2019), pp. E1-E4, se da cuenta del equipo integrante del Proyecto.

<sup>40</sup> *Concepto...*, op. cit. (2019), párr. 06. Y el *Concepto* precisa: «A los efectos de este concepto, la categorización de la amenaza UAS LSS se centrará en aquellos sistemas que debido a sus características de reducida superficie equivalente radar, baja firma infrarroja y/o acústica, o vuelo a baja altura y velocidad, hacen que se sitúen *fuera de la envolvente* de detección, seguimiento, identificación y neutralización de los sistemas actuales de Defensa Aérea (DA)» (párr. 23).

— Que el «control efectivo» de las operaciones y, en su caso, de las instalaciones militares, fuese de las Fuerzas Armadas Españolas.

— O que lo fuese de los Mandos de la Operación para el Mantenimiento de la Paz en cuestión<sup>41</sup>.

### 4.3. La legítima defensa contra actores no estatales

17. El Tribunal Internacional de Justicia en dos ocasiones (2004 y 2005) ha defendido la idea de que el art. 51 de la Carta solo resulta aplicable en el marco de las relaciones entre Estados<sup>42</sup>. No obstante ello, opiniones disidentes de dos de sus jueces en ambos casos, manifestaron su oposición a tal punto de vista.

En la medida en que la Carta solo exige (para el desencadenamiento del art. 51) que un Estado sea objeto de un ataque armado, estos jueces entienden que cuando el ataque (armado) procede de un actor no estatal también sería posible invocar el artículo en cuestión<sup>43</sup>.

#### 4.3.1. *Estado del Derecho internacional*

18. La legítima defensa contra actos armados de actores no estatales es una cuestión abierta que cabalga hoy a lomos de una tendencia permisiva.

La resolución del IDI (2007) antes mencionada<sup>44</sup>, la opinión del Comité sobre el uso de la Fuerza de la ILA (2016) referida igualmente<sup>45</sup>, y el Manual de Tallinn 2.0 (2017) mencionado asimismo<sup>46</sup> se incardinan en la tendencia referida.

Más aún, la Resolución 2049 (2015), de 20 de noviembre, que el Consejo de Seguridad aprobó por unanimidad, «exhorta» a todo Estado con capacidad de hacerlo a utilizar «todos los medios necesarios», dada la naturaleza de la amenaza que para la comunidad internacional el autoproclamado Estado Islámico (también conocido como Daesh) representaba, a fin de erradicarlo de sus bases en territorio de Irak y de Siria. Invocando la mencionada re-

<sup>41</sup> Véase, sobre la cuestión, GUTIÉRREZ ESPADA, C., «El desarrollo de un concepto conjunto...», *op. cit.*, nota 29, pp. 8-11 (párr. 5).

<sup>42</sup> Asunto sobre las consecuencias jurídicas de la edificación de un muro en territorio (palestino) ocupado, Dictamen consultivo de 9 de julio de 2004, *ICJ Reports/CIJ Recueil 2004*, p. 194, párr. 139; asunto sobre las actividades armadas en el territorio del Congo, Sentencia de 19 de diciembre de 2005, *ICJ Reports/CIJ Recueil 2005*, p. 223, párr. 147.

<sup>43</sup> Por ejemplo, en el asunto sobre las actividades armadas en el territorio del Congo, *ICJ Reports/CIJ Recueil 2005*, Opinión de Kooijmans, p. 314, párrs. 27-29 y Opinión del Juez Simma, pp. 336-337, párrs. 8 y 11-12.

<sup>44</sup> *10ème Commission: Problèmes actuels du recours à la force en Droit International. A. Légitime défense*...), *op. cit.*, *supra* nota 33, párr. 10.i) y ii).

<sup>45</sup> ILA (Johannerbourg Conference), *Draft Report on Aggression and the Use of Force (may 2016)*..., *op. cit.*, nota 34, pp. 12-13.

<sup>46</sup> *Tallinn Manual 2.0*..., *op. cit.*, nota 35, p. 345, párr. 19 de la regla 71.

solución (y en particular su párr. 5), diversos Estados han procedido en los últimos años a atacar las bases e instalaciones del Daesh en ambos países. En Irak, con el consentimiento de su Gobierno, pero en Siria sin él. Dichos Estados han proclamado pública y oficialmente que sus actos se amparaban en el derecho de legítima defensa individual o colectiva. En lo que alcanza mi conocimiento, el Consejo de Seguridad no se ha planteado después en ningún momento la pretendida ilegalidad de dichas acciones<sup>47</sup>.

Probablemente, pues, la interpretación de que el derecho de legítima defensa es posible frente a actores no estatales «ha encontrado una acogida mayoritaria tanto en la doctrina como en los Estados»<sup>48</sup> o, en palabras del Profesor Casanovas:

«Basándose en la práctica reciente de la lucha antiterrorista contra grupos armados no estatales, y a pesar de que hay discrepancias doctrinales, se considera que “el Derecho en este ámbito parece haber cambiado”»<sup>49</sup>.

19. El único punto en el que no existe aún una opinión compartida por todos radica en si sería o no conforme al Derecho internacional en vigor respuestas armadas, bajo la cobertura de la legítima defensa, contra un actor no estatal en territorio de un Estado soberano que no da su permiso al efecto<sup>50</sup>. La consideración de que en tal supuesto las acciones armadas cometidas supondrían ignorar la soberanía territorial de ese Estado, así como causarían probablemente en él también daños colaterales consecuencia de los ataques al actor no estatal, pesan en quienes no consideran conformes con el Derecho internacional tales acciones<sup>51</sup>. Los defensores de las mismas argumentan que estas se dirigen contra el actor no estatal pero no contra el Estado, así como circunscriben su legitimidad al caso del Estado que no quiere o no puede

<sup>47</sup> Sobre las cuestiones a las que aludo, en el marco de la Resolución 2049 (2015) del Consejo de Seguridad véase *ad ex*. GUTIÉRREZ ESPADA, C., «“Choque de civilizaciones” (el autoproclamado Estado Islámico). Respuesta de la comunidad internacional. ¿Una “alianza de civilizaciones” contra el Estado Islámico?», *Anuario de los Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. XVI (2016), Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2017, pp. 111-214, II, apdo. 3.4 (párrs. 42-46).

<sup>48</sup> GÓMEZ ISA, F., *op. cit.*, nota 3, p. 78; véase asimismo BERMEJO GARCÍA, R., «Las denominadas nuevas tendencias...», *op. cit.*, nota 31, sobre todo pp. 201 y ss.

<sup>49</sup> CASANOVAS I LA ROSA, O., «El empleo de drones armados: una encrucijada normativa», en CERVELL HORTAL, M.<sup>a</sup> J., ESCUDERO ESCRIBANO, J. F. y LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ, E., *Liber Amicorum...*, *op. cit.*, nota 31, pp. 463-480, esp. p. 469.

<sup>50</sup> Véase *ad ex*. GÓMEZ ISA, F., *op. cit.*, nota 3, pp. 76-78.

<sup>51</sup> Como el Manifiesto presentado a la firma por el Centro de Derecho Internacional de la Universidad Libre de Bruselas (junio 2016) *Contre une invocation abusive de la légitime défense pour faire face au défi du terrorisme. A plea against the abusive invocation of self-defence as a response to terrorism*, pp. 1-3 (<http://cdi/ulb.ac.bl>). O, incluso, ILA (Johannerbourg Conference), *Draft Report on Aggression and the Use of Force (may 2016)*..., *op. cit.*, nota 34, pp. 12-13 [el Comité insiste en que el Derecho internacional en vigor considera ilegales (contrarios al art. 2.4 de la Carta y en general a la prohibición del uso de la fuerza armada) los ataques armados a actores no estatales en el territorio de un Estado soberano, sin que la distinción entre ataques en legítima defensa en el territorio del Estado huésped pero no contra el Estado huésped (sino solo sobre objetivos de los actores no estatales) pueda soslayar la violación de la soberanía territorial cometida; aunque el Informe admite que la cuestión sigue abierta]. Véase CERVELL HORTAL, M.<sup>a</sup> J., «Sobre la doctrina *unwilling or unable State* (¿podría el fin justificar los medios?)», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 70, 2018, núm. 1, pp. 77-100; *id.*, «La defensa contra sistemas aéreos no tripulados (C-UAS): una reflexión jurídica preliminar...», *op. cit.*, *supra* nota 38, p. 23.

(doctrine *unable or unwilling State*) impedir que desde su territorio actores no estatales planifiquen, preparen y a la postre perpetren actos armados en el territorio de otros Estados<sup>52</sup>.

#### 4.3.2. *Su aplicación al empleo de Sistemas C-UAS*

20. La aplicación de estas normas al supuesto de la irrupción no autorizada en el espacio aéreo de un Estado, España en nuestro caso, o en la zona de soberanía de las bases o instalaciones de las FAS españolas en el exterior de un dron operado por un actor no estatal supondría una amenaza innegable.

— Si se trata de un *dron de mero reconocimiento o de recopilación de información*, en principio su neutralización por los Sistemas C-UAS sería una respuesta adecuada.

— Si el *ingenio es cuestión está dotado de medios capaces de alterar el funcionamiento normal de infraestructuras críticas o de servicios públicos, con el riesgo consecuente de la producción de daños a personas o bienes*, su neutralización de ser posible en tiempo útil sería la primera opción, sin descartarse en otro caso su destrucción física.

— Si se trata de *drones armados*, también sería la mencionada, *a fortiori*, la respuesta por los Sistemas C-UAS.

Las circunstancias del caso determinarían, incluso, la posibilidad de acciones armadas contra las bases o instalaciones del actor no estatal desde las que se operan estos ingenios, a fin de eliminar una amenaza de nuevos ataques. Decisivo sería al respecto, a fin de permitir la invocación del concepto de legítima defensa ante ataques armados inminentes contra el actor no estatal (incluso en el territorio de un Estado que no autoriza tales acciones), el que este hubiese proclamado su intención de cometer, cuándo y cómo le resultase posible, actos de terror contra el Estado en cuestión, sin que dicha entidad respete en sus acciones (como su práctica demuestra) «línea roja» alguna. Es, precisamente, y por ejemplo, lo que el autoproclamado Estado Is-

<sup>52</sup> El Informe con el que el Presidente Obama se despidió de la Casa Blanca explica el uso de la fuerza llevada a cabo en la práctica en particular fuera de los Estados Unidos, y da cuenta de su conformidad, a su juicio, con el Derecho internacional en vigor. Y en él se asume que el derecho de legítima defensa no está limitado a las amenazas planteadas por Estados, sino que se extiende a las de actores no estatales («Por ejemplo, Estados Unidos emplea en la actualidad la fuerza contra ISIL [el autoproclamado Estado Islámico] en Siria en legítima defensa colectiva de Iraq [y otros Estados]»). Y añade (apoyándose en la doctrina «*unable or unwilling*») que el Derecho internacional reconoce que «los Estados, de conformidad con el derecho de legítima defensa individual o colectiva, cuando se enfrentan a un ataque armado *in actu* o inminente por grupos armados no estatales y el uso de la fuerza resulta necesario a causa de que el gobierno del Estado en el que la amenaza se localiza es incapaz o no desea prohibir el uso de su territorio a los actores no estatales en particular para llevar a cabo esos ataques [...], [pueden actuar] en legítima defensa contra los actores no estatales en el territorio de ese Estado sin su consentimiento». Precizando, además, que esta posibilidad está admitida «por el Derecho internacional consuetudinario» (*Report on the legal and policy framework guiding the United States' use of military force and related national security operations*, The White House, diciembre 2016, pp. 1-61, esp. pp. 9-10).

lámico (también conocido como Daesh), ha hecho con ciertos Estados (entre ellos España).

21. Aunque no se contemplan *expressis verbis* en el *Concepto (2019)* adoptado disposiciones que específicamente atiendan al empleo de Sistemas C-UAS no operados por un Estado, sí incluye entre los factores que han influido «en la percepción de la amenaza emergente que supone el empleo de UAS LSS de forma hostil contra fuerzas e instalaciones militares y civiles», el de su uso potencial por adversarios de naturaleza diversa, ofreciéndose (en la nota 8 de su párr. 18) del término «adversarios» una muy amplia categorización:

«Adversario es el conjunto de actores de un conflicto a los que se reconoce como potencial o abiertamente hostiles para los intereses propios o aliados y contra los cuales se puede prever el uso de la fuerza» [JEMAD, PAC-01(A), «Doctrina de empleo de la FAS», Madrid, 27 de febrero de 2018, párr. 337].

22. Así las cosas, acaso hubiese sido de interés que el *Concepto* hubiese contenido en su texto, en el marco de un uso de la fuerza C-UAS contra actores no estatales, las dos hipótesis posibles respecto de las operaciones y, en su caso, de las instalaciones militares de Fuerzas Armadas Españolas en el marco de una Operación para el Mantenimiento de la Paz decidida por una Organización internacional en un Estado extranjero (véase *supra* párr. 16 *in fine*).

## RESUMEN

### LOS SISTEMAS DE DEFENSA CONTRA DRONES, A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL

La creciente utilización de drones, armados y no armados, por Estados y actores no estatales, en el marco de conflictos armados internacionales y/o internos o en ausencia de ellos, fuerza a todo Estado que pretenda proteger a sus ciudadanos e infraestructuras, así como a sus Fuerzas Armadas, bases e instalaciones, dentro o fuera del territorio nacional, a dotarse de Sistemas de Defensa contra Drones, muy en particular los de pequeño tamaño, velocidad reducida y altura limitada (*LSS: Low, Slow, Small*).

Este trabajo estudia los tipos de Sistemas existentes y la valoración crítica de su tenencia y uso a la luz del Derecho internacional. Y aprovecha la reciente adopción (enero 2019) de un *Concepto Nacional contra UAS LSS* por el Centro Conjunto de Desarrollo de Conceptos (CCDC) del Centro Superior de Estudios de la Defensa (CESEDEN) (Ministerio de Defensa), para pronunciarse, asimismo, sobre este texto a la luz, igualmente, del Derecho internacional en vigor.

**Palabras clave:** actores no estatales, drones, Sistema de Defensa c. Drones, legítima defensa, uso de la fuerza.

## ABSTRACT

### DEFENSE SYSTEMS AGAINST DRONES, IN LIGHT OF INTERNATIONAL LAW

The increasing use of drones, armed and unarmed, by states and non-state actors, in the framework of international and / or internal armed conflicts or in the absence of them,

forces any State that intends to protect its citizens and infrastructures, as well as to its Armed Forces, bases and facilities, inside or outside the national territory, to equip itself with Defense Systems against Drones, particularly those of small size, reduced speed and limited height (LSS: Low, Slow, Small).

This paper studies the types of existing systems and the critical assessment of their possession and use in the light of International Law. And it takes advantage of the recent adoption (January 2019) of a National Concept against UAS LSS by the Joint Center for the Development of Concepts (CCDC) of the Higher Center for Defense Studies (CESED-EN) (Ministry of Defense), to also pronounce on this text in the light of current International Law.

**Keywords:** non-state actors, drones, Defense System c. Drones, legitimate defense, use of force.

Coordinación a cargo de  
Montserrat ABAD CASTELOS  
(Derecho Internacional Público)  
Inmaculada MARRERO ROCHA  
(Relaciones Internacionales)

### **EL LEGADO DE LA SOCIEDAD DE NACIONES/ *THE LEGACY OF THE LEAGUE OF NATIONS***

#### **THE LEGACY OF THE LEAGUE OF NATIONS: CONTINUITY OR CHANGE?**

Nigel D. WHITE \*

**SUMMARY:** 1. INTRODUCTION.—2. THE IMPORTANCE OF UNIVERSALITY.—3. THE AP-  
ARENT STRENGTHENING OF INSTITUTIONS.—4. ADDRESSING THE PAST NOT  
THE FUTURE.—5. THE CONTINUITY OF THE INTERNATIONAL LEGAL ORDER.

#### **1. INTRODUCTION**

A legacy is something left by a predecessor to its successor, in this case from the League of Nations to the United Nations (UN). Here «legacy» is understood broadly to mean what aspects of the League have proved foundational to today's international order, but also what aspects have been rejected in the post-1945 world. The drafters of the successor organisation had a choice as to which legacies to accept and which to reject, at least in terms of institutional structures and powers but, it will be argued, less so in terms of the continuity of the international legal order.

#### **2. THE IMPORTANCE OF UNIVERSALITY**

The idea of a world organisation focused on peace and security but also having a general competence in socio-economic matters was not lost with the collapse of the League in 1939, the Allies agreeing as early as 1942 on the need for a successor organisation, but it would be an «improvement» on

---

\* Professor of Public International Law, University of Nottingham (United Kingdom). This article is based on the text of a keynote address given at a conference: «The Legacy of the League of Nations», held in the University of Leicester, on 31<sup>st</sup> January 2019.

the League. For example, the relative ease with which states could withdraw from the League under Article 1(3) of the Covenant led the drafters of the UN Charter not to include a withdrawal clause - it should be hard to withdraw from an international organisation so integral to securing global peace.

The first draft of the Covenant emerging from the drafting Commission in 1919 was described by President Woodrow Wilson as a «living thing» and as a «constitution of peace, not as a League of War»<sup>1</sup>. However, he had to return to the Commission in March 1919 to propose pragmatic changes to the draft Covenant in order to try and persuade Congress to support the treaty, changes that included a withdrawal clause, an exclusion of matters within a member state's domestic jurisdiction, and a recognition of regional understandings such as the Monroe Doctrine<sup>2</sup>.

Membership was a serious problem for the League. In addition to the US refusal to join, there is no doubt that withdrawals did not help the League's cause. Between 1924-1940 sixteen states withdrew from the League, including Germany and Japan, weakening its universality and removing barriers preventing the slide towards conflict. In contrast, there has been limited practice of withdrawal in the case of the UN - the Indonesian «withdrawal» from the UN in 1965 was revised to be seen as a hiatus in cooperation a year later. Although there have been some withdrawals from the specialised agencies these have been fairly limited and, at least in some instances, in accordance with constitutional provisions. On the whole, though, it could be argued that the main reason why the UN prevails is that it is a universal organisation, providing as a bare minimum a forum for diplomatic interaction of government representatives.

### 3. THE APPARENT STRENGTHENING OF INSTITUTIONS

The legacy of the League and its perceived deficiencies can be seen in the institutional structures of the UN. The Council of the League was replaced with the Security Council, and the Assembly with the General Assembly, minor name changes in a way, but disguising fundamental changes in hierarchy, voting rules and powers. Thus the League's influence on the UN is at the same time clear and yet also limited.

The Covenant provided the beginnings of a public order for states in its sparse provisions, while the Charter provided a much more detailed constitutional-institutional blueprint for a peaceful world. The Covenant placed obligations on member states in a cooperative model based on sovereign equality, and while the Charter also does this, it goes so much further in centralising enforcement powers to impose sanctions and take military measures in the Security Council.

---

<sup>1</sup> HENIG, R., *The League of Nations*, London, Haus Publishing, 2010, p. 38.

<sup>2</sup> MACMILLAN, M., *Peacemakers: Six Months that Changed the World*, London, John Murray, 2002, p. 17.

At the San Francisco conference in 1945, President Harry S. Truman echoed the words of Woodrow Wilson and credited him with laying the path that eventually led to the UN. President Harry S. Truman spoke about the «continuity of history» with the Charter representing the realisation of the vision of Presidents Woodrow Wilson and Franklin D. Roosevelt. He also spoke of the Charter as a constitution («a charter for peace») with comparisons made to the constitution of the United States: «This charter, like our own Constitution, will be expanded and improved as time goes on»<sup>3</sup>.

There was very little, if any, centralisation of enforcement in the League, but a close scrutiny of Chapters V, VI, VII and VIII of the UN Charter as well as the purposes and principles in Articles 1 and 2, shows the Security Council has the potential to override the rules of international law when it deems it necessary for peace and security. Whether it is the prohibition on the use of force, the principle of non-intervention, the autonomy of self-defence or of regional organisations - the Security Council is an exception to all of these when wielding its powers under Chapter VII, moreover with the power to override competing treaty obligations. This is not so much as power prevailing over law, rather power being given the trappings of legality.

James Brierly's critique of the sanctioning power of both organisations illustrates the point that the centralisation of such power in the Security Council does not necessarily result in a more effective organisation. Article 16 of the Covenant defined the event upon which sanctions were to become applicable, namely «resort to war by a member state in disregard of its covenants, triggering obligations which then fall due from the other members»<sup>4</sup>. Each member of the League had to decide for themselves whether the event had happened and the obligation was due. Such a system led to varying responses from members of the League, but it did allow for sanctions to be imposed by members when, under the UN system a veto by one permanent member blocks collective measures. In the UN system this has increasingly led to states taking unilateral non-forcible measures outside the UN system. While the triggers for sanctions under the Covenant are relatively precisely defined, they are opaque under the Charter (especially the trigger of «threat to the peace» in Article 39), which does little to ensure that the Security Council will make a determination or that its determination is «just».

James Brierly's incisive critique was contrary to the orthodox view that viewed the unanimity requirement for League decisions as the major impediment to its success. James Brierly considers that the requirement that League decisions must be made unanimously in Article 5 was not a major cause of disruption because the obligations were imposed on individual members and did not normally require decisions of the League's organs to activate

---

<sup>3</sup> SCHLESINGER, S. C., *Act of Creation: The Founding of the United Nations*, Colorado, Westview Press, 2003, pp. 289-294.

<sup>4</sup> BRIERLY, J. L., «The Covenant and the Charter», *British Yearbook of International Law*, vol. 23 (1946), pp. 83 at 87.

them<sup>5</sup>. In contrast, the UN Charter requires Security Council decisions to be made in order to trigger members' obligations. When this is combined with the veto it is clear that UN action can never be taken against a permanent member; when any major threat to world peace will come from the aggressions of Great Powers.

However, Article 16(2) of the Covenant appeared to represent a move from a decentralised system of sanctions to a degree of centralisation for military measures by declaring that it shall be the duty of the Council «to recommend to the several Governments concerned what effective military, naval or air force the Members of the League shall severally contribute to the armed forces to be used to protect the covenants of the League». This appeared to prevent military action being taken against an aggressor because of the unanimity requirements of Article 5 of the Covenant. However, Article 16(4) provided an avenue to military action by stating that any member of the League that had «violated any covenant of the League may be declared to be no longer a Member of the League by a vote of the Council concurred in by the representatives of all the other Members of the League represented thereon». This was in addition to provisions in Article 15 of the Covenant that the vote of any party to a dispute was not to be counted for the purpose of unanimity.

Thus, an aggressive state, including a Great Power, did not have a veto over any measures proposed against it in the design of the Covenant. This meant that forcible enforcement action could be *recommended* against a Great Power by the League Council, while in the Security Council a veto of a Great Power could block any proposed *decision*. Thus, although the institutional powers of the UN Security Council seem greater than its predecessor, the UN system does not provide for any action against the permanent members, while the Covenant potentially did. In other words while in practice the League appeared deficient, the design of the Covenant was as not flawed as commonly portrayed. The League's lack of action was due to its failure to achieve universality and the unwillingness of those states that were members to accept their obligations under the Covenant. The shift to a seemingly powerful centralised organ in the UN Security Council has proved to be a false legacy.

Under the Covenant an aggressor could not be a judge in their own cause. Under the Charter, in contrast, Article 27 only prohibits a permanent member that is a party to a dispute from vetoing resolutions proposed under Chapter VI. This signifies that under the UN Charter a permanent member can be a judge in their own cause when voting on resolutions proposed under Chapter VII. In reality permanent members have extended their practice to vetoing resolutions proposed under Chapter VI by arguing in various, often unconvincing, ways that they are not parties to the dispute in question.

The counterfactual that the UN has had more practice of imposing sanctions and undertaking military action than the League can be explained not

---

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 88.

only by the fact that the UN has lasted much longer, but also by the fact that such operations have not been taken against the permanent members. In any case, UN practice on military measures is more akin to the voluntary one envisaged by the Covenant than the centralised system of military sanctions envisaged by Chapter VII of the UN Charter. The pretensions towards centralisation in the UN system have only been partially fulfilled in the form of improvised peacekeeping forces.

#### 4. ADDRESSING THE PAST NOT THE FUTURE

It was not the case that the League embodied peace through law and the UN peace through power; both organisations encapsulated the power structures of the day. However, it was true that the drafters of the Covenant held the belief that the legal procedures contained therein would prevent the world stumbling into another conflict of the type started in 1914. The British Prime Minister David Lloyd George was of the view that had the League organisation existed in the summer of 1914 war would not have broken out as Germany would automatically have been called to account before the permanent machinery of the League<sup>6</sup>. The processes of delaying resort to war, the provisions for conciliation, arbitration or reference to the Permanent Court of International Justice, as well as the guarantee against aggression, would have led to a cooling-off period in which statesmen would have resolved their differences. There was recognition, however, that this procedural approach would not stop a government set on a long-term policy of aggression, and, therefore, would prove not to be robust enough for the sort of ideologically driven aggression that started the Second World War.

Just as the drafters of the Covenant looked to 1914 for inspiration, so the drafters of the Charter based their thinking on the war that was coming to an end in 1945. The UN was premised on the need to confront the sort of ideological aggression seen in 1939 by a continuation of the United Nations, formed in 1942 to prosecute war through executive action. This led to the embodiment of the executive in the Charter, but such thinking also ensured that its composition reflected the Second World War, not any potential Third World War, which is more likely to be sparked by an imploding failed state, or a use of nuclear weapons, accidental or otherwise.

Woodrow Wilson argued strongly for «Peace without Victory» in 1918<sup>7</sup>, and eventually an armistice was agreed with Germany. Germany was defeated but not vanquished. In contrast to the UN, the League «could not be formed during the war since that would make it into an instrument of the victors»<sup>8</sup>. The first draft of the Covenant was put together in a matter of a

---

<sup>6</sup> HENIG, above note 1, p. 43.

<sup>7</sup> TOOZE, A., *The Deluge: The Great War and the Remaking of Global Order*, New York, Penguin, 2015, p. 54.

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 223.

fortnight by the League of Nations Commission in February 1919, after the war had ended. In contrast, the UN was formed in a nascent way in 1942 and formalised in 1945 within sight of completely vanquishing Germany and Japan, with the «enemy states» receiving particular attention in various provisions of the Charter.

The desire for an organisation capable of action was shown in the drafting of the UN Charter. At San Francisco, the Soviet delegate stated that one of the characteristics of the Security Council «was that actions should be fast and effective», pointing to the disastrous «effects of the suddenness of enemy action during the present war»<sup>9</sup>. This injection of supranationality into the Charter was presented as liberal institutionalist «progress», a further development that can be traced back through the League to the Concert of Europe<sup>10</sup>. In a more pragmatic vein, during the San Francisco conference the *New York Times* observed on 7 May 1945 that the smaller countries, many of which were devastated by war and concerned with simple survival, «reluctantly accepted the idea of virtual world dictatorship by the great powers» in return for having a «world organization», in which they would have some standing. Smaller states had no choice but to accept this new order. Importantly, they secured formal recognition of sovereign equality and a seat in the plenary body, which proved to be more than just a town hall meeting for the world.

It became very clear by the late 1940s that the dictatorship was a dysfunctional one that would not channel regular (but still inconsistent) collective action until 1990, but at the same time its permanent members shaped the world in their image. The Security Council was deadlocked, but its permanent members dominated the security landscape in particular through collective defence pacts, interventions and counter-interventions around the world, and the legalisation of the doctrine of nuclear deterrence, or «Mutually Assured Destruction», in the Nuclear Non-Proliferation Treaty of 1968.

Overall, the legacies of the League were mixed - some positive in the shape of the importance of universality, others negative in the sense of believing that greater centralisation would be the cure for the League when what was needed was probably a greater sense of obligation and commitment on the part of member states. The permanent members of the UN, in particular, have seen the veto and the powers of the Security Council as discretionary - a matter of choice, not obligation.

## 5. THE CONTINUITY OF THE INTERNATIONAL LEGAL ORDER

However, neither the Covenant nor the Charter represented clean breaks in the international legal order - they added a layer of international public

---

<sup>9</sup> 2<sup>nd</sup> meeting of Committee III/1 (UNCIO Doc. 130, III/1/3), p. 2.

<sup>10</sup> GOODRICH, L. M., «From League of Nations to United Nations», *International Organization*, vol. 1 (1947), pp. 3 at 5.

law on top of existing international customs and treaties<sup>11</sup>. Once created, both organisations contributed to the development of the international legal order. The end of the League did not mark the end of legal regimes it had helped to create governing slavery, practices similar to slavery, trafficking, the protection of children, working conditions, health, radio communications and many others - these were all continued and further developed in terms of normative content and compliance by the UN.

Moreover, the UN Charter did not represent a complete break in the international legal order. The Covenant did not represent the constitution of the old order and the Charter that of the new. Indeed, one might speculate that an argument against the Charter being the constitution of the post-1945 legal order is that the international legal order would survive the demise of the UN, just as it survived the demise of the League. Thus, there was no break in the international legal order in 1919 or in 1945, a continuity embodied in some ways by the unchanging nature of the International Court —from the PCIJ to the ICJ— with a continuation in the rule of recognition of the international legal order in the list of sources found in Article 38 of the Statute of the ICJ (which faithfully reproduced Article 38 of the Statute of the PCIJ).

The supercharging of the normal methods of lawmaking by a universal international organisation is perhaps the greatest legacy of the League of Nations. This like any legacy has both negative and positive aspects. The preservation of empires in the League system was due to the British and French governments' views prevailing over attempted changes wrought by Wilson's Fourteen Points. King George V expressed his concern in 1917 that there was «too much democracy in the air»<sup>12</sup>, but he need not have worried too much at least until the Thomas Franck made the argument for a right to democracy in the 1990s<sup>13</sup>.

The UN Charter did little to end empires<sup>14</sup>; they came to inevitable end in the early decades of the organisation and the new majority took little time in sounding their death knell in the 1960 Declaration of Decolonisation adopted by the General Assembly<sup>15</sup>, the basis of the development of the right and principle of self-determination. It has been through this type of momentous lawmaking resolution that the UN has truly continued the legacy of the League of Nations.

**Keywords:** League of Nations, United Nations, Covenant, Charter.

---

<sup>11</sup> MCNAIR, A. D., «The Functions and Different Legal Character of Treaties», *British Yearbook of International Law*, vol. 11 (1930), pp. 100 at 112.

<sup>12</sup> TOOZE, above note 7, p. 74.

<sup>13</sup> FRANCK, T. M., «The Emerging Right to Democratic Governance», *American Journal of International Law*, vol. 86 (1992), p. 46.

<sup>14</sup> MAZOWER, M., *No Enchanted Palace: The End of Empire and the Ideological Origins of the United Nations*, Princeton, Princeton University Press, 2009, p. 27.

<sup>15</sup> UN Doc. A/RES/1514 (1960).



# THE LEAGUE OF NATIONS AND THE EMERGENCE OF INTERNATIONAL ADMINISTRATION: FINDING THE ORIGINS OF INTERNATIONAL INSTITUTIONAL LAW

Richard COLLINS\*

**SUMMARY:** 1. INTRODUCTION.—2. THE LEAGUE OF NATIONS AND THE EMERGENCE OF INTERNATIONAL ADMINISTRATION.—3. COMING TO TERMS WITH THE LEAGUE *QUA* INTERNATIONAL ORGANISATION.

## 1. INTRODUCTION

In contemporary reflections on the history of international law and international organization the creation of the League of Nations in the aftermath of the First World War stands as a critical dividing line between an older, pre-institutionalised era of sovereign coexistence and a modern era of cooperation, conflict resolution and institutional governance. Projecting forwards from this point, however, the legacy of the League in its somewhat short-lived existence is rather more mixed. In terms of what was clearly its primary purpose, to pacify inter-state diplomacy and put an end to the scourge of war, its overriding failure is well-known and does not need repeating here. However, in terms of the League's contribution to the project of international organisation its contribution has been considerable and often overlooked. In fact, as Pitman Potter has claimed, the League has arguably made «a far greater contribution to the progress of international organisation than any other institution in history»<sup>1</sup>. Indeed, as Philippe Sands and Pierre Klein have equally commented, that it failed in its primary purpose —and, indeed, did so quite

---

\* Lecturer in International Law, University College Dublin. This text is based on remarks delivered at the conference: «The Legacy of the League of Nations», held in the University of Leicester, on 31<sup>st</sup> January 2019. My thanks to Rossana Deplano for the invitation to give those remarks and to the participants for helpful comments and feedback.

<sup>1</sup> POTTER, P. B., *An Introduction to the Study of International Organization*, 5<sup>th</sup> edn, New York/London, Appleton-Century-Crofts, 1948, p. 257. Nevertheless, he immediately follows up these remarks by noting that «in a certain sense and in a certain specific situation [the League was also] history's most colossal failure and disappointment».

dramatically— cannot be blamed so much on its institutional design as a more profound failure of political will of those states that were tasked with making the institution work<sup>2</sup>.

In this short contribution, then, I want to sketch out the importance of the League to the development of a modern law of international organisations (or international institutional law) —whether we consider this as a (sub-) discipline in itself or just a separate field of international legal study—<sup>3</sup> both in a practical and symbolic sense. I will do so, first, by considering the significance of the League in terms of institutional design and function, that is, the way in which core structures and practices would foreshadow central tenets of international institutional law. Secondly, however, I wish to consider the impact of the League, and with it the scholarly efforts to come to terms with the institution, as having a more symbolic but nonetheless still central impact on contemporary concerns surrounding international institutions. In short, I will suggest that the differing images of what the League actually was in a legal sense are illustrative of continuing uncertainties and tensions at the heart of the modern discipline today.

## 2. THE LEAGUE OF NATIONS AND THE EMERGENCE OF INTERNATIONAL ADMINISTRATION

In historical narratives on the development of international law the «move to institutions» that occurred in the wake of the First World War, with the creation of the League and International Labour Organisation (ILO) together [and the Permanent Court of International Justice (PCIJ) shortly thereafter] has tended to be portrayed as a new venture for the discipline, if not for the world at large: the beginnings of a great experiment of fundamentally restructuring the international legal system<sup>4</sup>. For instance, in his by-now-classic treatment of the topic, Inis Claude Jr. sees the «long» nineteenth century<sup>5</sup> leading to the outbreak of the First World War, with its experiments in international administration —the various *bureaux*, public international unions, river commissions, and so on— as the «era of *preparation for international organization*», whilst the creation of the League and ILO at the start of the interbellum period represent the «era of *establishment of inter-*

<sup>2</sup> SANDS, P. and KLEIN, P., *Bowett's Law of International Institutions*, 6<sup>th</sup> edn, London, Thomson Reuters, 2009, p. I-021.

<sup>3</sup> For discussion of the nature of, and some of the tensions within, «the discipline», see KLABBERS, J., «The Paradox of International Institutional Law», *International Organizations Law Review*, vol. 5 (2008), p. 151. For the purposes of this contribution I will use the terms international institutional law and the law of international organisations synonymously.

<sup>4</sup> See, most famously, KENNEDY, D., «The Move to Institutions», *Cardozo Law Review*, vol. 8 (1987), p. 841.

<sup>5</sup> The term was coined by the Marxist historian Eric Hobsbawm, but here I borrow it from Martti Koskenniemi: see KOSKENNIEMI, M., «The Legacy of the Nineteenth Century», in ARMSTRONG, D. (ed.), *The Routledge Handbook of International Law*, New York/Abingdon, Routledge, 2009, pp. 141 at 141-143.

national organization»<sup>6</sup>. In this somewhat teleological view of the development of modern international organisations the legacy of the League is said to lie in having consolidated earlier trends of the nineteenth century into a more recognisably modern institutional form: the administrative unions and *bureaux* are an obvious influence in shaping the League Secretariat; the moves towards permanent conference diplomacy, starting in Vienna in 1815 and culminating in the turn-of-the-century Hague Conferences, give rise to the League's Assembly; whilst the Concert of Europe's experiment with great power alliance and hegemony are transplanted into the permanent structures of the League Council<sup>7</sup>.

From the point of view of the modern law of international organisations, then, the League is seen as largely systematising these more *ad hoc* diplomatic and administrative practices into a more permanent, more recognisably modern institutional form. It is this basic constitutional architecture, the building blocks of a general plenary of all member states, a streamlined «executive» organ, and a permanent secretariat, which was to go on to be replicated in so many institutions since, though particularly in the United Nations (UN) and the many institutions that together make up the «UN system». Indeed, whilst the delegates at San Francisco tended to avoid overt references to the League in their deliberations leading to the drafting of the UN Charter, the influence of the League—in both a positive and a negative sense—was extensive enough to conclude that the new institution was in many senses simply a revised and rebooted version of a project begun some decades before<sup>8</sup>.

In this way, whilst the League clearly consolidated earlier trends, in terms of ambition and institutional design the creation of the institution in the aftermath of the Great War clearly marks out a sense of break and departure that makes it very much a product of the modern era of international organisation. This legacy comes not just from combining these organs in a by-now-quite-familiar institutional form, but also from the ambition towards the permanence of this institutional form, and indeed how such permanency left space for the constitutional development of the League into the future - even if this future turned out to be somewhat short-lived. This observation is particularly evident in relation to the League's Assembly, both in terms of its broad mandate and it having to forge a new path in carving out its own practices and procedures. Thus, on one level, in his famous history of the League, Francis P. Walters is clearly correct to observe that «never before had a full-scale international conference convened to discuss, not a specific problem or group of problems, but the whole field of international

---

<sup>6</sup> See CLAUDE JR., I., *Swords into Plowshares: The Problems and Progress of International Organization*, 4th edn, New York, Random House, 1971, p. 41. He also speaks of the nineteenth century institutions in terms of «ancestry», and the League-era in terms of «parentage».

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 43, and see BRÖLMANN, C., *The Institutional Veil in Public International Law: International Organizations and the Law of Treaties*, Oxford, Hart Publishing, 2007.

<sup>8</sup> CLAUDE JR., above note 6, pp. 72-74.

affairs»<sup>9</sup>. Going further still, however, what really marks out the novelty of the League Assembly was the way in which it was able to autonomously determine its own practices and evolve to meet new needs. As such, despite a formal requirement for unanimity in Assembly voting, a more informal practice of majority decision-making developed at the same time as the Assembly sought to expand its functions towards a broader remit in particular in light of the Council's waning influence. In fact, as Philippe Sands and Pierre Klein note, the shifting balance of power away from the Council towards the Assembly witnessed in the early years of the League's existence has very clear parallels with the shift of power that was to later occur in the formative years of the UN<sup>10</sup>.

It was, however, in the realms of the Secretariat of the League where the largest influence on the development of a genuinely *international* institutional law can be traced. The importance of the League Secretariat in this sense is carving out a genuine sense of an autonomous, truly international (and in that sense recognisably modern) form of administration - what would later come to be known as the «international civil service». According to Article 1 of the League's Staff Regulations, the League's officials were to be «exclusive international officials and their duties [were] not national but international»<sup>11</sup>. Still, much of the credit for carving out a genuinely autonomous space within which international civil servants could function lies with the League's first Secretary General, sir Eric Drummond. As Christian Tams reports, Eric Drummond insisted on the recruitment of suitably high-ranking and appropriately qualified personnel, securing a degree of geographical representation from across the member states, but also avoiding the usual state-based appointments and thereby making room for a genuine spirit of internationalism to emerge<sup>12</sup>. The League's Secretariat should therefore not be seen in quite the same terms as the kind of secretarial role witnessed in the previous century's *bureaux* and administrative unions. In particular, high ranking League officials held privileges and immunities for the first time on a par with state diplomats<sup>13</sup>. Furthermore, League personnel were given recourse to what was then the League of Nations Administrative Tribunal, an institution which outlasted the League itself and still subsists in the (retitled) form of the ILO Administrative Tribunal, serving approximately 58,000 international civil servants across a number of institutions which recognise its jurisdiction<sup>14</sup>. Of course, with elevated power and influence would inevitably come a degree of politicization in practice, both in terms of selection of personnel and the functioning of the Secre-

<sup>9</sup> WALTERS, F. P., *A History of the League of Nations*, Oxford, Oxford University Press, 1952, p. 128.

<sup>10</sup> SANDS and KLEIN, above note 2, p. I-019.

<sup>11</sup> Article 1 of the League of Nations Staff Regulations.

<sup>12</sup> TAMS, C. J., «League of Nations», in WOLFRUM, R. (ed), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, online at: <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e519>.

<sup>13</sup> Art. 7(4) League Covenant.

<sup>14</sup> See <https://www.ilo.org/tribunal/lang--en/index.htm> (last accessed 12 May 2019).

tariat<sup>15</sup>. Nevertheless, it is clear that the ideal and principle of a genuinely international administration was borne of this time.

As such, it is easy to see how this early practice and precedent would, with time and consolidation, offer a blueprint for other institutions to follow, and with it the source of a genuine sense of a law of international organisations. However, it remains clear that it is difficult to speak of a discipline or sub-discipline of study emerging as such until well into the latter half of the twentieth century. Indeed, aside from the League and ILO, interbellum institutions were still too few, and too divergent to speak confidently even of a recognisable concept of international organisation. Insofar as constitutional problems of international organisation emerged at this time such questions tended to be considered solely within the context of the particular regime itself, or else resolvable within the general law of treaties pertaining in the broader international legal system. In fact, in his brief historical survey of the field of international institutional law, Jan Klabbers claims that «[t]he interbellum period was basically a period of search, of trying to come to terms, however hesitantly, with international organizations and their place in the grander scheme of things»<sup>16</sup>.

This observation is borne out in the few instances where the Permanent Court of International Justice (PCIJ) was required to consider problems related to the work and functions of the interbellum institutions. The treaty framing was particularly evident in cases directly or indirectly addressing questions of the League's institutional competence, such as *Eastern Carelia* (1923)<sup>17</sup>, or *Nationality Decrees* (1923)<sup>18</sup>. Nevertheless, by the late 1920s, when the Court was faced with more fundamental questions surrounding the limits of the competence of more specialized, but therefore relatively centralised institutions, it is clear that it ascribed a much greater weight of authority to the idea of international organisations as autonomous actors, thereby capable of a certain constitutional progression. Indeed, not only do we see early recognition of the problem of the development of powers and competences not explicitly set out in institutional charters in the *European Commission of the Danube* advisory opinion (1927)<sup>19</sup>, but also a nod towards the idea of institutions as being fundamentally imbued with the power to determine their own competence —the *compétence de la compétence*— in the *Competence of the ILO* (1926) opinion. As the Court reasoned:

«The Court does not intend to indicate the limits of any discretionary powers which the International Labour Organization may possess as regards the ma-

<sup>15</sup> See ARMSTRONG, D., LLOYD, L. and REDMOND, J., *From Versailles to Maastricht: International Organisation in the Twentieth Century*, London, Palgrave, 1996, pp. 59-60.

<sup>16</sup> KLABBERS, J., «The Life and Times of the Law of International Organizations», *Nordic Journal of International Law*, vol. 70 (2001), pp. 287 at 290.

<sup>17</sup> *Status of Eastern Carelia*, Advisory Opinion, PCIJ Series B No. 5 (1923).

<sup>18</sup> *Nationality Decrees Issued in Tunis and Morocco*, Advisory Opinion, PCIJ Series B No. 4 (1923).

<sup>19</sup> *European Commission of Danube Between Galatz and Braila*, Advisory Opinion, PCIJ Series B No. 14 (1927).

king of incidental regulations. The Court would exceed its own competency should it essay to consider controversial cases, actual or hypothetical, on which its opinion is not asked, and to intimate what, in its judgment, the decision upon them should be»<sup>20</sup>.

Nevertheless, what is most revealing in these cases was a hesitant search for and attempt to come to terms with the juridical nature of international institutions. This, as I now go on to show, was a concern amplified in the academic literature of this time, and it is one which arguably establishes a more indirect, symbolic, but no less important legacy for the League to the modern study of international institutional law.

### 3. COMING TO TERMS WITH THE LEAGUE *QUA* INTERNATIONAL ORGANISATION

That the interbellum years were in a sense an antecedent period to the development of a law of international organisations proper is perhaps best surmised by the sheer dearth of general studies on international organisations as a general phenomenon. If anything, then, it was common to highlight the unique characteristics of each institution, but particularly the League, which was most often treated as an entity almost entirely *sui generis*. As Catherine Brölmann notes,

«it appears that “organisations” were not considered as one formal category in the same way as they are now. Rather than concentrating on the formal characteristics of an institution as a determining factor, observers took a material and a casuistic approach. The League was perceived as an entirely new phenomenon»<sup>21</sup>.

Whilst continental European jurists tended more towards systematization and generalization, it was more likely to see the trope of the «international organ» used to describe what the League was in a general sense, though the implications of this badge varied between those who saw it embodying simply a collective identity of the states that created it (*e. g.* in the work of Dionisio Anzilotti) and those who saw such organs as representing an interest of the international community as a whole (*e. g.* Pierre Kazansky)<sup>22</sup>. For others, particularly Anglo-American jurists, it was the unique character of the League that was central to its identity. Indeed, insofar as many recognized that the League likely possessed an international legal personality of its own, it was the special nature of its tasks and functions that seemed to justify this conclusion<sup>23</sup>. Thus, for Percy Corbett, the unprecedented character of the League meant that it had to be studied apart from the institutions that preceded it,

<sup>20</sup> *Competence of the international labour organization to regulate, incidentally, the personal work of the employer*, Advisory Opinion, PCIJ Series B No. 13 (1926) at 24.

<sup>21</sup> BRÖLMANN, above note 7, p. 61.

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 55.

<sup>23</sup> See *e. g.* WILLIAMS, J. F., «The Status of the League of Nations in International Law», reprinted in his *Chapters on Current International Law and the League of Nations*, New York, Longmans, Green

but it was also this character which gave rise to its institutional independence and thus identity as an international person:

«The League of Nations, as the subject of rights and duties distinct from those of its Members and recognized by the vast majority of civilized countries, is a person of international law [...]

The sphere assigned to it in the conduct of international affairs is too wide to permit of relegating it [...] to the class of Zweckverbände exemplified by the Universal Postal Union, the Telegraph Union, and the international Institute of Agriculture»<sup>24</sup>.

However, whilst this unique nature seemed to pull in one direction in the sense of the organisation's independence as a legal person, the same reasoning also seemed to justify the character of the League as a kind of federation of states - functioning less as a distinct actor within international law, and more as an overarching constitution for the international system as a whole. Thus, whilst in one breath Lassa Oppenheim used the *sui generis* argument to justify the League's international legal personality, placing the League on the same conceptual plane as states, at least in one sense, he also uses this argument to elevate the League above them. As he puts this:

«[T]he League [of Nations] appears to be a league absolutely *sui generis*, a union of a kind which has never before been in existence; and its constitutional organs as well as its functions are likewise of an unprecedented kind. *The Covenant of the League is an attempt to organise the hitherto unorganised community of states by a written constitution*»<sup>25</sup>.

Others followed suit, either in seeing the League as a constitutional development specifically, or as an attempt at a confederation or alliance of states. Here, the image of the League is one not of separate «actorness», but as contributing to a more long-standing project of «perpetual peace», or of delivery of a promised international rule of law<sup>26</sup>. Thus, on one level—in terms of legal form—the League Covenant was a treaty giving rise to a pact between states, but on another quite profound level—that is, in terms of function or effect—the Covenant was capable of creating a separate legal identity and imbuing that entity with the capacity to fundamentally restructure the very same legal system from which it was created. Interbellum jurists such as Arnold McNair<sup>27</sup>, or Hersch Lauterpacht<sup>28</sup> were explicit on this disjunction

---

and Co., 1929, pp. 477-500. See also ZIMMERN, A., *The League of Nations and the Rule of Law, 1918-1935*, London/New York, MacMillan and Co, 1936, p. 467.

<sup>24</sup> CORBETT, P., «What is the League of Nations?», *British Yearbook of International Law*, vol. 5 (1924), p. 119 at 147. See also OPPENHEIM, L., «Le Caractère Essentiel de la Société des Nations», *Revue Générale de Droit International Public*, vol. 26 (1919), pp. 234 at 238.

<sup>25</sup> OPPENHEIM, L., *International Law: A Treatise*, vol. 1, 3rd edn, London/New York, Longmans, Green & Co, 1920, p. 269.

<sup>26</sup> Most obviously, see ZIMMERN, above note 23; but see also POLLOCK, F., *The League of Nations and the Coming Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1918.

<sup>27</sup> MCNAIR, A., «The Functions and Differing Legal Character of Treaties», *British Yearbook of International Law*, vol. 11 (1930), p. 100.

<sup>28</sup> LAUTERPACHT, H., «The Covenant as the Higher Law», *British Yearbook of International Law*, vol. 17 (1936), pp. 54 at 64-65 in particular.

between legal form and treaty function<sup>29</sup>. For these jurists, the kind of multi-lateral «law-making» treaties that gave rise to international institutions could not meaningfully be considered alongside the kind of «treaty-contracts» that were more emblematic of traditional inter-state relations. As James Brierly put the same point, «[i]t is right that we should look behind the form of these treaties to their substantial effect»<sup>30</sup>.

The influence of this way of thinking to the development of a modern law of international organisations is critical. After all, many years later the International Court of Justice (ICJ) would deploy very similar language to explain the special nature of constituent instruments of international organisations:

«From a formal standpoint, the constituent instruments of international organizations are multilateral treaties, to which the well-established rules of treaty interpretation apply [...]. But the constituent instruments of international organizations are also treaties of a particular type; their object is to create new subjects of law endowed with a certain autonomy, to which the parties entrust the task of realizing common goals»<sup>31</sup>.

Nevertheless, this disjuncture is itself symptomatic of what would become ongoing tensions in the juridical character of international organisations more broadly. In fact, I believe that the interbellum debates about the juridical nature of the League foreshadow two related tensions at the core of the modern law of international organisations. The first goes to the character of international institutions in general. As a number of commentators have acknowledged, there is a noticeable schizophrenia at the core of the legal identity of international organisations. Their «open» architecture, functions as a method by which states and other actors can shape and influence the functioning of the international legal system as a whole yet, to the extent that such institutions take on a degree of autonomy to more effectively fulfil their mandate, they do so by assuming an international legal personality that «closes» them off as distinct actors existing on the same conceptual plane as states<sup>32</sup>.

Relatedly, a second tension arises in particular for institutions of universal scope such as the League or UN. Insofar as states not only work through these institutions to participate in the international legal system, but through this work also aim to fundamentally transform that system, such institutions take on the additional characteristic of being quasi-constitutional in character. Whether or not the constitutional analogy is used directly and explicitly to make sense of the UN today, as it sometimes is<sup>33</sup>, there is a difficulty in think-

<sup>29</sup> For discussion, see BRÖLMANN, C., «Law-Making Treaties: Form and Function in International Law», *Nordic Journal of International Law*, vol. 74 (2005), p. 383, as well as Chapter 7 of COLLINS, R., *The Institutional Problem in Modern International Law*, Oxford/Portland, Hart Publishing, 2016.

<sup>30</sup> BRIERLY, J. L., *The Law of Nations: An Introduction to the International Law of Peace*, 2nd edn, Oxford, Oxford University Press, 1936, pp. 48-49.

<sup>31</sup> *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1996, 66 at 74-75, para. 19.

<sup>32</sup> See generally BRÖLMANN, above note 7; COLLINS, above note 29.

<sup>33</sup> See e. g. FASSBENDER, B., *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2009.

ing of the UN or the League in precisely the same manner as organisations as diverse as, for instance, NATO or the ILO. The point is not just about whether one institution is more autonomous than another, but goes to the general sense in which organisations such as the UN fulfil quite a distinct and significant role in fundamentally restructuring interstate relations. Space precludes any more detailed elaboration of this point except to say that when, in what is arguably the most landmark case in the development of the law of international organisations, *the Reparation for Injuries Advisory Opinion*, the ICJ recognised the international legal personality of the UN, it did so in a way by acknowledging all of the above characteristics and, in language very similar to that deployed by Percy Corbett many years before, famously claimed that «fifty States, representing the vast majority of the members of the international community, had the power, in conformity with international law, to bring into being an entity possessing objective international personality»<sup>34</sup>. And with this conclusion there ensued a whole new round of conceptual debate and contestation in coming to terms with international institutions today, in our increasingly complicated world of global governance.

**Keywords:** League of Nations, International Institutions, Legal Personality, Autonomy, Administration.

---

<sup>34</sup> *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1949, 174 at 185.



## FEMINISMO Y RELACIONES INTERNACIONALES

### UN SIGLO DE FEMINISMO EN RELACIONES INTERNACIONALES

Irene RODRÍGUEZ MANZANO \*

1. El año 2019 supone un hito en las Relaciones Internacionales. Se cumple un siglo desde que David Davies y sus hermanas, Gwendoline y Margaret, auspiciaran la institucionalización de la «Cátedra Woodrow Wilson de Política Internacional», hecho considerado a menudo el acto fundacional de la disciplina<sup>1</sup>. A la sazón, la Política Internacional se definía como «la aplicación de la ciencia política a las relaciones internacionales, con especial referencia a los mejores medios para promover la paz entre las naciones»<sup>2</sup>. Así pues, el interés cognitivo de la nueva ciencia —sobre todo de los idealistas británicos— no era otro que eludir la repetición de un conflicto como la Primera Guerra Mundial.

2. Desde entonces, la narrativa canónica de la evolución de las Relaciones Internacionales se centrará en los grandes debates, comenzando con el debate entre «idealistas» y «realistas» y finalizando con el cuarto debate entre «positivistas» y «postpositivistas». Esta narrativa será, no obstante, cuestio-

---

\* Profesora Titular en la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad de Santiago de Compostela en el Área de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales ([irene.rodri-guez@usc.es](mailto:irene.rodri-guez@usc.es)).

<sup>1</sup> Esta no es la única genealogía de la disciplina. Para otras formulaciones, véanse SCHMIDT, B. C., *The Political Discourse of Anarchy: A Disciplinary History of International Relations*, Albany, State University of New York Press, 2008; VITALIS, R., «Birth of a Discipline», en LONG, D. y SCHMIDT, B. C. (eds.), *Imperialism and Internationalism in the Discipline of International Relations*, Albany, State University of New York Press, 2005, pp. 159-181; KNUTSEN, T. L., «A Lost Generation? IR Scholarship before World War I», *International Politics*, vol. 45, 2007, núm. 6, pp. 650-674, y GUILHOT, N. (ed.), *The Invention of International Relations Theory: Realism, the Rockefeller Foundation, and the 1954 Conference on Theory*, Nueva York, Columbia University Press, 2010.

<sup>2</sup> JOHN, I., WRIGHT, M. y GARNETT, J., «International Politics at Aberystwyth, 1919-1969», en PORTER, B. (ed.), *The Aberystwyth Papers*, Londres, Oxford University Press, 1972, p. 85.

nada en la década de 1990, a consecuencia del giro historiográfico que tiene lugar en la disciplina<sup>3</sup>. En este marco, un pequeño grupo de especialistas redefinen su historia y, fundamentalmente, el mapa intelectual del periodo de entreguerras. El profundo escrutinio del que es objeto el idealismo revela no solo su diversidad interna, sino también un conjunto de voces marginadas y excluidas<sup>4</sup>.

3. Entre estas voces marginadas y excluidas, algunos autores destacan el silencio de nuestra ciencia respecto al pensamiento feminista que caracterizó dicho periodo y que posteriormente se extenderá a su teoría feminista, cuyas referencias a dicho pensamiento y, en consecuencia, a la contribución de las mujeres a la formación intelectual de la disciplina, son exiguas<sup>5</sup>. Así pues, aunque es lugar común fechar la incorporación del feminismo a las Relaciones Internacionales a finales del decenio de 1980 y principios de la década de 1990, con la publicación de trabajos como los de Enloe o Tickner<sup>6</sup>, sostenemos aquí —frente a trabajos previos—<sup>7</sup> que dicha incorporación está estrechamente relacionada con el activismo de las mujeres en favor de la paz que rodeó a la Primera Guerra Mundial. No obstante, el examen de este activismo superaría considerablemente el espacio de esta breve contribución, lo que justifica que centremos nuestro análisis en el primer Congreso Internacional de Mujeres —celebrado en La Haya en 1915— y, en particular, en sus resultados<sup>8</sup>, una cuestión apenas presente en la narrativa canónica de las Relaciones Internacionales.

<sup>3</sup> Entre otros, véanse BELL, D., «International Relations: The Dawn of a Historiographical Turn?», *British Journal of Politics and International Relations*, vol. 3, 2001, núm. 1, pp. 115-126; BELL, D., «Writing the world: disciplinary history and beyond», *International Affairs*, vol. 85, 2011, núm. 1, pp. 3-22; SCHMIDT, B. C., «On the History and Historiography of International Relations», en CARLSNAES, W., SIMMONS, B. A. y RISSE, T. (eds.), *Handbook of International Relations*, Londres, Sage, 2.<sup>a</sup> ed., 2012, pp. 3-23, y SCHMIDT, B. y NICOLAS, G. (eds.), *Historiographical Investigations in International Relations*, Nueva York, Palgrave, 2019.

<sup>4</sup> Junto al trabajo de SCHMIDT referido en la nota 1, véanse también SCHMIDT, B. C. (ed.), *International Relations and the First Great Debate*, Londres, Routledge, 2012; WILSON, P., «The Myth of the First Great Debate», *Review of International Studies*, vol. 24, diciembre 1998, pp. 1-16; QUIRK, J. y VIGNESWARAN, D., «The Construction of an Edifice: The Story of a First Great Debate», *Review of International Studies*, vol. 31, 2005, núm. 1, pp. 89-107, y ASHWORTH, L. M., *A History of International Thought: From the Origins of the Modern State to Academic International Relations*, Nueva York, Routledge, 2014.

<sup>5</sup> Entre los trabajos que evitan dichos silencios, véanse ASHWORTH, L., «Feminism, War and the Prospects for Peace: Helena Swanwick and the Lost Feminists of Inter-war International Relations», *International Feminist Journal of Politics*, vol. 13, 2011, núm. 1, pp. 24-43; OWENS, P., «Women and the History of International Thought», *International Studies Quarterly*, vol. 62, 2018, núm. 3, pp. 467-481, y TICKNER, J. A. y TRUE, J., «A Century of International Relations Feminism: From World War I Women's Peace Pragmatism to the Women, Peace and Security Agenda», *International Studies Quarterly*, vol. 62, 2018, núm. 2, pp. 221-233.

<sup>6</sup> ENLOE, C., *Bananas, Beaches, and Bases: Making Feminist Sense of International Politics*, Berkeley, University of California Press, 1989, y TICKNER, J. A., *Gender in International Relations*, Nueva York, Columbia University Press, 1992.

<sup>7</sup> Entre otros, véase RODRÍGUEZ MANZANO, I., «En los márgenes de la disciplina: Feminismo y Relaciones Internacionales», en ARENAL MOYÚA, C. y SANAHUJA PERALES, J. A. (coords.), *Teorías de las relaciones internacionales*, Madrid, Tecnos, 2015, pp. 243-268.

<sup>8</sup> ADDAMS, J., BALCH, E. G. y HAMILTON, A. (eds.), *Women at The Hague: The International Congress of Women and its Results*, Nueva York, The Macmillan Company, 1915.

4. En abril de 1915, nueve meses después del comienzo de la Primera Guerra Mundial, aproximadamente 1.200 mujeres de doce países —combatientes y neutrales— se reúnen en dicho congreso para denunciar «la locura y el horror de la guerra» y construir las bases para alcanzar una «paz permanente»<sup>9</sup>. Con este fin, se adoptan veinte resoluciones, agrupadas en siete secciones: I. Las mujeres y la guerra, II. Acciones hacia la paz, III. Principios de una paz permanente, IV. Cooperación internacional, V. La educación de los niños, VI. Las mujeres y la conferencia de paz y VII. Acciones a tomar.

5. Las secciones I y II abarcan cuatro resoluciones. En las dos primeras, el Congreso se opone nítidamente a la guerra y a sus efectos devastadores sobre la humanidad, prestando especial atención a los «sufrimientos de las mujeres». Aunque la segunda resolución no define deliberadamente estos sufrimientos, las actas del congreso evidencian que se refiere —como advierte Baetens— al «uso de la violación masiva como estrategia y crimen de guerra»<sup>10</sup>. A pesar de estos sufrimientos, su oposición se extiende también a «la idea de que se puede proteger a las mujeres en las condiciones de la guerra moderna»<sup>11</sup>. De este modo, el congreso alude ya al «mito de la protección», una de las ideas centrales del feminismo contemporáneo. Este mito, como sostiene Pettman, «impone a los hombres las responsabilidades del soldado y a las mujeres la función de ser aquellas por quienes los hombres deben luchar», destacando a estos últimos como «agentes» y a las mujeres como «peones pasivos» de las Relaciones Internacionales, «independientemente de lo que hombres y mujeres estén haciendo»<sup>12</sup>.

6. Con todo, la reivindicación esencial del congreso no es otra —como refleja la tercera de las resoluciones anunciadas— que el fin inmediato de la Primera Guerra Mundial y, en tal sentido, requiere que se inicien «las negociaciones de paz». En este orden de cosas, la cuarta resolución determina que los países neutrales convoquen una conferencia que ofrezca «sin demora [...] una mediación continua» para alcanzar dicha paz<sup>13</sup>. Esta resolución

<sup>9</sup> WOMAN'S PEACE PARTY, *Report of the International Congress of Women, The Hague-The Netherlands, April 28th to May 1st, 1915: president's address: resolutions adopted: report of the committee visiting European capitals*, Chicago, The Woman's Peace Party, 1915, p. 11.

<sup>10</sup> BAETENS, F., «International Congress of Women (1915)», en WOLFRUM, R. (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, vol. 5, 2012, p. 456. Véase también INTERNATIONAL WOMEN'S COMMITTEE FOR PERMANENT PEACE, *International Congress of Women. The Hague April 28<sup>th</sup> to May 1<sup>st</sup> 1915, Bericht-Rapport-Report*, Keizersgracht, International Women's Committee for Permanent Peace, 1915, pp. 79 y 80.

<sup>11</sup> WOMAN'S PEACE PARTY, *op. cit.*, nota 9, p. 11.

<sup>12</sup> PETTMAN, J. J., «Feminist International Relations After 9/11», *The Brown Journal of World Affairs*, vol. 10, 2004, núm. 2, p. 89. Sobre el «mito de la protección» véanse, entre otros, STIEHM, J. H., «The Protected, the Protector, the Defender», *Women's Studies International Forum*, vol. 5, 1982, núms. 3/4, pp. 367-376; YOUNG, I. M., «The Logic of Masculinist Protection: Current Reflections on the Security State», *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, vol. 29, 2003, núm. 1, pp. 1-25, y LEE-KOO, K., «War on terror/war on women», en BELLAMY, A. J., BLEIKER, R., DAVIES, S. E. y DEVETAK, R. (eds.), *Security and the War on Terror*, Nueva York, Routledge, 2009, pp. 42-54.

<sup>13</sup> WOMAN'S PEACE PARTY, *op. cit.*, nota 9, pp. 11 y 12.

se fundamenta principalmente en el plan formulado por una de las delegadas del congreso —Julia Grace Wales— en diciembre de 1914 y cuyo título, «Continuous Mediation Without Armistice», sintetiza perfectamente su contenido. Asumiendo que las partes involucradas en la guerra —beligerantes y neutrales— buscan la conclusión del conflicto, el plan establece que la mencionada conferencia la conformaría una comisión de expertos que formularían y presentarían propuestas a los países beligerantes para favorecer el establecimiento de una paz permanente<sup>14</sup>. Un proyecto similar había sido formulado por otra de las delegadas del congreso —Rosika Schwimmer— en agosto de 1914, si bien el plan de Wales era más detallado y explícito. Además, este plan había sido aprobado por las cámaras legislativas del Estado de Wisconsin y enviado al Congreso de los Estados Unidos para su consideración<sup>15</sup>.

7. Cinco resoluciones conforman la tercera de las secciones apuntadas, en la que se exhorta a los Estados a comprometerse con un conjunto de principios para una paz permanente. Estos principios comprenden el respeto del derecho de autodeterminación de los pueblos (resolución 5), el recurso al arbitraje y la conciliación en la solución de controversias internacionales (resolución 6), el deber de alcanzar un acuerdo para «ejercer presión social, moral y económica sobre cualquier país que recurra a las armas en lugar de remitir su caso al arbitraje o la conciliación» (resolución 7), el control democrático de la política exterior (incluyendo la representación igualitaria de hombres y mujeres) (resolución 8) y el reconocimiento de la igualdad de derechos políticos entre los sexos (resolución 9)<sup>16</sup>. Visto en su contexto histórico, este último principio era especialmente significativo, pues, entonces, el sufragio universal —por ejemplo— solo lo habían reconocido Australia, Dinamarca, Finlandia, Noruega y Nueva Zelanda<sup>17</sup>.

8. La sección IV abarca seis resoluciones, referidas —como avanzamos— a la cooperación internacional. Estas resoluciones hacen un llamamiento a los Estados para que convoquen «una tercera Conferencia de La Haya [...] inmediatamente después de la guerra» (resolución 10), y establezcan una organización internacional o «Sociedad de Naciones». Esta organización celebraría reuniones periódicas, «en las que las mujeres deberían participar», con el propósito de ofrecer «propuestas prácticas» que fomentasen «la cooperación internacional entre los Estados». Además, estaría integrada por una «Corte Permanente de Justicia Internacional» y un «Consejo Permanente de Conciliación e Investigación» (resolución 11). Esta proposición anticipa la recogida en los Catorce puntos de Wilson y, particularmente, en su último punto, en el que se proyecta —como es bien sabido— «la creación de una asociación general de naciones».

---

<sup>14</sup> WALES, J. G., *Continuous Mediation Without Armistice*, Madison, Woman's Peace Party, 2015, p. 5.

<sup>15</sup> ADDAMS, J., BALCH, E. G. y HAMILTON, A., *op. cit.*, nota 8, p. 3.

<sup>16</sup> WOMAN'S PEACE PARTY, *op. cit.*, nota 9, pp. 12 y 13.

<sup>17</sup> ADAMS, J., *Women and the Vote: A World History*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 437.

9. En esta sección, el congreso aboga también por alcanzar —a largo plazo— el «desarme universal», cuya garantía hace depender de la celebración de un «acuerdo internacional». Con este fin, los Estados —a medio plazo— deberían «hacerse cargo de la fabricación de armas y municiones de guerra y controlar todo el tráfico internacional» (resolución 12). El arraigado convencimiento —ya en 1915— de que una de las causas principales de la Primera Guerra Mundial había sido la carrera armamentística entre Gran Bretaña y Alemania justifica esta resolución, cuyo contenido, por lo demás, es casi idéntico al punto 4 de los referidos Catorce puntos de Wilson. En este punto se propone el establecimiento de «garantías adecuadas para la reducción de los armamentos nacionales».

10. Coinciden también con los Catorce puntos de Wilson, las resoluciones decimotercera y decimocuarta. En la primera de ellas, el congreso apuesta —conforme a los puntos 2 y 3— por el libre comercio y la libertad de los mares, mientras la segunda requiere —en consonancia con el punto 1— que «todos los tratados secretos sean nulos» y que en «la ratificación de futuros tratados» participe al menos el legislativo<sup>18</sup>. Esta sección se cierra con una resolución en la que no solo se reafirma la igualdad de derechos políticos de hombres y mujeres, sino también sus derechos civiles y, yendo más allá, recalca la importancia de poner en práctica —tanto interna como internacionalmente— dicha igualdad (resolución 15)<sup>19</sup>.

11. Las secciones V y VI dirigen su atención —como adelantamos también— a los niños y las mujeres. Estas secciones incorporan los intereses de ambos al disponer que la educación de los niños debe orientarse hacia la paz (resolución 16), se haga extensivo el derecho al voto de las mujeres (resolución 17) y se garantice a estas últimas su participación en la conferencia destinada a formular el acuerdo de paz al finalizar la guerra (resolución 18).

12. Dos resoluciones conforman la VII y última sección. Entre las «acciones a tomar» —como reza su título— se propone la celebración de una «reunión internacional de mujeres» —en paralelo a la referida conferencia— que presente «propuestas prácticas» a esta última (resolución 19) y se recoge el acuerdo de «llevar el mensaje expresado en las Resoluciones del Congreso a los gobernantes de las naciones beligerantes y neutrales de Europa y al presidente de los Estados Unidos» (resolución 20). Presentada por Rosika Schwimmer, esta resolución fue tan controvertida que se sometió a votación. Varias delegadas, entre ellas la presidenta del congreso, Jane Addams, expresaron sus dudas sobre la factibilidad de que un grupo de mujeres viajara por Europa en plena guerra. El contraargumento lo resumen las palabras de otra de las delegadas —Florence Holbrook— al expresar su deseo de que «las re-

---

<sup>18</sup> Mientras el punto 2 destaca la importancia de la «absoluta libertad de navegación en la paz y en la guerra fuera de las aguas jurisdiccionales, excepto cuando los mares quedasen cerrados por un acuerdo internacional», el punto 3 aboga por la «desaparición, tanto como sea posible, de las barreras económicas» y el punto 1 se refiere a «convenios abiertos y no diplomacia secreta en el futuro».

<sup>19</sup> WOMAN'S PEACE PARTY, *op. cit.*, nota 9, pp. 13-15.

soluciones aprobadas por este congreso internacional no sean solo palabras, palabras, palabras, sino que se puedan traducir en acciones»<sup>20</sup>.

13. Finalizado el congreso, Jane Addams, Aletta Jacobs, Alice Hamilton y Frau von Wulfften Palthe visitaron a los líderes políticos de los países beligerantes, mientras Chrystal Macmillan, Rosika Schwimmer, Emily Balch y Cor Ramondt-Hirschmann lo hicieron en los países neutrales. Con todo, Addams y Balch se reunieron con el presidente Wilson, al que no lograron convencer sobre su plan de mediación, pero que definió las resoluciones como «la mejor formulación presentada hasta el momento por nadie»<sup>21</sup>. Más allá de esta calificación, estas resoluciones —como hemos expuesto— no son solo notablemente cercanas en sustancia a los Catorce puntos que Wilson defendió al terminar la guerra, además —como hemos apuntado también— van más allá, especialmente por lo que se refiere a las mujeres.

14. En suma, la ausencia de estudios sobre estas «pioneras por la paz» —parafraseando a Bussey y Tims—<sup>22</sup> en las recientes reevaluaciones del mapa intelectual del periodo de entreguerras es una laguna importante en la nueva historiografía de nuestra ciencia y, consecuentemente, para la comprensión del papel jugado por el feminismo en su institucionalización. Así pues, la incorporación del feminismo a las Relaciones Internacionales a finales de la década de 1980 y principios del decenio de 1990, no fue tanto una llegada como un retorno; o —en otras palabras— el feminismo no llegó tarde a las Relaciones Internacionales, fueron estas las que llegaron tarde al feminismo.

**Palabras clave:** Relaciones Internacionales, historiografía, feminismo, Congreso internacional de Mujeres.

**Keywords:** International Relations, historiography, feminism, International Congress of Women.

<sup>20</sup> INTERNATIONAL WOMEN'S COMMITTEE FOR PERMANENT PEACE, *op. cit.*, nota 10, p. 171.

<sup>21</sup> WOMEN'S INTERNATIONAL LEAGUE FOR PEACE AND FREEDOM, *Report of the International Congress of Women, Zurich, May 12 to 17, 1919*, Génova, Women's International League for Peace and Freedom, 1919, p. 196.

<sup>22</sup> BUSSEY, G. y TIMS, M., *Pioneers for Peace. Women's International League for Peace and Freedom 1915-1965*, Oxford, Alden Press, 1980.

## TEORÍA FEMINISTA Y RELACIONES INTERNACIONALES: BALANCE DE CUARENTA AÑOS DE ACTIVISMO ACADÉMICO EN EL CENTENARIO DE LA DISCIPLINA

Leire MOURE \*

1. Hace apenas unos meses A. J. Tickner y J. True argumentaban «que el feminismo no llegó tarde a las Relaciones Internacionales». Contrariamente fueron estas las que «llegaron tarde al feminismo»<sup>1</sup>. Esta reflexión, realizada a la luz de la conmemoración del centenario del nacimiento de la disciplina, entraña una profunda crítica a las reconstrucciones historiográficas plasmadas en lo que conocemos como la narrativa canónica de las Relaciones Internacionales<sup>2</sup>. La anterior afirmación apunta, en suma y sin ambages, al oscurecimiento y a la marginalidad intencionada que las mujeres, el género y la propia teoría feminista han padecido a lo largo del siglo XX y, en menor medida, en lo que llevamos del siglo XXI.

2. La versión revisionista del surgimiento de la disciplina apunta a que las Relaciones Internacionales «nacieron en el contexto de redes transnacionales de académicos, diplomáticos, políticos y activistas» y, contrariamente a lo mantenido tradicionalmente, «las mujeres pertenecían a esas redes y contribuyeron a la formación intelectual de la disciplina desde un enfoque genuinamente feminista, bien como miembros de grupos de presión, como la Liga Internacional de Mujeres por la Paz y la Libertad (WILPF), bien como autoras independientes o académicas». Estas pioneras pusieron de relieve

---

\* Profesora Agregada de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU) ([leire.moure@ehu.eus](mailto:leire.moure@ehu.eus)).

<sup>1</sup> TICKNER, J. A. y TRUE, J., «A Century of International Relations Feminism: From World War I Women's Peace Pragmatism to the Women, Peace and Security Agenda», *International Studies Quarterly*, vol. 62, 2018, p. 221.

<sup>2</sup> En torno a esta cuestión desde un planteamiento crítico puede verse: ARENAL, C., *Etnocentrismo y Teoría de las Relaciones Internacionales: Una visión crítica*, Madrid, Tecnos, 2014. Una extensa exposición sobre la evolución en clave canónica de la disciplina se encuentra en SODUPE, K. (dir.), MOURE, L., FERRERO, M. y ELIZONDO, I. (cols.), *La teoría de las Relaciones Internacionales a comienzos del siglo XXI*, Leioa, Servicio Editorial UPV/EHU, 2003.

«los intereses de las mujeres, los niños y otros grupos marginados, exigieron representación femenina en el gobierno y la diplomacia, condenaron el imperialismo y el racismo, se opusieron al capitalismo militar, emplearon la retórica religiosa, emocional y universal, y defendieron el papel de educación»<sup>3</sup>.

3. El feminismo, en efecto, nació y evolucionó desde el activismo social mientras que las Relaciones Internacionales «tradicionales» trataban de indicar a los gobernantes las estrategias para poner fin a la guerra como fenómeno político tratando de identificar las condiciones necesarias para el establecimiento de una paz estable y duradera. Sin despreciar el papel inicial que jugaron las mujeres en aquel escenario de entreguerras, lo cierto es que las Relaciones Internacionales emergieron en un mundo de hombres, el de la alta política, la diplomacia y la guerra<sup>4</sup> y, en un contexto académico, donde las mujeres, salvo notables excepciones, no tenían cabida<sup>5</sup>. De ahí la búsqueda de otros canales de participación en un mundo en el que la mayoría de ellas ni tan siquiera tenían derechos políticos. Es por esto que la teoría y la práctica feminista están impregnadas de un profundo escepticismo sobre todo conocimiento que pretenda ser universal y objetivo, ya que, en realidad, se basa en la vida y las experiencias de los hombres, y niega, consecuentemente, una imagen completa de la realidad<sup>6</sup>.

4. Es bien sabido que la teoría feminista no es patrimonio exclusivo de las Relaciones Internacionales y las dificultades para su afianzamiento disciplinar tampoco. El feminismo dentro de la academia constituye un saber transversal que alcanza a todas las Ciencias Sociales y las Humanidades y la incorporación a sus respectivos corpus disciplinares solo se explica por el ingreso tardío y lento de las mujeres en la educación superior desde la década de los setenta<sup>7</sup>. Desde entonces, los estudios feministas representan, sin duda, una apuesta continua y decidida por el cambio, la transformación o la emancipación social. No obstante, su impacto ha sido desigual, ha permanecido apartado de las corrientes principales y, a pesar de esta marginalidad,

<sup>3</sup> Jan STÖCKMANN se refiere a autoras y activistas como Anna B. Eckstein, Agnes Headlam-Morley, Lucy Mair, Margery Perham, Helena Swanwick y Louise Weiss, en «Women, wars, and world affairs: Recovering feminist International Relations, 1915-1939», *Review of International Studies*, vol. 44, 2019, pp. 215-235.

<sup>4</sup> TICKNER, J. A., «Gender Research in International Relations», en SAWER, M. y BAKER, K. (eds.), *Gender Innovation in Political Science: New Norms, New Knowledge*, Londres, Palgrave, 2019, p. 153.

<sup>5</sup> Esta realidad ha cambiado muy lentamente desde hace 100 años. Según datos de la ONU Mujeres en 2017 el 90 por 100 de los jefes de Estado o de gobierno, el 82 por 100 de los cargos ministeriales y el 85 por 100 de los embajadores eran hombres. Las organizaciones e instituciones internacionales también tienen un escaso historial de mujeres en cargos diplomáticos de alto nivel. Por ejemplo, las Naciones Unidas nombraron a su primera mediadora, Mary Robinson, en 2013. Por su parte, el Servicio de Acción Exterior de la Unión Europea está dirigido por Federica Mogherini, pero los nueve Enviados Especiales de la Unión son hombres. Véase AGGESTAM, K. y TOWNS, A. E., «The Study of Gender, Diplomacy and Negotiation», en AGGESTAM, K. y TOWNS, A. E. (eds.), *Gendering diplomacy and international negotiation*, Londres, Palgrave Macmillan, 2018, p. 2.

<sup>6</sup> TICKNER, J. A. y TRUE, J., *op. cit.*, nota 4, p. 228.

<sup>7</sup> PEARSEA, R., HITCHCOCK, J. N. y KEANEC, H., «Gender, inter/disciplinarity and marginality in the social sciences and humanities: A comparison of six disciplines», *Women's Studies International Forum*, vol. 72, 2019, pp. 109-126.

constituye hoy en día una fuente de fortaleza para las distintas áreas de conocimiento a través del cuestionamiento o «interrogatorio perpetuo» de los fundamentos ontológicos y epistemológicos de los *mainstreams* disciplinares<sup>8</sup>. En resumen, las feministas han introducido las relaciones de género en la agenda, desafiando así los fundamentos del conocimiento y la producción académica que no lo tienen en cuenta.

5. En este sentido, no cabe duda que la investigación feminista ha aportado nuevas evidencias empíricas, nuevas teorías, perspectivas y debates<sup>9</sup>. Sin embargo, como veremos más adelante, estudios recientes señalan que, si bien «las ortodoxias han sido cuestionadas», en la mayoría de las ocasiones «no han logrado ser aún transformadas»<sup>10</sup>. De hecho, el reconocimiento del pensamiento feminista y la investigación de género como fuente de autoridad científica sigue poniéndose en cuestión en diferentes dominios disciplinares. Entre las disciplinas que han obtenido peores resultados en los análisis comparados realizados hasta la fecha aparecen las Relaciones Internacionales, solo superadas por el Derecho y la Economía, mientras que, en el campo de la Sociología, la Antropología o la Historia, el pensamiento feminista ha tenido un gran impacto o ha sido plenamente incorporado a sus respectivos *mainstreams*<sup>11</sup>. De hecho, como bien señala J. A. Tickner «las Relaciones Internacionales han sido el campo más renuente a adoptar un enfoque de género dentro de la Ciencia Política»<sup>12</sup>.

6. Esto nos lleva a cuestionarnos sobre los motivos que han dificultado la recepción y consolidación del feminismo en nuestro ámbito de estudio. En primer lugar, como ya se ha señalado, el feminismo, desde su entrada «oficial» en las Relaciones Internacionales a finales de los ochenta del siglo pasado, ha adoptado, en términos generales, formas críticas y reflexivas de construcción de conocimiento partiendo de ontologías y epistemologías diferentes a las convencionales. Consecuentemente, ha empleado también metodologías que apuntan hacia preguntas de investigación que «abran ventanas de oportunidades para llegar a nuevas formas de conocimiento para abordar los problemas del mundo real en lugar de llenar vacíos en el conocimiento existente». En la investigación feminista, tales preguntas «deben emanar de una variedad de fuentes e informantes, incluso de la práctica, de las experiencias de las mujeres y las experiencias de individuos y organizaciones que buscan generar un cambio social»<sup>13</sup>. Por otra parte, los estudios clásicos sobre seguridad, con un carácter marcadamente masculino, han dominado la disciplina desde su nacimiento hasta fechas recientes y ello ha dificultado

<sup>8</sup> *Ibid.*

<sup>9</sup> JENKINS, F., KEANE, H. y DONOVAN, C., «Work (still) in progress: Establishing the value of gendered innovations in the social sciences», *Women's Studies International Forum*, vol. 72, 2019, pp. 104-108.

<sup>10</sup> PEARSE, R., HITCHCOCK, J. N. y KEANE, H., *op. cit.*, p. 110.

<sup>11</sup> *Ibid.*

<sup>12</sup> TICKNER, J. A., *op. cit.*, nota 4, p. 153.

<sup>13</sup> ACKERLY, B. A. y TRUE, J., «Doing Feminist Research in Political and Social Science», *Journal of International Women's Studies*, vol. 5, 2010, núm. 3, p. 75.

sobremanera la entrada de corrientes disidentes o de formas críticas de acercamiento a esa realidad<sup>14</sup>.

7. La observación precedente guarda relación con el hecho de que las perspectivas feministas en Relaciones Internacionales redirigen nuestra atención a cuestiones «que no han caído dentro del alcance de la disciplina o de la manera en que esta ha definido tradicionalmente el conocimiento». La visión tradicional, que dota de prioridad ontológica a los recursos materiales, a los Estados, entendidos como actores autónomos e individualistas, contrasta con el énfasis en las relaciones sociales constituidas por estructuras políticas, económicas y sociales históricamente desiguales que subraya el feminismo. Desde esta perspectiva se observa el mundo «de abajo hacia arriba», a partir de las vidas de los individuos y sus relaciones. «Trabajando de lo local a lo global», las feministas comienzan su observación desde la vida de las personas, examinando cómo están situadas en estructuras socioeconómicas cimentadas históricamente en el género y cómo estas estructuras no igualitarias impactan en sus vidas. Y así pretenden conectar a los individuos con nuevas estructuras y propuestas transformadoras de lo internacional que conduzcan a formas de gobierno global más justas e igualitarias<sup>15</sup>.

8. En suma, el feminismo entronca con el cuarto debate en la disciplina y se sitúa en el ámbito reflexivista, crítico con el *mainstream* disciplinar tanto desde el punto de vista ontológico como epistemológico. Ello, junto a su recepción tardía y el escaso número de mujeres internacionalistas que aún hoy conforman la academia, dificultan la incorporación, primero, y la consolidación, después, del pensamiento feminista en las Relaciones Internacionales. En este sentido, Rodríguez Manzano señalaba recientemente que si bien la teoría feminista ha «ganado cierta legitimidad en la disciplina, pues su acogida no siempre fue favorable, siendo a menudo desestimada, vista con incredulidad e, incluso con hostilidad [...] —desde aquel momento y a pesar del desarrollo experimentado— ha permanecido en sus márgenes y afrontando aún la tarea de justificar su validez intrínseca y su carácter científico»<sup>16</sup>.

9. Tras cuarenta años de pensamiento feminista en Relaciones Internacionales y pese a las resistencias y dificultades expuestas previamente, cabe señalar que en la actualidad nuestra disciplina cuenta con una extensa literatura claramente identificable<sup>17</sup>. Sin cuestionar la existencia de un nexo común, comienza a ser habitual hablar de «diversidad de aproximaciones feministas» (liberal, radical, posmoderna, poscolonial...) o incluso de «gene-

<sup>14</sup> Para una explicación más extensa sobre esta cuestión, véase RODRÍGUEZ MANZANO, I., «En los márgenes de la disciplina: Feminismo y Relaciones Internacionales», en ARENAL, C. y SANAHUJA, J. A. (coord.), *Teorías de las Relaciones Internacionales*, Madrid, Tecnos, 2015, pp. 246 y 247.

<sup>15</sup> TICKNER, J. A. y TRUE, J., *op. cit.*, nota 7, p. 229.

<sup>16</sup> RODRÍGUEZ MANZANO, I., *op. cit.*, nota 14, p. 267.

<sup>17</sup> PRÜGL, E. y TICKNER, J. A., «Feminist international relations: some research agendas for a world in transition», *European Journal of Politics and Gender*, vol. 1, 2018, núms. 1-2, pp. 75-91.

<sup>18</sup> RODRÍGUEZ MANZANO, I., *op. cit.*, nota 14, pp. 252-257.

raciones» feministas<sup>19</sup>. Sin embargo, la presente reflexión no tiene por objeto realizar un recorrido en clave de categorías analíticas por las aportaciones del feminismo, ampliamente estudiadas en los trabajos ya mencionados y, sin duda, tremendamente relevantes para el avance del conocimiento en nuestro ámbito de estudio, aunque sí nos referiremos en el trayecto final de este trabajo a las agendas de investigación futuras y a los grandes ejes sobre los que debería pivotar la teoría y los estudios en esta clave.

10. Más interesante resulta, a nuestro entender, constatar a través de distintos análisis empíricos la veracidad de las críticas vertidas por el feminismo hacia la academia a lo largo de estos años. Estas se han centrado, como ya indicábamos previamente, en poner de relieve las múltiples formas en que la organización del conocimiento disciplinar puede producir y reproducir los «núcleos» de investigación que deciden cuáles son los problemas, las teorías y los métodos de un área de estudio, marginando e inhibiendo, a menudo, la producción y circulación de los enfoques feministas<sup>20</sup>.

11. Sin duda, el primer elemento que ha lastrado la consolidación del feminismo en Relaciones Internacionales es la masculinización del área. Buena cuenta de ello da el estudio TRIP (*Teaching, Research and International Policy*) que alberga la base de datos más completa del mundo sobre la disciplina de Relaciones Internacionales e incluye los resultados obtenidos tras encuestar a más de 5.000 profesores de Relaciones Internacionales de 32 países sobre sus tendencias de enseñanza e investigación. Desde 2004 el TRIP busca las respuestas de profesores universitarios de Relaciones Internacionales que tienen una afiliación con un departamento o institución superior de enseñanza e imparten docencia e investigan en nuestro ámbito disciplinar<sup>21</sup>. Este estudio se replicó en España a lo largo de los meses de junio y julio de 2018<sup>22</sup>. Los datos agregados del TRIP constatan que la proporción de internacionalistas mujeres se sitúa en el 33 por 100 frente a un 70 por 100 de hombres. En el caso español, el 63 por 100 de las respuestas fueron de hombres y el 37 por 100 lo fueron de mujeres. Estos porcentajes se ajustarían con bastante precisión a la población de referencia para el estudio español, 120 académicos (40

<sup>19</sup> PRÜGL, E. y TICKNER, J. A., *op. cit.*, nota 17, p. 78.

<sup>20</sup> Una síntesis de estas críticas pueden encontrarse en PEARSEA, R., HITCHCOCK, J. N. y KEANEC, H., *op. cit.*, nota 7, p. 126.

<sup>21</sup> MALINIAK, D., PETERSON, S. y TIERNEY, M. J., *TRIP Around the World: Teaching, Research, and Policy Views of International Relations Faculty in 20 Countries*, 2012, [https://www.wm.edu/offices/global-research/documents/trip/trip\\_around\\_the\\_world\\_2011.pdf](https://www.wm.edu/offices/global-research/documents/trip/trip_around_the_world_2011.pdf). El proyecto comenzó inicialmente en Estados Unidos liderado desde el *Institute for the Theory and Practice of International Relations* del *College of William & Mary* en Virginia y en 2011 ya se había extendido a 20 países. Más tarde, en el informe TRIP 2014, se identificaron un total de 12.602 individuos de 32 países que cumplieron con los criterios para su inclusión en la encuesta. De estos individuos, 5.139 contestaron al cuestionario en diez idiomas diferentes, lo que elevó la tasa de respuesta por encima del 42 por 100 con un margen de error +/-1,05 por 100. Véase TRIP Survey, *Methodology*, <https://trip.wm.edu/data/our-surveys/faculty-survey/>; WEMHEUER-VOGELAAR, W., BELL, N., NAVARRETE MORALES, J. M. y TIERNEY, M. J., «The IR of the Beholder: Examining Global IR Using the 2014 TRIP Survey», *International Studies Review*, vol. 18, 2016, núm. 1, p. 4.

<sup>22</sup> MOURE, L., *Teaching, Research, and International Policy (TRIP): Una aplicación a la Escuela Española de Relaciones Internacionales*, 2019 (pendiente de publicación).

por 100 mujeres, 60 por 100 hombres). Llama la atención el notable avance que se ha producido en este terreno. El área parece evolucionar hacia una mayor paridad entre sexos. Esto sitúa a España por encima de la media del TRIP. No obstante, si observamos los perfiles de los encuestados en nuestro país con mayor detenimiento, se puede advertir que el colectivo femenino ocupa en la mayoría de las ocasiones posiciones laborales notablemente más precarias, dato coincidente con el TRIP global<sup>23</sup>.

12. Por otra parte, España se sitúa en primer lugar entre los países que optan por el feminismo como aproximación teórica a la realidad internacional: 6,3 por 100 frente al exiguo 1,8 por 100 del TRIP total. Sin embargo, ello no debe conducirnos a un optimismo excesivo. La práctica totalidad de las contribuciones en este terreno son de mujeres. Las mismas que, como se ha señalado, ocupan en la universidad posiciones de mayor debilidad y precariedad. Por otra parte, su proyección tanto en la academia española como a nivel internacional no está en absoluto garantizada.

13. Estudios recientes señalan que los artículos escritos por mujeres son sistemáticamente menos centrales que los artículos escritos por hombres. Las mujeres tienden a ser menos citadas que los hombres. Existen, por tanto, diferencias significativas de género en los patrones de citas y ello es especialmente significativo en la promoción académica porque, como es bien sabido, la valoración del número de referencias se utilizan cada vez más como una medida clave de calidad e impacto de la investigación<sup>24</sup>.

14. Por otra parte, el TRIP también revela que, salvo en el caso español en el que se incluye a C. Enloe, ninguna feminista es incorporada entre los académicos que han tenido mayor influencia en los últimos veinte años en la disciplina. No es de extrañar si tenemos en cuenta que la «exclusión de género» en los planes de estudio en todos los niveles de enseñanza superior (grado, máster y doctorado) es una realidad palmaria. En este sentido, llama la atención el estudio realizado en la LSE que recoge el contenido de 43 programas docentes de un ciclo formativo completo en Relaciones Internacionales. La brecha de género en los materiales de enseñanza de la disciplina es abrumadora. Los autores evidencian inicialmente el principal sesgo que reproduce el patrón de exclusión femenina: «El 79,2 por 100 de los textos incluidos en la bibliografía son escritos exclusivamente por hombres, lo que no refleja

<sup>23</sup> En Reino Unido, por ejemplo, 10 de los 11 encuestados con categoría de catedrático en la London School of Economics, centro de referencia europeo y mundial en el ámbito de las Relaciones Internacionales, fueron hombres. Véase PHULL, K., CIFLIKLI, G. y MEIBAUER, G., «Gender and bias in the International Relations curriculum: Insights from reading lists», *European Journal of International Relations*, 2018, p. 5. Otros estudios que arrojan datos similares pueden encontrarse en: BEAULIEU, E., BOYDSTUN, A. E., BROWN, N. E., *et al.*, «Women also know stuff: Meta-level monitoring to battle gender bias in Political Science», *PS: Political Science & Politics*, vol. 50, 2017, núm. 3, pp. 779-783; KANTOLA, J., «“Why do all the women disappear?” Gendering processes in a Political Science department», *Gender, Work and Organization*, vol. 15, 2008, núm. 2, pp. 202-225.

<sup>24</sup> MALINIAK, D., POWERS, R. y WALTER, B. F., «The Gender Citation Gap in International Relations», *International Organization*, vol. 67, 2013, pp. 889-922. PHULL, K., CIFLIKLI, G. y MEIBAUER, G., *op. cit.*, nota 23, p. 3.

la representación de las mujeres ni en la disciplina profesional, ni en la disciplina publicada»<sup>25</sup>. Este sesgo se incrementa aún más en la medida en que se descende en el nivel de estudio (grado), se introduce la variable de género (profesor), el subárea (estudios de seguridad) y la antigüedad del docente en cuestión (senior). A la luz de estos datos es evidente que persiste lo que hemos denominado una narrativa canónica de las Relaciones Internacionales en la etapa formativa más temprana. En ella los estudiantes son formados en clave *mainstream* o *malestream*. Por otra parte, las temáticas más inclusivas recaen en las asignaturas que guardan relación con las Organizaciones Internacionales o el Derecho internacional frente a los estudios de seguridad, ya mencionados, o los estudios regionales que arrojan los peores resultados. También se aprecia que los estudios de género están dominados por autoras femeninas. Estos patrones, sin duda, sugieren también un nítido estereotipo de género en los diferentes subcampos y aproximaciones teóricas.

15. La desoladora realidad que acabamos de describir, paradójicamente, se produce hoy en día en la misma universidad que dio carta de naturaleza a la teoría feminista en Relaciones Internacionales allá por 1988 con la celebración de la conferencia *Women and International Relations* y la posterior publicación de un número monográfico en su revista *Millennium* recogiendo las actas de ese encuentro.

16. En todo caso y, si bien debemos tener bien presentes las resistencias y dificultades descritas en los párrafos anteriores, el feminismo en las Relaciones Internacionales no debería renunciar a proporcionar, como señalan Prügl y Tickner, nuevas alternativas a la manera en la que se aborda tradicionalmente el conflicto, la violencia y la economía política internacional y a poner el acento en la manera en que los gobiernos, las organizaciones internacionales y los movimientos feministas intervienen para constituir y regular la realidad global<sup>26</sup>.

17. En este sentido las autoras afirman que son seis los temas urgentes que deberían abordarse para dar respuesta a los desafíos presentes. El primero se refiere a las causas constitutivas que vinculan la violencia armada y el género. En este terreno es importante desarrollar en mayor medida la investigación empírica basada en la teoría feminista interseccional y, por tanto, en el empleo de conceptos teóricos feministas y poscoloniales que tengan en cuenta la economía política. Este enfoque, según las autoras, podría conectarse con las investigaciones sobre las guerras civiles que no han logrado hasta el momento comprender la utilidad del género para el estudio de las dinámicas de violencia en estos contextos. Esto es particularmente urgente porque los esfuerzos de prevención en el marco de la lucha contra el extremismo violento pueden reforzarse si entendemos en profundidad la manera en que las mujeres son reclutadas por las distintas facciones enfrentadas en los conflictos actualmente existentes.

<sup>25</sup> PHULL, K., CIFLIKLI, G. y MEIBAUER, G., «Gender and bias in the International Relations curriculum: Insights from reading lists», *op. cit.*, nota 23, p. 3.

<sup>26</sup> PRÜGL, E. y TICKNER J. A., *op. cit.*, nota 17, p. 83.

18. En segundo lugar, y paralelamente, el desarrollo de un programa de investigación en clave deconstructiva sigue siendo una tarea urgente para la teoría feminista en Relaciones Internacionales. La forma en que el binomio sexo/género participa en el binomio guerra/paz, el estudio de los sistemas de guerra y sus lógicas sexadas y sexuadas, las interpretaciones de fenómenos como la violencia sexual contra los hombres o la forma en que el sexo/género constituyen el combate, aportan un espacio abierto para repensar ideas comúnmente aceptadas.

19. En tercer lugar, no es posible desatender la evolución de las relaciones laborales en una economía plenamente globalizada, caracterizada por la agudización de las desigualdades, el autoritarismo sexista y las pésimas condiciones de trabajo que soportan gran parte de los migrantes. ¿Qué influencia tienen las variables género, raza, clase y ubicación geográfica para regular las relaciones laborales en las cadenas de valor transnacionales? En este terreno, la economía política global feminista ha logrado enlazar con el trabajo de geógrafas y antropólogas; sin embargo, las autoras consideran que las Relaciones Internacionales pueden aportar un conocimiento singular sobre políticas y regulaciones que trascienden las fronteras estatales, conectando, así, la política local con la política global.

20. En cuarto lugar, la teoría feminista debe prestar atención a los procesos contemporáneos de expropiación que amenazan a las poblaciones y conducen a la destrucción de nuestro planeta. ¿Cómo operan intersectorialmente el género, la raza y la clase en las prácticas contemporáneas de expropiación violenta de tierras y de destrucción ecológica? En este sentido, Prügl y Tickner señalan que la investigación feminista necesita ir más allá de la noción de acumulación marxista para dar cuenta de la violencia actual, presente en una gran variedad de procesos y prácticas económicas.

21. En quinto lugar, es necesario prestar mayor atención a la recepción del feminismo en las instituciones de gobernanza internacional<sup>27</sup>. Prügl y Tickner entienden que se deberían buscar respuesta a cómo se han absorbido las agendas feministas y cómo pueden esas agendas seguir siendo transformadoras. La contestación a esta cuestión debería responder nítidamente a las acusaciones de cooptación del feminismo por parte de las élites e instituciones neoliberales que gobiernan la economía internacional y la seguridad global. En opinión de las autoras, «el feminismo contemporáneo se enfrenta al neoliberalismo institucionalizado y al excepcionalismo antiterrorista» y, por ello, «puede haber recursos y trampas en el compromiso de los Estados y las organizaciones internacionales en este contexto histórico, y deben estudiarse en lugar de prejuizarse»<sup>28</sup>.

22. En sexto lugar, el feminismo está en una posición única para identificar las alternativas que surgen del activismo de los movimientos sociales

<sup>27</sup> Véase KUNZ, R. y PRÜGL, E., «Introduction: gender experts and gender expertise», *European Journal of Gender and Politics*, vol. 2, 2019, núm. 1, pp. 3-21.

<sup>28</sup> PRÜGL, E. y TICKNER, J. A., *op. cit.*, nota 17, p. 85.

transnacionales. «¿Cómo crean los movimientos sociales y los ciudadanos alternativas a los órdenes económicos y de seguridad existentes? ¿Cómo influyen estas prácticas en el orden político y económico hegemónico? ¿Qué iniciativas ofrecen alternativas viables a las prácticas de seguridad masculinas? ¿Cómo se conectan estas prácticas con los procesos internacionales, en particular, a la luz de un renacimiento de la política de poder?».

23. Finalmente, añadiría que el activismo académico debe continuar y reforzarse más aún desde nuestros departamentos universitarios. No es suficiente tener una agenda investigadora vigorosa como la descrita si no se pone de relieve con total claridad el estado de la enseñanza de la disciplina y la estrecha conexión que existe entre las prácticas de contratación, los patrones de publicación y los programas de estudio que reflejan y perpetúan el sesgo de género en la academia. La investigación empírica en este terreno debe estar orientada a construir una disciplina, en términos de Acharya, auténticamente global<sup>29</sup> que refleje la diversidad, sea inclusiva y represente fidedignamente las contribuciones de las mujeres y de la propia teoría feminista en las Relaciones Internacionales.

**Palabras clave:** teoría feminista, teoría de las Relaciones Internacionales, género.

**Keywords:** feminist theory, IR theory, gender.

---

<sup>29</sup> ACHARYA, A., «Global International Relations and Regional Worlds: A New Agenda for International Studies», *International Studies Quarterly*, vol. 58, 2014, núm. 4, p. 647.



### III. PRÁCTICA ESPAÑOLA DE DERECHO INTERNACIONAL

## LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL ESPAÑOLA EN LA STC 140/2018, DE 20 DE DICIEMBRE

Maria Chiara MARULLO\*

1. La sentencia merecería ser analizada desde diferentes perspectivas, en las que por las limitaciones de este comentario no podremos profundizar, que incluyen cuestiones tanto de Derecho internacional como de Derecho interno español. Pero debemos decir desde ahora que, en un momento como el que estamos viviendo, de fuerte retroceso en términos de protección de los derechos humanos y en el que el Tribunal Penal Internacional enfrenta importantes desafíos, destaca la trayectoria adoptada por los legisladores españoles, que han venido obstaculizando el ejercicio de una jurisdicción universal como mecanismo para garantizar un foro, en muchos casos de necesidad, para las víctimas de atroces crímenes, cuando pueda entrar en conflicto con intereses económicos, políticos o diplomáticos. Esta trayectoria seguramente menoscaba las oportunidades de justicia real de dichas víctimas, desamparadas en el Estado donde se verificaron los hechos delictivos y sin acceso a los tribunales internacionales.

2. El pasado 20 de diciembre el Tribunal Constitucional dictó sentencia desestimando el recurso de inconstitucionalidad planteado por 50 diputados del Grupo Parlamentario Socialista contra la reforma introducida con la Ley Orgánica 1/2014, publicada en marzo de 2014, promulgada, según los recurrentes, bajo enormes presiones internacionales, por la que se restringe el alcance del sistema de jurisdicción universal, regulada en la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985. Cabe mencionar que este sistema había sido previamente modificado y que, en el año 2009, la jurisdicción universal fue limitada al exigir requisitos para activarla. Con la nueva reforma en el año 2014, el legislador optó por restringir aún más este sistema, introduciendo puntos de conexión específicos para cada delito internacional y, en particular, para los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, estableciéndose que el procedimiento

---

\* Profesora Ayudante Doctor de Derecho Internacional Privado (Acreditada a Contratada Doctora), Universitat Jaume I, [marullo@uji.es](mailto:marullo@uji.es).

debe dirigirse contra un ciudadano español, contra un extranjero residente en España o contra un extranjero presente en territorio español cuya extradición se deniegue. Asimismo, con su norma transitoria, supuso *de facto* el archivo de casi todos los procedimientos existentes en la Audiencia Nacional y en el Tribunal Supremo que no cumplieran con los nuevos requisitos establecidos.

3. El Tribunal Constitucional avala que la jurisdicción universal pueda ser alterada, y por tanto también limitada, por el legislador español, ya que no puede deducirse a nivel internacional la existencia de un modelo único, general y obligatorio de competencia de los tribunales estatales para la represión penal extraterritorial de crímenes internacionales. Tras un análisis del desarrollo internacional del principio en cuestión, el Alto Tribunal concluye, además, que los tratados que prohíben determinadas conductas delictivas internacionales y establecen mecanismos para su persecución no imponen una obligación de ejercer una jurisdicción universal, sino una mera facultad. Por todo ello, los legisladores nacionales, que son los encargados de determinar el marco jurídico concreto para su aplicación, pueden decidir limitar su ejercicio especialmente en lo que respecta a los requisitos de admisibilidad del recurso, estableciendo, en su caso, puntos de contacto para su activación.

4. En nuestra opinión, la sentencia evidencia, una vez más, que el ejercicio de una jurisdicción extraterritorial sobre la base de una competencia universal sigue siendo un problema abierto a un amplio debate, debido a numerosas cuestiones que no han sido resueltas por el Derecho internacional. Pesa, asimismo, la falta de una *praxis* estatal orientada hacia la creación de un modelo único y obligatorio, junto con la ausencia de un posicionamiento claro sobre el tema del alcance y eventual obligatoriedad del principio de jurisdicción universal por parte de los órganos internacionales que, habiendo tenido en muchas ocasiones la oportunidad de pronunciarse sobre él, han decidido no hacerlo.

5. Antes de pasar al análisis de los puntos más relevantes de esta decisión, cabe mencionar el impacto jurídico que ya ha tenido, puesto que el Tribunal Constitucional está marcando una dirección clara de cierre, sobre todo en lo referente a la aplicación de la disposición transitoria única, si no se dan los requisitos que establece el nuevo art. 23.4 LOPJ para la atribución de la competencia universal. Véanse, por ejemplo, sus sentencias posteriores en los casos *Falun Gong*<sup>1</sup>, recurso de amparo promovido por doña Z. D. y otras catorce personas más, en relación con las resoluciones de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional que acordaron el sobreseimiento y archivo, por falta de jurisdicción de los tribunales españoles, de la querrela presentada en relación con los posibles delitos de genocidio y torturas que habrían padecido los miembros del movimiento espiritual denominado Falun Gong; el recurso de amparo promovido por la asociación Comité de Apoyo al Tíbet<sup>2</sup>, en relación con las resoluciones de la Sala de lo

---

<sup>1</sup> STC 10/2019, de 28 de enero.

<sup>2</sup> STC 23/2019, de 25 de febrero.

Penal del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional que acordaron el sobreseimiento y archivo, por falta de jurisdicción de los tribunales españoles, de la querrela presentada en relación con los posibles delitos de genocidio, torturas, terrorismo y lesa humanidad, que se habrían cometido en la región autónoma del Tíbet, a pesar de incluir un caso de torturas cometido contra una víctima española, Thubten Wangchen que no ostentaba esta nacionalidad en el momento de la comisión de los hechos; y la inadmisión del recurso de amparo promovido por don Seyez Morteza Komarizadehasl y Mohammad Reza Mohade<sup>3</sup> en relación al archivo, por falta de jurisdicción, de la querrela presentada en relación a los posibles delitos contra la Comunidad Internacional que se habrían cometido en el campo de refugiados de Ashraf en Irak.

6. Entrando en el análisis de la sentencia podemos ver cómo los recurrentes impugnan la totalidad de la Ley Orgánica 1/2014, desde su tramitación hasta diversas cuestiones materiales. Las críticas formuladas relativas a la tramitación parlamentaria fueron:

«1) La opción por presentar una proposición de ley habría impedido que la iniciativa fuera acompañada de los informes y dictámenes que deben emitir determinados órganos e instituciones cuando se presenta un proyecto de ley de conformidad con lo dispuesto en el art. 88 CE. [...]. 2) Se limitó el debate parlamentario porque la proposición de ley fue objeto de una tramitación particularmente acelerada».

En relación con las cuestiones materiales, los recurrentes consideran que la nueva reglamentación es regresiva y desnaturaliza el principio de jurisdicción universal (art. 10 CE), atenta contra los principios de interdicción de la arbitrariedad y seguridad jurídica (art. 9.3 CE) resultando además contraria al derecho de tutela judicial efectiva (art. 24 CE), y que el acceso a la jurisdicción no se garantizaría en condiciones de igualdad para todos los ciudadanos españoles (art. 14 CE) vulnerando, asimismo, el art. 96 CE, porque se alterarían las obligaciones internacionales ratificadas por España. En particular, la nueva formulación del art. 23.4.a) LOPJ sería contraria a lo dispuesto en el IV Convenio de Ginebra de Protección de Personas Civiles en Tiempo de Guerra. Finalmente, los recurrentes critican la ausencia de la posibilidad de una acción popular en la persecución de delitos internacionales y la disposición transitoria en relación con el principio de interdicción de la retroactividad, al prever su aplicación a procedimientos iniciados con anterioridad a la reforma.

7. Por su parte, la Abogacía del Estado solicita la desestimación de la demanda, negando la arbitrariedad, así como la ausencia de seguridad jurídica y la desnaturalización del principio de jurisdicción universal, descartando además la lesión del derecho al acceso a la jurisdicción de las víctimas españolas y negando que la nueva formulación contradiga los tratados internacionales ratificados por España.

<sup>3</sup> STC 15/2019, de 11 de febrero.

8. Sobre los motivos de inconstitucionalidad formal, este Tribunal ha establecido que:

«Las quejas relativas al procedimiento legislativo contenidas en la demanda no pueden ser reconducidas a causa de inconstitucionalidad alguna, poniendo de relieve el mero disenso político con el modo y el transcurrir de la tramitación parlamentaria, disenso que no tiene por qué hallar traducción en términos de inconstitucionalidad formal de la ley».

En relación con las cuestiones materiales, este Tribunal establece la constitucionalidad de la nueva formulación de la LOPJ sobre la competencia de la jurisdicción española para la represión penal extraterritorial de delitos internacionales.

9. Tras una lectura detenida, consideramos que dos cuestiones merecen un especial análisis: el tema de la permisibilidad de la jurisdicción universal con arreglo al Derecho internacional y la doctrina del control de convencionalidad o control difuso. Comenzando con la primera cuestión, cabe mencionar que los problemas relativos a este sistema no son nuevos para el Tribunal Constitucional. Con anterioridad ya había sido llamado a pronunciarse sobre su permisibilidad y los requisitos estatales con arreglo al Derecho internacional, en particular con aquellas normas internacionales creadas para velar por los intereses superiores de la Comunidad Internacional, y sobre la prohibición de determinadas conductas delictivas que afectan al propio concepto de paz y seguridad internacional. Concretamente, en el año 2005<sup>4</sup> apostó por un sistema de jurisdicción universal absoluto sin condicionamientos, salvo el relativo al principio *non bis in idem*. La capacidad de los tribunales nacionales de ejercer su competencia en relación con la jurisdicción de la Comunidad Internacional sobre determinados *delicta juris gentium* se configuraba como una herramienta para la lucha contra la impunidad para garantizar la tutela judicial efectiva, entendida en base al acceso a los tribunales. Siguiendo esta orientación, la aplicación de una competencia para conocer y juzgar a los responsables de determinados delitos que ofenden a la Humanidad en su conjunto por parte de un Estado, sin que concurren otros criterios de conexión entre los hechos y los tribunales del foro, se fundamentaría en la jurisdicción de la Comunidad Internacional para el restablecimiento del orden internacional violado; una forma de *actio popularis* en defensa de los intereses de dicha Comunidad. Un modelo de competencia universal absoluto que, seguramente, resultaba útil y necesario para asegurar el cumplimiento de las obligaciones internacionales *erga omnes* establecidas en los tratados internacionales y que, al mismo tiempo, daría efectividad a las prohibiciones allí recogidas.

10. Esos tratados establecen que la jurisdicción territorial es un deber para los Estados en cuyo territorio se verificaron los hechos. Pero, a falta de la voluntad o de la capacidad de dichos tribunales, y teniendo en cuenta que la única prohibición internacional sobre el ejercicio de la jurisdicción

---

<sup>4</sup> STC 237/2005, de 26 de septiembre.

penal se refiere a la jurisdicción penal ejecutiva en el territorio de otro Estado sin su autorización y respetando el principio de complementariedad con la jurisdicción internacional establecida, entendemos que la competencia para juzgar determinados delitos internacionales se debería considerar universal. En otras palabras, lejos de negar o limitar la jurisdicción de los Estados en cuyo territorio se verificaron los hechos o el ejercicio de la jurisdicción internacional de los tribunales internacionales creados para conocer determinados crímenes, el Derecho internacional necesita que los órganos legislativos y judiciales de todos los Estados actúen en determinadas circunstancias para imponer efectivamente las prohibiciones internacionales antes mencionadas y enjuiciar a quienes las violen. Solamente de esta forma se mantendría el llamado *principio del desdoblamiento funcional* del Derecho internacional, impidiendo que esas normas se convirtiesen en papel mojado.

11. No obstante, sobre este punto, en la sentencia que comentamos se afirma que la nueva formulación introducida en la LOPJ 1/2014, que sigue la línea limitativa de la precedente regulación en el año 2009 y que diseñaba una jurisdicción universal condicionada, no contradice los principios antes mencionados. Estas modificaciones, entonces, no supondrían un cierre para la aplicación de la jurisdicción universal por parte de los tribunales españoles, que podrán activarla siempre que concurren determinados requisitos. Dichos requisitos responden a la exigencia de adecuar la respuesta de los tribunales nacionales a las prescripciones de la Comunidad Internacional, respetando los principios de subsidiariedad y de complementariedad con los órganos que tienen competencias específicas sobre determinados delitos internacionales.

12. Así, el Tribunal Constitucional sostiene que cuando hablamos de jurisdicción extraterritorial lo hacemos sobre la capacidad de los Estados de establecer normas prescriptivas penales sobre determinadas conductas delictivas que se han podido verificar en el territorio de otro Estado, y de velar por su observancia mediante sus propios tribunales. Esto conllevaría la admisión de que los legisladores son quienes determinan el alcance de dichas normas y los requisitos para su aplicación, pudiendo restringirla o limitarla a determinadas conductas o exigiendo una conexión entre los hechos y el foro. Con todo, en la misma sentencia se evidencia cómo en esta tarea los legisladores no son totalmente libres a la hora de configurar las opciones normativas, ya que están obligados a respetar los límites constitucionales, como el de garantizar el acceso a la jurisdicción, conforme a los tratados internacionales. Pese a ello, no se deduce que el modelo diseñado por la nueva regulación del art. 23.4 LOPJ resulte lesivo para el derecho de acceso a la justicia recogido en la Constitución Española, ya que los tratados internacionales no establecen un modelo único, general y obligatorio de jurisdicción universal. Algo que encuentra confirmación en los pronunciamientos de destacados órganos internacionales y en la falta de *opinio iuris* en la praxis estatal.

13. Pasamos al segundo punto, el control de convencionalidad o difuso. Aquí, la doctrina sentada podría suponer un avance importante en términos de justicia real para las víctimas de delitos internacionales, ya que el Tribunal

menciona de manera explícita ese control, abriendo la puerta a la competencia del juez ordinario para dar efectividad al principio de superioridad de los tratados sobre las leyes internas. La cuestión del control de convencionalidad y el diálogo entre los tribunales nacionales e internacionales se aborda en el FJ 6 sobre la base de la previsión contenida en el art. 96 de la CE:

«Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional».

Para dar ejecución a lo dispuesto, cabe mencionar la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, que establece en su art. 30: «1. Los tratados internacionales serán de aplicación directa, a menos que de su texto se desprenda que dicha aplicación queda condicionada a la aprobación de las leyes o disposiciones reglamentarias pertinentes». Y en su art. 31 se prescribe que: «Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional». Podríamos decir que el legislador ha establecido un mecanismo de control difuso para que los jueces apliquen este control de convencionalidad.

14. La doctrina del control de convencionalidad se fundamentaría en los principios de *pacta sunt servanda* y de buena fe en el cumplimiento de los tratados internacionales y, con ello, en la necesidad de tutelar los derechos fundamentales y velar por la efectividad de dicha protección por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales. En virtud de estos principios, un Estado parte en un tratado internacional no podría apoyar en una norma interna la inobservancia de lo prevenido en él. De ello se desprende que un juez ordinario, cuando se encuentre con una norma interna contraria a la protección de los derechos humanos establecida en los tratados internacionales, puede como consecuencia directa de lo indicado inaplicar la norma interna, en favor de aquella internacional lesionada.

Esto podría suponer que el juez ordinario sea quien finalmente decida sobre la norma aplicable (la interna o la internacional) sin entrar a determinar la inconstitucionalidad de la primera:

«Cualquier juez ordinario puede desplazar la aplicación de una norma interna con rango de ley para aplicar de modo preferente la disposición contenida en un tratado internacional, sin que de tal desplazamiento derive la expulsión de la norma interna del ordenamiento, como resulta obvio, sino su mera inaplicación al caso concreto».

El Tribunal Constitucional precisa que el art. 96 CE:

«No atribuye superioridad jerárquica a los tratados sobre las leyes internas, aunque establece, de un lado, una regla de desplazamiento por parte del tratado de la norma interna anterior; sin que ello suponga su derogación, y, de otro, define la resistencia del tratado a ser derogado por las disposiciones internas poste-

riores en el tiempo, sin que esto último suponga la exclusión de la norma interna del ordenamiento nacional, sino su mera inaplicación. Dicho en otros términos, la constatación de un eventual desajuste entre un convenio internacional y una norma interna con rango de ley no supone un juicio sobre la validez de la norma interna, sino sobre su mera aplicabilidad, por lo que no se plantea un problema de depuración del ordenamiento de normas inválidas, sino una cuestión de determinación de la norma aplicable en la solución de cada caso concreto, aplicación que deberá ser libremente considerada por el juez ordinario».

15. Una cuestión de legalidad que podría suponer que un juez ordinario determinase la inaplicación de la nueva regulación del art. 23.4, al entender que las autolimitaciones establecidas a nivel estatal para el ejercicio de esta jurisdicción universal no resultan compatibles con las normas internacionales relativas a la prohibición y enjuiciamiento de determinadas conductas internacionales, por ejemplo cuando se constate que no hay otros foros competentes accesibles para las víctimas de crímenes de guerra, considerando que los convenios de Ginebra dejan libertad a los Estados para la determinación de los mecanismos para perseguir y sancionar a los responsables, pero no permiten dejar sin foro alguno a las víctimas. El Alto Tribunal, por tanto, deja abierta la puerta a la actuación de los tribunales ordinarios, quienes, desde nuestro punto de vista, tendrán la compleja tarea de afrontar la universalidad de la misión del principio de jurisdicción reiteradamente citado y la particularidad de los intereses del Estado español, que es quien proporciona el marco legal para su aplicación.

**Palabras clave:** sistema de jurisdicción universal, Ley Orgánica 1/2014, acceso a la justicia, control de convencionalidad.

**Keywords:** system of universal jurisdiction, Ley Orgánica 1/2014, access to justice, conventionality control.



Sección coordinada por J. FERRER LLORET (Derecho internacional público), F. GARAU SOBRINO (Derecho internacional privado) y J. L. DE CASTRO (Relaciones Internacionales)

### RECENSIONES

BALLESTEROS BARROS, Á. M., *La responsabilidad de la sociedad dominante en los grupos internacionales de sociedades*, Navarra, Civitas-Thomson Reuters, 2018, 362 pp.

La responsabilidad de la sociedad dominante en los grupos internacionales de sociedades es un objeto de estudio apasionante y de absoluta actualidad del Derecho internacional privado de los negocios internacionales en la lucha contra los abusos de derecho a terceros de buena fe. La inexistencia de un Derecho material internacional que regule los grupos de sociedades, la competencia judicial y la ley aplicable en acciones ante deudas o insolvencia, exige un tratamiento amplio y detallado que abarca el Derecho interno, el europeo, el internacional convencional y su regulación en el Derecho comparado.

La obra objeto de recensión afronta su estudio cumpliendo dichas exigencias. Comienza en el ámbito teórico con el análisis de la categorización del concepto grupo de sociedades y continúa con el estudio de la regulación de las relaciones internas entre sus distintas sociedades y de la responsabilidad de las dominantes sobre las deudas de las dominadas. Tras esto, en su plasmación práctica, y partiendo de la falta de regulación del concepto, concreta los criterios de localización de la competencia judicial in-

ternacional en acciones sobre deudas e insolvencias con sociedades dominantes radicadas en Estados diferentes del de la sociedad dominada, y la determinación de la ley aplicable a estos procesos.

El trabajo analiza y relaciona ambas perspectivas con un gran acierto y rigor estudiando distintos ordenamientos jurídicos estatales que la regulan ante la inexistencia de un Derecho material internacional propio, así como la jurisprudencia que ha marcado los actuales criterios de resolución de los conflictos surgidos. El autor, siendo exhaustivo y profundo, a su vez entrega un resultado final del texto sencillo de leer y claro en la exposición de las soluciones que en la actualidad aportan a los problemas planteados, doctrina, legislación y jurisprudencia. El esquema está muy bien estructurado en sus cuatro capítulos. Centra los dos primeros en los aspectos teóricos, la categoría analizada y su regulación y la aplicación de las instituciones del conflicto móvil y la calificación. Los dos últimos, en los prácticos, en los que expone los criterios de localización de la competencia judicial internacional y la ley aplicable

en las acciones de deudas e insolvencias internacionales con sociedad dominante en Estado distinto del de la dominada. El análisis es detallado y aporta acertadas propuestas del autor de *lege ferenda* que nos dan como resultado una obra fecunda, actualizada y con mucho recorrido futuro. Las asienta en el estudio de abundante jurisprudencia, europea, española y comparada, así como numerosa, autorizada, y la más reciente doctrina, tanto española como internacional.

Sin una definición legal del concepto grupo internacional de sociedades, el autor propone una calificación autónoma con dos aspectos, el jurídico, la independencia jurídica, y el económico, el sometimiento a una unidad de decisión o dirección unitaria (p. 56). Los Derechos nacionales regulan la relación entre ambas sociedades, y en los procedimientos concursales solo el Derecho inglés, con la acción de *wrongful trading* (p. 97), o en el francés, con la *action en comblement de passif*, permiten ampliar esta responsabilidad (p. 75). En Derecho español se puede lograr a través de la figura del administrador de hecho en la calificación del concurso (p. 101) siendo la ley interna, ley única, la que determina qué ley aplicar a cada sociedad.

Propone el autor, ante la citada inexistencia de regulación que defina el concepto, y ante este conflicto de calificaciones, una calificación autónoma internacional de DIPr aún no existente, de tres conceptos, grupo internacional de sociedad, sociedad dominante y administrador de hecho (p. 143). Por otro lado, analiza que en el ámbito europeo el TJUE ha establecido que las acciones derivadas del procedimiento concursal deben ser conocidas por el juez del concurso y establecidas por la ley del concurso, no la de constitución de la sociedad (p. 147).

No existiendo regulación internacional específica de la competencia judicial internacional de los grupos internacionales de sociedades, en lo relativo a la responsabilidad de la sociedad dominante,

se deben aplicar los criterios generales de competencia judicial internacional del Reglamento Bruselas I bis en deudas ordinarias (pp. 172 y ss.), y el del centro de intereses principales del deudor del Reglamento de insolvencia en tal materia (p. 217). La jurisprudencia europea ha establecido el domicilio de la filial como el lugar de la competencia judicial internacional salvo que esta sea una sociedad fantasma, proponiendo el autor una interpretación finalista por la cual si la entidad dominante ejerce la dirección de hecho y existe un vacío de actividad en la sociedad insolvente, la competencia debe entenderse en el Estado de radicación de la sociedad dominante (p. 229), en la que se debe analizar su responsabilidad.

Por último, será el criterio de resolución del conflicto de calificaciones del juez del foro el que resuelva qué ley rige las relaciones entre las empresas de un grupo internacional de sociedades, así como la ley que regule la eventual responsabilidad de la sociedad dominante por las deudas contraídas por alguna de las sociedades dominadas. Es esta *lex fori concursus* la que se debe tener en cuenta para aplicar la teoría del levantamiento del velo o las acciones de responsabilidad contra la sociedad dominante en el procedimiento de insolvencia de la sociedad dominada (p. 286), pudiendo aplicarse por analogía la teoría del *interés general* en el establecimiento de la responsabilidad de la sociedad dominante (p. 288).

Por todo lo referido podemos señalar que estamos ante una obra excelente, elaborada con rigor y profundo conocimiento de un tema complejo que contiene todo el análisis teórico que exige, y que a su vez es muy útil para los juristas prácticos que se enfrenten a una situación de deudas o insolvencia de un grupo internacional de sociedades.

Lucas Andrés PÉREZ MARTÍN  
Universidad de Las Palmas  
de Gran Canaria

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.71.2.2019.4.01>

BELINTXON MARTÍN, U., *Cooperación, seguro y actividades deportivas transfronterizas*, Navarra, Aranzadi-Thomson Reuters, 2018, 198 pp.

En un contexto como el actual, en el que el proyecto europeo se ha visto tambaleado con un *Brexit* cada vez más cercano, la obra del Dr. Belintxon supone una apuesta en pos de la consolidación de la construcción europea. La internacionalización acontecida en el ámbito privado requiere el establecimiento de normas seguras y previsibles aplicables a la actividad deportiva transfronteriza, la supresión de las barreras interiores, una respuesta global y consensuada, que garantice la protección de los Derechos Humanos, y la promoción de la Cooperación Transfronteriza.

La Cooperación Transfronteriza es un fenómeno consustancial al proceso de integración europeo, y ha consolidado un marco jurídico-legal imprescindible en la consecución del proyecto de la Unión. Por otra parte, la confluencia de distintos bloques normativos (de ámbito internacional, europeo, estatal, regional y local) en este marco jurídico, genera grandes dificultades para la concreción de la legislación aplicable.

Todo ello hace muy oportuno un estudio como el que nos ocupa, en el que el Dr. Belintxon reflexiona acerca del modelo normativo vigente, y propone soluciones a los conflictos jurídico-privados que se plantean, teniendo, además, presente el elemento regional y el papel que este está llamado a ocupar en la UE.

Partiendo de este escenario, la presente monografía se divide en dos grandes bloques.

El primero de ellos (que consta de un único capítulo) aborda el marco normativo de la Cooperación Transfronteriza, prestando una especial atención a la Cooperación hispano/francesa. Entre las numerosas normas que componen el actual marco de aplicación a la Cooperación Transfronteriza, el autor se centra en el análisis del Tratado de Bayona, de

10 de marzo de 1995, entre el Reino de España y la República Francesa, sobre Cooperación Transfronteriza entre entidades territoriales; y en el Reglamento 1082/2006, de 5 de julio, sobre la Agrupación Europea de Cooperación Territorial (AECT).

En concreto, el Dr. Belintxon profundiza en las principales fórmulas de Derecho público previstas en dichos instrumentos, haciendo hincapié en los convenios interadministrativos de colaboración y los consorcios transfronterizos. Tras esto, analiza la Agrupación Europea de Interés Económico (AEIE) y la Sociedad Anónima Europea (SAE), dos figuras que pueden emplearse como mecanismos que permiten la práctica de la Cooperación Transfronteriza en el ámbito jurídico-privado, y en ámbitos de participación del sector público. Precisamente, concluye que el impulso a la Cooperación Transfronteriza en la UE debería pasar por el fortalecimiento de estas figuras o instrumentos jurídicos (la AEIE y la SAE).

En el segundo bloque de la monografía, que afianza el interés de la obra y la convierte en una referencia en la materia, el autor proyecta este escenario de Cooperación Transfronteriza, desde un punto de vista *ius privatista*, sobre el ámbito de las actividades deportivas internacionales y su aseguramiento. Este segundo bloque es dividido, a su vez, en dos capítulos (el Cap. 2 y el Cap. 3).

En primer lugar, en el Capítulo 2, el Dr. Belintxon examina, con gran rigor y destreza, la competencia judicial internacional y la ley aplicable a los conflictos que pueden suscitarse en relación con los daños acontecidos como consecuencia de la celebración de eventos deportivos transfronterizos. En especial, aquellos realizados en el marco hispano-francés.

Para determinar qué tribunales serán competentes en estos supuestos, el autor desgana los distintos foros previstos en el Reglamento 1215/2012, de 12 de diciembre (Reglamento Bruselas I bis). Así, recurre al foro general (art. 4 RBI-bis), y al foro en materia de seguros, por el que se trata de proteger a la parte débil en el contrato (arts. 10-16 RBIbis). En este punto, es especialmente interesante la reflexión que realiza el Profesor Belintxon, acerca de si un profesional, al que la persona directamente perjudicada ha cedido su derecho de crédito para el ejercicio de la acción de responsabilidad civil frente a la entidad aseguradora, también puede ser considerado «persona perjudicada» en el sentido del art. 13.2 RBIbis. Para estos concretos supuestos, el autor mantiene que el profesional al que se le ha cedido el crédito debería poder beneficiarse del foro de protección en materia de seguros, a pesar de la jurisprudencia del TJUE existente en sentido contrario.

En cuanto a la ley aplicable, se examinan los puntos de conexión previstos en el Reglamento 593/2008, de 17 de junio (Reglamento Roma I), que parte de la autonomía de la voluntad como principio general, pero contiene determinadas especificidades en el caso de los contratos de seguro, distinguiendo si se trata de un seguro de grandes riesgos (art. 7.2 RRI),

de un contrato de seguro distinto del de grandes riesgos (art. 7.3 RRI), o de un contrato de seguro obligatorio (art. 7.4 RRI).

Por último, en el Capítulo 3, se ocupa del marco jurídico vasco-español de aplicación en el aseguramiento de las actividades deportivas, considerando el criterio de territorialidad, por el cual la ley aplicable es la del lugar donde se realice el evento. En especial, presta una especial atención al bloque normativo de referencia en la Comunidad Autónoma del País Vasco, compuesto, fundamentalmente, por la Ley 14/1998, de 11 de junio, del Deporte del País Vasco, y la Ley 10/2015, de 23 de diciembre, de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas.

En definitiva, la obra que nos ocupa constituye un estudio serio, riguroso y en profundidad sobre esta compleja temática, que destaca por la exhaustividad de los materiales (normativos, jurisprudenciales y doctrinales) empleados. Se trata de un trabajo de alto contenido jurídico, a la par que accesible, cuyo manejo resultará, sin duda, muy útil, tanto para académicos como para prácticos del Derecho interesados en este tema concreto.

María del Carmen CHÉLIZ INGLÉS  
Universidad Isabel I

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.71.2.2019.4.02>

CALIGIURI, A., *L'arbitrato nella Convenzione delle Nazioni Unite sul Diritto del Mare*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, 272 pp.

Junto con la Corte Internacional de Justicia (CIJ) y el Tribunal Internacional del Derecho del Mar (TIDM), la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CNUDM), dentro de su sistema de solución de controversias, configura el arbitraje como uno de los procedimientos obligatorios conducentes a decisiones obligatorias (Sección 2.<sup>a</sup>, Parte XV). Dicho arbitraje puede ser realizable bien mediante la constitución de un tribunal arbitral conforme a su Ane-

xo VII (que además es el procedimiento *por defecto* en virtud del art. 287.3), bien mediante el establecimiento de un tribunal arbitral *especial* con arreglo a su Anexo VIII, arbitraje este último al que, por el momento, no se ha recurrido.

A lo largo de sus cinco capítulos, la obra del Profesor Caligiuri aborda el arbitraje dentro del sistema de arreglo de controversias previsto por la Convención a través de un análisis de distintos

arbitrajes constituidos con arreglo a su Anexo VII, lo que acompaña de múltiples y pertinentes referencias doctrinales. Dicho análisis se centra en los arbitrajes que califica de más *trascendentes*, no incluyendo, por tanto, todos los establecidos hasta la fecha en virtud del Anexo VII, únicamente citados en determinadas notas al pie. Por otra parte, a pesar de que la obra se titula *el arbitraje en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar*, el libro no contiene referencia alguna al arbitraje *especial* previsto en el Anexo VIII de la Convención, ni tampoco a las diversas consecuencias que podrían derivarse en caso de un eventual recurso a esta última modalidad.

Tras una sucinta introducción, el primer capítulo de esta obra analiza lo que el autor llama «requisitos procesales para el acceso al procedimiento obligatorio previsto en la Sección 2.<sup>a</sup> de la Parte XV», considerando fundamentalmente los arts. 281, 282 y 283 de la CNUDM. Con el propósito de delimitar los ámbitos de sendos artículos, el autor acude a la interpretación realizada en distintos laudos arbitrales, a una abundante jurisprudencia del TIDM y, sobre todo, de la CIJ.

Los dos capítulos siguientes desarrollan elementos puramente procesales, a saber: la constitución del tribunal arbitral conforme al Anexo VII y la jurisdicción del mismo, respectivamente. Así, en el Capítulo II el autor considera con distinto grado de detenimiento diversos elementos consustanciales al arbitraje, tales como, en su sección primera, la independencia e imparcialidad de los árbitros, la adopción de las reglas de procedimiento, la conducta de las partes, la no *participación*, el papel de los *expertos* o la finalización del arbitraje, y, en la sección segunda, los procedimientos incidentales, las excepciones preliminares o la posible intervención de un tercer Estado. Por su parte, el Capítulo III analiza en detalle la competencia del tribunal arbitral, examinando su jurisdicción *ratione materiae*, especialmente en casos de controversias

*mixtas*, las limitaciones contenidas en el art. 297 CNUDM, las excepciones facultativas en virtud del art. 298, la jurisdicción *ratione temporis* y la denominada por el autor como *jurisdicción suplementaria*. Ambos capítulos constituyen el grueso de la obra reseñada por cuanto representan un análisis de la aplicación del sistema de solución de controversias de la Convención por algunos tribunales arbitrales del Anexo VII.

Finalmente, los Capítulos IV y V tratan el *derecho aplicable* por los tribunales arbitrales y la *decisión* arbitral, respectivamente. En el Capítulo IV, el Profesor Caligiuri se plantea, además de la hipotética resolución *ex aequo et bono*, qué normas sustantivas deben aplicar los tribunales arbitrales para el arreglo de estas controversias, concluyendo que resulta aplicable, lógicamente, la CNUDM, así como otras normas de Derecho internacional no incompatibles con la misma. A juicio del autor, existe un posible riesgo de fragmentación del Derecho del mar debido a posibles interpretaciones divergentes por parte de los distintos tribunales internacionales. Más interesante resulta la reflexión sobre «*la relazione tra diritto applicabile e giurisdizione*», de manera que, en virtud de las citadas otras normas de DI, el tribunal arbitral pueda o no tener jurisdicción para pronunciarse sobre materias como el uso o la amenaza de la fuerza, la soberanía *terrestre* o los derechos humanos (pp. 205-216). La obra finaliza (Cap. V) considerando el laudo arbitral, su carácter definitivo y vinculante, las posibles controversias relativas a su interpretación o aplicación, su nulidad o, en fin, la ejecución de la decisión arbitral, subrayando el autor la necesidad de introducir un mecanismo para los casos de incumplimiento de los laudos.

En suma, la obra del Profesor Caligiuri (la primera que aborda monográficamente el tema, al menos en lo que me consta) contribuye a desarrollar el análisis doctrinal del arbitraje del Ane-

xo VII de la CNUDM, uno de los cuatro medios previstos en la Sección 2.<sup>a</sup> de su Parte XV. Hasta su publicación, existían numerosos trabajos que analizaban el sistema de arreglo de controversias de la Convención en su conjunto o, más particularmente, la CIJ y el TIDM, pero que, sin embargo, no consideraban específicamente el arbitraje en la Convención. Pues bien, la principal aportación de este trabajo es, precisamente, incluir un estudio del arbitraje del Anexo VII, con referencias a algunas de las controversias resueltas mediante esta vía, y de

su encaje dentro del sistema de solución de controversias de la CNUDM. En todo caso, el libro constituye un punto de partida para un futuro e ineludible análisis comprensivo de todas las controversias sometidas al arbitraje conforme al Anexo VII (tanto desde un punto de vista adjetivo como sustantivo), sin olvidarnos del arbitraje *especial* previsto en el Anexo VIII.

Eduardo JIMÉNEZ PINEDA  
Universidad de Córdoba

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.71.2.2019.4.03>

CAMPUZANO DÍAZ, B., *Los acuerdos de elección de foro. Un análisis comparado de su regulación en el Convenio de La Haya de 2005 y en el Reglamento 1215/2012*, Granada, Comares, 2018, 259 pp.

La monografía objeto de recensión es un trabajo de referencia para la materia que desarrolla. El tema, aunque no es novedoso, son conocidas varias monografías tanto españolas como extranjeras sobre el régimen de los acuerdos de elección de foro, así como otras que analizan ambos textos de forma comparada, presenta gran interés a nivel teórico y práctico.

La estructura del trabajo responde a un esquema lógico que facilita su seguimiento y comprensión. Además, aunque en ciertos momentos algunos de los desarrollos sean muy largos para el lector, la autora incluye epígrafes de recapitulación que resultan muy útiles a la hora de resaltar los elementos esenciales analizados.

El primer capítulo tiene un carácter más expositivo. En su inicio la autora recuerda las ventajas e inconvenientes del criterio de la autonomía de la voluntad, para analizar después las diferentes fuentes de origen institucional, convencional e interna, que en el panorama actual regulan los acuerdos atributivos de competencia.

En el desarrollo del capítulo hay aspectos importantes entre los que destaca

el análisis de: la definición del carácter internacional de la relación, elemento que el TJUE ha vuelto a poner de actualidad; la exposición del tratamiento de la *prorrogatio* y *derogatio fori* en función del instrumento que esté analizando. Igualmente resulta de interés la relación de las normas de competencia judicial internacional de fuente institucional, en particular el Reglamento 1215/2012, con las normas de competencia judicial de fuente interna, cuando se trata de determinar la posibilidad de aplicar estas últimas a acuerdos atributivos de competencia finalizados por demandados en terceros Estados (asunto nada pacífico).

A lo largo del segundo capítulo se desarrollan dos aspectos complejos: 1.º) Los ámbitos de aplicación tanto del Reglamento 1215/2012 como del Convenio de La Haya de 2005. Para profundizar, y en función del texto aplicable, la autora diferencia entre: ámbito material (pp. 52-73); tipos de acuerdos de elección de foro (pp. 74-86), e internacionalidad del litigio (pp. 86-93). A través de su análisis delimita cuando resulta (o no) aplicable al acuerdo de elección de foro uno u otro instrumento. Solo cuando ambos instrumentos sean aplicables co-

responde analizar el segundo de los aspectos centrales de este capítulo. 2.º) Las relaciones entre instrumentos jurídicos que de distinta fuente pueden concurrir. Para ello estudia, en primer lugar, la residencia habitual como criterio utilizado. Posteriormente se detiene en un elemento central, y sobre el que ha habido importante jurisprudencia, quiénes están vinculados por el acuerdo de elección de foro y, en consecuencia, serán las partes obligadas por este en el litigio.

La eficacia y la validez de los acuerdos de elección de foro son aspectos que se tratan en el Capítulo III. Manejando un elevado número de decisiones judiciales, así como una abundante bibliografía, la autora desarrolla, entre otras, dos ideas: 1.º) la distinta función que tienen los requisitos de validez formal de los acuerdos de elección de foro según el texto que resulte aplicable; 2.º) la desvinculación del consentimiento de los requisitos formales recogidos en el Convenio de La Haya de 2005, a diferencia del tratamiento que tienen los requisitos formales en el marco del Reglamento 1215/2012 como elementos que aseguran el otorgamiento del consentimiento a los acuerdos de elección de foro.

En relación a la primera idea, la función de los requisitos de validez formal de los acuerdos, en el marco del Convenio de La Haya de 2005 son condiciones de aplicación del texto (pp. 123-124). Mientras que para el Reglamento 1215/2012 son condiciones que inciden en la validez de los acuerdos. Esta diferenciación tiene relevancia para analizar la relación entre los distintos textos. Es un elemento importante al que se podría haber dedicado un desarrollo mayor aprovechando, además, reflexiones de otras partes del libro (p. 36).

La segunda idea relevante se centra en la exposición de la desvinculación en el Convenio de La Haya de 2005 de los requisitos formales como elementos que aseguran la existencia de consentimiento

al acuerdo de elección de foro. Enfoque distinto al otorgado en el marco del Reglamento 1215/2012.

El último capítulo del libro desarrolla los mecanismos de protección de los acuerdos de elección de foro en los supuestos de procedimientos paralelos. La autora profundiza sobre la manera en la que ha de aplicarse la regla contenida en el art. 31.2 del Reglamento 1215/2012. La cuestión más compleja es trazar una línea divisoria entre las actuaciones del primer tribunal, para apreciar la existencia del acuerdo, y las del segundo a quien le corresponde valorar su validez y alcance (p. 192), y ello debido a la ausencia de un mandato claro en el texto.

Resulta muy interesante el estudio de la litispendencia cuando existen acuerdos de elección de foro en contratos incluidos en las Secciones 3.ª, 4.ª y 5.ª En tales casos se aplicará el apartado 4 del art. 31. Este precepto supone, como se indica, un límite a la inversión de la regla de litispendencia. Es preciso exponer, en primer lugar, los límites generales que establece el Reglamento 1215/2012 en relación a la autonomía de la voluntad cuando se trata de contratos incluidos en las Secciones 3.ª, 4.ª y 5.ª del Reglamento 1215/2012 y, en segundo lugar, analizar, como lo hace la autora, el juego del art. 31.4 del Reglamento 1215/2012. Solo conociendo y respetando los límites generales se podrá entender la especificidad de los límites a la inversión regla de litispendencia cuando hay una parte débil (art. 31.4).

Estas líneas permiten vislumbrar la riqueza y el rigor del trabajo que hay detrás de esta monografía. Es un libro muy serio sobre el que no queda más que recomendar su lectura para profundizar sobre un tema de gran actualidad y abundante práctica.

Mónica HERRANZ BALLESTEROS  
Universidad Nacional de Educación  
a Distancia (UNED)

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.71.2.2019.4.04>

CHÉLIZ INGLÉS, M.<sup>a</sup> C., *La sustracción internacional de menores y la mediación. Retos y vías prácticas de solución*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, 405 pp.

La presente monografía tiene su origen en la Tesis Doctoral dirigida por la Dra. Pilar Diago Diago y supone la «presentación en sociedad» de una joven investigadora a la que auguramos una brillante carrera universitaria.

Si el tema elegido, la sustracción internacional de menores, es una materia sobre la que ya se han publicado numerosos trabajos, la originalidad de la obra reside en cómo se aborda su análisis. La autora no se limita a presentar el marco jurídico vigente, sino que estudia cuáles son sus principales carencias y propone cómo pueden superarse, mediante el recurso a la mediación.

El libro está estructurado en tres capítulos. El primero se dedica a la problemática en la aplicación del Convenio de La Haya de 1980 y del Reglamento 2201/2003. Si la finalidad de ambos instrumentos es lograr el retorno inmediato del menor, la práctica ha demostrado que siempre no ha sido posible, puesto que son varias las deficiencias que presentan. De un lado, la problemática suscitada por el ámbito de aplicación, y por otra parte, la interpretación jurisprudencial de las causas de denegación de la restitución.

Para que a un secuestro internacional de menores pueda aplicarse el Convenio de La Haya de 1980 o el Reglamento 2201/2003 es necesario que se cumpla su respectivo ámbito de aplicación (territorial, material, personal y temporal). Y una de las principales dificultades que se plantea es la propia definición de «traslado o retención ilícitos» ya que la concreción de «la residencia habitual del menor» y el «derecho de custodia» han generado, como ilustra la autora de forma detallada, gran incertidumbre entre la doctrina y una disparidad de resoluciones judiciales.

Otro grave problema detectado es la interpretación jurisprudencial de las causas de denegación de la restitución.

En la práctica, los distintos tribunales han realizado una interpretación amplia de las excepciones previstas en el Convenio de La Haya de 1980, lo que ha llegado a desvirtuar su propio espíritu. De forma más particular, y como se analiza, se ha producido un abuso en la aplicación de la causa prevista en el art. 13.1.b) del Convenio —riesgo de que la restitución exponga al menor a un peligro físico o psíquico o a una situación intolerable—. Lo mismo ocurre en el ámbito del Reglamento 2201/2003, puesto que la limitación establecida en su art. 11.4 no ha funcionado.

Todas las deficiencias detectadas pueden paliarse, como desarrolla la Profesora Chéliz Inglés en el Capítulo II, recurriendo a la mediación, al poder resolverse el conflicto de forma más rápida y protegerse de una mejor manera el interés superior del menor. En efecto, la autonomía de la voluntad de las partes permite que la solución se adapte mejor al caso concreto y, de esa forma, paliar las consecuencias negativas que se derivan de una denegación de la restitución. Además, potencia la celeridad y desempeña un papel importante como mecanismo preventivo. Ventajas que, sin lugar a dudas, van a ser más acusadas en aquellos conflictos en los que no sean aplicables el Convenio de La Haya de 1980 o el Reglamento 2201/2003.

Hay que afirmar, no obstante, que la mediación también presenta sus limitaciones, puesto que, tal como se indica, puede ser utilizada como un instrumento dilatorio para lograr la integración del menor en su nuevo entorno y así conseguir una orden de no restitución.

También se plantean dudas sobre la ley aplicable al acuerdo de mediación y a su ejecución, por lo que será necesario recurrir a las distintas normas que regulan la competencia judicial internacio-

nal, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones sobre aquellas materias a las que puede afectar el acuerdo de mediación y ajustarlo a lo establecido en ellas. La autora presta especial atención a la eficacia extraterritorial de los acuerdos de mediación puesto que, como regla general, los Estados no reconocen la eficacia ejecutiva directa del acuerdo de mediación, sino que para que este sea ejecutable se exige su previa homologación judicial o elevación a escritura pública.

La principal consecuencia que se deduce del marco jurídico estudiado es que es necesario asegurar a las partes que el acuerdo que han alcanzado va a poder ejecutarse en los distintos Estados implicados. Con este propósito, en el Capítulo III de la monografía se desarrolla una guía con los pasos que deben seguirse en la elaboración de un acuerdo de mediación en materia de responsabilidad parental y sustracción internacional de menores, para garantizar su ejecución. Para ello se distinguen los supuestos en los que resulta de aplicación el Reglamento 2201/2003 o el Convenio de La Haya de 1996, de aquellos en los que no.

Este último capítulo es el núcleo duro de la investigación de la Profesora Chéliz Inglés y constituye una valiosa herramienta de obligada consulta para todos aquellos operadores jurídicos que se enfrentan a estos dramáticos casos. Junto a las soluciones *de lege data*, la autora, demostrando sus profundos conocimientos de Derecho internacional privado, propone soluciones *de lege ferenda*. Entre ellas cabe destacar las interesantes reflexiones que realiza sobre la posible revisión del Convenio de La Haya de 1996, los futuros instrumentos que van a elaborarse en el marco de la Conferencia de La Haya para regular los llamados «acuerdos paquete» en materia de Derecho de familia (*«package agreements»*), o sobre la propuesta de refundición del Reglamento 2201/2003.

La calidad en la investigación queda avalada por la numerosa jurisprudencia y bibliografía que la autora maneja y domina para fundamentar todas sus conclusiones. Por todo ello solo nos queda felicitarla.

M.<sup>a</sup> Ángeles RODRÍGUEZ VÁZQUEZ  
Universidad de Sevilla

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.71.2.2019.4.05>

CORTÉS MARÍN, J. M., *Avatares del proceso de adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Reus, 2018, 247 pp.

La cuestión de la protección de los derechos humanos en el territorio europeo se caracteriza por tener una profunda dimensión de legitimidad de la idea de Europa; este aspecto esencial en la construcción de la idea de Europa no ha sido aún satisfactoriamente resuelto. Desde hace decenios está en el ambiente un sentimiento de difusa insatisfacción por el sistema de tutela de los derechos fundamentales en una organización que aspira a superar definitivamente una configuración de base jurídico-internacional.

En este marco, el recurso por parte del Tribunal de Justicia de la UE a la vía

de los principios generales del Derecho para realizar pretorianamente la protección de derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario, abre un modelo jurisprudencial que ya hace emerger el actor principal europeo en este tema: el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH) del Consejo de Europa, con su Tribunal (TEDH). De esta forma, ha sido realmente el CEDH quien ha dado esencia y consistencia material a la efectiva protección de derechos humanos en la Unión Europea hasta hoy.

Siendo consciente del insuficiente modelo original de protección de derechos humanos en la UE, el Tratado de Lisboa ha optado por dos vías: la primera, la recuperación de la Carta Europea de Derechos Fundamentales; la segunda vía, la obligada adhesión de la Unión Europea al CEDH (ambas recogidas en el art. 6 del TUE).

La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión (proclamada en el año 2000) está en vigor, con rango de Derecho originario, desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en el año 2009.

La obligada adhesión al CEDH ha dado lugar al Dictamen 2/13 del Tribunal de Luxemburgo de 18 de diciembre de 2014; este Dictamen, cuyo contenido rechaza el proyecto de acuerdo de adhesión presentado por la Comisión, presenta una serie de particularidades sobre las cuales se está poniendo la mirada de la doctrina internacionalista, europeísta y constitucionalista. Resultado de esta necesaria mirada es la brillante e interesante monografía del Profesor José Manuel Cortés Martín.

Bajo el sugerente título *Avatares del proceso de adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos* el Profesor Cortés nos presenta un tema de máxima complejidad e interés. Ambas cuestiones, complejidad e interés, están presentes a lo largo de las 247 páginas que conforman dicho trabajo. En relación a la forma, el trabajo que nos ocupa se estructura en Introducción, cuatro capítulos y Conclusiones. En la Introducción el autor nos sitúa en la evolución de la protección de los derechos humanos en la Unión y la problemática cuestión de la adhesión al CEDH; el Capítulo I está centrado en las incertidumbres del *Statu Quo*; el Capítulo II, de forma especialmente acertada, nos sitúa en el tema de la presunción de equivalencia del Derecho de la Unión Europea; el Capítulo III trata del proyecto de adhesión y su incompatibilidad con las disposiciones del Derecho de la Unión; por último

en el Capítulo IV el autor ofrece una serie de reflexiones, de especial valor, de cara a la renegociación del proyecto de adhesión.

Respecto al fondo, con un lenguaje claro y una densa argumentación, el Profesor Cortés comienza su excelente trabajo planteando en el Capítulo I si sigue siendo necesaria la adhesión al CEDH, poniendo de manifiesto las lagunas que quedarían colmadas con la adhesión. Esta argumentación, partidaria de la adhesión, queda reforzada en el Capítulo II, en el cual se procede a analizar de forma brillante y original la afirmación de la protección de equivalencia en la jurisprudencia del TEDH, la ruptura de dicha presunción y la confirmación de su vigencia tras el Dictamen del TJUE 2/13.

Si bien todos los capítulos resultan necesarios, al dar coherencia al trabajo, son especialmente originales y significativos los Capítulos III y IV. En el Capítulo III, el autor tras analizar el formato de la negociación y el proyecto de adhesión se muestra especialmente crítico con el Dictamen 2/13 por declarar que la adhesión de la UE al CEDH tal y como estaba diseñada en el proyecto de adhesión no era compatible con los Tratados. De esta forma, señala las distintas incompatibilidades puestas de manifiesto, de forma especialmente exagerada en el Dictamen 2/13, para proceder a analizarlas de forma especialmente crítica y constructiva.

En el Capítulo IV el Profesor Cortés de forma brillante y valiente se adentra en el planteamiento de propuestas y soluciones posibles y realistas que permitan la renegociación del Acuerdo de Adhesión, con especial detenimiento en ámbitos considerados terrenos movedizos como son el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia y especialmente el ámbito PESC.

A título de Conclusiones, y con una total coherencia respecto a lo desarrollado a lo largo del trabajo, se ponen de manifiesto las negativas consecuencias de la no adhesión y las ventajas que di-

cha adhesión podrá conllevar una vez se haga realidad la voluntad política de continuar con el proceso.

Reflejo de la exquisita formación en la materia del Profesor Cortés, todos los capítulos de la monografía contienen importantes aportaciones desde el punto de vista de la doctrina, junto a una especialmente valiosa y continua referencia a la jurisprudencia de los Tribunales

Europeos protagonistas en el tema. La continua invocación a esta jurisprudencia tiene como resultado un trabajo especialmente original, denso y valioso, que, sin duda, será estudiado y muy tenido en cuenta en los avatares, aún por llegar, de la obligada adhesión de la UE al CEDH.

Casilda RUEDA FERNÁNDEZ  
Universidad de Sevilla

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.71.2.2019.4.06>

DÍAZ BARRADO, C. M., *América en busca de la integración: rasgos y principios desde la óptica del Derecho internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, 311 pp.

La OMC da cuenta de que el número de acuerdos comerciales regionales celebrados por sus Estados miembros aumenta ininterrumpidamente, pues de los dos que había en vigor en 1958 se ha llegado a los 291 vigentes en 2019 ([https://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/region\\_s/region\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/tratop_s/region_s/region_s.htm); consulta el 31 de enero). Ello ha llevado a que, desde junio de 2016, todos sus países sean parte de, al menos, un acuerdo de este tipo.

La contundencia de estos datos ayuda a entender por qué la integración económica regional constituye uno de los fenómenos que más condiciona el desarrollo de las relaciones internacionales contemporáneas y se ha convertido en elemento anclar para apreciar adecuadamente el rol que en ellas tiene el Derecho internacional público en general y el Derecho de la integración en particular.

A pesar de ello, en la literatura especializada es corriente encontrar la afirmación de que el regionalismo de integración está en crisis. Aunque no es privativo de América, sucede particularmente en este continente, toda vez que en él se han instaurado en fechas recientes procesos regionales de integración económica innovadores —como la Alianza del Pacífico en 2011—, a la vez que se intentan reactivar procesos en dificultades —como el TLCAN mediante la suscrip-

ción, en diciembre de 2018, del Acuerdo Estados Unidos, México y Canadá— y se van apagando otras experiencias, incluso longevas —como la Comunidad Andina, pues ya en 1969 inició su singladura como Pacto Andino—. Esta coexistencia de fuerzas centrífugas y centrípetas demuestra que la integración regional sigue siendo un fenómeno muy vivo.

Ante la enrevesada situación de la integración en el continente americano, es motivo de gran satisfacción la publicación de la monografía del Profesor Castor Miguel Díaz Barrado, *América en busca de la integración: rasgos y principios desde la óptica del Derecho internacional*.

Tras la introducción, en la que se apunta *i. a.* que la integración se ha erigido en uno de los rasgos que mejor definen la identidad y realidad de América, la monografía se divide en dos capítulos, unas conclusiones y una relación de bibliografía representativa.

El Capítulo I analiza con detalle los rasgos esenciales que definen la integración en el continente americano, resaltando la proliferación de procesos de integración en su seno (el llamado *spaghetti bowl* en la acertada metáfora del Profesor Jagdish Bhagwati), dado que los 35 Estados de América han implementado no menos de 15 procesos de

integración (Mercosur, SICA, etc.); el carácter multidimensional de los procesos de integración, puesto que lo comercial y económico no son siempre los componentes fundamentales y en algunos casos se ha dado primacía a los criterios ideológicos o de otra naturaleza (defensa, energía, infraestructuras, etc.), como sucede *v. gr.* en la Unasur y el ALBA, y de ello resulta una realidad abigarrada en la que no es fácil establecer parámetros comunes para todos los procesos de integración, pues los compartidos coexisten con rasgos propios de cada uno que los diferencian entre sí y singularizan, en su conjunto, a la integración americana de la que tiene lugar en otros lugares; la naturaleza dinámica de la integración, inmersa en una evolución continua, con avances y retrocesos en la asunción de competencias, la reforma de sus instituciones, la instauración de modelos diversos de integración, etc., y sin que esta realidad lleve necesariamente a la institución de una organización internacional y mucho menos a la cesión irreversible de poderes soberanos a órganos supranacionales en sentido propio —la CELAC es buena muestra de ambas afirmaciones—; y, en fin, los criterios territoriales de los esquemas de integración, yendo de procesos de alcance subregional a otros de dimensión regional e incluso hemisférica, en un incesante vaivén de revisión y creación de esquemas integracionistas.

A continuación, el Capítulo II lleva a cabo un pormenorizado estudio de los valores y fundamentos que sustentan la integración en América y reflejan su marco constitucional, partiendo de principios cardinales del Derecho internacional y examinando su plasmación efectiva en la integración continental. Así, se trae a colación la paz, descrita como fundamento imprescindible; la democracia, calificada como principio constitucional; el respeto de los derechos humanos,

considerado como principio necesario; y, finalmente, el desarrollo económico y social, que debería ser la base de la integración americana cuando concluya su fase de cristalización. El autor desgana estos principios y fundamentos pasando de sus orígenes en el panamericanismo del siglo XIX a su consagración formal a partir del siglo XX en diversos instrumentos de los esquemas americanos de integración o su reconocimiento inferido de la práctica institucional, así como sus logros y falencias, etc. Ello le permite resaltar su trascendencia real en los distintos niveles territoriales de la integración americana, que es más limitada de lo que sería deseable porque no todos los procesos integracionistas extraen consecuencias explícitas de ellos y difieren los resultados en los que sí se hace. Este análisis es muy pertinente porque, sorprendentemente, son todavía contadas las ocasiones en las que la doctrina trasciende la visión tradicional de la integración, basada primordialmente en posiciones liberales y neoliberales, como si este fenómeno siguiera siendo solo comercial y económico hoy en día, cuando es diáfano que cuenta igualmente con componentes como los mencionados.

Finalmente, de las conclusiones sobresale la idea de que ha llegado el momento de aunar esfuerzos para que los esquemas de integración americanos resulten útiles y ello requiere dejar de instaurar nuevos procesos a la vez que determinar el contenido de los que ya existen, así como profundizar en el logro de sus objetivos y en su institucionalidad, entre otros elementos.

En suma, en esta monografía el lector hallará un estudio profundo y esclarecedor del fenómeno de la integración regional en América.

Manuel CIENFUEGOS MATEO  
Universidad Pompeu Fabra

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.71.2.2019.4.07>

FERNÁNDEZ ILLANES, S., *La codificación y decodificación del Derecho internacional por los organismos internacionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, 145 pp.

El autor chileno, diplomático de carrera, lleva a cabo un trabajo meritorio sobre la codificación del Derecho internacional en el que introduce, en la medida de su presencia, su particular experiencia como profesional. En conjunto se realiza una pormenorizada labor de seguimiento de la codificación del Derecho internacional desde sus precedentes hasta la actualidad, a través de seis capítulos y unas conclusiones que muestran un conocimiento claro de la materia.

El propio autor señala que el propósito de su trabajo es «examinar si dicha codificación realmente se ha logrado plenamente, solo en parte, tal vez nunca de manera real y solo haya una abundante recopilación más o menos orgánica» y considera que «los Organismos Internacionales solo han logrado una fijación parcializada del Derecho internacional» y que por ello «la codificación actual es dispersa y no progresa significativamente».

En la parte sustantiva de la obra comienza ocupándose del *ius cogens* con una revisión de ejemplos representativos en materia de derechos humanos, derecho de los tratados y Estatuto de la Corte Penal Internacional, para concluir que «en buena hora el *ius cogens* no ha sido ni podido ser codificado, ya que permite su positiva evolución y adecuación necesarias». Para añadir que en todos los casos revisados —incluyendo la responsabilidad internacional y la paz como bien jurídico esencial— «no constituyen codificaciones propiamente tales, ni se ha logrado unificarlas en un solo instrumento jurídico» y «así, continúan dispersas y fragmentadas».

De manera general, respecto al papel de los organismos internacionales en la codificación, afirma «que no hay prácticamente ninguna disciplina legal que no esté bajo la competencia de algún orga-

nismo y que, a la vez, dicho organismo no procure desarrollar algún tipo de codificación dentro de sus atribuciones» y entiende que en los conceptos básicos que trató de codificar la Sociedad de Naciones «se encuentra el primer intento a escala mundial de la codificación progresiva del Derecho internacional». Como es explicable al hablar de la Sociedad de Naciones se refiere a la posición de la Delegación de Chile respecto a la codificación en la misma.

Hay que destacar la atención que el autor presta a la codificación en el sistema interamericano, materia que conoce particularmente y en la que participó en determinados momentos y en la que atiende a la labor de los Congresos Americanos, las Conferencias Panamericanas, la OEA y el Comité Jurídico Interamericano, que valora que «la codificación regional sigue las tendencias que también hoy presenta la codificación universal general».

Como no podía ser de otra manera, al ocuparse de la codificación mundial actual se ocupa pormenorizadamente del Sistema de las Naciones Unidas a través de todos los órganos y organismos que participan en la codificación, atendiendo a la distinción entre desarrollo progresivo y codificación y al valor de las resoluciones, declaraciones o decisiones y en qué medida pueden constituir casos de codificación del Derecho internacional, respecto a lo que trata de contestar a dos preguntas que se plantea: «¿solo hay codificación del Derecho internacional únicamente cuando los Estados u otros órganos competentes son convocados expresa y taxativamente para codificar?» y «¿podríamos estar en presencia de una codificación espontánea?». Respecto a la primera concluye que «no solo», poniendo como ejemplo el valor actual

de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Y respecto de la segunda concluye que cabe tal codificación espontánea, poniendo como ejemplo la ley modelo sobre el Comercio Electrónico elaborada por la UNCITRAL. De la consideración de la labor codificadora del Sistema de las Naciones Unidas, concluye que «ha sido enorme y trascendente» y que «en cualquier caso, esta representa en la actualidad el grado más alto de aceptación del Derecho internacional, tanto general como especializado», aunque es necesario puntualizar que no todo ha sido óptimo, ni todo ha sido un éxito.

Aparte las conclusiones, coherentes con lo expuesto en la obra, el autor termina considerando la fragmentación y decodificación actual del Derecho internacional y las tendencias actuales de la codificación. En primer lugar, como efecto de la fragmentación se produce «una decodificación como proceso centrífugo por el cual los poderes legislativos —que en el Derecho internacional lo constituye toda la comunidad de naciones representadas en los organismos— dictan numerosas leyes especiales que escapan a la disciplina del Código, que es un mi-

cro-sistema jurídico más que pierde su cualidad de estatuto de Derecho común general y pasa a ocupar un papel residual que regula aspectos no alcanzados por las leyes especiales», pero que «las prácticas actuales no son enteramente perjudiciales para el Desarrollo Progresivo del Derecho internacional general o especializado, que prosigue ininterrumpidamente. [...] Solo condicionan su codificación propiamente tal». En segundo lugar, respecto a las tendencias actuales se centra en el Informe Martii Koskeniemi del grupo de estudio de la CDI, y sobre la base de su contenido entiende que no implica que «el Derecho internacional mismo esté en crisis o que haya concluido su evolución progresiva», y finaliza preguntándose «¿Qué es más perjudicial para el Derecho internacional? ¿No codificar del todo en su sentido amplio y solo hacerlo de manera fragmentada? O en sentido contrario, ¿qué es más positivo?: ¿Elaborar códigos generales y unitarios a los que finalmente ningún Estado adhiera, o consentir en normas parciales que sí tienen aceptación?».

Eduardo VILARIÑO PINTOS

Universidad Complutense de Madrid

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.71.2.2019.4.08>

GÓMEZ ISA, F., CHURRUCA MUGURUZA, C. y WOUTERS, J. (eds.), *EU Human rights and democratization policies. Achievements and challenges*, Routledge, 2018, 188 pp.

Editado bajo la dirección de los Profesores Felipe Gómez Isa y Cristina Churruca Muguruza —ambos de la Universidad de Deusto—, junto con Jan Wouters —de la Universidad Católica de Lovaina—, el libro colectivo objeto de esta reseña constituye el valioso resultado de un seminario internacional celebrado en abril de 2016 en Bilbao, por el Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, de la Universidad de Deusto, con el título «Desafíos a la Efectividad de las Políticas de Derechos Humanos y Democratización de la Unión Europea». Dicho

seminario reunió a un destacado grupo internacional de profesionales y académicos, en el marco del Proyecto Europeo FRAME —*Fostering Human Rights Among European External and Internal Policies*—, financiado por el Séptimo Programa Marco de la Unión Europea (UE), y coordinado desde el Centro de Estudios para Gobernanza Global de la Universidad Católica de Lovaina.

Aunque la promoción de la democracia y la protección de los derechos humanos se sitúa desde siempre en el centro

del proyecto de integración europea, y ha sido objeto de amplia atención académica, la originalidad del proyecto que nos ocupa viene dada, a nuestro parecer, en su acercamiento crítico al tema objeto de estudio y a la consideración que presta a numerosas dimensiones del tema de estudio que no siempre son objeto de la debida atención. Así, por ejemplo, los capítulos que adoptan una perspectiva más amplia ofrecen una interesante perspectiva crítica. El Profesor Gómez Isa propone, en el Capítulo I, reconsiderar los esfuerzos desarrollados por la UE en las últimas décadas en materia de promoción de la democracia y la protección de los derechos humanos a la vista de que la universalidad de los valores occidentales resulta cada vez más contestada. Por su parte, el Profesor Wouters realiza en el Capítulo II un muy matizado análisis de la nueva arquitectura legal e institucional de la UE en esta materia, particularmente atenta a su interacción siempre dinámica con el cambiante proceso político que se registra en el seno del Consejo y del Parlamento, así como con la evolución de la jurisprudencia del TJUE.

De igual modo, al comienzo de la segunda sección del libro dedicada a la revisión general de las políticas de la UE en este terreno, la Profesora Churruga realiza en el Capítulo III una bien fundamentada crítica al relativo desplazamiento de la promoción de la democracia y los derechos humanos en la política exterior de la UE como resultado de la adopción de un enfoque especialmente pragmático en la implementación de la Estrategia Global adoptada en 2012, y de los magros resultados en esa materia en su correspondiente Plan de Acción. Por su parte, la Profesora Morondo, en un capítulo, el IV, particularmente innovador en su enfoque metodológico, muestra la distancia entre el cuidadoso discurso oficial de la UE sobre los derechos humanos —atendiendo tanto a sus énfasis como a los calculados silencios que despliega—, y las representaciones

sociales que provoca en la opinión pública, y la realidad de sus políticas. La sección central del libro se cierra con la contribución de Vandenberg, quien ofrece, en el Capítulo V, una valoración crítica de la deficiente a su parecer imbricación de la UE en las organizaciones de la sociedad civil, proponiendo la necesidad de un acercamiento mutuo de ambas instancias, y del establecimiento para ello de mecanismos de diálogo, consulta y colaboración más estrecha en el diseño, implementación y evaluación de las políticas.

La Sección 3.<sup>a</sup> y final contiene cuatro contribuciones igualmente interesantes, centradas esta vez en el análisis de cuatro ámbitos específicos bien diferenciados. El Profesor Bender examina la contribución del Instrumento Europeo para la Democracia y los Derechos Humanos (IEDDH) a la implementación de la agenda de la UE en esas materias. Se trata de un instrumento que tiene por objeto apoyar a la sociedad civil para que se convierta en una fuerza eficaz para la reforma política y la defensa de los derechos humanos que aspira a complementar aquellos otros que se centran en la creación de instituciones públicas. En el Capítulo VII el Profesor Suksi ofrece un muy documentado, exhaustivo y matizado balance de la eficacia de las Misiones de Observación Electoral de la UE. En el Capítulo VIII la Profesora Bennett aborda de manera igualmente rigurosa un tema, la notable influencia que la UE ha tenido en la paulatina emergencia de lo que llama un «régimen de protección de los defensores de los derechos humanos», ofreciendo algunas recomendaciones sobre cómo reforzar esa tendencia. Se trata de una cuestión que ha adquirido gran importancia en la última década como resultado de la multiplicación de ataques extremadamente violentos a quienes desempeñan esa importante tarea. Cierra esta interesante sección el Capítulo IX, en el que el Profesor Hachez analiza el alcance y los límites de las medidas que viene adoptan-

do la UE en materia de promoción de la responsabilidad social de las empresas, y de manera más específica en materia de lucha contra las violaciones de los derechos humanos cometidas por empresas, mostrando que la UE mantiene todavía un perfil muy bajo en su intervención en esta materia.

El libro concluye con un balance final elaborado por los editores, en el que, dada la amplitud de los temas, y la variedad de situaciones que las diversas contribuciones examinan, se evita realizar confortables generalizaciones, ofreciendo más bien, tal y como ya anunciaba la introducción, una valoración moderada-

mente crítica del trabajo realizado por la UE, que además de señalar sus falencias, indica igualmente de manera constructiva numerosas vías sobre las que podría avanzarse en el futuro. Por todo ello, en su conjunto, podemos afirmar que se trata de un libro especialmente interesante y original en su planteamiento, que constituye una aportación coherente y matizada al mejor conocimiento de la labor de la UE en el campo de los derechos humanos y la democracia.

Noé CORNAGO

Universidad del País Vasco/Euskal

Herriko Unibertsitatea

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.71.2.2019.4.09>

GÓMEZ JENE, M., *Arbitraje Comercial Internacional*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2018, 536 pp.

Los excelentes doce capítulos en que se divide esta exhaustiva, actualizada y acertadísima visión global de la institución del arbitraje comercial internacional permiten acercar el conocimiento de la misma al lector de una forma progresiva y con una sistemática que propone avanzar desde lo general (Concepto, Teoría general, Fuentes y Carácter Internacional del Arbitraje Comercial) a lo especial (arbitrabilidad de la controversia, dimensión procesal, interacción arbitraje/tribunales estatales, convenio arbitral, árbitros, laudo arbitral y por último el control judicial, con especial referencia al *exequátur* de laudos arbitrales extranjeros), todo ello desarrollado desde una muy sugerente perspectiva de análisis anclada en el Derecho Internacional Privado (DIPr).

Tal y como a modo de contextualización el autor indica en su introducción a este muy relevante estudio, la reforma de la Ley de Arbitraje de 2003 (LA) operada por la Ley 11/2011 supuso una atribución de competencia a los Tribunales Superiores de Justicia (TSJ) para conocer, entre otras, de las acciones relativas al apoyo y control del arbitraje. Pasados unos años

desde que los TSJ asumieran esa función, el volumen jurisprudencial generado es tan amplio que su tratamiento sistematizado resultaba necesario y su reflejo en esta publicación se realiza de forma tan exhaustiva como selectiva.

Además, reformas legales posteriores —como la que afectó a Ley concursal— y la promulgación de nuevas e importantes leyes en materia de DIPr. —como la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil—, así como la refundición de importantes Reglamentos europeos —como la que afectó al Reglamento Bruselas I refundido— han supuesto una modificación sustancial del marco legal en materia de arbitraje en general y del arbitraje comercial internacional en particular. Toda esta suma de circunstancias (volumen jurisprudencial de los TSJ y reformas legales en materia de DIPr.) están en el origen y suponen a la vez el objeto de esta obra.

Aprehender, captar de forma tan didáctica y exhaustiva un ámbito tan complejo como el régimen normativo adscrito al vasto campo del arbitraje comercial internacional representa un reto

doctrinal que este completo y sobresaliente estudio logra superar con maestría, combinando una necesaria vertiente descriptiva con el análisis, siempre sugerente por crítico y constructivo, de los problemas sustantivos y procesales que esta institución arbitral inherente al sector del comercio internacional plantea al operador jurídico.

La perspectiva de DIPr, presente en toda la obra, exige tomar en particular consideración no solo el marco de Derecho convencional «clásico» en materia de arbitraje. Por ello el estudio incorpora una visión especialmente bien trabajada y centrada en analizar en qué medida los nuevos Reglamentos europeos en materia de DIPr. afectan o pueden ser de aplicación en el contexto del arbitraje comercial internacional.

Del mismo modo, es bien sabido que la jurisprudencia reciente de ciertos Tribunales internacionales (TJUE o el TEDH) afecta directamente al arbitraje comercial internacional en general y al arbitraje comercial internacional en particular. Entre otras, la reciente sentencia del TJUE en el asunto *Achmea* es buena prueba de ello.

Esta sugerente forma de aproximación al objeto de estudio abordado logra además aportar un enfoque sistemático del arbitraje comercial internacional, enriquecido por la especial dedicación que este libro aporta al análisis del marco legal internacional y de la muy acertada jurisprudencia comparada e internacional seleccionada y analizada tomando como criterio su afección directa al ámbito del arbitraje comercial. Todo ello viene además acompañado de un aporte doctrinal y jurisprudencial con una selección actualizada al mes de julio de 2018.

Estamos ante una obra de referencia y de consulta obligada en los despachos profesionales, en el aula y en la Academia. El libro supera un mero examen comparativo entre los bloques normativos en presencia y vigentes en la ordenación autónoma e internacional del sector

del arbitraje comercial internacional, y el recurso a la obligada técnica interdisciplinar en el estudio de un sector *inherentemente* internacional es otro valor añadido de este libro.

La lectura reposada de esta obra, adscrita a un ámbito temático que demuestra 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 procesalistas y los mercantilistas. Lejos de absurdas peleas por celos temáticos, la obra demuestra el valor añadido derivado de nuestra particular metodología de aproximación científica al mundo de los negocios internacionales en general y al arbitraje comercial internacional en particular.

Merece especial mención la dimensión procedimental (medidas cautelares, tanto las adoptadas por el juez como las adoptadas por el árbitro), o la relativa a la selección de ley aplicable al *iter* procesal y al fondo de la controversia arbitral, junto a la visión de Derecho comparado ofrecida, y la vertiente del reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros atendiendo a los diferentes instrumentos normativos aplicables. 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, pluridisciplinar, tal y como es apreciable desde los tres primeros capítulos de la obra) sobre el prisma de análisis del DIPr. Solo así se consigue dotar de contenido y aportar valor añadido efectivo al análisis de campos de estudio y a genéricos conceptos que son hoy día «lugares comunes» a otras disciplinas jurídicas.

Juan José ÁLVAREZ RUBIO  
Universidad del País Vasco

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.71.2.2019.4.10>

HORNERO MÉNDEZ, C., YBARRA BORES, A., GONZÁLEZ MARTÍN, N. y RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, E. (coords.), *Derecho Sucesorio Comparado. Las experiencias española y mexicana en un contexto internacional*, Ciudad de México, Tirant lo Blanch, 2019, 425 pp.

La sucesión *mortis causa* es un acto jurídico que no reconoce fronteras o épocas. Su evolución es dinámica y requiere de armonización legislativa y regulatoria. En esta obra se presentan algunos esfuerzos académicos que recogen muchas de las preocupaciones y propuestas sobre este tema en Europa y en México. Las visiones presentadas por once juristas especialistas, mexicanos y españoles, proporcionan al lector la actualidad de los diferentes tipos de sucesiones, así como sus particularidades jurídicas.

Ignacio Colomer inicia el análisis planteando los requisitos procesales de la sucesión, el deber de comunicar la muerte y el riesgo que representa su silencio culpable. Con una clara explicación de los diferentes tipos de sucesiones, su trabajo sienta las bases conceptuales de esta obra.

Miguel Espíndola explica al Derecho sucesorio actual en México, que tiene un carácter eminentemente local, y se detiene en la explicación de instituciones regulatorias mexicanas. Presenta los diferentes tipos de sucesiones y destaca aquellas que no existen en otros países como Argentina y España. El Derecho extranjero, dice este autor, se aplica de manera excepcional en México, lo que presenta algunos problemas especialmente con respecto del aumento de las sucesiones transfronterizas.

Humberto Espinosa de los Monteros aporta cifras interesantes sobre los altos porcentajes de empleos informales en México como detonadores de problemas sucesorios que impiden que muchos valores económicos puedan transmitirse de manera transgeneracional. El bajo porcentaje de municipios que carecen de un programa de desarrollo urbano, así como de disposiciones jurídicas en materia de

zonificación y de uso de suelo, dificultan la adjudicación si los inmuebles no están debidamente regularizados.

Nuria González presenta elementos adicionales de la sucesión desde el Derecho mexicano. Se detiene en la explicación de los testamentos conjuntos que no existen en el Derecho mexicano por tratarse de actos personalísimos, a diferencia de países como Alemania, Australia y Hungría. Su trabajo resalta problemas sucesorios derivados de la migración y desplazamiento crecientes en el espacio común europeo, así como de los problemas actuales en materia de matrimonios y adquisición de inmuebles entre ciudadanos de diferentes estados de la Unión. Destaca la Ley Modelo de Derecho internacional privado en México (que se presentó formalmente en 2018), con temas como la sucesión *mortis causa* y el Derecho de familia.

El trabajo presentado por Juan Hernández centra su análisis en la regulación de la Ciudad de México y parte de la pregunta sobre si la sucesión de una persona puede considerarse parte de su estado civil. En su respuesta destaca los pasos en el proceso de sucesión con base en el ordenamiento específico de esta entidad federativa que no toma en consideración factores como la nacionalidad o el domicilio del autor de la sucesión.

En el Capítulo V, César Hornero explica la sucesión legitimaria en España (también en el VIII), una figura inexistente en México que da certeza a ciertos herederos (parientes más cercanos) tanto en sucesiones testadas como intestadas.

José Manuel Macarro incorpora al análisis un elemento indirecto de la sucesión, la libre circulación de capitales en la tributación sucesoria, de la cual desta-

ca su necesaria armonización en torno al respeto por las libertades fundamentales, así como los efectos transfronterizos que existen. La integración regional, dice el autor, debe de respetar los mismos principios fundamentales de la sucesión, la multiplicidad de tributaciones es uno de los retos principales en la Unión Europea.

El tema de las sucesiones transfronterizas es tratado de manera amplia por Jesús Ramos y abona (al igual que el capítulo previo) a los problemas de tributación y de impuestos sucesorios que surgen entre otros factores ante la falta de una correspondencia entre instituciones jurídicas, de la discriminación de los contribuyentes no residentes y de los bienes patrimoniales localizados en el extranjero.

Andrés Rodríguez Benot agrega que la sucesión legitimaria representa una limitación a la libertad de testar, a la vez que es una limitación de los herederos forzosos. Mediante el análisis del Reglamento UE 650/2012 que se aplica con excepción de Dinamarca, Irlanda y de Reino Unido, este capítulo resalta el esfuerzo de armonización más logrado en la Unión Europea, que se ha visto limitado especialmente por la sucesión legítima.

El trabajo de Elí Rodríguez comprende la figura del reconocimiento de los concubinos como herederos y de los conflictos procesales de su tramitación, especialmente en cuanto a la jurisdicción

por razones de nacionalidad, domicilio, ubicación de los bienes y lugar del fallecimiento. Los derechos de concubinos son reconocidos en México como si se tratara de cónyuges, mientras que en España el tema es abordado en la legislación propia que sobre parejas de hecho han dictado algunas Comunidades Autónomas.

Alfonso Ibarra concluye esta obra con aspectos del Derecho comparado español e inglés y parte del reglamento sucesorio europeo por el cual se favorece la nacionalidad del autor de la sucesión al momento de su elección o del fallecimiento y a partir de ahí se establecen algunas reglas supletorias como la residencia habitual, misma que no define el Reglamento. Destaca el tema de los vínculos más estrechos como uno de los puntos de contacto para determinar la ley aplicable a la sucesión.

En definitiva, esta obra pone en relieve los retos actuales de la sucesión *mortis causa*, desde la visión comparada México-España. Presenta los problemas más representativos, conceptuales y procesales, así como la necesidad cada vez más creciente de uniformar leyes y criterios que faciliten la aplicación de sucesiones transfronterizas por la vía del fortalecimiento del Derecho internacional privado.

Carlos H. REYES DÍAZ  
Universidad Nacional Autónoma  
de México

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.71.2.2019.4.11>

IGLESIAS BUIGUES, J. L. y PALAO MORENO, G. (dirs.), *Régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de las uniones registradas en la Unión Europea. Comentarios a los Reglamentos (UE) núms. 2016/1103 y 2016/1104*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, 583 pp.

Desde el 29 de enero de 2019 la vida internacional de las parejas se verá facilitada con la vigencia de los dos Reglamentos objeto del Comentario que re-  
censionamos. Unos textos complejos y profusos que regulan el conjunto de los problemas que suscitan el régimen eco-

nómico matrimonial y los efectos patrimoniales de las uniones registradas en el Derecho Internacional Privado (DIPr.).

Estos Reglamentos fueron aprobados el 24 de junio de 2016. Durante esta aparentemente larga *vacatio legis* han sido muy numerosos los estudios que

se han ocupado de su análisis. Valga la mera referencia a estas heterogéneas aportaciones doctrinales para poner de manifiesto la importancia y la necesidad de una obra como la dirigida por los Profesores Iglesias Buigues y Palao Moreno. Una obra en la que se realiza un comentario analítico y exhaustivo, artículo por artículo, de los dos instrumentos. En nuestra opinión, uno de los aciertos más reseñables de la obra reside en el análisis unitario de los preceptos de uno y otro Reglamentos. Que, como es sabido, obedecen a una estructura idéntica: ámbito de aplicación y definiciones, normas de competencia judicial, normas para la determinación de la ley aplicable, reconocimiento, fuerza ejecutiva y ejecución de resoluciones, documentos públicos y transacciones judiciales y disposiciones generales y finales.

El análisis conjunto de los dos instrumentos destaca las mínimas disparidades y tiene siempre presente las sustanciales diferencias existentes respecto de las subyacentes instituciones (matrimonio y parejas registradas) y entre las soluciones materiales vigentes en los Ordenamientos de los Estados miembros. De ahí la imposible unanimidad exigida por el art. 81.3 y el recurso a la cooperación reforzada *ex* arts. 228 y ss. TFUE. Disparidades que, a falta de soluciones comunes de DIPr., impedían el pleno ejercicio de las libertades de circulación. Su efectividad exigía garantizar la seguridad jurídica y la continuidad de los derechos patrimoniales de las parejas (casadas o registradas) en su vida allende las fronteras.

La cristalización del derecho a la estabilidad y continuidad del estado civil inspira el DIPr. de nuestros días. En la UE, se asegura mediante diferentes métodos, que van desde el principio de reconocimiento mutuo hasta la unificación del DIPr., como en el caso de los dos Reglamentos objeto de la obra que comentamos. Un repertorio de soluciones jurisprudenciales y de normas que nos

aturde y cuya calidad y factura requiere de obras como la dirigida por los Profesores Iglesias Buigues y Palao Moreno, de amplio alcance doctrinal y franca orientación a la praxis.

Si el objetivo esencial de los Reglamentos es dotar de previsibilidad, garantizar la seguridad jurídica y la continuidad y estabilidad a las relaciones patrimoniales de las parejas, este Comentario contribuye, sin duda, a conseguirlo.

Un elenco de destacados autores nos ayuda a penetrar en la complejidad de los diferentes preceptos, a la vez que ilustran su contenido y alcance en un ejercicio magistral de explicación, exégesis e interpretación. En primer lugar, de la norma en cuestión. Y, en segundo, en sus interrelaciones con los aspectos de nuestro Ordenamiento sobre el que inciden. El Profesor Rodríguez Benot se ocupa de los arts. 1 y 3, ámbito de aplicación y definiciones. El Registrador Alonso Landeta glosa el art. 2, que preserva el régimen de competencia de las autoridades de los Estados miembros sobre los regímenes y efectos patrimoniales. El Profesor Iglesias Buigues analiza los arts. 4, 5, 33, 34, 35 y 42. Del comentario a los arts. 6, 17, 18, 19, 43, 44, 55, 56 y 57 se encarga el Dr. Quinzá Redondo. El Profesor Palao Moreno comenta los arts. 7, 8, 9, 10 y 62. Las disposiciones de los arts. 11, 67 y 70 son analizadas por la Profesora Reig Fabado. El Magistrado Forcada Miranda comenta los arts. 12, 13, 14, 15, 16 y 60. La Profesora Diago Diago analiza los arts. 20, 21, 22 y 26. El Notario Ripoll Soler estudia los preceptos de los arts. 23, 24 y 25. El art. 27 es glosado por el Registrador y Diplomático Rodríguez Sánchez. De los arts. 28 y 29 se ocupa el Registrador Méndez González. La Investigadora Gandía Sellens estudia los arts. 30, 31 y 32. El Magistrado Martín Mazuelos comenta los arts. 36, 37, 38, 39, 40, 49, 50, 51, 52, 53 y 54. El Dr. Castelló Pastor analiza los arts. 41, 63, 64, 65 y 66. Del comentario de los arts. 58, 59 y 61 se encarga la Notaria Espiñeira Soto. Los arts. 45, 46 47 y 48

son estudiados por el Profesor De Lorenzo Segrelles. Finalmente, los art. 68 y 69 son analizados por la Profesora Lapiedra Alcamí. Las limitaciones formales de una reseña como la presente nos impiden una consideración más particularizada, debiendo contentarnos con esta genérica referencia a la claridad de impecable factura dogmática y extraordinario alcance práctico.

Estos Comentarios son una guía clara y segura para la interpretación y aplicación de las normas de ambos Reglamentos. Más que su propósito, su logro es facilitar una visión integral, sistemática y práctica de los principales aspectos de unas disposiciones cuya complejidad no es menor que su relevancia para los suje-

tos afectados, sus asesores y los operadores jurídicos. Por no reiterar su notable y singular incidencia en la libre circulación de personas y la seguridad del tráfico.

La calidad de las contribuciones de los autores destaca la labor de los Profesores Iglesias Buigues y Palao Moreno. Las características, no exentas de inconvenientes, de unos Comentarios al articulado se traducen en un *corpus* riguroso, coordinado, equilibrado y sistemático. Una obra en la que se nota la mano experta de los directores, guía y referencia del DIPr.

Pilar BLANCO-MORALES LIMONES  
Universidad de Sevilla

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.71.2.2019.4.12>

MANERO SALVADOR, A., *Los tratados de libre comercio de Estados Unidos y de la Unión Europea*, Barcelona, Bosch, 2018, 367 pp.

La presente monografía se dedica a uno de los temas más candentes del Derecho internacional del comercio de los últimos años, esto es, los tratados de libre comercio que vienen celebrando las grandes potencias comerciales, fundamentalmente la Unión Europea (UE) y Estados Unidos. Se trata de una materia compleja, no del todo bien estudiada aún desde el punto de vista económico, pues todavía no existe consenso en relación con cuestiones tales como a qué tipo de países interesa más celebrar estos acuerdos, o si, en última instancia, se trata de un enfoque que ayuda, o más bien perjudica, las transacciones comerciales que diariamente realizan los operadores económicos. Desde el punto de vista del Derecho internacional se vienen planteando también cuestiones tales como el acomodo de este tipo de tratados en el marco de las reglas multilaterales, esto es, las normas de la Organización Mundial del Comercio (OMC), ya de por sí bastante erosionadas como consecuencia del fracaso de la Ronda de Doha lanzada en 2001. Además, se

plantea un problema con relación a la coherencia (o por el contrario, la fragmentación) de las reglas comerciales que puedan conducir los distintos tratados de libre comercio, sean bilaterales o regionales, cuyas disposiciones pueden generar solapamientos entre sí e, incluso, contradicciones, tanto de carácter material como de carácter procesal.

La presente obra tiene una estructura bien definida, dividida en cuatro capítulos y unas reflexiones finales. El Capítulo I se centra en el fenómeno del regionalismo, mientras que los Capítulos II y III abordan los acuerdos de libre comercio celebrados por Estados Unidos y la UE, respectivamente. El Capítulo IV desarrolla de forma breve las relaciones comerciales entre la UE y Estados Unidos. Como no podía ser de otra manera, a lo largo de esta obra la autora se apoya en algunos de sus trabajos dedicados a esta misma temática, y publicados previamente en las revistas especializadas del área, como la propia *Revista Española de Derecho Internacional*.

En efecto, el Capítulo I se centra en la cuestión del regionalismo, que se analiza desde distintos ángulos, como el relativo al cumplimiento de los requisitos establecidos en el art. XXIV del GATT, y que permite disfrutar de una excepción al principio de no discriminación en favor de las integraciones regionales que cumplan con dichos requisitos. La autora se hace eco de la polémica existente en torno a la proliferación de los tratados de libre comercio que se notifican a la OMC como integraciones del art. XXIV, con el consiguiente perjuicio para las reglas multilaterales, así como del precario control ejercido en el cumplimiento de los mencionados requisitos, aún a pesar de la labor desempeñada por el Comité de Acuerdos Comerciales Regionales.

El Capítulo II versa sobre los acuerdos de libre comercio celebrados por Estados Unidos. En este interesante capítulo, la autora describe cómo la gran superpotencia ha estado movida fundamentalmente por intereses de política exterior a la hora de celebrar acuerdos de libre comercio con sus aliados políticos, con carácter general, algo extensible a los acuerdos celebrados con países del continente americano, donde destaca el Acuerdo de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN o NAFTA en inglés). Además, se compara el impulso de la era Obama con el acuerdo sobre la Asociación Transpacífica (TPP en inglés), por una parte, con el proteccionismo de la era Trump, por otra parte, para terminar con una exposición de las características de la política comercial estadounidense, abordando cuestiones como las inversiones o el medioambiente.

El Capítulo III se centra en la política comercial común (PCC) de la UE, lo que genera el grueso del análisis de esta obra. Tras abordar la evolución de esta política, incluyendo cuestiones recientes como

el Dictamen 2/15 del Tribunal de Justicia de la UE, la autora describe la expansión geográfica de las relaciones comerciales de la UE, lo que la lleva al examen de los distintos tipos de acuerdos internacionales celebrados por esta que se pueden reconducir al concepto de acuerdo de libre cambio, incluyendo una extensa sección dedicada a los países África-Caribe-Pacífico (ACP). Este capítulo se completa con unas interesantes consideraciones sobre los denominados Acuerdos Megarregionales, como los celebrados con Japón o Canadá, en concreto con este último a través del Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA en inglés), así como también sobre el futuro de la PCC a la vista de las recientes evoluciones jurisprudenciales.

El Capítulo IV se dedica al espinoso asunto de la evolución de las relaciones comerciales entre la UE y Estados Unidos. La autora describe cómo se ha pasado de la alianza al enfrentamiento y analiza el fallido acuerdo sobre la Asociación Transatlántica de Comercio e Inversiones (o TTIP), para concluir que la UE se ha convertido en el adalid del libre comercio internacional, algo que se vuelve a destacar en la breve reflexión final de esta monografía.

En definitiva, estamos ante una monografía oportuna y necesaria, ya que con ella la autora ofrece un panorama general de los distintos tratados de libre comercio celebrados por las grandes potencias comerciales, es decir, la UE y Estados Unidos. De esta manera, esta obra viene a completar una laguna existente en la doctrina internacionalista española e invita a seguir analizando esta temática que, a buen seguro, ofrecerá más evoluciones jurídicas en el futuro próximo.

Antonio SEGURA SERRANO  
Universidad de Granada

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.71.2.2019.4.13>

OANTA, G. A. (coord.), *El Derecho del Mar y las personas y grupos vulnerables*, Bosch Editor, 2018, 426 pp.

El binomio compuesto por los *Derechos Humanos* y el *Derecho del Mar* es objeto de una cada vez mayor preocupación científica desde hace aproximadamente veinte años, lo que coincide con la entrada en vigor de la CNUDM, un tratado *global* que dota de unidad y coherencia a este ordenamiento pero que apenas se refiere al ser humano. La relevancia del tema es indudable, como lo ha ido poniendo de manifiesto doctrina tan autorizada como la de los Profesores Oxman o Treves, de ahí que debamos aplaudir la iniciativa de la Profesora Gabriela Oanta de coordinar y dar vida a una obra que, redactada íntegramente en español (lo que se echaba en falta), recoge, desde diferentes perspectivas, once estudios sobre distintas situaciones de vulnerabilidad a las que se enfrenta el ser humano (individual o colectivamente considerado) en el entorno marítimo, problemática que, aunque va poco a poco recibiendo una mayor atención por el DI (y el Derecho interno), encuentra importantes y variados vacíos jurídicos. Como reconoce la coordinadora de la obra, las temáticas abordadas en ella no agotan todas esas situaciones de vulnerabilidad, aunque son abundantes las que se recogen en la misma, ya afectan a diferentes categorías de personas, a distintos grupos de personas o a la colectividad humana en determinados *escenarios*, problemáticas muchas de ellas que son analizadas, como veremos, desde perspectivas concretas. Siendo pertinentes todos los enfoques que se han dado, comprendo perfectamente que sea difícil sistematizar por bloques temáticos una obra como esta y que se haya optado, por tanto, por estructurarla en capítulos siguiendo el orden alfabético del apellido de los autores, lo que, casualmente, ha puesto en el punto de salida al trabajo que tiene un planteamiento más general, el de la Profesora J. Abrisketa (*El Derecho del Mar y los Derechos Humanos*), trabajo

que, teniendo por objeto «definir las conexiones principales entre los dos regímenes jurídicos», llega a la conclusión de que nos hallamos ante un régimen desarticulado, «en el sentido de que a una concreta realidad son aplicables diferentes sectores de normas con distintos intereses jurídicos protegidos». Con su estudio sobre *el enfoque de género en el Derecho internacional del mar y en el Derecho pesquero europeo*, la Profesora G. Oanta, constatando que la presencia de la mujer en el mundo marino es cada vez más amplia y relevante, sugiere la adopción de un convenio internacional que refleje las necesidades y especificidades de las mujeres en los distintos sectores económicos (incluidos los relacionados con el mar) y que prohíba de manera expresa toda discriminación por razón de género. Por su parte, la Profesora Belén Sánchez se detiene en los niños, categoría de personas que, por sus propias características, es particularmente vulnerable, y en la lucha contra la trata de menores y el trabajo forzoso en la industria pesquera. Otro capítulo de la obra está dedicado a las personas jubiladas. Elaborado por Andrés Trillo García, en él se pone de manifiesto que el espacio físico donde se desarrolla la actividad, la dureza de vida a bordo, el prolongado aislamiento de las tripulaciones o las elevadas tasas de morbilidad y siniestralidad han aconsejado establecer un modelo protector diferenciado constituido por el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar. Por un *grupo* particular de personas, el de los migrantes por mar, se interesa el Profesor M. Acosta Sánchez, que centra su atención en la actual crisis migratoria en el Mediterráneo a través del análisis de la actividad desarrollada por la nueva Agencia Europea de Guardia de Fronteras y Costas. Otro grupo vulnerable, así considerado por las Naciones Unidas, es el de los pueblos

indígenas, que son estudiados por el Profesor François Feral en el contexto de sus derechos *territoriales* pesqueros. Preguntándose sobre cuál podría ser el futuro para las pesquerías de estos pueblos, cree necesario que se organice la gestión de los recursos de modo que se hagan compatibles las prácticas de los pueblos indígenas con las de la industria pesquera. Por su parte, X. M. Carril Vázquez centra su trabajo en la *gente de mar* (colectivo que, aunque con entidad propia, no es ajeno —como afirma— a las características de aquellos grupos denominados vulnerables) y en el impacto de la reducción de costes laborales sobre la seguridad marítima y el bienestar a bordo de los buques. Sobre las situaciones de vulnerabilidad que se crean en determinados escenarios, el Profesor José M. Sobrino analiza las de los territorios no autónomos, a los que se aplica plenamente, aunque de forma indirecta, la CNUDM. Para el Profesor Sobrino, la condición jurídica de dichos territorios da lugar a una serie de obligaciones para las Potencias administradoras o para los Estados de los que estos territorios dependen, que exigen que la explotación de los recursos naturales se realice respetando el interés de la población. De superficie terrestre por lo general bastante reducida, estos territorios generan amplísimos espacios marítimos ricos en recursos naturales, lo que, junto a la lejanía de las metrópolis, hace que se multipliquen los riesgos de actividades ilícitas. Los países en vías de desarrollo, de otro lado, son objeto de estudio por la Dra. Laura Movilla desde la perspectiva de los desafíos a los que

se enfrentan en relación con el acceso (y el reparto) a los beneficios derivados de la utilización de los recursos genéticos marítimos, un sector necesitado de capacitación y tecnología. Otro escenario, el de los pequeños Estados insulares y archipelágicos, es analizado por el Profesor Antoni Pigrau, que se pregunta sobre las consecuencias que para ellos tiene el calentamiento global y sobre las demandas que los mismos han hecho y la recepción que estas han tenido en el DI. Por último, el Profesor Ángel Rodrigo, en relación con los Estados fallidos, defiende la idea de que las limitaciones y dificultades fácticas de estos Estados para ejercer las competencias y cumplir las obligaciones establecidas por el DI, tanto en la condición de Estados ribereños como en la de Estados de pabellón o de puerto, «tienen una enorme capacidad disruptiva del complejo puzzle zonal y funcional que contribuye a mantener el orden jurídico de los mares y océanos».

Que no falte la expresa enhorabuena a todos los autores por la contribución realizada a una obra colectiva que completa la significativa participación de la doctrina española en el debate científico a propósito del actual Derecho del mar y de su desarrollo futuro, una enhorabuena que debe reiterarse en el caso de la coordinadora de la obra, la Profesora Gabriela Oanta, cuya trayectoria en el ámbito que nos ocupa es cada vez más sólida y reconocida.

Rafael CASADO RAIGÓN  
Universidad de Córdoba

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.71.2.2019.4.14>

SANTAOLALLA MONTOYA, C., *La Política de Competencia en su Proyección sobre el Agro Español*, Navarra, Aranzadi-Thomson Reuters, 2018, 299 pp.

Si hubiera que resumir en pocas palabras el método de investigación seguido en esta obra, diríamos que se trata de un enfoque global para un problema local. Y su justificación es de una claridad me-

ridiana: solo una aproximación jurídica desde todos los sectores del ordenamiento que confluyen en la reglamentación del sector agrario español puede ofrecer una solución coherente para un mercado

local afectado por comportamientos contrarios a la libre competencia. Del mismo modo, esta perspectiva multisectorial que involucra a diversos conjuntos normativos del Derecho de la Unión se estratifica de acuerdo a los distintos niveles de regulación: Internacional, Europeo, Estatal y Autonómico. Solo un enfoque multisectorial y transversal a los distintos niveles jerárquicos del ordenamiento jurídico es susceptible de ofrecer una respuesta coherente a los problemas prácticos del productor agrario español. Estos problemas concretos se ejemplifican en el caso elegido para su estudio y tratamiento jurídicos: la comercialización de productos hortofrutícolas (peras) en La Rioja, alterada por los comportamientos anticompetenciales de los distribuidores, concretados en la formación de un cártel de fijación de precios que lesiona gravemente los intereses de los agricultores y el correcto funcionamiento del mercado.

En consonancia con el método elegido, la obra va pasando revista a los distintos sectores del ordenamiento que confluyen en el entorno normativo del caso. El primer lugar en este enfoque multisectorial se reserva para el Derecho del Comercio Internacional, explicando los hitos fundamentales en el desarrollo de la Política Agrícola Común de la UE mediante su contextualización en el marco de las sucesivas Rondas de Negociaciones que se han mantenido en la Organización Mundial del Comercio: la reforma McSharry de 1992 y la Ronda Uruguay, la Agenda 2000 y la Ronda Doha, la reforma Fishler de 2003 y las Rondas de Cancún y Hong Kong, la reforma actual y las Rondas de Bali y Nairobi... Es un acierto indudable, porque son los compromisos adquiridos en el marco multilateral para, por ejemplo, la reducción de las subvenciones a las exportaciones agrícolas, los que han motivado en última instancia las sucesivas reformas de la PAC.

A continuación es el turno del Derecho de la Competencia, que lógicamente constituye el núcleo del trabajo. Hacen-

do gala de un excelente conocimiento de las fuentes normativas y jurisprudenciales, la autora se enfrenta al dilema jurídico que suponen los objetivos contradictorios de la PAC y del Derecho de la libre Competencia en la Unión. La tensión entre estos dos sectores del ordenamiento jurídico se resuelve por la autora tomando partido decididamente por la efectividad de las normas de competencia en los mercados agrícolas, salvo situaciones específicas o de fuerza mayor.

Y no se olvida en ningún momento la perspectiva transversal, haciendo alusión no solo al Derecho de la Unión sino al problema clave de las autoridades nacionales encargadas de aplicarlo, que en un sistema descentralizado como el español, están ubicadas tanto en sede estatal como autonómica. En la aplicación a nivel estatal del Derecho de la Competencia la obra no solo tiene en cuenta la intervención sancionadora de autoridades públicas encargadas de velar por la libre competencia en el mercado nacional afectado, sino también la aplicación de sus normas por los Tribunales nacionales para reparar los daños y perjuicios causados a los particulares. Se procede al respecto a un análisis pormenorizado de la Directiva 2014/104/UE y del Real Decreto-ley 9/2007 que la traspone, subrayando la necesidad de reforzar el mecanismo procesal de las acciones colectivas, que siguen sin regularse en España para su eventual utilización contra infracciones del Derecho de la Competencia. Este es uno de los aspectos más interesantes de la obra, que apuesta por avanzar en este ámbito más allá de la Recomendación de la Comisión de 11 de junio de 2013. Cabe en este sentido dar la bienvenida a la Propuesta de la Comisión para la aprobación por el Parlamento y el Consejo de una Directiva sobre acciones para la protección de los intereses colectivos de los consumidores [COM(2018) 184], aunque el debate en torno a este nuevo instrumento no ha hecho más que empezar («American big business must

not hobble EU consumer redress», *Financial Times*, 24 de abril de 2019).

Por último, la obra se cierra con el recurso al Derecho Internacional Privado clásico, exponiendo con rigor el marco normativo en el Derecho de la Unión para determinar los Tribunales competentes y la ley aplicable en las reclamaciones de daños derivados de infracciones al Derecho de la Competencia.

El enfoque multisectorial y transversal que hemos atribuido a este trabajo como característica definitoria no deja de tener consecuencias de orden práctico. Y es que el objetivo del libro no es la realización de una exposición teórica, sino proporcionar soluciones concretas al problema de la cartelización en la distribución de los productos hortofrutícolas riojanos. Estas soluciones pasan por una utilización eficiente de los instrumentos jurídicos expuestos, un refuerzo del cooperativismo agrario y la mayor

implicación de las administraciones públicas en campañas de sensibilización y comunicación en la promoción de la libre competencia. Todo observador jurídico razonable estará de acuerdo con estas medidas, y por ello no deja de resultar chocante que solo en un aspecto de sus conclusiones la autora abandone su contrastada mesura y prudencia para abogar, en una receta de inequívoco aroma Trumpiano, por «una reforma radical de la OMC o su supresión». En plena guerra comercial, no parece muy prudente cerrar los cauces de negociación. Y menos para los agricultores de todo el mundo, cuyos intereses son los más negativamente afectados por esas belicosas proclamas («US-China tensions knock soyabeans to post-crisis low», *Financial Times*, 9 de mayo de 2019).

Julio Antonio GARCÍA LÓPEZ

Universidad Complutense de Madrid

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.71.2.2019.4.15>

THEY, M., *La protection internationale du patrimoine culturel de la mer: les compétences de l'État sur les biens culturels submergés*, Leiden/Boston, Brill/Martinus Nijhoff (Études de Droit International, vol. 9), 2018, 655 pp.

El libro que paso a comentar y sugerir es, básicamente, la tesis doctoral que Marine They defendió en la Sorbona en diciembre de 2016. Dirigida por el Profesor Eisemman, recibió al año siguiente el premio Suzanne Bastid y el premio Mariani/Aguirre-Basualdo de la Cancillería de las Universidades de París. Bastaría quizá esta carta de presentación para acudir a su compra inmediata por quienes deseen profundizar en la cuestión particular de las competencias de los Estados sobre el patrimonio cultural subacuático (PCS); pero también para quienes deseen indagar en la cuestión más general de las competencias estatales en el Derecho del mar actual, pues aquella cuestión particular se incardina en un análisis del siempre complejo estudio de las competencias en los espacios marinos.

Nos encontramos con un gran trabajo fruto de un análisis profundo y detallado de los hechos, una evaluación precisa de las diversas reglas jurídicas aplicables —de muy diverso tipo, pues se trata no solo de un estudio de Derecho internacional (público y privado), sino también de Derecho comparado— y un fino análisis jurídico del que sin duda nos beneficiaremos los que trabajamos en la materia. El trabajo ofrece respuestas equilibradas a las diversas preguntas que se van planteando y que aborda sin tratar de ocultar las incertidumbres y las grandes dudas que aún plantea el Derecho internacional actual aplicable al PCS, muy particularmente el Derecho internacional del mar —generalmente codificado hoy en el Convenio de Montego Bay de 1982 (CNUDM)— y la Convención UNESCO

sobre la protección del patrimonio cultural subacuático de 2001 (Convención UNESCO). Todo ello con una completa y ágil utilización de las fuentes, así como una redacción lineal y directa, que anuncia unas sólidas conclusiones, confirmadas al acabar de leer la obra pero que se van desgranando al final de cada sección, título o capítulo.

El trabajo —afrancesado— se divide en dos partes a su vez divididas, cada una y exactamente, en dos títulos que, de nuevo, se dividen precisamente en dos secciones cada uno. Se acompaña de una introducción en la que se sitúa al lector en todas las atalayas y con todos los catalejos necesarios para observar el objeto de estudio; y finaliza con unas exhaustivas, recapitulativas y propositivas conclusiones que han de ser tenidas en cuenta en futuros trabajos sobre la materia.

En la primera parte de su estudio —tomando en consideración la práctica reciente pero también la contemporánea a la propia negociación y adopción de la CNUDM— aborda el mayor problema de la protección jurídica del PCS: el hallado en la zona contigua, la plataforma continental y la zona económica exclusiva. Es en estas zonas, y muy particularmente en la primera de ellas, donde actualmente y en el inmediato futuro me temo van a producirse las posibles discusiones jurídicas. El análisis que la autora lleva a cabo (sobre todo en sus pp. 87-100) es sensato y lo enmarca en el propio proceso nomogénico de posibles nuevas reglas consuetudinarias que pudieran estar modificando o reinterpretando al menos el contenido de la CNUDM, tan mal redactada en su art. 303(2).

Para el caso de la zona económica exclusiva y la plataforma continental, con otras complejidades diversas, la autora intenta solventarlo con la búsqueda de lo que ella denomina, en el Título II de la Parte I de su obra, las conexiones para el ejercicio «extra-espacial» de competencias. Estas derivan no tanto en conexio-

nes territoriales sino en conexiones personales y su vinculación a actividades dirigidas a la excavación o recuperación del patrimonio cultural subacuático. La autora viene a mostrar, de un lado, las posibles competencias indirectas del Estado ribereño sobre el PCS situado en su ZEE/plataforma continental derivadas de las competencias reconocidas en otras materias por el Derecho del mar actual, sirviendo estas de pretexto jurídico para aquellas. De otro lado, ahonda en las posibles competencias fragmentarias, especializadas y concurrentes entre el Estado ribereño y el Estado de pabellón para regular y proteger el PCS en esas zonas.

La segunda parte del libro está dedicada al estudio de las reglas que regulan el ejercicio o la implementación de las competencias estatales —exclusivas o compartidas— sobre los bienes sumergidos en cualquier espacio marino. Según la Convención UNESCO de 2001, sus Estados parte pueden ser considerados garantes de un interés común que deberán cumplir en el ejercicio de sus poderes, adoptando medidas preventivas para preservar la integridad del patrimonio sumergido, evitando su explotación comercial y combatiendo el tráfico ilícito de dicho patrimonio. Por otro lado —señala—, un Estado no puede ejercer su competencia ignorando ciertos derechos e intereses subjetivos de otros Estados. Discute aquí, por ejemplo, la aplicabilidad y oponibilidad del principio de inmunidad soberana frente a otro tipo de reclamaciones; el papel a jugar por el *salvage law*, tal y como se conoce en los tribunales de tradición jurídica anglosajona; la necesidad de aproximarse al PCS desde una óptica científica, evitando en todo caso su explotación comercial; la lucha contra el tráfico ilícito de esos bienes, al igual que ocurre con el patrimonio cultural; o el papel, en general, de los títulos de propiedad sobre los vestigios históricos sumergidos que, de existir, podrían ser tenidos en cuenta. Y todo ello

sin olvidar, como hilo conductor de todo el discurso, un interés que trasciende el juego de esas competencias estatales, que no es otro que el de la humanidad en su conjunto, titular última de interés en que el patrimonio cultural, incluido el

sumergido, sea protegido y puesto en valor para las generaciones venideras.

Mariano J. AZNAR GÓMEZ  
Universitat Jaume I

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.71.2.2019.4.16>

## REGLAS EDITORIALES

Las personas interesadas en enviar trabajos a la *REDI* pueden consultar las instrucciones en <http://www.revista-redi.es/es/envio-de-trabajos/>.

Las líneas de investigación actualizadas están publicadas en <http://www.revista-redi.es/es/lineas-de-investigacion/>.

Las normas de estilo se encuentran en <http://www.revista-redi.es/wp-content/uploads/2018/10/Normas-de-publicaci%C3%B3n-en-REDI-1.10.2018.pdf>.

*Note aux auteurs:* les règles de style, ainsi que les lignes éditoriales de la Revue, se trouvent ici: <http://www.revista-redi.es/en/>.

*Note to contributors:* the editorial rules and guidelines are published under <http://www.revista-redi.es/en/>.

