

REVISTA ESPAÑOLA
DE
DERECHO INTERNACIONAL

REVISTA ESPAÑOLA
DE
DERECHO
INTERNACIONAL

VOLUMEN 71
2019, NÚM. 1
ENERO-JUNIO

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 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

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. CAÑADO 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
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

Redactores

Marta Abegón - María Asunción Cebrián - Arantxa Gandía
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

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.
BARBÉ IZUEL, E., <i>In memoriam Paloma García Picazo</i>	13
Editorial. CASANOVAS I LA ROSA, O., <i>En el centenario del Tratado de Versalles</i> .	17

I. ESTUDIOS/STUDIES

GOSALBO BONO, R., <i>Consideraciones en torno a la distinción entre el fondo y la forma en el Derecho internacional (público y privado)</i>	23
— Considerations on the Distinction Between Form and Substance in International Law (Public and Private)	
DÍAZ BARRADO, C. M., <i>La Cumbre de las Américas: un espacio para la cooperación sin apenas proyección normativa</i>	63
— The Summit of the Americas: An Area for Cooperation with Little Legal Projection	
PALAO MORENO, G., <i>La determinación de la ley aplicable en los reglamentos en materia de régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de las uniones registradas 2016/1103 y 2016/1104</i>	89
— The Law Applicable to Matters Concerning Matrimonial Property and Property Consequences of Registered Partnerships According to EU Regulations 2016/1103 and 2016/1104	
GÓMEZ ISA, F., <i>La declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas: un hito en el proceso de reconocimiento de los derechos indígenas</i>	119
— The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: a Milestone in the Process of Recognition of Indigenous Rights	
MORALES HERNÁNDEZ, J., <i>Las Relaciones Internacionales en Rusia: desarrollo, enfoques y debates</i>	139
— International Relations in Russia: Development, Approaches, and Debates	
ADROHER BIOSCA, S., <i>La protección de adultos en el Derecho internacional privado español: novedades y retos</i>	163
— Protection of Adults in Private International Spanish Law. News and Challenges	
STAVRIDIS, S., <i>La diplomacia parlamentaria: el papel de los Parlamentos en el mundo</i>	187
— Parliamentary Diplomacy: the Role of Parliaments in the World	

II. FORO/FORUM

LAND GRABBING EN EL DERECHO INTERNACIONAL: PROBLEMAS Y PERSPECTIVAS

NINO, M., <i>El análisis del land grabbing a la luz de la norma internacional de la soberanía territorial</i>	207
---	-----

	Pág.
FASCIGLIONE, M., <i>La exigencia de responsabilidad a las empresas por las violaciones de derechos humanos relacionadas con el land grabbing: evolución y perspectivas</i>	215

PERSPECTIVAS DE LA SEGURIDAD ENERGÉTICA EUROPEA EN EL MEDITERRÁNEO

PRONTERA, A., <i>EU External Engagement and the Euro-Mediterranean Energy Cooperation: Between Regional Initiatives and Strategic Partnerships</i>	223
SÁNCHEZ ORTEGA, A., <i>El Mediterráneo oriental y la diversificación de gas a Europa</i>	233

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

ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., <i>Sobre la problemática determinación de los efectos jurídicos internos de los «dictámenes» adoptados por Comités de derechos humanos. Algunas reflexiones a la luz de la STS 1263/2018, de 17 de julio</i>	241
BALLINA DÍAZ, J., <i>Extradición y funciones del embajador: el Tribunal Supremo olvida lo principal. Comentario a la STS 2644/2018 (Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 5.ª) de 9 de julio</i>	251

IV. BIBLIOGRAFÍA/BIBLIOGRAPHY

<i>Recensiones</i>	257
Book reviews	
BADIA MARTÍ, A. M. (dir.) y HUICI SANCHO, L. (coord.), <i>Agua, recurso limitado. Entre el desarrollo sostenible y la seguridad internacional</i> , Madrid, Marcial Pons, 2018, 238 pp., por Sergio Salinas Alcega	257
CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (dirs./autores), CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C. (autora), <i>Litigación internacional en la Unión Europea I. Competencia judicial y validez de resoluciones en materia civil y mercantil en la Unión Europea. Comentario al Reglamento Bruselas I bis</i> , Cizur Menor, Thomson Reuters, Aranzadi, 2017, 768 pp., por José Luis Iglesias Buhigues	259
CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (dirs./autores), CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C. (autora), <i>Litigación internacional en la Unión Europea II. La ley aplicable a los contratos internacionales. Comentario al Reglamento Roma I</i> , Cizur Menor, Thomson Reuters, Aranzadi, 2017, 897 pp., por José Luis Iglesias Buhigues	259
CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (dirs./autores), ANTÓN JUÁREZ, I. (autora), <i>Litigación internacional en la Unión Europea III (La Orden Europea de Retención de Cuentas)</i> , Cizur Menor, Thomson Reuters, Aranzadi, 2018, 298 pp., por José Luis Iglesias Buhigues	259

	Pág.
CAMPILLO MESEGUER, A., GUILLÉN LORENTE, C. y CAYUELA SÁNCHEZ, S., <i>Las (in)seguridades de Europa: una perspectiva crítica</i> , Madrid, Marcial Pons-CEEUM, 2018, 286 pp., por Cristina Churruca Muguruza.....	266
CEBRIÁN SALVAT, M. A., <i>El contrato de franquicia en Derecho internacional privado europeo</i> , Madrid, AEPDIRI y Marcial Pons, 2018, 325 pp., por Cristina Pellisé de Urquiza.....	268
ESCUDERO ESPINOSA, J. F., <i>Self-Determination and Humanitarian Secession in International Law of a Globalized World. Kosovo v. Crimea</i> , Springer, 2017, 204 pp., por Xabier Pons Ràfols.....	270
ESPINIELLA MENÉNDEZ, Á., <i>El contrato de distribución comercial internacional</i> , Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, 371 pp., por Joaquim-J. Forner Delaygua.....	272
FELIU ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, S., <i>Viajes combinados y servicio de viajes vinculados [Directiva (UE) 2015/2302]. Cuestiones de ley aplicable</i> , Madrid, Reus, 2018, 245 pp., por Ángel Espiniella Menéndez.....	274
FERNÁNDEZ LIESA, C. R. y MANERO SALVADOR, A. (dirs.), <i>Análisis y Comentarios de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas</i> , Pamplona, Aranzadi, 2017, 514 pp., por Elena C. Díaz Galán.....	275
GUTIÉRREZ ESPADA, C. y CERVELL HORTAL, M. J. (dirs.), <i>El Estado Islámico (DAESH). ¿Aprendemos la lección?</i> , Valencia, Tirant Humanidades, 2018, 505 pp., por Isabel Lirola Delgado.....	277
MÁRQUEZ CARRASCO, C. y VIVAS TESÓN, I. (eds.), <i>La implementación de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos por la Unión Europea y sus Estados Miembros</i> , Pamplona, Aranzadi, 2017, 176 pp., por Daniel Iglesias Márquez.....	279
MARTÍNEZ PÉREZ, E. J., <i>La tutela ambiental en los sistemas regionales de protección de derechos humanos</i> , Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, 157 pp., por Ángel J. Rodrigo Hernández.....	281
MARULLO, M. Ch. y ZAMORA CABOT, F. J. (eds.), <i>Empresas y Derechos Humanos. Temas actuales</i> , Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, VI + 418 pp., por Diana Marín Consarnau.....	282
PIERNAS LÓPEZ, J. J., <i>Respuestas normativas de la Unión Europea a la amenaza del Estado Islámico (DAESH)</i> , Granada, Comares, 2018, 261 pp., por Javier Argomaniz.....	284
RODRÍGUEZ PRIETO, V., <i>La actuación normativa de la Unión Europea en la Asociación Oriental. Los casos de Georgia y Moldavia (2009-2018)</i> , Madrid, AEPDIRI y Marcial Pons, 2018, 284 pp., por Mercedes Guinea Llorente.....	286
TORROJA MATEU, H. (ed.), <i>Public International Law and Human Rights Violations by Private Military and Security Companies</i> , Springer, 2017, 170 pp., por José Manuel Sánchez Patrón.....	288
URBANEJA CILLÁN, J., <i>La ordenación internacional y europea de las entidades de crédito. La Unión Bancaria</i> , Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, 430 pp., por Andreu Olesti Rayo.....	289

IN MEMORIAM PALOMA GARCÍA PICAZO

Nuestra compañera Paloma García Picazo falleció el pasado 11 de agosto. Para la pequeña comunidad que formamos los profesores de Relaciones Internacionales en España es una gran pérdida. Paloma era una internacionalista, una profesora universitaria que, como ella misma escribió, «trabaja a tiempo completo en la UNED».

Cuando me encargaron que escribiera este Obituario dudé; pensé inmediatamente que mi relación con Paloma había sido amable en lo personal e interesante en lo intelectual, pero que nunca habíamos compartido un espacio de amistad. Mis dudas se desvanecieron cuando leí la presentación de Paloma en su página *web*: «Si desea conocer, estimado/a visitante, quién es esta persona consulte lo que haya escrito y publicado como texto propio».

Leí antes que conocí a Paloma. En 1992, como miembro de su tribunal de tesis doctoral recibí dos volúmenes, de 500 páginas cada uno de ellos, con el título de «Mente y mundo. Aproximación sistémica a las Relaciones Internacionales desde la cultura». Para entonces, Paloma ya se había construido, en sus propias palabras, como «trabajadora intelectual» y durante ese camino se encontró con las Relaciones Internacionales. Cuando la conocí era, intelectualmente hablando, una persona muy madura que se iniciaba en las Relaciones Internacionales en un momento óptimo para su agenda de investigación, ya que el fin de la guerra fría había abierto nuevos debates en los que la civilización, la cultura o la religión ocupaban el centro de atención. La tesis de Paloma coincidió en el tiempo con la publicación en *Foreign Affairs* del archiconocido, y no menos criticado, artículo «The Clash of Civilizations?» de Samuel Huntington.

Su tesis doctoral fue para mí la primera aproximación al mundo intelectual de Paloma, rico, complejo y muy personal. Me encontré con una tesis que me abrumó, por las fuentes que manejaba, y me sorprendió, con dibujos coloreados a mano, gráficos propios de la botánica, recursos a la dualidad *yin-yang* o citas en griego clásico. Lo que realmente interesaba a Paloma, la Historia Cultural (*Kulturgeschichte*), se encontraba en dicha tesis con las Relaciones Internacionales. No era una tesis sobre la cultura como factor para analizar las Relaciones Internacionales, ni mucho menos.

Las Relaciones Internacionales eran vistas como «emanación del desarrollo cultural global de la humanidad». Una tesis ambiciosa que perseguía una aproximación personal y global a la disciplina y que satisfacía enormemente a su Director, Roberto Mesa, un hombre culto, y al Presidente del tribunal, Antonio Truyol, quien inspiró a Paloma en buena parte de su trabajo como he podido comprobar a lo largo de los años. Otros miembros del tribunal estábamos más «desorientados», recuerdo que se habló de una tesis posmoderna. En suma, Paloma hizo su entrada en las Relaciones Internacionales con un bagaje muy personal (una gran cultura formada desde su infancia en centros de educación alemanes), una aproximación española a la disciplina siguiendo los pasos del Profesor Truyol y una epistemología construida a lo largo de su formación académica en el ámbito de la filosofía y de las ciencias sociales. En este último terreno, Paloma agradecía con profunda convicción al Sociólogo Jesús Ibáñez haberla formado en su reflexividad, su dimensión intersubjetiva y su capacidad para ver en las Relaciones Internacionales algo más que un instrumento para la creación de conocimiento, verlas como un instrumento de intervención social. Esto último formaba parte de su filosofía de vida. En su página *web* Paloma escribió: «Crear en la humanidad implica estudiar las condiciones de su existencia y tratar de mejorarlas, cada cual según sus posibilidades, con buena fe y espíritu de progreso genuino».

La tesis doctoral le abrió, a una edad algo más avanzada de lo habitual, las puertas de la vida docente e investigadora en la Universidad española. Se incorporó a la UNED, como profesora ayudante, en marzo de 1993, y desde 1997 fue profesora titular en dicha Universidad, como ella misma escribió «a tiempo completo»; un tiempo completo que ha sido muy productivo. Deja tras de sí una obra amplia tanto a nivel docente como investigador, si es que se pueden separar ambas cosas. Buena parte de sus textos tienen finalidad docente y los temas trabajados en proyectos de investigación o másters especializados han dado lugar a publicaciones. En su *Teoría breve de Relaciones Internacionales*, Paloma escribió: «Como docente e investigadora aspiro a encontrar un “nicho ecológico” en el que desempeñar mi trabajo con la suficiente calma para que este sea el adecuado, equilibrado entre la función de leer y estudiar, por un lado, y transmitir los resultados de ello, por el otro».

Recordar a Paloma comporta recordar su obra, un trabajo continuado de reflexión sobre las Relaciones Internacionales en tanto que «sistemas de pensamiento» (la mente de su tesis) y en tanto que «órdenes de la realidad» (el mundo de su tesis), pero sobre todo en torno a la interacción entre ambos. Parte de su reflexión la hizo acompañada del Profesor Truyol, con quien compartía querencias, como la aproximación kantiana a la sociedad internacional (filtrada por Grocio en el caso de Antonio Truyol) o su defensa de la interdisciplinariedad. Tenían muchas cosas en común: la formación en lengua alemana (Antonio Truyol nació en el Sarre); los dos tenían amplio conocimiento de lenguas (Paloma dominaba nueve lenguas) y compartían in-

terés por los clásicos, así como por la filosofía política y jurídica, y creencias religiosas. Dicha influencia reforzó, sin duda, la aproximación holística de Paloma a las Relaciones Internacionales, su ambición de teoría global, pero también marcó su agenda de investigación. De los siete libros que publicó Paloma como autora individual, uno deja sentir especialmente la influencia directa del Profesor Truyol, *La Idea de Europa: Historia, Cultura, Política*, publicado en 2008. Es un libro que reúne la pasión de Paloma por los clásicos y que elabora, a partir de trabajos de Antonio Truyol, el recorrido de la idea de Europa desde la antigüedad hasta los debates más actuales en Relaciones Internacionales que abordan la alteridad (el Otro como constructor de identidad) o sustentan la aproximación post-colonial.

Los títulos de sus libros son bien elocuentes sobre quien escribe. El subtítulo de su primer libro, publicado en 1998, *Las Relaciones Internacionales en el siglo XX: la contienda teórica. Hacia una visión reflexiva y crítica* es todo un manifiesto. A este siguió, en 2000, *¿Qué es esa cosa llamada Relaciones Internacionales? Tres lecciones de autodeterminación y algunas consideraciones indeterministas*. Sin voluntad de exhaustividad hay que recordar que, además de *La idea de Europa*, publicó con la editorial Tecnos otras tres monografías: *La investigación del medio internacional. Fundamentos teóricos y conceptuales, métodos y técnicas*, en 2012; *La guerra y la paz en teoría. Un recorrido por la historia y el pensamiento de los clásicos internacionales*, en 2016 y, en 2017, publicó su último libro, la quinta edición de su *Teoría breve de Relaciones Internacionales*. Los lectores de Paloma saben muy bien que, en su caso, lo de «breve» es un oxímoron. Este libro como los demás de Paloma han sido obras pensadas para formar, no para aprobar, como diría ella; un pensamiento pausado y sólidamente referenciado.

Paloma deja tras de sí un perfil propio en la academia española en Relaciones Internacionales, con una producción dominada por una visión ideacional de las Relaciones Internacionales, basada en los clásicos («una parte sustancial de la mejor teoría internacional pasa por el conocimiento de los clásicos») y en una profunda reflexión sobre la producción de conocimiento. Su aproximación reflectivista, crítica y normativa pretende comprender y transformar un mundo que «no es un balneario», en sus propios términos. Quizá por ello su trabajo de los últimos años, en cursos, artículos y capítulos en libros, estaba centrado en temas como la violencia de género.

La lectura de Paloma no siempre es fácil, pero no hay duda de que ha innovado en la academia española de Relaciones Internacionales. Tomo prestadas las siempre recurrentes palabras de Roberto Mesa, quien al igual que Paloma nos dejó demasiado pronto. En el año 2001 escribió: «La profesora García Picazo está entregada, pausada y reflexivamente, a una tarea que puede revelarse como fundamental para el estudio de las Relaciones Internacionales, no solo en el ámbito cerrado de nuestro país. Este es su mayor reto y quizá también su flanco académico más frívolamente criticable: coloca el listón intelectual muy alto. Pero, en última instancia, este no es su defecto. Otro tanto, sigo en lo formal, podría decirse del estilo de la autora que, avie-

samente, podría tacharse de oscuro. Alguno de estos hipotéticos críticos, de haberlos, ignoraría que el lenguaje filosófico tiene sus reglas. Pero, en cualquier caso, no podría ser yo precisamente el que arrojase la piedra acusatoria del barroquismo».

Paloma tenía la costumbre de acabar el prefacio de sus libros con el lugar, la fecha y la festividad del día correspondiente. En homenaje a ella, así lo hacemos.

Esther BARBÉ IZUEL
Barcelona, 14 de diciembre de 2018
Festividad de San Juan de la Cruz

EDITORIAL

EN EL CENTENARIO DEL TRATADO DE VERSALLES

1. «Hemos ganado la guerra, ahora habrá que ganar la paz y esto seguramente será más difícil», declaró el presidente del gobierno francés Georges Clemenceau el 11 de noviembre de 1918, día en el que se firmó el armisticio de la Primera Guerra Mundial en un vagón de tren estacionado en un claro del bosque de Compiègne en los alrededores de París. El conflicto había sido terriblemente exterminador en pérdidas de vidas humanas con más de un millón de muertos en cada uno de los ejércitos contendientes. La Conferencia de la Paz se inició en París el 18 de enero de 1919. La fecha no era casual ya que coincidía con el aniversario de proclamación en 1871 de Guillermo I como kaiser de la nueva Alemania surgida de la victoria sobre Francia. En la Conferencia de la Paz participaron 32 Estados incluidos cuatro *dominions* británicos y la India. El 8 de enero de 1918, en un discurso ante el Congreso de los Estados Unidos, el presidente Wilson había expuesto en Catorce Puntos el programa que debía inspirar el nuevo orden de relaciones internacionales una vez hubiera finalizado la contienda. El presidente Woodrow Wilson cruzó el Atlántico en un viaje sin precedentes para un mandatario americano con el fin de participar en las negociaciones. Aunque los Catorce Puntos eran bastante vagos y ambiguos estaba claro que en modo alguno se debía restaurar el sistema anterior basado en alianzas y acuerdos entre gobiernos que pretendían alcanzar su seguridad mediante equilibrios de fuerzas siempre inestables. La Conferencia de la Paz celebró pocas reuniones plenarias y tuvo como motor el Comité de los Diez formado por los jefes de gobierno y los ministros de relaciones exteriores de Estados Unidos, Francia, Reino Unido, Italia y Japón. De hecho estuvo dominada por las figuras de Wilson, Clemenceau y el *premier* británico Lloyd George. El presidente norteamericano aportó su visión idealizada de un nuevo orden internacional, Clemenceau una actitud represiva respecto a Alemania y Lloyd George una postura pragmática en defensa de los intereses británicos. A finales de abril llegó a Versalles una delegación alemana que no tuvo más remedio que estampar su firma en las condiciones que le pusieron. El 28 de junio de 1919 se firmó el Tratado de Paz con Alemania en la Galería de los Espejos del palacio de Versalles donde había sido proclamado el II Reich alemán cuarenta y siete años antes. Si se había elegido cuidadosamente la fecha de inicio de la Conferencia de la

Paz también se actuó con gran esmero al elegir el marco de la firma de su principal resultado: el Tratado de Versalles. En la Conferencia de la Paz también se gestaron los tratados de paz con Austria (Tratado de Saint-Germain), Bulgaria (Tratado de Neuilly) y Hungría (Tratado de Trianon). El tratado con el Imperio otomano (Tratado de Sèvres) no llegó a entrar en vigor y fue sustituido por el Tratado de Lausana celebrado en 1923.

2. El Tratado de Versalles es un texto extenso (440 artículos con numerosos anexos) y una estructura compleja. La Parte I contiene el Pacto de la Sociedad de Naciones (arts. 1 a 26 y Anexo). A continuación siguen disposiciones minuciosas sobre las nuevas fronteras de Alemania, cláusulas militares, navales y aéreas, disposiciones sobre prisioneros de guerra, reparaciones y cláusulas financieras. También hay disposiciones sobre navegación aérea, puertos, vías marítimas y vías férreas. La Parte XII está dedicada al nuevo marco de las relaciones laborales con la creación de la Conferencia Internacional del Trabajo y la Oficina Internacional del Trabajo (arts. 387-389). Finalmente, concluye con previsiones sobre procedimientos y garantías.

En el ámbito territorial Francia recupera el territorio de Alsacia-Lorena perdido en 1871 (art. 51). La frontera oriental de Alemania exigió una regulación muy compleja. La rica región de Alta Silesia se había previsto fuera atribuida por entero a Polonia, pero los Aliados hicieron en este punto una única concesión a Alemania y admitieron que el territorio fuera objeto de un plebiscito. Entre otras disposiciones territoriales, se estableció la Ciudad Libre de Danzig bajo la protección de la Sociedad de Naciones (arts. 100-108) y se creó el llamado «corredor polaco» en el territorio atribuido a Polonia para darle una salida al mar Báltico y establecer una conexión con la región alemana de Prusia oriental mediante un ferrocarril que atravesaba dicho territorio.

El territorio del Sarre fue sometido a un régimen de administración internacional (arts. 45 y ss.) y la explotación de sus recursos mineros fue cedida a Francia como compensación por la destrucción de las minas que los ejércitos alemanes habían causado en el norte de Francia. Se estipuló que al cabo de quince años un plebiscito decidiera el futuro de dicho territorio.

Con relación a Austria la preocupación fundamental fue impedir su unión con Alemania y, en consecuencia, se obligó a esta a respetar la independencia de Austria y a reconocer su carácter inalienable (art. 80). El Tratado de paz de Saint-Germain reiteró la obligación de respetar dicha independencia.

Las cláusulas territoriales no fueron, sin embargo, las más rigurosas con Alemania. El Tratado de Versalles incluyó disposiciones sobre la desmilitarización de Alemania (arts. 159 y ss.) y fijó reparaciones económicas que fueron consideradas por la opinión pública alemana todavía más humillantes. El ejército alemán fue limitado a un número reducido de efectivos terrestres sin artillería pesada, con una marina mínima carente de submarinos y sin aviación. Como garantía para la seguridad de Francia, que durante un siglo había sufrido cuatro invasiones alemanas, se decidió la desmilitarización de la ribera izquierda del Rin (arts. 42 y 43). La imposición de reparaciones

económicas obedecía a la idea de que los vencidos debían responder por los daños causados durante la guerra (art. 231). No se trataba de una reparación penal imputada al pueblo alemán como culpable de los daños causados sino de una indemnización de carácter financiero de naturaleza compensatoria sin un componente sancionador. Estas reparaciones sumamente gravosas y de imposible cumplimiento fueron muy criticadas por el economista inglés J. M. Keynes en su libro *Las consecuencias económicas de la paz* (1919) en el que consideró que auguraban una futura crisis europea cuando lo que debería haberse hecho era proceder a una reconstrucción económica de la Europa devastada por la guerra.

3. Durante la guerra se habló mucho del Derecho, de las violaciones del Derecho y de la necesidad del triunfo del Derecho. Los Catorce Puntos del presidente Wilson constituían las bases de este nuevo orden internacional para cuando hubieran sido vencidos los imperios caducos y autoritarios que con su expansionismo eran una de las causas de los conflictos internacionales. Eran unas vagas propuestas basadas en el principio de las nacionalidades que, concretamente, respecto a los pueblos de Austria-Hungría preconizaba que «debería serles permitido, con la mayor premura, la posibilidad de un desarrollo autónomo», acompañadas de una invitación a establecer una organización internacional basada en la igualdad que debía garantizar la paz futura y el imperio del Derecho.

La creación de la Sociedad de Naciones constituyó un indiscutible logro del Tratado de Versalles y representó un paso decisivo en el abandono del sistema anterior. Era bastante más que un tratado de alianza entre los vencedores y dio lugar a la primera organización internacional intergubernamental con vocación universal, dotada de órganos propios, con atribución de competencias en numerosos campos. La clave del sistema estaba en un mecanismo de seguridad colectiva en virtud del cual si un miembro de la Sociedad recurriera a la guerra «se considerará *ipso facto* como si hubiera cometido un acto de guerra contra todos los demás miembros de la Sociedad» (art. 16, núm. 1 del Pacto). El problema radicaba en que la respuesta a este desafío carecía de un desarrollo normativo eficaz. La propuesta francesa de creación de un ejército internacional dispuesto a intervenir en este caso, fue rechazada por el presidente Wilson con el argumento de que no estaba dispuesto a sustituir «un militarismo nacional por un militarismo internacional».

Ni el principio de las nacionalidades, como pauta de la nueva configuración territorial europea, ni los Tratados de paz dieron lugar a la desaparición del Imperio alemán o del Imperio austro-húngaro. Antes de que empezara la Conferencia de la Paz ya había abdicado el kaiser Guillermo II (9 de diciembre de 1918) y había desaparecido el Imperio austro-húngaro como Estado (31 de octubre de 1918). Polonia, Checoslovaquia y el Reino de los Serbios, Croatas y Eslovenos (Yugoslavia) ya existían como Estados. El Tratado de Versalles y los demás tratados de paz al fijar las fronteras de los nuevos Estados establecieron un régimen específico para las minorías étnicas, culturales y religiosas que trataba de compensar los cambios territoriales con el recono-

cimiento de derechos a los sectores de la población que culturalmente no son homogéneos con la población mayoritaria de los nuevos Estados. En virtud de esta regulación de nuevo cuño se reconocieron a dichos sectores derechos civiles y políticos de igualdad en relación a los nacionales y derechos específicos en materia de enseñanza y educación. Una parte de la opinión pública consideró que estas nuevas disposiciones protectoras limitaban la soberanía de los Estados. Durante la Conferencia de la Paz la reina María de Rumanía preguntó al presidente Wilson si se iba a conceder el mismo trato a los negros en Estados Unidos o a los irlandeses en Gran Bretaña. Estas provisiones en favor de las minorías, sin embargo, fueron un primer paso en la protección internacional de los derechos humanos que ha tenido lugar después de 1945.

En la Conferencia de la Paz se discutió el destino de las colonias alemanas y de los territorios dependientes del Imperio otomano. El principio de las nacionalidades no se proyectaba fuera del ámbito europeo. La Conferencia recibió, entre muchos escritos de aspirantes a la independencia, la carta de un pinche de cocina del hotel Ritz que reclamaba la independencia de Indochina firmada por un tal Ho-Chi-Min. No se discutía que la colonización estaba legitimada por lo que se llamaba «la carga del hombre blanco» el cual debía asumir la obligación de contribuir al desarrollo de estos pueblos mediante el dominio de estos territorios extra-europeos. Para los territorios dependientes de las potencias vencidas se barajaron distintas soluciones que iban desde la anexión pura y simple en beneficio de los vencedores a la administración internacional directa por parte de la Sociedad de Naciones. Finalmente, se adoptó una solución de compromiso en virtud de la cual se estableció un régimen de tutela de dichos pueblos mediante «mandatos» que ejercerían algunos Estados vencedores en nombre de la Sociedad de Naciones con poderes más o menos amplios en función del grado de desarrollo de los distintos pueblos.

El art. 14 del Pacto de la Sociedad de Naciones encargó la preparación de un proyecto de Tribunal Permanente de Justicia Internacional con la misión de entender todos los desacuerdos de carácter internacional que las partes sometieran a su examen y también con la función de emitir dictámenes que le solicitara la Asamblea o el Consejo de la Sociedad. De este modo, se procedió a la realización de la aspiración de que se creara un órgano jurisdiccional permanente en el ámbito de las relaciones entre Estados, si bien su jurisdicción sería voluntaria. El Tribunal Permanente de Justicia Internacional ha sido uno de los avances más notable en el desarrollo del Derecho internacional y el precedente de la actual Corte Internacional de Justicia.

Otro signo premonitorio del futuro desarrollo del Derecho internacional fue el art. 227 del Tratado de Versalles que proclamaba la responsabilidad del kaiser Guillermo II «por haber cometido una ofensa suprema contra la moral internacional y la santidad de los tratados». Tras su abdicación, refugiado en los Países Bajos que habían permanecido neutrales durante la Primera Guerra Mundial, la reina Guillermina y el gobierno holandés, a pesar de los requerimientos de los aliados, rehusaron extraditar al antiguo emperador

alemán. Esta disposición del Tratado de Versalles inició el camino hacia el reconocimiento de la responsabilidad penal internacional de los individuos.

4. Acabada la Conferencia de la Paz, al dejar París el 28 de junio de 1919, el presidente Wilson dijo a su esposa: «Bien, chiquita, se acabó y como nadie se siente satisfecho tengo la esperanza de haber hecho una paz justa, pero todo está en manos de los dioses». Uno de estos dioses fue el Senado de Estados Unidos que se negó a aprobar la ratificación del Pacto de la Sociedad de Naciones lo que quebró gravemente la unidad entre los aliados vencedores. El momento coincidió con el triunfo del comunismo bolchevique en Rusia que inmediatamente fue considerado un nuevo factor de desestabilización de la paz social en Europa y un peligro para la seguridad internacional. En Alemania la propaganda del partido nazi explotó la fibra nacionalista y adoptó como motivo principal liberarse del *Diktat* de Versalles lo que condujo al poder a Adolf Hitler y sus seguidores.

5. Tras la ratificación del Tratado de Versalles las consultas a las poblaciones que quedaron pendientes introdujeron modificaciones territoriales pero generaron nuevos problemas. En Alta Silesia una mayoría de municipios y de habitantes se pronunciaron a favor de su incorporación a Alemania, pero la desigual distribución geográfica dio lugar a una situación muy confusa. Para salir del atolladero se encomendó al Consejo de la Sociedad de Naciones la solución del problema y este adoptó medidas para mantener la unidad económica de la zona, la sumisión a arbitraje de las diferencias que pudieran surgir y la protección de las minorías. Esto constituyó un primer éxito de la Sociedad.

La Alemania de la República de Weimar fue admitida en la Sociedad de Naciones en 1926 tras la Conferencia de Locarno (1925) en la que se garantizaba la frontera occidental de Alemania. Posteriormente Hitler, alegando que era el único país que se había desarmado, decidió la retirada de Alemania de la Sociedad de Naciones. La retirada fue sometida a referéndum. La consulta tuvo lugar el 12 de noviembre de 1933, un día después de cumplirse el aniversario del armisticio de 1918. El 95 por 100 de la población se pronunció a favor de la retirada de Alemania de la Sociedad de Naciones.

En 1935 cuando se procedió en el plazo previsto al plebiscito del Sarre el 95 por 100 de la población decidió su incorporación a Alemania. Las autoridades nazis consideraron dicho resultado un gran éxito y la liberación del primero de los eslabones de la cadena que oprimía a Alemania según el Tratado de Versalles.

El golpe de gracia contra el Tratado de Versalles lo dio Hitler al decidir en 1936 el avance de las tropas alemanas en la zona desmilitarizada de la ribera izquierda del Rin. La ocupación militar de Renania no era solo una violación flagrante del Tratado de Versalles sino también un *casus foederis* según los tratados de la Conferencia de Locarno (1925) entre Bélgica, Checoslovaquia, Francia, Alemania, Reino Unido, Italia y Polonia. Las fuerzas alemanas de ocupación fueron muy reducidas. Francia y sus aliados hubieran podido

movilizar noventa divisiones en el acto. Pero las disensiones entre los políticos franceses y el pacifismo de la opinión pública británica impidieron dar una respuesta adecuada al desafío alemán. Hitler contaba con ello y sacó las consecuencias pertinentes para sus planes futuros. Con esta inyección de confianza procedió a la anexión de Austria (1938), a la ocupación de parte de Checoslovaquia tras la crisis de los Sudetes (1938), preludio de la posterior incorporación de todo el país (1939). Esta expansión era un desmentido flagrante del argumento esgrimido hasta entonces por Hitler del principio de las nacionalidades y la autodeterminación de los pueblos alegado para justificar la militarización de Renania, la anexión de Austria y la incorporación del país de los Sudetes, ya que en el caso de Checoslovaquia se trataba de la incorporación de una población no germánica. El establecimiento del protectorado de Bohemia y Moravia disfrazaba esta anexión de hecho. Este argumento era un puro engaño como también lo demostró el paso siguiente de la invasión de Polonia (1939) que desencadenó la Segunda Guerra Mundial y puso fin al sistema establecido en el Tratado de Versalles.

6. Todo esto puede parecer muy lejano y propio de una época pasada. La Segunda Guerra Mundial no se debió al Tratado de Versalles sino a las decisiones que tomaron los gobernantes y los pueblos en momentos cruciales posteriores a su conclusión. Muchas de las experiencias de dicho periodo sirvieron para no caer en los mismos errores en el mundo posterior a 1945. La Carta de las Naciones Unidas y el proceso de unificación europea son ejemplos elocuentes de que muchas enseñanzas no cayeron en saco roto. Pero en el horizonte actual hay nuevos problemas que requieren soluciones inéditas. Europa ya no es el escenario de las relaciones internacionales y hay nuevas grandes potencias con intereses planetarios. El periodo entre ambas guerras mundiales también puso de manifiesto que los referéndums y consultas a las poblaciones son soluciones simplistas que muchas veces generan nuevos problemas y dicha experiencia no parece haber sido tenida en cuenta en casos recientes. Los egoísmos nacionales están resurgiendo con fuerza. Los problemas actuales revisten una gran complejidad y no es una buena solución parapetarse en el interés nacional como criterio decisivo de conducta. Las sociedades cada vez son más complejas y el repliegue identitario tampoco es una solución. Hay que hacer frente a nuevos retos que eran desconocidos en 1919: la universalización efectiva de los derechos humanos, el desarme nuclear, la gestión de los recursos comunes, el cambio climático, la innovación tecnológica, el hambre y la pobreza de muchas poblaciones, los flujos demográficos, los nacionalismos excluyentes, los fundamentalismos religiosos, etc. De la época del Tratado de Versalles, sin embargo, se derivan enseñanzas que son plenamente válidas en la actualidad: la necesidad del respeto al Derecho internacional y el cumplimiento de las obligaciones internacionales, el multilateralismo para hacer frente a los nuevos desafíos y la unidad de Europa.

Oriol CASANOVAS

Catedrático emérito de Derecho internacional público

CONSIDERACIONES EN TORNO A LA DISTINCIÓN ENTRE EL FONDO Y LA FORMA EN EL DERECHO INTERNACIONAL (PÚBLICO Y PRIVADO)

Ricardo GOSALBO BONO*

«*Il est plus facile de légaliser certaines choses que de les légitimer*»**

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. FONDO Y FORMA EN DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO.—2.1. La génesis informal de las fuentes del Derecho internacional.—2.2. El desafío formalista de la reciente jurisprudencia internacional.—2.3. Sobre la inutilidad e inconveniencia de establecer criterios estancos en la distinción entre fondo y forma.—3. EL DECLIVE DE LA NORMA *LEX FORI REGIT PROCESSUM*.—3.1. La crisis de la distinción entre *consuetudo ad litem decidendam* y *consuetudo ad litem ordinationem introducta*.—3.2. Fondo y forma en la calificación.—3.3. Fondo y forma en la aplicación de la ley extranjera.—3.4. La conflictualización de la *lex fori regit processum*.—4. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

1. Durante más de un siglo, legisladores, jueces y juristas han intentado vanamente establecer una línea de división clara entre el fondo (Derecho sustantivo o material que regula los derechos y las obligaciones de los sujetos de Derecho) y la forma (Derecho adjetivo o procesal relativo a los enjuiciamientos, los procedimientos y en general la Administración de justicia)¹.

2. En las páginas que siguen analizaré los pasos recientes que sobre la cuestión han dado la abundante bibliografía y la no menos importante jurisprudencia, tanto en Derecho internacional (DI) público como en DI pri-

* *Professor of Law*, Vrije Universiteit Brussel, PhD. (Cantab.), Doctor en Derecho. Antiguo Director en el Servicio Jurídico del Consejo de la Unión Europea (UE). Las opiniones vertidas en estas páginas son estrictamente personales. ricardo.gosalbo@hotmail.com.

** DE CHAMFORT, N., *Maximes et pensées, caractères et anecdotes*, París, Les éditions G. Grès, 1923, máxima CXXXIV.

¹ CAPPELLETTI, M. y GARTH, B., «Substantive law and procedural law», *Encyclopaedia of Comparative Law*, vol. 16, 1987, Capítulo 1, p. 14; y LINDBLOM, H., «On the distinction between procedural and substantive law», *Scandinavian stud. L.*, vol. 18, 1984, pp. 111-149.

vado. También recurro al método comparativo y a la historia del Derecho cuando así lo exija la clarificación de argumentos y resultados. Mi estudio no pretende ofrecer, ni mucho menos, una reflexión acabada y completa de esta importante y compleja cuestión. El objetivo es mucho más modesto y se limita a enhebrar algunas reflexiones, habitualmente orilladas, omitidas o tergiversadas, sobre si verdaderamente existe en la actualidad una razón en la distinción entre sustancia y procedimiento, si es posible establecer una clasificación general o si el contenido de la distinción únicamente puede ser elucidado casuísticamente.

2. FONDO Y FORMA EN DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

3. La primera idea que debemos retener es que distinción entre fondo y forma fundamenta la diferenciación entre el DI público y el Derecho interno. Aquel no se distingue de este por el fondo, es decir, en razón al contenido o la sustancia pues ambos cubren las mismas cuestiones sustanciales. La singularidad del DI público respecto al Derecho interno se debe a la forma, por haber sido producido de determinada manera por los sujetos del DI público.

4. Históricamente, los sujetos *internacionales* elaboraron normas de DI público cuando se dio la condición de igualdad formal (que no igualdad territorial o de poder) entre ellos para poder concertarse por medio de acuerdos. Tal situación se remonta a la aparición en el Oriente Medio, alrededor del siglo xv a. C., de una serie de entidades independientes (Egipto, Babilonia, los reinos Hitita y de Mitani y el imperio Asirio) que se renonocían mutuamente la igualdad entre sus gobernantes como fundamento para establecer un sistema de relaciones internacionales y plasmarlas en acuerdos de paz, asistencia mutua y extradición. La antigua Grecia de las ciudades-Estado autónomas e independientes que se desarrolló entre los siglos VII y VI a. C. no solo se adhirió a este sistema sino que lo desarrolló aportando el arbitraje como método informal de arreglo de controversias.

5. Estas condiciones no se dieron ni en el imperio chino ni en el imperio romano, puesto que ambos afirmaron su superioridad sobre las entidades con las que se relacionaron, lo que imposibilitó el desarrollo de un DI público fundamentado en el principio de la igualdad formal entre sujetos. En particular, la Antigua Roma condicionó las relaciones y actuaciones con otros pueblos al cumplimiento, controlado por el *collegium* de los sacerdotes feciales, de una serie de formalismos, rituales, solemnidades, ceremonias, juramentos, invocaciones a Júpiter, y ritos procesales secretos de naturaleza religiosa y sagrada que daban solemnidad a la seriedad de la palabra dada (*bona fides*), la firma de tratados internacionales o la declaración de la guerra², al ser impuestos por el *fas* o Derecho divino vinculante universalmente. La necesidad

² El requerimiento de una restitución o reparación exigía el ritual de la *rerum repetition*. La firma de un tratado se realizaba mediante la fórmula del *ius iurandum* ante Júpiter. Y la declaración de guerra estaba precedida por el ceremonial de la afirmación de la naturaleza justa y pía de la contienda

del cumplimiento de rituales y formalismos en el plano externo concordaba con la preeminencia de la forma sobre el fondo en el plano interno, que imponía el *ius Quiritium* aplicable a los ciudadanos romanos al disponer que todo acto jurídico que creara, modificara o extinguiera derechos u obligaciones (el fondo) debía corresponderse con una determinada *Actio* o recurso (la forma) que posibilitara la defensa y reclamación de tal derecho u obligación³.

La flexibilización de este rígido formalismo vino hacia el año 242 a. C., a través de los edictos del *praetor peregrinus*, el magistrado encargado de administrar libremente justicia a los extranjeros (*peregrini*) que estaban desasistidos de la protección que el *ius civile* otorgaba a los ciudadanos romanos y que constituían, en el seno de la ciudad, un mundo jurídico aparte con usos y negocios jurídicos propios y no formales. El magistrado creó con su edicto un *ius honorarium* equitativo e informal, aplicable a los extranjeros, que no se detenía en las fronteras y tuvo por fuente el libre imperio del pretor y la tradición/costumbre (*ius gentium*). Por una parte, se desformalizaron algunas instituciones del *ius civile* (la simple entrega/*traditio* se convierte en modo válido de adquirir la propiedad de cosas *nec mancipi*). Y, por otra parte, se incorporaron los principios del *ius commercii* vigentes en centros distintos de los romanos abriendo el cauce a los negocios libres, propios del tráfico jurídico y accesibles por igual a nacionales y extranjeros. De esta forma, en las postrimerías de la época republicana, el Derecho de la ciudad de Roma va adquiriendo, decididamente, la fisonomía informal del Derecho universal del porvenir.

2.1. La génesis informal de las fuentes del Derecho internacional

6. La propia génesis de las fuentes del DI público moderno evidencia su singular informalidad (carácter no formalista del consentimiento)⁴.

7. En el marco del *Derecho de los tratados*, el Tribunal Internacional de Justicia (TIJ) ha consagrado la validez jurídica de los acuerdos internacionales concertados de cualquier forma o bajo cualquier denominación siempre que supongan un acuerdo de voluntades entre sujetos de DI y estén gobernados por el DI público: un «acuerdo internacional puede tener formas variadas y presentarse bajo denominaciones diversas»⁵. Lo que caracteriza a un tratado es la sustancia, la naturaleza del acto o transacción contenida en el mismo y no la forma, siendo posible incluso la forma verbal⁶. El propio Convenio de Viena sobre el Derecho de los tratados ha simplificado considerablemente el proceso de celebración de los tratados introduciendo la presunción de plenos

(*bellum iustum piumque*). Algunas de estas fórmulas aparecen descritas por Tito Livio en *Historia de Roma*, Libro I, Arabako Foru Aldundia, 2006, p. 32.

³ La exigencia de rituales es característica común de todos los pueblos primitivos: véase MAINE, H. S., *Ancient Law*, Londres, J. Murray ed., 1908, pp. 3-11.

⁴ REUTER, P., *Droit international public*, París (PUF), 5.ª ed., 1976, p. 17; D'ASPROMONT, J., *Formalism and the Sources of International Law. A Theory of the Ascertainment of Legal Rules*, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 154 y ss.

⁵ *Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Catar y Bahrein*, ICJ Reports 1994, p. 120.

⁶ *Plataforma Continental del Mar Egeo*, ICJ Reports 1978, p. 39.

poderes (art. 7) o flexibilizando el modo de manifestación del consentimiento en obligarse (el criterio de la conservación de los actos viciados)⁷ (arts. 12-14).

La práctica internacional ofrece una gran variedad de acuerdos internacionales en cuanto a la forma, el grado de vinculación y la naturaleza sustancial o de procedimiento del surtido de disposiciones estructurales, vinculantes o no y de los mecanismos de supervisión y de incumplimiento establecidos en los mismos⁸. En general, los instrumentos consensuales que contienen obligaciones vinculantes han demostrado ser más eficaces, como es el caso de los acuerdos sobre la capa de ozono o los acuerdos sobre la Organización Mundial del Comercio (OMC). Sin embargo, la práctica demuestra que el carácter normativo o no, jurídicamente vinculante o no, de las disposiciones de un acuerdo (lo que se ha venido en llamar «*hardness or softness of rules*») no deriva de la forma o de la génesis del acuerdo⁹, como demuestran los importantes debates en torno a la naturaleza vinculante o no del Acuerdo de París de 2015 que ejecuta medidas para la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero dentro del Convenio marco de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) sobre el cambio climático¹⁰.

8. La *costumbre internacional* es una fuente de Derecho primaria, espontánea e informal de manifestarse la comunidad internacional en cuya génesis prima no el elemento formal sino el elemento material (la repetición de actos que genera la práctica general) y el espiritual (la aceptación de dicha práctica como Derecho u *opinio juris*) (art. 38 del Estatuto del TIJ)¹¹. En cuanto a la forma, la práctica puede asumir una gran variedad de configuraciones e incluye tanto actos físicos como verbales, tales como la conducta de los Estados «sobre el terreno», la correspondencia y los actos diplomáticos, la legislación, las sentencias de los tribunales nacionales, las publicaciones oficiales sobre DI público, las declaraciones formuladas en nombre de los Estados relativas a la labor de codificación, la práctica relacionada con los tratados, los actos relativos a las resoluciones de los órganos de organizaciones y conferencias internacionales e incluso la inacción de estos órganos¹².

⁷ GARZÓN CLARIANA, G., «Libertad de forma, favor negotti y cambio en el derecho de gentes», *Libro-homenaje al profesor Antonio Truyol Serra*, Madrid, Universidad Complutense, 1986, p. 497.

⁸ RAUSTIALA, K., «Form and Substance in International Agreements», *AJIL*, vol. 99, 2005, núm. 3, pp. 581-614; SCHACHTER, O., «The Twilight Existence of Nonbinding International Agreements», *AJIL*, vol. 71, 1977, pp. 296-304; y KLABBERS, J., «The Redundancy of Soft Law», *Nordic JIL*, vol. 65, 1996, núm. 2, pp. 167-182.

⁹ BOYLE, A., «Some Reflections on the Relationship of Treaties and Soft Law», *ICLQ*, vol. 48, 1999, núm. 4, pp. 901-912, esp. pp. 906-907; y DUPUY, P.-M., «Soft Law and the International Law of the Environment», *Mich. J. Intl. Law*, vol. 12, 1991, núm. 2, pp. 420-435.

¹⁰ MALJEAN-DUBOIS, S., SPENCER, Th. y WEMAERE, M., «The Legal Form of the Paris Climate Agreement: A Comprehensive Assessment of Options», *Carbon and Climate Law Rev.*, vol. 9, 2015, pp. 68-84. En general, los estudios empíricos sobre las obligaciones vinculantes y no vinculantes son equívocos (SCHACHTER, O., *op. cit.*, nota 7; y KLABBERS, J., *op. cit.*, nota 7).

¹¹ WOOD, M., «Segundo informe sobre la identificación del Derecho internacional consuetudinario», Doc. A/CN.4/672, de 22 de mayo de 2014, p. 5, párr. 14. Véase el caso de las *Pesquerías (Reino Unido c. Noruega)*, *ICJ Reports 1951*, p. 131.

¹² Proyecto de Conclusión núm. 7, incluida en el «Segundo informe sobre la identificación del Derecho internacional consuetudinario», *op. cit.*, nota 10. Véase CONFORTI, B. y LABELLA, B., *An Introduction to International Law*, Leiden/Boston, Brill/Nijhoff, 2012, p. 32.

9. Los *principios generales del Derecho internacional* reconocidos y aceptados por la jurisprudencia y la doctrina (*pacta sunt servanda, in dubio pro reo, ex injuria non oritur*), no son en sus orígenes sino postulados de la conciencia jurídica que expresan la esencia misma del Derecho y que se generan a partir de los adagios, aforismos o apotegmas jurídicos originados en los diversos sistemas jurídicos, especialmente del Derecho romano. A pesar de constituir una de las muestras más claras y representativas de la estrecha relación e interdependencia entre el DI público y el Derecho interno¹³ y de ser una fuente frecuentemente utilizada por el Tribunal Permanente de Justicia Internacional (TPJI) y por el TIJ, el método utilizado en su identificación adolece de sofisticación¹⁴.

10. Los *actos unilaterales* pueden ser unilaterales solo en cuanto a la forma (cuando emanan de una sola manifestación de la voluntad, es decir, la declaración jurídica o compromiso formal, el *instrumentum*), o en cuanto al fondo y forma (el contenido sustancial de la obligación o *negotium*), cuando además de emanar de una sola manifestación de la voluntad, operan independientemente de cualquier otra expresión de la voluntad emitida por cualquier otro sujeto de DI¹⁵. El requisito esencial del acto unilateral internacional es la existencia de una intención «jurídica» de vincularse de conformidad con los términos de la declaración/acto unilateral de que se trate (objeto preciso)¹⁶ y, en cuanto a la forma, su publicidad, notificación o comunicación a la comunidad internacional (en cuyo caso produce efectos *erga omnes*) o a las partes interesadas. Cumplidos estos requisitos, el DI público no exige una forma determinada para que surja efectos un acto unilateral y la práctica internacional así lo demuestra¹⁷.

¹³ LAUTERPACHT, H., *Private Law Sources and Analogies of International Law*, Handem, Archon Books, 1970, pp. 37 y 60-67.

¹⁴ ELLIS, J., «General Principles and Comparative Law», *EJIL*, vol. 22, 2011, núm. 4, pp. 949-971. Como indicó el juez McNair se trata de un «método de filtraje» basado en el examen de las características y la terminología de normas e instituciones de Derecho privado que proporciona al DI público de «una indicación de políticas y principios» pero que descarta incorporar directamente dichas normas e instituciones internas en el DI público (opinión consultiva sobre el *Estatuto Internacional del África Sudoccidental*, *ICJ Reports 1950*, p. 148). La doctrina ha criticado abiertamente este método por tratarse de un proceso de abstracción y generalización que conduce «à s'en tenir à un essentiel de plus en plus désincarné. [...] D'une certaine manière, [...] autodestructeur»: véase WEIL, P., «Cours général de droit international public», *RCADI*, vol. 237, 1992, pp. 9-370, esp. p. 131.

¹⁵ Véase GOODMAN, C., «Acta Sunt Servanda?», *Australian YbIL*, vol. 25, 2004, pp. 43-73.

¹⁶ *Ensayos nucleares (Nueva Zelanda c. Francia)*, *ICJ Reports 1974*, p. 253, párr. 43. En el caso de las *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos de América)*, *ICJ Reports 1984*, p. 392, el TIJ rechazó otorgar efectos jurídicos a la declaración del gobierno consistente en organizar elecciones libres porque, según el Tribunal, se trataba de un compromiso político que formaba parte del programa electoral.

¹⁷ *Estatuto jurídico de Groenlandia Oriental*, *CPJI*, 1933, Serie A/B, núm. 53, p. 71; *Ensayos Nucleares (Australia c. Francia)*, *ICJ Reports 1974*, párr. 42 y ss.; *Ensayos Nucleares (Nueva Zelanda c. Francia)*, *ICJ Reports 1974*, párrs. 45 y ss.; y *Actividades armadas sobre el territorio del Congo (República Democrática del Congo c. Ruanda)*, *ICJ Reports 2006*, párr. 41.

2.2. El desafío formalista de la reciente jurisprudencia internacional

11. La jurisprudencia reciente del TIJ ha introducido una preeminencia de la forma sobre el fondo en ciertos supuestos que analizamos a continuación.

En general, el TIJ se atiene a criterios formales estrictos cuando los asuntos que se le presentan plantean cuestiones que conciernen el alcance personal, espacial y temporal de su *jurisdicción, competencia y el acceso a la justicia internacional*. La justificación última estriba en que, a diferencia de los tribunales estatales, a los tribunales internacionales, y en particular al TIJ, ni se les ha conferido una competencia automática («principio del oro amonedado»¹⁸ o de jurisdicción voluntaria), ni sus sentencias tienen efecto ejecutivo salvo en raras excepciones por lo que sus destinatarios gozan de un amplio margen de discrecionalidad a la hora de elegir la forma en que les dan cumplimiento, ni se insertan en un sistema único y jerarquizado en términos jurisdiccionales, ni existe una relación formalizada entre los distintos tribunales internacionales¹⁹.

12. La limitación del acceso a la justicia internacional por falta de legitimación activa o pasiva (*locus standi*) se ha convertido en problemática en aquellos asuntos donde se plantean cuestiones con *pretensiones contrapuestas fundamentadas en la inmunidad del Estado* (cuestión formal de procedimiento) y en el *jus cogens* (cuestión de fondo o sustancial)²⁰.

En el caso de las *Actividades armadas en el territorio del Congo*²¹ el TIJ rechazó la pretensión de la República Democrática del Congo que invocaba la nulidad de la reserva de Ruanda a la jurisdicción del TIJ en el supuesto de violaciones del *jus cogens*. El TIJ estimó que una disputa relativa al cumplimiento del *jus cogens* internacional no puede, por sí misma, proveer una base competencial al TIJ²² pues el *jus cogens* no confiere al TIJ una competencia que este no tendría de otra forma²³.

En la misma línea, en el caso de las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado*²⁴ el TIJ amparó la pretensión alemana de que Italia no había respetado la inmunidad de jurisdicción de Alemania, al permitir que se entablaran demandas civiles ante los tribunales italianos que solicitaban la reparación de

¹⁸ *Oro Amonedado sacado de Roma en 1943 (Italia c. Francia, Reino Unido y Estados Unidos de América)*, ICJ Reports 1954, p. 19.

¹⁹ ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., «Procedimientos de aplicación de las normas internacionales», en DIEZ DE VELASCO, M., *Instituciones de Derecho internacional público*, Madrid, Tecnos, 2013, p. 966.

²⁰ Véase HANNA, M., «The Substantive/Procedural Distinction: Law's Solution to the Problem of Ius Cogens in a World of Sovereign States», *German Law Journal*, vol. 19, 2018, pp. 21-42.

²¹ *Actividades armadas sobre el territorio del Congo (República Democrática del Congo c. Ruanda)*, ICJ Reports 2006, p. 6.

²² *Ibid.*, párr. 64.

²³ *Ibid.*, párr. 125.

²⁴ *Inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania c. Italia: Grecia interviniente)*, ICJ Reports 2012, p. 99.

los perjuicios causados por las violaciones del *jus cogens* internacional humanitario cometidas por el Reich alemán durante el periodo 1943-1945. Según el TIJ, la inmunidad del Estado y el *jus cogens* no pueden entrar en conflicto porque son dos conjuntos de reglas que se aplican a cuestiones diferentes: las reglas de la inmunidad del Estado son de naturaleza procesal y tienen un carácter preliminar, limitándose a determinar si los tribunales de un Estado pueden o no ejercer su competencia respecto de otro Estado. No entra en su ámbito de aplicación la cuestión de saber si la conducta respecto de la cual se incoan las actuaciones judiciales fue lícita o ilícita. Según el TIJ, si la inmunidad de jurisdicción de un Estado se determinara en función de la gravedad (*jus cogens*) de los delitos y violaciones cometidos (*quod non*), los tribunales tendrían que determinar si dichas violaciones y delitos se cometieron realmente, una cuestión que concierne al fondo del asunto, pues de otra manera una mera acusación o una presentación hábil de la reclamación bastarían por sí solas para obtener la revocación de la inmunidad²⁵.

Esta jurisprudencia internacional ha dividido a la doctrina internacional en partidarios²⁶ y detractores²⁷ y ha expuesto en toda su crudeza la cuestión del alcance del derecho a la *realización de la justicia* como conjunto unitario a la vez procesal y material del Estado de Derecho internacional: el razonamiento que considera que la unidad del *jus cogens* puede ser reemplazada por una diferencia que proporciona al Derecho una base para fundamentar dos normas incompatibles que intentan resolver dos situaciones de hecho distintas implica que no hay, o no puede haber, conflicto entre las normas «sustantivas» de *jus cogens* y las normas «procesales» de la inmunidad del Estado y esa distinción puede llevar en casos futuros a resultados que consagren *de facto* la inmunidad de los crímenes de lesa humanidad, los *delicta imperii* o a la denegación del «derecho al derecho» (*droit au Droit*) de las víctimas de la opresión.

13. También ha introducido el TIJ unos polémicos *requisitos formales en la noción de controversia como condición de admisibilidad de una demanda*.

²⁵ Con anterioridad, fuera del contexto del *jus cogens*, el TEDH decidió en *Al-Adsani c. Reino Unido* que no existía una violación del art. 6 del CEDH relativo al derecho a un proceso equitativo, porque no pudo establecer que el DI público sancionara que un Estado no goza de inmunidad en el procedimiento civil y porque, en cualquier caso, la inmunidad no debía concebirse como cualificando un derecho sustancial o material, sino como un impedimento formal de la competencia de los tribunales nacionales para determinar ese derecho: véase *Al-Adsani c. Reino Unido*, núm. 35763/97, TEDH 2002. Asimismo, véase FOX, H. y WEBB, Ph., *The Law of State Immunity*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 525.

²⁶ TALMON, S., «Ius Cogens after Germany v. Italy: Substantive and Procedural Rules Distinguished», *Leiden JIL*, vol. 25, 2012, núm. 4, pp. 979-1002, esp. p. 986; y TOMUSCHAT, C., «The case of Germany v. Italy before the ICJ», en PETERS, A. et al. (eds.), *Immunities in the Age of Global Constitutionalism*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2014, pp. 87-98, esp. p. 88.

²⁷ ORAKHELASHVILI, A., «Peremptory Norms as an Aspect of Constitutionalisation in the International Legal System», en FRISHMAN, M. y MULLER, S. (eds.), *The Dynamics of Constitutionalism in the Age of Globalisation*, La Haya, Asser Press, 2010, pp. 153-180, esp. p. 165; DI CIACCIO, P., «A Torturer's Manifesto? Impunity through Immunity in Jones v. The Kingdom of Saudi Arabia», *Sidney L. Rev.*, vol. 30, 2008, p. 557; BESNER, J. y ATTARAN, A., «Civil Liability in Canada's Courts for Torture Committed Abroad: the Unsatisfactory Interpretation of the State Immunity Act», *Tort L. Rev.*, vol. 16, 2008, p. 164; y MCGREGOR, L., «Torture and State Immunity: the Fleeting Impunity, Distorting Sovereignty», *EJIL*, vol. 18, 2007, núm. 5, pp. 903-913, esp. p. 911.

En su jurisprudencia constante el TIJ había establecido que «[una] controversia es un desacuerdo sobre un aspecto de derecho o de hecho, un conflicto de opiniones jurídicas o intereses entre dos personas»²⁸ cuya existencia corresponde determinar objetivamente al TIJ sobre la base de un examen de los hechos²⁹, lo que constituye una cuestión «de fondo, no de forma»³⁰.

Sin embargo, en el caso de las *Obligaciones respecto de las negociaciones sobre la cesación de la carrera de armamentos nucleares y el desarme nuclear*³¹, el TIJ estimó que no tenía competencia para declarar la admisibilidad de la demanda de las Islas Marshall, que alegaba que los Estados demandados habían incumplido sus obligaciones, dimanantes del DI consuetudinario y convencional, sobre la cesación de la carrera de armamentos nucleares y el desarme nuclear. Según el TIJ, la demanda fundamentada en una controversia jurídica carecía de fundamento en ausencia de dos requisitos formales: la notificación previa de la pretensión a los Estados demandados y «las pruebas» (negociaciones diplomáticas o una explicación de voto) que demostrarán «que la parte demandada sabía o no podía ignorar que la parte demandante había expresado una “oposición manifiesta” a su punto de vista»³². Al introducir el cumplimiento de estos elementos formales en la definición de controversia, el fallo parece contradecir la jurisprudencia constante del propio TIJ que consideraba suficiente para la existencia de una controversia el mero examen por el TIJ de todo tipo de declaraciones o documentos intercambiados por las partes, así como las conversaciones llevadas a cabo en contextos multilaterales³³.

El fallo, que dividió «estructuralmente»³⁴ a los magistrados del TIJ en dos bandos iguales (8/8) (finalmente el voto dirimente del presidente Abraham inclinó balanza), ha recibido abundantes críticas de diversa naturaleza y calado³⁵, principalmente por descartar la aplicación del «principio Mavrommatis» que autoriza al TIJ a prescindir de los defectos formales de la demanda cuando su amparo conduciría a la «circularidad del procedimiento» o a una situación contraria «a los intereses de la buena administración de

²⁸ *Concesiones Mavrommatis en Palestina*, CPJI, 1924, Serie A, núm. 2, p. 11.

²⁹ *Interpretación de los tratados de paz con Bulgaria, Hungría y Rumania, opinión consultiva*, ICJ Reports 1950, p. 74.

³⁰ *Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (Georgia c. Federación de Rusia) (Excepciones Preliminares)*, ICJ Reports 2011, párr. 3.

³¹ *Obligaciones respecto de las negociaciones sobre la cesación de la carrera de armamentos nucleares y el desarme nuclear (Islas Marshall c. Reino Unido, India y Pakistán)*, ICJ Reports 2016, p. 255.

³² *Ibid.*, párr. 41.

³³ *Frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria (Excepciones Preliminares)*, ICJ Reports 1998, p. 275; y *África Sudoccidental (Liberia c. África del Sur) (Etiopía c. África del Sur) (Excepciones Preliminares)*, ICJ Reports 1962, p. 346. Véase VENZKE, I., «Public Interests in the International Court of Justice - A Comparison between Nuclear Arms Race (2016) and South West Africa (1966)», *AJIL Unbound*, vol. 111, 2017, p. 72.

³⁴ Véase BIANCHI A., «Choice and (the Awareness of) its Consequences: the ICJ's Structural Bias Strikes Again in the Marshall Islands Case», *AJIL Unbound*, vol. 111, 2017, pp. 81-87.

³⁵ El *American Journal of International Law* organizó en diciembre de 2017 un *Simpósium* para discutir las consecuencias del fallo del TIJ sobre el caso planteado por las Islas Marshall, cuyos resultados aparecen reflejados en el vol. 111, 2017, pp. 62 y ss.

justicia»³⁶, o, añadido, de las exigencias del Estado de Derecho internacional³⁷; y por afectar negativamente el resultado de la carga de la prueba³⁸.

14. Todavía permanece sin resolver definitivamente la cuestión de si la *norma del agotamiento de los recursos internos* es de naturaleza formal o material. Calificada por el TIJ como «norma bien arraigada del Derecho internacional consuetudinario»³⁹ y como «un importante principio»⁴⁰, garantiza que «el Estado en que se causó el perjuicio pueda repararlo por sus propios medios y en el marco de su propio ordenamiento jurídico interno»⁴¹. La norma opera muy especialmente en el marco de la responsabilidad internacional⁴², como requisito previo para el ejercicio de la protección diplomática⁴³, y como condición para la admisibilidad de una demanda por violación de los derechos humanos, en virtud del art. 35 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). ¿Se trata de una regla práctica de puro procedimiento relativa a la manera de «hacer efectiva» la responsabilidad internacional? ¿O es una norma material de fondo que determina el nacimiento de la responsabilidad internacional? ¿O tiene más bien un carácter mixto, que funciona como norma de fondo determinando el origen de la responsabilidad cuando los órganos judiciales hayan incumplido su deber de garantizar a un particular la protección judicial internacionalmente exigida contra los daños sufridos como consecuencia de la violación del Derecho interno únicamente y, en los demás casos, funciona como norma de procedimiento destinada a hacer efectiva la responsabilidad?⁴⁴.

³⁶ Véase la opinión disidente del juez Crawford en el caso de las *Obligaciones respecto de las negociaciones sobre la cesación de la carrera de armamentos nucleares y el desarme nuclear (Islas Marshall c. India)*, ICJ Reports 2016. Véase *Concesiones Mavrommatis en Palestina*, CPJI, 1924, Serie A, núm. 2.

³⁷ Resolución 67/1, de 24 de septiembre de 2012. La Asamblea General de la ONU aprobó la *Declaración de la reunión de alto nivel de la Asamblea General sobre el estado de derecho en los planos nacional e internacional*. Véase CAPPELLETTI, M. y GARTH, B., «Access to Justice: the Newest Way in the Worldwide Movement to Make Rights Effective», *Buff. Law. Rev.*, vol. 27, 1978, p. 182; ANGHIE, A., «Political, Cautious, and Meticulous: An Introduction to the Symposium on the Marshall Islands Case», *AJIL Unbound*, vol. 111, 2017, pp. 62-67, esp. p. 66; y GALINDO, G., «On Form, Substance and Equality between States», *AJIL Unbound*, vol. 111, 2017, pp. 75-80.

³⁸ Si la carga de la prueba de la existencia de una controversia incumbe a los demandantes, carecen de valor los votos de los Estados demandados que no estuvieran acompañados por una explicación de voto, lo que confirma la idea de que la carga de la prueba no tiene nada que ver con la cuestión de fondo. Véase FOSTER, C., «Burden of Proof in International Courts and Tribunals», *Australian YbIL*, vol. 29, 2010, pp. 27-86.

³⁹ *Interhandel (Suiza c. Estados Unidos de América) (Excepciones preliminares)*, ICJ Reports 1959, pp. 6 y 27.

⁴⁰ *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (Estados Unidos de América c. Italia)*, ICJ Reports 1989, párr. 50.

⁴¹ *Interhandel (Suiza c. Estados Unidos de América) (Excepciones preliminares)*, ICJ Reports 1959, p. 27.

⁴² Art. 44 del Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos: véase *Anuario CDI*, vol. 2, 2001, 2.^a parte, p. 129. Véase MIAJA DE LA MUELA, A., «El agotamiento de los recursos internos como supuesto de las reclamaciones internacionales», *Anuario Uruguayo de Derecho Internacional*, vol. 2, 1963, pp. 9-58.

⁴³ Arts. 14-15 del Proyecto de Artículos sobre la Protección Diplomática: véase *Anuario CDI*, vol. 2, 2006, 2.^a parte, pp. 22-23.

⁴⁴ FAWCETT, J., «The Exhaustion of Local Remedies: Substance or Procedure?», *BYbIL*, vol. 31, 1954, pp. 452-458.

El fundamento del agotamiento de los recursos internos como norma de procedimiento reside en la función procesal previa que la norma desempeña para la hacer efectiva la ejecución, aunque no el nacimiento, de la responsabilidad internacional. Esta se originaría a partir del momento en que el hecho ilícito o daño causado se hubieran producido, aunque no se hubieran agotado previamente los recursos internos. Esta hipótesis la ha apoyado en el pasado una parte importante de la doctrina (Charles de Vischer⁴⁵ o Gerald Fitzmaurice⁴⁶), de la magistratura⁴⁷ y el propio TIJ en el caso *Barcelona Traction*⁴⁸ y en el caso *Elettronica Sicula*⁴⁹.

La interpretación del agotamiento de los recursos internos como norma de fondo o sustancia se fundamenta en que el «*fatto illecito internazionale perfetto*» y, por tanto, la responsabilidad internacional que de él se deriva, solo se genera después de haber agotado, con anterioridad y sin éxito, todos los recursos disponibles en el Derecho interno. Su valedor más importante ha sido Roberto Ago, quien dejó escrita su posición en los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional (CDI)⁵⁰. En la práctica internacional, esta hipótesis se apoya en el caso de la *Mexican Union Railway* resuelto por la Comisión Mixta de Reclamaciones Reino Unido/México⁵¹, en la posición de Polonia en el caso de la *Administración del Príncipe von Pless*⁵², en las opiniones disidentes o individuales de algunos magistrados del TPJI y del TIJ⁵³, o en la propia Comisión Europea de Derechos Humanos, que ha afirmado que «la responsabilidad de un Estado con arreglo a la Convención de Derechos Humanos solo nace [...] a partir del momento en que se han agotado todos los medios de recurso internos»⁵⁴.

La división existente en dos bandos teóricos y prácticos estancos sobre la naturaleza del agotamiento de los recursos internos ha generado dudas

⁴⁵ Véase, sobre todo, DE VISSCHER, C., «Note sur la responsabilité internationale des Etats et la protection diplomatique, d'après quelques documents récents», *Revue de droit international et de législation comparée*, vol. 8, 1927, pp. 245 y ss.; y, del mismo autor, «Le dénie de justice en droit international», *RCADI*, vol. 52, 1935, pp. 369-441, esp. pp. 421 y ss.; y AMERASINGHE, C. F., «The Formal Character of the Rule of Local Remedies», *ZaöRV*, vol. 25, 1965, pp. 445-477.

⁴⁶ FITZMAURICE, G., «The Meaning of the Term Denial of Justice», *BYBIL*, vol. 13, 1932, pp. 93-114, esp. p. 96.

⁴⁷ La opinión individual del juez Tanaka en el caso de *Barcelona Traction (Bélgica c. España)*, *ICJ Reports 1970*, p. 143.

⁴⁸ *Barcelona Traction (Bélgica c. España)*, *ICJ Reports 1970*, p. 46.

⁴⁹ *Barcelona Traction (Bélgica c. España)*, *ICJ Reports 1970*, párr. 59.

⁵⁰ AGO, R., «La Regola del Previo Esaurimento dei Ricorsi Interni in Tema di Responsabilità Internazionale», *Archivio di Diritto Pubblico*, vol. 3, 1938, p. 182. Véase *Anuario CDI*, vol. II, 1977, 2.ª Parte, p. 37.

⁵¹ *Recueil des sentences arbitrales*, vol. V, p. 122.

⁵² *Administración del Príncipe von Pless*, *CPJI*, Serie C, núm. 70, pp. 134-135.

⁵³ La opinión disidente del juez Hudson en *Ferrocarril Panevezys-Saldutiskis*, *CPJI*, 1939, Serie A/B, núm. 76, p. 47; la opinión individual del juez Córdova en *Interhandel (Suiza c. Estados Unidos de América)* (*Excepciones preliminares*), *ICJ Reports 1959*; y la opinión disidente del juez Morelli en el caso *Barcelona Traction (Bélgica c. España)*, *ICJ Reports 1964*, p. 114.

⁵⁴ Decisión de 10 de junio de 1958, núm. 235/56, *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme 1958-1959*, vol. 2, p. 305. Véase D'ASCOLI, S. y SCHERR, K., «The Rule of Prior Exhaustion of Local Remedies in the International Law Doctrine and its Application in the Specific Context of Human Rights Protection», *EUI Working Papers Law*, 2007, p. 5.

e incertidumbre en la práctica jurisprudencial⁵⁵. A mi juicio, un atisbo de solución se podría encontrar si se reconoce que el fundamento del agotamiento de los recursos internos y la principal razón de su existencia residen en «la necesidad indispensable de armonizar las jurisdicciones nacional e internacional, asegurando de esta forma el respeto debido a la jurisdicción soberana de los Estados»⁵⁶. Se trata, a mi juicio, de una norma de carácter mixto. Por una parte, funciona como condición para la admisibilidad de una demanda, como «una regla procesal que realiza un cierto equilibrio entre la soberanía del Estado demandado y las exigencias superiores del Derecho Internacional»⁵⁷ (art. 35 del CEDH). Y, por otra parte, desempeña un papel fundamental como instrumento que garantiza el cumplimiento de derechos y obligaciones sustantivos, como lo demuestra la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) relativa al derecho de toda persona a la concesión de un recurso efectivo en caso de violación de sus derechos y libertades (art. 13 del CEDH)⁵⁸.

15. También ha resultado polémica la jurisprudencia que otorga preeminencia a las normas que salvaguardan garantías procesales fundamentales sobre el fondo en el ámbito de *la lucha contra el terrorismo internacional* y, más específicamente, de los asuntos relativos al listado de personas sujetas a medidas restrictivas. En los asuntos *Kadi*, el Tribunal de Justicia de la UE (TJUE) ha establecido que «los Tribunales de la Unión deben garantizar un control en principio completo, de la legalidad de todos los actos [de la UE] desde el punto de vista de los derechos fundamentales que forman parte integrante de los principios generales del Derecho de la Unión, control que también se extiende a los actos [...] destinados a aplicar resoluciones aprobadas por el Consejo de Seguridad en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas». Estos derechos, reconocidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE incluyen, entre otros, el respeto al derecho de defensa (art. 41.2) y el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial (art. 47)⁵⁹. Lo que convierte en excepcional esta jurisprudencia, es la consideración del TJUE de que las garantías procesales de la UE prevalecen incluso sobre las medidas relativas al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, contenidas en resoluciones vinculantes del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas adoptadas con arreglo al art. 25 de la Carta de las Naciones Unidas (Carta) en un contexto donde los Estados miembros de la UE actúan en el marco de los Tratados de la UE («*compétence liée*», «*mandatory rule*»)⁶⁰.

⁵⁵ *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II, p. 1502; y *Fosfatos de Marruecos*, CPJI, 1938, Serie A/B, núm. 74, p. 28.

⁵⁶ Véase la opinión individual del juez Córdova en *Interhandel* (*Suiza c. Estados Unidos de América*) (*Excepciones preliminares*), ICJ Reports 1959, p. 45.

⁵⁷ DE VISSCHER, C., *op. cit.*, nota 44, p. 423.

⁵⁸ *Akdivar y otros c. Turquía*, núm. 21893/93, párr. 65, TEDH 1996.

⁵⁹ Asuntos C-584/10-P, C-593/10-P y C-595/10-P, ECLI:EU:C:2013:518, párrs. 97, 99-100 y 102. Véanse igualmente los asuntos C-399/06-P y C-403/06-P, ECLI:EU:C:2009:748, párr. 71; y asunto C-548/09-P, ECLI:EU:C:2011:735, párr. 105.

⁶⁰ Asunto T-184/95, ECLI:EU:C:2000:321, párr. 74.

Al justificar que las obligaciones de la Carta son requisitos dimanantes de un acuerdo internacional ordinario y que como tales tienen que conformarse a los derechos fundamentales de la UE, que tienen valor de derecho primario, la jurisprudencia del TJUE se aleja de la sabiduría tradicional que estima que la Carta no es un acuerdo internacional ordinario y que su aceptación universal y la cláusula de supremacía prevista en su art. 103, la convierte en la autoridad suprema del DI público y, para un número importante de internacionalistas, en una verdadera «constitución de la comunidad internacional»⁶¹. Además, el TJUE ha asumido el riesgo que, como muestra alguna práctica estatal, las cuestiones de procedimiento puedan servir de subterfugio para eludir el pronunciamiento sobre cuestiones de fondo relativas a violaciones de los derechos humanos.

En los Estados Unidos de América, tras los atentados del 11 de septiembre de 2001, los programas más controvertidos de la lucha contra el terrorismo se llevaron a cabo cometiendo violaciones significativas de los derechos humanos (tortura y otras formas de tratos crueles, encarcelamientos, deportaciones, violaciones de llamadas telefónicas privadas y de datos personales). Los procesos que se incoaron contra esas políticas raramente se basaron en reclamaciones sustanciales sobre las violaciones de esos derechos humanos sino que, en su mayor parte, se fundamentaron en cuestiones de procedimiento (entre otras, cuestiones de jurisdicción y competencia de los tribunales, cuestiones de distribución de poderes entre el poder legislativo y el ejecutivo, cuestiones de legitimación y cuestiones de prueba)⁶², lo que ha llevado a los propios analistas americanos a concluir que había habido «mucho procedimiento pero poca justicia»⁶³.

16. Finalmente, se observa un vínculo conceptual entre fondo y forma en el ámbito de la *protección internacional del medio ambiente* y, en particular, del principio de prevención de un daño ambiental transfronterizo significativo. Este principio forma parte del DI consuetudinario y hunde sus orígenes en la debida diligencia que se requiere del Estado en su territorio.

Para cumplir con la obligación de ejercer la debida diligencia un Estado debe, antes de embarcarse en una actividad que tenga el potencial de afectar

⁶¹ CHEMAIN, R. y PELLET, A. (eds.), *La Charte des Nations Unies, constitution mondiale?*, París, Pedone, 2006. La tesis del TJUE en el asunto *Kadi* ha sido descrita como «*Unfaithfull to its traditional fidelity to public international law*» (DE BÚRCA, G., «The European Court of Justice and the International Legal Order After *Kadi*», *Harvard ILJ*, vol. 51, 2010, pp. 1-49, esp. pp. 44 y ss.), y como giro a la tesis dualista (FASSBENDER, B., «Triepel in Luxembourg. Die dualistische Sicht des Verhältnisses zwischen Europa - und Völkerrecht in der "Kadi-Rechtsprechung" des EuGH als Problem des Selbstverständnisses der Europäischen Union», *Die Öffentliche Verwaltung*, 2010, p. 340). Aunque confirma su «fe misionera» en defensa de los derechos humanos [MANGAS MARTÍN, A., «Evolución del respeto a los derechos humanos en la Unión Europea (teoría y práctica ante los nuevos desafíos del terrorismo)», *Agenda Internacional*, 2008, núm. 26, p. 25].

⁶² *Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466, 485 (2004); *Rumsfeld v. Padilla*, 542 U.S. 426, 446 (2004); *Hamdan v. Rumsfeld*, 126 S.Ct. 2749, 2797 (2006); *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 507, 533 (2004); y *ACLU v. NSA*, 493 F.3d 644, 687 (6th Cir. 2007 cert. denegado, 128 S. Ct. 1334 (2008)).

⁶³ «*Unfortunately, the "war on terror" litigation thus far seems to have resulted in a great deal of process, and not much justice*»: véase MARTÍNEZ, J. S., «Process and Substance in the "War on Terror"», *Columbia Law Review*, vol. 108, 2008, núm. 5, pp. 1013-1092, esp. p. 1092.

adversamente el medio ambiente de otro Estado, llevar a cabo un estudio de impacto ambiental para averiguar si existe un riesgo de un daño transfronterizo significativo⁶⁴. Si el estudio de impacto ambiental confirma que existe un riesgo de un daño transfronterizo significativo, el Estado que planea llevar a cabo la actividad debe, de conformidad con su obligación de debida diligencia, notificar y consultar en buena fe a los Estados potencialmente afectados, cuando esto sea necesario para determinar las medidas apropiadas para prevenir o mitigar ese riesgo.

Aunque el TIJ no reconoce explícitamente que existe una violación de la obligación sustancial de la prevención del daño cuando un Estado no cumple con la diligencia debida, por no llevar a cabo un estudio de impacto ambiental y no se ha producido un daño transfronterizo significativo⁶⁵, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar (TIDM) ha reconocido explícitamente que la debida diligencia constituye el vínculo conceptual, a la vez formal y sustancial, entre la prevención del daño y la precaución⁶⁶.

2.3. Sobre la inutilidad e inconveniencia de establecer criterios estancos en la distinción entre fondo y forma

17. El análisis llevado a cabo demuestra que la realización del Estado de Derecho internacional requiere gran permeabilidad/flexibilidad en el tratamiento de las cuestiones de fondo y de forma, lo que induce a formular las reflexiones siguientes.

18. En primer lugar, algunas cuestiones pueden ser tratadas indistintamente como de fondo o de forma. Me refiero a *la cuestión de la jurisdicción*. La jurisdicción constituye una característica de la soberanía, cuestión de fondo, y se manifiesta en el ejercicio de la capacidad/autoridad internacional de carácter general (*giurisdizione, compétence générale*) para crear, modificar o terminar relaciones y obligaciones jurídicas por medio de una acción legislativa, ejecutiva o judicial. En cambio, la jurisdicción se convierte en una cuestión de forma cuando se trata como una cuestión de competencia, es decir, la facultad que se le da a un tribunal para determinar la forma objetiva (determinada por la materia), funcional (distintos grados de organismos judiciales) y territorial (espacio que corresponde a un juzgado) donde se ejerce la administración de justicia. En ciertos ordenamientos jurídicos, algunas cuestiones jurisdiccionales son tratadas como procesales: por ejemplo la Regla 12(h)(3) de las *Federal Rules of Civil Procedure* de los Estados Unidos de América trata

⁶⁴ *Canal de Corfú (Reino Unido c. Albania)*, ICJ Reports 1949, p. 22; y *Plantas de celulosa en el río Uruguay (Argentina c. Uruguay)*, ICJ Reports 2010, párrs. 101 y 204.

⁶⁵ *Ciertas actividades llevadas a cabo por Nicaragua en la zona fronteriza (Costa Rica c. Nicaragua)* y *Construcción de una carretera en Costa Rica a lo largo del río San Juan (Nicaragua c. Costa Rica) (Procedimientos acumulados)*, ICJ Reports 2015, párrs. 104 y ss.

⁶⁶ *Aspectos relativos a la determinación del vínculo efectivo entre los Estados y las personas jurídicas a las que patrocinan para llevar a cabo actividades en la Zona, opinión consultiva*, ITLOS Reports 2011, p. 34.

como procesal la cuestión de la ausencia de jurisdicción del tribunal sobre la cuestión de fondo⁶⁷.

No parece aceptable la tradicional reticencia del TIJ a entrar en el fondo de las cuestiones relativas al desarme o las armas nucleares, tal vez por considerarlas «políticas» o proclives *natura sua* a ser resueltas mediante procesos políticos: es evidente que estos procesos, a pesar de los años transcurridos, no las han resuelto⁶⁸ y también resulta obvio que el recurso a un rígido formalismo afecta al cumplimiento de normas sustanciales que conciernen a la comunidad internacional en su conjunto. Estas consecuencias demuestran no solo la necesidad de moldear el resultado a través de la función interpretativa del TIJ, sino la obligación de buscar/establecer mecanismos (judiciales o no) alternativos de resolución de las controversias de esta naturaleza⁶⁹. En el caso del África Sudoccidental, el TIJ reconoció que la protección judicial era una parte esencial del mandato de la ONU sobre Sudáfrica y que este principio operaba como condición esencial de confianza y garantía de derechos de los Estados miembros de la ONU cuando se trataba de los mandatos de esta organización⁷⁰, lo que acarrea dos consecuencias. Primera, existen ciertos casos donde los Estados reconocen que la protección judicial es necesaria. Y, segunda, los Estados pueden tener derecho al acceso a la justicia y a la tutela judicial, incluso cuando no hubo una conducta dañosa por parte de otro Estado.

Por tanto, si una *actio popularis* resultara descartable en la actualidad⁷¹, se podría recurrir a la creación de mecanismos que se inspirasen en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional o en el Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias de la OMC (ambos instrumentos contienen disposiciones que remiten a un órgano político, respectivamente la Asamblea de los Estados Partes y el Órgano de Solución de Diferencias). Finalmente, por muy difícil que se presente, tampoco debería ser descartado, *per se*, el recurso a la modificación de los arts. 34-36 del Estatuto del TIJ (jurisdicción voluntaria, *locus standi* y competencia *ratione materiae*).

⁶⁷ Este precepto dispone que: «*Lack of Subject-Matter Jurisdiction. If the court determines at any time that it lacks subject-matter jurisdiction, the court must dismiss the action.*».

⁶⁸ RANGANATHAN, S., «Nuclear Weapons and the Court», *AJIL Unbound*, vol. 111, 2017, pp. 88-95, esp. p. 88.

⁶⁹ PROULX, V., «The Marshall Islands Judgments and Multilateral Disputes at the World Court: Wither Access to International Justice?», *AJIL Unbound*, vol. 111, 2017, pp. 96-101. En este artículo se propone la combinación de la utilización de las funciones de arreglo de controversias previstas en el Capítulo VI de la Carta para el Consejo de Seguridad y el art. 27.3 de la Carta, según el cual «en las decisiones tomadas en virtud del Capítulo VI [...] la parte en una controversia se abstendrá de votar».

⁷⁰ *África Sudoccidental (Liberia c. África del Sur) (Etiopía c. África del Sur) (Excepciones Preliminares)*, *ICJ Reports 1962*, p. 337.

⁷¹ *África Sudoccidental (Liberia c. África del Sur) (Etiopía c. África del Sur) (Segunda Fase)*, *ICJ Reports 1966*, p. 487, el TIJ decidió que la *actio popularis* «no está reconocida por el Derecho internacional en su estado actual [...] ni el tribunal está capacitado para reconocerla como parte de los principios generales del Derecho»: véase VOEFFRAY, F., *L'actio popularis ou la défense de l'intérêt collectif devant les juridictions internationales*, Ginebra, Graduate Institute, 2004, pp. 324-382.

19. En segundo lugar, también requiere flexibilidad conceptual la aplicación de la distinción entre fondo y forma a *la resolución de las cuestiones relativas a la jurisdicción, la responsabilidad y la reparación*. Por una parte, aunque la jurisprudencia del TIJ en el caso de las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado* parece inclinarse hacia el establecimiento de categorías absolutas al afirmar que «la cuestión de saber si un Estado puede gozar de la inmunidad frente a las jurisdicciones de otro Estado es completamente distinta de aquella de saber si la responsabilidad internacional de este Estado está comprometida y si ello acarrea una obligación de reparación»⁷², la propia jurisprudencia descarta tal radicalidad distintiva en el marco de la adopción de medidas provisionales. En efecto, incluso cuando el TIJ duda sobre la existencia de competencia «para ocuparse del fondo del asunto», el objetivo primordial de la facultad que se le reconoce de indicar la adopción de medidas provisionales «es proteger los derechos respectivos de las partes en espera de un fallo del TIJ, y presupone que no se causará ningún perjuicio irreparable a los derechos que sean objeto de una controversia en actuaciones judiciales»⁷³.

Por otra parte, aunque los textos legislativos parecen establecer que la reparación se ajusta más a una regla de fondo que de forma⁷⁴, la jurisprudencia del TIJ⁷⁵ y del TEDH⁷⁶ establece estrechos vínculos entre la sustancia de los principios de la reparación y los procedimientos que se aplican para hacer efectiva dicha reparación. Asimismo, como ha quedado demostrado en las páginas precedentes, se comparten aspectos procesales y sustanciales cuando la admisibilidad de la reclamación y, por tanto, la invocación de la responsabilidad, está sujeta a la norma del agotamiento de los recursos internos y no se han agotado todas las vías de recurso internas disponibles y efectivas⁷⁷.

Finalmente, los estrechos vínculos entre fondo y forma se ponen de manifiesto en la resolución de cuestiones relativas a la responsabilidad conjunta y solidaria de los Estados (*joint and several liability*). Por ejemplo, cuando dos o más Estados lanzan conjuntamente un objeto espacial en aplicación de los

⁷² *Inmunidades Jurisdiccionales del Estado (Alemania c. Italia: Grecia interviniente)*, ICJ Reports 2012, párr. 100; y *Orden de detención (República Democrática del Congo c. Bélgica)*, ICJ Reports 2002, párr. 60.

⁷³ *Convención de Viena sobre relaciones consulares (Paraguay c. Estados Unidos de América)*, ICJ Reports 1998; y *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros (Hungría/Eslovaquia)*, ICJ Reports 1997.

⁷⁴ El art. 31 de los Proyectos de artículos sobre la responsabilidad del Estado y de las organizaciones internacionales por hechos internacionalmente ilícitos formula la reparación generalmente en términos sustanciales, al disponer que «el Estado responsable está obligado a reparar íntegramente el perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito [...]. El perjuicio comprende todo daño, tanto material como moral, causado por el hecho internacionalmente ilícito del Estado».

⁷⁵ *Convención de Viena sobre relaciones consulares (Paraguay c. Estados Unidos de América)*, ICJ Reports 1998; y *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros (Hungría/Eslovaquia)*, ICJ Reports 1997. Véase GRAY, C., «The Choice between Restitution and Compensation», *EJIL*, vol. 10, 1999, pp. 422-423.

⁷⁶ PELLONPÄÄ, M., «Individual reparation claims under the European Convention on Human Rights», en TOMUSCHAT, Ch. y RADELZHOFFER, A. (coords.), *State responsibility and the individual: reparation in instances of grave violations of human rights*, Leiden, Martinus Nijhoff, 1999, pp. 109-130.

⁷⁷ Arts. 44.b) y 45 del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

arts. 5 y 15 del Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales; cuando dos o más Estados participan en una empresa comercial conjunta (*commercial joint venture*) que causa daño medioambiental a un tercer Estado o cuando varios Estados violan de forma separada una obligación en relación con un mismo acontecimiento⁷⁸. Para hacer frente a las dificultades procesales, el DI público ha encontrado soluciones de diverso tipo, incluso de naturaleza sustancial, como el Derecho del Estado que haya pagado la indemnización por daños a recuperar judicialmente la parte correspondiente atribuible a los demás Estados participantes⁷⁹ o la posibilidad de concertar acuerdos acerca de la distribución entre los Estados de la carga financiera respecto de la cual son solidariamente responsables, prevista en el art. 5 del Convenio precitado.

20. En tercer lugar, existen supuestos en los que *el desarrollo del Derecho sustantivo puede afectar la interpretación de las normas de la intervención procesal, y viceversa*. Por una parte, el procedimiento puede constituir efectivamente «un instrumento de poder que puede, en su aplicación práctica, generar o socavar los derechos sustantivos»⁸⁰. En el ámbito del DI penal, el procedimiento no tiene únicamente la finalidad instrumental de aplicar las leyes de fondo, sino que ejecuta sus propios valores sustanciales al reivindicar el Estado de Derecho⁸¹. Por otra parte, la justicia (*fairness*), en su vertiente sustancial (la justicia distributiva), y el procedimiento (*due process* o proceso correcto) pueden perseguir un fin distinto cuando el objetivo de la primera es el cambio, mientras que el del segundo es el orden y la estabilidad. La resolución defectuosa de esta dicotomía en la jurisprudencia del TIJ (reconocimiento del principio *erga omnes*, pero ausencia de establecimiento de un mecanismo para hacerlo cumplir)⁸² ha originado una tensión «entre la estabilidad y el cambio (que) puede desestabilizar un ordenamiento jurídico si no se controla a través de la rúbrica de la justicia»⁸³.

21. En cuarto lugar, se estima que una *concepción puramente instrumentalista del procedimiento*, como mero transmisor del fondo, limitado a

⁷⁸ NOYES, J. y SMITH, B., «State Responsibility and the Principle of Joint and Several Liability», *The Yale Journal of International Law*, vol. 13, 1988, núm. 2, pp. 225-267.

⁷⁹ Aspectos relativos a la determinación del vínculo efectivo entre los Estados y las personas jurídicas a las que patrocinan para llevar a cabo actividades en la Zona, opinión consultiva, ITLOS Reports 2011, p. 34.

⁸⁰ MAIN, Th., «The Procedural Foundation of Substantive Law», *Washington University Law Rev.*, vol. 87, 2010, núm. 4, pp. 801-841, esp. p. 802.

⁸¹ OHLIN, J., «Meta-Theory of International Criminal Procedure: Vindicating the Rule of Law», *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, vol. 14, 2010, pp. 77-120. Véanse al respecto los Principios y reglas generales de procedimiento penal internacional (Amsterdam Center for International Law of the University of Amsterdam y Hague Institute for the Internationalization of Law, 2011).

⁸² *Barcelona Traction (Bélgica c. España)*, ICJ Reports 1970, párr. 31. Véanse igualmente *Timor Oriental (Portugal c. Australia)*, ICJ Reports 1995, p. 90; *Aplicación de la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio (Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro)* (Medidas provisionales), ICJ Reports 1993, p. 325; y el laudo arbitral dictado en el caso de la *Delimitación de los espacios marítimos entre Canadá y la República Francesa (ILM)*, vol. 31, 1992, p. 1145, párrs. 78-79).

⁸³ FRANCK, Th., *Fairness in International Law and Institutions*, Oxford, Clarendon Press, 1997, p. 7.

una función de lo que Jeremy Bentham denominó como «derecho adjetivo», y cuya única finalidad sería la de «llevar a cabo la voluntad manifestada en el cuerpo del derecho sustantivo»⁸⁴, abriría la posibilidad de obtener una interpretación de las normas sobre la legitimación (*locus standi*) y la intervención procesal que fuera transmisora de los intereses sustanciales de la comunidad internacional en su conjunto, en particular en los asuntos donde las obligaciones *erga omnes* y de *jus cogens* forman parte de la controversia⁸⁵. En el caso de las *Actividades armadas en el territorio del Congo*, el TIJ se mostró abierto a esta posibilidad al justificar la necesidad de proteger los derechos humanos y el DI humanitario como fundamento del establecimiento de medidas provisionales con carácter de urgencia⁸⁶.

A mi juicio, una concepción puramente instrumentalista del procedimiento no resulta plenamente satisfactoria por tres razones. Primera, el contenido del *jus cogens* no está predeterminado, su ámbito no es ilimitado y, por tanto, existe el riesgo de que ese concepto pueda ser utilizado para socavar principios procesales aceptados y aplicados sistemáticamente por los Estados y la *opinio juris* internacional. Segunda, no existe una norma de carácter imperativo que requiera a los Estados someterse a la jurisdicción internacional del TIJ en los supuestos donde el cumplimiento de una norma de *jus cogens* forma parte de la controversia (solamente los Estados pueden modificar el art. 36 del Estatuto del TIJ)⁸⁷. Y, tercera, la concepción instrumentalista no ofrece ningún criterio para determinar la elección de los valores sustanciales que las reglas de procedimiento deben aplicar en los casos donde exista una discrepancia entre dos valores fundamentales, por ejemplo, la protección de los derechos humanos y del medio ambiente⁸⁸.

22. En quinto lugar, una variante de la hipótesis instrumentalista sería concebir *el procedimiento como método doctrinal formal, analítico y resolutorio de las cuestiones de fondo*. En particular, ciertos sectores de la doctrina han propuesto la utilización de dicho método para adaptar a la realidad actual el estricto y restrictivo régimen convencional relativo a la prohibición del uso de la fuerza y sus excepciones previsto en los arts. 2 y 24-25 de la Carta⁸⁹. El método de la «forma doctrinal» se ha propuesto para resolver la falta de seguridad jurídica existente sobre cuestiones como la legitimidad de la defensa preventiva, la legalidad de una autorización implícita del Consejo de

⁸⁴ BENTHAM, J., «Principles of Judicial Procedure with the Outlines of a Procedural Code», en BOWRING, J., *The Works of Jeremy Bentham*, Edimburgo, vol. 2, William Tait, 1843, p. 6.

⁸⁵ NOLLKAEMPER, A., «International Adjudication of Global Public Goods: the Intersection of Substance and Procedure», *EJIL*, vol. 23, 2012, núm. 3, pp. 769-791, esp. pp. 769 y 781.

⁸⁶ *Actividades armadas en el territorio del Congo (República Democrática del Congo c. Uganda) (Medidas Provisionales)*, ICJ Reports 2000, p. 128, párr. 43.

⁸⁷ Véase la opinión separada del juez *ad hoc* Dugard en el caso de las *Actividades armadas sobre el territorio del Congo (República Democrática del Congo c. Ruanda)*, ICJ Reports 2006, párrs. 2-3, 6 y 13.

⁸⁸ NOLLKAEMPER, A., *op. cit.*, nota 84.

⁸⁹ WAXMAN, M., «Regulating Resort to Force: Form and Substance of the UN Charter Regime», *EJIL*, vol. 24, 2013, núm. 1, pp. 151-189.

Seguridad o el derecho de intervención humanitaria⁹⁰. Al quedar descartada por incorrecta la jurisprudencia fundamentada en una actualización del DI humanitario de origen consuetudinario basada exclusivamente en la existencia de una *opinio juris*⁹¹, se sugiere la utilización de un método de argumentación y análisis centrado en «la valoración de los hechos puestos en relación con las normas jurídicas»⁹². Según sus proponentes, este método permitiría el establecimiento de cánones y puntos de referencia interpretativos flexibles y discrecionales que neutralizarían cuestiones controvertidas sobre la insuficiencia o validez de las herramientas de que dispone el DI público en el ámbito del uso de la fuerza y abriría las puertas a una nueva manera de concebir su reforma legal⁹³.

A mi juicio, se trata una propuesta artificial e inconcreta que se basa en postulados que no tienen en cuenta la existencia de zonas grises ni valoran las ventajas que ofrece el análisis de la interpretación basada en las posiciones expresadas por la mayoría de los Estados y la doctrina internacional⁹⁴. Finalmente, la práctica internacional en el marco del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias de la OMC demuestra que existen cauces a través de las reglas relativas a la admisibilidad, la intervención o los *amici curiae*, que permiten obtener soluciones equilibradas en cuanto al fondo y que resultan mucho más fructíferas⁹⁵.

23. En sexto lugar, el Derecho sustantivo, *el fondo, no es nunca* «a-procedimental». Por ejemplo, el DI penal o la protección de los derechos humanos, siempre se interpretan y aplican, consciente o inconscientemente, teniendo en mente un procedimiento que reivindica los derechos que amparan y que determina las responsabilidades que de su incumplimiento se derivan⁹⁶. En otros ámbitos se puede hablar de un «fundamento formal del fondo» (un

⁹⁰ Existe gran controversia sobre esta cuestión: véanse GRAY, C., *International Law and the Use of Force*, 4.^a ed., Oxford, Oxford University Press, 2018; y FRANK, T., *Recourse to Force. State Actions Against Threats and Armed Attacks*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.

⁹¹ Véase *Prosecutor v. Kupreškić y otros*, IT-95-16-T, párr. 527, donde la Sala de Primera Instancia del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia afirmó que «los principios de Derecho internacional humanitario pueden surgir por conducto de un proceso consuetudinario bajo la presión de las exigencias de la humanidad o los dictados de la conciencia pública, aun cuando la práctica de los Estados sea escasa o incoherente. El otro elemento, en la forma de *opinio necessitatis*, cristalizado a resultados de los imperativos de humanidad o la conciencia pública, puede convertirse en el elemento decisivo que indique el surgimiento de una norma o un principio general del Derecho humanitario».

⁹² WAXMAN, M., *op. cit.*, nota 88.

⁹³ WAXMAN, M., «Regulating Resort to Force: A Response and Thanks to Corten», *EJIL:Talk* de 2 de mayo de 2013.

⁹⁴ CORTEN, O., «Regulating Resort to Force: A Response to Matthew Waxman from a Bright-Liner», *EJIL*, vol. 24, 2013, núm. 1, pp. 191-197.

⁹⁵ La aplicación práctica del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio y, en particular, de la protección mediante patente de las invenciones en la esfera de los productos farmacéuticos, ha establecido un equilibrio entre los intereses de los titulares de los derechos y los de los usuarios. Véase el Laudo arbitral sobre la Reclamación presentada por las Comunidades Europeas y sus Estados miembros contra Canadá el 19 de diciembre de 1997 y la Sentencia del TJUE en el asunto C-414/11, ECLI:EU:C:2013:520.

⁹⁶ MAIN, Th., *op. cit.*, nota 79, p. 822.

«*procedural foundation of substantive law*») como, por ejemplo, cuando se presentan ante los tribunales internos reclamaciones donde los daños sustanciales se determinan con arreglo al DI público, mientras que las cuestiones de procedimiento se rigen por la *lex fori*⁹⁷.

24. En conclusión, la práctica internacional demuestra que en DI público no resulta útil o convincente el establecimiento de una distinción entre fondo y forma fundamentada en criterios rígidos o estancos, como la remisión sistemática a la forma de todas las cuestiones relativas al funcionamiento interno del tribunal de justicia o al gobierno del proceso del litigio, mientras que todas las demás cuestiones externas al proceso del litigio formarían parte del fondo⁹⁸; o instaurando clasificaciones sofisticadas que obedezcan a precisiones inoperantes de los términos «proceso» y «procedimiento»⁹⁹ o, en general, estableciendo distinciones binarias estrictas.

A efectos de la resolución de las cuestiones de fondo y forma, no resulta operativa ni viable la construcción de una teoría basada en unos supuestos principios generales de DI procesal de aplicación estricta, de los que se derivarían reglas de procedimiento detalladas secundarias de aplicación flexible. Tampoco pueden ser reducidas a meras cuestiones de procedimiento cuestiones que, como los plazos, se presentan en el sistema internacional de solución de diferencias. De la misma forma que no es exclusivamente sustancial la cuestión del derecho de verter mercurio en los cursos de agua internacionales.

El procedimiento, la forma, no solamente es transmisor de la sustancia o es protector de derechos procesales intrínsecos (garantías y derechos fundamentales), sino que es codeterminante de lo que es el propio Derecho antes que nada¹⁰⁰. Al mismo tiempo, el fondo nunca es «a-procedimental»: todo es fondo cuando el procedimiento determina la solución de un litigio particular; a la inversa, todo es forma cuando el Derecho sustantivo aparece condicionado por los métodos por los que las reclamaciones jurídicas se inician o se solucionan. Aunque la función primordial de los tribunales es proteger los

⁹⁷ *Ibid.*, p. 816.

⁹⁸ Este modo de diferenciar fondo y forma fue defendido por SALMOND, J., *Jurisprudence: or the Theory of Law*, Londres, Stevens and Haynes, 1902, pp. 577-578.

⁹⁹ El «proceso judicial» incluiría el conjunto de actos jurídicos que se llevan a cabo para aplicar la ley a la resolución de un caso (entre otros, desarrollo de la función jurisdiccional, tutela judicial efectiva, derecho de acción) y que incluye el juicio, la acción de juzgar (incluida la jurisdicción voluntaria) y el medio empleado para ello. Mientras que el «procedimiento» consiste en el conjunto de normas jurídicas generales para llevar a cabo el juicio y que regulan los trámites, actos y resoluciones a través de los cuales los jueces y tribunales ejercitan su potestad jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado en el proceso. Véanse KOLB, R., «General Principles of Procedural Law», en ZIMMERMANN, A., TOMUSCHAT Ch. y OELLERS-FRAHM, K. (eds.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2006, pp. 871-908. Asimismo, confrontar con ROSENNE, S., *The Law and Practice of the International Court: 1920-2015*, 5.ª ed., Leiden, Martinus Nijhoff, 2016, párt. 254; GUYOMAR, G., *Commentaire du Règlement de la Cour internationale de Justice, adopté le 17 avril 1978: Interprétation et pratique*, París, 2.ª ed., Pedone, 1983; MANI, V. S., *International Adjudication. Procedural Aspects*, Leiden, Martinus Nijhoff, 1980; 1973; y DEL VECCHIO, A., *Le parti nel processo internazionale*, Milán, Giuffrè, 1975.

¹⁰⁰ NOLLKAEMPER, A., *op. cit.*, nota 84, p. 785.

derechos procesales inherentes a sistema internacional de solución de controversias, resulta inaceptable recurrir al procedimiento para evitar o retrasar la aplicación del Derecho material. Incumbe a los legisladores y a la función judicial de los tribunales internacionales, que es esencialmente «un ejercicio de elección»¹⁰¹, moldear y desarrollar la interconexión entre fondo y forma.

3. EL DECLIVE DE LA NORMA *LEX FORI REGIT PROCESSUM*

25. En términos generales, el DI privado no tiene un contenido sustantivo/material, se trata de una técnica que no ofrece una solución inmediata a una disputa sino que opera indirectamente¹⁰²; determina el sistema jurídico que proporciona una ley aplicable para resolver la disputa. Precisamente por tratarse de una técnica, el DI privado ha sido históricamente sensible a la influencia extranjera y ha considerado importante la distinción entre fondo y forma en los ámbitos de la calificación (la aplicación de la ley extranjera); en el ámbito del arbitraje internacional (porque el proceso arbitral es independiente del sistema jurídico que regula los derechos y las obligaciones de las partes en relación con el acuerdo sustancial) o en el ámbito de las reclamaciones internacionales de responsabilidad contractual y extracontractual.

Como en DI público, también el DI privado ha conocido tentativas de establecer una distinción atendiendo al establecimiento de compartimientos estancos. Algunos autores estiman que esta debería circunscribirse al aspecto intelectual y material de la operación¹⁰³. Los elementos que, en el acto jurídico, contribuyen a fijar la intención de las partes (consentimiento, capacidad, objeto y causa) constituirían elementos de fondo, como serían también todos los elementos que traducen la organización social en la que la ley se inserta obligatoriamente, como el matrimonio y el divorcio. En cambio, los elementos que, sin afectar a los objetivos privados o sociales, fijan los medios para manifestarlos con mayor certeza, pertenecerían a la forma¹⁰⁴. En la misma línea, otros autores estiman que se debería centrar la distinción en las formas extrínsecas, es decir, las cumplimentadas por los interesados. De ahí que se excluya de su ámbito las formas habilitantes (cuyo objeto es la validez del acto en cuanto al fondo) y las de publicidad (cuya finalidad es la protección de terceros) y que solo se incluyan las formas solemnes y las de prueba¹⁰⁵.

¹⁰¹ Véase la opinión individual del juez *ad hoc* Dugard en el caso de las *Actividades armadas sobre el territorio del Congo (República Democrática del Congo c. Ruanda)*, *ICJ Reports 2006*, párr. 10; y la opinión consultiva sobre la *Interpretación del Acuerdo de 25 de marzo de 1951 entre la OMS y Egipto*, *ICJ Reports 1980*, p. 76.

¹⁰² LIPSTEIN, K., *Principles of the Conflict of Laws. National and International*, La Haya, Springer, 1981, p. 2.

¹⁰³ LUIS-LUCAS, P., «La distinction du fond et de la forme dans le règlement des conflits de lois», en *Mélanges offerts à Jacques Maury*, vol. I, París, Dalloz, 1961, p. 192.

¹⁰⁴ IGLESIAS BUHIGUES, J. L., «La forma de los actos en el Derecho internacional Privado español», *Documentación jurídica*, vol. 24, 1979, p. 874.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 875 y nota 4 al pie de la página donde cita en este sentido escritos de François Rigaux, Philippe Malaurie y Mariano Aguilar Navarro.

En la actualidad, todas estas tentativas se han revelado insuficientes y de poca utilidad pues se fundamentan en un sustrato histórico, ya superado, que se remite a las teorías estatutarias elaboradas por las universidades italianas del siglo XIII. El Derecho de las ciudades-estado italianas (Génova, Pisa, Milán, Bolonia, Venecia, Florencia, Parma, Siena, Amalfi, entre otras) estaba incluido en «estatutos» que comprendían una amalgama de las actualizaciones declarativas de las viejas costumbres de la ciudad, de sus comunidades comerciales y de las nuevas normas jurídicas. La necesidad de establecer intercambios comerciales entre las distintas ciudades italianas y entre estas y Siria, Arabia, España y el sur de Francia, exigió la elaboración de normas que determinaran la elección del sistema jurídico aplicable. Inicialmente, tribunales y jueces aplicaban sistemáticamente el derecho de su propia ciudad, una práctica que se fundamentó en la idea de que las partes, al elegir el tribunal para resolver sus litigios, implícitamente seleccionaban el sistema jurídico del tribunal. Así, Iacobus Balduinus formula la siguiente declaración «*iudicem illum eligendo videntur eligere statute et consuetudines suas*»¹⁰⁶.

La cuestión de la posibilidad de aplicar un Derecho extranjero la plantearon los glosadores y, en particular, Aldricus a finales del siglo XII quien estimó que cuando se planteaban cuestiones con elementos extranjeros, un juez debe aplicar el mejor Derecho o el más útil («*debet enim iudicare secundum quod melius et visum fuerit*»)¹⁰⁷. A principios del siglo XIII, se formuló por primera vez el principio de que las leyes de una ciudad o impuestas por un príncipe solo vinculan a los súbditos de ese príncipe o ciudad («*Imperator non imposuit legem nisi suis subditis. Subditos tantum ligat consuetudo cuiusque civitatis*»)¹⁰⁸. En el mismo periodo, Balduinus estableció la distinción más importante del DI privado, aquella relativa a la diferencia entre el derecho material o sustantivo (*consuetudo ad litem decidendam*) y el derecho del procedimiento (*consuetudo ad litem ordinationem introducta*). Las cuestiones de procedimiento se resolvían aplicando la ley del foro, mientras que las cuestiones de fondo o sustancia se decidían aplicando la ley del lugar *ubi contractum est*¹⁰⁹.

La distinción, que al principio no fue aceptada por muchos juristas italianos, sí fue integrada por juristas franceses de prestigio como Jacques de Révigny (1296) y Pierre de Belleperche (1308), quienes contribuyeron decisivamente a que finalmente fuera aceptada en Italia. De esta forma, nació la regla *locus regit actum*, fórmula latina inventada por los postglosadores, según la cual un acto jurídico está sometido a las condiciones jurídicas previstas por la ley del lugar donde el acto se ha celebrado. Destinada a ser adoptada en todo el mundo, el ámbito de aplicación de la regla *locus regit actum* no se

¹⁰⁶ WOLF, M., *Private International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1950, p. 22.

¹⁰⁷ GUTZWILLER, M., «Le développement historique du droit international privé», *RCADI*, vol. 29, 1929, pp. 291-394, esp. p. 301.

¹⁰⁸ MEIJERS, E., «Histoire des principes fondamentaux du droit international privé», *RCADI*, vol. 49, 1934, pp. 547-683, esp. pp. 592 y ss.

¹⁰⁹ GUTZWILLER, M., *op. cit.*, nota 106, p. 304.

circunscribía originariamente a las cuestiones de forma, como ocurre hoy en día, sino que también se aplicaba a las condiciones de fondo relativas a la validez y los efectos de cualquier acto jurídico.

La regla *locus regit formam actus*, el Derecho del foro gobierna el procedimiento, que restringe el ámbito de aplicación de la *locus regit actum* a cuestiones de forma, es de origen francés, pues parece haber sido formulada por el francés Guillaume de Cun¹¹⁰ y aplicada ya en el siglo XIII por el *Parlament de Paris* en los casos donde el demandado alegaba una costumbre extranjera como oponible para la no comparecencia ante un tribunal francés, alegación que era rechazada por ser una cuestión de procedimiento gobernada exclusivamente por el Derecho del foro¹¹¹.

Así pues, tradicionalmente, la regla *lex fori regit processum* requiere que los tribunales del foro apliquen sistemáticamente sus reglas procesales en la resolución de los litigios que se les presentan y se sitúa, por tanto, fuera del ámbito de aplicación la norma de conflicto bilateral (*choice of law*)¹¹². ¿Es eso cierto en la actualidad?

3.1. La crisis de la distinción entre *consuetudo ad litem decidendam* y *consuetudo ad litis ordinationem introducta*

26. En los sistemas de Derecho civil, la *lex fori regit processum* pasó a ser universalmente aceptada hasta prácticamente la actualidad. El art. 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) española establece que, salvo lo dispuesto en los tratados y convenios internacionales, «los procesos civiles que se sigan en el territorio nacional se regirán únicamente por las normas procesales españolas». El Derecho italiano y francés contienen disposiciones en el mismo sentido¹¹³. Su justificación radica en que se trata de una manifestación del *principio del ámbito territorial de las normas procesales* por ser estatales los órganos que la imparten¹¹⁴ y por formar parte del Derecho público relativo a la administración de justicia¹¹⁵ (doctrina italiana y francesa)¹¹⁶.

Esta justificación ha sido criticada por toda una serie de razones. En primer lugar, no tiene en cuenta los intereses de las partes en el litigio, que al fin y al cabo son los actores principales en el procedimiento y que puede que

¹¹⁰ MEIJERS, E., *op. cit.*, nota 107, p. 600.

¹¹¹ AILES, E., «Substance and Procedure in the Conflict of Laws», *Michigan Law Rev.*, vol. 39, 1941, pp. 392-418.

¹¹² Véase en general REQUEJO ISIDRO, M., *La ley local y forma de los actos en el Derecho internacional privado español*, Madrid, Eurolex, 1998; SPIRO, E., «Forum regit processum», *ICLQ*, vol. 18, 1969, núm. 4, pp. 949-960, esp. pp. 949-950; y *Harding v. Wealands* (2007) 2 AC 1.

¹¹³ Véase, por ejemplo, la italiana *Legge 218* de 31 de mayo de 1995, núm. 218, cuyo art. 12 dispone genéricamente que el procedimiento civil aplicado en Italia está gobernado por el Derecho italiano.

¹¹⁴ MAYER, P. y HEUZE, V., *Droit international privé*, París, Montchrestien, 2007, p. 492.

¹¹⁵ BARATTA, R., «Processo Civile (Legge Regolatrice)», en BARATTA, R. (ed.), *Dizionari del Diritto Privato, Diritto Internazionale Privato*, Milán, Giuffrè Editore, 2010, p. 289.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 290.

no tengan ningún punto de conexión o una estrecha conexión con el Estado en cuestión. En segundo lugar, no precisa los elementos que forman parte de las normas procesales, lo que ha planteado numerosas cuestiones teóricas y prácticas de interpretación (¿cuáles son los elementos que pertenecen exclusivamente al ámbito de la forma? o ¿se debe descartar siempre la aplicación de elementos formales de la ley aplicable extranjera?)¹¹⁷. Todas estas cuestiones han tenido que ser resueltas casuísticamente por la jurisprudencia con más o menos acierto¹¹⁸, debido también a la ausencia de codificaciones internacionales satisfactorias¹¹⁹. En tercer lugar, el principio de soberanía territorial no tiene en cuenta las cada vez más numerosas situaciones donde los actos procesales tienen aspectos extraterritoriales tales como la notificación de la demanda, la prestación de testimonio, la toma en consideración de las normas de competencia extranjeras a efectos de la suspensión de un procedimiento con arreglo a la *lex fori* o el examen de las normas extranjeras, relativas al reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, a efectos de la certificación de una demanda colectiva (*class action*) interpuesta por demandantes que residen fuera del foro¹²⁰.

27. El *common law* es singular porque integró mucho más tardíamente en su seno el principio de la *lex fori regit processum* por tres razones: primera, porque, en principio, los tribunales ingleses no tenían competencia *ratione personae* para decidir sobre casos en los que el demandado residía fuera de la jurisdicción (en un Estado extranjero); segunda, porque había dudas sobre la competencia judicial de los tribunales del *common law* sobre ciertas cuestiones cuyo planteamiento tenía lugar fuera del territorio inglés; y, tercera, porque los tribunales ingleses no reconocían los derechos que habían sido adquiridos con arreglo al Derecho extranjero.

Por tanto, el Derecho del foro (*lex fori*) se aplicaba tanto a la sustancia como al procedimiento en todos los casos¹²¹. Incluso cuando a partir del siglo XVIII Jeremy Bentham estableció la distinción entre «*substantive law and adjective law*» y se empezó a desarrollar un sistema conflictual de normas que permitiera la admisión y la recepción del Derecho extranjero, los tribunales ingleses interpretaron de forma singular el principio *lex fori regit processum*. Al procedimiento, a la forma, se le da preeminencia sobre la sustancia porque aquel se identifica con la evolución histórica del *common law*, que nació primordialmente como Derecho procesal por medio del sistema de la acción (los

¹¹⁷ CARLIER, P., *L'utilisation de la lex fori dans la résolution des conflits de lois*, tesis doctoral leída en la universidad de Lille, 2008, párr. 43.

¹¹⁸ GONZÁLEZ CAMPOS, J., «Les liens entre la compétence judiciaire et la compétence législative en droit international privé», *RCADI*, vol. 156, 1977, pp. 227-376.

¹¹⁹ Por ejemplo, el art. 314 del Código de Bustamante se limita a establecer de forma no exhaustiva que «la ley de cada Estado contratante determina la competencia de los tribunales, así como su organización, las formas de enjuiciamiento y de ejecución de las sentencias y los recursos contra sus decisiones».

¹²⁰ GARNETT, R., *Substance and Procedure in Private International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 14.

¹²¹ AILES, E., *op. cit.*, nota 110, p. 400.

writs y otras clases de *forms of action*) y de la alegación basada en una sola cuestión (*single-issue pleading*). Históricamente, el *common law* no reconoció el Derecho material o sustantivo como existente en abstracto. Ello pertenecía más bien al ámbito de la *equity* cuyos tribunales resolvían asuntos sin condicionantes formales, pues solo tenían competencia para resolver cuestiones de sustancia o fondo¹²². En cambio, los tribunales del *common law* únicamente podían resolver cuestiones sustanciales en el contexto de su ejecución procesal, resolvían los asuntos si había un recurso disponible para hacer valer un derecho o para reparar el daño causado (*there is no right without a remedy and remedies precede rights*).

Por esta serie de razones, fondo y forma aparecen en el *common law* entrelazados y superpuestos, de tal modo que el fondo «permaneció oculto entre los intersticios del procedimiento»¹²³. Al otorgar ese alcance tan amplio al procedimiento, los tribunales del *common law* aumentaron consecuentemente el ámbito de aplicación de la *lex fori* y la cuestión de sustancia/fondo se limitó exclusivamente a la determinación de la existencia o la supresión de un derecho (*a right*). Solamente ese aspecto podía potencialmente estar gobernado por el Derecho extranjero. En cambio, la forma, el procedimiento, a través del recurso y la reparación, garantizaba al mismo tiempo la solución en cuanto al fondo: si el demandante tenía un derecho debía necesariamente tener a su disposición los medios para hacerlo valer y mantener ese derecho y, además, un recurso para resarcirse del daño que se le hubiera ocasionado en el ejercicio o disfrute de ese derecho¹²⁴.

Además de estas razones históricas, la tradicional aplicación de la regla *lex fori regit processum* ha recibido en el *common law* varias justificaciones (algunas coincidentes con los sistemas del Derecho civil): por ser una manifestación de la soberanía territorial¹²⁵, por tener las normas procesales del foro una naturaleza marcadamente imperativa¹²⁶, por ser garantes de la im-

¹²² MAIN, Th., «Traditional Equity and Contemporary Procedure», *Wash. L. Rev.*, vol. 78, 2003, p. 429; REQUEJO ISIDRO, M., *Proceso en el extranjero y medidas antiproceso (Antisuit Injunctions)*, Universidad de Santiago de Compostela, 2000, pp. 27-39.

¹²³ De ahí que John Austin rechazara la distinción entre fondo y forma (AUSTIN, J., *Lectures on Jurisprudence*, 4.^a ed., Londres, John Murray, 1873: «It cannot be made the basis of a just division»); que John Salmond estimara que muchas normas procesales son «wholly or substantially equivalent to rules of substantive law» (SALMOND, J., *Jurisprudence*, 9.^a ed., Londres, Sweet and Maxwell, 1937, párr. 172); que Walter Cook considerara que casi todas las cuestiones se insertan en una «twilight zone» (COOK, W., «Substance and Procedure in the Conflict of Laws», *Yale Law Journal*, vol. 42, 1933, p. 333); que Charles Chamberlayne afirmara que «no existe una distinción entre fondo y forma» y que se trata de una distinción «artificial» e «ilusoria» (CHAMBERLAYNE, Ch., *Modern Law of Evidence*, Londres, Sweet and Maxwell, 1911, párr. 171); que Albert Kocourek indicara que la distinción entre sustancia y procedimiento solo tiene sentido en el ámbito limitado de la determinación de los derechos de las partes en un litigio (KOCOUREK, A., «Substance and Procedure», *Fordham Law Rev.*, vol. 10, 1941, p. 185) y que Thomas Main concluyera que «el procedimiento es inherentemente sustancial y la sustancia es necesariamente formal» (MAIN, Th., «The procedural foundation of substantive law», *Wash. L. Rev.*, vol. 87, 2010, p. 807).

¹²⁴ *Ashby v. White* (1703) 2 LD RAM 938, p. 953.

¹²⁵ *Harding v. Wealands* (2007) 2 AC 1, párrs. 73-75 (Lord Rodger).

¹²⁶ GARNETT, R., *op. cit.*, nota 119, p. 15.

parcialidad de los tribunales y de la igualdad de trato entre las partes como postulados de la «justicia natural» (*natural justice*)¹²⁷ o por la simple conveniencia y eficacia del tribunal en cuestión¹²⁸. El gran inconveniente del sistema tradicional del *common law* es que irremisiblemente ha comprometido la uniformidad del resultado y ha conducido al *forum shopping*.

Los inconvenientes intrínsecos de la *lex fori regit processum*, su carácter absoluto, su formulación y aplicación rígida genérica, exclusiva y unilateral, la desigualdad de las ventajas procesales que se generan para las partes en el litigio a costa de la justicia material y las necesidades del dinámico tráfico externo contemporáneo explican la crisis que la *lex fori regit processum* experimenta en la actualidad. Ha surgido así la idea de que la resolución de las abundantes y complejas cuestiones del tráfico externo requiere el sometimiento de las normas procesales a la flexible y fluida norma de conflicto bilateral. Se trata de una cuestión fundamental que merece ser tratada nivel a nivel doctrinal y aplicada a nivel jurisdiccional¹²⁹.

3.2. Fondo y forma en la calificación

28. El carácter absoluto de la regla *lex fori regit processum* se cuestiona en el contexto de la calificación, cuestión que en estas páginas es abordada aplicando un método comparado que integra en particular la práctica anglosajona. Ello exige al lector que considere no solo la calificación de la *lex fori* o de la *lex causae* de los conceptos jurídicos de las reglas de conflicto¹³⁰, sino también desde la perspectiva de reglas calificadas de procesales y reglas calificadas de sustantivas.

29. En los sistemas de Derecho civil, el conflicto fondo/forma en la calificación no se resuelve de manera uniforme. Los tribunales franceses, en general, retienen la calificación con arreglo a la *lex fori*¹³¹ desde la famosa decisión de la *Cour de Cassation* en el asunto *Caraslanis c. Caraslanis*, donde el alto tribunal francés declaró que la cuestión de si un elemento de la cere-

¹²⁷ Esta justificación no tiene en cuenta que las causas con elementos extranjeros son, por naturaleza, distintas de las causas nacionales. Véase SZÁSZY, I., «The Basic Connecting Factor in International Cases in the Domain of Civil Procedure», *ICLQ*, vol. 15, 1966, núm. 2, pp. 436-456, esp. pp. 446-447.

¹²⁸ La idea subyacente es que los tribunales nacionales han establecido, de conformidad con la tradición y la costumbre locales, un gran número de prácticas y fórmulas procesales, incluidas la lengua y el ceremonial, que no pueden ser necesariamente comprendidas y, por tanto, aplicadas por los jueces extranjeros: véase COLLINS, L. (ed.), *Dicey, Morris and Collins on the Conflicts of Laws*, Londres, Sweet and Maxwell, 2017, apdo. 7004, donde se comentan varias sentencias, incluida la sentencia *Shaik Shaied v. Sockalingam Chettiar* (1933) AC 342, 346.

¹²⁹ GRAVESON, R., «Book Review: International Civil Procedure: A Comparative Study», *ICLQ*, vol. 17, 1968, núm. 2, pp. 534-535.

¹³⁰ Cuando las legislaciones de los Estados no contienen idéntica calificación de las categorías jurídicas, situación bastante frecuente en el caso de la definición de fondo y de forma, se plantea la cuestión del conflicto de calificación, que ha sido descrito como el «drama del Derecho internacional privado»: véase IGLESIAS BUHIGUES, J. L., *op. cit.*, nota 103, p. 874.

¹³¹ Esta teoría fue propuesta inicialmente por BARTIN, E., «De l'impossibilité d'arriver à la suppression définitive des conflits de lois», *Clunet*, vol. 24, 1897, pp. 255-268, 466-495 y 720-760.

monia matrimonial (la celebración religiosa del matrimonio prevista en la ley griega) era una categoría formal o sustancial debía resolverse con arreglo a los conceptos jurídicos franceses que establecían que la cuestión de la naturaleza civil o religiosa de la ceremonia religiosa era una cuestión de forma¹³².

El ordenamiento jurídico español recoge la orientación jurisprudencial de proceder a la subsunción de los hechos del supuesto litigioso en una categoría jurídica o norma de conflicto, por lo que tradicionalmente «la calificación para determinar la norma de conflicto aplicable se hará siempre con arreglo a la ley española», conforme a lo indicado en el art. 12.1 del Código Civil (CC). No obstante, considera la doctrina española que cabe una interpretación flexible que permita tomar en consideración, cuando sea necesario, la ley extranjera (la *lex causae*) o recurrir a la llamada «calificación autónoma» de los conceptos del Derecho interno o al «reconocimiento en España de las medidas de protección acordadas por otros Estados» (art. 9.6 CC)¹³³.

Los tribunales alemanes son los que más interés han demostrado por la calificación de la *lex causae*¹³⁴ y en la utilización de un método comparativo que implica una doble calificación. En la primera fase, la *lex fori* alemana determina la norma de conflicto aplicable y, si hay remisión a una institución de la ley extranjera (*lex causae*) desconocida por la ley alemana, el significado (*Sinn*) y la importancia de la institución extranjera desconocida (*Bedeutung*) deben ser valorados/calificados de conformidad con la finalidad perseguida y la función que le atribuye la ley extranjera (*lex causae*) a esa institución. Y, en la segunda fase, se integra la institución extranjera en las categorías jurídicas alemanas¹³⁵.

30. En los sistemas del *common law* tampoco existe una solución coherente. En la muy criticada decisión sobre el caso *Ogden v. Ogden*, la *Court of Appeals* inglesa caracterizó como cuestión de forma y, por tanto, no aplicable al caso, el requisito del Derecho francés del consentimiento parental previo a la celebración del matrimonio de un menor francés que había contraído válidamente matrimonio con arreglo a la *lex loci celebrationis* inglesa¹³⁶. Sin

¹³² Sentencia de 12 de junio de 1955, *RCDIP*, 1955, p. 723.

¹³³ Ello ha permitido a la Dirección General de Registros y del Notariado (DGRN) incluir en el supuesto de hecho de la norma de conflicto española instituciones desconocidas en el ordenamiento jurídico español como la *Kafala* marroquí (véase la Resolución de la DGRN de 14 de mayo de 1992, que la asimila al acogimiento en España), y al Tribunal Supremo optar por asimilar el *trust* del *common law* a la sucesión *mortis causa*, aplicándole la regla del art. 9.8 del CC mediante la STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), de 30 de abril de 2008.

¹³⁴ Inicialmente sugerida en Francia por DESPAGNET, F., «Des conflits de lois relatifs à la qualification des rapports juridiques», *Clunet*, vol. 25, 1898, p. 253. En Italia la propuso PACCHIONI, G., *Elementi di Diritto Internazionale Privato*, Padua, 1930. Y en Alemania la defendió WOLFF, M., *Private International Law*, 2.ª ed., Oxford, Clarendon Press, 1950, pp. 146-147.

¹³⁵ «*Unter Würdigung ihres Zwecks und ihrer Wirkung vom Standpunkte des ausländischen Rechts aus*». Véase la Sentencia del *Reichsgericht* del 11 de abril de 1940 (*RGZ*, 1940, 163, p. 367), donde el tribunal alemán aplicó esta forma de proceder en el supuesto de la prohibición de la celebración de contratos entre esposos prevista en la ley extranjera belga aplicable (art. 1595 del Código Civil belga), categoría jurídica desconocida por la *lex fori* alemana, que prohíbe la celebración de contratos entre esposos: véase ANCEL, B., «L'objet de la qualification», *Clunet*, 1980, pp. 227 y ss.

¹³⁶ 1904-7, *All E. R.* 86.

embargo, debido a la consideración por parte de los tribunales ingleses de la aplicación del Derecho extranjero como una cuestión de hecho a ser alegada por las partes en el citado caso, no se excluyó la posibilidad de que los tribunales ingleses fueran *más flexibles en otros supuestos*.

Así ocurrió en el caso *In Re Cohn*, donde se tuvo que decidir si se calificaba como cuestión de fondo o de forma la supervivencia de la madre o de la hija, dos residentes en Inglaterra que estaban domiciliadas en Alemania y que murieron como consecuencia de un ataque aéreo en circunstancias donde era imposible determinar cuál de las dos había muerto antes. Con arreglo a la ley inglesa (Sección 184 de la *Law of Property Act* de 1925) se presumía que la persona mayor había muerto antes. En cambio, el art. 20 del CC alemán presumía que las muertes eran simultáneas. El foro inglés aplicó las normas de conflicto inglesas que establecían que la sucesión de los bienes muebles se regía por la ley del domicilio (en la causa, la ley alemana) y decidió que la presunción inglesa era una cuestión de fondo/sustancia y no de procedimiento y, por tanto, *la lex fori* no era aplicable al caso; también calificó la presunción alemana como cuestión de fondo y aplicó la ley extranjera alemana al caso¹³⁷. Por una parte, si la presunción inglesa hubiera sido calificada como cuestión de fondo y la presunción alemana como cuestión de procedimiento, el tribunal no habría aplicado ninguna presunción y los sucesores de la hija no habrían podido reclamar sus derechos a la sucesión de la madre porque no hubieran podido probar que la madre había muerto antes. Y, por otra parte, si la presunción inglesa hubiera sido calificada como cuestión de procedimiento y la presunción alemana como cuestión de fondo, el tribunal inglés habría tenido que resolver el conflicto entre dos presunciones y elegir.

En los Estados Unidos de América prevalece la influencia del *common law* tradicional y la calificación del fondo y de la forma con arreglo a la *lex fori*¹³⁸. En el asunto *Grant v. Mcauliffe*, el Tribunal Supremo de California decidió que, en el ámbito del DI privado, la supervivencia de la causa de una demanda era una cuestión de procedimiento que tenía que ser resuelta con arreglo a la *lex fori*. Según el tribunal, la supervivencia (cuestión de fondo) no era en sí una parte esencial de la causa de la demanda, sino que estaba relacionada con las normas procesales locales relativas a las condiciones del ejercicio de la acción de responsabilidad por daños y perjuicios que resultaban de la administración de los bienes, derechos y obligaciones de la herencia del causante. Por esa razón, el tribunal californiano descartó la calificación de la cuestión como obligación sustancial extracontractual (*tort*) gobernada por la norma de conflicto *lex loci delicti commissi*¹³⁹.

31. La distinción entre fondo y forma tiene consecuencias prácticas en el ámbito del Derecho comparado tanto en la calificación de una norma ju-

¹³⁷ 1944, Ch. 5.

¹³⁸ Permanece con toda vigencia la exposición de LORENZEN, E., «The Theory of Qualifications and the Conflict of Laws», *Colum. L. Rev.*, vol. 20, 1920, p. 246.

¹³⁹ 41 Cal. 2d 859, 264 P.2d 944 (1953).

rídica como en la calificación de una cuestión controvertida. La calificación de la norma jurídica puede llevar a situaciones que conduzcan a una laguna jurídica cuando la ley extranjera aplicable sea de naturaleza procesal y la ley del foro sea de naturaleza material; o a una acumulación de la aplicabilidad de las dos leyes (extranjera y del foro) si la *lex fori* es calificada de naturaleza procesal y la ley extranjera aplicable es calificada de naturaleza material. Aunque los tribunales intentan evitar resultados tan absurdos, los riesgos existen (como lo demuestra el caso *In Re Cohn*). Precisamente *In Re Cohn* corrobora que la flexibilidad de la calificación aplicada en el caso no es posible cuando un tribunal califica una ley extranjera con arreglo a sus propios conceptos o cuando el mismo tribunal aplica una calificación extranjera sin poner en tela de juicio las consideraciones de fondo que informan la norma de conflicto del foro¹⁴⁰.

32. Los analistas anglosajones alegan que los riesgos precitados se eliminan con el método de la calificación limitada a la cuestión controvertida, puesto que el foro solo tiene que identificar esa cuestión e inmediatamente aplicarle un único Derecho¹⁴¹. Otra alternativa es la elaboración de leyes que contengan disposiciones «autocalificadoras», como el art. 7.1 de la *Personal Injuries Proceedings Act* del Estado de Queensland en Australia, que establece que las disposiciones sobre la cuantificación de los daños y perjuicios son cuestiones de fondo y no de procedimiento¹⁴². En el supuesto de la distinción entre fondo y forma del acto jurídico, el art. 5 del Convenio de La Haya sobre conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias, dispone que «a los efectos del presente Convenio, las prescripciones que limiten las formas admitidas de disposiciones testamentarias y que se refieren a la edad, la nacionalidad u otras circunstancias personales del testador, se considerarán como cuestiones de forma. Tendrán la misma consideración las circunstancias que deban poseer los testigos requeridos para la validez de la disposición testamentaria».

También existe la posibilidad de evitar la cuestión de la calificación estableciendo normas de conflicto que determinen la ley aplicable tanto a las cuestiones de fondo como de forma. Los arts. 12.1 y 15 del Reglamento (CE) núm. 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales¹⁴³ (Reglamento Roma I) y del Reglamento (CE) núm. 864/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, sobre ley aplicable a las obligaciones extracontractuales¹⁴⁴ (Reglamento Roma II) incluyen en el ámbito de la norma de conflicto que determina la ley aplicable tanto las cuestiones de fondo (la interpretación, el cumplimiento y extinción de las obligaciones y la reparación/indemnización),

¹⁴⁰ COLLINS, L. (ed.), *op. cit.*, nota 127, apdos. 32-33.

¹⁴¹ Véase PANAGOPOULOS, G, «Substance and Procedure in Private International Law», *JPIL*, vol. 1, 2005, pp. 74-75.

¹⁴² GARNETT, R., *op. cit.*, nota 119, apdo. 3.07.

¹⁴³ DO núm. L 177, de 4 de julio de 2008.

¹⁴⁴ DO núm. L 199, de 31 de julio de 2007.

como algunas cuestiones de procedimiento (las medidas procesales que puede adoptar un tribunal para garantizar la prevención, el cese o la reparación de un daño o las normas sobre los plazos de prescripción y caducidad). Sin embargo, ninguno de los dos Reglamentos logra eliminar completamente la cuestión de la calificación: continúa siendo pertinente en los supuestos de la «prueba» y del «proceso» (art. 1.3), cuyo significado no precisan los Reglamentos. La calificación también continúa siendo relevante en las cuestiones relativas a las presunciones legales y a la carga de la prueba en los términos previstos en el art. 18.1 del Reglamento Roma I y el art. 22.1 del Reglamento Roma II.

Finalmente, otra alternativa es recurrir a la elaboración de conceptos generales, autónomos e independientes producto del estudio del Derecho comparado o que respondan a criterios de uniformidad en un marco de integración regional (teoría de la autonomía)¹⁴⁵ y, en particular, de la UE¹⁴⁶.

3.3. Fondo y forma en la aplicación de la ley extranjera

33. La aplicación de la ley extranjera puede verse afectada/limitada cuando se la condiciona a ciertos requisitos formales del foro. Así ocurre cuando se atribuye a las partes el deber de probar el contenido y vigencia del Derecho extranjero (art. 281 de la LEC), cuando se establecen las condiciones a las que el juez debe atenerse en cuanto al conocimiento del Derecho extranjero (el alcance del principio *iura novit curia*) o el acceso a la información del contenido del Derecho extranjero (la solicitud de información por parte de los órganos judiciales, notarios y registradores previstas en los arts. 34-35 de la Ley española de Cooperación Jurídica Internacional en Material Civil).

34. En el ámbito procesal, es fundamental la distinción entre las cuestiones de hecho y las cuestiones de Derecho, porque dependen de esa calificación: la determinación de quién está obligado a introducir ciertas cuestiones en el procedimiento (las partes si se trata de una cuestión de hecho o el órgano judicial si se trata de una cuestión de Derecho); la exigencia o no de prueba (las cuestiones de hecho deben ser probadas por las partes y las cuestiones de Derecho se rigen por el principio *iura novit curia*); o el alcance de la competencia de los tribunales de apelación (posibilidad de resolución de las alegaciones de Derecho material e imposibilidad de resolución de las alegacio-

¹⁴⁵ Inicialmente propuesta en Alemania (RABEL, E., «Das Problem des Qualifikation», *Rabels Z.*, 1931, p. 241) y en Inglaterra (BECKETT, W.-E., «The Question of Classification in Private International Law», *BYBIL*, vol. 15, 1934, pp. 46-81, esp. pp. 58-60).

¹⁴⁶ Asuntos C-154/15, C-307/15 y C-308/15, ECLI:EU:C:2016:980. En esta sentencia el TJUE señala que «es preciso distinguir la aplicación de una regla procesal —como es un plazo razonable de prescripción— de la limitación en el tiempo de los efectos de la interpretación de una norma del Derecho de la Unión» y «habida cuenta de la exigencia fundamental de una aplicación uniforme y general del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia es el único que puede decidir acerca de las limitaciones en el tiempo que hayan de aplicarse a la interpretación que él mismo haya hecho de una norma del Derecho de la Unión».

nes fácticas). El examen comparado de los distintos ordenamientos jurídicos demuestra cómo nos encontramos lejos de alcanzar una solución uniforme.

Existe una división entre los ordenamientos jurídicos que consideran el Derecho extranjero como Derecho y los que lo consideran como hecho. El Derecho procesal alemán considera al Derecho foráneo como una cuestión de Derecho, aunque precisa que si el juez desconoce el contenido de una ley extranjera esta debe ser probada (art. 293 de la *Zivilprozessordnung*)¹⁴⁷. Por su parte, el Derecho inglés se basa en el principio de que el Derecho extranjero debe ser tratado como una cuestión de hecho, ficción histórica originada por la ausencia de competencia de los tribunales del *common law* para resolver litigios con elementos extranjeros, lo que acarrea dos consecuencias: primera, la integración en la prueba de la acreditación del conocimiento y contenido del Derecho extranjero («*The way of knowing foreign laws is by admitting them to be proved as facts*»)¹⁴⁸ y, segunda, la posibilidad de ejercitar recursos de apelación contra las sentencias que no hayan aplicado correctamente el Derecho extranjero. A mi juicio, esas diferencias entre los ordenamientos jurídicos tienen una importancia relativa: en la práctica todos atribuyen a la cuestión un carácter mixto, a la vez sustancial y procesal, ya sea mediante la aplicación del Derecho extranjero como un Derecho especial distinto de la ley del foro o como un hecho de naturaleza especial.

35. En cambio, sí que tiene efectos prácticos diferenciados la cuestión de la decisión de cómo el juez procede a la introducción del Derecho extranjero en el proceso. Muchos ordenamientos jurídicos consideran procesales las cuestiones relativas a la invocabilidad del Derecho extranjero.

El Derecho alemán se atiene a la exigencia de que el juez proceda a la aplicación de oficio del Derecho extranjero convocado por la norma de conflicto¹⁴⁹, aunque también admite la autonomía de la voluntad de las partes para alegar ante el juez, en el marco de sus pretensiones sobre los hechos y las pruebas. Si las partes no alegan en sus pretensiones el Derecho extranjero aplicable al caso, un tribunal alemán no lo hará *motu proprio*, lo que significa que la ley procesal del foro permite a las partes elegir la *lex fori* más allá de los límites fijados por la autonomía de las partes en el DI privado (*Verhandlungsgrundsatz*). Este no es el caso de los asuntos sometidos al proceso inquisitivo (*Untersuchungsgrundsatz*), pues este se mantiene exclusivamente en las manos del juez que actúa de oficio¹⁵⁰.

La posición del Derecho francés es más complicada y puede resumirse en tres principios: los tribunales franceses aplican el Derecho extranjero alegado y probado por las partes; si las partes no lo invocan, los tribunales lo

¹⁴⁷ KROPHOLLER, J., *Internationales Privatrecht*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2007, sec. 31.I.

¹⁴⁸ *Mostyn v. Fabrigas* (1774), 1 *Cowper's King's Bench Reports* 161, p. 174 (Lord Mansfield).

¹⁴⁹ Sentencia del *Reichsgericht* de 28 de mayo de 1936, *JW* (1936), p. 2059. Véase KROPHOLLER, J., *op. cit.*, nota 146, sec. 7.II.2.

¹⁵⁰ HAUSMANN, R., «Pleading and Proof of Foreign Law-A Comparative Analysis», *The European Legal Forum*, vol. 1, 2008, pp. 3-4.

aplican de oficio en los supuestos en los que las partes no tienen la facultad de disponer libremente de sus derechos (*droits indisponibles*) (art. 12.1 del *Code de procédure civile*); en cambio, cuando el asunto concierne supuestos gobernados por el *ius dispositivum* los tribunales franceses no tienen la obligación de aplicar de oficio el Derecho extranjero¹⁵¹, a no ser que el Derecho convencional o europeo dispongan lo contrario y no exista un pacto procesal expreso entre las partes para aplicar la ley del foro francés¹⁵². En España, a pesar de lo dispuesto en el art. 12.6 del CC, el legislador asume la atribución a las partes del deber de probar al juez el contenido y la vigencia del Derecho extranjero (art. 281.2 LEC)¹⁵³.

En Inglaterra, los tribunales no tienen competencia ni obligación para aplicar el Derecho extranjero *ex officio*¹⁵⁴ y este solo se aplica como parte de cualquier otro hecho cuando las partes lo invocan voluntariamente ante el juez en virtud de la llamada *default rule* o norma no imperativa cuyo contenido puede prescindirse en virtud del ejercicio de la autonomía de la voluntad. Si no hay tal invocación, el juez se atiene a la aplicación de la ley inglesa del foro incluso cuando la norma de conflicto remita a la aplicación del Derecho extranjero¹⁵⁵. Ello es así por dos razones: por un lado, el *common law* se rige por un sistema acusatorio (*adversarial principle*) que impone a los jueces el deber de ceñirse exclusivamente a la información y las pruebas que presenten las partes y, por otro lado, los contendientes a menudo se abstienen de invocar una ley extranjera que les es desfavorable o debido a la complejidad de las normas de conflicto inglesas y la incertidumbre de su resultado.

Por lo que respecta al Derecho de la UE, existe controversia sobre la cuestión de si el Reglamento Roma I (vigente en todos los Estados miembros de la UE salvo Dinamarca, que se rige por el Convenio Roma I de paralelo contenido), afecta al Derecho de los Estados sobre la invocabilidad del Derecho extranjero, teniendo en cuenta que el Reglamento «se aplicará a las obligaciones contractuales en materia civil y mercantil en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes» (art. 1.1) y que «el contrato se regirá por la ley elegida por las partes» (art. 3.1). La solución parece dada por el propio Reglamento Roma I en su art. 1.3, que excluye su aplicación a la «prueba» y al «proceso», lo que implica la exclusión de las cuestiones de invocabilidad de la aplicación de la ley extranjera puesto que, como hemos señalado, muchos ordenamientos jurídicos las tratan como cuestiones procesales¹⁵⁶.

¹⁵¹ Sentencia de la *Cour de Cassation* de 4 de diciembre de 1990, Clunet, 1991, p. 371.

¹⁵² Sentencia de la *Cour de Cassation* de 6 de mayo de 1997, *Rev. Criti.*, 1997, p. 514.

¹⁵³ ESPLUGUES MOTA, C., IGLESIAS BUIGUES, J. L. y PALAO MORENO, G., *Derecho internacional privado*, Valencia, Tirant, 2017, pp. 249 y ss.

¹⁵⁴ *Fremoult v. Dedire* (1718) 1 P. Wms., p. 429.

¹⁵⁵ *Aluminium Industrie Vaasen B. V. v. Romalpa Aluminium Ltd.* (1976) 1 WLR 676, CA.

¹⁵⁶ ESPLUGUES MOTA, C., IGLESIAS BUIGUES, J. L. y PALAO MORENO, G., *Application of Foreign Law*, Múnich, Sellier Europea Law Publishers, 2011. El libro contiene un estudio detallado de la cuestión en todos los Estados miembros de la UE, así como un informe general sobre la aplicación del Derecho extranjero (pp. 3-94); y HARTLEY, T. C., «Pleading and Proof of Foreign Law: the Major Legal Systems Compared», *ICLQ*, vol. 45, 1996, núm. 2, pp. 271-292, esp. p. 288.

36. También es procesal la cuestión de la llamada prueba del Derecho extranjero, es decir, la acreditación del contenido y vigencia del Derecho extranjero en el marco del proceso civil. La solución depende de la naturaleza que el Derecho procesal del foro le otorgue a la ley foránea; como un hecho, un derecho o una naturaleza «híbrida» (caso español). En los ordenamientos jurídicos donde la ley extranjera es aplicada como derecho, el juez la debe aplicar de oficio y esa obligación conlleva la prueba, es decir, la acreditación y vigencia de su contenido. En los ordenamientos jurídicos donde el Derecho extranjero se considera como una cuestión de hecho y solo se aplica si es invocado por las partes, la carga de la prueba incumbe a la parte que la invoca; en ausencia o defecto en la acreditación del Derecho extranjero, el tribunal aplica la *lex fori*¹⁵⁷.

3.4. La conflictualización de la *lex fori regit processum*

37. Muchos escritores, tribunales y legisladores han asumido que las cuestiones procesales no pueden ser resueltas por el método conflictual, por una norma de conflicto de carácter bilateral. Se piensa que, puesto que el procedimiento y el Derecho del foro forman una ecuación, las reglas procesales extranjeras nunca pueden ser admitidas en el foro y, por tanto, nunca pueden entrar en conflicto con las reglas procesales del foro.

Esta corriente de pensamiento es defectuosa, tanto desde el punto de vista práctico como de los principios. En primer lugar, hay cada vez más casos donde, en el contexto de la aplicación del Derecho procesal del foro, las normas procesales extranjeras son aplicadas o, por lo menos, reconocidas por los tribunales del foro. Por ejemplo, cuando se practica la prueba testimonial de extranjeros en el supuesto en el que la información sobre la prueba documental extranjera no se pueda obtener en el foro o cuando el foro determina su competencia internacional basándose en las reglas procesales donde un tribunal extranjero ejercería su competencia. En segundo lugar, hay circunstancias en las que el alcance de las normas procesales del foro está limitado por la remisión a la ley extranjera. Por ejemplo, en el supuesto en el que el tribunal del foro rechaza la notificación de una citación judicial a una persona que se encuentra en el extranjero, cuando la comunicación de dicha citación violaría la ley extranjera del Estado en donde se encuentra. También en el supuesto en el que el tribunal del foro reconoce determinados actos procesales dictados por tribunales extranjeros cuando, de no hacerlo, los derechos y obligaciones de las partes se verían afectados por las reglas procesales sobre la notificación y citación judicial de dichos actos en vigor en esos Estados.

38. Algunos observadores estudiosos del *common law* han admitido que se produce una conflictualización incluso en los casos en los que el Derecho procesal del foro no es reemplazado por el extranjero, sino que es simplemente modificado para tomar en consideración ese Derecho extranjero.

¹⁵⁷ HAUSMANN R., *op. cit.*, nota 149, pp. 7-13.

Se trata de la doctrina de la «*lex fori* ilustrada» (*enlightened lex fori*), que expuso Otto Kahn-Freund, en los supuestos en los que el tribunal del foro abandona la aplicación de algunos requisitos procesales técnicos previstos en la *lex fori* para tomar en consideración conceptos generales de la ley extranjera¹⁵⁸. También es pertinente la doctrina del «*datum*» propuesta por Herma Kay (reminiscente de la teoría del *datum* de Anton Erenzweig)¹⁵⁹, que permite al foro tomar conocimiento del Derecho extranjero en el contexto de la aplicación del Derecho del foro¹⁶⁰. Estas corrientes han sido consideradas artificiales por quienes estiman que toda norma jurídica contiene a la vez hechos y derechos¹⁶¹. En particular, en los Estados Unidos de América, la distinción entre sustancia y procedimiento ha demostrado ser inadecuada e insuficiente para resolver las cuestiones relativas a la capacidad procesal y la capacidad para ser parte, la validez formal de documentos y negocios jurídicos, los llamados privilegios procesales (*privilege rights*) y el establecimiento cuantificable de los daños. Por esa razón, la distinción ha sido abandonada gradualmente, diluida en el proceso de la aplicación de normas de conflicto bilaterales que contienen puntos de conexión flexibles (*less hard and fast rules*), que remiten a la ley que tiene una relación más significativa con el caso (*the most significant relationship or closest connection principle*).

39. Muy especialmente merece ser destacado el esfuerzo de la UE¹⁶². El Reglamento (UE) núm. 1215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en material civil y mercantil (Reglamento núm. 1215/2012), que se aplica en todos sus Estados miembros (salvo Dinamarca)¹⁶³, ha facilitado el acceso a la justicia mediante la unificación de las normas sobre conflictos de jurisdicción en materia civil y mercantil (unificación que ha tenido efectos beneficiosos en el Derecho inglés), mediante la interpretación autónoma (y extensiva) por el TJUE¹⁶⁴ de los términos «materia civil y mercantil» y de los demás términos del Reglamento núm. 1215/2012 «refiriéndose, por una parte, a los objetivos y al sistema del propio reglamento y, por otra, a los principios generales que se deducen de todos los sistemas jurídicos nacionales»¹⁶⁵ y mediante la instauración del reconocimiento y la ejecución rápida y simple de las resoluciones judiciales, sin procedimientos especiales (supresión del *exequatur*), dictadas en los Estados miembros¹⁶⁶.

¹⁵⁸ KAHN-FREUD, O., *General Problems of Private International Law*, Leiden, Sijthoff, 1976, p. 227.

¹⁵⁹ EHRENZWEIG, A., *Private International Law. A Comparative Treatise on American International Conflict Law, Including the Law of Admiralty*, Nueva York, Oceana Publications, 1967, pp. 39-49.

¹⁶⁰ KAY, H., «Foreign Law as Datum», *California Law Rev.*, vol. 53, 1965, p. 47.

¹⁶¹ JANSEN, N. y MICHAELS, R., «Die Auslegung und Fortbildung ausländischen Rechts», *Zeitschrift für Zivilprozess*, vol. 116, 2003, pp. 8-16.

¹⁶² HESS, B., «El efecto de Integración Europea del Derecho Procesal Civil», *Revista Europea de Reforma Legal*, vol. 4, 2002, núm. 1, pp. 13-14.

¹⁶³ DO L núm. 315, de 20 de diciembre de 2012. Sus normas de competencia judicial son aplicables desde el 10 de enero de 2015.

¹⁶⁴ Asunto C-292/08, ECLI:EU:C:2009:544.

¹⁶⁵ Asunto C-551/15, ECLI:EU:C:2017:193, párr. 33.

¹⁶⁶ REQUEJO ISIDRO, M., «La ejecución sin *exequatur*. Reflexiones sobre el Reglamento, Bruselas I bis», Capítulo III, *REDI*, vol. 67, 2015, núm. 2, pp. 49-82. Confrontar el Auto de la Audiencia

En particular, el art. 7.2 del Reglamento núm. 1215/2012 contiene una regla de conflicto procesal competencial de carácter bilateral al disponer que una persona domiciliada en un Estado miembro podrá ser demandada en otro Estado miembro «en materia delictual o cuasidelictual, ante el órgano jurisdiccional del lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso». El mismo contenido bilateral imperativo tiene su art. 4, al disponer que la competencia de los tribunales está determinada por la del domicilio de las personas en cualquier Estado miembro, sea cual sea su nacionalidad, salvo que el propio reglamento disponga otra cosa¹⁶⁷. La armonización de los sistemas nacionales introducida por el Reglamento núm. 1215/2012 explica que se descarten, por innecesarias y por atentar contra la seguridad jurídica, excepciones como la doctrina del *forum non conveniens* de los sistemas del *common law*, basada en la cortesía recíproca (*comity*) entre los tribunales. Ello porque, a pesar de que esta excepción funciona como una verdadera arma procesal contra el *forum shopping*, al permitir a los órganos judiciales de un Estado inhibirse y suspender provisionalmente el proceso en favor de un órgano jurisdiccional situado en otro Estado, deja un amplio margen de apreciación al juez que conoce del asunto para decidir si un foro extranjero es el más adecuado para resolver el fondo del litigio sobre el que también es competente¹⁶⁸. Según el TJUE, la admisión de este tipo de excepciones, además de conculcar el principio de la seguridad jurídica y de la previsibilidad de las reglas de competencia establecidas en el Reglamento núm. 1215/2012, pondría en peligro la aplicación uniforme de estas últimas, en la medida en que solamente un número limitado de Estados miembros reconoce dicha excepción, siendo así que el objetivo del Reglamento núm. 1215/2012 es precisamente establecer reglas comunes y excluir las reglas nacionales exorbitantes¹⁶⁹.

Tanto el Reglamento Roma I como el Reglamento Roma II dan amplio margen al sometimiento de ciertas normas procesales al método conflictual de carácter bilateral, en particular a la ley aplicable al fondo. Así, por ejemplo, las consecuencias del incumplimiento total o parcial de las obligaciones, incluida la cuestión de la naturaleza y evaluación del daño, se rigen por la ley contractual elegida por las partes «dentro de los límites de los poderes conferidos al tribunal por su Derecho procesal» (art. 12 del Reglamento Roma I) o por ley aplicable a la obligación extracontractual que regula «la existencia, la naturaleza y la evaluación de los daños o la indemnización solicitada» (art. 15 del Reglamento Roma II). Las mismas normas se aplican a

Provincial de San Sebastián, Sección 2.ª, de 8 de marzo de 2018, que estima el recurso de apelación interpuesto contra un auto del Juzgado de Primera Instancia, revocando el mismo y, en su lugar, dicta nueva resolución por la que no se accede a la solicitud de adopción de medidas cautelares. La resolución impugnada había basado las medidas cautelares en la suspensión de un procedimiento iniciado en Francia, en aplicación del art. 35 del Reglamento núm. 1215/2012.

¹⁶⁷ Sobre el carácter obligatorio del sistema de competencia establecido por el art. 2 del Convenio de Bruselas, formulado en términos idénticos al art. 2 del Reglamento núm. 1215/2012: véanse los asuntos C-116/02, ECLI:EU:C:2003:657, párr. 72 y el C-159/02, ECLI:EU:C:2004:228, párr. 24.

¹⁶⁸ *Spiliada Maritime Corporation/Cansulex Ltd.* (1987) AC 460, p. 476.

¹⁶⁹ Asunto C-281/02, ECLI:EU:C:2005:120, párrs. 37 y ss.

los diversos modos de extinción de las obligaciones y, en particular, la prescripción y la caducidad basadas en la expiración de un plazo [art. 12.1.d) del Reglamento Roma I y art. 15.h) del Reglamento Roma II]. Finalmente, ambos reglamentos consagran la validez formal del contrato, o del acto jurídico unilateral relativo a la obligación extracontractual, «si reúne los requisitos de forma de la ley que lo rija en cuanto al fondo [...], o de la ley del país donde se haya celebrado (*lex loci actus*)» (art. 11.1 de Roma I y art. 21 de Roma II). Quedan excluidas de su ámbito de aplicación las cuestiones relativas «a la prueba» o «al proceso» (art. 1.3), por lo que la distinción entre fondo y forma vuelve a ser pertinente en estos supuestos¹⁷⁰.

En términos generales, la exclusión de la prueba y el procedimiento de su ámbito de aplicación, la ausencia de definición autónoma de esos términos y su limitación *ratione materiae* a las obligaciones contractuales y extracontractuales, hacen pensar que muchas cuestiones no están resueltas por esos instrumentos y que deberán serlo según la ley nacional¹⁷¹. Sin embargo, ya es de por sí significativo que el legislador de la UE no haya establecido que las cuestiones relativas a la prueba y al procedimiento sean resueltas con arreglo a la *lex fori*. Aunque la aplicación de la *lex fori* sería el obvio resultado del sistema conflictual inglés, en los otros sistemas jurídicos sería posible que un tribunal nacional pudiera calificar, como fondo o sustancia, con arreglo a la *lex causae* las cuestiones relativas a la admisibilidad de la prueba. Alternativamente, la obtención de una prueba en un Estado extranjero podría ser calificada como cuestión de forma/procedimiento regida, al menos en parte, por una ley distinta de la *lex fori*. En cualquier caso, para paliar los posibles efectos negativos, Martin Illmer propone la elaboración de una visión sobre la prueba y el proceso que sea autónoma y que se fundamente en la idea de neutralidad: un tribunal nacional debe aplicar la *lex causae* para resolver cualquier cuestión que interese o afecte a la decisión sobre el fondo y la *lex fori* a cualquier cuestión que concierna el modo o a la conducta del proceso ante el tribunal¹⁷².

Indudablemente la legislación de la UE ha reducido el amplio ámbito que la *lex fori regit processum* tenía en el sistema conflictual del *common law* inglés al basarse en la aplicación estricta de la distinción tradicional entre derecho y recurso/acción distinción que todavía predomina en varios países del *common law* y en algunos Estados de los Estados Unidos de América¹⁷³. Ac-

¹⁷⁰ Salvo lo dispuesto en el art. 18.1 del Reglamento Roma I y el art. 22.1 del Reglamento Roma II, que establecen que la ley que rija las correspondientes obligaciones «se aplicará en la medida en que, en materia de obligaciones contractuales/extracontractuales, contenga normas que establezcan presunciones legales o determinen la carga de la prueba» y «que tal medio de prueba pueda emplearse ante el tribunal que conozca del asunto».

¹⁷¹ ILLMER, M., «Neutrality matters - some thoughts about the Rome regulations and the so-called dichotomy of substance and procedure in European private international law», *Civil Justice Quarterly*, vol. 28, 2009, pp. 241-243.

¹⁷² *Ibid.*, pp. 246-247.

¹⁷³ *Huber v. Steiner* (1835) 2 Bing NC 202, p. 210: «So much of the law as affects the rights and the merit [...] all that relates ad litem decisionem is adopted from the foreign country; so much of the law as

tualmente la doctrina, los legisladores y los tribunales de Inglaterra, Australia, Canadá y algunos Estados de los Estados Unidos de América invocan razones casuísticas, de conveniencia o de eficacia procesal para calificar como sustanciales todas las disposiciones que no estén dirigidas a reglamentar la conducta o modo del proceso¹⁷⁴. La influencia de los reglamentos de la UE es tal en materia extracontractual, que algunos jueces y tribunales ingleses han establecido que si se acepta la premisa de que la ley aplicable al daño no es la *lex fori* sino la ley designada por la norma de conflicto (*the proper law of the tort*), la remisión a la *lex fori* «debe ser la excepción y su aplicación requiere ser justificada por alguna razón imperativa»¹⁷⁵.

En contraste con los sistemas del *common law*, en los sistemas de Derecho civil los efectos de los reglamentos de la UE no han sido tan significativos. Ello se debe a que esos sistemas se han mostrado tradicionalmente más comprensivos sobre la relevancia del Derecho extranjero para resolver cuestiones procesales tales como algunos supuestos de la capacidad procesal, la capacidad para ser parte, la legitimación, la representación procesal y la postulación (arts. 9.1, 9.11 y 11 del CC) y más abiertos a la ratificación de convenios internacionales armonizadores como los que simplifican la notificación judicial de actos procesales (el Convenio de La Haya, sobre procedimiento civil o el Convenio de La Haya, relativo a la notificación o traslado de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o comercial) o como el Reglamento (CE) núm. 1393/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil en los Estados miembros de la UE¹⁷⁶.

Además de la labor de la UE, la conflictualización de las normas procesales también se ha visto facilitada por la interpretación armonizadora que realiza el TEDH de las garantías procesales fundamentales y, en particular, del derecho a un proceso equitativo previsto en el art. 6 del CEDH, que incluye el derecho al juicio equitativo o justo ante los tribunales, el derecho a la presunción de inocencia y los derechos del acusado dentro del proceso penal. El TEDH determina las pautas a las que han de atenerse las jurisdicciones locales europeas y, aunque no está destinado a sustituirlas en forma alguna ni a convertirse en una última instancia, la adecuada difusión de sus criterios jurisprudenciales es imprescindible para que los tribunales nacionales puedan aplicarlos directamente, evitando y limando diferencias, como así ha sido en lo que respecta a principios como el acceso a la justicia, la tutela

affects the remedy only, all that relates ad Litis ordinationem, is taken from that country where the action is brought».

¹⁷⁴ *Harding v. Wealands* (2005) 1 WLR 1539 *Revd* (2007) 2 AC 1; *McKain v. RW Miller Co. (south Australia Pty Ltd 81991)* 174 CLR 1, 26-27. También en *Pfeiffer Pty Ltd v. Robertson* (2000) 203 CLR 503 párr. 97-99. Véase GARNETT, R., *op. cit.*, nota 119, p. 38, apdo. 2.51.

¹⁷⁵ *Pfeiffer Pty Ltd v. Robertson* (2000) 203 CLR 503, párr. 52.

¹⁷⁶ DO núm. L 324, de 10 de diciembre de 2007. En España, la LEC (art. 177), la Ley 7/2015 por la que se modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial (arts. 267-278) y la Ley 29/2015 de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil.

judicial efectiva, el juicio justo/juicio equitativo, la audiencia (o a ser oído), el proceso debido (*due process*), el «proceso garantizado por la ley», el derecho de defensa procesal o el plazo razonable entendido como el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas¹⁷⁷.

40. Finalmente, algunas instituciones no gubernamentales como el *American Law Institute* y el *Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado* han propuesto una serie de principios y reglas transnacionales de procedimiento (*Principles and Rules of Transnational Civil Procedure*)¹⁷⁸. Estos principios se basan en la iniciativa del denominado *Grupo Storme*¹⁷⁹ y se presentan como un conjunto de procedimientos «universales», a medio camino entre los ordenamientos de Derecho civil y los del *common law*.

Los principios abordan de satisfactoriamente ciertas cuestiones importantes sobre el contenido y forma de la demanda, los procedimientos y medios de prueba y el proceso de decisión. Sin embargo, no suprimen completamente el imperio de la *lex regit processum* puesto que admiten específicamente que «el Derecho procesal del foro se aplica a los litigios no regulados específicamente por estos Principios» (Principio I)¹⁸⁰. Tampoco abordan cuestiones procesales importantes como la cuestión de la «especificación suficiente» (*notice pleading*), es decir, el escrito breve y simple de notificación de la demanda y de la contestación de la demanda previsto en las *Federal Rules of Civil Procedure* estadounidenses. Finalmente, algunos de los principios amparan normas procesales, como el deber del tribunal de incentivar el acuerdo entre las partes cuando sea «razonablemente posible», que pertenecen a la tradición de algunas jurisdicciones del *common law* (la Sección 36 de las *Civil Procedure Rules* inglesas), pero que en cambio se apartan de la tradición de algunos Estados donde las partes no tienen, generalmente, ni la obligación de negociar ni la de considerar propuestas de acuerdo formuladas por la otras partes.

41. En suma, la conflictualización de la *lex regit processum* a nivel universal obedece a las necesidades del tráfico externo y a una serie de cambios que anuncian la creación de una nueva jerarquía de principios procesales y sustanciales: control judicial reforzado sobre el desarrollo del procedimiento civil, que ha modificado su carácter predominantemente privado en favor de una coloración pública; tendencia hacia la supresión de restricciones arcaicas sobre la introducción y valoración de la prueba y su sustitución por la investigación de los hechos (*fact finding*); la constitucionalización y la internacionalización de las llamadas «garantías procesales»; una tendencia

¹⁷⁷ *Díaz Aparicio c. España*, núm. 49468/99, TEDH 2001; *Becker c. Alemania*, núm. 45448/99, TEDH 2002; *Wejrup c. Dinamarca* (dec.), núm. 49126/99, TEDH 2002; *Georgiades c. Chipre* (dec.), núm. 62233/00, TEDH 2002; *Bendayan Azcantot y Benalal Bendayan c. España*, núm. 28142/04, TEDH 2009; y *Serrano Contreras c. España*, núm. 49183, TEDH 2012.

¹⁷⁸ ALI/UNIDROIT, *Principles and Rules of Transnational Civil Procedure*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

¹⁷⁹ STORME, M. (ed.), *Rapprochement du droit judiciaire de l'Union européenne*, Leiden, Nijhoff, 1994.

¹⁸⁰ GARNETT, R., *op. cit.*, nota 119, párr. 33.1-3.

universal de transferencia de un número importante de asuntos, que tradicionalmente han sido clasificados como de naturaleza civil y resueltos por tribunales ordinarios, al ámbito de los tribunales y agencias administrativas y de los tribunales arbitrales; y una irrupción del «*access to justice movement*» apoyado en valores de justicia material y una preocupación por la calidad de la justicia procesal.

4. CONCLUSIONES

42. La existencia y permanencia del conflicto entre fondo y forma obedece a siglos de controversias y litigios de carácter político y económico. Desde la perspectiva jurídica, han coexistido tradicionalmente dos modos de tratar la distinción entre fondo y forma: el método formal favorece la utilización de reglas generales claramente definidas y altamente administrables; el método substancial se basa en la aplicación de principios de justicia material en las decisiones individuales a las que se les otorga un escaso valor de precedente. Las concepciones altruistas sobre las cuestiones de fondo recurren a valores morales en la administración de la justicia, mientras que las concepciones individualistas ponen el énfasis en la armonización de normas.

43. El análisis de la práctica que se ha llevado a cabo en las páginas precedentes demuestra cómo la sociedad está experimentando cambios sociales, económicos y jurídicos que contribuyen a la fluidez y permeabilidad entre las fronteras del fondo y de la forma. Por tanto, el conflicto entre fondo y forma en el DI público y el DI privado no puede basarse en definiciones rígidas y estancas ni reducirse a diferencias sobre cómo aplicar un cálculo neutral que maximice el total de las satisfacciones que se otorguen a las válidas necesidades humanas. Fondo y forma se necesitan mutuamente, pues son interdependientes y ninguno de los dos tiene gran valor autónomamente. El equilibrio en esa interdependencia se ha de determinar casuísticamente, en paralelo a la evolución social, económica y jurídica.

44. La conexión entre forma y sustancia, entre el derecho de procedimiento y el derecho sustantivo es comprensible porque ambos son resultado y reflejo de los objetivos sustanciales de una sociedad. El derecho de procedimiento puede ser adjetivo y, además, el procedimiento puede consistir en una colección de técnicas. Pero no hay ninguna técnica jurídica que constituya una finalidad en sí misma y ninguna técnica jurídica es neutral desde el punto de vista ideológico. El impacto de la ideología sobre el derecho de procedimiento depende del punto de vista ideológico de la relación entre los Estados o entre los individuos y la sociedad internacional.

45. Todo este sustrato explica las contradicciones e inseguridades que se producen en la aplicación y la interpretación de la distinción entre fondo y forma en el DI público y el DI privado, aunque no aminora la necesidad de su gradual e irrenunciable perfeccionamiento.

RESUMEN

CONSIDERACIONES EN TORNO A LA DISTINCIÓN ENTRE EL FONDO Y LA FORMA EN EL DERECHO INTERNACIONAL (PÚBLICO Y PRIVADO)

La distinción entre el fondo y la forma basada en criterios rígidos y estancos ha cobrado renovada actualidad debido a una serie de pronunciamientos jurisprudenciales polémicos que han introducido requisitos formales desproporcionados en el ámbito del DI público, han puesto en tela de juicio su tradicional flexibilidad informal y han desequilibrado la necesaria realización de la justicia como conjunto unitario y ecuaníme, a la vez procesal y material, en el Estado de Derecho internacional. Sin embargo, el análisis de la práctica internacional demuestra que la realización de la justicia internacional en la fase actual de cambios que experimenta la comunidad internacional requiere una fluida permeabilidad entre las fronteras del fondo y de la forma que se han convertido en interdependientes, ya que ninguno de las dos tiene gran valor autónomamente. Paralelamente, en el ámbito del DI privado, las necesidades del actual dinamismo del tráfico externo de los particulares y operadores económicos privados han expuesto la incapacidad e insuficiencia de la regla *lex fori regit processum*, en su tradicional formulación y aplicación exclusiva y unilateral, para evitar el trato desigual de las partes en el litigio y la frustración de la justicia material. Ante la ausencia de principios y reglas transnacionales procesales válidas universalmente, algunos legisladores y tribunales nacionales y, en particular la UE, han iniciado un loable desarrollo de normas de conflicto bilaterales de naturaleza procesal para resolver cuestiones pertinentes, particularmente de calificación y de aplicación de la ley extranjera.

Palabras clave: fuentes del DI, desafío formalista, jurisdicción, competencia y acceso a la justicia internacional, responsabilidad y reparación, *jus cogens*, agotamiento de los recursos internos, terrorismo internacional, protección del medio ambiente, derechos humanos, *lex fori regit processum*, calificación, ley extranjera, normas de conflicto bilaterales, principios procesales y materiales.

ABSTRACT

CONSIDERATIONS ON THE DISTINCTION BETWEEN FORM AND SUBSTANCE IN INTERNATIONAL LAW (PUBLIC AND PRIVATE)

The distinction between form and substance based on watertight, rigid criteria has experienced a renewed actuality owing to a series of controversial international judgments that have introduced disproportionate formal requirements in the field of public international Law. These new formal conditions have put into question the traditional informal flexibility of public international law and have impaired the realization of fairness as a unitary and impartial *corpus*, both procedural and substantive, within the international Rule of Law. Notwithstanding, an analysis of the relevant international practice demonstrates that the quest for international justice at the present stage of change that the international community is experiencing, demands a fluid permeability between the frontiers of form and substance, which have become interdependent and without great value when applied autonomously. Simultaneously, in the field of private International Law, the requirements of the present dynamism of the international relations and transactions between private individuals and economic operators have revealed the failure and inadequacy of the rule *lex fori regit processum*, as formulated and applied in its traditional, unilateral and exclusive scope, both for the purpose of assuring equal treatment between the parties in a dispute and for the realization of substantial justice. In the absence of procedural, transnational principles and rules accepted universally, some national legislators and courts, in particu-

lar the European Union, have had a laudable recourse to developing bilateral conflict rules of a procedural nature in order to meet the new challenges, in particular those relating to the characterization and the application of foreign law.

Keywords: sources of International Law, formalistic challenge, jurisdiction, competence and access to international justice, responsibility and reparation, *jus cogens*, exhaustion of local remedies, international terrorism, protection of the environment, human rights, *lex fori regit processum*, characterization, foreign law, bilateral conflict rules, substantive and procedural principles.

LA CUMBRE DE LAS AMÉRICAS: UN ESPACIO PARA LA COOPERACIÓN SIN APENAS PROYECCIÓN NORMATIVA

Cástor Miguel DÍAZ BARRADO*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. CONFIGURACIÓN DE LA CUMBRE DE LAS AMÉRICAS: FACTORES POLÍTICO-JURÍDICOS DETERMINANTES.—2.1. La Cumbre de las Américas como expresión del panamericanismo: la escasa incidencia en la dimensión jurídica.—2.2. La cambiante situación política en la Cumbre: la inevitable falta de acuerdos.—3. CONTRIBUCIÓN DE LA CUMBRE EN LA FORMACIÓN DE PRINCIPIOS DEL ORDEN INTERNACIONAL.—3.1. El «principio democrático»: aportaciones específicas en el ámbito jurídico.—3.2. El Libre Comercio como principio en las relaciones entre los Estados americanos: incertidumbres sobre su naturaleza y grado de aceptación.—4. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

La práctica en la celebración de las distintas Cumbres de las Américas revela, en esencia, un foro de debate y discusión destinado a cumplir algunas funciones en los ámbitos de la concertación política y la cooperación internacional pero que apenas ha logrado resultados efectivos, incluso en estos campos¹. En perspectiva de concertación política se avanza poco puesto que,

* El presente trabajo se realiza en el marco del proyecto I+D titulado «Actores económicos internacionales y derechos humanos. Especial relevancia para España», DER2014-55484-P. También se realiza como actividad del «Laboratorio iberoamericano para el análisis de la cultura, el comercio y el desarrollo como elementos de la cohesión social en Iberoamérica», proyecto concedido por la AECID, en 2008, siendo el investigador principal. Cástor Miguel Díaz Barrado es catedrático de Derecho internacional público en la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid (castordiaz1@gmail.com). Todas las páginas web de referencia han sido consultadas por última vez el 28 de noviembre de 2018.

¹ La bibliografía sobre estas Cumbres es escasa y sobre los aspectos jurídicos prácticamente inexistente. Algunos títulos: FEINBERG, R. E. y ROSENBERG, R., «Conociendo a fondo las cumbres: evaluación de la cumbre de las Américas de Santiago y sus consecuencias», *Síntesis, Revista Documental en Ciencias Sociales Iberoamericanas*, 1999, núms. 31-32, pp. 75-91; ÁLVAREZ ROMERO, J. M., «La cumbre de las Américas», *Veintiuno: Revista de Pensamiento y Cultura*, vol. 24, 1994, pp. 129-132; MIGNEAULT, D., «En route vers le V Sommet des Amériques», *Centre d'études interaméricaines*, diciembre de 2008, pp. 1-15; y PAZ BARNICA, E., «La cumbre de las Américas y la cooperación hemisférica», *Cursos*

en la mayoría de los casos, se dejan entrever los profundos enfrentamientos y discrepancias que habitan en la región. Sin embargo, de forma puntual, se han alcanzado grados aceptables de concertación política como sucedió con ocasión de la VI Cumbre, celebrada en Panamá, en 2015, que plasmó el acuerdo entre los Estados Unidos y Cuba para que se produjera el «deshielo» entre los dos países². En la óptica de la cooperación no se han alcanzado tampoco resultados espectaculares ni tan siquiera la Cumbre tiene capacidad para sentar las bases de una cooperación eficaz entre todos los Estados. El fracaso de la iniciativa tendiente al establecimiento de un Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA), que se explicitó en la Cumbre que tuvo lugar en Mar de Plata, en 2005, así lo atestigua³.

No es fácil encontrar trabajos doctrinales que aborden esta Cumbre desde una perspectiva jurídica, lo que permitiría conocer los avances normativos que ha propiciado o que han tenido lugar al hilo de estas reuniones al más alto nivel. La visión de la Cumbre es eminentemente política y se concibe como un espacio que no está destinado a consagrar principios de naturaleza jurídica y, mucho menos, la adopción de acuerdos internacionales que tengan carácter obligatorio. La celebración de la Cumbre no ha auspiciado la celebración de un solo tratado internacional (exceptuando como veremos el Acuerdo ALCA) ni tampoco instrumentos que tengan un cierto valor normativo. Puede pensarse que esto es habitual en Cumbres de este tipo y que, además, responde a lo que se ha venido a denominar la «diplomacia de las Cumbres»⁴. En consecuencia, no entraría dentro de sus objetivos plasmar acuerdos internacionales ni elaborar instrumentos que tengan algún tipo de eficacia jurídica. Pero la práctica internacional desmentiría, en parte, esta afirmación. Cabe recordar que un fenómeno similar a la Cumbre de las Américas, como es el caso de las Cumbres Iberoamericanas, con todos los matices que se quiera, ha procedido, sin embargo, de otra forma⁵.

de *Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz-Vitoria-Gasteizko nazioarteko zuzenbide ikastaroak*, 1995, núm. 1, pp. 195-266.

² Un trabajo sobre estas relaciones: DOMÍNGUEZ GUADARRAMA, R., «Cuba y Estados Unidos: el largo proceso del reconocimiento», *Latinoamérica*, vol. 60, 2015, núm. 1, pp. 53-92. La posibilidad de un acuerdo entre Cuba y los Estados Unidos ya se vislumbró en la anterior Cumbre, en Cartagena de Indias. Véase MALAMUD RIKLES, C. D. y GARCÍA-CALVO ROSELL, C., «La V Cumbre de las Américas: las relaciones entre Cuba y Estados Unidos se juegan en la isla», *Análisis del Real Instituto Elcano (ARI)*, vol. 74, 2009, pp. 1-8.

³ TORÍBIO DANTAS, A., «El fracaso del ALCA y el MERCOSUR», *Estudios*, vol. 18, otoño de 2006, pp. 73-81, en particular, pp. 76 y ss. También GAMBOA UMAÑA, L. E., «El área de libre comercio de las Américas —ALCA—: tareas y retos ante un proyecto de integración», *Revista Espiga*, vol. 3, 2002, núm. 6, pp. 75-102.

⁴ VALDEZ CARRILLO, J., NAVARRO GONZÁLEZ, A., FRASSONI, M. y MEYER, W., «La diplomacia de las cumbres», en ALCÁNTARA SÁEZ, M. y SALVADORA ORTIZ, M. (coords.), *Relaciones entre América Latina y Europa: balance y perspectivas*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 2008, pp. 157-194.

⁵ La labor que desarrollan estas Cumbres ha producido la adopción de acuerdos en materia de seguridad social y se han aprobado algunos instrumentos que, teniendo también una naturaleza política, recogen principios, derechos y obligaciones de carácter jurídico, como es la «Carta Cultural Iberoamericana» y el «Consenso sobre Desarrollo y Migraciones», adoptados en Montevideo, en 2006. Por todos, DÍAZ BARRADO, C. M., «La Carta Cultural Iberoamericana: una pieza básica para la configuración de un espacio cultural iberoamericano», en BADIA MARTÍ, A. M., PIGRAU I SOLÉ, A. y OLESTI RAYO, A. (coords.),

Todo permite decir, a lo sumo, que la Cumbre de las Américas realiza el cometido de servir de impulso para el diálogo, la concertación política y la cooperación internacional entre los Estados de la región y que, en principio, no le corresponde ser un recipiente que fragua la adopción de acuerdos internacionales o formular declaraciones que tengan valor jurídico. Dos motivos, al menos, explican que esto sea así: por un lado, la Cumbre no es la expresión de una Organización internacional, carece de voluntad propia distinta de la de los Estados que participan y, además, no dispone de órganos permanentes que aseguren su personalidad jurídica y que potencien labores normativas; por otro lado, las relaciones entre la Cumbre y la Organización de Estados Americanos (OEA), que actúa como secretaría técnica de las Cumbres, resaltan que los ámbitos de actuación de una y otra son prácticamente similares, excluyendo quizá el inicial énfasis que la Cumbre puso en los aspectos económicos. Por ello, de la labor normativa se encarga más bien la OEA y no los Estados reunidos en el seno de la Cumbre.

De ahí la conclusión resulta sencilla: la Cumbre está destinada, en el mejor de los casos, a constituir un punto de referencia en torno a principios, guías, orientaciones y pautas que expresan los Estados en sus relaciones mutuas que quizá pudieran encontrar plasmaciones normativas en escenarios y realidades muy distintos. Ahora bien, puesto que el contexto de cooperación e integración en América es sumamente abigarrado y complejo⁶, también se deja sentir en estas expresiones la influencia de las posiciones adoptadas en la Cumbre. Con todo, cabría decir que la Cumbre aún naciendo, como se ha dicho, «con el propósito de crear un espacio de discusión y toma de decisiones en lo referente a las problemáticas que competen a los países del Hemisferio Occidental»⁷, ha propiciado decisiones que tienen un marcado carácter político y que no se plasman en acuerdos o instrumentos jurídicos de ningún tipo. No obstante, la tarea que hay que realizar en el examen de esta Cumbre no acaba aquí. El objetivo debe ser buscar, precisamente, cuáles son las contribuciones que realiza al ordenamiento jurídico internacional o, en su caso, identificar los aportes, aunque sean escasos, a la formulación de principios jurídicos o de normas que establezcan derechos e impongan obligaciones. Para ello, resulta imprescindible abordar, al menos, dos dimen-

Derecho internacional y comunitario ante los retos de nuestro tiempo: Homenaje a la prof. Victoria Abellán Honrubia, vol. 1, Madrid, Marcial Pons, 2009, pp. 131-146. Tampoco las Cumbres Unión Europea-América Latina (en la actualidad Cumbres CELAC-UE) han producido en sí la adopción de acuerdos e instrumentos normativos. Por todos, FRERES, C. y SANAHUJA PERALES, J. A., «Hacia una nueva estrategia en las relaciones Unión Europea-América Latina», en FRERES, C. y SANAHUJA PERALES, J. A. (coords.), *América Latina y la Unión Europea: estrategias para una asociación necesaria*, Madrid, Icaria, 2006, pp. 23-104.

⁶ En particular, ROJAS ARAVENA, F., «Cambios en el mapa político de América Latina y Caribe», *Anuario CEIPAZ*, vol. 6, 2013-2014, pp. 163-182; y DÍAZ BARRADO, C. M., «Panorama de la integración económica en el continente americano: especial consideración del espacio América Latina y Caribe», en FERNÁNDEZ LIESA, C. R. y CANO LINARES, M. Á. (coords.), *Los procesos de integración ante la crisis financiera internacional*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 167-198.

⁷ MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, Colombia, <https://www.mineducacion.gov.co/1621/article-110928.html>.

siones distintas pero complementarias: primero, establecer los rasgos que definen la evolución y desarrollo de la Cumbre y, por ende, los factores que perfilan su alcance y contenido; y segundo, reconocer aquellos principios que cimientan la Cumbre y cómo se formulan en la medida en que contribuyan, más o menos, a reforzar su naturaleza jurídica y sirvan de componente idóneo de la práctica internacional.

2. CONFIGURACIÓN DE LA CUMBRE DE LAS AMÉRICAS: FACTORES POLÍTICO-JURÍDICOS DETERMINANTES

El origen y evolución que ha experimentado la Cumbre tienen un carácter eminentemente histórico y político. Estos aspectos quedan reflejados en las posiciones de los Estados de la región y, además, en el diseño general que realizan este tipo de reuniones. La evolución, y las etapas por las que ha transitado la Cumbre, revelan la existencia de estos dos elementos. La Cumbre no se ha desarrollado exclusivamente en el ámbito de la retórica, pero tampoco las decisiones adoptadas han incidido plenamente en el campo de los resultados prácticos. Los instrumentos habitualmente adoptados han sido: una Declaración de índole esencialmente política que tan solo se encarga de fijar los lineamientos básicos que deben seguir los Estados; y, al mismo tiempo, Planes de Acción que se formulan en términos tan genéricos que, salvo raras excepciones, no establecen ningún tipo de compromiso del que deriven derechos y obligaciones⁸. Ahora bien, las raíces históricas que fundamentan la Cumbre y el entorno político, muchas veces cambiante, que propicia su celebración, están en la base de este fenómeno.

Así se refleja, por ejemplo, en la que podemos denominar «Cumbre constitutiva», en Miami, en 1994. Por un lado, los Estados expresan la voluntad de establecer marcos permanentes de cooperación puesto que, por primera vez en la historia, se produce una reunión de estas características. La Declaración de Miami⁹ rezuma la importancia del momento histórico en que se celebra como resultado final de las experiencias históricas compartidas por los Estados de la región. En cualquier caso, la lectura sosegada de los textos de las distintas Cumbres asegura que el factor histórico es una de las razones que han propiciado el surgimiento de una instancia de esta índole¹⁰. Por otro lado, la situación política en América ha sido un factor decisivo en la con-

⁸ En algún caso se adoptó un documento, como en la Cumbre de Cartagena, en 2012, denominado «Mandatos». Ilustrativa, para conocer esta Cumbre, la lectura de SARRIÓN, A., «Washington se queda aislada en Cartagena: La Cumbre de las Américas ahonda la brecha entre el norte y el sur», *El Siglo de Europa*, 2012, núm. 969, pp. 46-48. No obstante, en algunas de las Cumbres celebradas se adoptan declaraciones especiales.

⁹ Como se sabe, esta Declaración es el principal instrumento político-jurídico que emana de la I Cumbre de las Américas: http://www.summit-america.org/i_summit_sp.html.

¹⁰ BRICEÑO RUIZ, J., «Del panamericanismo al ALCA: la difícil senda de las propuestas de una comunidad de intereses en el continente americano (II)», *Anuario Latinoamericano Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales*, vol. 4, 2017, pp. 139-162.

formación de la Cumbre y, también, en su contenido. Esto se aprecia en la Primera Cumbre. La Declaración final sitúa los acentos en los componentes políticos que comparten prácticamente todos los Estados de la región. Se dice, con rotundidad, que: «Por primera vez en la historia, las Américas son una comunidad de sociedades democráticas. Si bien nuestros países enfrentan diferentes desafíos en materia de desarrollo, están unidos en la búsqueda de la prosperidad a través de la apertura de mercados, la integración hemisférica y el desarrollo sostenible. Estamos decididos a consolidar y fomentar vínculos más estrechos de cooperación y a convertir nuestras aspiraciones en realidades concretas»¹¹. No obstante, las posiciones cambian a medida que se producen alteraciones políticas más profundas en los Estados de la región y se transforman radicalmente a partir de finales del decenio de los noventa del siglo XX¹².

La voluntad de conformar un marco de concertación política y cooperación internacional se ha logrado en poca medida y, en ningún caso, se han alcanzado los objetivos que cabría esperar, y querían los Estados, y que quedan expresados en la Declaración de Miami. En esta ocasión, se dice que: «Nuestra Declaración constituye un conjunto de compromisos integrales que se refuerzan mutuamente con miras a alcanzar resultados concretos»¹³. La clave está en que la Cumbre busca introducir la «noción de integración» y que el fracaso en la «integración económica» conlleva privar de mucho de sus contenidos a las decisiones que se han ido adoptando. Las fórmulas jurídicas empleadas se puede decir que no han sido las más idóneas¹⁴. Por lo menos, hubiera sido conveniente determinar un marco jurídico más preciso del quehacer de la Cumbre y su papel como principal impulsor de acuerdos y posiciones comunes de los Estados que participan.

2.1. La Cumbre de las Américas como expresión del panamericanismo: la escasa incidencia en la dimensión jurídica

El fenómeno del panamericanismo, aunque no se explicita, siempre está presente en muchos de los esfuerzos de cooperación e iniciativas de integración que tienen lugar en la región americana. La Cumbre responde a esta

¹¹ http://www.summit-americas.org/i_summit_sp.html.

¹² Véase ULLÁN DE LA ROSA, F. J., «La Alianza Bolivariana para las Américas-Tratado de Comercio de los Pueblos (ALBA-TCP): Análisis de un proyecto de integración regional latinoamericana con una fuerte dimensión altermundialista», *Revista Venezolana de Ciencia Política*, vol. 37, enero-junio de 2010, pp. 33-69.

¹³ http://www.summit-americas.org/i_summit_sp.html.

¹⁴ Tres trabajos, sin embargo, ofrecen algunas indicaciones en este sentido. Véanse en la obra de ROJAS ARAVENA, F. (ed.), *Globalización, América Latina y la Diplomacia de Cumbres*, Santiago, Flacso-Chile, 1998: TLUCHÍN, J. S., «La Cumbre y la institucionalidad hemisférica», pp. 255-258; VAN KLAVAREN, A., «Construyendo la institucionalidad hemisférica», pp. 259-264; y, además, STORK, J., «El Proceso de la Cumbre de las Américas en perspectiva: cambio global, normas regionales y capacidad estatal», pp. 265-288.

realidad puesto que reúne los dos aspectos que mejor definen el panamericanismo. Como se ha dicho, este «buscaba encontrar sus raíces en dos factores: El primero, de naturaleza geográfica. El segundo de naturaleza histórica. El geográfico era obvio en sí mismo y respondía a la realidad de ese intenso continente, situado entre dos océanos [...]. El histórico, por su parte, aludía a la condición de civilizaciones trasplantadas desde el otro lado del océano, que compartían la América anglosajona y la América Ibérica, así como al episodio común de emancipación vivida por ambas»¹⁵. Hacía falta, por tanto, una reunión al más alto nivel que, más allá de la configuración de la OEA, estableciese una instancia encargada de exponer las indicaciones, pautas y orientaciones que debían seguir los Estados americanos en las labores de cooperación internacional y en las «propuestas de integración» que tienen lugar.

La idea de una «unión hemisférica» define la esencia de la Cumbre. Los énfasis se sitúan, sin embargo, en perspectiva práctica, en la «integración hemisférica de carácter económico». Por esto la Declaración de Miami reafirma, sin ambages, «el progreso que ya se ha obtenido a través de las acciones unilaterales de cada una de nuestras naciones y de los acuerdos comerciales subregionales de nuestro Hemisferio» y, así, «sobre la base de los acuerdos subregionales y bilaterales existentes ampliaremos y profundizaremos la integración económica hemisférica»¹⁶. Indirectamente, se trata de «dirigir» desde las orientaciones que propone la Cumbre una iniciativa que dé consistencia a la realidad panamericana, también en lo económico y no solo en lo político. Los escasos resultados de la Cumbre no expresan, sin embargo, el fin del panamericanismo, sino todo lo contrario. Las distintas etapas por las que ha transitado la Cumbre solo confirman la existencia de visiones encontradas de la realidad americana, pero, en ningún caso, ponen en entredicho la vigencia del fenómeno panamericano¹⁷. La Cumbre enlaza, con naturalidad, con la Conferencia Internacional Americana celebrada en Washington en 1889-1890, que no cabe olvidar que otorga un contenido preciso a la cooperación entre los Estados americanos en el ámbito comercial y que, además, abre la puerta a la adopción de decisiones que tendrán muchas plasmaciones jurídicas en los años posteriores¹⁸.

Ahora bien, importaría comprobar si las labores de la Cumbre contribuyen o no a conformar el denominado «Derecho internacional americano»¹⁹ o,

¹⁵ MORALES MANZUR, J. C., «La unidad continental: desde las concepciones geopolíticas hasta los nuevos modelos alternativos de integración», *Congreso Latinoamericano de Ciencia Política*, 12, 13 y 14 de junio de 2012, FLACSO, Ecuador, pp. 11-12.

¹⁶ http://www.summit-americas.org/i_summit_sp.html.

¹⁷ En sentido contrario, ALONSO, A., «El siglo XXI y el ocaso del panamericanismo (un recorrido breve e incompleto a través de encuentros en la Cumbre)», *Revista Casa de las Américas*, julio-septiembre de 2015, núm. 280, pp. 50-57.

¹⁸ Siempre interesante, MANGER, W., «El Panamericanismo y las Conferencias panamericanas, Unión panamericana», *Serie sobre Congresos y Conferencias*, vol. 22, Washington, D. C. s/f, pp. 1-29.

¹⁹ Esta expresión ha sido abandonada pero no deja de existir una realidad normativa propia en América. Dos buenos trabajos: CANÇADO TRINDADE, A. A., «The Contribution of Latin American Legal

por lo menos, a la afirmación y consolidación de algunas normas en el ámbito del ordenamiento jurídico internacional. Es decir, merece la pena determinar el quehacer de esta Cumbre en el plano estrictamente jurídico, más allá de las posiciones y decisiones claramente políticas que adopta. Corresponde recordar que una seña de identidad del «panamericanismo» será la elaboración de un conjunto de principios y normas que integran un derecho dotado de características propias que, o bien son aplicables únicamente entre los Estados de la región, o bien trascienden y repercuten en la formación de normas en el plano universal²⁰. Los compromisos de la Cumbre no permiten sostener que el ámbito jurídico sea una de las principales ocupaciones de los Estados de América. No se propone la celebración de acuerdos ni tampoco las decisiones adoptadas sirven de base para la elaboración de instrumentos jurídicos de alcance internacional. Más allá de alguna contribución al afirmar «principios estructurales» del orden internacional, que veremos más adelante, no existe una tendencia a que sirva de promotora de normas internacionales de las que deriven derechos y obligaciones. Se cumple lo que se dice, es decir, que la Cumbre reúne «a los jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros del Hemisferio para debatir sobre aspectos políticos compartidos, afirmar valores comunes y comprometerse a acciones concertadas a nivel nacional y regional con el fin de hacer frente a desafíos presentes y futuros que enfrentan los países de las Américas»²¹.

Sin contradecir lo anterior, un examen detenido lo más que refleja es que los Estados se han expresado en una doble dirección a la hora de contribuir a la conformación jurídica de compromisos. En un caso, mediante la técnica de la simple referencia a instrumentos internacionales u Organizaciones internacionales que se encargan de elaborar o asegurar el cumplimiento de acuerdos o declaraciones que recogen derechos y obligaciones; en otro caso, quizá el más relevante, las primeras Cumbres proporcionaron el marco político preciso para que se abordase la adopción de un tratado en el campo del establecimiento de un espacio de Libre Comercio. Estas son, sin duda, las dos principales líneas que se advierten, siendo así que ninguna de ellas ha generado el nacimiento de «marcos normativos propios» y ni tan siquiera se ha alcanzado, por impulso y empuje de la Cumbre, la celebración de algún acuerdo internacional. En pocas palabras, en términos jurídicos se reiteran y refuerzan compromisos adquiridos o se orientan los trabajos en el seno de otras Organizaciones internacionales, sobre todo, en lo relativo a las labores que realiza la OEA. Por esto, se pudo decir, con ocasión de la Cumbre en

Doctrine to the Progressive Development of International Law», *RCADI*, vol. 376, 2015, pp. 9-92; y VILLALTA VIZCARRA, A. E., «La contribución de América al Derecho Internacional», *El Derecho Internacional en las Américas: 100 años del Comité Jurídico Interamericano*, Rio de Janeiro, Secretaría General CJI, 2007, pp. 59-94. Disponible en http://www.oas.org/dil/esp/publicaciones_catalogo_digital_curso2006.htm.

²⁰ Entre los mejores trabajos, ya clásico: YEPES, J. M., *El panamericanismo y el Derecho Internacional*, Bogotá, Impr. Nacional, 1930.

²¹ OEA, Cumbres de las Américas, Secretaría (página oficial), <http://www.summit-americas.org/defaults.htm>.

Puerto España (Trinidad Tobago), en 2009, que «una revisión de los escasos avances conseguidos en los temas planteados en la primera Cumbre en 1994 arroja que el “espíritu de Miami” (democracia y comercio) está muerto. Pero sobre sus cenizas nace una nueva era de relaciones entre Estados Unidos y América Latina» siendo así que «en el trasfondo se empieza a transformar el conjunto del sistema interamericano, con sus implicaciones para la democracia y el desarrollo en el hemisferio»²².

i) Por lo que se refiere a lo primero, abundan expresiones que sustentan instrumentos internacionales consagrados de distinta naturaleza y contenido sin que se aprecie un importante aporte en cada uno de los campos que son objeto de atención. Más allá de las referencias genéricas al Derecho internacional, al Derecho internacional de los derechos humanos, al Derecho internacional humanitario y al Derecho de los refugiados²³, destacan las menciones en ámbitos en los que se han adoptado instrumentos normativos. Sin agotar todas las posibilidades conviene reseñar: la aceptación de principios esenciales del orden internacional como se hace, como ejemplo significativo, en la Declaración de Quebec, en 2001, cuando los Estados expresan su «plena adhesión a los principios que obligan a los Estados a abstenerse de la amenaza o el uso de la fuerza, de acuerdo con el Derecho internacional» o a principios sectoriales asentados en el campo del Derecho internacional humanitario, al señalarse, en esta ocasión, la condena de ataques contra la población civil de los principios del Derecho internacional humanitario²⁴.

También ha merecido una especial atención la aceptación de derechos sociales, en particular de contenido laboral, que se han reflejado en las Cumbres de Quebec, en 2001, y Mar del Plata, en 2005. En la primera se promueve «el cumplimiento de las normas fundamentales del trabajo reconocidas internacionalmente e incorporadas en la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento, adoptada en 1998»²⁵; y, en la segunda, se le asigna «al derecho al trabajo tal como se encuentra estipulado en los instrumentos de derechos humanos un lugar central en la agenda hemisférica, reconociendo así el rol esencial de la creación de trabajo decente para alcanzar estos objetivos», siendo así que «asimismo aplicaremos medidas prioritarias y efectivas para prevenir y erradicar las peores formas del trabajo infantil de

²² GRATIUS, S. y SCHULZ, N. S., «La Cumbre de las Américas en clave europea», FRIDE, *Policy Brief*, abril de 2009, núm. 9, pp. 1-5, esp. p. 1.

²³ Así se dice, por ejemplo, en la «Declaración de Mar del Plata», en 2005: «La promoción y protección universal de los derechos humanos incluidos los civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, con base en los principios de universalidad, indivisibilidad e interdependencia, así como el respeto al Derecho internacional, incluidos el Derecho internacional humanitario, el Derecho internacional de los derechos humanos y el Derecho internacional de los refugiados, son fundamentales para el funcionamiento de las sociedades democráticas», Cuarta Cumbre de las Américas. Declaración de Mar del Plata, «Crear Trabajo para Enfrentar la Pobreza y Fortalecer la Gobernabilidad Democrática», http://www.summit-americas.org/iv_summit_sp.html, p. 12, párr. 63.

²⁴ Cfr. http://www.summit-americas.org/iv_summit_sp.html.

²⁵ http://www.summit-americas.org/iii_summit_sp.html.

acuerdo al Convenio 182 de la OIT (1999)»²⁶. Por si fuera poco, se incide en la necesidad de cumplir algunos instrumentos internacionales específicos en esta materia y, por esto, la Declaración de Mar del Plata reseña «el valor de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos Humanos de todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familias»²⁷.

Otro campo que recibe un tratamiento similar es el relativo a los «derechos de la propiedad intelectual», donde la Cumbre se limita a sustentar aquellas posiciones normativas que han expresado algunas Organizaciones internacionales. La Declaración de Mar del Plata indica que «la protección y la observancia de los derechos de propiedad intelectual deberán contribuir a la promoción de la innovación tecnológica y a la transferencia y difusión de la tecnología», por lo que se expresa el compromiso de proteger estos derechos en el marco del «Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio de la OMC»²⁸. No se trata, por tanto, de promover la adopción de normas específicas en esta materia y que estén orientadas a su aplicación en el espacio americano, sino que se aceptan, sin más, los principios y acuerdos que han tenido lugar en Organizaciones internacionales que se ocupan de este asunto. Ni en este caso ni en otros existe una voluntad de promover instrumentos normativos específicos ni tampoco que los Estados de la región estén dispuestos, desde la Cumbre, a iniciar una labor normativa en determinados campos o sectores del ordenamiento jurídico.

En definitiva, los documentos que adopta la Cumbre ponen de relieve que los Estados de la región están comprometidos con el cumplimiento y aplicación de instrumentos internacionales, siempre que estén aceptados o consagrados en el plano normativo, sin que se produzcan nuevas iniciativas para establecer un entramado jurídico, por lo menos, en aquellos sectores que merecen una especial atención por parte de la Cumbre. Lo que indica la Declaración de Puerto España cuando aborda el problema de las drogas y los delitos a los que puede dar lugar es una prueba fehaciente. Las expresiones que se utilizan no asumen más compromisos que los que se han recogido en instrumentos que han sido adoptados previamente²⁹. Ni

²⁶ *Cuarta Cumbre, op. cit.*, http://www.summit-americas.org/iv_summit_sp.html, p. 1, párr. 1 y p. 6, párr. 25.

²⁷ *Ibid.* La incorporación de contenidos sociales deriva de los compromisos alcanzados en la Cumbre de Nuevo León, en 2004, que intentó «salvar» la iniciativa ALCA, puesto que se pensaba que carecía de aspectos de este tipo. En particular sobre esta Cumbre: ODELLO, M. E., «La Cumbre Extraordinaria de las Américas de Monterrey», *Saberes, Revista de Estudios Jurídicos, Económicos y Sociales*, vol. 3, 2005, pp. 1-22.

²⁸ *Cuarta Cumbre, op. cit.*, http://www.summit-americas.org/iv_summit_sp.html, p. 9, párr. 48.

²⁹ En esta ocasión, se dice que «incrementaremos nuestros esfuerzos para prevenir y combatir todos los aspectos del problema mundial de las drogas y los delitos conexos, mediante el fortalecimiento de la cooperación internacional y un enfoque integral y equilibrado, con base en el principio de responsabilidad común y compartida, de conformidad con los principios contenidos en las Cartas de las Naciones Unidas y de la OEA, el Derecho internacional y nuestros marcos legales aplicables», *ibid.* No cabe olvidar, sin embargo, que en la VI Cumbre, celebrada en Cartagena, se adoptó, sin mayor trascendencia, un «Comunicado de los jefes de Estado y de Gobierno sobre la realización de la Conferencia

quiera se apuntan algunos de los componentes singulares que podrían contribuir a enriquecer los instrumentos adoptados por el ordenamiento jurídico internacional, por el orden americano y por los ordenamientos jurídicos internos.

ii) Por lo que se refiere a lo segundo, en su nacimiento la Cumbre está marcada por la voluntad de otorgar al «panamericanismo» una dimensión económica. Esta es la razón última de la celebración de la Cumbre, por mucho que se hayan indicado múltiples motivos que aconsejaban que tuvieran lugar reuniones de este tipo. La evolución en los Estados de la región será lo que frene la iniciativa de constituir a la Cumbre en un motor que facilite y promueva la «integración económica». Por de pronto, la Declaración de Miami expresa con extraordinaria claridad que «decidimos iniciar de inmediato el establecimiento del “Área de Libre Comercio de las Américas” en la que se eliminarán progresivamente las barreras al comercio y la inversión. Asimismo, resolvemos concluir las negociaciones del “Área de Libre Comercio de las Américas” a más tardar en el año 2005, y convenimos en alcanzar avances concretos hacia el logro de este objetivo para el final de este siglo»³⁰. Aquí sí que estamos ante un verdadero compromiso político que debe tener necesariamente traducción jurídica y que revela que la Cumbre no está privada de mecanismos que le impidan promover, facilitar y proporcionar un marco jurídico en el que se realicen acuerdos en determinados ámbitos de la cooperación³¹.

La práctica ulterior demuestra que la voluntad de establecer un espacio de integración económica y comercial, también en el ámbito de las inversiones, debería tener resultados prácticos que tan solo se pueden obtener si se abordan negociaciones que conduzcan, al final, a la celebración de un acuerdo internacional que recoja derechos y obligaciones para los Estados parte. Así, desde el principio, comenzaron las negociaciones para la creación de ALCA, que culminaron. No obstante, se detuvo el proceso definitivamente en la Cumbre de Mar de Plata, en 2005. Las expresiones que utiliza esta Cumbre no dejan lugar a dudas y suponen un alarde de «diplomacia de las palabras». En un mismo documento se acuerdan dos posiciones contradictorias. La Declaración de 2005 reconoce, por un lado, que «algunos miembros sostienen que tengamos en cuenta las dificultades que ha tenido

internacional de ministros de Relaciones Exteriores y jefes de organismos nacionales especializados contra el problema mundial de las drogas», OEA/Ser.E, CA-VI/CO.4/12, Cartagena de Indias (Colombia), 15 de abril de 2012. Quizá, más importancia tenga, en temas de seguridad el «Comunicado de las jefas y los jefes de Estado y de gobierno de las Américas para enfrentar y combatir la delincuencia organizada transnacional en el hemisferio», OEA/Ser.E, 14 y 15 de abril de 2012.

³⁰ http://www.summit-americas.org/i_summit_sp.html.

³¹ Algunos títulos: DÍAZ BARRADO, C. M. y OLMOS GIUPPONI, M. B., «Características y dimensiones de la integración hemisférica en el continente americano: el Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA)», en VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M. y SALINAS DE FRÍAS, A. (coords.), *Soberanía del Estado y derecho internacional: homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, vol. 1, Sevilla, Publicaciones Universidad de Sevilla, 2005, pp. 465-494; y MORENO, C., «Integración Latinoamericana: ALCA v. ALBA, Presente y Pasado», *Revista de Historia*, año 12, enero-junio de 2007, núm. 23, pp. 155-178.

el proceso de negociaciones del Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA), [...] mantenemos nuestro compromiso con el logro de un Acuerdo ALCA»; y, por otro lado, «otros miembros sostienen que todavía no están dadas las condiciones necesarias para lograr un acuerdo de libre comercio equilibrado y equitativo»³². En resumen, se pone fin a las negociaciones que debían conducir a la adopción de un tratado internacional que estableciese un espacio de Libre Comercio y se cierra la puerta a la misión de adoptar un tratado internacional que hubiera otorgado a la Cumbre una dimensión normativa.

El compromiso de la Cumbre de proceder a la integración económica tuvo, sin embargo, algunos resultados tangibles como la elaboración de borradores de tratado que recogían los compromisos que estarían dispuestos a asumir los Estados en la iniciativa de integración económica. En particular, en noviembre de 2003, culmina una fase de negociaciones que lleva a la elaboración detallada y minuciosa del Tercer Borrador de Tratado del Área de Libre Comercio de las Américas³³. Este cuenta con veinticuatro capítulos que detallan, en términos estrictamente normativos, los compromisos que implicaría la puesta en marcha de un espacio económico de esta índole y aborda disposiciones ambientales, laborales, medidas arancelarias y no arancelarias, agricultura, normas de origen, asuntos aduaneros, barreras al comercio, servicios, inversión y política de competencia, entre otras muchas materias. En verdad, un tratado amplio y detallado de Libre Comercio para una de las regiones más importantes del planeta, cuya adopción hubiera supuesto un cambio decisivo en el panorama de la integración. Interesa subrayar, sin embargo, que la elaboración de este Borrador, y los anteriores, prueba que la Cumbre no está incapacitada para servir de base en la elaboración de instrumentos jurídicos y que, por ende, no está condenada a constituir una mera instancia que tan solo proceda a formular orientaciones y pautas que, a lo sumo, tengan contenido político y, normalmente, un simple carácter retórico.

En resumen, la clave para determinar la eventual proyección normativa de la Cumbre está en que tenga lugar, al mismo tiempo, la confluencia de dos factores: primero, que las declaraciones que adopta dejen claro que asumen un compromiso político en una determinada materia y que se exprese con nitidez y concisión, como fue el caso de la voluntad de constituir un espacio de Libre Comercio; y, segundo, que se trate de un sector de la cooperación entre los Estados de América que no esté cubierto por otras Organizaciones internacionales de la región que ejerzan en exclusividad la competencia en ese sector. En realidad, la OEA no ha penetrado en la «integración económica» en la región y, por lo menos, no se ha suscitado en su seno la creación de un espacio de Libre Comercio en los términos en los que se lanzó ALCA.

³² Cuarta Cumbre, *op. cit.*, http://www.summit-americas.org/iv_summit_sp.html, p. 4, párr. 19 y p. 5, párr. 19B.

³³ http://www.ftaa-alca.org/ftaadraft03/index_s.asp.

2.2. La cambiante situación política en la Cumbre: la inevitable falta de acuerdos

Una razón que ha propiciado que la Cumbre carezca de todo tipo de compromiso jurídico ha sido, con seguridad, «los vaivenes» a los que han estado sometidas cada una de las Cumbres y que derivan de los cambios políticos, a veces profundos, que se han producido en la región desde 1994 hasta nuestros días. La VIII Cumbre que ha tenido lugar en Lima, en 2018, se ha cerrado precisamente con el titular de que se ha puesto fin a la «era bolivariana»³⁴. Esta expresión indica en parte la realidad y, sobre todo, el examen de los contenidos de esta Cumbre descubre, a la luz de las Cumbres anteriores, cómo se han producido avances y retrocesos en estos eventos y, además, cómo la situación política de la región y en los Estados que participan ha impedido siempre que se logren los principales objetivos a los que responden. Ahora bien, la ausencia de logros en lo jurídico y, en consecuencia, en la conformación normativa e institucional de la Cumbre encuentra sus principales motivos en lo siguiente:

En primer lugar, asistimos, prácticamente desde el principio, a la pérdida de protagonismo de la Cumbre en la realidad del continente. Se podrían establecer algunas etapas en el desarrollo de la Cumbre y, así, afirmar que «las cumbres de las Américas han transitado desde su origen por tres etapas sucesivas: consenso, conflicto e indiferencia»³⁵, lo cual se ajusta bastante a la realidad. En verdad, pronto se disipó el inicial consenso en torno a que la Cumbre sirviera como estímulo principal para el establecimiento de un espacio de Libre Comercio y, por tanto, la puesta en marcha de un esquema de integración económica y comercial, lo que implicaría la adopción de acuerdos y dotar a la Cumbre de un cierto papel en el ámbito jurídico. En particular, el surgimiento de otro tipo de Cumbres, sobre todo en América, va a condicionar, sobremanera, su desarrollo y va a hacer que termine constituyéndose en un mero marco de cooperación que no precisa, en modo alguno, de compromisos y decisiones de carácter normativo.

Por un lado, el interés de Brasil por conformar un espacio propio y singular para la integración propició el nacimiento de Cumbres entre los Estados suramericanos, pero, incluso, supuso la creación de una Comunidad Suramericana de Naciones, primero, y de una Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR), después, precisamente durante el periodo en el que se hacen patentes los conflictos en el seno de la Cumbre de las Américas. La voluntad de la política exterior brasileña de constituir un Área de Libre Comercio de Suramérica (ALCSA) se enfrentó directamente al primer propósi-

³⁴ «La cumbre de las Américas sentencia el final de la era bolivariana en la región», *El País*, 15 de abril de 2018.

³⁵ DABÈNE, O., «¿Tienen Futuro las cumbres de las Américas y el interregionalismo?», *Amérique Latine, Politicaloutlook*, 2012. *Les Études du CERI*, diciembre de 2012, núms. 189-190, pp. 14-18, esp. p. 14.

to que quedó plasmado en la Cumbre de Miami. Una decisión de este tipo debilitó el sentido y alcance de la Cumbre de las Américas y dejó un escaso margen de maniobra para que, desde esta, se adoptasen decisiones políticas que tuvieran algún tipo de transcendencia jurídica. Por esto, cabe coincidir en que «el proyecto del Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA), particularmente después de la Cumbre de las Américas realizada en Mar del Plata, tiende a desgajarse en diversos acuerdos de libre comercio bilaterales y subregionales»³⁶, pero también en iniciativas de carácter regional como UNASUR³⁷. En breve, buena parte de los Estados americanos se suman a una iniciativa que relega las eventuales decisiones que se pudieran adoptar en el seno de la Cumbre de las Américas y, además, pretenden crear un espacio para la concertación política y la cooperación e, incluso, para la integración en determinados sectores, que entorpece el futuro desarrollo de algunos de los presupuestos de la Cumbre.

Por otro lado, el papel secundario que llega a jugar la Cumbre queda certificado con la aparición de una nueva instancia en el espacio latinoamericano-caribeño que, en realidad, agrupa a todos los Estados de la región, excepto a los Estados Unidos y Canadá. La constitución de la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (CELAC)³⁸ significa, también, que la Cumbre de las Américas no cumpla algunas de las funciones para las que fue creada y que no llegue a conformarse como una instancia desde la que se propongan decisiones y compromisos que, en su caso, alcancen algún tipo de contenido jurídico en los distintos campos que pueden ser objeto de la cooperación. La pérdida de protagonismo de la Cumbre se acentúa con la creación de un ente de esta índole que, en el fondo, se va a ocupar de las mismas materias de las que se encargan «las Cumbres del sistema de Miami» (aunque quizá con menos énfasis en lo económico). Es decir, en ambos casos, se tratan todos los sectores en los que es posible la colaboración entre los Estados americanos sin que se identifiquen compromisos específicos y sin que, tampoco, se llegue a acuerdos vinculantes. CELAC y Cumbre de las Américas van a compartir, entonces, la singularidad de que atienden, prácticamente los mismos Estados en los dos casos, el conjunto de temas que preocupan en la región a través de un mecanismo de Conferencias internacionales, con la única finalidad de

³⁶ SERBIN, A., «América del Sur en un mundo multipolar: ¿es la Unasur la alternativa?», *Revista Nueva Sociedad*, enero-febrero de 2009, núm. 219, pp. 145-156, esp. p. 146.

³⁷ Conviene consultar: BUSSO, A. «Unasur en el escenario del multilateralismo latinoamericano: Luces y sombras», *OASIS: Observatorio de Análisis de los Sistemas Internacionales*, 2016, núm. 24, pp. 45-67; CARVAJAL AGUIRRE, F., «UNASUR: Avances y limitaciones en la integración de América del Sur», *Anales. Revista de la Universidad de Cuenca*, vol. 57, julio de 2015, pp. 75-92; CIENFUEGOS MATEO, M. y SANAHUJA PERALES, J. A. (eds.), *Una región en construcción. UNASUR y la integración en América del Sur*, Barcelona, Fundación CIDOB, 2010; y DÍAZ BARRADO, C. M., «La Comunidad Suramericana de Naciones: propuestas y realizaciones», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 57, 2005, núm. 2, pp. 639-663.

³⁸ Muy en particular, ROJAS ARAVENA, F., «La comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños: ¿Una opción viable para consolidar el multilateralismo latinoamericano?», *Foreign affairs: Latinoamérica*, vol. 10, 2010, núm. 3, pp. 24-31; y ROJAS ARAVENA, F., «La Celac y la integración latinoamericana y caribeña. Principales claves y desafíos», *Nueva sociedad*, 2012, núm. 240, pp. 16-27.

ofrecer orientaciones y pautas de comportamientos. Ni en uno ni en otro caso se llega a la adopción de acuerdos obligatorios para los Estados.

En segundo lugar, la política de los Estados Unidos, principal impulsor de la Cumbre de las Américas, está en el origen de que, a la postre, se carezca de todo tipo de compromiso político que tenga algún tipo de trascendencia jurídica. El único ámbito en el que los Estados Unidos estaban dispuestos a vincularse por obligaciones jurídicas era el relativo al establecimiento de un espacio de Libre Comercio mediante un tratado y nunca se contempló llegar a asumir obligaciones en cualquiera otro de los sectores en los que era posible la cooperación. A medida que aumenta el «desinterés» de los Estados Unidos por la celebración de la Cumbre se aleja también la posibilidad de que esta se constituya en el motor para la asunción de acuerdos internacionales entre los Estados. En sus orígenes, sin embargo, los Estados Unidos realizan un planteamiento que debería llevar necesariamente a establecer una red de acuerdos internacionales, al menos en el ámbito económico y comercial. Las palabras del presidente norteamericano G. Bush, en 1990, apuntaban en esta dirección cuando formuló la Iniciativa para las Américas. Así, señaló que era necesario «crear incentivos para reforzar el creciente reconocimiento de América Latina de que las reformas de libre mercado son la llave para el crecimiento sostenido y la estabilidad política. Los tres pilares de nuestra nueva iniciativa son comercio, inversión, y deuda. Para expandir el comercio, yo propongo que empecemos un proceso de crear un zona hemisférica de libre comercio; para incrementar la inversión, que adoptemos medidas para crear un nuevo flujo de capital dentro de la región; y para fomentar la disminución de la carga de la deuda, un nuevo enfoque a la deuda de la región con importantes beneficios para nuestro medio ambiente»³⁹. Expresiones como estas llevan a pensar, sin duda, en la celebración de tratados que hagan efectivos objetivos de este tipo⁴⁰.

La ausencia de voluntad por los Estados Unidos de adoptar posiciones sólidas en la Cumbre hace también que esta instancia comience a perder influencia en la región y, sobre todo, que se constituya realmente como «una ocasión retórica». Los Estados participantes no están dispuestos a deducir consecuencias jurídicas de ningún tipo en los campos en los que sería posible la cooperación mutua. Todo deriva del «abandono» de la iniciativa ALCA y de las razones que están detrás de su fracaso, puesto que, como se ha dicho, «con el estancamiento de las negociaciones del ALCA, los países replantearon inmediatamente sus estrategias comerciales en la región», siendo así que «el vacío del ALCA está siendo llenado con una red de acuerdos bilaterales de última generación entre gran parte de los países que participaron en este proceso. Primero se negociaron acuerdos con los Estados Unidos de América y re-

³⁹ Citado por BRUNELLE, D., «Los Estados Unidos, el ALCA, y los parámetros de gobierno global», *Observatoire des Amériques, La Chronique des Amériques*, octubre de 2004, núm. 33, http://www.ieim.uqam.ca/spip.php?page=article-ameriques&id_article=3068&lang=fr.

⁴⁰ Un trabajo siempre de interés del primer periodo e inicios en la conformación de la Cumbre: PAZ BARNICA, E., *op. cit.*, nota 1.

cientemente se observa un mayor interés en profundizar y afianzar los lazos comerciales a través de acuerdos entre los demás participantes del ALCA»⁴¹. No obstante, la política exterior norteamericana se ha ido desentendiendo de la Cumbre y, desde luego, ha dejado claro que no está dispuesta a impulsar acuerdos, una vez que ha quedado comprobado el fin del ALCA en la región.

Por último, aunque el escaso liderazgo que quieren asumir los Estados Unidos en la Cumbre explica que esta carezca de todo contenido normativo e institucional, esto deriva también de la posición de buena parte de los Estados latinoamericanos y caribeños. Estos interpretan que deben prescindir de esta instancia como un marco idóneo para la adopción de acuerdos. Se aprecian, al menos, dos comportamientos en este sentido. En una primera etapa, que comienza cuando se pone fin al «periodo de consenso», el único objetivo de muchos Estados de la región parece ser impedir que se instaure el ALCA y, por tanto, expresan su voluntad de no celebrar un acuerdo de esta índole del que deriven obligaciones. Curiosamente, esta actitud se mantiene a pesar de que continúa la negociación del Acuerdo ALCA y se formulan propuestas para mejorar su contenido, sobre todo, en los aspectos relativos a la «dimensión social» de la integración y la toma en consideración de los distintos niveles de desarrollo de los Estados que participan en la iniciativa⁴². Pero, en una segunda etapa, la única preocupación de muchos de los Estados latinoamericanos y caribeños es «doblegar» algunos aspectos de la tradicional política de los Estados Unidos en relación con América Latina. De ahí que buena parte de algunas de las Cumbres que se realizan se destine tan solo a resolver la posición que debe ocupar Cuba en la «diplomacia del continente» y asegurar su inserción completa en la región. Tan es así que, a pesar de los principios que proclama la Cumbre de las Américas, estos Estados latinoamericanos y caribeños logran que Cuba llegue a participar como un actor más de la región⁴³. En definitiva, la posición de buena parte de los Estados de América Latina y el Caribe no está por la labor de que la Cumbre sirva como una plataforma para la asunción de obligaciones jurídicas en determinadas materias y tan solo se concibe como un espacio para «la confrontación política» entre dos visiones muy distintas de la realidad de América.

3. CONTRIBUCIÓN DE LA CUMBRE EN LA FORMACIÓN DE PRINCIPIOS DEL ORDEN INTERNACIONAL

Los instrumentos que se han adoptado en la Cumbre y que se han plasmado, básicamente, en Declaraciones y Planes de Acción, revelan posiciones

⁴¹ CHÁVEZ NÚÑEZ DEL PRADO, B., «El nuevo bilateralismo y el ALCA», *Agenda Internacional*, año XIII, 2007, núm. 24, pp. 115-138, esp. pp. 117 y 137.

⁴² Véase CASTRO ESCUDERO, A., «ALCA: ¿proyecto de integración viable?», *Comercio exterior*, vol. 48, 1998, pp. 820-825.

⁴³ Todo el proceso previo en DOMÍNGUEZ GUADARRAMA, R., «Cuba y Estados Unidos: el largo proceso del reconocimiento», *Latinoamérica*, vol. 60, 2015, núm. 1, pp. 53-92.

políticas de las que cabría extraer algunas consecuencias jurídicas, al menos, en el sector concerniente a principios que están recogidos o formándose en el ordenamiento internacional o que están cristalizando en el ámbito de la realidad americana. Este sería un campo en el que se podrían advertir algunas contribuciones de la Cumbre en el ámbito del Derecho internacional. No interesa tanto, sin embargo, detallar las posiciones de los Estados en la Cumbre, a la hora de afianzar o proclamar su adhesión a principios plenamente consagrados y asentados en el orden internacional o, en su caso, en un hipotético «Derecho regional americano», sino más bien comprobar si verdaderamente la Cumbre cumple también el papel de permitir la cristalización de principios jurídicos que están madurando y que, con el tiempo, podrían llegar a ser parte del ordenamiento jurídico internacional.

En esta perspectiva, no sería necesario analizar la postura de la Cumbre, por ejemplo, en materia de reconocimiento y protección de los derechos humanos. El principio que sustenta la defensa de estos derechos está completamente integrado en el orden internacional, con pleno valor jurídico. Lo único que podríamos decir es que la Cumbre, en efecto, ha destinado algunos esfuerzos por señalar la importancia de este principio y, asimismo, la adhesión de los Estados de América a las obligaciones que dimanarían de un principio así⁴⁴. Poco nuevo se añade en este sentido que no esté recogido en otros instrumentos internacionales. La clave no está en reconocer que las posiciones, en materia de derechos humanos, afianzan un principio estructural del orden internacional, con valor y consecuencias jurídicas, puesto que se trataría de una aportación limitada sino, sobre todo, comprobar si la Cumbre establece un sistema singular de reconocimiento y protección de los derechos humanos. Algo que, en realidad, no sucede. En pocas palabras, la Cumbre no ha instaurado «un sistema particular» de protección de los derechos humanos ni ha asumido compromisos jurídicos específicos en esta materia. Tan solo se ofrecen indicaciones sobre cuáles deben ser los comportamientos de los Estados en materia de derechos humanos⁴⁵.

Queda claro, entonces, que no interesa analizar lo que se refiere a principios que están consagrados y plenamente vigentes en el orden internacional. Resulta más interesante examinar aquello que contribuye a afirmar principios que todavía no están aceptados unánimemente por la comunidad internacional y a los que las referencias de la Cumbre, y el modo en que se realizan, pueden contribuir a su consolidación. En esta línea, no resulta fácil identificar esos principios de naturaleza eminentemente política pero

⁴⁴ El valor de los derechos humanos en la Cumbre queda claro y se repite hasta la saciedad. La Declaración de Miami parte de la vinculación entre Democracia y derechos humanos y, en concreto, en el Plan de Acción se recoge un apartado singular respecto a la «promoción y protección de los derechos humanos», http://www.summit-america.org/iii_summit_sp.html, punto I, apdo. 2.

⁴⁵ Lo mismo cabe predicar del «principio» relativo al «desarrollo sostenible» mencionado, también, con reiteración. Para conocer este «principio» un trabajo de interés, en perspectiva jurídica, de hace tiempo: BERMEJO GARCÍA, R. y DOUGGAN BEACA, J. D., «El derecho al desarrollo: un derecho complejo con contenido variable», *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 8, 1985, pp. 211-249.

que reciben un trato que está destinado a que, con el tiempo, formen parte integrante de los principios esenciales del orden internacional o, en su caso, como principios sectoriales en algunos de los campos que conforman el Derecho internacional contemporáneo. Seguramente, la labor de la Cumbre destaca, particularmente, en relación con dos «principios» que expresan «tendencias» muy claras en la actual sociedad internacional, siendo así que esta contribuye sobremedida a su cristalización, por lo menos en el ámbito americano y, más allá, quizá con un alcance también universal. En particular, el «principio democrático» que recibe un tratamiento similar en otras regiones del planeta como es en el caso europeo en especial⁴⁶ pero que tiene sus especificidades en América. También, el «principio relativo al Libre Comercio» que hace tiempo que comenzó a ser considerado en perspectiva jurídica y no con parámetros exclusivamente económicos. Casi todas las Cumbres, sobre todo las primeras, incorporan referencias a estas nociones y su importancia se puede apreciar: primero, en que en la Cumbre están representados todos los Estados del continente americano con lo que la afirmación de «un nuevo principio» alcanzaría un significado al menos regional; y, segundo, en que la formulación que se hace de estos «principios» tiene probabilidad suficiente para que se determinen consecuencias jurídicas en el proceso de su conformación en el orden internacional⁴⁷.

3.1. El «principio democrático»: aportaciones específicas en el ámbito jurídico

En la Cumbre se repite, como una especie de letanía, que la democracia no solo es el régimen político-jurídico que deben revestir los Estados de la región, sino que, además, supone un componente imprescindible para la cooperación entre los Estados. La propia constitución de la Cumbre responde a este objetivo. La Declaración de Miami afirma, con rotundidad y desde el principio, que «los jefes de Estado y de Gobierno elegidos de las Américas estamos comprometidos a fomentar la prosperidad, los valores y las instituciones democráticas y la seguridad de nuestro Hemisferio. Por primera vez en

⁴⁶ Algunos títulos para el ámbito americano: ZELA MARTÍNEZ, H., «The Organization of American States and its Quest for Democracy in the Americas», *Yale Journal of International Affairs*, vol. 23, 2013, pp. 23-36; COOPER, A. F., «The Quebec City “democracy summit”», *The Washington Quarterly*, vol. 24, 2010, núm. 2, pp. 159-171; DANNENMAIER, E., «Trade, Democracy, and the FTAA: Public Access to the Process of Constructing a Free Trade Area of the Americas», *Fordham International Law Journal*, vol. 27, 2003, núm. 4, pp. 1066-1117; AZPURU, D. y SHAW, C. M., «The United States and the Promotion of Democracy in Latin America: Then, Now and Tomorrow», *Orbis*, primavera de 2010, pp. 252-267; y RODRÍGUEZ OLIVARI, D., *The Role of the Organization of American States in Promoting Democracy*, IDEA, International Institute for Democracy and Electoral Assistance, 2014.

⁴⁷ La creación de la Cumbre responde a tres motivos que lo permiten, pues, como se señaló, «cette rencontre a été un succès notable pour trois raisons. Tout d'abord, le sommet a réussi à réunir 34 chefs d'État américains, soit les représentants de tous les pays de l'hémisphère sauf Cuba. Cette rencontre a ensuite permis de bâtir un agenda régional sur une variété de thèmes [...]. Finalement, les participants au Sommet de Miami ont mis en place une série de rencontres intergouvernementales qui ont assuré une progression dans la coopération interaméricaine», MIGNEAULT, D., *op. cit.*, nota 1, p. 2.

la historia, las Américas son una comunidad de sociedades democráticas»⁴⁸. Ahora bien, la democracia no ha alcanzado la categoría de principio en el orden internacional y, a lo más, se advierte una «tendencia» a que llegue a ser, con el tiempo, uno de los presupuestos básicos, con implicaciones normativas, en este ordenamiento jurídico⁴⁹. Se podría calificar, en realidad, como un «principio en formación» que recibe un sustancial apoyo por parte de muchos Estados de la comunidad internacional y que, en concreto, tiene trascendencia en algunas regiones del planeta, entre las que destaca el continente americano. Desde el inicio la Cumbre ha contribuido, en términos jurídicos, a la conformación de este principio, eso sí, en un marco más general de lo que acontece en las distintas instancias de cooperación y esquemas de integración que tienen lugar en la región⁵⁰.

Así, podemos establecer dos conclusiones que son complementarias: primera, la Cumbre realiza una aportación específica y singular al «principio democrático»; y, segunda, esta contribución debe ser entendida también en relación con las posiciones que respecto al «principio» han adoptado otras instituciones e instancias americanas que se han ocupado de esta cuestión, en concreto, la significativa labor que ha desarrollado la OEA⁵¹ aunque, asimismo, se registran destacados logros en los distintos esquemas de integración americanos. La confluencia de ambos aspectos permite decir que la Cumbre estimula el reconocimiento universal del «principio democrático» y, sobre todo, consolida la validez, con efectos jurídicos, de la democracia en el orden regional americano⁵². En este sentido, se recuerda que, en la Cumbre de Quebec, en 2001, «fue iniciada la preparación de la Carta Democrática Interamericana, la cual reforzó los instrumentos de la OEA para defender activamente la democracia representativa hacia lo interno de la región»⁵³. Esta estrecha vinculación entre el quehacer de la Cumbre y las tareas que desarrollan otras instancias americanas permite entender, con toda intensidad, la contribución

⁴⁸ http://www.summit-americas.org/i_summit_sp.html. Para este apartado, véase también mi artículo en la *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, diciembre de 2018, núm. 36, titulado: «El “principio democrático” al hilo del Acuerdo sobre Diálogo Político y Cooperación entre la Unión Europea y Cuba».

⁴⁹ Imprescindible la lectura para abordar esta cuestión de CHARLESWORTH, H., «Democracy and International Law», *RCADI*, vol. 371, 2014, pp. 43-152.

⁵⁰ Muchas son las aportaciones a la noción de democracia en los esquemas regionales y subregionales de integración. Por todos, en los ámbitos de Mercosur y Comunidad Andina: HUMMER, W., «El “Diálogo Político” y el Compromiso Democrático en las zonas de integración económica en América Latina», en DRNAS DE CLÉMENT, Z. (coord.), *Libro Homenaje al Profesor Ernesto J. Rey Caro*, Córdoba, República Argentina, Drnas-Lerner, 2002, pp. 1241-1280.

⁵¹ Conviene consultar al respecto, las precisiones que hace ROLDAN BARBERO, J., *Democracia y Derecho internacional*, Madrid, Civitas, 1994.

⁵² Se ha dicho, que «la importancia de la Primera Cumbre [...], provino de plantear como factor político no negociable el apoyo al sistema democrático en el continente y facilitar el fortalecimiento de las bases que legitimaban el sistema político», PÉREZ TORO, J. A., «Democracia y Cumbre de las Américas», *RAI, Revista Análisis Internacional*, vol. 5, año 2012, pp. 65-103, esp. p. 74.

⁵³ MAIHOLD, G., «Las Cumbres hemisféricas y su impacto regional-un balance», en JARQUE, C. M., SALVADORA ORTIZ, M. y QUENAN, C. (eds.), *América Latina y la Diplomacia de Cumbres*, Secretaría General Iberoamericana, octubre de 2009, p. 65.

que la Cumbre realiza a la consagración, al menos en el plano regional, del «principio democrático» y las consecuencias jurídicas que se derivan de ello. Conviene, sin embargo, distinguir ambos planos, por lo menos a los efectos de una cabal comprensión de la verdadera aportación de la Cumbre en la formulación y aceptación de este principio.

i) La Cumbre ha desarrollado una ingente labor destinada a afirmar el «principio democrático» y darle un contenido más allá de lo político para que tenga, en suma, trascendencia en el ámbito jurídico. Las Cumbres celebradas hasta ahora confirman esta aseveración. Sin embargo, se observan algunas consecuencias prácticas más allá de las afirmaciones, a veces retóricas, en torno al criterio de la democracia. En particular, se acoge con naturalidad un concepto de democracia específico: «la democracia representativa» y no se tienen en cuenta, en concreto, otros modelos de democracia. La Declaración de Miami lo deja claro al decir que «la Carta de la Organización de los Estados Americanos establece que la democracia representativa es indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región. [...] La democracia se basa, entre otros principios fundamentales, en elecciones libres y transparentes, e incluye el derecho de todos los ciudadanos a participar en el gobierno»⁵⁴. Esta posición se repite hasta la saciedad. Ahora bien, con el tiempo se advierte una probable contradicción, a partir de 2015, entre la afirmación del «principio democrático» y la aceptación de que algunos Estados, como Cuba, participen en el «sistema de Cumbres», lo que seguramente se explica porque se quiere establecer un marco de cooperación con la isla que le lleve paulatinamente al establecimiento de procedimientos de democracia representativa. La no invitación a Venezuela para que participase en la VIII Cumbre de las Américas, en Lima, en 2018, sin embargo, camina en una dirección contraria. En cualquier caso, comportamientos de este tipo no «contradicen», en esencia, la nítida tendencia de los Estados de la región que deben contar con un régimen democrático.

Asimismo, la Cumbre intenta extraer todas las consecuencias posibles de la afirmación del «principio democrático» y plantea, por tanto, los distintos sectores en los que podría tener efectos político-jurídicos. Así, por ejemplo, se comprueba cómo en la Declaración de Lima, en 2018, se destacan, dentro del concepto de «Gobernabilidad democrática frente a la corrupción», muchos de los sectores en los que incide el «principio», como el fortalecimiento de la gobernabilidad democrática, la transparencia, el acceso a la información, la protección de denunciantes y derechos humanos, incluyendo la libertad de expresión, o el financiamiento de organizaciones políticas y campañas electorales, entre otros. Esto, a pesar de que esta Cumbre no incide en el «principio» como tal. Los Planes de Acción de otras Cumbres conducen a la misma conclusión. En cualquier caso, la principal aportación de la Cumbre ha sido que se estableció, desde los inicios, un «mecanismo específico de reacción», aunque no detallado, frente a supuestos en los que

⁵⁴ http://www.summit-americas.org/i_summit_sp.html.

se produce la ruptura del orden constitucional en alguno de los Estados de América⁵⁵.

ii) La Cumbre recoge las experiencias en materia de democracia de otras instancias regionales y subregionales y las aglutina en una instancia más amplia para estimular su aceptación como «principio» rector de las relaciones entre los Estados, con consecuencias políticas y jurídicas. En concreto, se establece una estrecha vinculación entre la labor que realiza la Cumbre y los trabajos que ha realizado la OEA en el campo de la democracia. En puridad, los logros normativos de la OEA en relación con el «principio democrático» no son propios de la Cumbre, pero esta instancia sí ha procurado impulsar y perfilar algunos avances normativos que resultan notables en la Organización hemisférica. En esta línea, la adopción de la Carta Democrática Interamericana, en 2001, es un resultado de la tarea normativa que realiza la OEA pero encuentra un respaldo decisivo en las posiciones que asume la Cumbre. El propio Preámbulo de la Carta comienza destacando la «cláusula democrática» que se adoptó en la Cumbre de Québec. Además, todas las interpretaciones coinciden en señalar que esta Cumbre supone el origen de la adopción de la Carta, aunque su aprobación formal le sea atribuible a la OEA⁵⁶.

Así, por ejemplo, lo indicó el Representante Permanente de Chile, en el momento oportuno: «El proyecto de Carta Democrática que acabamos de adoptar formalmente responde a la voluntad de nuestros jefes de Estado y de Gobierno. La cláusula democrática consagrada por ellos en la Declaración de Quebec será, a partir de su aprobación por nuestros cancilleres en Lima, el mecanismo preventivo y reparador para proteger la institucionalidad democrática contra cualquier intento de abolirla»⁵⁷. Queda claro que el mandato político de Quebec se tradujo finalmente en un instrumento con eficacia jurídica y que, en este sentido, la Cumbre ha cumplido un papel esencial en su elaboración y contenido. No corresponde entrar ahora en el análisis de la Carta, pero sí resaltar que es también un resultado específico de la Cumbre que encontró traducción normativa a través de los procedimientos y mecanismos de la OEA que, desde hace tiempo, venía afirmando el «principio democrático»⁵⁸. Este hecho resulta innegable y, por tanto, se debe sumar en el haber de la Cumbre. Con ello, se constata una contribución de la Cumbre a

⁵⁵ Así, en Quebec, en 2001, se dice que «cualquier alteración o ruptura inconstitucional del orden democrático en un Estado del Hemisferio constituye un obstáculo insuperable para la participación del Gobierno de dicho Estado en el proceso de Cumbres de las Américas. Tomando debidamente en cuenta los mecanismos hemisféricos, regionales y subregionales existentes, acordamos llevar a cabo consultas en el caso de una ruptura del sistema democrático de un país que participa en el proceso de Cumbres», http://www.summit-americas.org/iii_summit_sp.html. Esto queda plasmado, con posterioridad en la Carta Democrática Interamericana.

⁵⁶ Véanse las referencias en la obra: OEA, *Carta Democrática Interamericana, Documentos e interpretaciones*, Washington, DC, 2003.

⁵⁷ Acta de la sesión ordinaria del Consejo Permanente de la Organización, celebrada el 6 de septiembre de 2001, Washington, DC, en OEA, *Carta Democrática Interamericana, Documentos e interpretaciones*, op. cit., nota 55, p. 61.

⁵⁸ GRATIUS, S., «Diez años de la Carta Democrática Interamericana», FRIDE, *Policy Brief*, vol. 61, septiembre de 2011, pp. 1-5.

la consolidación del «principio democrático» en el ámbito regional y, en consecuencia, se destaca la influencia que pudiera tener la Carta Democrática Interamericana en el plano universal⁵⁹.

3.2. El Libre Comercio como principio de las relaciones entre los Estados americanos: incertidumbres sobre su naturaleza y grado de aceptación

El comienzo de la Cumbre estuvo marcado por la acogida de un principio, en el ámbito económico, que podría tener efectos en el plano jurídico. La búsqueda del Libre Comercio no solo como un objetivo básico para la integración hemisférica sino, también, como fundamento del comportamiento de todos los Estados de América. La Declaración de Miami es precisa en esta materia al decir que se pretende promover «la prosperidad a través de la integración económica y el libre comercio» puesto que «una clave para la prosperidad es el comercio sin barreras, sin subsidios, sin prácticas desleales y con un creciente flujo de inversiones productivas. La eliminación de los obstáculos para el acceso al mercado de los bienes y servicios entre nuestros países promoverá nuestro crecimiento económico». Para terminar diciendo que «el libre comercio y una mayor integración económica son factores clave para elevar el nivel de vida, mejorar las condiciones de trabajo de los pueblos de las Américas y proteger mejor el medio ambiente»⁶⁰. La apuesta por el Libre Comercio es tan firme que pronto llega a convertirse en un «principio rector» que debe inspirar el comportamiento y las decisiones de los Estados de la región.

Ahora bien, en la comunidad internacional, al igual que no existe un criterio de legitimidad en el orden político, por lo que todo Estado puede establecer el régimen ideológico y político que estime más pertinente, tampoco se dispone de un criterio de «legitimidad económica», por lo que todo modelo económico, en esencia, es compatible con el ordenamiento jurídico internacional. En otros términos, el Libre Comercio no ha cristalizado todavía como un «principio estructural del orden internacional» y no parece que constituya, tampoco, un principio sectorial plenamente aceptado en el Derecho internacional económico, como norma consuetudinaria⁶¹. Las expresiones que recoge la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de Naciones Uni-

⁵⁹ En particular: OLMEDO GONZÁLEZ, H., «Diez años de la Carta Democrática Interamericana: un régimen internacional para la defensa de la democracia», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales (REEI)*, 2011, núm. 22, pp. 1-27.

⁶⁰ http://www.summit-americas.org/i_summit_sp.html.

⁶¹ Un trabajo sobre este principio y la costumbre internacional: MITCHELL, A. D. y VOON, T., «Free Trade Agreements and Public International Law», *Legal Studies Research Paper*, University of Melbourne, 2007, núm. 321, pp. 1-27 (disponible en <https://ssrn.com/abstract=1123263>). También conviene la lectura, en el marco de la labor de la Organización Mundial del Comercio (OMC) de PAUWELYN, J., «The rol of Public international law in the WTO: how far can we go?», *AJIL*, vol. 95, 2001, pp. 535-578; NEUWAHL, N. A. y WEILER, J. H. H. (eds.), «The EU, the WTO and the NAFTA-Towards a Common Law of International Trade», *European Foreign Affairs Review*, vol. 6, 2011, núm. 1, pp. 144-145. En la

das en esta materia siguen vigentes, por ahora, al señalar que: «Todo Estado tiene el derecho inalienable a elegir su sistema político, económico, social y cultural, sin injerencia en ninguna forma por parte de ningún otro Estado»⁶². En definitiva, la consagración jurídica del «principio de Libre Comercio» no se ha producido, pero ello no quita que no exista una tendencia, más acentuada en algunas regiones del planeta, a consagrarlo con significado no solo político sino también jurídico, del que derivarían derechos y obligaciones. Precisamente esto sucede en el continente americano. La importancia que adquiere la Cumbre en este ámbito deriva, al menos, de dos consideraciones complementarias:

Por un lado, la mayor parte de los Estados americanos están embarcados en esquemas de integración en los que el Libre Comercio es una pieza esencial. Ello se ha plasmado en acuerdos que implican derechos y obligaciones para los Estados. En la práctica, los cuatro esquemas de integración subregionales en América (CAN, SICA, MERCOSUR, CARICOM) reconocen el valor político-jurídico del Libre Comercio. Pero, incluso, parte de los esquemas regionales de integración caminan también en esta dirección. Recientemente, la constitución de la Alianza del Pacífico ha subrayado el valor que tiene el Libre Comercio como «principio capital» de las relaciones entre los Estados. El Acuerdo Marco, de 2012, busca «construir, de manera participativa y consensuada, un área de integración profunda para avanzar progresivamente hacia la libre circulación de bienes, servicios, capitales y personas»⁶³ [art. 3, párr. 1, apdo. a)]. Esto implica necesariamente la creación de un espacio de Libre Comercio como condición previa del resto de los estadios de la integración económica.

Mucho antes, cuando se constituía la Cumbre de las Américas, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), en 1994, concedió al Libre Comercio un papel sustancial para los Estados parte. Así, estos Estados «de conformidad con lo dispuesto en el art. XXIV del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, establecen una zona de libre comercio»⁶⁴ (art. 101), que es descrita con precisión a lo largo del tratado y que especifica los derechos y obligaciones que implica. Todo esto, a pesar de los recientes avatares que ha sufrido este tratado y que, en todo caso, ha supuesto el «triumfo» del Libre Comercio. En resumen, la práctica de la integración en

doctrina española resalta el trabajo de MANERO SALVADOR, A., *Los tratados de libre comercio de Estados Unidos y de la Unión Europea*, Barcelona, Bosch, 2018.

⁶² Declaración sobre los principios de Derecho internacional referente a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, A/RES/2625, de 24 de octubre de 1970.

⁶³ <https://alianzapacifico.net/documentos/>. Por todos, PAMPILLO BALIÑO, J. P., «La Alianza del Pacífico y la integración jurídica latinoamericana. Antecedentes, balance y perspectivas», en TREMOLADA ÁLVAREZ, E. (ed.), *La arquitectura del ordenamiento internacional y su desarrollo en materia económica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 365-406, y MALAMUND, C., «La Alianza del Pacífico: un revulsivo para la integración regional en América Latina», *Real Instituto Elcano, ARI*, 2012, núm. 46.

⁶⁴ Organización de Estados Americanos, Sistema de Información sobre Comercio Exterior (SICE), http://www.sice.oas.org/Trade/nafta_s/CAP01.asp#Pa.1.

América confirma completamente que el Libre Comercio está bien arraigado y que comienza a percibirse como el componente económico principal en las relaciones entre los Estados de la región⁶⁵.

Por otro lado, el Libre Comercio adquiere autonomía en la Cumbre y, además, le añade un valor especial como eventual principio de las relaciones económicas entre los Estados. Proclamar el Libre Comercio en la Cumbre significa que es aceptado por prácticamente todos los Estados de América y que, con ello, toda una región del planeta pondría al Libre Comercio como presupuesto básico de las relaciones económicas internacionales. Ahora bien, cabe hacer algunas precisiones. En primer lugar, las posturas en relación con el Libre Comercio han ido variando con el tiempo. Hasta la Cumbre de 2005, en la que fracasa el establecimiento de ALCA, se observa una plena adhesión a este principio, que va disminuyendo con el tiempo. A partir de entonces, ni siquiera la expresión «Libre Comercio» aparece en las Declaraciones finales de Cumbres posteriores. Esto debilita, sin duda, su consideración como «principio rector» de las relaciones entre los Estados de la región o, por lo menos, como fundamento básico en el plano hemisférico. En segundo lugar, la no adopción del Acuerdo ALCA ha privado de que se exprese un sólido compromiso con el Libre Comercio. La imposibilidad de alcanzar el acuerdo, que traducida en términos jurídicos los derechos y obligaciones que se derivan del Libre Comercio, lleva a pensar que todavía no puede hablarse de un principio plenamente asentado en el orden regional y que, a lo sumo, con base en el comportamiento de los Estados en otras instancias, se trataría de un «principio en formación» que tiene bastantes dificultades para su conformación jurídica. Pero el «abandono» del principio del Libre Comercio en la Cumbre no debe hacer olvidar, como hemos dicho, que a partir de 2005 se incrementa el número de acuerdos bilaterales en esta materia en América y que, por tanto, de manera más fragmentada, se sigue incidiendo en la validez política y jurídica de un principio así⁶⁶. En verdad, se insta una tupida red de acuerdos bilaterales y regionales de Libre Comercio en América a pesar de que se abandone el objetivo del Libre Comercio en el marco multilateral hemisférico.

Con todo, la regla del Libre Comercio no se concibe como principio del orden internacional del que deriven comportamientos obligatorios para los Estados, pero sí conforma «una práctica habitual» entre los Estados de la región. Las posiciones de la Cumbre han contribuido a asentar una regla de

⁶⁵ Incluso en esquemas de integración con otra orientación ideológica, como la Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América (ALBA), no debe sorprender que se acoja también la noción de Libre Comercio, aunque se le dé una visión distinta a la tradicional. En la XI Cumbre del ALBA-TCP, en 2012, se firmó un acuerdo para el establecimiento de un Espacio Económico del ALBA-TCP (ECOALBA-TCP) y a partir de entonces, se celebró un Acuerdo de Complementación Económica. Véase SISTEMA ECONÓMICO LATINOAMERICANO Y DEL CARIBE (SELA), «El ALBA-TCP como mecanismo de cooperación de alcance regional», Caracas (Venezuela), Secretaría Permanente, julio de 2013, SP/Di, núm. 4-13.

⁶⁶ En particular, SELA, «Estado actual del proceso de integración en América Latina y el Caribe», XLI Reunión Ordinaria del Consejo Latinoamericano, Caracas (Venezuela), 25 al 27 de noviembre de 2015, SP/CL/XLI.O/Di, núm. 15-15.

conducta en materia de Libre Comercio que incorpora, al menos, los aspectos esenciales que existen en todo acuerdo de estas características. Más aún, en América son pocas las posturas que rechazan esta práctica más allá de decisiones políticas puntuales y coyunturales que expresen algunos Estados en función de criterios de política interna. Lo que se constata, en definitiva, es que se ha producido «el rápido crecimiento de zonas regionales de libre comercio»⁶⁷ y que esto ha sucedido, en particular, en América, al hilo también de la filosofía que inspira la implantación de la Cumbre.

4. CONCLUSIONES

No resulta fácil determinar el papel que cumple la Cumbre de las Américas en la configuración del ordenamiento jurídico internacional. No se han dispuesto procedimientos normativos ni un sólido marco institucional que permitan avanzar en la plasmación de acuerdos de naturaleza vinculante y, ni tan siquiera, la Cumbre ha constituido una instancia que adopte declaraciones de las que quepa extraer algún tipo de consecuencia jurídica. A lo más, contamos con declaraciones meramente políticas que se sitúan, en algunas ocasiones, en el campo de la retórica. Las pautas, orientaciones e indicaciones de las Declaraciones finales de la Cumbre y los Planes de Acción no han sido suficientes, en la mayoría de los casos, para atestiguar decisiones y compromisos que estén dotados de cierta eficacia jurídica. La conclusión, por tanto, resulta clara: ni la Cumbre surgió específicamente como una instancia para estimular la adopción de acuerdos ni tampoco representa una oportunidad para la adopción de normas de las que deriven derechos y obligaciones. Como se ha indicado, lo más, es que «las Cumbres de las Américas, en el contexto del multilateralismo, han transformado la naturaleza y la dinámica del diálogo político en el hemisferio occidental, y han acelerado el proceso de integración regional. Sus mandatos se han convertido en guías para la superación estratégica de los problemas de las Américas, y por ello es responsabilidad de todos [...] propender por su ejecución y participar en sus mecanismos de seguimiento»⁶⁸.

Ahora bien, sin contradecir lo anterior, la Cumbre no está incapacitada para cumplir funciones más allá de lo meramente político. El examen de la práctica depara que puede realizar algunos aportes en perspectiva jurídica. Por una parte, estuvo a punto de estar en la base del primer acuerdo de Libre Comercio entre «todos» los Estados de América. Las negociaciones para ALCA son resultado precisamente de la Cumbre y tienen lugar por un nítido compromiso político. Por otra parte, algunos principios del orden internacio-

⁶⁷ HERDEGEN, M., *Derecho Económico Internacional*, Bogotá DC, Editorial Universidad del Rosario, diciembre de 2012, p. 187.

⁶⁸ CASTAÑEDA APONTE, N. y MOYA MANCIPE, D. (redactores), *Cumbres de las Américas: Gobierno y ciudadanía*, Bogotá (Colombia), Red Democracia Activa y Ministerio de Relaciones Exteriores, agosto de 2009, p. 3.

nal en proceso de cristalización pueden recibir un decisivo respaldo a través de las posiciones que asuman Conferencias internacionales. El largo proceso de cristalización de la democracia como principio estructural del orden internacional encontró aportes significativos en la Cumbre. Así, el compromiso político expresado en Quebec, en 2001, está en la base principal de la adopción de la Carta Democrática Interamericana por parte de la OEA que tiene, sin duda, un cierto valor y eficacia jurídica. Pero, además, la maduración de una regla internacional relativa al Libre Comercio encuentra fundamento en las decisiones políticas de algunas de las Cumbres que se han celebrado. La realidad americana de cooperación e integración es sumamente compleja pero una instancia como la Cumbre, a veces espacio para la concertación y otras veces escenario para la confrontación, desempeña un papel en los ámbitos del diálogo y también ha promovido compromisos, a pesar de que tengan un escaso contenido normativo.

Es normal que el devenir de la Cumbre de las Américas quede condicionado básicamente por la situación política que impere en América y, en concreto, en los Estados que la conforman, pero, infortunadamente, la realidad americana proporciona muchos casos en los que priman mucho más los aspectos políticos más puntuales sobre la verdadera vocación de integración. En esta línea, ejemplo fehaciente de esta situación es la decisión de no continuar con la adopción de un tratado de Libre Comercio para toda América. Esto refleja, una vez más, que resulta preciso que las expresiones de la cooperación en el hemisferio cuenten, al menos, con algunos componentes de naturaleza jurídica. Los cambios políticos que se producen en los Estados de América condicionan demasiado las posiciones que se adoptan en la Cumbre. El interés inicial por desarrollar el «principio democrático» y por el establecimiento del Libre Comercio ha decaído, en la actualidad, por razones de este tipo. En todo caso, el examen de los «compromisos» que se expresan en la Cumbre desde su creación permite sostener la existencia todavía de un «acervo común» que incorpora algunos «compromisos políticos» que, con el tiempo, pudieran encontrar traducción jurídica.

RESUMEN

LA CUMBRE DE LAS AMÉRICAS: UN ESPACIO PARA LA COOPERACIÓN SIN APENAS PROYECCIÓN NORMATIVA

La práctica de la Cumbre de las Américas enseña que es una instancia destinada a la cooperación entre los Estados de la región que ha tenido una escasa labor normativa. No obstante, esta Cumbre cumple las condiciones precisas para que en su seno se adopten acuerdos de naturaleza jurídica y, sobre todo, sirve de estímulo para la proclamación de algunos principios esenciales que, con el tiempo, pueden formar parte del ordenamiento jurídico internacional. En ningún caso, más allá de los resultados concretos, debemos prescindir de instancias de este tipo en la configuración del Derecho internacional puesto que la realidad prueba que, muchas veces, las posiciones políticas de los Estados reciben, con el tiempo, una traducción jurídica. Por lo menos, con independencia de que finalmente no se adoptó un acuerdo sobre el establecimiento de un Área de Libre Comercio en las Améri-

cas, la Cumbre ha puesto los acentos en el «principio democrático» que ha llegado a tener valor jurídico en la región y en el «principio de Libre Comercio» que, con seguridad, está en proceso de cristalización en el ámbito consuetudinario.

Palabras clave: conferencias internacionales, cooperación internacional, principio democrático, Acuerdos de Libre Comercio.

ABSTRACT

THE SUMMIT OF THE AMERICAS: AN AREA FOR COOPERATION WITH LITTLE LEGAL PROJECTION

The Summit of the Americas' practice shows us that it is a cooperation body between States of the region which has developed the little normative work. However, this Summit fulfils the precise conditions to allow States to adopt legal agreements within it. Above all, the Summit of the Americas encourages the proclamation of some essential principles which could eventually be part of the international legal order. Beyond the specific results, under no circumstances we should dispense with bodies of this type in the domain of International Law. In fact, often and many times, practice shows that political positions of States receive a legal translation. As it is known, the Summit adopted no agreement on the establishment of a Free Trade Area in the Americas. However, at least, the Summit of the Americas has focused in the «democratic principle» which has gained legal force in the region as well as in the «Free Trade principle» that, surely, in the field of customary law is in the process of crystallization.

Keywords: international conferences, international cooperation, democratic principle, Free Trade Agreements.

LA DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE EN LOS REGLAMENTOS EN MATERIA DE RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL Y EFECTOS PATRIMONIALES DE LAS UNIONES REGISTRADAS 2016/1103 Y 2016/1104

Guillermo PALAO MORENO*

SUMARIO: 1. CUESTIONES INTRODUCTORIAS.—1.1. Contexto conflictual en el que surgen los Reglamentos y objetivos que persiguen.—1.2. Una tramitación dilatada y dos Reglamentos completos con propuestas «casi» paralelas.—1.3. Objeto del estudio, ámbito de aplicación de los Reglamentos y su incidencia en el sector de la ley aplicable.—2. EL JUEGO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.—2.1. Una *electio iuris* limitada.—2.2. La validez material y formal de la elección de ley aplicable y de las capitulaciones matrimoniales.—3. LEY APLICABLE EN DEFECTO DE ELECCIÓN.—4. ÁMBITO DE LA LEY RECTORA Y TUTELA DE LOS INTERESES DE TERCEROS.—5. NORMAS DE APLICACIÓN.—5.1. Adaptación de los derechos reales, leyes de policía, orden público y exclusión del reenvío.—5.2. Conflictos territoriales e interpersonales de leyes.—6. A MODO DE CONCLUSIÓN.

1. CUESTIONES INTRODUCTORIAS

1. Las instituciones europeas han dado un significativo paso adelante, en la conformación de un Derecho internacional privado (DIPr) de familia y sucesiones, con la aprobación del Reglamento (UE) núm. 2016/1103, del Consejo, de 24 de junio, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales, y del Reglamento (UE) núm. 2016/1104, del Consejo, de la misma fecha, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas¹.

* Catedrático de Derecho internacional privado, Universitat de València. E-mail: Guillermo.palao@uv.es.

¹ Ambos publicados en el *Diario Oficial de la Unión Europea (DO)* núm. L 183, de 8 de julio de 2016; corrección de errores *DO* núm. L 113, de 29 de abril de 2017.

1.1. Contexto conflictual en el que surgen los Reglamentos y objetivos que persiguen

2. Los Reglamentos 2016/1103 y 2016/1104 se vienen a sumar a los distintos hitos que, con fuerza renovada desde inicios del presente siglo, han ido jalonando la política de cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza de la UE². Y ello, en particular y con respecto al ámbito del DIPr de familia y sucesiones, con el objetivo de favorecer la libre circulación de las personas, en el espacio de libertad, seguridad y justicia europeo³. Un espacio donde se aprecia en la actualidad, un aumento en la movilidad de las personas y el incremento de parejas mixtas, en un contexto normativo caracterizado por las significativas diferencias existentes en la gestión legal que merecen tales instituciones, desde los sistemas normativos (tanto sustantiva, como internacional-privatista) de los Estados miembros de la UE⁴.

Esta diversidad se pone de manifiesto, de modo particular, no ya en relación con la institución matrimonial y los efectos económicos que de la misma se coligen, sino al respecto de las uniones registradas y su dimensión patrimonial. Una forma de unión que, ni tan siquiera cuenta con una legislación propia que la ordene en todos los Estados miembros y, en caso de existir tal normativa, resultan notables las diferencias existentes entre los distintos modelos nacionales en el marco de la Unión Europea⁵. El caso español resulta singularmente llamativo y perturbador al respecto. Y ello, debido a que España carece actualmente de un marco normativo —ya se trate de supuestos internos o internacionales—, no solo al respecto de las uniones registradas, sino con carácter general al respecto de las relaciones *more uxorio*⁶. Y ello,

² En este sentido, el Reglamento 2201/2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (DO L 338, de 23 de diciembre de 2003; corrección de errores DO L 82, de 22 de marzo de 2013); Reglamento 4/2009, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones y la cooperación en materia de alimentos (DO L 7, de 10 de enero de 2009; corrección de errores DO L 131, de 18 de mayo de 2011); Reglamento 1259/2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (DO L 343, de 29 de diciembre de 2010); Reglamento 650/2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo (DO L 201, de 27 de julio de 2012).

³ También, 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 Europea*, 2016, núm. 40, pp. 1-21, esp. p. 5.

⁴ Un amplio análisis comparativo en QUINZÁ REDONDO, P., *Régimen económico matrimonial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 39-166. Desde la conflictual, en concreto, el *Étude sur les régimes matrimoniaux des couples mariés et sur le patrimoine des couples non mariés dans le droit international privé et le droit interne des états membres de l'union européenne* (accesible en http://ec.europa.eu/civiljustice/publications/docs/regimes/report_regimes_030703_fr.pdf).

⁵ En cuyo caso no les obligaría el Reglamento, según el considerando 17.

⁶ SÁNCHEZ LORENZO, S., «Las parejas no casadas ante el Derecho Internacional privado», *REDI*, 1989-2, XLI, pp. 487-531. Sobre sus efectos patrimoniales, CEBRIÁN SALVAT, M. A., «Los efectos patrimoniales de las parejas no registradas en Derecho Internacional privado español», *CDT*, vol. 10, 2018, núm. 1, pp. 127-143, esp. p. 138 (disponible en www.uc3m.es/cdt). Favorable a un tratamiento conflictual unitario de estas relaciones, FONTANELLAS MORELL, J. M., «La ley aplicable a los regímenes

a diferencia de la legislación prevista en las CCAA, aunque empleando una distinta terminología, así como con un dispar contenido y alcance⁷.

1.2. Una tramitación dilatada y dos Reglamentos completos con propuestas «casi» paralelas

3. La tramitación de los Reglamentos 2016/1103 y 2016/1104 ha distado de ser sencilla y expeditiva⁸. Así las cosas, encontramos precedentes a la voluntad de dotar a esta materia de una regulación uniforme en la UE en el Plan de Acción de Viena de 1998⁹, con reiteraciones en diversos Programas y Proyectos posteriores¹⁰. Sin embargo, su impulso más relevante se situó en la publicación del «Libro Verde sobre el conflicto de leyes en materia de regímenes económicos matrimoniales, con especial referencia a las cuestiones de competencia y reconocimiento mutuo» de 2006¹¹, resultando decisiva la publicación en 2011, de sendas Propuestas de Reglamento del Consejo sobre los aspectos ius-internacional privatistas relacionados con el régimen matrimonial y los efectos económicos de las uniones registradas¹².

El proceso legislativo que condujo a la publicación de los Reglamentos 2016/1103 y 2016/1004 ha resultado particularmente largo y complejo, así como se ha llevado a cabo de forma paralela al respecto de sendos instrumentos. Una dilación que puede encontrar su lógica explicación, entre otros, en la gran divergencia legislativa mencionada, la reticencia que algunos Estados miembros mantienen sobre las uniones del mismo sexo¹³, al igual que la dificultad que ha implicado la necesaria tramitación como un paquete de ambos Reglamentos (como también resultaría precisa una vinculación conjunta, en el caso de nuevas incorporaciones tras su aprobación)¹⁴. Motivos que habrían

económicos matrimoniales y a los efectos patrimoniales de las uniones registradas en las respectivas propuestas de reglamentación comunitaria», *ADC*, 2012, LXV, pp. 275-291, esp. pp. 287-288.

⁷ Todas las CCAA cuentan con alguna normativa relativa a parejas no casadas, ya sea al respecto de sus aspectos sustantivos o administrativos, siendo la más reciente incorporación la de la Región de Murcia (Ley 7/2018, en *BOE* núm. 183, de 30 de julio de 2018). Véase SOTO MOYA, M., «El Reglamento (UE) 2016/1104 sobre régimen patrimonial de las parejas registradas: algunas cuestiones controvertidas de su puesta en funcionamiento en el sistema español de Derecho Internacional privado», *REEI*, 2018, pp. 1-32, esp. pp. 19-20.

⁸ MOTA, H., «La armonización de la ley aplicable a los regímenes matrimoniales en la Unión Europea. *The long and winding road*», en GUZMÁN ZAPATER, M. y ESPLUGUES MOTA, C. (dirs.), *Persona y familia en el nuevo modelo de Derecho Internacional privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 273-284, esp. pp. 273-276.

⁹ *DO C* 19, de 23 de enero de 1999.

¹⁰ Así, los Programas de La Haya de 2004 [COM (2005) 184] o de Estocolmo de 2009 (*DO C* 115, de 4 de mayo de 2010).

¹¹ COM (2006) 400 final.

¹² COM (2011) 126 final y COM (2011) 127 final.

¹³ Como sucede con Hungría y Polonia. Crítico, LAGARDE, P., «Règlements 2016/1103 et 2016/1104 du 24 juin 2016 sur les régimes matrimoniaux et sur le régime patrimonial des partenariats enregistrés», *Riv. dir. int. pr. proc.*, 2016.3, pp. 676-686, esp. pp. 676-677.

¹⁴ Una tramitación conjunta que se justificó, entre otros, por el apoyo que implicaba para la continuidad del Reglamento sobre uniones registradas. CARRIÓN GARCÍA DE PARADA, P., «El proyecto de Reglamento Europeo sobre regímenes matrimoniales», *AMN*, 2013, LIV, pp. 77-150, esp. p. 108.

justificado la falta de unanimidad en su adopción —como prevé el art. 81.3 TFUE para este ámbito—, y el recurso al procedimiento de cooperación reforzada, finalizando con su aprobación por parte de dieciocho Estados miembros (entre ellos, España)¹⁵.

4. Junto a lo expuesto, ambos instrumentos se caracterizan por constituirse como Reglamentos «completos», al regular de modo uniforme los tres sectores principales del DIPr al respecto de las cuestiones que cubren, para los Estados participantes en la cooperación reforzada¹⁶; siguiendo así la estela e inspiración de instrumentos como el Reglamento 650/2012¹⁷. En esta línea y con base jurídica en el art. 81 TFUE, cuentan entre sus propósitos principales, el mantener y desarrollar un espacio de libertad, seguridad y justicia donde se garantice la libre circulación de las personas (considerando 1), así como garantizar la seguridad jurídica de las parejas casadas y miembros de una unión registrada donde se les ofrezca un cierto nivel de previsibilidad (considerando 15).

Por todo ello, los sistemas autónomos de DIPr de los Estados participantes en la cooperación reforzada van a quedar profundamente modificados, a partir del 29 de enero de 2019, cuando estos instrumentos resulten plenamente aplicables (en atención a lo previsto en su art. 70). Más aún, si se tiene en consideración la aplicación universal de sus soluciones, tanto al respecto de las normas de competencia judicial internacional —según contempla su art. 15—, como de la determinación de la ley aplicable (así, la literalidad del art. 20, como resulta tradicional en los instrumentos europeos que contemplan soluciones conflictuales) —jugando las relativas a la circulación de resoluciones, documentos públicos y transacciones judiciales, únicamente Estado a Estado—.

1.3. Objeto del estudio, ámbito de aplicación de los Reglamentos y su incidencia en el sector de la ley aplicable

5. El presente trabajo se enfrenta exclusivamente a los aspectos conflictuales de los Reglamentos 2016/1103 y 2016/1104 (desarrollados en su Capítulo III, arts. 20 a 35). Unos preceptos que se alinean con los objetivos generales de favorecer la seguridad jurídica y la previsibilidad —tanto para las partes, como los terceros—¹⁸. En este sentido, y a pesar de su innegable importancia, se excluyen de este estudio el resto de sectores que incorporan. Un análisis que, debido a la estrecha relación y tramitación en paralelo de

¹⁵ Suecia, Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Croacia, Eslovenia, España, Finlandia, Francia, Grecia, Italia, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Portugal y República Checa.

¹⁶ Mientras el Capítulo II se refiere a la competencia judicial internacional, el Capítulo III a la determinación de la ley aplicable, el Capítulo IV a la aceptación, la fuerza ejecutiva y la ejecución de resoluciones, y el Capítulo V a los documentos públicos y transacciones judiciales.

¹⁷ LAGARDE, P., *op. cit.*, p. 677.

¹⁸ MARTINY, D., «Die anknüpfung güterrechtlicher Angelegenheiten nach den Europäischen Güterrechtsverordnungen», *ZfPW*, 2017, 1, 1-33, p. 13, considerando 43.

tales instrumentos europeos, así como por sus similitudes, se llevará a cabo de forma conjunta y empleando principalmente el relativo a los regímenes económicos matrimoniales —para evitar duplicidades y reiteraciones farragosas—; consignando puntualmente las diferencias que podría guardar el consagrado a los efectos patrimoniales de las uniones registradas con respecto al otro.

De esta forma y de modo inicial, junto a la pluralidad regulatoria ya señalada (en este caso, desde el sector de la ley aplicable), hay que destacar la incidencia que han ejercido en la elaboración de las normas del Capítulo III, diversos instrumentos normativos. Tal y como se aprecia, tanto en el Convenio de La Haya de 1978 sobre Ley Aplicable a los Regímenes matrimoniales —aplicable tan solo, por lo que respecta a la UE, en Francia, Luxemburgo y los Países Bajos—¹⁹, como en las respuestas conflictuales que ofrecen otros instrumentos europeos precedentes —como los Reglamentos 1259/2010 y 650/2012, igualmente tramitado, el primero de ellos, por medio de un procedimiento de cooperación reforzada—²⁰.

6. No obstante, aunque sin la intención de analizar con profundidad las cuestiones que suscita la concreción del ámbito de aplicación de los Reglamentos analizados —ordenadas, de manera principal, en su Capítulo I—, resulta necesario hacer mención previa a esta significativa cuestión, por la incidencia que va a poseer en las soluciones conflictuales previstas en los sistemas estatales de DIPr. Una operación que se realizará estrictamente a tales efectos, distinguiendo entre la delimitación de su ámbito de aplicación material y el de naturaleza territorial.

7. De un lado y por lo que hace a su ámbito de aplicación material, el art. 1 se refiere a las materias incluidas y a aquellas excluidas (según el modelo seguido por el resto de Reglamentos en materia de cooperación judicial civil), el art. 2 confirma la competencia de los Estados miembros al respecto de la dimensión sustantiva de las relaciones que se encuentran cubiertas (al ocuparse únicamente de los aspectos internacional-privatistas), y el art. 3 incorpora una serie de definiciones de gran interés para la aplicación uniforme de los Reglamentos²¹.

A tenor del art. 1 —y subraya el considerando 18—, los Reglamentos se ocupan, desde una perspectiva positiva, de la ordenación de los efectos económicos de los matrimonios («régimen económico matrimonial») y de las uniones registradas («efectos patrimoniales de las uniones registradas») —afectando tanto su administración cotidiana, como su liquidación— en su-

¹⁹ Accesible en <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=87>.

²⁰ LAGARDE, P., *op. cit.*, p. 681. Un reiterado recurso a la cooperación reforzada en materia de familia que ha derivado en una auténtica «Europa a la carta» (FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., *op. cit.*, p. 14), que dificulta la uniformidad y lo convierte en un verdadero puzzle [MARINO, S., «Strengthening the European Civil judicial Cooperation: the Patrimonial Effects of Family Relationships», *CDT*, vol. 9, 2017, núm. 1, pp. 265-284, esp. p. 284 (disponible en www.uc3m.es/cdt)].

²¹ La cual habrá de complementarse con la concreción del ámbito de la *lex causae* que se ordena en el art. 27 (*infra* apdo. 4).

puestos de naturaleza transfronteriza. Por motivos de claridad²², y desde un punto de vista negativo, el art. 1 contempla igualmente la exclusión (además de la tradicional mención de los aspectos fiscales, aduaneros y administrativos) de ciertos extremos de la importancia de la capacidad jurídica de las partes o de cuestiones preliminares como la propia existencia de esta relación —considerandos 20 y 21—; junto a otras materias como serían las cuestiones cubiertas por otros Reglamentos²³, al igual que otros ámbitos ajenos pero relacionados (como la seguridad social o las consecuencias derivadas de la anulación o disolución de la relación), así como la ya recurrente exclusión de los derechos reales y su inscripción —entendida de forma estricta—²⁴.

Esta concreción —tanto positiva, como negativa— se ve acompañada, en su art. 3, de una serie de definiciones de una gran utilidad. Entre ellas destaca, para empezar, la lógica ausencia de una delimitación uniforme de «matrimonio», frente a una bienvenida definición autónoma y uniforme de «unión registrada» —con exclusión de otras uniones que carezcan de este grado de institucionalización—²⁵. No obstante, en este último caso, hay que tener en cuenta de que se trata de una noción válida únicamente a los efectos de la aplicación del Reglamento 2016/1104 —con independencia de los conceptos que pudieran emplearse en otros instrumentos europeos—, siendo que su contenido real y material se situará en los Derechos estatales²⁶. Podría así

²² Aunque de forma matizada, al respecto de las facultades y los derechos sobre su patrimonio, según el considerando 19.

²³ Destacando, según el considerando 22, ámbitos como las obligaciones de alimentos (Reglamento 4/2009) o las sucesiones (Reglamento 650/2012).

²⁴ Sobre las consecuencias que se derivan de esta exclusión (considerandos 27 y 28), PEITEADO MARISCAL, P., «Competencia internacional por conexión en materia de régimen económico matrimonial y de efectos patrimoniales de uniones registradas. Relación entre los Reglamentos UE 2201/2003, 650/2012, 1103/2016 y 1104/2016», *CDT*, vol. 9, 2017, núm. 1, pp. 300-326, esp. p. 308 (disponible en www.uc3m.es/cdt). En virtud de su considerando 23, se regularán: «La clasificación de los activos de pensiones, los importes que ya se hayan abonado a uno de los cónyuges (miembros de la unión registrada) durante la relación y la compensación en caso de pensiones suscritas con bienes comunes».

²⁵ FONTANELLAS MORELL, J. M., «Una primera lectura de las propuestas de Reglamento comunitario en materia de regímenes económico matrimoniales y de efectos patrimoniales de las uniones registradas», en PARRA, C. (dir.), *Nuevos Reglamentos comunitarios y su impacto en el Derecho catalán*, Barcelona, Bosch, 2013, pp. 257-290, esp. pp. 262-263; GONZÁLEZ BEILFUSS, C., «The Proposal for a Council Regulation on the Property Consequences of Registered Partnerships», *YbPIL*, 2011, núm. 13, pp. 183-198, esp. pp. 184-185. Al respecto de los límites de esta definición, DUTTA, A., «Matrimonial property regimes in European Private International Law. Beyond husband and wife - New couples' regimes and the European property regulations», *YbPIL*, 2017-2018, pp. 145-158, esp. pp. 146-148 y 157. Sobre los distintos modelos de «uniones» que coexisten en los Estados miembros de la UE, BOELE-WOELKI, K., MOL, V. y VAN GELDER, E. (eds.), *European Family Law in action. vol. V. Informal relationships*, Cambridge, Intersentia, 2015; MILES, J., «Unmarried cohabitation in a European perspective», en SCHERPE, J. M. (ed.), *European Family Law*, vol. III, Cheteham, Edward Elgar, 2014, pp. 82-115.

²⁶ Aun cuando el considerando 16 del Reglamento 2014/110 obliga a diferenciar entre uniones de hecho y las que cuentan con un registro, en el 17 se aclara que el instrumento no impone obligación alguna para la normativa de aquellos Estados miembros que, como España, «no contemple la institución de la unión registrada a establecer dicha institución en su Derecho nacional». Véanse AÑOVEROS TERRADAS, B., «Autonomía de la voluntad conflictual y sus límites en los nuevos Reglamentos comunitarios en materia de regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas», en GUZMÁN ZAPATER, M. y ESPLUGUES MOTA, C. (dirs.), *op. cit.*, pp. 241-272, esp. p. 249; CEBRIÁN SALVAT, M. A., *op. cit.*, pp. 140-142; VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M., «El puzzle se complica. Efectos patrimoniales

estimarse que este precepto incorporaría, por tanto, una suerte de norma de conflicto implícita a partir de la que se garantizaría el reconocimiento de las relaciones válidamente constituidas en otro Estado miembro²⁷, aunque no desde una perspectiva material; sino que únicamente como si se tratara de un hecho²⁸.

En este sentido, se ha optado por una aproximación respetuosa con la tradición normativa de los Estados miembros, aunque susceptible de generar problemas de aplicación en la práctica, en atención de las disparidades estatales existentes en la actualidad en su delimitación²⁹. En el caso español, ante la ausencia de normativa a nivel estatal que las regule, se plantearía la cuestión previa relativa a determinar qué tipo de «uniones» —de las contempladas por la normativa de las CCAA—, entrarían en el concepto que ofrece el Reglamento 2016/1104³⁰. Asimismo, los Reglamentos incorporan definiciones de términos de la importancia de «régimen económico matrimonial», «efectos patrimoniales de la unión registrada» o «capitulaciones» —ya se trate de matrimoniales o de la unión registrada—³¹, que podrán minimizar los problemas calificadorios que pudieran originarse en su aplicación práctica³².

8. Desde una perspectiva territorial, los Reglamentos resultan de plena aplicación para España, en tanto que Estado miembro participante en el proceso de cooperación reforzada. Una aplicación que está llamada a desplazar las normas de conflicto de leyes previstas en los ordenamientos de los Estados participantes en este procedimiento, debido a su carácter *erga omnes* —consagrado en el art. 20—. A su vez, igualmente desde una óptica espacial

de las uniones registradas y Reglamento (UE) 2016/1104. Problemas de calificación y coordinación entre los instrumentos europeos conexos», en GUZMÁN ZAPATER, M. y ESPLUGUES MOTA, C. (dirs.), *op. cit.*, pp. 313-328, esp. p. 328.

²⁷ VINAIXA MIQUEL, M., «La autonomía de la voluntad en los recientes reglamentos UE en materia de regímenes económicos matrimoniales (2016/1103) y efectos patrimoniales de las uniones registradas (2016/1104)», *Indret*, 2017, pp. 274-313, esp. pp. 282-283 (disponible en www.indret.com).

²⁸ MARINO, S., *op. cit.*, p. 269.

²⁹ PEITEADO MARISCAL, P., *op. cit.*, p. 306; RODRÍGUEZ PINEAU, E., «Los efectos patrimoniales de las uniones registradas: algunas consideraciones sobre la propuesta de reglamento del Consejo», *AEDIPr*, t. XI, 2011, pp. 937-955, esp. pp. 944-945.

³⁰ MARÍN CONSARNAU, D., «Las “uniones registradas” en España como beneficiaria del derecho de la UE a propósito de la Directiva 2004/38/CE y del Reglamento (UE) 2016/1104», *CDT*, vol. 9, 2017, núm. 2, pp. 419-447, esp. pp. 442-445 (accesible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/3880>); QUINONES ESCÁMEZ, A., «Nuevos tipos de uniones y nueva regulación de sus efectos», en GUZMÁN ZAPATER, M. y ESPLUGUES MOTA, C. (dirs.), *op. cit.*, pp. 169-187, esp. pp. 170-173 y 182-186; SOTO MOYA, M., *op. cit.*, pp. 20-22; VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M., *op. cit.*, pp. 316-318.

³¹ Incluyendo el régimen económico primario y el secundario, aunque tenga que delimitarse de forma autónoma. DAMASCELLI, D., «La legge applicabile ai rapporti patrimoniali tra coniugi, unite civilmente e conviventi di fatto nel diritto internazionale privato ed europeo», *Riv. dir. int.*, 2017, núm. 4, pp. 1103-1155, esp. p. 1136; PÉROZ, H., «Le nouveau règlement européen sur les régimes matrimoniaux», *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, 2016, núm. 29, pp. 33-39, esp. p. 38.

³² Sobre los problemas calificadorios que se pueden manifestar al respecto de las «capitulaciones» y las diferencias entre los matrimonios y las uniones registradas, AÑOVEROS TERRADAS, B., «El régimen conflictual de las capitulaciones en los nuevos Reglamentos de la Unión Europea en materia de regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas», *AEDIPr*, t. XVII, 2017, pp. 821-845, esp. pp. 828-830.

—aunque sin incidencia alguna para nuestro país—, el art. 62 contempla que tales Reglamentos no afectarán a los Convenios vigentes, salvo aquellos entre Estados miembros, prevaleciendo sobre los mismos. Una mención que, desde la dimensión de la ley aplicable, se refiere principalmente al Convenio de La Haya de 1978, que continuará aplicándose en Francia, Holanda y Luxemburgo, así como los Convenios que sobre esta materia han suscritos los países escandinavos.

9. De esta sucinta exposición del ámbito de aplicación de los Reglamentos se deriva, para un sistema autónomo de DIPr como el español³³, de una parte, el desplazamiento de nuestros arts. 9.2 y 9.3 CC —así como el 11, por lo que respecta a los aspectos formales—³⁴. Aunque habría que matizar esta afirmación, debido a que, mientras la determinación de la ley aplicable a los efectos personales del matrimonio se continuará regulando por lo establecido en el art. 9.2 CC, serán las soluciones previstas en estos instrumentos europeos quienes, de forma exclusiva, ordenen los supuestos relativos a los efectos patrimoniales del matrimonio. Asimismo, hay que tener presente que los numerales 2 y 3 del art. 9 CC continuarán resultando operativos al respecto del ámbito interregional español³⁵.

Junto a ello, por otra parte, se incorporan a nuestro ordenamiento nuevas normas de conflicto uniformes relativas a los efectos patrimoniales de las uniones registradas; unas relaciones ignoradas hasta la fecha en nuestro sistema de DIPr. Asimismo, y vinculado con esta cuestión, la existencia y validez tanto del matrimonio, como de las uniones registradas —incluida la cuestión de la admisibilidad de que las mismas se hubieran celebrado entre personas del mismo sexo—³⁶, seguirán viéndose reguladas por lo previsto por nuestro sistema de DIPr, al encontrarse fuera del ámbito de aplicación de los Reglamentos. En este sentido, continuará vigente el art. 9.1 CC, al respecto de la determinación de la ley rectora de la capacidad de los cónyuges y de los miembros de la unión registrada³⁷.

En otro orden de ideas, ambos instrumentos parten —en su art. 21—, del principio de unidad de la ley aplicable. En virtud del cual, tales efectos se ordenarán por medio de un único ordenamiento estatal, con independencia de la naturaleza de los bienes y de su ubicación, evitando el la escisión o fraccionamiento de su regulación³⁸. Un principio que, además de servir a los objetivos de certeza legal y previsibilidad, cuenta con un carácter tradicional para un significativo número de Estados miembros de la UE —como Espa-

³³ Un completo estudio de la incidencia y las necesarias adaptaciones que suscitan en relación con sistemas como el alemán, HEIDERHOFF, B., «Vorschläge zur Durchführung der EU-Güterrechtsverordnungen», *IPRax*, 2017, núm. 3, pp. 231-238.

³⁴ AÑOEROS TERRADAS, B., «Autonomía de la voluntad...», *op. cit.*, p. 253; VINAIXA MIQUEL, *op. cit.*, p. 290.

³⁵ *Infra*, apdo. 5.2.

³⁶ DAMASCELLI, D., «La legge applicabile...», *op. cit.*, p. 1136.

³⁷ Véase DIAGO DIAGO, P., *Pactos o capitulaciones matrimoniales en Derecho Internacional privado español*, Zaragoza, El Justicia de Aragón, 1999, pp. 77-79.

³⁸ FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., *op. cit.*, p. 12.

ña—³⁹. No obstante, hay que tener presente que este principio choca con la tradición de fraccionamiento presente en algunos Estados miembros⁴⁰. Además, y como acertadamente se ha puesto de manifiesto, esta opción —a pesar de sus bondades— puede generar problemas de coordinación con la *lex rei sitae* —en relación, por ejemplo, con supuestos de sucesión— al respecto de aquellas cuestiones relativas a la propiedad, los derechos reales y su publicidad⁴¹.

2. EL JUEGO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

10. La autonomía de la voluntad constituye, hoy por hoy, un principio regulador con una rápida y profunda penetración y extensión en el DIPr europeo de familia y sucesiones⁴². En relación con la materia analizada, destaca como el principio autonomista ha contado tradicionalmente con una significativa presencia —desde una perspectiva comparada y convencional—, en el ámbito de la determinación de la ley aplicable a los efectos patrimoniales del matrimonio⁴³. Y ello, al respecto de poder seleccionar tanto la ley aplicable

³⁹ QUINZÁ REDONDO, P., «La unificación —fragmentada— del Derecho Internacional privado de la Unión Europea en materia de régimen económico matrimonial: el Reglamento 2016/1103», *RGDE*, 2017, núm. 41, pp. 180-222, esp. p. 202; RODRÍGUEZ BENOT, A., «La armonización del régimen económico matrimonial en la Unión Europea: la propuesta de Reglamento de marzo de 2011», en ESPLUGUES MOTA, C. y PALAO MORENO, G. (eds.), *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea. Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 555-571, esp. p. 566; RODRÍGUEZ PINEAU, E., *Régimen económico matrimonial. Aspectos internacionales*, Granada, Comares, 2002, pp. 62-64. Este principio se encuentra presente, como solución de partida, en los arts. 3 y 6 del Convenio de La Haya de 1978, aunque matizado para dar entrada igualmente a la *lex rei sitae*.

⁴⁰ Y ello, tanto para los países obligados por el Convenio de La Haya de 1978, como al respecto de Estados miembros como Alemania. Véase DUTTA, A., «Das neue internationale Güterrecht der Europäischen Union - ein Abriss der europäischen Güterrechtsverordnungen», *FamRZ*, 2016, núm. 23, pp. 1973-1985, esp. p. 1980.

⁴¹ MARTINY, D., *op. cit.*, p. 13; QUINZÁ REDONDO, P., «La unificación —fragmentada—...», *op. cit.*, p. 202. En tales supuestos, cabría acudir a las excepciones presentes en previsiones relativas a la forma, protección de terceros o las normas de aplicación que se analizarán seguidamente, a juicio de COESTER-WALTJEN, D., «Connecting factors to determine the law applicable to matrimonial property regimes», *YbPIL*, 2017-2018, núm. 19, pp. 195-211, esp. p. 200.

⁴² Entre otros, nuestro trabajo, «Crisis matrimoniales internacionales y autonomía de la voluntad», *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2013, pp. 451-531, esp. pp. 457-459; AÑOVEROS TERRADAS, B., «La autonomía de la voluntad como principio rector de las normas de Derecho Internacional privado comunitario de familia», en FORNER DELAYGUA, J., GONZÁLEZ BEILFUSS, C. y VIÑAS FARRÉ, R. (coords.), *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho Internacional privado. Liber amicorum Alegría Borrás*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 119-131, esp. pp. 125-131; CARRUTHERS, J., «Party Autonomy in the Legal Regulation of Adult Relationships: What Place for Party Choice in Private International Law», 61, *ICLQ*, 4, pp. 881-913; DIAGO DIAGO, P., «El matrimonio y su crisis ante los nuevos retos de la autonomía de la voluntad conflictual», *REDI*, 2014-2, LXVI, pp. 49-79.

⁴³ JAYME, E., «Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne», *R des C*, t. 251, 1995, pp. 9-268, esp. p. 163. Un estudio comparativo sobre su plasmación y alcance, DIAGO DIAGO, P., *Pactos o capitulaciones matrimoniales...*, *op. cit.*, pp. 179-192; VIARENGO, I., *Autonomia della volontà e rapporti patrimoniali tra coniugi nel diritto internazionale privato*, Padua, Cedam, 1996. Los beneficios de una opción limitada en estos supuestos de uniones registradas han sido destacados por RODRÍGUEZ PINEAU, E., «Los efectos patrimoniales...», *op. cit.*, pp. 950-952 y 955.

estatal que los regule, como el régimen sustantivo que se prevea en dicha normativa estatal para ordenarlos, por medio de una capitulación en las que se opte por un régimen económico o así lo cree.

En consecuencia, la inclusión del principio autonomista en los Reglamentos 2016/1103 y 2016/1104 —como solución de partida—, ha de ser bienvenida⁴⁴, al resultar plenamente coherente con la promoción de los intereses de las partes, la seguridad jurídica y la previsibilidad que informa estos instrumentos europeos —favoreciendo así su coordinación—⁴⁵. No obstante, su juego no es absoluto y suele verse limitado en su concreción —principalmente desde una perspectiva conflictual—, con el fin de garantizar la existencia de conexión con la relación, así como para atender a los derechos y expectativas de terceros.

Resulta plenamente razonable, por tanto, que la posibilidad de elección de la ley aplicable en este ámbito cuente con una detallada regulación en los Reglamentos 2016/1103 y 2016/1104, que se despliega en su arts. 22 a 25⁴⁶. De este modo, y como se desarrollará seguidamente, mientras que el art. 22 contempla la regla general relativa a la *electio iuris*, los arts. 23 y 25 se refieren respectivamente a la validez formal del acuerdo de ley, por lo que respecta a la concreción de la normativa rectora de la relación y al respecto de las capitulaciones matrimoniales, mientras que el art. 24 regula el consentimiento y la validez material de la elección de ley.

2.1. Una *electio iuris* limitada

11. En atención a lo establecido en el art. 22.1, los cónyuges o futuros cónyuges (o miembros de la unión registrada) podrán seleccionar o modificar de mutuo acuerdo la normativa estatal llamada a regir su régimen económico⁴⁷. Nos encontraríamos, por tanto, ante la posibilidad de una elección expresa a favor de una determinada ley estatal, como solución de partida; sin contemplarse, empero —en línea de principio y en atención a la literalidad del precepto—, el juego de una sumisión tácita⁴⁸. No obstante, dicha libertad

⁴⁴ Resultando una novedad para el ámbito de las uniones registradas, en relación con la propuesta de 2011. RODRÍGUEZ PINEAU, E., «Los efectos patrimoniales...», *op. cit.*, pp. 950-952.

⁴⁵ QUINZÁ REDONDO, P. y GRAY, J., «La (des) coordinación entre la propuesta de Reglamento de régimen económico matrimonial y los Reglamentos en materia de divorcio y sucesiones», *AEDIPr*, 2013, XIII, pp. 513-542, esp. pp. 535-540; VIARENGO, I., «The EU Proposal on matrimonial property regimes. Some general remarks», *YbPIL*, 2011, núm. 13, pp. 199-215, esp. p. 210; WAUTELET, P., «What's wrong with article 22? The unsolved mysteries of choice of law for matrimonial property», *YbPIL*, 2017-2018, núm. 19, pp. 213-231, esp. pp. 216-218.

⁴⁶ Los cuales, como señala el art. 68.3, únicamente cubrirán las situaciones que se susciten tras la plena aplicación de los Reglamentos, sin que quepa extender su eficacia a supuestos de *professio iuris* anteriores a esa fecha. WAUTELET, P., *op. cit.*, pp. 225-226.

⁴⁷ No cabrá referirse a «Principios» u a otras reglas, sino a las leyes de un país. AÑOVEROS TERRADAS, B., «Autonomía de la voluntad...», *op. cit.*, p. 258.

⁴⁸ Una opción prevista en el art. 11 del Convenio de La Haya de 1978. Desde una perspectiva práctica, no puede negarse que la referencia a un cambio de régimen legal por medio de unas capitulaciones podría tener este efecto en determinadas circunstancias y de forma indirecta (MOTA, H., *op. cit.*, p. 282;

no se contempla de forma absoluta sino limitada —como resulta tradicional para esta materia—, debido a que únicamente podrán seleccionar alguna de las leyes estatales previstas en sus letras *a)* y *b)*, con el objetivo de garantizar una cierta conexión entre la normativa estatal elegida por las partes y la relación subyacente⁴⁹.

De este modo, y con un carácter alternativo, las partes podrán optar entre la aplicación de: o bien la ley del país de residencia habitual (común o de uno de ellos) en el momento de la celebración del acuerdo, o bien la del lugar de la nacionalidad de cualquiera de ellos, fijada en el mismo momento antes mencionado⁵⁰. Una opción múltiple, a la que se habría que sumar como tercera alternativa abierta a las partes —aunque únicamente para el caso de la unión registrada—, ley estatal de conformidad a la cual se hubiera creado dicha relación —para garantizar la eficacia de su elección—⁵¹. Consecuentemente, a virtud del tenor de este precepto, se autorizaría a las partes a llevar a cabo esta selección de entre hasta cuatro ordenamientos estatales distintos (caso de que su nacionalidad y/o residencia habitual fuera distinta), pudiendo llegar incluso a seis ordenamientos (en supuestos de doble nacionalidad de las partes)⁵², ofreciéndoles así una opción bastante generosa, que asimismo garantiza una conexión con la relación.

Esta orientación se encuentra, a su vez, inspirada en las soluciones previstas en otros Reglamentos anteriormente elaborados en materia de familia y sucesiones —arts. 5 del Reglamento 1259/2010 y 22 del Reglamento 650/2012⁵³—, que avalarían su coordinación conflictual por medio del juego de la *professio iuris*⁵⁴; contando asimismo con un claro precedente en el art. 3 del Convenio de La Haya de 1978.

Ahora bien y como se ha expuesto, en el caso de las uniones registradas se incorpora la alternativa del ordenamiento del lugar donde se creó. Una

WAUTELET, P., *op. cit.*, p. 222), aunque la elección de un determinado régimen económico no podría entenderse directa y automáticamente como un supuesto de sumisión tácita (MARINO, S., *op. cit.*, p. 279).

⁴⁹ Considerandos 45 del Reglamento 2016/1103, y 44 del Reglamento 2016/1104. DIAGO DIAGO, P., «El matrimonio y su crisis...», *op. cit.*, pp. 58-62; FONTANELLAS MORELL, J. M., «Una primera lectura...», *op. cit.*, pp. 274-275.

⁵⁰ Con independencia de si se tratara de un nacional de un Estado miembro o de un tercer país. MARTINY, D., *op. cit.*, p. 17.

⁵¹ AÑOVEROS TERRADAS, B., «Autonomía de la voluntad...», *op. cit.*, p. 258.

⁵² Y ello, por no verse excluida esta posibilidad en la literalidad del precepto (como sí se hace en relación con el art. 26.2), como en apoyo de lo dispuesto para otros Reglamentos, como el art. 22.1.2 del Reglamento 650/2012 o el art. 5.c) del Reglamento 1259/2010. QUINZÁ REDONDO, P., «La unificación —fragmentada—...», *op. cit.*, p. 204.

⁵³ De forma respectiva, nuestros estudios: «La ley aplicable al divorcio. El Reglamento (UE) núm. 1259/2010, de 20 de noviembre (Roma III)», en PEREÑA VICENTE, T. y DELGADO MARÍN, P. (dirs.), *Nuevas orientaciones del Derecho Civil en Europa*, Madrid, Thomson Reuters/Aranzadi, 2015, pp. 661-675, esp. pp. 664-668; y «Artículo 22. Elección de la ley aplicable», en IGLESIAS BUHIGUES, J. L. y PALAO MORENO, G. (dirs.), *Sucesiones internacionales. Comentarios al Reglamento (UE) 650/2012*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 151-160.

⁵⁴ Habría que tomar en cuenta la diferente plasmación de este principio para no malograr su coordinación. BONOMI, A., «The interaction among the future EU instruments on matrimonial property, registered partnership and successions», *YbPIL*, 2011, núm. 13, pp. 217-231, esp. p. 230.

solución razonable, debido a la estrecha vinculación existente con la relación y por garantizar la elección de una ley que atribuya efectos patrimoniales a la unión⁵⁵. Algo que nos permite cuestionar, sin embargo, el motivo por el que no se incorporó una conexión alternativa similar —como sería su lugar de celebración— para el caso de los matrimonios (presente, entre otros, en nuestro art. 9.3 CC)⁵⁶.

12. El recurso prioritario a la residencia habitual y la nacionalidad como puntos de conexión, no debe causar sorpresa en relación con este singular ámbito, al resultar tradicionales en los instrumentos europeos en el ámbito del DIPr de familia y sucesiones⁵⁷. Su incorporación permite establecer un equilibrio entre los objetivos de permitir una voluntaria integración jurídica de la relación en un determinado país y la defensa de la identidad cultural de las partes⁵⁸. De ahí que, en línea de principio, haya que felicitar este loable propósito y su concreta plasmación en este precepto. Ahora bien, a pesar de sus bondades y de presentarse de modo usual en tales Reglamentos europeos, ha de censurarse que los instrumentos analizados no ofrecen una certeza legal plena en la formulación de las conexiones en las que se basa. En este sentido, los Reglamentos 2016/1103 y 2016/1104 no cuentan con una definición uniforme de los puntos de conexión «residencia habitual» y «nacionalidad» —como tampoco sus precedentes normativos—. Una postura que, aunque sensata y plenamente respetuosa en el actual contexto del DIPr de la UE, podría generar una cierta imprevisibilidad en la práctica a la hora de su delimitación autónoma.

Por lo que respecta a la residencia habitual, en particular, hay que tener presente que los riesgos de su petrificación y la necesidad de adaptar este criterio fáctico a las circunstancias del caso concreto, desaconsejaban elaborar una definición uniforme. No obstante, hubiera resultado conveniente incorporar alguna indicación que sirviera de guía práctica para su delimitación⁵⁹, que según el criterio de un sector doctrinal podría pasar por valorar la efectiva

⁵⁵ Considerandos 44 del Reglamento 2016/1103, y 43 del Reglamento 2016/1104. En todo caso, si dicho ordenamiento no otorgara tales efectos, se entenderá que la elección deviene inválida y no realizada. MARINO, S., *op. cit.*, p. 277.

⁵⁶ QUINZÁ REDONDO, P., *Régimen económico matrimonial*, *op. cit.*, pp. 178-179. Sobre los límites de criterio *lex loci celebrationis* del matrimonio en el contexto europeo, PERTEGAS, M., «Beyond nationality and habitual residence: other connecting factors in European Private International Law in Family matters», en MEEUSEN, J., PERTEGAS, M., STRAETMANS, G. y SWENNEN, F. (eds.), *International Family Law for the European Union*, Amberes-Oxford, Intersentia, 2007, pp. 319-340, esp. pp. 326-328.

⁵⁷ Sobre sus relaciones con los principios y libertades europeas, BOGDAN, M., «The EC Treaty and the use of nationality and habitual residence as connecting factors in International Family Law», en MEEUSEN, J., PERTEGAS, M., STRAETMANS, G. y SWENNEN, F. (eds.), *op. cit.*, pp. 303-317.

⁵⁸ En otras palabras, la conexión «social», frente a la «cultural», como destacan QUINZÁ REDONDO, P. y GRAY, J., *op. cit.*, p. 531. Por lo que hace a la segunda, con independencia de si se tratara de una nacionalidad de un Estado miembro o no, PÉROZ, H., *op. cit.*, p. 36. Con carácter general, CARLIER, J.-Y., «Estatuto personal y sociedad multicultural: el papel de la autonomía de la voluntad», en CALVO CARAVACA, A. L. e IRIARTE ÁNGEL, J. L. (eds.), *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid, Colex, 2000, pp. 27-38, esp. pp. 35-36; BUCHER, A., «La famille en droit international privé», *R des C*, t. 283, 2000, pp. 9-186, esp. pp. 90-91.

⁵⁹ Como sí hace el Reglamento 650/2012, en sus considerandos 23 a 25.

integración social del sujeto en un determinado territorio⁶⁰. A este respecto, resulta de interés la aproximación jurisprudencial que se ha producido en el contexto del Reglamento 2201/2003⁶¹. Una jurisprudencia que, aunque difícilmente aplicable de forma directa a estos supuestos por las diferencias que los separan, podría servir de inspiración y favorecería la certeza y previsibilidad⁶². Junto a ello, más previsible y estable que el anterior criterio, el legislador europeo dispone que el criterio de la «nacionalidad» tendrá la consideración de una «cuestión previa», que habrá de ser concretada por la normativa estatal correspondiente —así como respetando los principios generales de la UE—⁶³.

13. El art. 22 de los Reglamentos se ocupa, además, de los aspectos temporales que rodean a la *designatio iuris*. Algo que se plasma, no solo al respecto del momento en que se vaya a poder llevar a cabo esta elección, sino también en relación con la concreción del momento de la conexión de los criterios que utiliza. Por lo que respecta a esta segunda dimensión, por un lado, tanto la residencia habitual, como la nacionalidad, se fijarán temporalmente en el momento en el que se celebre el mencionado acuerdo⁶⁴; mientras que el punto de conexión basado en la creación de la unión registrada, por su parte, se entenderá fijado temporalmente en el momento de su registro⁶⁵.

Al respecto de la primera perspectiva mencionada, hay que partir del hecho de que la elección de la ley aplicable a los efectos patrimoniales de la pareja podrá llevarse a cabo, tanto con anterioridad a la celebración del matrimonio (o creación de la unión registrada), como en el momento en el que se celebre, e incluso se podrá modificar con posterioridad a este momento⁶⁶. Un acuerdo que, en todo caso, habrá de manifestarse de forma expresa, con el fin de garantizar la seguridad jurídica para este tipo de transacciones⁶⁷. En este sentido, el precepto permite (en su apdo. 1) tanto a los cónyuges como

⁶⁰ COESTER-WALTJEN, D., *op. cit.*, p. 202.

⁶¹ La cual se refiere a la localización de elementos como: la celebración del matrimonio, el trabajo o la contribución a la seguridad social, la escolarización de los hijos, la tenencia de préstamos o de propiedades inmuebles, el permiso de conducir, la recepción de correo bancario, la existencia de relaciones personales o administrativas o la necesidad de presencia física. La decisión más reciente, al respecto, es la STJUE de 17 de octubre de 2018, en el asunto C393/18 PPU, *UD y XB* (ECLI:EU:C:2018:835). Véase la base de datos jurisprudencial elaborada en el marco del proyecto europeo «EUFAM'S» JUST/2014/JCOO/AG/CIVI/7729 (accesible en <http://www.eufams.unimi.it/2017/09/26/>). Por lo que respecta a la práctica española en su concreción para los supuestos analizados, DIAGO DIAGO, P., *Pactos o capitulaciones...*, *op. cit.*, pp. 287-291.

⁶² AÑOVEROS TERRADAS, B., «Autonomía de la voluntad...», *op. cit.*, p. 264; DAMASCELLI, D., «La legge applicabile...», *op. cit.*, pp. 1137-1138.

⁶³ QUINZÁ REDONDO, P., *Régimen económico matrimonial*, *op. cit.*, p. 367. Considerandos 50 del Reglamento 2016/1103, y 49 del Reglamento 2016/1104. Una remisión a la ley nacional común que difiere de la aproximación más detallada presente en el art. 15 del Convenio de La Haya de 1978.

⁶⁴ Sobre su justificación, JAYME, E., *op. cit.*, p. 163. También el art. 3 del Convenio de La Haya de 1978.

⁶⁵ Esta localización no se encuentra exenta de problemas en supuestos de registros sucesivos, como destaca RODRÍGUEZ PINEAU, E., «Los efectos patrimoniales...», *op. cit.*, pp. 949-950 y 954.

⁶⁶ Esto es, «en todo momento», como menciona el considerando 44 del Reglamento 2016/1103. PÉROZ, H., *op. cit.*, p. 35.

⁶⁷ Considerandos 46 del Reglamento 2016/1003, y 45 del Reglamento 2016/1104. FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., *op. cit.*, p. 12.

a los futuros cónyuges (o, en su caso, los miembros de la unión registrada) llevar a cabo esta designación de común acuerdo. Así como se les autoriza igualmente a cambiar esta ley en cualquier momento, resultando, por tanto, mutable a voluntad de las partes.

No obstante, y en virtud de lo dispuesto en su apdo. 2, este cambio únicamente surtirá efectos *ex nunc*. Una irretroactividad que responde al interés de no modificar el régimen legal regulador de determinados bienes adquiridos con anterioridad, aunque puede generar dificultades en la determinación de la regulación de los mismos en un momento posterior, como sería el fraccionamiento que se originaría cuando se planteara la liquidación o disolución del régimen patrimonial propio de la pareja⁶⁸. Por lo que, en principio, resulta lógica su incorporación, salvo pacto en contrario que permita su retroactividad⁶⁹. Una eventual retroactividad que privilegia la voluntad de las partes, y que, en todo caso y como se establece en su apdo. 3, no podrá perjudicar a los derechos de los terceros⁷⁰.

2.2. La validez material y formal de la elección de ley aplicable y de las capitulaciones matrimoniales

14. Con un objetivo claramente tuitivo, así como con el fin de que las partes puedan adoptar una decisión informada y plenamente consciente de las consecuencias que se derivan del juego de la autonomía de la voluntad en este ámbito, los Reglamentos requieren que la *electio iuris* cumpla con las exigencias formales previstas en determinados ordenamientos estatales que se ven conectados con la relación⁷¹. Unos requisitos que se establecen, casi de forma idéntica, para garantizar la validez formal tanto del acuerdo de ley aplicable en su art. 23, como de las capitulaciones matrimoniales (o de la unión registrada) en su art. 25.

Así, como fórmula de inicio, en su apdo. 1 se incluye una norma de carácter material que contempla la necesidad de que el acuerdo de elección de ley y el relativo a la capitulación se expresen por escrito, con fecha y firmado por ambas partes⁷². A este respecto, como resulta habitual en los instrumen-

⁶⁸ Un resultado, que, además de resultar contrario al principio de unidad de la ley aplicable que promulga el art. 21, puede generar imprevisibilidad. QUINZÁ REDONDO, P., «La unificación —fragmentada—...», *op. cit.*, pp. 205-206.

⁶⁹ DUTTA, A., «Das neue...», *op. cit.*, p. 1981.

⁷⁰ Favoreciendo el buen funcionamiento del tráfico jurídico. AÑOVEROS TERRADAS, B., «Autonomía de la voluntad...», *op. cit.*, p. 266.

⁷¹ MARTINY, D., *op. cit.*, pp. 19-20. Considerandos 47 y 48 del Reglamento 2016/1003, así como 46 y 47 del Reglamento 2016/1104. Con una clara inspiración en el art. 7 del Reglamento 1259/2010, aunque mostrando alguna disparidad que podría suscitar problemas de coordinación. CAMPUZANO DÍAZ, B., «The coordination of the Regulations on divorce and legal separation with the proposal on matrimonial property regimes», *YbPIL*, 2011, núm. 13, pp. 233-253, esp. p. 248. Sin embargo, WAUTELET, P., *op. cit.*, pp. 228-229.

⁷² Una exigencia también presente en los arts. 19.2 y 20.2 de la Propuesta de Reglamento en materia de régimen económico matrimonial de 2011, así como en los arts. 12 y 13 del Convenio de La Haya de 1978.

tos europeos elaborados en el marco de la cooperación judicial en materia civil, se dispone la equivalencia de la forma escrita a «toda comunicación efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo»⁷³. Ahora bien, debido a la insuficiencia de tal exigencia mínima, se establece que dichos acuerdos habrán de respetar asimismo las exigencias formales presentes en algunos ordenamientos estatales conectados, para atribuirles validez formal, con la finalidad de incrementar las exigencias formales de los acuerdos y capitulaciones⁷⁴. Unos requisitos que, por su complejidad, pueden dificultar el ejercicio de la *designatio iuris*⁷⁵.

En primer lugar, caso de que la ley del Estado miembro donde ambos residan habitualmente cuando celebraron tal acuerdo estableciera requisitos formales para las capitulaciones, tales exigencias habrán de ser respetadas —en virtud del art. 23.2 para los acuerdos de ley aplicable y art. 25.2.I al respecto de las capitulaciones—. Además, en segundo lugar, si las partes residieran en distintos Estados miembros en el momento de su celebración, el acuerdo habrá de respetar los requisitos presentes en uno de tales ordenamientos al menos —como establecen, para los acuerdos de ley, los arts. 23.3 y el 25.2.II para las capitulaciones—. Por último, en tercer lugar, cuando únicamente una de las partes tuviera su residencia habitual en un Estado miembro cuando se celebró el acuerdo, los requerimientos formales de dicha ley serán de aplicación —así, el art. 23.4 para los acuerdos de elección de ley y el art. 25.2.III para las capitulaciones—. Asimismo, aunque solamente al respecto de las capitulaciones, habrán de respetarse igualmente las exigencias formales adicionales presentes en la ley aplicable a los efectos patrimoniales.

15. En otro orden de ideas, los Reglamentos 2016/1103 y 2016/1104 contemplan soluciones relativas al consentimiento y a la validez material, aunque exclusivamente al respecto del acuerdo de elección de ley aplicable (esto es, sin referirse a las capitulaciones matrimoniales). En esta línea, el art. 24.1 establece que estos extremos se ordenarán de conformidad con la ley estatal presuntamente elegida por las partes, siempre que tal acuerdo fuera válido⁷⁶. Por último, con el fin de garantizar que el consentimiento de las partes hubiera sido válido, el art. 24.2 autoriza a la parte que alegara que no hubiera prestado su consentimiento, a que invoque la ley del país donde resida habitualmente en el momento en el que se presente la demanda, cuando de las circunstancias se derivara que no resulte razonable acudir a la ley elegida por ambos.

⁷³ Una forma que va resultar poco habitual para las relaciones familiares. DAMASCELLI, D., «La legge applicabile...», *op. cit.*, p. 1142.

⁷⁴ BARRIÈRE BROUSSE, I., «Le patrimoine des couples internationaux dans l'espace judiciaire européen», *JDI*, 2017, núm. 2, pp. 485-514, esp. p. 497; LAGARDE, P., *op. cit.*, p. 682. Aunque sin tener en cuenta los requisitos establecidos por la normativa terceros Estados (al referirse únicamente a los Estados miembros), pudiendo suscitar problemas posteriores de su reconocimiento. VINAIXA MIQUEL, M., *op. cit.*, p. 293.

⁷⁵ MARINO, S., *op. cit.*, p. 278.

⁷⁶ También, art. 10 del Convenio de La Haya de 1978.

3. LEY APLICABLE EN DEFECTO DE ELECCIÓN

16. En ausencia de *electio iuris* —algo que incluiría los supuestos en los que las partes hubieran hecho uso de su autonomía de la voluntad material en sus capitulaciones, pero no de la conflictual—⁷⁷, habrá que acudir a lo establecido en el art. 26. Aunque, eso sí, la formulación de este precepto es bien distinta en los instrumentos analizados, resultando conveniente diferenciar entre uno y otro en esta sede. Así, al respecto del Reglamento 2016/1103, el apdo. 1 del citado precepto contempla que, en ausencia de elección por los cónyuges, resultará aplicable —de forma jerarquizada o en cascada— la ley del país: de su primera residencia habitual tras la celebración del matrimonio, de su nacionalidad común, fijada en el momento de su celebración o, a falta de las anteriores, aquella con la que ambos cónyuges mantengan una conexión más estrecha, igualmente cuando se celebró el mismo.

En este sentido, el legislador europeo ofrece una respuesta que, como en el caso de darse una elección de la ley aplicable, pivota nuevamente entre la residencia habitual y la nacionalidad de los cónyuges (común, en ambos casos), aunque en este caso priorizando el criterio integrador frente al correspondiente al de su identidad cultural —a partir de la expresión jerarquizada del precepto—⁷⁸. Una aproximación que resulta tradicional en este ámbito, basada en los objetivos de previsibilidad y seguridad jurídica —considerando 49—, plenamente coherente con la ofrecida por otros textos de origen internacional. No obstante, puede suscitar problemas de coordinación con otros instrumentos europeos, como los Reglamentos 1259/2010 y 650/2012 —poniendo en valor el valor coordinador de la *electio iuris*—⁷⁹.

Sobre la delimitación de lo que se ha de entender por el elemento «residencia habitual», nada que añadir a lo expuesto en el apartado anterior. Sobre el criterio de la «nacionalidad», por su parte, recordar su tratamiento como una cuestión previa, a delimitar de conformidad con la normativa del Estado correspondiente. Aunque esta lógica concreción estatal, no debería tener efecto alguno en la determinación de la ley aplicable⁸⁰. Por último, cabe destacar como, en atención a lo previsto en el art. 26.2, en los supuestos de múltiple nacionalidad común de los cónyuges en el momento de la celebración del matrimonio, decaerá este criterio personal —para evitar efectos discriminatorios—, en favor de los criterios contemplados en las letras a) y c) del numeral anterior⁸¹.

⁷⁷ QUINZÁ REDONDO, P., «La unificación —fragmentada—...», *op. cit.*, p. 207.

⁷⁸ Considerando 49. En términos similares, art. 4 del Convenio de La Haya de 1978. Véase JAYME, E., *op. cit.*, pp. 170-171 y 206. La residencia habitual común, a juicio de MARTINY (*op. cit.*, p. 22), se predica del país donde esta se localiza y no de la población donde se encuentra, en concreto.

⁷⁹ CAMPUZANO DÍAZ, B., *op. cit.*, pp. 249-250; QUINZÁ REDONDO, P. y GRAY, J., *op. cit.*, pp. 533-534 y 539-540.

⁸⁰ Considerandos 50 del Reglamento 2016/1103, y 49 del Reglamento 2016/1104.

⁸¹ Y ello, con independencia de que solo una de ellas opera de forma efectiva. COESTER-WALTJEN, D., *op. cit.*, pp. 204-205. También el art. 15 *in fine* del Convenio de La Haya de 1978. Una postura que, de

17. Tan solo cuando no se pueda acudir a los ordenamientos antes señalados, el art. 26.1, letra c) prevé una solución de cierre basada en el «principio de proximidad», que permite recurrir al ordenamiento con el que mantengan una conexión más estrecha las partes —en atención a todas las circunstancias que existan en el momento de la celebración del matrimonio—⁸². Una conexión criticable, desde la perspectiva de su aplicación práctica, tanto por su ubicación en el precepto y concreción temporal⁸³, como por su formulación amplia, por poder generar una cierta incertidumbre⁸⁴. Por contra, además de la adaptación a las circunstancias del caso que permitiría esta conexión flexible, favorecería la coincidencia entre *fórum* y *ius*⁸⁵. En relación con ello, y para su concreción —necesariamente autónoma—, se podrían tomar en consideración elementos como: el lugar de celebración del matrimonio⁸⁶, la nacionalidad o la residencia habitual de las partes —singularmente, de forma previa a la celebración—⁸⁷, así como su origen, lengua, cultura o religión⁸⁸, la situación de los bienes de la familia⁸⁹, o incluso donde se localice el cumplimiento y la planificación de los deberes o de las obligaciones inherentes al matrimonio⁹⁰ o incluso donde se disolvió el matrimonio⁹¹.

18. Como en el supuesto de la elección de la ley por los cónyuges, también los elementos temporales poseen una singular importancia a la hora de la determinación del ordenamiento rector de la relación en ausencia de *electio iuris*. Por un lado, el criterio de la residencia habitual se refiere expresamente a la primera que los cónyuges tuvieran, así como esta se fijará tras la celebración del matrimonio. En ambos casos, por tanto, se concreta el momento de la conexión para evitar conflictos móviles, tomando en consideración este primer momento —teniendo pues que esperar a que se produzca este hecho, para que entre en funcionamiento—, con exclusión de los cambios posteriores que se produjeran

algún modo, se alinea con la adoptada por el TJUE al respecto de la determinación de la jurisdicción competente, al respecto del Reglamento 2201/2003 (señaladamente, su Sentencia de 16 de julio de 2009, en el asunto C-168/08, *Hadadi*, ECLI:EU:C:2009:474), al no contemplar la prevalencia de una nacionalidad sobre la otra. CAMPUZANO DÍAZ, B., *op. cit.*, p. 251; MARINO, S., *op. cit.*, p. 280.

⁸² Considerando 49. Una conexión empleada igualmente en el art. 4 *in fine* del Convenio de La Haya de 1978.

⁸³ RODRÍGUEZ BENOT, A., «La armonización...», *op. cit.*, pp. 568-569. Precisamente por ello, las posibilidades de que se acuda a esta solución de cierre resultan limitadas en la práctica. MARINO, S., *op. cit.*, p. 281; QUINZÁ REDONDO, P. y GRAY, J., *op. cit.*, p. 532.

⁸⁴ DAMASCELLI, D., «La legge applicabile...», *op. cit.*, p. 1138. Chocando así con conexiones de cierre, más sencillas de aplicar y previsibles, como la *lex fori*, que favorece el art. 8.d) del Reglamento 1259/2010.

⁸⁵ MARINO, S., *op. cit.*, p. 282.

⁸⁶ VIARENGO, I., «The EU Proposal...», *op. cit.*, p. 212. A este elemento ya hizo mención expresa el art. 17.1.c) de la Propuesta de Reglamento en materia de régimen económico matrimonial de 2011.

⁸⁷ De este modo, QUINZÁ REDONDO, P., «La unificación —fragmentada—...», *op. cit.*, p. 210.

⁸⁸ COESTER-WALTJEN, D., *op. cit.*, p. 206; MARTINY, D., *op. cit.*, p. 23.

⁸⁹ PÉROZ, H., *op. cit.*, p. 37.

⁹⁰ DUTTA, A., «Das neue...», *op. cit.*, p. 1982; VISMARA, F., «Legge applicabile in mancanza di scelta e clausola di eccezione nel regolamento (UE) N. 2016/1103 in materia di regimi patrimoniali tra i coniugi», *Riv. dir. int. pr. proc.*, 2017, núm. 2, pp. 356-371, esp. p. 363.

⁹¹ MARTINY, D., *op. cit.*, p. 23.

al respecto de su residencia habitual⁹². Asimismo, esta localización temporal y como se verá más adelante, puede correr el riesgo de que no mantenga una conexión significativa con la relación cuando se suscitara una eventual controversia entre las partes⁹³. Sin embargo, por otro lado, tanto la nacionalidad común de los cónyuges, como la normativa más estrechamente vinculada, se localizará temporalmente en el momento de la celebración del matrimonio.

19. La respuesta conflictual que se acaba de presentar para la regulación del régimen económico matrimonial, en defecto de elección de la ley aplicable, resulta bien distinta a la consagrada en el art. 26.1 del Reglamento 2016/1004, para las uniones registradas. En atención a su tenor, en defecto de *electio iuris*, los efectos patrimoniales se regirán por lo previsto en el ordenamiento del país conforme a cuya ley se hubiera creado la unión registrada. Una opción que conduciría, en la mayoría de ocasiones, a la aplicación de la ley donde se produjo su registro y se confundiría con la *lex loci actus*⁹⁴. Este criterio de conexión ha de ser bien recibido, debido a que persigue favorecer la previsibilidad y seguridad jurídica, así como por servir al objetivo de garantizar la eficacia de dicha relación, y tratarse de un ordenamiento estatal directamente vinculado con la unión registrada⁹⁵.

20. Por su parte, el art. 26.3 incluye una peculiar «cláusula de escape», de lógica aplicación excepcional⁹⁶ —y con la evidente voluntad de atender a las consecuencias de un eventual conflicto móvil—⁹⁷, con la que se procura cohonstar las posturas de los partidarios de la mutabilidad y aquellos favorables a la inmutabilidad de la *lex lausae*⁹⁸. Así las cosas, y en atención de determinadas circunstancias de aplicación cumulativa, por medio de la misma cabrá la posibilidad de excluir las soluciones antes expuestas —aunque en el caso del régimen económico matrimonial, exclusivamente en relación con la primera residencia habitual común tras la celebración del matrimonio y no al respecto de la nacionalidad—. En todo caso, esta medida únicamente podrá adoptarse por la autoridad judicial competente y siempre a instancia de una de las partes —no pudiendo actuar pues de oficio el juez—⁹⁹.

⁹² DUTTA, A., «Das neue...», *op. cit.*, pp. 1981-1982; MARINO, S., *op. cit.*, p. 280; PÉROZ, H., *op. cit.*, p. 37. Los riesgos que suscita el conflicto móvil vinculado a la residencia habitual en este ámbito fueron denunciados por GONZÁLEZ BELFUSS, C., «Relaciones e interacciones entre Derecho comunitario, Derecho Internacional privado y Derecho de familia europeo en la construcción de un espacio judicial común», *AEDIP*, t. IV, 2004, pp. 117-186, esp. p. 169.

⁹³ QUINZÁ REDONDO, P., «La unificación —fragmentada—...», *op. cit.*, p. 208. Esta localización, a su vez, difiere de la existente en otros Reglamentos, como el 650/2012, que se refiere al momento del fallecimiento, pudiendo generar su descoordinación. Así, BONOMI, A., *op. cit.*, p. 228.

⁹⁴ MARINO, S., *op. cit.*, pp. 281-282.

⁹⁵ BARRIÈRE BROUSSE, I., *op. cit.*, pp. 503-504. Considerando 48 del Reglamento 2016/1104.

⁹⁶ Sobre sus características y diferencias, con respecto a otras manifestaciones más habituales de este tipo de cláusulas, VISMARA, F., *op. cit.*, pp. 363-366.

⁹⁷ BARRIÈRE BROUSSE, I., *op. cit.*, p. 499. Sobre los precedentes, motivaciones y objetivos de este apartado, QUINZÁ REDONDO, P., «La “cláusula de excepción”...», *op. cit.*, pp. 306-309.

⁹⁸ COESTER-WALTJEN, D., *op. cit.*, p. 206.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 207; DAMASCELLI, D., «La legge applicabile...», *op. cit.*, pp. 1139-1140; LAGARDE, P., *op. cit.*, p. 683. Considerandos 51 del Reglamento 2016/1103, y 52 del Reglamento 2016/1104. Mientras

Así las cosas, como reza su párr. I, únicamente se podrá poner en marcha tal exclusión —a modo de una *lex non-conveniens*— cuando se manifiesten determinadas circunstancias de forma cumulativa que garantizan la conexión¹⁰⁰. Por un lado, desde una perspectiva objetiva, cuando las partes hubieran contado con una última residencia habitual en otro Estado, siempre que el periodo de esta nueva residencia habitual hubiera sido más largo que en el previo («considerablemente» y comparando el número de años para los matrimonios, así como «significativamente» y en términos absolutos en el supuesto de las uniones registradas), así como —desde una dimensión subjetiva— siempre que estos sujetos hubieran organizado o planificado sus relaciones patrimoniales en función de este ordenamiento posterior¹⁰¹.

El criterio temporal se constituye así, en un elemento esencial en la mecánica de la cláusula, que permite atender al «principio de proximidad» para acudir a un ordenamiento más conectado con la relación. El cual, salvo que se pueda llegar a objetivar por medio de un acto de disposición o similar, puede suscitar problemas de determinación y resultar imprevisible en su aplicación práctica¹⁰². Por su parte, a esta condición temporal se unirá, en el caso de las uniones registradas, la exigencia de que este nuevo ordenamiento atribuya efectos patrimoniales a la relación, para así garantizar su eficacia.

La aplicación de esta ley resultará efectiva (como se concreta en su párr. II) desde el mismo momento del inicio de la relación (ya fuera la celebración del matrimonio o la creación de la unión registrada). Claro está, siempre que ambos sujetos estén conformes con esta fijación temporal de los efectos que vaya a tener este nuevo ordenamiento —planteándose nuevamente problemas de concreción, si surgen desavenencias—¹⁰³. En caso contrario, el momento a tomar en cuenta para determinar los efectos que podrá desplegar este otro ordenamiento, será el del establecimiento de esta última residencia habitual.

Esta solución judicial excepcional contará con una limitación y con una exclusión, como se aprecia de la lectura del art. 26.3.III. Por un lado, la aplicación de la ley de la última residencia común de las partes no podrá afectar a los derechos de terceros que derivaran del juego de la ley fijada en el apdo. 1 (esto es, el de la primera residencia común del matrimonio o donde se creó la unión registrada). Por otro lado, la solución excepcional prevista en este apartado no podrá resultar de aplicación cuando las partes hubieran celebra-

que la mención al «demandante» se entenderá hecha al «solicitante», la autoridad judicial solo podrá excluir la aplicación del apdo. 1.a) en favor de la ley de la última residencia habitual, como aclara QUINZÁ REDONDO, P., «La “cláusula de excepción”...», *op. cit.*, p. 310.

¹⁰⁰ COESTER-WALTJEN, D., *op. cit.*, p. 208; MARINO, S., *op. cit.*, p. 282.

¹⁰¹ BARRIÈRE BROUSSE, I., *op. cit.*, p. 499. Crítico por su amplia formulación, MARTINY, D., *op. cit.*, p. 24.

¹⁰² PÉROZ, H., *op. cit.*, p. 37; QUINZÁ REDONDO, P., «La unificación —fragmentada—...», *op. cit.*, p. 209; VISMARA, F., *op. cit.*, pp. 366-369.

¹⁰³ COESTER-WALTJEN, D., *op. cit.*, p. 208; DAMASCELLI, D., «La legge applicabile...», *op. cit.*, p. 1139; QUINZÁ REDONDO, P., «La “cláusula de excepción”...», *op. cit.*, pp. 310-311. Una expresión de voluntad que incluso podría estimarse como una elección tácita de dicho ordenamiento, a pesar de lo expresado sobre este expediente con anterioridad.

do capitulaciones, de forma previa a que se estableciera su última residencia habitual común.

4. ÁMBITO DE LA LEY RECTORA Y TUTELA DE LOS INTERESES DE TERCEROS

21. La *lex causae* está llamada a cubrir una significativa cantidad de cuestiones, como se deriva del tenor del art. 27. En este sentido, la ley rectora de los efectos patrimoniales de la pareja abarcará —aunque sin constituir un *numerus clausus*—¹⁰⁴ extremos como son: la clasificación de los bienes de uno o ambos miembros de la pareja y vigencia tras la disolución de la relación *a*); la transferencia de los mismos de una categoría a otra *b*); la responsabilidad de uno de los cónyuges (o miembro de la unión registrada) por las obligaciones y deudas del otro *c*); las facultades, derechos y obligaciones de cualquiera de los miembros de la pareja —o de ambos— *d*); la disolución de la relación patrimonial, así como el reparto, distribución o liquidación de este régimen *e*); los efectos patrimoniales sobre la relación entre uno de los cónyuges (o miembro de la unión registrada) y un tercero *f*); así como la validez material de las capitulaciones *g*).

Un listado que establece los límites de la *lex causae* —incluyendo los conocidos como regímenes económicos primario y secundario—¹⁰⁵, que se refiere a señaladas materias, tanto relacionadas con el día a día de la relación mientras esta se encuentra vigente —así sus letras *a*) a *d*)—, como aquellas que pudieran originarse con motivo de la finalización de la relación —así las letras *a*) *in fine* y la *e*)—¹⁰⁶; así como sus efectos frente a terceros —que se analizará seguidamente—, o incluso extremos de la transcendencia de la validez material de las capitulaciones —toda vez que la regulación de su validez formal cuenta con una solución conflictual específica, como ya se ha expuesto—.

22. La protección de los intereses de los terceros constituye una constante en los Reglamentos 2016/1103 y 2016/1104, en consonancia con la importancia que posee esta cuestión en la normativa sustantiva y la publicidad registral del régimen patrimonial de la pareja¹⁰⁷. Por lo que esta preocupación ha de ser bienvenida y más al respecto de nuestro ordenamiento, donde no se contemplaba una previsión conflictual al respecto¹⁰⁸. En este sentido y a modo de ejemplo, ya vimos al analizar el art. 22.3, que la elección de ley y

¹⁰⁴ Y ello, al disponer que regulará «entre otras cosas».

¹⁰⁵ AÑOVEROS TERRADAS, B., «Autonomía de la voluntad...», *op. cit.*, p. 252.

¹⁰⁶ QUINZÁ REDONDO, P., «La unificación —fragmentada—...», *op. cit.*, pp. 203-204.

¹⁰⁷ Véase DIAGO DIAGO, P., «La publicidad del régimen matrimonial y la protección de terceros en Derecho Internacional privado español», *BIMJ*, 2008, núms. 2067 y 2068, pp. 2736-2787; QUINZÁ REDONDO, P., «Inscripción en el Registro de la Propiedad de una escritura de compraventa bajo régimen económico-matrimonial extranjero: La RDGRN de 10 de mayo de 2017», *Bitácora Millennium DIPr* (accessible en <http://www.millenniumdipr.com>).

¹⁰⁸ DIAGO DIAGO, P., *Pactos o capitulaciones matrimoniales...*, *op. cit.*, pp. 393-398.

sus eventuales modificaciones retroactivas no podía perjudicar los intereses de los mismos. A su vez, el art. 27 —en su letra *f*)— contempla que esta materia se encontrará cubierta por la ley rectora de la relación. Sin embargo, el art. 28 dispone de una excepción a este principio que ha de ser valorada de forma positiva en línea de principio¹⁰⁹, al haberse incorporado con el fin de tutelar los intereses de tales sujetos, en relación con aquellos supuestos en que el tercero debía o habría de conocer la ley rectora del régimen económico matrimonial (o, en su caso, de los efectos patrimoniales de la unión registrada).

En virtud de lo dispuesto en el art. 28.1, uno de los miembros de la relación no podrá invocar la *lex causae* frente a un tercero, en el marco de un litigio entre uno de los miembros de la pareja —o uno de ellos— y un tercero, salvo que este tercero conociera dicho ordenamiento o hubiera actuado de forma diligente («actuando con la debida diligencia») para su conocimiento. En relación con ello, en su numeral 2 se consigna que se presumirá que conoce la ley rectora de los efectos patrimoniales, en dos situaciones particulares en las que se estimará que resultarán fácilmente predecibles para este sujeto¹¹⁰. Por razón de la primera [letra *a*)], siempre que dicha ley fuera —con carácter alternativo— el ordenamiento que regula la transacción con el tercero (pudiendo dar entrada a la *lex contractus*), aquel donde el cónyuge (o miembro de la unión registrada) y el tercero residan habitualmente, o de la situación de los inmuebles en su caso. Por su parte, también se alcanzará la misma conclusión [letra *b*)], cuando cualquiera de los miembros de la unión registrada o matrimonio hubiera cumplido los requisitos de publicidad que se previeran en cualquiera de las leyes estatales antes reseñadas en la letra anterior —igualmente con una naturaleza alternativa—.

En todo caso y según lo establecido en su apdo. 3, cuando la *lex causae* no pudiera ser invocada según lo previsto en el primer numeral —dado que nos situaríamos en lo establecido en el apdo. 2 de este precepto—¹¹¹, los efectos patrimoniales de la relación se ordenarán de conformidad con lo dispuesto en —de nuevo, con un carácter alternativo—, o bien la ley rectora de la transacción que vincula a uno de los miembros de la pareja con el tercero, o bien la ley de situación del inmueble o donde se registró este bien, según fuera el caso.

5. NORMAS DE APLICACIÓN

23. Como resulta habitual en los instrumentos europeos por medio de los que se ofrecen soluciones conflictuales uniformes, los Reglamentos

¹⁰⁹ LAGARDE, P., *op. cit.*, p. 684. No obstante, BARRIÈRE BROUSSE, I., *op. cit.*, p. 505.

¹¹⁰ QUINZÁ REDONDO, P., «La unificación —fragmentada—...», *op. cit.*, p. 215. Acerca de la naturaleza de esta presunción —también entendida por algunos como una ficción legal—, DAMASCELLI, D., «La legge applicabile...», *op. cit.*, p. 1144; DUTTA, A., «Das neue...», *op. cit.*, p. 1983; PÉROZ, H., *op. cit.*, p. 39.

¹¹¹ QUINZÁ REDONDO, P., «La unificación —fragmentada—...», *op. cit.*, p. 216.

2016/1103 y 2016/1104 contemplan una serie de preceptos en los que se atiende a los problemas de aplicación que pudieran tener lugar. A pesar de que tales respuestas no destacan por su gran originalidad, al respecto de los Reglamentos europeos que constituyen sus precedentes, resulta apropiado hacer mención de las soluciones incorporadas en los instrumentos analizados, al igual que las peculiaridades que presentan en este ámbito.

5.1. Adaptación de los derechos reales, leyes de policía, orden público y exclusión del reenvío

24. Para empezar, el art. 29 establece la posibilidad de que los derechos reales presentes en la *lex causae* y que fueran invocados por su titular en un Estado miembro cuya ley no contemple los mismos, se adapten a otro derecho real existente en el mismo (generalmente la *lex fori*) que, a su vez, fuera cercano y equivalente al mismo. Y ello, como clarifica el considerando 25, con el objetivo de que los cónyuges —o miembros de la unión registrada— puedan disfrutar de los derechos que les han sido transmitidos o creado en otro Estado miembro. La posibilidad de adaptación de los derechos reales no se encontraba presente en las Propuestas de Reglamento de 2011, aunque no resulta una posibilidad totalmente novedosa para el legislador europeo —encontrando su inspiración en el art. 31 del Reglamento 650/2012—¹¹².

Este precepto establece, asimismo, el modo y las condiciones en las que se llevará a cabo tal adaptación de los derechos reales. Por un lado, esta actividad tendrá lugar solamente cuando ello resultara necesario y siempre en la medida de lo posible¹¹³. Por lo que ambas circunstancias habrán de ser sopesadas de forma previa. De otro lado, para poner en práctica la eventual adaptación del derecho real se habrán de considerar, tanto los objetivos e intereses que busque el derecho en cuestión, como los efectos que del mismo se deriven.

25. La aplicación del ordenamiento del foro también tendrá cabida al respecto de dos situaciones ya tradicionales en los instrumentos europeos con normas de conflicto de leyes y que implican una limitación al juego de la *lex causae*. Esto es, cuando se contemple la aplicación de las leyes de policía del foro —prevista en su art. 30— o si hubiera que acudirse a la excepción de orden público —recogida en el art. 31—. Por lo que respeta a la segunda posibilidad, la redacción del precepto no muestra novedad alguna frente a Reglamentos previos, contemplándose el juego de la *lex fori* de forma restrictiva y

¹¹² RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, J. S., «Artículo 31. Adaptación de los derechos reales», en IGLESIAS BUHIGUES, J. L. y PALAO MORENO, G. (dirs.), *op. cit.*, pp. 259-267.

¹¹³ Sobre este extremo, cabrá recibir información de las autoridades de otros Estados miembros para recibir información sobre el contenido y alcance de tales derechos reales (considerando 25), pudiendo llevarse a cabo formas diferentes de adaptación a las previstas en los Reglamentos, cuando de forma explícita no se conocieran tales derechos reales (considerando 26).

excepcional cuando la aplicación del ordenamiento foráneo resultara manifiestamente incompatible con el orden público del mismo¹¹⁴.

Una excepción que, por ejemplo, permitirá a los Estados miembros mantener su concepción sobre cuestiones espinosas en la UE como la de las uniones entre personas del mismo sexo o la recepción de instituciones foráneas que ocasionen una discriminación por motivos de género¹¹⁵, aunque habrá de ser interpretada a la luz de la Carta de los Derechos fundamentales de la UE, y de forma singular a la luz del principio de no discriminación previsto en su art. 21¹¹⁶. Su aplicación práctica podría conducir, a modo de ejemplo, a la exclusión de aquellas disposiciones foráneas que generaran una discriminación por razón de nacionalidad o de sexo, al igual que las vulneraran los deberes y derechos de contenido patrimonial que se impusieran con carácter general en el ordenamiento del foro¹¹⁷.

26. En relación con la aplicación de las leyes imperativas del foro —una auténtica novedad al respecto del DIPr de familia y sucesiones UE—¹¹⁸, el art. 30.2 delimita este concepto haciendo referencia a aquellas disposiciones del ordenamiento del juez competente «cuya observancia considera esencial un Estado miembro para salvaguardar sus intereses públicos», señalando que su juego será prioritario cualquier que sea el ordenamiento estatal rector del régimen económico matrimonial (o de los efectos patrimoniales de la unión registrada)¹¹⁹.

En particular —junto a las normas que prevén la solidaridad económica o la contratación vinculada a la gestión del hogar—, cabe destacar, por su importancia práctica, que en esta noción se han de incluir las normas previstas para la protección de la vivienda u hogar familiar¹²⁰; exigiéndose así el consentimiento de la parte de propietario de la misma, para su disposición o gravamen por parte del titular¹²¹. No obstante, hay que tener presente que el juego de esta excepción al juego de la *lex causae*, también habrá de contar con una interpretación restrictiva, para no malograr los objetivos que persiguen los Reglamentos¹²².

¹¹⁴ DAMASCELLI, D., «La legge applicabile...», *op. cit.*, p. 1148.

¹¹⁵ Téngase en cuenta el art. 9.

¹¹⁶ Considerandos 54 del Reglamento 2016/1103, y 53 del Reglamento 2016/1104. AÑOVIROS TERRADAS, B., «Autonomía de la voluntad...», *op. cit.*, p. 270; QUINZÁ REDONDO, P., *Régimen económico matrimonial*, *op. cit.*, pp. 375-378.

¹¹⁷ CLAVEL, S. y JAULT-SESEKE, F., «Public policy considerations - Changes in continuity. Comments on articles 30 and 31 of the Regulations on patrimonial consequences of marriages and registered partnerships», *YbPIL*, 2017-2018, núm. 19, pp. 234-246, esp. pp. 238-240; QUINZÁ REDONDO, P., «La unificación —fragmentada—...», *op. cit.*, p. 211.

¹¹⁸ DAMASCELLI, D., «La legge applicabile...», *op. cit.*, p. 1149. Una formulación que no prevé la toma en consideración de las disposiciones imperativas de otros Estados conectados con la relación. CLAVEL, S. y JAULT-SESEKE, F., *op. cit.*, pp. 243-246.

¹¹⁹ En particular, el eventual «régimen primario» de la *lex fori* se impondrá al propio de la *lex causae*. AÑOVIROS TERRADAS, B., «Autonomía de la voluntad...», *op. cit.*, p. 270.

¹²⁰ Considerandos 53 del Reglamento 2016/1103, y 52 del Reglamento 2016/1104. DUTTA, A., «Das neue...», *op. cit.*, p. 1983.

¹²¹ QUINZÁ REDONDO, P., «La unificación —fragmentada—...», *op. cit.*, p. 211.

¹²² Considerandos 53 del Reglamento 2016/1103, y 52 del Reglamento 2016/1104. CARRIÓN GARCÍA DE PARADA, P., *op. cit.*, pp. 117-118.

27. La exclusión del reenvío, establecida en el art. 32, merece un mínimo comentario. La solución propuesta ha de ser recibida, desde un inicio, de forma positiva por su claridad. Sobre todo, al tratarse de una materia donde los intereses de las partes pueden ser contrapuestos y la *professio iuris* (aun cuando limitada) cuenta con un papel significativo, que podría malograrse por efecto de reenvío¹²³. En este sentido, la solución se alinea con la adoptada de modo habitual por el resto de instrumentos europeos en sector de la ley aplicable —por su cercanía, de forma significativa, el art. 11 del Reglamento 1259/2010—, con el fin de preservar la certeza legal y previsibilidad para las partes.

Por el contrario, esta exclusión no solo plantea ciertos problemas prácticos, sino que igualmente choca con la solución propuesta para el ámbito sucesorio —apartándose en extremo de lo establecido en el art. 34 del Reglamento 650/2012—¹²⁴. Por lo que, su exclusión en este supuesto, no solo impide una sencilla coordinación entre ambos instrumentos, sino también atender a problemas que pudieran generarse en la práctica —como las que tendrían lugar al respecto de la remisión a normativas donde no se contemplara una ordenación legal de estas relaciones económicas, o evitar decisiones irreconciliables provenientes de terceros Estados—¹²⁵.

5.2. Conflictos territoriales e interpersonales de leyes

28. La posibilidad de que la ley estatal reclamada por la norma de conflicto cuente con una naturaleza plurilegislativa (como sucede en el caso español), constituye un lugar común en los Reglamentos europeos que contienen normas de conflicto de leyes. En el caso que nos ocupa, son los arts. 33 a 35 de los Reglamentos 2016/1103 y 2016/1104 los que atienden a esta eventualidad¹²⁶. Estos preceptos se enfrentan, respectivamente, a las situaciones conflictos de leyes de base territorial y de base personal, así como a la no exigencia de acudir a las soluciones previstas en estos Reglamentos en situaciones de plurilegislatividad.

Por lo que respecta a los conocidos como conflictos territoriales de leyes, el legislador europeo ha optado en el art. 33.1 y como solución de partida, por una remisión de tipo indirecto o subsidiario. Esto es, confiando la localización

¹²³ LAGARDE, P., *op. cit.*, p. 685.

¹²⁴ IGLESIAS BUHIGUES, J. L., «Artículo 34. Reenvío», en IGLESIAS BUHIGUES, J. L. y PALAO MORENO, G. (dirs.), *op. cit.*, pp. 282-287.

¹²⁵ Críticos con esta disparidad y su exclusión en todo supuesto —incluso para los supuestos de ausencia de elección—, CARRIÓN GARCÍA DE PARADA, P., *op. cit.*, p. 116; DAMASCELLI, D., «La legge applicabile...», *op. cit.*, p. 1136; DUTTA, A., «Das neue...», *op. cit.*, p. 1983; LAGARDE, P., *op. cit.*, pp. 684-685; QUINZÁ REDONDO, P., *Régimen económico matrimonial*, *op. cit.*, pp. 378-379.

¹²⁶ Considerandos 55 del Reglamento 2016/1103, y 54 del Reglamento 2016/1104. Estos preceptos se alinean con lo establecido en los arts. 36 a 38 del Reglamento 650/2012. Véase el comentario a estos preceptos elaborado por QUINZÁ REDONDO, P., en IGLESIAS BUHIGUES, J. L. y PALAO MORENO, G. (dirs.), *op. cit.*, pp. 291-307.

de la normativa aplicable —dentro de las distintas unidades territoriales que lo componen— a las soluciones internas para solventar los conflictos de leyes que se prevean en el ordenamiento estatal reclamando. Por tanto, en el caso español, donde coexiste esa plurilegislatividad de base territorial en el ámbito que nos ocupa, esta remisión nos situaría en la aplicación del art. 16.1 CC.

Por su parte, el art. 33.2 regula el supuesto en el que el ordenamiento estatal no contemplara esta normativa. Así las cosas, cuando el punto de conexión nacional fuera a favor de la residencia habitual, se entenderá como la ley de la unidad territorial donde se sitúen la residencia habitual [letra *a*)]. En el mismo sentido [letra *b*)], la referencia a la nacionalidad se relacionará con la unidad territorial con la que esta persona mantenga una relación más estrecha. Para el resto de supuestos distintos de los dos anteriores, la letra *c*) conduce al juego de la ley de la unidad territorial donde sitúe el elemento en cuestión. Tal y como podría suceder con la mención que se realiza en el art. 28 de la ley de la transacción, de la *lex rei sitae* para los inmuebles o de la ley de los derechos registrados y la unidad territorial donde estos se localizaran.

29. De otro lado y en relación con los llamados conflictos interpersonales de leyes, el art. 34 (un precepto no incluido en la propuesta de 2011) parte igualmente de una aproximación indirecta, para, con posterioridad y en ausencia de una respuesta *ad hoc* para la diversidad legislativa de base personal en dicho ordenamiento, establecer que, en tales casos se acudiría al conjunto normativo o régimen legal con el que los cónyuges (o miembros de la unión registrada) mantengan una conexión más estrecha. Esta problemática, sin embargo, no se plantearía para el caso español en su proyección *ad intra* —al carecer de este tipo de plurilegislatividad—, por lo que resulta ajena a la problemática antes mencionada.

30. La aproximación de tipo indirecto o subsidiario que promulgan los instrumentos analizados ha suscitado (*melius*, reavivado) un intenso debate en seno de la doctrina española cuando se presenta un conflicto territorial de leyes *ad intra*¹²⁷. Una controversia fomentada, en este caso, por la inexistencia de normas de conflicto de leyes en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas en España, que completaran la remisión que contiene el art. 16.1 CC —a diferencia de lo que acontece al respecto del régimen económico matrimonial, regulado en los arts. 9.2 y 9.3 CC—. En relación con ello y como es sabido, las opciones oscilarían entre promover un juego dinámico de las soluciones conflictuales presentes en los mismo o acudir a una aplicación estática de las mismas¹²⁸.

Según la primera, se propondría acudir a las soluciones previstas en los Reglamentos —en este caso, ante la inexistencia de soluciones internas—.

¹²⁷ CEBRIÁN SALVAT, M. A., *op. cit.*, pp. 138-140; SOTO MOYA, M., *op. cit.*, pp. 25-29 y 30-31; QUINZÁ REDONDO, P., «La unificación —fragmentada—...», *op. cit.*, pp. 213-214.

¹²⁸ Véase QUINZÁ REDONDO, P., «La unificación —fragmentada—...», *op. cit.*, p. 213, con amplias referencias doctrinales en nota 69.

Entre otros motivos, *in casu*, debido a que la previsión de no aplicación a la que hace mención el art. 35 estaría concebida tanto como una recomendación —y no como una obligación de no hacerlo—, así como para garantizar la unidad de soluciones en este ámbito. Por el contrario, la preferencia por una aplicación estática conduciría a la necesidad de acudir a las reglas de conflicto previstas en nuestro sistema de DIPr —arts. 9 y ss. CC—, a partir de la remisión literal realizada en el art. 16.1 CC, obligando a tener que diferenciar entre los planos internacional e interregional. La postura estática, sin embargo, y por lo que respecta el caso español, suscita problemas específicos¹²⁹.

Así, junto a la inexistencia de una solución normativa ni jurisprudencial clara, nuestra doctrina mantiene dispares posicionamientos sobre la ley rectora de los efectos patrimoniales de la unión registrada. Los cuales pivotarían entre aquellas que fomentan la aplicación analógica de los arts. 9.2 y 9.3, del art. 9.1, o del 10.5 CC, de aquellas fundamentadas en generar una solución específica basada en la ley del registro que se combinaría con la normativa sectorial prevista en la normativa convencional¹³⁰, acudir a soluciones en distintos escalones que pasaría por aplicar la normativa que lo ordene en cada Comunidad Autónoma [en virtud del art. 33.2.c)]¹³¹, o incluso favorecer el juego supletorio de las soluciones previstas en los Reglamentos —apoyando su aplicación dinámica—¹³². Una laguna que, junto a la disparidad de soluciones propuestas, vienen a reforzar la necesidad de que nuestro legislador estatal se enfrente a las cuestiones que suscitan este tipo de parejas y los efectos patrimoniales que de las mismas se derivan, con el fin de garantizar la certeza y previsibilidad en la materia. Una acción normativa que, en todo caso, habría de tender hacia su normalización y garantizar un tratamiento similar al que se dispensa a los regímenes económicos matrimoniales.

6. A MODO DE CONCLUSIÓN

31. Desde el 29 de enero de 2019, resultan de plena aplicación los Reglamentos 2016/1103 y 2016/1104, por los que se establece una cooperación reforzada en los ámbitos de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales y en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas. Unos instrumentos que, a pesar de su trascendencia, obligarán únicamente a los dieciocho Estados miembros que participan en la cooperación reforzada; consolidándose esta limitación territorial, como una constante en los más recientes instrumentos europeos en materia de familia. Concebidos como Reglamentos «completos» —al igual que sus precedentes inspiradores—, se

¹²⁹ IGLESIAS BUHIGUES, J. L., «La remisión a la ley española en materia sucesoria y de régimen económico matrimonial», *CDT*, vol. 10, 2018, núm. 1, pp. 233-247, esp. pp. 241-242 (accesible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/4122>).

¹³⁰ CEBRIÁN SALVAT, M. A., *op. cit.*, pp. 138 y 139.

¹³¹ SOTO MOYA, M., *op. cit.*, pp. 30-31.

¹³² QUINZÁ REDONDO, P., «La unificación —fragmentada—...», *op. cit.*, p. 214.

han analizado únicamente desde la perspectiva de la respuesta conflictual que diseñan.

La aproximación que consagran los Reglamentos europeos para el sector de la ley aplicable constituye una novedad para el DIPr europeo —regido hasta la fecha exclusivamente por normativa de origen estatal—, que, en línea de principio, ha de ser bienvenido. Y ello, no solo por concebir una ordenación uniforme *ex novo* de los efectos económicos del matrimonio en situaciones transfronterizas en el marco de la UE —aunque contara con importantes precedentes convencionales—, sino también por hacerlo al respecto de un ámbito controvertido —al no contar con una ordenación en todos los Estados miembros—, como el de los efectos patrimoniales de las uniones registradas. En esta línea, los Reglamentos ofrecen un sistema uniforme y de aplicación universal, que atiende a las cuestiones de ley aplicable que pudieran surgir en su ámbito de aplicación, en un contexto de una gran disparidad normativa estatal —sustantiva y conflictual— y una creciente movilidad en el interior de la UE; persiguiendo favorecer la seguridad jurídica y la previsibilidad para los cónyuges (o, en su caso, los miembros de la unión registrada) y los terceros.

Basados en el principio de la unidad de la ley rectora al fondo de las cuestiones que regulan —que puede resultar quebrado, como se ha comprobado—, los Reglamentos ponen el acento en la autonomía de la voluntad conflictual —favoreciendo así su coordinación con otros instrumentos europeos en materia de familia y sucesiones—, que podrá llevarse a cabo en cualquier momento. Aunque recogen de forma limitada por lo que respecta a las leyes susceptibles de ser seleccionadas —de forma alternativa—, incluyendo previsiones que garanticen el consentimiento informado y válido de las partes. Los cuales, en ausencia de una *electio iuris* expresa, privilegian la aplicación jerarquizada de ley de la residencia habitual de las partes de la relación —tras la celebración del matrimonio o unión, susceptible de sustituirse por la última que poseían en determinadas circunstancias, si así lo estima la autoridad judicial—, que prioriza frente a su nacionalidad común —facilitando su integración jurídica—, contando con una solución de cierre basada en el principio de proximidad.

Con una gran amplitud, en cuanto a las cuestiones regulables por la *lex causae*, los Reglamentos ponen un especial acento en una cuestión singularmente problemática, como es la relativa de la protección de los intereses de los terceros y su previsión al respecto de la misma —cuando su comportamiento resultara diligente—. Junto a ello, contienen un amplio aparato normativo para atender los problemas de aplicación de las normas de conflicto de leyes que —como sucede al respecto de otros Reglamentos precedentes, con soluciones muy similares—, aportan un elevado nivel de certeza a los cónyuges (o miembros de la unión registrada) y los terceros.

32. Las bondades que rodean las soluciones previstas en los Reglamentos analizados no impiden, empero, que sean varias las cuestiones que deja abiertas y las dificultades que puede generar su puesta en práctica; poniendo

en riesgo los objetivos perseguidos, tal y como se ha puesto de manifiesto a lo largo de este estudio. Así, a modo de ejemplo, de un análisis de las condiciones que rodean la *electio iuris* y su validez formal, se aprecian las incertidumbres y dificultades que pudieran generarse en la práctica. Junto a ello, frente a las posibilidades de coordinación con otros instrumentos europeos que facilita la elección de ley, la respuesta conflictual prevista para los casos de ausencia de tal designación compromete esta coordinación en la práctica. Junto a ello, igualmente pueden suscitarse dificultades, la ausencia de una delimitación autónoma y uniforme del criterio de la residencia habitual, el recurso que se hace del «principio de proximidad», o la complejidad de algunas de las soluciones que incorpora. En todo caso, habrá que esperar al momento de su aplicación práctica para comprobar el alcance de estos riesgos, así como confiar en que sirvan efectivamente a los objetivos que les inspiraron y, de modo singular, favorezcan la seguridad jurídica y previsibilidad en la gestión legal de las relaciones económicas de los matrimonios y uniones registradas, que favorezca la movilidad internacional de las personas.

33. No obstante, las dificultades que la aplicación de estos Reglamentos suscita, también se ven fomentados por la inacción de nuestro legislador. Así, la ausencia de una normativa estatal relativa a las uniones registradas (y sus efectos patrimoniales) en España, genera un insoportable nivel de incertidumbre al respecto de cuestiones como la delimitación del ámbito de aplicación material del Reglamento 2016/1104, o la determinación de la ley rectora. Al tratarse de un medio plurilegislativo donde, en la falta de una legislación estatal —ni sustantiva, ni conflictual—, coexisten normas de CCAA sobre uniones no matrimoniales con una distinta naturaleza y alcance. Una compleja situación que tenía que haber previsto a la hora de negociar y vincularnos al procedimiento de cooperación reforzada. En consecuencia, no ya para desterrar la incertidumbre que este silencio genera desde una perspectiva interna, sino para atender a los objetivos que persiguen los Reglamentos, resulta imperativo que el legislador español se enfrente a esta laguna en nuestro ordenamiento.

RESUMEN

LA DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE EN LOS REGLAMENTOS EN MATERIA DE RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL Y EFECTOS PATRIMONIALES DE LAS UNIONES REGISTRADAS 2016/1103 Y 2016/1104

Los Reglamentos 2016/1103 y 2014 constituyen un nuevo paso en la construcción de un Derecho internacional privado europeo de familia y sucesiones. Desde la perspectiva de la determinación de la ley aplicable, sus soluciones se ven fuertemente inspiradas en sus precedentes convencionales y europeos, incorporando un nuevo marco normativo uniforme y con efectos *erga omnes* para los ordenamientos de los Estados miembros que participan en el procedimiento de cooperación reforzada. Los instrumentos favorecen la autonomía de la voluntad en este ámbito, estableciendo soluciones en defecto de esta elección que atienden a los objetivos de seguridad y previsibilidad para las partes y terceros. Su valoración general, aunque positiva, no se encuentra exenta de incertidumbres prácticas, mientras que,

en el caso español, plantea problemas particulares la inexistencia de una normativa estatal para las uniones registradas.

Palabras clave: régimen económico matrimonial, efectos patrimoniales de las uniones registradas, ley aplicable, Derecho internacional privado, Unión Europea.

ABSTRACT

THE LAW APPLICABLE TO MATTERS CONCERNING MATRIMONIAL PROPERTY AND PROPERTY CONSEQUENCES OF REGISTERED PARTNERSHIPS ACCORDING TO EU REGULATIONS 2016/1103 AND 2016/1104

Regulations 2016/1103 and 2016/1104 involve a new step forward in the development of a European Private International Law in the field of Family and Successions. From the perspective of choice-of-law, their solutions are strongly inspired by their conventional and European precedents, creating a new and uniform legal framework with an *erga omnes* effect for those Member States participating in the enhance cooperation procedure. Those instruments favour party autonomy, establishing solutions in defect of choice of law, which provide legal certainty and predictability for spouses/partners and third parties. Despite their benefits, from a general perspective, those Regulations are not free of uncertainties, apart from the internal problems which are linked to the lack of a Spanish legal framework for registered partnerships.

Keywords: matrimonial property regimes, property consequences of registered partnerships, applicable law, private international law, European Union.

LA DECLARACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS: UN HITO EN EL PROCESO DE RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS INDÍGENAS

Felipe GÓMEZ ISA*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LOS PUEBLOS INDÍGENAS ANTE EL DERECHO INTERNACIONAL: DE LA EXCLUSIÓN A LA INCLUSIÓN.—3. RECONOCIMIENTO PROGRESIVO DE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS.—3.1. Principales innovaciones de la DNUDPI.—3.2. La DNUDPI y las injusticias históricas.—3.3. La DNUDPI y el Derecho internacional.—3.4. Alcance jurídico de la Declaración.—4. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

1. Este artículo pretende analizar el interesante, aunque también contradictorio, proceso de expansión de las normas y los mecanismos que promueven y protegen los derechos de los pueblos indígenas en el ámbito internacional. Para realizar este análisis, el artículo parte de una reflexión sobre el papel que ha desempeñado el Derecho internacional en relación con los pueblos indígenas, un papel que ha evolucionado con el paso del tiempo de una situación de exclusión y dominación bajo el Derecho internacional clásico a otra de una progresiva y relativa inclusión bajo el Derecho internacional contemporáneo. A continuación, el artículo aborda el rol de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI) en relación con el reconocimiento de derechos a los pueblos indígenas. Tras analizar su alcance jurídico y político, tratamos de desentrañar los impactos que está teniendo en los ámbitos internacionales, regionales y nacionales. Este estudio acaba con unas conclusiones en las

* Profesor titular de Derecho internacional público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto e investigador del Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe (felipe.gomez@deusto.es). Este artículo ha sido elaborado en el marco de la International Research Network «Justice and Indigenous Peoples, JUSTIP» (DR 16) otorgada por el Centre National de la Recherche Scientifique, CNRS, París. Todas las páginas *web* han sido consultadas por última vez el 28 de noviembre de 2018.

que subrayo el contradictorio papel que ha jugado el Derecho internacional a lo largo de la historia en relación con los pueblos indígenas. Actualmente, el Derecho internacional se ha convertido en un aliado estratégico de los pueblos indígenas para avanzar sus luchas en favor del reconocimiento de sus derechos. Ahora bien, también debemos ser plenamente conscientes de que estos avances en el plano jurídico internacional se enfrentan a límites y desafíos muy importantes.

2. LOS PUEBLOS INDÍGENAS ANTE EL DERECHO INTERNACIONAL: DE LA EXCLUSIÓN A LA INCLUSIÓN

2. El Derecho internacional tradicional jugó un papel muy destacado en la dramática historia de conquista, usurpación de la soberanía de los pueblos indígenas y expropiación de sus tierras, territorios y recursos¹. El sistema jurídico emergente en Europa se convirtió en un poderoso instrumento en manos de los conquistadores para dominar y subyugar a los pueblos indígenas de las Américas². Desde su creación, dado el protagonismo de los Estados europeos en su evolución y la posición sub-alterna de los pueblos indígenas y de otros países y pueblos no occidentales, el Derecho internacional puede ser caracterizado como un discurso hegemónico y como fuente de dominación³. Al respecto, Elvira Pulitano⁴ se ha referido a este ordenamiento jurídico como «esencialmente eurocéntrico». Al mismo tiempo, en un movimiento un tanto contradictorio, la denominada *Escuela Española del Derecho internacional*⁵, basada en la idea aristotélico-tomista de la sociabilidad natural y de la racionalidad de los seres humanos, defendió el carácter humano y la libertad de los indios en el contexto de la conquista española de América⁶. Las ideas de pensadores tales como Francisco de Vitoria o Bartolomé de las Casas abrieron la puerta a la consideración de los indígenas como seres humanos plenos

¹ KEAL, P., *European Conquest and the Rights of Indigenous Peoples: The Moral Backwardness of International Society*, Nueva York, Cambridge University Press, 2003.

² ANAYA, J., *Indigenous Peoples in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004; ANGHIE, A., *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.

³ RAJAGOPAL, B., *International Law from Below. Development, Social Movements and Third World Resistance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003.

⁴ PULITANO, E., «Indigenous rights and international law: an introduction», en PULITANO, E. (ed.), *Indigenous Rights in the Age of the UN Declaration*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.

⁵ SCOTT, J. B., *The Spanish origin of International Law: Francisco de Vitoria and his law of nations*, Londres, Clarendon Press, 1934. Véase también CARRILLO SALCEDO, J. A., «Aportaciones de Francisco de Vitoria a los fundamentos filosóficos de los derechos humanos», en MANGAS, A. (ed.), *La Escuela de Salamanca y el Derecho internacional en América. Del pasado al futuro*, Salamanca, Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, 1993, pp. 49-54.

⁶ GÓMEZ ISA, F., «The First Cry for Justice in the Americas-From Antonio de Montesinos to the Laws of Burgos (1512)», en SUKSI, M. et al. (eds.), *First Fundamental Rights Documents in Europe. Commemorating 800 Years of Magna Carta*, Cambridge, Intersentia, 2015, pp. 93-105. Véase una visión crítica en CLAVERO, B., *Derecho Global. Por una historia verosímil de los derechos humanos*, Madrid, Trotta, 2014.

necesitados de protección⁷. Lamentablemente, la conquista de América no siguió en la práctica las enseñanzas de estos precursores del actual Derecho internacional de los derechos humanos.

3. Esta situación ha permanecido sin grandes cambios hasta muy recientemente, cuando el Derecho internacional contemporáneo comenzó progresivamente a modificar su aproximación a los pueblos indígenas. Resulta muy sorprendente que todavía en la primera mitad del siglo xx Occidente siguiera pensando que estaba investido de una «misión civilizadora» para salvar a los pueblos no europeos de la ignorancia y la barbarie⁸. Muy en línea con este enfoque, el primer tratado internacional dirigido a los pueblos indígenas aprobado por la OIT en 1957 estaba dominado por un paradigma asimilacionista bastante evidente⁹. Tal y como señala el art. 2.1 del Convenio sobre Poblaciones Indígenas y Tribales (Convenio 107), «incumbirá principalmente a los gobiernos desarrollar programas coordinados y sistemáticos con miras a la protección de las poblaciones en cuestión y a su *integración progresiva* en la vida de sus respectivos países» (la cursiva es nuestra).

4. Las décadas de los setenta y los ochenta fueron testigo de la denominada «emergencia indígena»¹⁰, y el Derecho internacional, en particular el Derecho internacional de los derechos humanos, se convirtió en un recurso discursivo muy poderoso en manos de los pueblos indígenas para articular sus demandas tanto en espacios internos como internacionales. En opinión de Rhiannon Morgan¹¹, «el movimiento indígena global es un ejemplo de un movimiento que ha aprovechado el potencial transformador del discurso de los derechos humanos, sirviéndose de su maleabilidad para promover la evolución y el cambio de dicho discurso». Pero el discurso de los derechos humanos también tiene sus contradicciones cuando nos aproximamos a él desde la perspectiva indígena. Tenemos que admitir que la misma noción de derechos humanos tiene ciertas reminiscencias del colonialismo. Al igual que

⁷ CAROZZA, P., «From Conquest to Constitutions: Retrieving a Latin American Tradition of the Idea of Human Rights», *Human Rights Quarterly*, vol. 25, 2003, p. 291. Véase también MESA, R., «Bartolomé de las Casas, Maestro contemporáneo», en MANGAS, A., *op. cit.*, nota 5, pp. 77-82. Una visión crítica del controvertido papel desempeñado por Bartolomé de las Casas se puede encontrar en CLAVERO, B., *Genocidio y Justicia. La Destrucción de las Indias, ayer y hoy*, Madrid, Marcial Pons, 2002, p. 69.

⁸ Esta es la esencia de algunas de las disposiciones que encontramos en el Pacto de la Sociedad de Naciones (1919), el tratado constitutivo de la primera organización internacional creada tras la Primera Guerra Mundial. De acuerdo a su art. 22, que tiene que leerse en clave colonial, «a las colonias y territorios que, a raíz de la reciente guerra, han cesado de hallarse bajo la soberanía de los Estados que los gobernaban anteriormente y que son habitados por *pueblos aún incapaces de regirse por sí mismos* en las condiciones particularmente difíciles del mundo moderno, deberá aplicarse el principio de que el bienestar y el desarrollo de esos pueblos constituyen una *misión sagrada de civilización*» (la cursiva es nuestra).

⁹ THORNBERRY, P., *Indigenous Peoples and Human Rights*, Manchester, Manchester University Press, 2002, pp. 329-333.

¹⁰ BENGOA, J., *La emergencia indígena en América Latina*, México, Fondo de Cultura Económica, 2000; BRYSK, A., *From Tribal Village to Global Village. Indian Rights and International Relations in Latin America*, Stanford, Stanford University Press, 2000.

¹¹ MORGAN, R., *Transforming Law and Institution. Indigenous Peoples, the United Nations and Human Rights*, Farnham, Ashgate, 2011, p. 43.

el colonialismo, «el discurso de los derechos humanos contiene ciertas asunciones implícitas sobre la naturaleza de las sociedades civilizadas y las sociedades atrasadas [...]. Los conceptos de civilización y barbarie, racionalidad y pasión, pensamientos binarios fundamentales durante la época imperial, retornan en el marco de debates contemporáneos acerca de los derechos humanos y la justicia social. La práctica de los derechos humanos cuenta con la pesada carga de la interpretación colonial de la cultura»¹². Muy en la misma línea, Makau Mutua¹³ ve la manera de como los principales defensores de los derechos humanos los han interpretado «como parte del proyecto colonial formado por la cadena que vinculaba a los misioneros cristianos, a los mercaderes del capital, y a los administradores coloniales».

5. Al mismo tiempo, y como parte del proceso de empoderamiento de los propios pueblos indígenas, desde los años setenta las Naciones Unidas se han mostrado crecientemente receptivas a sus demandas¹⁴, abriendo espacios institucionales y canales para su participación¹⁵. Los pueblos indígenas han utilizado las Naciones Unidas como una plataforma de movilización para incrementar la visibilidad de su posición de marginalidad y para perseguir algunos objetivos estratégicos en términos de reconocimiento y protección¹⁶. De alguna manera, hemos sido testigos de un proceso muy prometedor de *descolonización* tanto del Derecho internacional como de las Naciones Unidas¹⁷. Este proceso ha permitido a los pueblos indígenas transformarse de

¹² ENGLE MERRY, S., *Human Rights and Gender Violence. Translating International Law into Local Justice*, Chicago, The University of Chicago Press, 2006, p. 226.

¹³ MUTUA, M., «The Transformation of Africa. A Critique of the Rights Discourse», en GÓMEZ ISA, F. y DE FEYTER, K. (eds.), *International Human Rights Law in a Global Context*, Bilbao, Deusto University Press, 2009, p. 901.

¹⁴ WILLEMSEN-DIAZ, A., «How Indigenous Peoples' Rights Reached the UN», en CHARTERS, C. y STAVENHAGEN, R. (eds.), *Making the Declaration Work. The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, Copenhagen, IWGIA, 2009, pp. 16-31.

¹⁵ Varios órganos fueron creados para abordar las demandas específicas de los pueblos indígenas. Así, destacamos el Grupo de Trabajo sobre Pueblos Indígenas, el Grupo de Trabajo sobre el proyecto de Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas, el Foro Permanente sobre las Cuestiones Indígenas, el Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas o el Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. La Asamblea General de las Naciones Unidas también proclamó consecutivamente dos Decenios de las Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas (1994-2003, y 2005-2014). El Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas ha hecho un llamamiento recientemente para la convocatoria de un Tercer Decenio. En su opinión, «en el curso de los dos Decenios hemos visto algunos progresos [...]. Sin embargo, necesitamos asegurar y reavivar el *momentum* para una verdadera implementación de la Declaración», *A Third International Decade of the World's Indigenous Peoples*, United Nations Permanent Forum on Indigenous Issues, Dalee Sambo Dorough, Chairperson, 7 de noviembre de 2014, en <http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/Communication-UNPFII%20Chair-3decade.pdf>.

¹⁶ BELLIER, I. y PRÉAUD, M., «Emerging Issues in indigenous rights: transformative effects of the recognition of indigenous peoples», *The International Journal of Human Rights*, vol. 16, 2012, núm. 3, pp. 474-488. Véase la omnicompreensiva obra de OLIVA MARTÍNEZ, D., *Los Pueblos Indígenas a la conquista de sus derechos*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2012.

¹⁷ Desde 1945, el Derecho y las instituciones internacionales han sido utilizados por Occidente (una comunidad imaginada en sí misma) para construir e imponer un conjunto de verdades racionales basadas en valores, normas y organizaciones socio-políticas de carácter necesariamente particular pero que fueron definidas como universales. Los estudios post-coloniales han demostrado que el Dere-

meras víctimas en actores, y de objetos de protección en verdaderos sujetos de derechos, abriendo la puerta a su adquisición de algún tipo de personalidad jurídica internacional¹⁸. La culminación de este desarrollo jurídico e institucional ha venido de la mano de la creación del Foro Permanente sobre las Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas en el año 2000, un órgano de naturaleza única en el que los Estados y los representantes indígenas participan en pie de igualdad¹⁹ y, sobre todo, de la adopción de la DNUDPI en 2007. Como el Comité sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la International Law Association (ILA) ha afirmado, todos estos desarrollos demuestran que «las personas y los pueblos indígenas han sido reconocidos no solo como plenos sujetos de derechos humanos individuales sino como actores colectivos con derechos distintos y con un *status* diferenciado bajo el Derecho internacional»²⁰.

3. RECONOCIMIENTO PROGRESIVO DE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

6. Uno de los avances más significativos en el campo de los derechos humanos en las últimas décadas ha sido el reconocimiento gradual de los derechos de los pueblos indígenas tanto a nivel doméstico como en el ámbito internacional. La OIT fue la primera organización internacional en prestar atención a la situación de marginación y exclusión que sufrían los pueblos indígenas. La adopción del Convenio 169 de la OIT en 1989 en sustitución del Convenio 107 (1957)²¹ fue un paso muy relevante para el reconocimiento de los derechos indígenas²², pero los Estados se han mostrado reacios a su ratificación²³. Teniendo en cuenta los aspectos negativos de estas dos Conven-

cho y las instituciones internacionales, entre otras muchas estructuras de poder, fueron utilizadas por el mundo occidental para mantener sus jerarquías y sus formas de dominación. Las luchas de los pueblos indígenas han pretendido des-colonizar tanto la teoría como la práctica del «complejo ideológico-institucional» conocido como Derecho internacional. Sobre este desafiante proceso, véase el iluminador ensayo de PAHUJA, S., *Decolonising international law. Development, economic growth and the politics of universality*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011.

¹⁸ SAMBO DOROUGH, D., «The Significance of the Declaration on the Rights of Indigenous Peoples and Its Future Implementation», en CHARTERS, C. y STAVENHAGEN, R. (eds.), *op. cit.*, nota 14, p. 265; MELJKNECHT, A., *Towards International Personality: The Position of Minorities and Indigenous Peoples in International Law*, Oxford, Intersentia, 2001.

¹⁹ GARCÍA-ALIX, L., *The Permanent Forum on Indigenous Issues*, Copenhagen, IWGIA, 2003.

²⁰ INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, *Rights of Indigenous Peoples*, Report of The Hague Conference, 2010, p. 2.

²¹ Veintisiete Estados han ratificado esta Convención. Desde la adopción del Convenio 169, el Convenio 107 ya no está abierto a la ratificación.

²² RODRÍGUEZ-PIÑERO, L., *Indigenous Peoples, Post-colonialism and International Law. The ILO Regime (1919-1989)*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

²³ Hasta el 1 de octubre de 2018, tan solo veintidós países han ratificado el Convenio 169 de la OIT (Argentina, Estado Plurinacional de Bolivia, Brasil, República Centroafricana, Chile, Colombia, Costa Rica, Dinamarca, República Dominicana, Ecuador, Fiyi, Guatemala, Honduras, México, Nepal, Holanda, Nicaragua, Noruega, Paraguay, Perú, España y la República Bolivariana de Venezuela). Disponible en http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312314.

ciones de la OIT, el movimiento indígena global estableció como prioridad la adopción de una declaración de alcance universal que proclamase sus derechos. Tras un largo proceso de negociación en el que los pueblos indígenas fueron los principales impulsores²⁴, finalmente la DNUDPI fue aprobada el 13 de septiembre de 2007 por la Asamblea General de las Naciones Unidas con una abrumadora mayoría²⁵.

3.1. Principales innovaciones de la DNUDPI

7. La DNUDPI ha incorporado todo un conjunto de nuevos derechos, contribuyendo así a expandir de manera muy significativa el catálogo de los derechos humanos. La principal innovación conceptual se refiere al reconocimiento de *derechos colectivos* como complementarios a los derechos individuales clásicos. Los derechos colectivos han sido ajenos al proceso de emergencia y reconocimiento de derechos humanos en el mundo jurídico occidental²⁶. El multiculturalismo que los pueblos indígenas defienden a la hora de acercarse a los derechos humanos desafía de una manera clara, aunque eventualmente también puede contribuir a enriquecer, una concepción de derechos humanos que hasta ahora ha sido esencialmente monocultural. Tal y como ha sido reconocido y reafirmado en el Preámbulo de la DNUDPI,

«los indígenas tienen sin discriminación todos los derechos humanos reconocidos en el Derecho internacional, y que los pueblos indígenas poseen *derechos colectivos que son indispensables para su existencia, bienestar y desarrollo integral como pueblos*» (la cursiva es nuestra).

8. La segunda expansión de derechos acometida por la DNUDPI es la inclusión de algunos de los denominados *derechos humanos de la tercera generación*, también conocidos como derechos de la solidaridad. Como sabemos, estos derechos emergieron en los años ochenta enfrentando una fuerte oposición por parte de la mayoría de los países occidentales. El más relevante de los derechos de tercera generación incluidos en la DNUDPI es el derecho al desarrollo²⁷. A la luz del art. 23 de la DNUDPI, «los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y a elaborar prioridades y estrategias para el ejercicio de su derecho al desarrollo». En la misma línea, el art. 29.1 de la Decla-

²⁴ BELLIER, I., «Les peuples autochtones aux Nations Unies: un nouvel acteur dans la fabrique des normes internationales», *Critique Internationale*, vol. 54, 2012, núm. 1, pp. 61-80.

²⁵ TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, S., «La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas: antecedentes, consecuencias y perspectivas», *Estudios Internacionales. Revista del Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile*, 2010, núm. 165, pp. 7-32.

²⁶ En cambio, en otros contextos como el africano, los derechos colectivos forman parte esencial de su concepción acerca de los derechos humanos. Véase al respecto la *Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos* (1981).

²⁷ GÓMEZ ISA, F., «The Right to Development, Translating Indigenous Voice(s) into Development Theory and Practice», en WOUTERS, J. et al. (eds.), *The World Bank Legal Review Volume 6. Improving Delivery in Development: The Role of Voice, Social Contract, and Accountability*, Washington D. C., World Bank Publications, 2015, pp. 91-102.

ración establece que «los pueblos indígenas tienen derecho a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos».

9. Finalmente, la DNUDPI también reconoce la necesidad del consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas cuando los Estados adoptan medidas legislativas o administrativas que les pueden afectar²⁸. Mientras que el Convenio 169 está basado en la consulta a los pueblos indígenas, la DNUDPI da un nuevo paso y exige que la consulta debe ir encaminada a la obtención de su consentimiento previo, libre e informado. Tal y como viene establecido en el art. 19 de la Declaración,

«los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado».

3.2. La DNUDPI y las injusticias históricas

10. Otra gran innovación de la Declaración es el reconocimiento de las injusticias históricas como impedimento para el disfrute de los derechos humanos por parte de los pueblos indígenas. De hecho, nos encontramos ante una de las primeras referencias a esta cuestión en un instrumento jurídico internacional.

11. La adopción de la DNUDPI en 2007 refleja una de las aspiraciones más profundas de los pueblos indígenas y su confianza en el Derecho internacional y en los derechos humanos como armas poderosas para modificar patrones muy enraizados de dominación y exclusión que han afectado a los pueblos indígenas desde la época de la colonia²⁹. La propia adopción de la Declaración se puede interpretar como un intento de reparar los errores históricos sufridos por los pueblos indígenas³⁰. De manera muy significativa, la DNUDPI incluye una referencia explícita a las injusticias históricas. En su Preámbulo, la Asamblea General de las Naciones Unidas enfatizó que

«los pueblos indígenas han sufrido *injusticias históricas* como resultado, entre otras cosas, de la colonización y de haber sido desposeídos de sus tierras, territorios y recursos, lo que les ha impedido ejercer, en particular, su derecho al desarrollo de conformidad con sus propias necesidades e intereses» (la cursiva es nuestra).

²⁸ ROMBOUITS, S., *Having a Say. Indigenous Peoples, International Law and Free, Prior and Informed Consent*, Oisterwijk, Wolf Legal Publishers, 2014, p. 174.

²⁹ GLENN, P., «The Three Ironies of the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples», en ALLEN, S. y XANTHAKI, A. (eds.), *Reflections on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, Oxford, Hart Publishing, 2011, pp. 171-182.

³⁰ GÓMEZ ISA, F., «Repairing Historical Injustices: Indigenous Peoples in Post-Conflict Scenarios», en ORÉ AGUILAR, G. y GÓMEZ ISA, F. (eds.), *Rethinking Transitions Equality and Social Justice in Societies Emerging from Conflict*, Cambridge-Amberes, Intersentia, 2011, pp. 265-300.

12. Además de esta preocupación de la Asamblea General por las injusticias históricas, también podemos observar una relación causa-efecto entre la colonización y la expropiación de tierras, territorios y recursos sufrida por los pueblos indígenas a lo largo de la historia, así como la imposibilidad para ejercer su derecho al desarrollo, cuyas consecuencias todavía sufren a día de hoy los pueblos indígenas³¹.

13. La parte substantiva de la Declaración contiene un gran número de disposiciones sobre el derecho de los pueblos indígenas a la reparación, algunas de las cuales tienen un claro vínculo con los errores del pasado. En este sentido, el art. 11 reconoce el derecho de los pueblos indígenas a «practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales», lo que incluye el derecho a «mantener, proteger y desarrollar las manifestaciones *pasadas*, presentes y futuras de sus culturas, como lugares arqueológicos e históricos, objetos, diseños, ceremonias, tecnologías, artes visuales e interpretativas y literaturas» (la cursiva es nuestra). Algunas veces, la realización de este derecho incluye un proceso de restitución de propiedades y objetos de los que los pueblos indígenas fueron privados en el pasado. Como se señala en el párr. 2 del art. 11, «los Estados proporcionarán reparación por medio de mecanismos eficaces, que podrán incluir la restitución, [...] respecto de los bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales de que hayan sido privados sin su consentimiento libre, previo e informado o en violación de sus leyes, tradiciones y costumbres». Por su parte, el art. 12 se refiere a la «repatriación de objetos de culto y de restos humanos» por parte de aquellos Estados que los posean.

14. El art. 20.2 de la DNUDPI reconoce que «los pueblos indígenas desposeídos de sus medios de subsistencia y desarrollo tienen derecho a una reparación justa y equitativa». Aunque esta disposición no especifica si se refiere o no a los impactos negativos sufridos por los indígenas en el pasado, se podría argumentar que las injusticias del pasado explican en gran parte las exclusiones del presente, por lo que los pueblos indígenas deberían tener derecho a la reparación.

15. Como vemos, el derecho de los pueblos indígenas a la compensación, incluyendo algunas disposiciones clave para poder buscar la reparación por injusticias de carácter histórico, se encuentra en la primera línea de la Declaración, a diferencia de otros instrumentos internacionales para la protección de los derechos de los pueblos indígenas que hemos mencionado con anterioridad.

3.3. La DNUDPI y el Derecho internacional

16. En gran medida, muchas de las disposiciones que encontramos en la Declaración no crean nuevos derechos, sino que se pueden considerar

³¹ CONCHA MALO, M., «Lucha por la dignidad y los derechos humanos individuales y colectivos de los pueblos de América Latina», en MATE, R. (ed.), *Responsabilidad Histórica. Preguntas del nuevo al viejo mundo*, Barcelona, Anthropos, 2007, p. 321.

como una reafirmación de normas de Derecho internacional consuetudinario ya existentes³². Como ha argumentado James Anaya³³, la Declaración «refleja el consenso internacional en relación con los derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas». A la misma conclusión ha llegado la ILA en una reciente resolución³⁴. De acuerdo con esta autorizada interpretación, «la DNUDPI en su conjunto no se puede considerar todavía como una afirmación de Derecho internacional consuetudinario. Sin embargo, incluye varias disposiciones clave que corresponden a obligaciones de los Estados que ya existen bajo normas internacionales de carácter consuetudinario». Entre las normas que se pueden considerar como evidencia de costumbres internacionales la ILA incluye las siguientes: el derecho de los pueblos indígenas a la autodeterminación, a la autonomía y al autogobierno; el derecho a participar en los procesos de toma de decisiones nacionales que les puedan afectar; el derecho al consentimiento previo, libre e informado en proyectos que impacten de manera significativa en sus formas de vida; el derecho a su identidad cultural; el derecho a la tierra, territorios y recursos, incluyendo la restitución de las tierras ancestrales de las cuales han sido privados en el pasado; el derecho a establecer sus propias instituciones educativas y sus propios medios de comunicación; y el derecho a la reparación por las injusticias de las que los pueblos indígenas han sido objeto.

17. Esta postura ha sido rechazada expresamente por los cuatro relevantes Estados que votaron en contra de la DNUDPI (Estados Unidos, Canadá, Australia y Nueva Zelanda). La oposición más clara vino del Gobierno de los Estados Unidos, negando

«cualquier posibilidad de que la Declaración sea o pueda llegar a ser Derecho internacional consuetudinario [...]. Dado que la Declaración no describe la práctica de los Estados o acciones que los Estados se sientan en la obligación de considerar como obligaciones de carácter jurídico, no se puede citar como evidencia de la evolución de las normas de Derecho internacional consuetudinario»³⁵.

18. El representante canadiense también compartía esta visión, señalando que la Declaración «no tiene efectos jurídicos en Canadá, y sus disposiciones no representan Derecho internacional consuetudinario»³⁶. En el mismo sentido, el Gobierno australiano enfatizó que la DNUDPI «es una declaración de carácter aspiracional con fuerza política y moral pero no

³² ANAYA, J. y WIESSNER, S., «The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: Towards Re-empowerment», *Jurist*, 3 de octubre de 2007, en <http://jurist.org/forum/2007/10/un-declaration-on-rights-of-indigenous.php>.

³³ ANAYA, J., *Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people*, S. James Anaya, UN Doc., A/HRC/9/9, 11 de agosto de 2008, p. 43.

³⁴ INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, Resolución núm. 5/2012, 75th Conference of the ILA, Sofia, agosto de 2012, pp. 26-30, párr. 2.

³⁵ UNITED STATES, «Observations of the United States with respect to the Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: Explanation of Vote by Robert Hagen, U.S. Advisor, on the Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, to the UN General Assembly», 13 de septiembre de 2007.

³⁶ Doc. ONU A/61/PV.107, p. 13.

jurídica [...], no pretende ser legalmente vinculante o ser reflejo de normas consuetudinarias»³⁷. A la vez que reconocemos la relevancia que tiene la posición de estos Estados, debemos subrayar que «representan tan solo una minoría de Estados especialmente afectados por la Declaración»³⁸. Parece bastante claro que la postura de estos Estados «no sería suficiente para impedir la emergencia de una norma de carácter consuetudinario»³⁹, pero probablemente podrían ser considerados como objetores persistentes, dada su oposición al texto desde los primeros pasos de su elaboración. Aunque, afortunadamente para la causa de los pueblos indígenas, estos cuatro Estados han cambiado sus posturas oficiales respecto de la Declaración y la han aceptado, sin embargo, han reiterado en repetidas ocasiones que la DNUDPI no es ni legalmente vinculante ni una afirmación del Derecho internacional existente. Según la postura de Estados Unidos, «a pesar de que no es jurídicamente vinculante o una formulación del Derecho internacional existente», la Declaración «tiene fuerza tanto moral como política», y «expresa tanto las aspiraciones de los pueblos indígenas de todo el mundo como las de los Estados que buscan una mejora de las relaciones con los pueblos indígenas»⁴⁰. En un sentido muy similar, Australia declaró que «a pesar de que no es legalmente vinculante y no afecta al Derecho australiano, establece importantes principios internacionales a los que las naciones deben aspirar». A su vez, lo que resulta más importante desde un punto de vista jurídico, «las obligaciones actuales del Estado australiano bajo los tratados internacionales de derechos humanos se deben interpretar a la luz de los principios fundamentales contenidos en la Declaración»⁴¹. Independientemente de estas matizaciones jurídicas, debemos reconocer que la aceptación *a posteriori* de la DNUDPI por parte de estos Estados, constituye un paso sin precedentes en relación con documentos de esta naturaleza, y representa un signo claro de la creciente acogida de los derechos de los pueblos indígenas como parte integrante del régimen internacional de los derechos humanos. En este sentido, las palabras de la ministra de Asuntos Maoríes de Nueva Zelanda al momento de anunciar su apoyo a la DNUDPI son muy ilustrativas: «Nueva Zelanda añade su apoyo a la Declaración tanto como una afirmación de derechos

³⁷ *Ibid.*, p. 12.

³⁸ BARELLI, M., «The Role of Soft Law in the International Legal System: The Case of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 58, 2009, núm. 4, p. 967.

³⁹ MEZA-LOPEHANDÍA, M., «El Derecho internacional de los Derechos Humanos y los Pueblos Indígenas», en AYLWIN, J. (coord.), *Los Pueblos Indígenas y el Derecho*, Santiago de Chile, LOM Ediciones, 2013, p. 466.

⁴⁰ *Announcement of U.S. Support for the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, 16 de diciembre de 2010, en <http://www.state.gov/documents/organization/184099.pdf>. Una posición muy similar es la mantenida por el Gobierno de Canadá, *Canada's Statement of Support on the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, 12 de noviembre de 2010, en <http://www.aadnc-aandc.gc.ca/eng/1309374239861/1309374546142>.

⁴¹ *Statement on the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, Canberra, Parliament House, 3 de abril de 2009, en http://www.un.org/esa/socdev/unpfui/documents/Australia_official_statement_endorsement_UNDRIP.pdf.

fundamentales como una expresión de nuevas aspiraciones ampliamente secundadas»⁴².

3.4. Alcance jurídico de la Declaración

19. A la hora de discernir el valor jurídico de la DNUDPI, se aprecian tres elementos que resultan de una extrema importancia: las circunstancias de adopción del instrumento, la precisión y naturaleza normativa de su contenido, y la existencia o no de mecanismos de implementación.

20. La aprobación de la DNUDPI en 2007 es el resultado de más de veinticinco años de intensas y controvertidas negociaciones en las que los pueblos indígenas y sus estrechos aliados alcanzaron cotas muy altas de participación. Podemos afirmar que la manera en la que se condujo el proceso, con resultados muy positivos, podría influir eventualmente en los procesos de creación de normas en otras áreas del Derecho internacional, particularmente en el ámbito de los derechos humanos. Patrick Glenn⁴³ sitúa la Declaración como parte de un movimiento más amplio que puede tener influencia en los modos de conformación del Derecho internacional contemporáneo. En su opinión, la DNUDPI «representaría no simplemente un uso o aplicación del Derecho internacional bajo nuevas circunstancias, sino un cambio significativo en la naturaleza y en la dirección del propio Derecho internacional». La inclusividad del proceso, y el apoyo prestado por parte de un amplio espectro de órganos del sistema de las Naciones Unidas y por parte incluso de muchos Estados, proporciona a la Declaración altos grados de legitimidad, algo que incrementará necesariamente su aceptación y cumplimiento.

21. El voto final sobre la DNUDPI en la Asamblea General de las Naciones Unidas es también un signo del consenso internacional existente sobre el documento. Como sabemos, 144 Estados votaron a favor, once se abstuvieron⁴⁴, mientras que cuatro votaron en contra. Una interesante evolución ha tenido lugar desde 2007, ya que los cuatro Estados que votaron en contra han aceptado con posterioridad la Declaración. En la misma línea, dos de los Estados que se abstuvieron, Samoa y Colombia, también han mostrado su apoyo al documento. Este abrumador apoyo a la DNUDPI muestra un claro compromiso por parte de la comunidad internacional para avanzar en la protección y garantía de los derechos consagrados en la Declaración, lo que puede ser considerado como una evidencia clara de *opinio iuris*.

22. El último factor clave para poder determinar el valor jurídico de la DNUDPI es la existencia de mecanismos para su implementación. La DNU-

⁴² Statement by Hon Dr Pita Sharples, Minister of Maori Affairs, Announcement of New Zealand's support for the Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, 19 de abril de 2010, en <http://www.7genfund.org/sites/default/files/helpful-resources/New%20Zealand%20Position.pdf>.

⁴³ GLENN, P., *op. cit.*, nota 29, p. 174.

⁴⁴ Se trata de los siguientes países: Azerbaiyán, Bangladesh, Bután, Burundi, Colombia, Georgia, Kenia, Nigeria, la Federación Rusa, Samoa y Ucrania.

DPI no crea mecanismos específicos de seguimiento, sino que descansa en los órganos que ya existen tanto a nivel interno como a nivel internacional. El único órgano que se menciona explícitamente en la Declaración es el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, situando al mismo «en primera línea para asegurar la efectiva implementación de la Declaración»⁴⁵. A la luz del art. 42 de la DNUDPI,

«las Naciones Unidas, sus órganos, incluido el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, y los organismos especializados, incluso a nivel local, así como los Estados, promoverán el respeto y la plena aplicación de las disposiciones de la presente Declaración y velarán por su eficacia».

23. De acuerdo con la interpretación desarrollada por Luis Rodríguez-Piñero⁴⁶, el principal objetivo de esta disposición es «transversalizar y operativizar» la promoción de los derechos reconocidos en la Declaración en el marco de las actividades de los distintos órganos de las Naciones Unidas, Agencias Especializadas, organizaciones regionales y Estados. Por tanto, las medidas de implementación de la DNUDPI tendrán que ser tomadas en tres niveles paralelos e interrelacionados: internacional, regional y nacional.

24. *A nivel internacional*, debemos reconocer que un alto número de órganos de las Naciones Unidas y sus Agencias Especializadas están utilizando cada vez más la Declaración como parámetro de referencia a la hora de interpretar las normas internacionales y sus mandatos. En primer lugar, los mecanismos creados específicamente para abordar asuntos indígenas se refieren expresamente a la DNUDPI como guía interpretativa. Dado el rol relevante de coordinación del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas con el objetivo de transversalizar (*mainstreaming*) los temas indígenas a través de todo el sistema de las Naciones Unidas⁴⁷, su posición es clave para la implementación de la Declaración. En su sesión de 2008, el Foro Permanente se congratuló por la adopción de la DNUDPI y declaró que a partir de ese momento se convertiría en «su marco legal»⁴⁸. Asimismo, al Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos de los indígenas también le fue confiado el mandato de promover la DNUDPI⁴⁹, y ha trabajado intensamente para ello⁵⁰.

⁴⁵ BARELLI, M., *op. cit.*, nota 38, p. 978.

⁴⁶ RODRÍGUEZ-PIÑERO, L., «La "implementación" de la Declaración: las implicaciones del artículo 42», en ÁLVAREZ, N., OLIVA, D. y ZÚÑIGA, N. (eds.), *La Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas. Hacia un mundo intercultural y sostenible*, Madrid, Los Libros de la Catarata, 2009, pp. 74-75.

⁴⁷ En 2002 se creó el *Grupo Inter-Agencias de Apoyo a las Cuestiones Indígenas* para ayudar al Foro Permanente en su objetivo de promover el diálogo y la cooperación entre los órganos y agencias de las Naciones Unidas que tratan temas indígenas. Este Grupo está compuesto por 31 órganos, departamentos, fondos y agencias del sistema de las Naciones Unidas, BURGER, J., «Making the Declaration Work for Human Rights in the UN System», en CHARTERS, C. y STAVENHAGEN, R. (eds.), *op. cit.*, nota 14, pp. 309-310.

⁴⁸ FORO PERMANENTE DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LAS CUESTIONES INDÍGENAS, «Informe de la Séptima Sesión», Doc. ONU E/C.19/2008/23.

⁴⁹ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, Resolución 6/12, 28 de septiembre de 2007.

⁵⁰ ANAYA, J., *Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people*, S. James Anaya, Doc. ONU A/HRC/9/9, 11 de agosto de 2008.

25. Finalmente, el recientemente creado Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (MEDPI) también es un órgano que puede contribuir a la implementación de la DNUDPI. Dadas sus funciones técnicas y consultivas como un órgano compuesto por cinco expertos independientes, el MEDPI se sitúa en una «posición privilegiada para contribuir a promover interpretaciones autorizadas de los estándares establecidos en la Declaración»⁵¹.

26. Los órganos creados por los tratados de derechos humanos, los conocidos como comités, también han interpretado sus tratados constitutivos incorporando gradualmente los derechos de los pueblos indígenas⁵², y han comenzado a referirse a la DNUDPI como parámetro de referencia a la hora de interpretar los estándares jurídicos internacionales. En esta línea, la reciente Conferencia Mundial sobre Pueblos Indígenas invitó a los comités de derechos humanos «a que examinen la Declaración en el marco de sus mandatos respectivos», alentando a los Estados «a que incluyan [...] información sobre la situación de los derechos de los pueblos indígenas, incluidas las medidas adoptadas para alcanzar los objetivos de la Declaración en los informes que presentan a esos órganos y en el proceso del examen periódico universal»⁵³.

27. Los comités que han sido pioneros en tratar de incorporar la preocupación por los derechos indígenas en su trabajo han sido el Comité de Derechos Humanos (CDH) y el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD). El CDH ha interpretado progresivamente los derechos culturales consagrados en el art. 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, vinculándolos con la manera en como los pueblos indígenas disfrutan de sus territorios y de sus recursos naturales. Así, el comité ha observado que «la cultura se manifiesta de muchas formas, inclusive un modo particular de vida relacionado con el uso de recursos terrestres, *especialmente en el caso de los pueblos indígenas*. Ese derecho puede incluir actividades tradicionales tales como la pesca o la caza y el derecho a vivir en reservas protegidas por la ley»⁵⁴ (la cursiva es nuestra). De manera muy similar, el CERD también ha establecido un fuerte vínculo entre la discriminación racial y la desposesión de los pueblos indígenas de sus tierras y recursos naturales. En este sentido, el comité ha afirmado que es consciente del hecho que «en muchas regiones del mundo se ha discriminado y sigue discriminándose a los pueblos indígenas, y se les ha privado de sus derechos humanos y libertades fundamentales, y concretamente, de que los colonizadores, las empresas comerciales y las empresas de Estado les han arrebatado sus tierras y sus recursos»⁵⁵. Es por

⁵¹ RODRÍGUEZ-PIÑERO, L., «Where Appropriate: Monitoring/Implementing of Indigenous Peoples' Rights under the Declaration», en CHARTERS, C. y STAVENHAGEN, R. (eds.), *op. cit.*, nota 14, p. 334.

⁵² THORNBERRY, P., *op. cit.*, nota 9, p. 116.

⁵³ CONFERENCIA MUNDIAL SOBRE LOS PUEBLOS INDÍGENAS, *Documento final de la reunión plenaria de alto nivel de la Asamblea General conocida como Conferencia Mundial sobre los Pueblos Indígenas*, Doc. ONU A/RES/69/2, 22 de septiembre de 2014, párr. 29.

⁵⁴ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, *Observación General núm. 23: Derechos de las minorías (artículo 27)*, 8 de abril de 1994, Doc. ONU CCPR/C/21/Rev.1/Add.5, párr. 7.

⁵⁵ COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL, *Recomendación General núm. 23, Derechos de los pueblos indígenas (1997)*, Doc. ONU A/52/18, párr. 3.

todo ello que el comité «exhorta especialmente a los Estados Partes a que reconozcan y protejan los derechos de los pueblos indígenas a poseer, explotar, controlar y utilizar sus tierras, territorios y recursos comunales, y en los casos en que se les ha privado de sus tierras y territorios, de los que tradicionalmente eran dueños, o se han ocupado o utilizado esas tierras y territorios sin el consentimiento libre e informado de esos pueblos, que adopten medidas para que les sean devueltos»⁵⁶.

28. La Convención sobre Derechos del Niño (CDN) ha sido uno de los primeros tratados de derechos humanos que explícitamente reconoció los derechos de los menores indígenas⁵⁷, y el Comité de Derechos del Niño ha tratado cada vez con mayor insistencia de promover la aplicación de la DNUDPI. Así, el comité ha instado a los Estados, en un Comentario General particular sobre los derechos de las niñas y niños indígenas, «a que adopten criterios fundados en los derechos con respecto a los niños indígenas sobre la base de [...] la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas»⁵⁸.

29. Otros comités como el Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres (Comité CEDAW) y el Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC) también están prestando una atención creciente a las preocupaciones específicas de los pueblos indígenas y están emitiendo decisiones y observaciones relevantes utilizando la DNUDPI como punto de referencia normativa. El Comité CEDAW se ha centrado en la situación especialmente marginada de las mujeres indígenas en relación con el disfrute de un importante número de derechos. Así, en relación con el derecho a la salud, el comité ha afirmado que «hay factores sociales que determinan el estado de salud de las mujeres y los hombres, y que pueden variar entre las propias mujeres. Por ello, debe prestarse especial atención a las necesidades y los derechos en materia de salud de las mujeres pertenecientes a grupos vulnerables y desfavorecidos como los de las [...] mujeres autóctonas»⁵⁹. Asimismo, en las Observaciones Finales emitidas por el comité en relación con Nepal declaró que estaba «profundamente preocupado por las múltiples formas de discriminación contra los grupos desaventajados de mujeres tales como las Dalit y las mujeres indígenas»⁶⁰. De manera muy similar, el Comité DESC se ha referido expresamente a las

⁵⁶ *Ibid.*, párr. 5.

⁵⁷ De acuerdo con su art. 30, «en los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o personas de origen indígena, no se negará a un niño que pertenezca a tales minorías o que sea indígena el derecho que le corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma».

⁵⁸ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *Observación General núm. 11 (2009): Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención (sobre los Derechos del Niño)*, Doc. ONU CRC/C/CG/11, 12 de febrero de 2009, párr. 82.

⁵⁹ COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER, *Recomendación General núm. 24 (1999): Mujer y Salud (artículo 12)*, Doc. ONU A/54/38/Rev. 1, 5 de febrero de 1999, párr. 6.

⁶⁰ COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER, *Observaciones Finales, Nepal*, Doc. ONU CEDAW/C/NPL/CO/4-5, 29 de julio de 2011, párr. 39.

necesidades específicas y a la situación de especial vulnerabilidad que sufren los pueblos indígenas en relación con un amplio catálogo de derechos económicos, sociales y culturales. Por ejemplo, y en relación con el derecho a la alimentación, el comité ha subrayado que «son especialmente vulnerables muchos grupos de pueblos indígenas cuyo acceso a las tierras ancestrales puede verse amenazado»⁶¹. La misma argumentación ha sido aplicada por el comité en relación con los derechos de los pueblos indígenas a la educación⁶², a la salud⁶³ o al agua⁶⁴.

30. Esta prometedora evolución experimentada por los órganos de tratados ha dejado claro que «cuando los Estados valoren cuestiones relativas a violaciones de derechos humanos contra pueblos indígenas utilizarán la DNUDPI como *el* estándar interpretativo contra el cual juzgar el cumplimiento de las convenciones por parte de esos mismos Estados»⁶⁵.

31. A nivel regional, tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos como la Comisión y la Corte Africanas de Derechos Humanos y de los Pueblos están haciendo uso de la DNUDPI como una de las bases jurídicas para fundamentar sus sentencias y decisiones. La DNUDPI, y el voto positivo por parte de Surinam en la Asamblea General de las Naciones Unidas, fueron utilizados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso del Pueblo Saramaka c. Surinam*, un caso en el que la Corte afirmó los

⁶¹ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, *Comentario General núm. 12: El derecho a una alimentación adecuada (artículo 11)*, Doc. ONU E/C.12/1999/5, 12 de mayo de 1999, párr. 13.

⁶² El comité ha enfatizado que los Estados tienen la obligación de «facilitar la aceptabilidad de la educación, adoptando medidas positivas para que la educación sea culturalmente aceptable para las minorías y las poblaciones indígenas», COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, *Comentario General núm. 13: El derecho a la educación (artículo 13)*, Doc. ONU E/C.12/1999/10, 8 de diciembre de 1999, párr. 50.

⁶³ El comité «considera que los pueblos indígenas tienen derecho a medidas específicas que les permitan mejorar su acceso a los servicios de salud y a las atenciones de la salud. Los servicios de salud deben ser apropiados desde el punto de vista cultural, es decir, tener en cuenta los cuidados preventivos, las prácticas curativas y las medicinas tradicionales», COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, *Comentario General núm. 14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 14)*, Doc. ONU E/C.12/2000, 11 de agosto de 2000, párr. 27.

⁶⁴ «Los Estados Partes deberían garantizar un acceso suficiente al agua para la agricultura de subsistencia y para asegurar la de subsistencia de los pueblos indígenas», COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, *Comentario General núm. 15: El derecho al agua (artículos 11-12)*, Doc. ONU E/C.12/2002/11, 20 de enero de 2002, párr. 7.

⁶⁵ TRASK, M. B., «Afterword: implementing the Declaration», en PULITANO, E., *op. cit.*, nota 4, p. 335. El recién creado examen periódico universal (EPU) en el marco del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas también se puede considerar como una oportunidad para transversalizar los derechos indígenas y la DNUDPI en el sistema de derechos humanos de Naciones Unidas. En este sentido, la Conferencia Mundial alentó «a los Estados miembros a que incluyan, según proceda, información sobre la situación de los derechos de los pueblos indígenas, incluidas las medidas adoptadas para alcanzar los objetivos de la Declaración [...] en el proceso del examen periódico universal». CONFERENCIA MUNDIAL SOBRE LOS PUEBLOS INDÍGENAS, *op. cit.*, nota 53, párr. 29. Lo cierto es que el EPU ha tenido hasta ahora un escaso impacto sobre los derechos de los pueblos indígenas, OLIVA MARTÍNEZ, D., *op. cit.*, nota 16, pp. 878-879. Véase el análisis sobre el primer ciclo del EPU y cómo se abordaron los derechos indígenas en HIGGINS, N., «Advancing the Rights of Minorities and Indigenous Peoples: Getting UN Attention Via the Universal Periodic Review», *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 32, 2014, núm. 4, pp. 379-407.

derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras, territorios y recursos. La Corte estableció que, «cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio» los Estados tienen la obligación «no solo de consultar [...] sino también de obtener el consentimiento libre, informado y previo de los pueblos indígenas»⁶⁶. Nos encontramos ante una decisión muy significativa, ya que la Corte está reconociendo implícitamente que estos estándares son principios operativos del Derecho internacional independientemente del alcance normativo de la DNUDPI y a pesar de que el Estado involucrado en ese caso, Surinam, no es parte del Convenio 169 de la OIT. Más recientemente, la Corte Interamericana se ha vuelto a referir a la DNUDPI en el *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku c. Ecuador*⁶⁷. Esta decisión, junto con algunas otras sentencias recientes de la Corte Interamericana⁶⁸, se pueden considerar como pasos muy positivos para la aplicación de la DNUDPI en América. En opinión de Loreto Ferrer, las decisiones de la Corte Interamericana constituyen «interpretaciones autorizadas de los derechos reconocidos en la Convención Americana [...] y en otros instrumentos jurídicos internacionales. Por tanto, tienen efectos *erga omnes*»⁶⁹. Como consecuencia de todo ello, las disposiciones de la DNUDPI deben ser utilizadas por los Estados al menos «como parámetros para interpretar sus obligaciones de derechos humanos»⁷⁰.

32. La Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos también se ha mostrado abierta a incorporar la DNUDPI dentro del marco jurídico que tiene que aplicar. Solamente dos meses después de la adopción de la DNUDPI, la Comisión Africana dio la bienvenida a dicha adopción, señalando que «la Declaración se va a convertir en una herramienta muy valiosa y en un punto de referencia muy importante para la promoción y la protección de los derechos de los pueblos indígenas en el continente africano»⁷¹. En una memorable decisión tomada en mayo de 2009, la Comisión Africana declaró que el desalojo forzoso por parte del Gobierno de Kenia del pueblo Endorois de sus tierras ancestrales cerca del lago Bogoria, sin consulta previa y sin ningún tipo de compensación, constituyó una violación de varios de los derechos incluidos en la Carta Africana de Derechos Humanos y de los

⁶⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso del Pueblo Saramaka c. Surinam (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia de 28 de noviembre de 2007, Serie C, núm. 172, párr. 134.

⁶⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku c. Ecuador (Fondo y Reparaciones)*, Sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C, núm. 245, párrs. 160 y 166.

⁶⁸ Véase una sentencia muy reciente en la que la Corte también alude a la DNUDPI para fundamentar el derecho de propiedad de los pueblos indígenas sobre sus territorios tradicionales, CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros c. Brasil (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia de 5 de febrero de 2018, párr. 116.

⁶⁹ FERRER, L., «The application of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples in Latin America», en FERRER, L. y BORRAZ, P. (eds.), *Indigenous Peoples' Human Rights in Domestic Courts*, Madrid, Almáciga, 2013, p. 294.

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ AFRICAN COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLES' RIGHTS, Resolution 121 (XXXII) on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, 28 de noviembre de 2007.

Pueblos, y en la DNUDPI⁷². En una decisión más reciente en el *Caso Ogiek*, la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos ha establecido que el art. 22 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos «debería ser interpretado a la luz del art. 23 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas»⁷³. Como podemos comprobar, la Corte está utilizando la DNUDPI como criterio interpretativo a la hora de aplicar la Carta Africana.

33. A nivel nacional, los derechos de los pueblos indígenas también han sido reconocidos gradualmente tanto por los órganos legislativos como por órganos del Poder Judicial⁷⁴, abriendo interesantes perspectivas para su efectiva implementación. En primer lugar, muchos países, especialmente de América Latina, han incorporado los derechos indígenas en sus constituciones⁷⁵. El desarrollo más ambicioso ha tenido lugar en Bolivia⁷⁶, donde se aprobó una ley⁷⁷ para incorporar expresamente la DNUDPI en su ordenamiento jurídico interno. En la esfera judicial, tribunales como la Corte Constitucional de Colombia⁷⁸, el Tribunal Constitucional de Perú⁷⁹ o la Corte Suprema de Belice, han utilizado la DNUDPI para fundamentar algunas de sus senten-

⁷² *Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council v. Kenya*, Communication 276/2003, párr. 232. Véase un análisis detallado de esta decisión en BORRAZ, P., «The Endorois case: Indigenous Peoples' Rights in the African regional human rights system», en FERRER, L. y BORRAZ, P. (eds.), *op. cit.*, nota 69, pp. 211-216.

⁷³ *African Commission on Human and Peoples' Rights v. Republic of Kenya*, Application núm. 006/2012, Judgment, 26 de mayo de 2017, párr. 209. Más referencias a la DNUDPI las podemos encontrar en los párrs. 126, 127 y 181.

⁷⁴ Países que han afirmado el derecho de los pueblos indígenas a su identidad cultural, a sus tierras, territorios y recursos o a la autonomía y la participación, entre otros, son Argentina, Australia, Bangladesh, Botsuana, Brasil, Camboya, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, India, Laos, Malaysia, México, Nueva Zelanda, Nicaragua, Noruega, Paraguay, Perú, Sudáfrica o Taiwán, entre muchos otros, INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, *Rights of Indigenous Peoples*, Interim Report, The Hague Conference, 2010, pp. 49-50.

⁷⁵ CLAVERO, B., «Derechos indígenas y Constituciones latinoamericanas», en BERRAONDO, M. y GÓMEZ ISA, F. (eds.), *Pueblos Indígenas y Derechos Humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2006, pp. 313-338.

⁷⁶ Las nuevas constituciones de Bolivia (2009) y Ecuador (2008) son claros ejemplos de una nueva ola del constitucionalismo conocida como *constitucionalismo plurinacional*. Véase, al respecto, SCHILLING-VACAFLOR, A. y KUPPE, R., «Plurinational Constitutionalism: A New Era of Indigenous-State Relations?», en NOLTE, D. y SCHILLING-VACAFLOR, A. (eds.), *New Constitutionalism in Latin America: Promises and Practices*, Farnham, Ashgate, 2012, pp. 347-370.

⁷⁷ *Ley 3760 de los derechos de los pueblos indígenas*, de 7 de noviembre de 2007. Una experiencia no tan exitosa es la de Bangladesh, donde el Gobierno rechazó incorporar algunas disposiciones de la DNUDPI en la Constitución, aunque, por otro lado, el debate sobre la Declaración tuvo un impacto muy positivo en la posición de los pueblos indígenas en el espacio público, GERHARZ, E., «Recognizing Indigenous People, The Bangladeshi Way: The United Nations Declaration, Transnational Activism and the Constitutional Amendment Affair of 2011», *Indigenous Policy Journal*, vol. XXIV, 2014, núm. 4.

⁷⁸ GÓMEZ ISA, F., «Cultural Diversity, Legal Pluralism, and Human Rights from an Indigenous Perspective: The Approach by the Colombian Constitutional Court and the Inter-American Court of Human Rights», *Human Rights Quarterly*, vol. 36, 2014, núm. 2, pp. 722-755.

⁷⁹ La Corte Constitucional de Perú se ha referido al Convenio 169 de la OIT, a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y a la DNUDPI para afirmar los derechos de los pueblos indígenas a sus tierras y territorios. Véase *Caso Comunidad Indígena Tres Islas*, Sentencia del Tribunal Constitucional, exp. núm. 01126-2011-HC/TC, 11 de septiembre de 2012, párr. 23.

cias. Es de destacar que la Corte Suprema de Belice emitió «la primera sentencia judicial que aplicaba la DNUDPI [...] apenas un mes después de su adopción»⁸⁰. La Corte Suprema se refirió específicamente al voto favorable de Belice respecto de la DNUDPI como muestra de un claro compromiso de cumplir con dicho instrumento. Tal y como señaló la Corte, «las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas no son por lo general vinculantes. Pero cuando estas resoluciones o Declaraciones contienen principios de Derecho internacional general, no se espera que los Estados no las tengan en cuenta»⁸¹. En consecuencia, la Corte estableció que el art. 26 de la DNUDPI refleja «el consenso emergente y los principios generales de Derecho internacional relativos al derecho de los pueblos indígenas a sus tierras y recursos»⁸².

34. Si bien debemos dar la bienvenida a estos desarrollos jurisprudenciales en el ámbito doméstico, no podemos ignorar que «lo que inicialmente parecía una tendencia positiva hacia la materialización de [...] la DNUDPI a nivel interno, se ha convertido en hechos aislados y puntuales»⁸³. Loreto Ferrer continúa con su llamada a la precaución, dado que «desde la adopción de la Declaración, la mayor parte de los Estados de América Latina se han mostrado reacios a aceptar su aplicación en la esfera doméstica, siendo relegada a un documento aspiracional [...]. Muchos jueces en la región no conocen la Declaración o la ven como un documento meramente aspiracional»⁸⁴. Una opinión parecida es la expresada por Stephen Allen, para quien, en lugar de aportar pruebas inequívocas de práctica estatal favorable a ciertos derechos indígenas, los defensores de los derechos indígenas eligen selectivamente las pruebas más favorables a sus pretensiones, presentándolas como «práctica general de los Estados afectados [...], ignorando cualquier práctica en contrario»⁸⁵.

35. En suma, como hemos podido comprobar, hay una práctica emergente cada vez más significativa, tanto a nivel internacional como a nivel regional y doméstico, que constituye una base muy sólida para poder defender que la DNUDPI se ha convertido en un parámetro de referencia a la hora de interpretar los derechos de los pueblos indígenas. Asimismo, al menos algunas de las disposiciones más relevantes de la DNUDPI ya se han convertido en normas de Derecho internacional consuetudinario, o están en proceso de conversión.

⁸⁰ CAMPBELL, M. y ANAYA, J., «The Case of the Maya Villages of Belize: Reversing the Trend of Government Neglect to Secure Indigenous Land Rights», *Human Rights Law Review*, vol. 8, 2008, núm. 2, p. 377.

⁸¹ Manuel Coy, *Maya Village of Conejo*, Manuel Caal, Perfecto Makin, Melina Makin Claimants v. Attorney General of Belize, Minister of Natural Resources, and Environmental Defendants, Supreme Court of Belize, 18 de octubre de 2007, párr. 131.

⁸² *Ibid.*

⁸³ FERRER, L., *op. cit.*, nota 69, p. 292.

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ ALLEN, S., «The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples and the Limits of the International Legal Project», en ALLEN, S. y XANTHAKI, A. (eds.), *op. cit.*, nota 29, pp. 233-234.

4. CONCLUSIONES

36. Los pueblos indígenas han utilizado el Derecho internacional contemporáneo y las principales organizaciones internacionales como estrechos aliados en su lucha por el reconocimiento y en sus esfuerzos por tratar de poner fin a patrones históricos de subyugación, expropiación y asimilación cultural. Como parte de esta evolución, los pueblos indígenas se han convertido en sujetos de derecho ante el Derecho internacional, dejando de ser meros objetos de protección y cuidado. En este sentido, los pueblos indígenas han protagonizado un interesante proceso de expansión del catálogo existente de derechos humanos. La DNUDPI aprobada en 2007 representa la culminación de un largo y complicado viaje en el que los propios pueblos indígenas y sus representantes han sido sus principales impulsores. Independientemente del incierto alcance jurídico de la DNUDPI *per se*, podemos y debemos concluir que dicha Declaración se ha convertido en un indiscutible parámetro de referencia para interpretar los derechos de los pueblos indígenas. La experiencia reciente por parte de diversos órganos y agencias de las Naciones Unidas, de cortes y comisiones regionales de derechos humanos e, incluso, por parte de algunos tribunales domésticos, es un claro signo de la autoridad que tiene la Declaración y de su función interpretativa. Pero debemos reconocer que, a pesar de todos estos prometedores desarrollos, los derechos de los pueblos indígenas todavía se enfrentan a lo que Rodolfo Stavenhagen ha denominado «la brecha de implementación»⁸⁶. Los pueblos indígenas continúan sufriendo situaciones de vulnerabilidad, exclusión y pobreza en la mayor parte de los países en los que viven, así como una creciente presión sobre sus tierras, territorios y recursos. Estos son los principales límites y desafíos que enfrentan los innegables avances producidos en el ámbito del reconocimiento jurídico internacional de los derechos de los pueblos indígenas. Todavía existe una gran distancia entre las proclamaciones formales en las Naciones Unidas y otras instancias internacionales, y la dura realidad a la que se enfrentan cotidianamente mujeres y hombres indígenas en los diferentes confines del planeta.

RESUMEN

LA DECLARACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS: UN HITO EN EL PROCESO DE RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS INDÍGENAS

Los pueblos indígenas han vivido procesos históricos de invisibilidad y exclusión sistemática prácticamente desde la época de la conquista. La llegada de los Estados postcoloniales en América Latina, África y Asia tras los diferentes procesos de descolonización no trajo consigo una modificación sustancial de las relaciones de sometimiento y sumisión

⁸⁶ STAVENHAGEN, R., *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, Doc. ONU E/CN.4/2006/78/Add.5, 17 de enero de 2006, párr. 35.

que sufrían los pueblos indígenas. A mediados del siglo xx, la comunidad internacional comenzó a prestar atención a la situación de marginación en la que vivían los pueblos indígenas. El principal objetivo era integrar a estos pueblos considerados atrasados y necesitados de protección. Ha sido este paradigma de la integración el que ha protagonizado la mayor parte de las interacciones con los pueblos indígenas, destacando el Convenio 107 de la organización Internacional del Trabajo (OIT), el primer tratado internacional aprobado para la protección de los pueblos indígenas en 1957. Esta situación comienza a cambiar con la adopción del Convenio 169 en 1989 y, especialmente, con la reciente aprobación de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNU DPI) en septiembre de 2007. A partir de este momento, los pueblos indígenas han comenzado un proceso progresivo de reconocimiento que les ha llevado a dejar de ser meramente objetos de protección y ser considerados como sujetos de derecho tanto a nivel interno como internacional.

Palabras clave: Derecho internacional, Naciones Unidas, pueblos indígenas, colonización, DNU DPI.

ABSTRACT

THE UNITED NATIONS DECLARATION ON THE RIGHTS OF INDIGENOUS PEOPLES: A MILESTONE IN THE PROCESS OF RECOGNITION OF INDIGENOUS RIGHTS

Indigenous peoples have lived through a process of invisibility and systematic exclusion practically ever since the era of conquest. The arrival of republican States in Latin America following the decolonization process did not involve a substantial change in the traditional relationship of subjection and submission endured by native peoples in the Americas. In the mid-twentieth century, the international community began to pay attention to the marginalized situation of indigenous peoples. The main objective was to integrate some peoples that were considered to be backward and in need of protection. It was within this paradigm that most of the interactions with indigenous peoples have occurred, such as the first international treaty adopted in this field, Convention No. 107 of the International Labour Organization (ILO, 1957). This situation began to change with the adoption of Convention No. 169 by the ILO in 1989, and especially with the recently adopted United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (UNDRIP, 2007). From this point onwards, indigenous peoples have become subjects of rights under international law rather than objects of protection, thus becoming protagonists of a far-reaching process of expansion of human rights.

Keywords: International Law, United Nations, indigenous peoples, colonisation, UNDRIP.

LAS RELACIONES INTERNACIONALES EN RUSIA: DESARROLLO, ENFOQUES Y DEBATES

Javier MORALES HERNÁNDEZ*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DESDE EL PERIODO SOVIÉTICO HASTA HOY.—2.1. Las Relaciones Internacionales en la URSS.—2.2. Renovación y apertura al exterior desde 1991.—3. CONCEPCIÓN RUSA DE LAS RELACIONES INTERNACIONALES COMO CIENCIA.—3.1. Relaciones Internacionales *versus* Política Mundial.—3.2. Posición entre las ciencias sociales.—3.3. Principales enfoques y debates teóricos.—3.3.1. Realismo o nacional-estatismo.—3.3.2. Liberalismo u occidentalismo.—4. ENTRE EL PARTICULARISMO Y LA OCCIDENTALIZACIÓN: LA ESCUELA RUSA DE RELACIONES INTERNACIONALES.—5. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

1. Desde que, hace cuatro décadas, Stanley Hoffmann definiera las Relaciones Internacionales como «una ciencia social estadounidense»¹, se ha producido una creciente toma de conciencia del sesgo etnocéntrico que ha marcado su evolución. En palabras de Celestino del Arenal, esta disciplina se ha desarrollado «en un contexto exclusivista, cerrado y provinciano, aunque con pretensiones de validez universal», condicionado tanto «por la ignorancia, cuando no minusvaloración expresa, que esos especialistas [estadounidenses] tienen de otras lenguas y de otros mundos científicos e intelectuales» como por su dependencia de los intereses de política exterior de Estados Unidos². Esto explica que cada vez surjan más voces críticas con ese reduc-

* Profesor Adjunto Doctor de Relaciones Internacionales en la Universidad Europea de Madrid (javier.morales@universidadeuropea.es). Todas las páginas *web* de referencia han sido consultadas por última vez el 1 de septiembre de 2018. El autor agradece a los profesores Alla Kassianova, Andrei Tsygankov y Natalia Zaslavskaya que le hayan sugerido o facilitado algunas de las fuentes empleadas; aunque asume la responsabilidad de cualquier posible error.

¹ HOFFMANN, S., «An American Social Science: International Relations», *Dædalus*, vol. 106, 1977, núm. 3, pp. 41-60.

² ARENAL, C. DEL, «Americanocentrismo y Relaciones Internacionales: la seguridad nacional como referente», en ARENAL, C. DEL y SANAHUJA, J. A. (coords.), *Teorías de las Relaciones Internacionales*, Madrid, Tecnos, 2015, pp. 21-60, esp. p. 44. Véase también ARENAL, C. DEL, *Etnocentrismo y teoría de las Relaciones Internacionales: una visión crítica*, Madrid, Tecnos, 2014.

cionismo de la corriente principal o *mainstream*, que tiende aún a excluir e invisibilizar los trabajos en otros idiomas³.

2. En nuestro país, además de reivindicar la contribución de la Escuela Española⁴, algunos autores se han interesado por los debates científicos que tienen lugar en otras culturas; no solamente las del mundo hispanohablante o francófono, sino también aquellas lenguas tradicionalmente menos estudiadas por los internacionalistas españoles, como el chino o el ruso⁵. Sin embargo, como apunta José Antonio Sanahuja, este «giro postoccidental» de las Relaciones Internacionales puede ser interpretado de formas diferentes: desde los enfoques postestructuralistas o postcoloniales, que llegan a negar «la posibilidad misma de cualquier forma de universalismo, por ser necesariamente una manifestación de colonialidad del saber y el poder, y un mecanismo de dominación», hasta quienes tampoco desean caer en un relativismo o multiculturalismo sustentados «en identidades y discursos autorreferenciales, cerrados a la interacción y al diálogo, y de negación de lo universal»⁶. Encontrar un equilibrio entre una concepción global de la ciencia —que no equivale a la mera asimilación de la literatura académica en inglés— y la emergencia de escuelas nacionales diversas, con enfoques propios sobre cada uno de los debates, es uno de los principales retos para el futuro.

3. El presente artículo tiene como objetivo analizar el surgimiento y desarrollo de las Relaciones Internacionales como disciplina científica en Ru-

³ WÆVER, O., «The Sociology of a Not So International Discipline: American and European Developments in International Relations», *International Organization*, vol. 52, 1998, núm. 4, pp. 687-727; CRAWFORD, R. M. A. y JARVIS, D. S. L. (eds.), *International Relations-Still An American Social Science? Toward Diversity in International Thought*, Albany, SUNY Press, 2000; TICKNER, A. B. y WÆVER, O. (eds.), *International Relations Scholarship Around the World*, Abingdon, Routledge, 2009; ACHARYA, A. y BUZAN, B. (eds.), *Non-Western International Relations Theory: Perspectives On and Beyond Asia*, Nueva York, Routledge, 2010; TICKNER, A. B. y BLANEY, D. L. (eds.), *Thinking International Relations Differently*, Abingdon, Routledge, 2012.

⁴ ARENAL, C. DEL, «La aportación de Antonio Truyol y Serra al estudio de las Relaciones Internacionales en España», conferencia en el acto «Homenaje a Antonio Truyol y Serra» celebrado en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 16 de mayo de 2013, disponible en https://www.academia.edu/4045859/La_aportaci%C3%B3n_de_Antonio_Truyol_y_Serra_al_estudio_de_las_Relaciones_Internacionales_en_Espa%C3%B1a; CALDUCH CERVERA, R., «La Escuela española de Relaciones Internacionales», en ARENAL, C. DEL y SANAHUJA, J. A. (coords.), *Teorías de las Relaciones Internacionales*, Madrid, Tecnos, 2015, pp. 359-376.

⁵ Trabajos pioneros en España sobre el pensamiento internacional ruso —entonces soviético— fueron los de MESA, R., «Concepciones marxistas del orden internacional», *Sistema*, 1977, núm. 19, pp. 49-68; CALDUCH, R., «Las relaciones internacionales en la obra de los dirigentes soviéticos: una reflexión teórica», *Revista de Estudios Internacionales*, vol. 2, 1981, núm. 3, pp. 543-597; ARENAL, C. DEL, «Las Relaciones Internacionales como disciplina científica en la URSS», *Sistema*, 1983, núm. 52, pp. 65-84. Sobre China, un ejemplo reciente es PINTADO LOBATO, M., «Hacia una teoría china de las Relaciones Internacionales. Evolución, proyectos teóricos y pertinencia práctica», *REDI*, vol. 70, 2018, núm. 1, pp. 201-225; así como el Foro sobre «La perspectiva china del Derecho Internacional» en ese mismo número. En cuanto a otros países, pueden mencionarse BELLO, I. y PEÑAS ESTEBAN, F. J. (coords.), «La Teoría de Relaciones Internacionales en y desde el Sur», número monográfico, *Relaciones Internacionales*, 2013, núm. 22; REIG, J., NAVARRO, I. y TABERNERO, C. (coords.), «Resistencias y aportaciones africanas a las Relaciones Internacionales», número monográfico, *Relaciones Internacionales*, 2014, núm. 26.

⁶ SANAHUJA, J. A., «Reflexividad, emancipación y universalismo: cartografías de la teoría de las Relaciones Internacionales», *REDI*, vol. 70, 2018, núm. 2, pp. 101-125, esp. pp. 121-123.

sia, así como sus debates más recientes. Como fuentes principales, se han utilizado obras de autores rusos —artículos en revistas científicas, libros y manuales universitarios— publicadas en su propia lengua o en inglés. La investigación se estructura en cinco partes, incluyendo esta introducción. El segundo apartado describe los comienzos de la disciplina en la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) y los cambios ocurridos tras la disolución de esta. El tercer apartado compara las diversas concepciones rusas acerca del objeto de estudio, su posición dentro de las ciencias sociales y los principales enfoques teóricos. El cuarto apartado profundiza en el debate sobre la conveniencia de mantener una escuela autóctona de Relaciones Internacionales, frente a quienes prefieren asimilar en mayor medida los conceptos y paradigmas anglosajones. Por último, en las conclusiones se reflexiona sobre los obstáculos —de origen interno y externo— que afrontan los internacionalistas rusos para lograr un mayor reconocimiento global.

2. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DESDE EL PERIODO SOVIÉTICO HASTA HOY

2.1. Las Relaciones Internacionales en la URSS

4. Las ciencias sociales se vieron directamente afectadas por el totalitarismo del Estado soviético. El estudio de las Relaciones Internacionales (*mezhdunarodnye otnoshenia*) se encontraba «situado en un espacio ideológico “sagrado” [...], contenido por estrictas barreras dogmáticas, aislado del pensamiento y los debates internacionales»⁷. Las restricciones a la investigación, la docencia y el debate público se mantuvieron vigentes —aunque con menor intensidad en algunas etapas— hasta la *perestroika* de Gorbachov⁸.

5. El carácter oficial de la doctrina marxista-leninista hacía que las líneas de investigación quedasen limitadas a la «correlación de fuerzas» entre los bloques de la Guerra Fría, su competición en las distintas regiones geopolíticas, las «contradicciones internas» del capitalismo, el movimiento obrero o las luchas contra el colonialismo. De los tres niveles de análisis —o «imágenes», en la terminología de Kenneth Waltz— tradicionalmente utilizados en la disciplina⁹, el estructural o sistémico era sin duda el predominante, ya que se consideraba que el comportamiento individual de los líderes o los factores

⁷ KASSIANOVA, A., «IR Studies in Russia: Intellectual Trends and Institutional Developments», conferencia impartida en la European International Relations Summer School «Perspectives on Russian Politics and International Integration», Standing Group on International Relations (SGIR), European Consortium for Political Research (ECPR), Moscú, 2005.

⁸ Por ejemplo, los libros de autores extranjeros que llegaban a las bibliotecas de las instituciones académicas se guardaban en «secciones de almacenamiento especial» (*spetsjranny*), con acceso muy restringido. LEBEDEV, M. M., «International Relations Studies in the USSR/Russia: Is There a Russian National School of IR Studies?», *Global Society*, vol. 18, 2004, núm. 3, pp. 263-278, esp. p. 266.

⁹ WALTZ, K. N., *Man, the State, and War: A Theoretical Analysis*, Nueva York, Columbia University Press, 1959.

internos de cada país estaban subordinados a la lógica global de su respectivo sistema económico¹⁰.

6. La ideología estaba presente también en el método empleado. El objetivo no era explicar la realidad internacional mediante la formulación de hipótesis y su posterior verificación empírica, como defendía el *mainstream* estadounidense, donde el cientifismo metodológico gozaba de un claro predominio. Por el contrario, en la ciencia soviética se asumía *a priori* la veracidad de los postulados marxistas-leninistas, los cuales no podían ser sujetos a refutación¹¹. Esto daba lugar a que muchas de sus publicaciones consistieran en simples exégesis de discursos y documentos del gobierno, o repeticiones de los dogmas del Partido Comunista de la Unión Soviética (PCUS), carentes del espíritu crítico y emancipador que inspiró las obras del propio Marx¹².

7. Sin embargo, a partir de la etapa de «deshielo» (*otpepel*) tras la muerte de Stalin, algunos centros pudieron comenzar a desarrollar trabajos más rigurosos. El verdadero nacimiento de la ciencia soviética de las Relaciones Internacionales se produjo en la década de los sesenta, unificando un campo hasta entonces estudiado de forma parcial por la Historia Diplomática, el Derecho Internacional y la Economía Internacional¹³. El término *mezhdunarodnik* («internacionalista») se generalizó entonces para referirse a un experto en esta disciplina¹⁴.

8. La investigación sobre este ámbito se realizaba en los centros de la Academia de Ciencias de la URSS. El principal de ellos era el Instituto de Economía Mundial y Relaciones Internacionales (IMEMO), reabierto por Jruschov en 1956, tras haber sido cerrado por Stalin. Su principal renovación llegaría diez años después, con el nombramiento como director del aperturista Nikolai Inozemtsev, el cual potenciaría especialmente el área de Relaciones Internacionales del instituto, hasta entonces menos desarrollada que la económica¹⁵. Casi todos los demás centros estudiaban un área geopolítica

¹⁰ LYNCH, A., *The Soviet Study of International Relations*, Cambridge, Cambridge University Press, 1987, pp. 89-107; SERGUNIN, A., *Explaining Russian Foreign Policy Behavior: Theory and Practice*, Stuttgart, Ibidem-Verlag, 2016, pp. 68-69.

¹¹ TSYGANKOV, A. P. y TSYGANKOV, P. A., «New Directions in Russian International Studies: Pluralization, Westernization, and Isolationism», en TSYGANKOV, A. P. y TSYGANKOV, P. A. (eds.), *New Directions in Russian International Studies*, Stuttgart, Ibidem-Verlag, 2005, pp. 13-35.

¹² Sobre las contradicciones entre la «política de poder» de la URSS y su retórica internacionalista y de clase, véase CALDUCH, R., *op. cit.*, nota 5.

¹³ ARENAL, C. DEL, *op. cit.*, nota 5, pp. 74-77; TIULIN, I. G., «Issledovaniia mezhdunarodnyj otnosheni v Rossii: vchera, segodnia, zavtra» [«La investigación en Relaciones Internacionales en Rusia: ayer, hoy, mañana»], en SHAKLEINA, T. A. (comp.), *Vneshniaia politika i bezopasnost sovremennoi Rossii, 1991-2002*, t. III, Moscú, MGIMO/RAMI/INO-Tsentr, 2002, pp. 395-407, esp. pp. 395-397.

¹⁴ ZIMMERMAN, W., *Soviet Perspectives on International Relations, 1956-1967*, Princeton, Princeton University Press, 1969, pp. 43-44.

¹⁵ CHERKASOV, P. P., *IMEMO. Portret na fone epoji* [IMEMO: retrato en el contexto de una época], Moscú, Ves Mir, 2004, pp. 257 y ss.; ZIMMERMAN, W., *op. cit.*, nota 14, p. 73. La disputa entre Stalin y el economista de origen húngaro Yevgeni Varga, primer director de IMEMO —entonces llamado Instituto de Economía Mundial y Política Mundial (IMJiMP)—, que acabaría llevando al cierre del centro en 1948, se narra también en LYNCH, A., *op. cit.*, nota 10, pp. 20-25.

concreta: Instituto de Estados Unidos y Canadá, Instituto de Estudios Orientales, Instituto de Latinoamérica, Instituto de África, Instituto del Lejano Oriente, Instituto de Economía del Sistema Socialista Mundial e Instituto del Movimiento Obrero Internacional. Frente a las universidades, la Academia de Ciencias tenía la ventaja de poder editar sus propias publicaciones y mantener algunos contactos con instituciones extranjeras¹⁶.

9. La enseñanza de esta disciplina estaba limitada entonces a la formación universitaria de los futuros diplomáticos, así como otros profesionales que fueran a desarrollar su trabajo en el extranjero. La primera Facultad de Relaciones Internacionales comenzó a funcionar en 1943 en la Universidad Estatal de Moscú; un año después, se transformó en un centro adscrito al Ministerio de Asuntos Exteriores, con el nombre de Instituto Estatal de Relaciones Internacionales de Moscú (MGIMO). En los años siguientes, MGIMO fue dividiéndose a su vez en distintas facultades: Relaciones Internacionales, Economía Internacional, Derecho Internacional y Periodismo Internacional¹⁷.

10. Al principio, el plan de estudios de la Facultad de Relaciones Internacionales incluía sobre todo asignaturas de Historia —muchos de los profesores eran historiadores o diplomáticos—, algunas clases de Economía y Derecho, y un mínimo de dos idiomas extranjeros. Desde la década de los setenta, se fueron añadiendo nuevas materias con un enfoque más politológico y aplicado al análisis práctico de la actualidad internacional¹⁸. Todo ello hacía que sus graduados fueran muy valorados por las autoridades, aunque a la vez se mantenía el control ideológico sobre la docencia¹⁹. MGIMO tuvo el monopolio de esta carrera durante casi todo el periodo soviético, salvo los años 1944-1955, en los que existió otra Facultad de Relaciones Internacionales

¹⁶ TIULIN, I. G., «Novye tendentsii v rossiiskij issledovaniiaj mezhdunarodnyj otnosheni» [«Nuevas tendencias en la investigación rusa sobre Relaciones Internacionales»], en TORKUNOV, A. V. (ed.), *Sovremennye mezhdunarodnye otnosheniia i mirovaia politika. Uchebnik*, Moscú, MGIMO, 2004, p. 37; LEBEDEVA, M. M., *op. cit.*, nota 8, p. 264. Tras el fin de la URSS, el Instituto de Economía del Sistema Socialista Mundial se fusionó con el Instituto de Economía; mientras que el Instituto del Movimiento Obrero Internacional se transformó en Instituto de Política Comparada, después absorbido por el Instituto de Sociología.

¹⁷ «Istoria MGIMO» [«Historia de MGIMO»], disponible en <https://mgimo.ru/about/history/>; «Istoria fakulteta» [«Historia de la Facultad»], disponible en <https://mgimo.ru/study/faculty/mo/docs/istoriya-fakulteta/>. MGIMO impartía carreras universitarias, mientras que la Escuela Diplomática Superior —después, Academia Diplomática— del Ministerio de Asuntos Exteriores se ocupaba de la formación y actualización de los diplomáticos en activo. Ambas instituciones ofrecían programas de doctorado. LEBEDEVA, M. M., «Obrazovanie v oblasti mezhdunarodnyj otnosheni v Rossii» [«La enseñanza de las Relaciones Internacionales en Rusia»], *Vestnik Sankt-Peterburgskogo universiteta (Politologia. Mezhdunarodnye otnosheniia)*, 2016, núm. 4, pp. 66-77, esp. p. 68.

¹⁸ CHECHEVISHNIKOV, A. L., «40 let IMI: ot problemnoi laboratorii k Institutu mezhdunarodnyj issledovani» [«40 años del IMI: del Laboratorio de Problemas al Instituto de Estudios Internacionales»], *Vestnik MGIMO-Universiteta*, 2016, núm. 2 (47), pp. 234-241; «Nauchnye shkoly» [«Escuelas científicas»], pp. 3-9, disponible en <https://mgimo.ru/upload/2016/07/mgimo-scientific-schools.pdf>; LEBEDEVA, M. M., *op. cit.*, nota 17, p. 68.

¹⁹ KULAGIN, V. M., «Ucheba v MGIMO 50 let nazad» [«Estudiar en MGIMO hace 50 años»], 14 de octubre de 2014, disponible en <https://mgimo.ru/about/news/experts/260543/>.

les en la Universidad Estatal de Kiev. En el resto de la URSS, algunas universidades impartían disciplinas como los Estudios Orientales (*vostokovedenie*), pero sin un enfoque propiamente internacionalista²⁰.

11. Durante el mandato de Jruschov, se permitió acceder con menos restricciones a las obras de autores extranjeros como Hans Morgenthau, Morton Kaplan, Raymond Aron o Thomas Schelling. Esto impulsaría una evolución intelectual de los académicos soviéticos hacia el realismo predominante en Occidente, aunque aún se vieran obligados a revestirlo de un lenguaje marxista. Así, en 1969 se creó en IMEMO un departamento para el estudio de cuestiones teóricas, que llegó a publicar un volumen —realmente, una antología encubierta del pensamiento occidental— sobre los enfoques «burgueses» utilizados en Estados Unidos, Reino Unido, Francia, Alemania Federal e Italia²¹. La primera asignatura de Teoría de las Relaciones Internacionales comenzó a impartirse en MGIMO en 1973²². Sin embargo, el interés por los debates en los países capitalistas hizo que este campo de estudio adquiriese cierta reputación de deslealtad ideológica²³.

12. El caldo de cultivo para un progresivo cambio de mentalidad se formó además en la revista *Problemy mira i sotsializma* (*Problemas de la Paz y el Socialismo*), donde trabajaron como redactores algunos de los que después serían los principales expertos soviéticos en Relaciones Internacionales, como Georgi Arbatov, Anatoli Cherniayev, Vladimir Lukin o el propio Nikolai Inozemtsev. La publicación tenía su sede en Praga, lo que permitió a esos jóvenes vivir en un país socialista más abierto, cuyo proceso de reformas les suscitaba gran interés. Estas esperanzas se verían truncadas por el aplastamiento de la «primavera de Praga», acogido por ellos con un sentimiento de vergüenza, que contribuiría —años después— a su compromiso con la *perestroika*²⁴.

²⁰ SERGUNIN, A., *op. cit.*, nota 10, pp. 71-72; LEBEDEV, M. M., *op. cit.*, nota 8, pp. 267-268; «International Relations and Foreign Policy Chair», disponible en http://www.iir.edu.ua/en/education/international_relations/mvzp/.

²¹ GANTMAN, V. I. (ed.), *Sovremennye burzhuaznye teorii mezhdunarodnyj otnosheni. Kriticheski analiz* [*Teorías burguesas contemporáneas de las Relaciones Internacionales: un análisis crítico*], Moscú, Nauka, 1976. Los contactos de IMEMO con académicos estadounidenses y británicos se mencionan en LEBEDEV, M. M., *op. cit.*, nota 8, p. 266.

²² JRUSTALIOV, M., «Dve vetvi TMO v Rossii» [«Las dos ramas de la Teoría de Relaciones Internacionales en Rusia»], *Mezhdunarodnye protsessy*, vol. 4, 2006, núm. 2 (11), pp. 119-128.

²³ SHAKLEYINA, T. A. y BOGATUROV, A. D., «The Russian Realist School of International Relations», en TSYGANKOV, A. P. y TSYGANKOV, P. A., *op. cit.*, nota 11, pp. 61-81. Marina Lebedeva narra una reveladora anécdota ocurrida en MGIMO en 1967. En la lectura de una tesis sobre el pensamiento realista estadounidense, algunos miembros del tribunal demostraron no conocer el nombre de Hans Morgenthau, creyendo que las citas a este autor se referían al antiguo secretario del Tesoro, Henry Morgenthau. Tras la defensa, el Ministerio de Educación Superior —que tenía la última palabra en la calificación— llegó a acusar al doctorando de «revisiónismo»; aunque al final acabaría por concederle el título. LEBEDEV, M. M., «Predmetnoie pole i predmetnye polia mirovoi politiki» [«El objeto de estudio y los objetos de estudio de la Política Mundial»], *Mezhdunarodnye protsessy*, vol. 2, 2004, núm. 2 (5), pp. 97-108, esp. p. 107.

²⁴ ENGLISH, R. D., *Russia and the Idea of the West: Gorbachev, Intellectuals, and the End of the Cold War*, Nueva York, Columbia University Press, 2000, pp. 70-71, 111.

13. El «estancamiento» (*zastoi*) de la etapa de Brezhnev tuvo consecuencias contradictorias para las ciencias sociales. Por una parte, el Comité Central lanzó una campaña represiva contra los académicos considerados «revisionistas»: una muestra fue el despido, en 1972, del director y unos 140 trabajadores del Instituto de Investigación Social Concreta —hoy, Instituto de Sociología— de la Academia de Ciencias. Al mismo tiempo, el clima de distensión en la Guerra Fría permitió un incremento sustancial de los viajes de intercambio, participación en congresos internacionales y acceso a la literatura científica publicada en el extranjero²⁵.

14. Pero fue el ascenso de Gorbachov al Kremlin lo que hizo posible que estos intelectuales no solo dejaran de ser perseguidos, sino que se convirtieran en inspiradores del «nuevo pensamiento» (*novoié myshlenie*) en política exterior. Por ejemplo, todavía con Andropov en el poder, Gorbachov manióbró para que se permitiera a Alexander Yakovlev volver de su «exilio» de una década como embajador en Canadá, donde había sido enviado como castigo por publicar un artículo crítico. A su regreso en 1983, Yakovlev ocupó el puesto de director de IMEMO —vacante tras la muerte de Inozemtsev un año antes—, desde el que comenzaría a promover estudios que abogaban abiertamente por reformas profundas y cooperación con Occidente²⁶.

15. De esta forma, la lógica de la confrontación entre clases y sistemas económicos se vio desplazada en los últimos años de la URSS por una mayor preocupación por problemas globales como la «carrera de armamentos» y el riesgo de guerra nuclear, que ponían en peligro la supervivencia de toda la humanidad²⁷. La visión gorbachoviana de una «casa común europea», en la que todos los países —tanto capitalistas como socialistas— debían ponerse de acuerdo para establecer reglas de convivencia, se reflejó en la creación en 1987 del Instituto de Europa de la Academia de Ciencias. Dentro de esta, se formó al año siguiente un Área de Relaciones Internacionales para coordinar a todos sus centros sobre estas cuestiones, que hasta entonces estaban adscritos al Área de Economía²⁸.

2.2. Renovación y apertura al exterior desde 1991

16. Las Relaciones Internacionales de la Federación Rusa independiente se abrieron poco a poco al pluralismo teórico y metodológico. Los autores extranjeros fueron cada vez más leídos y citados; no solo los estadounidenses, sino también británicos y franceses, de los que ya se habían traducido algunas obras

²⁵ *Ibid.*, pp. 125-126, 134.

²⁶ *Ibid.*, pp. 184-185.

²⁷ SODUPE, K. y MOURE, L., «Conceptos soviéticos fundamentales de las Relaciones Internacionales», en SODUPE, K. y MOURE, L. (eds.), *Rusia en la era postsoviética*, Bilbao, Universidad del País Vasco, 2011, pp. 61-103, esp. pp. 95-96.

²⁸ SIMONIA, N. A. y SEMIONOV, A. I., «Obiekt issledovania - mirovaia politika i ekonomika» [«Objeto de estudio: la política y economía mundiales»], en SHAKLEINA, T. A., *op. cit.*, nota 13, p. 386.

en el periodo anterior²⁹. Sin embargo, la transición económica de la década de los noventa tuvo un serio impacto tanto en la investigación como en la enseñanza. Los institutos de la Academia de Ciencias, completamente dependientes de la financiación estatal, tuvieron que recortar drásticamente sus actividades; muchos científicos buscaron trabajo en otros sectores o en el extranjero. Las ayudas del programa TEMPUS TACIS de la Unión Europea y de fundaciones privadas estadounidenses o alemanas fueron decisivas durante esos años³⁰.

17. En 1994 se produjo una reforma de esta carrera para orientarla a nuevos perfiles profesionales, como las finanzas, la información o la comunicación intercultural, ya no solo la diplomacia³¹. El resultado ha sido una expansión por todo el país del Grado en Relaciones Internacionales, impartido hoy en 77 universidades, desde San Petersburgo a Vladivostok³². Solamente en la capital, al tradicional predominio de MGIMO —aún la más prestigiosa— se han sumado la Universidad Estatal Lomonosov de Moscú³³, la Escuela Superior de Economía, la Universidad Rusa de la Amistad de los Pueblos o la Universidad Estatal Rusa de Humanidades, entre otras³⁴.

18. La consolidación de una comunidad científica de ámbito nacional debe mucho al profesor Alexei Bogaturov, que ha ejercido una labor de verdadero mentor en el marco del Foro Científico-Educativo de Relaciones Internacionales (NOFMO), entidad sin ánimo de lucro fundada por él. Entre sus principales iniciativas ha estado un curso intensivo para jóvenes académicos, el «Instituto Metodológico de Relaciones Internacionales», impartido en veintiséis ediciones entre 1995 y 2012. Los participantes —becados por la organización, y procedentes en su mayoría de universidades de las regiones— tenían así la oportunidad de conocer a profesores de Moscú, presentarles sus trabajos y establecer redes de colaboración³⁵.

19. Con respecto a la libertad académica, aunque ya no hay una represión equiparable a la del periodo comunista, existen ciertos incentivos para

²⁹ LEBEDEV, M. M., *op. cit.*, nota 8, p. 276.

³⁰ TIULIN, I. G., *op. cit.*, nota 16, p. 37.

³¹ «Federalny gossudarstvenny obrazovatelny standart vysshego obrazovania - bakalavriat po napravleniu podgotovki 41.03.05 Mezhdunarodnye otnosheniia» [«Normativa estatal federal de educación superior - Grado en la especialidad 41.03.05 Relaciones Internacionales»], 15 de julio de 2017, disponible en <http://www.edu.ru/file/docs/2017/06/m555.pdf#page=3>; SERGUNIN, A., *op. cit.*, nota 10, p. 72.

³² Rusia, como miembro del Espacio Europeo de Educación Superior (EEES) desde 2003, ha adoptado un sistema de grado (*bakalavriat*) de cuatro años y máster (*magistratura*) de dos; en lugar de las antiguas titulaciones de especialista (*spetsialist*), de cinco años. «Mezhdunarodnye otnosheniia (bakalavr)» [«Relaciones Internacionales (Grado)»], disponible en <http://www.edu.ru/abitur/act/7/fgos.031900/st.1/index.php>; LEBEDEV, M. M., *op. cit.*, nota 17, p. 71.

³³ Esta universidad, la mayor y más antigua del país, inauguró una Facultad de Política Mundial en 2003 y una Facultad de Procesos Globales en 2005. Además, hay un Departamento de Relaciones Internacionales y Procesos de Integración en la Facultad de Ciencia Política; un Departamento de Sociología de las Relaciones Internacionales en la Facultad de Sociología; y un Departamento de Organizaciones Internacionales y Problemas de la Gobernanza Global en la Facultad de Gestión Pública.

³⁴ TIULIN, I. G., *op. cit.*, nota 16, p. 37; LEBEDEV, M. M., *op. cit.*, nota 8, p. 272; SERGUNIN, A., *op. cit.*, nota 10, pp. 74-77.

³⁵ *Zimne-letni metodologicheski institut mezhdunarodnyj otnosheni* [Instituto Metodológico de Verano e Invierno de Relaciones Internacionales] disponible en <http://www.obraforum.ru/imo.htm>.

mantenerse dentro de posiciones ideológicas mayoritarias: bien sea para no «significarse» ante los superiores, o para conseguir fondos públicos para la investigación. En un régimen no democrático, trabajar en instituciones dependientes del Estado implica también adoptar, al menos, cierto grado de autocensura, cuando no recibir presiones externas. Por ejemplo, es habitual que los investigadores rusos empleen un tono más cauto para analizar la política exterior de su país que para referirse a las potencias occidentales³⁶. Todo ello hace necesario realizar una lectura cuidadosa para detectar posibles sesgos u omisiones, pero —como es lógico— tampoco invalida de entrada cualquier trabajo realizado por estos autores, la mayoría de los cuales tienen amplios conocimientos sobre el área geográfica de su especialidad.

20. Finalmente, hay que mencionar la creación en 1999 de la Asociación Rusa de Estudios Internacionales como uno de los hitos en el desarrollo de la disciplina en ese país. Su actividad más destacada es un congreso anual o bienal: el celebrado en septiembre de 2017 estuvo dividido en 56 paneles y cuatro mesas redondas, con un total de más de mil asistentes inscritos³⁷.

3. CONCEPCIÓN RUSA DE LAS RELACIONES INTERNACIONALES COMO CIENCIA

3.1. Relaciones Internacionales *versus* Política Mundial

21. En la actualidad, las perspectivas rusas sobre el objeto de las Relaciones Internacionales pueden agruparse en dos tendencias: una más tradicional, identificada con el estudio de las relaciones entre Estados, y otra que prefiere centrarse en los actores no estatales y procesos transnacionales. La primera podría encuadrarse en el neorrealismo o realismo estructural, aunque con ciertas peculiaridades respecto a la teoría original de Kenneth Waltz, como un mayor énfasis en la especificidad cultural de cada país³⁸. Sus seguidores investigan el desarrollo histórico y los cambios en la estructura de poder del sistema internacional, o de regiones geopolíticas concretas, combinando la teoría con el análisis de la situación presente y su posible evolución.

³⁶ Los límites a las críticas hacia la política exterior parecen especialmente claros en el caso de MGIMO, que depende del Ministerio de Asuntos Exteriores. Por ejemplo, uno de sus profesores fue despedido tras escribir un artículo muy duro contra la anexión de Crimea, en el que llegaba a compararla con el *Anschluss* de la Alemania nazi sobre Austria. ZUBOV, A., «Eto uzhe bylo» [«Esto ya ha pasado»], *Vedomosti*, 1 de marzo de 2014, disponible en <https://www.vedomosti.ru/opinion/articles/2014/03/01/andrey-zubov-eto-uzhe-bylo>; «Professor Says Sacked Over Opinion Article Against Possible Ukraine Invasion», *The Moscow Times*, 5 de marzo de 2014, disponible en <https://themoscowtimes.com/articles/professor-says-sacked-over-opinion-article-against-possible-ukraine-invasion-32689>.

³⁷ Rossiiskaia assotsiatsia mezhdunarodnyj issledovani (RAMI) / Russian International Studies Association (RISA), disponible en <http://www.risa.ru>.

³⁸ ZASLAVSKAYA, N., «Teaching IR Theory at Russian Universities: The Russian Version vs the Western Version», comunicación presentada en la 59th Annual Convention of the International Studies Association (ISA), San Francisco, 2018, p. 7.

22. La segunda perspectiva es defendida por Marina Lebedeva y otros representantes del paradigma liberal en el mundo académico ruso. Esta autora utiliza el nombre de *mirovaia politika* (Política Mundial) para referirse a la concepción más amplia de la disciplina que se denomina *World Politics* en inglés, surgida en la década de los setenta como alternativa al paradigma realista predominante, por impulso de las teorías de la «interdependencia compleja» de Robert Keohane y Joseph Nye³⁹. A diferencia de las Relaciones Internacionales clásicas, esta versión rusa de la Política Mundial se centra en las relaciones transnacionales entre actores no estatales, la Economía Política Internacional e incluso cuestiones propias de la Ciencia Política, como la Política Comparada⁴⁰.

23. Esta diferencia puede observarse en la propia estructura de las universidades. En MGIMO, un ejemplo de la primera visión sería el Departamento de Análisis Aplicado de los Problemas Internacionales de la Facultad de Relaciones Internacionales —dirigido inicialmente por Alexei Bogaturov, y actualmente por Tatiana Shakleina—, continuador de la «escuela de análisis sistémico-estructural» de la época soviética⁴¹. La segunda estaría presente en el Departamento de Procesos Políticos Mundiales de la Facultad de Ciencia Política, cuya directora es la propia Marina Lebedeva⁴². Algo similar ocurre en la Universidad Estatal de Moscú: la Facultad de Política Mundial está —pese a su nombre— muy enfocada en los Estudios Estratégicos, por influencia de su decano y reconocido experto en esos temas, Andrei Kokoshin. En cambio, la Facultad de Procesos Globales se ocupa más de lo que en ruso se denomina *globalistika*, que correspondería a los *Global Studies* en inglés⁴³.

24. Hoy parece haberse alcanzado ya cierto consenso en torno a la importancia de los fenómenos transnacionales, aunque sin olvidar el papel de los Estados. Así, Bogaturov considera que las dos perspectivas comparten algunas de sus áreas de investigación, como la Teoría de las Relaciones Internacionales, mientras que otras se encuentran más claramente dentro de una de ellas⁴⁴. La definición más inclusiva es la de Pavel Tsygankov,

³⁹ Lebedeva se inspira en obras como el monográfico —después publicado en forma de libro— coordinado por NYE, J. S. y KEOHANE, R. O., «Transnational Relations and World Politics», *International Organization*, vol. 25, 1971, núm. 3.

⁴⁰ LEBEDEVA, M. M., *Mirovaia politika. Uchebnik [Manual de Política Mundial]*, Moscú, 4.ª ed., Knorus, 2018, pp. 68-71; LEBEDEVA, M. M. y MELVILLE, Y. A., «Srovnitelnaia politologia, mirovaia politika, mezhdunarodnye otnosheniia: razvitie predmetnykh oblastei» [«Política Comparada, Política Mundial, Relaciones Internacionales: desarrollo de áreas temáticas»], en SHAKLEINA, T. A., *op. cit.*, nota 13, p. 408; LEBEDEVA, M. M., *op. cit.*, nota 23.

⁴¹ «Kafedra prikladnogo analiza mezhdunarodnykh problem (PAMP)» [«Departamento de Análisis Aplicado de los Problemas Internacionales»], disponible en <https://mgimo.ru/study/faculty/mo/kpamp/>; «Nauchnye shkoly», *op. cit.*, nota 17, pp. 8-9.

⁴² «Kafedra mirovykh politicheskikh protsessov» [«Departamento de Procesos Políticos Mundiales»], disponible en <https://mgimo.ru/study/faculty/sgp/knmp/>; LEBEDEVA, M. M., *op. cit.*, nota 17, p. 72.

⁴³ «Fakultet mirovoi politiki» [«Facultad de Política Mundial»], disponible en <http://fmp.msu.ru/>; «Fakultet globalnykh protsessov» [«Facultad de Procesos Globales»], en <http://fgp.msu.ru/>.

⁴⁴ BOGATUROV, A. D., «Poniatie mirovoi politiki v teoreticheskom diskurse» [«El concepto de Política Mundial en el discurso teórico»], en *Mezhdunarodnye protsessy*, vol. 2, 2004, núm. 1 (4), pp. 16-33, esp. p. 31.

quien opta por el nombre de «Relaciones Internacionales y Política Mundial» (*mezhdunarodnye otnoshenia i mirovaia politika*) para reflejar la necesidad de investigar ambas cuestiones, rechazando que deba sustituirse una por otra:

«Muchos autores creyeron al principio que el fenómeno de la política mundial había “abolido” las relaciones internacionales tradicionales. Hoy ya está claro que, en realidad, todo es mucho más complicado. Los nuevos fenómenos no eliminan por completo los ya existentes; los cambian solo parcialmente, y parecen estar contruidos sobre ellos»⁴⁵.

25. En cualquier caso, todos ellos reconocen que se trata de una discusión más habitual en la literatura académica rusa que en los países anglosajones, donde parece en gran medida superada: los términos *International Relations* y *World Politics* se utilizan hoy con frecuencia como sinónimos, si bien para algunos autores el segundo sigue teniendo un significado más inclusivo y menos estatocéntrico⁴⁶. No obstante, en el conjunto de la disciplina ya se ha asumido con normalidad el estudio de los actores no estatales y los cambios derivados de la globalización; a lo que ha contribuido tanto el paradigma liberal como —desde una visión más sociológica— el constructivismo social y los enfoques reflectivistas.

26. Por otra parte, aunque en Rusia las Relaciones Internacionales siguen priorizando el estudio de los fenómenos políticos, económicos y de seguridad, en sus publicaciones más recientes se observa una creciente atención a otros aspectos de las relaciones sociales y humanas, como el impacto de la cultura, la educación o los cambios tecnológicos. Esto hace que se aproximen gradualmente al concepto amplio de Relaciones Internacionales —no limitado solo a la Política Internacional— que se emplea en otros países, incluyendo la doctrina española⁴⁷.

3.2. Posición entre las ciencias sociales

27. Para comprender el lugar que ocupan las Relaciones Internacionales en el panorama científico ruso, podemos comenzar por su clasificación de acuerdo con la Comisión Superior de Acreditación (VAK). Este organismo oficial establece el catálogo de posibles especialidades de los programas de doctorado; cada una de las cuales se adscribe a una rama más amplia de

⁴⁵ TSYGANKOV, P. A. (ed.), *Mezhdunarodnye otnoshenia i mirovaia politika. Uchebnik dlia bakalavriata i magistratury* [Relaciones Internacionales y Política Mundial. Manual para estudios de grado y máster], Moscú, Yurait, 2018, pp. 14-15.

⁴⁶ Sobre esta distinción, véase ARENAL, C. DEL, *Introducción a las Relaciones Internacionales*, 3.^a ed., Madrid, Tecnos, 1990, p. 23. Por ejemplo, en uno de los manuales universitarios más utilizados en inglés, se afirma que *World Politics* es el estudio de las relaciones políticas entre los diferentes tipos de actores presentes en el mundo, mientras que las *International Relations* o *International Politics* están centradas sobre todo en los Estados. BAYLIS, J., SMITH, S. y OWENS, P. (eds.), *The Globalization of World Politics: An Introduction to International Relations*, 7.^a ed., Oxford, Oxford University Press, 2017, p. 2.

⁴⁷ ARENAL, C. DEL, *op. cit.*, nota 46, p. 22.

las ciencias, que es la que figura en el título de doctor. La especialidad más identificada con Relaciones Internacionales es «Problemas Políticos de las Relaciones Internacionales y del Desarrollo Global y Regional», englobada en la rama de las Ciencias Políticas, en plural⁴⁸. Así, los internacionalistas que realizan una tesis obtienen el mismo título de «Doctor en Ciencias Políticas» (*kandidat politicheskij nauk*) —aunque por una especialidad diferente— que quienes han investigado sobre temas de Ciencia Política en sentido estricto.

28. Esta común naturaleza politológica no implica, sin embargo, que las Relaciones Internacionales sean tratadas como una subdisciplina de la Ciencia Política, como ocurre en el sistema estadounidense. Por el contrario, en la literatura académica rusa se las define como una disciplina en sí misma: una «ciencia internacional-política» (*mezhdunarodno-politicheskaja nauka*) diferenciada de la Ciencia Política (*politicheskaja nauka o politologija*)⁴⁹. Esta identidad propia se refleja en la existencia de departamentos —e incluso facultades— de Relaciones Internacionales dentro de las universidades, a lo que contribuye su larga trayectoria como titulación oficial. No obstante, pueden encontrarse también áreas interdisciplinarias como los Estudios Regionales Extranjeros (*zarubezhnoie regionovedenie*, equivalentes a los *Area Studies* en inglés)⁵⁰, en los que confluyen especialistas en un mismo país o área geográfica.

29. La autonomía científica de las Relaciones Internacionales, similar a la de otros países europeos, se debe a su evolución histórica: mientras que estas ya contaban con instituciones propias desde los años cuarenta y cincuenta, la Ciencia Política solo logró ser reconocida a finales de los ochenta, puesto que su lugar estaba ocupado por la llamada «Ciencia del Estado y el Derecho» —de carácter fundamentalmente jurídico— y los cursos de teoría marxista-leninista⁵¹. Pese a que algunos de los proyectos para introducir la Ciencia Política en la URSS llegaron a proponer que absorbiera las Relaciones Internacionales⁵², eso no llegó a realizarse; el tardío desarrollo y compa-

⁴⁸ «Pasporta nauchnyj spetsialnostei» [«Descriptorios de especialidades científicas»], disponible en <http://vak.ed.gov.ru/316>.

⁴⁹ TSYGANKOV, P. A., *op. cit.*, nota 45, cap. 1; TSYGANKOV, A. P. y TSYGANKOV, P. A. (eds.), *Rossiiskaia nauka mezhdunarodnyj otnosheni: novye napravleniia* [La ciencia rusa de las Relaciones Internacionales: nuevos enfoques], Moscú, Per Se, 2005; BARNASHOV, O. V., «Mezhdunarodno-politicheskaja nauka v RF» [«La ciencia internacional-política en la Federación Rusa»], *Vestnik RUDN (Mezhdunarodnye otnosheniia)*, vol. 15, 2015, núm. 3, pp. 185-197.

⁵⁰ Los Estudios Regionales también existen en Rusia como titulación universitaria. Por ejemplo, dentro de la Universidad Estatal de Moscú se imparte en la Facultad de Lenguas Extranjeras y Estudios Regionales —para las especialidades de Europa, Eurasia y América del Norte— y en el Instituto de Países de Asia y África.

⁵¹ El primer Departamento de Ciencia Política fue el de la Facultad de Filosofía de la Universidad Estatal de Leningrado, en 1988. También en esa institución —ya con el nombre de Universidad Estatal de San Petersburgo— se abrió la primera Facultad de Relaciones Internacionales fuera de Moscú, en 1994. LEBEDEV, M. M., *op. cit.*, nota 8, pp. 272-274; LEBEDEV, M. M., *op. cit.*, nota 17, p. 70.

⁵² THEEN, R. H. W., «Political Science in the USSR: "To Be, Or Not To Be". Some Reflections on the Implications of a Recent Soviet Critique of American Political Science», *World Politics*, vol. 23, 1971, núm. 4, pp. 684-703; ARENAL, C. DEL, *op. cit.*, nota 5, pp. 70-72.

rativa debilidad institucional de la primera hizo que ambas permanecieran como áreas diferenciadas. Como señala Marina Lebedeva,

«en Rusia —pero no solo en Rusia— las Relaciones Internacionales y la Ciencia Política se desarrollaron principalmente de forma separada, aunque paralela. [...] la Ciencia Política fue ignorada en gran medida por los internacionalistas, considerando la política interna solo en la medida en que influyera en la política exterior. El resultado final fue que internacionalistas y politólogos tuvieron “sus” respectivas literaturas científicas, asociaciones profesionales, revistas científicas, etc.»⁵³.

30. Las Relaciones Internacionales rusas estudian, por tanto, «la interacción, el intercambio de actividades y de sus resultados, que tiene lugar entre diferentes actores sociales —principalmente, los Estados— en alguno de los ámbitos de la vida pública, y que supera las fronteras»; una definición ya no limitada exclusivamente a los actores estatales, pero todavía muy enfocada en ellos⁵⁴. Con respecto a la metodología, los internacionalistas se distinguen por emplear un repertorio multidisciplinar de técnicas de investigación: politológicas, historiográficas, jurídicas, sociológicas o económicas. La tradicional importancia del método histórico se refleja en varias universidades de las regiones rusas, donde la carrera de Relaciones Internacionales se ha creado dentro de la Facultad de Historia⁵⁵.

31. Según Pavel Tsygankov, el núcleo de la disciplina estaría constituido por la Teoría de las Relaciones Internacionales, como principal elemento diferenciador respecto de otras ciencias. En cuanto a sus subdisciplinas, podrían identificarse entre otras los Estudios de Seguridad, la Economía Política Internacional, las Organizaciones Internacionales o el Análisis de Política Exterior, si bien todas ellas tienen sus raíces en la teoría⁵⁶. No obstante, los seguidores del enfoque liberal destacan la creciente interpenetración de la política interior y exterior; lo que lleva a Marina Lebedeva a considerar que debería establecerse un diálogo más estrecho con la Ciencia Política, aunque enfatizando que las Relaciones Internacionales «no pueden ni deben convertirse en una parte» de aquella⁵⁷.

⁵³ LEBEDEVA, M. M., *op. cit.*, nota 8, pp. 273-274. Véase también LEBEDEVA, M. M., «Rossiskie mezhdunarodnye issledovania: vozmozhny vklad v razvitie obschemirovoi nauki» [«Los estudios internacionales rusos: posible contribución al desarrollo de la ciencia mundial»], en *Vestnik Sankt-Peterburgskogo universiteta (Politologia. Mezhdunarodnye otnoshenia)*, 2015, núm. 2, pp. 83-95, esp. p. 91; LEBEDEVA, M. M., «Rossiskie issledovania i obrazovanie v oblasti mezhdunarodnyj otnosheni: 20 let spustia» [«La investigación y enseñanza rusas en el ámbito de las Relaciones Internacionales, veinte años después»], Documento de Trabajo del Consejo Ruso de Asuntos Internacionales, núm. 2/2013, p. 8, disponible en <http://russiancouncil.ru/activity/workingpapers/rossiyskie-issledovaniya-i-obrazovanie-v-oblasti-mezhdunarod/>.

⁵⁴ TSYGANKOV, P. A., «“Mezhdunarodnye otnoshenia i mirovaia politika”: konsolidatsia uchebno-nauchnoi distsipliny?» [«Relaciones Internacionales y Política Mundial”: ¿consolidación de una disciplina académico-científica?»], en *Mezhdunarodnye protsessy*, vol. 11, 2013, núms. 3-4 (34-35), pp. 6-20, esp. p. 12.

⁵⁵ LEBEDEVA, M. M. y MELVILLE, Y. A., *op. cit.*, nota 40, pp. 413-414.

⁵⁶ TSYGANKOV, P. A., *op. cit.*, nota 45, pp. 27-28.

⁵⁷ LEBEDEVA, M. M., «Rossiskie mezhdunarodnye issledovania...», *op. cit.*, nota 53, p. 93; LEBEDEVA, M. M., *op. cit.*, nota 40, p. 70.

3.3. Principales enfoques y debates teóricos

32. Como hemos visto, las Relaciones Internacionales soviéticas prestaron una escasa atención al desarrollo de teorías, dado que el marxismo-leninismo era el único enfoque permitido. Solo a partir de los años sesenta, el mayor acceso a la literatura científica extranjera sirvió para introducir el paradigma realista, que ya estaba presente *de facto* en la estrategia de la URSS durante la Guerra Fría: «En la práctica, salvo algunas excepciones, la mayoría de los académicos y políticos rusos [de la época soviética] empleaban el paradigma realista —sin saberlo— por medio de su enfoque estatocéntrico en la búsqueda del poder e interés nacionales»⁵⁸.

33. Tras el surgimiento de la Federación Rusa como Estado independiente, la teoría se mantuvo inicialmente en un segundo plano; los estudios aplicados a formular una nueva política exterior se consideraban prioritarios en aquel momento. En cambio, tuvo lugar una rápida popularización de los temas de actualidad internacional en los *think tanks* y medios de comunicación; lo cual sirvió para llegar a un público más amplio, pero también —en opinión de algunos académicos— repercutió negativamente en la calidad de los debates⁵⁹.

34. El estudio de la Teoría de las Relaciones Internacionales ha cobrado un nuevo impulso a partir de la década de los dos mil, con un cierto intercambio de papeles entre las dos «escuelas» surgidas en la Unión Soviética. Como hemos visto, los investigadores de IMEMO fueron los primeros en profundizar en cuestiones teóricas; los profesores de MGIMO, en cambio, se ocuparon más bien de desarrollar metodologías para el análisis aplicado. Sin embargo, en la etapa postsoviética IMEMO ha mantenido la orientación práctica propia de un *think tank*, mientras que las discusiones teóricas y epistemológicas se han desplazado a MGIMO y otras universidades, especialmente Moscú, San Petersburgo y Nizhni Novgorod⁶⁰.

35. Desde entonces se ha configurado un debate en torno a dos paradigmas principales: el nacionalista o estatista —equiparable al realismo en la literatura científica occidental— y el liberal u occidentalista, con un claro predominio del primero en cuanto a número de seguidores. En los siguientes apartados examinaremos brevemente cada uno de ellos; sin entrar a analizar —por razones de espacio— otros posibles enfoques, como las teorías geopolíticas, el constructivismo social o el postestructuralismo⁶¹.

⁵⁸ LEBEDEVA, M. M., *op. cit.*, nota 8, p. 269.

⁵⁹ SERGUNIN, A. A., «Discussions of International Relations in Post-Communist Russia», en TSYGANKOV, A. P. y TSYGANKOV, P. A., *op. cit.*, nota 11, p. 37.

⁶⁰ BOGATUROV, A. D., «Traditsia politicheskogo realizma v teorii mezhdunarodnyj otnosheni v Rossii» [«La tradición del realismo político en la teoría de Relaciones Internacionales en Rusia»], en KOKOSHIN, A. A. y BOGATUROV, A. D. (eds.), *Mirovaia politika: teoria, metodologiya, prikladnoi analiz*, Moscú, Editorial URSS, 2004; JRUSTALIOV, M., *op. cit.*, nota 22; SERGUNIN, A., *op. cit.*, nota 10, p. 78.

⁶¹ Las teorías geopolíticas alcanzaron gran difusión en Rusia durante los años noventa, sobre todo en sectores ultranacionalistas; no obstante, la calidad de sus publicaciones es muy desigual,

3.3.1. *Realismo o nacional-estatismo*

36. La política exterior de Yeltsin siguió inicialmente una orientación liberal y de acercamiento a Occidente, tanto por las convicciones de los nuevos líderes como por sus intereses de política interna: la ayuda económica internacional y el apoyo político de Estados Unidos les eran imprescindibles para mantenerse en el poder. Sin embargo, el desencanto con la actitud de Washington y el auge del nacionalismo en la opinión pública pusieron fin a esa etapa en 1996, con el nombramiento de Yevgeni Primakov como ministro de Asuntos Exteriores. Primakov era un académico especialista en Oriente Medio, que en la época soviética había llegado a ser director de IMEMO (1985-1989) y del Instituto de Estudios Orientales (1977-1985); por tanto, su pensamiento debe entenderse en el contexto de la popularidad del realismo entre los investigadores de la Academia de Ciencias. Su etapa como ministro, y después primer ministro, en los gobiernos de Yeltsin, estuvo claramente basada en un enfoque teórico realista: el principal objetivo debía ser recuperar el estatus de Rusia como potencia (*derzhava*) dentro de un sistema internacional multipolar, en el que Estados Unidos ya no pudiera imponer su hegemonía⁶².

37. La defensa de ese estatus, denominada *derzhavnichestvo* —que suele traducirse como «nacionalismo» o «estatismo»— es hoy la principal escuela de pensamiento en el debate académico ruso; aunque se trata de una tradición heterogénea, en la que conviven distintas teorías y metodologías⁶³. La primera en aparecer fue la del análisis histórico, continuadora de los primeros trabajos publicados en tiempos de la URSS. En segundo lugar, el análisis estructural o sistémico, que estudia el funcionamiento y tendencias del sistema internacional entendido de forma global. Por último, se ha producido una aproximación a otras disciplinas en áreas como la Psicología Política o la Economía Política Internacional. De acuerdo con la tipología utilizada en inglés, el neorrealismo o realismo estructural y el realismo neoclásico serían

incluyendo desde trabajos académicos a otros puramente ideológicos. Un ejemplo es el neoeurasianismo, basado en la oposición determinista —ya enunciada por la Geopolítica clásica— entre potencias marítimas y continentales, que presenta a Eurasia como una «civilización» cuya supervivencia se ve amenazada por Occidente. En cuanto al constructivismo o el postestructuralismo, son todavía minoritarios; de hecho, gran parte de los autores rusos identificados con estos enfoques trabajan en universidades extranjeras. Véase TSYGANKOV, A. P., *Russkaia mezhdunarodnaia teoria: tri traditsii* [La teoría internacional rusa: tres tradiciones], 2.^a ed., Moscú, Ru-Science, 2018; SERGUNIN, A., *op. cit.*, nota 10; SOLOVYEV, E. G., «Geopolitics in Russia - Science or Vocation?», en TSYGANKOV, A. P. y TSYGANKOV, P. A., *op. cit.*, nota 11, pp. 127-142; LARUELLE, M., *Russian Eurasianism: An Ideology of Empire*, Washington/Baltimore, Woodrow Wilson Center Press/Johns Hopkins University Press, 2008; MAKARYCHEV, A. y MOROZOV, V., «Is “Non-Western Theory” Possible? The Idea of Multipolarity and the Trap of Epistemological Relativism in Russian IR», *International Studies Review*, vol. 15, 2013, núm. 3, pp. 328-350.

⁶² PRIMAKOV, Y. M., «Mezhdunarodnye otnosheniya v nakanune XXI veka: problemy, perspektivy» [«Las relaciones internacionales en el umbral del siglo XXI: problemas, perspectivas»], en SHAKLEINA, T. A., *op. cit.*, nota 13, pp. 193-203.

⁶³ SHAKLEYINA, T. A. y BOGATUROV, A. D., *op. cit.*, nota 23, pp. 62-66.

hoy las teorías mayoritarias en Rusia; aunque también hay quienes reivindican el realismo clásico, como Timofei Bordachev⁶⁴.

38. Sus líneas de investigación principales han sido la evolución del orden internacional de la postGuerra Fría y la estrategia de cada una de las grandes potencias. La mayoría de ellos mantiene una posición muy crítica hacia el intervencionismo de Estados Unidos: por ejemplo, Alexei Bogaturov considera que el unilateralismo estadounidense dificulta el surgimiento de una sociedad internacional —en el sentido de Hedley Bull— basada en normas compartidas. Esto habría dado lugar a un equilibrio inestable, en el que países como Rusia se han resistido a los intentos de «absorción» por parte de Occidente, tratando de sustituir la «unipolaridad pluralista» de la postGuerra Fría por una verdadera multipolaridad⁶⁵. No obstante, Bogaturov se encuadra en una versión «ilustrada» del nacional-estatismo, que no concibe el resurgimiento ruso como una restauración imperial; por el contrario, el papel de actor global influyente solo podrá mantenerse si va acompañado de reformas internas y respeto a los derechos individuales⁶⁶. En la misma línea, Tatiana Shakleina afirma que «el mundo no necesita un hegemon ni un líder», y propone un marco multilateral —más en forma de «concierto de potencias» que de instituciones— como el más adecuado para frenar tentaciones agresivas⁶⁷.

39. Los principales desacuerdos se han producido en torno a cuál debería ser la respuesta de Rusia ante la preeminencia de Occidente. Para los más radicales, las ambiciones de Estados Unidos y el debilitamiento de la soberanía del Estado-nación —resultado, a su vez, del proceso globalizador impulsado por Washington— amenazan directamente la seguridad de Rusia, y justificarían adoptar una estrategia más intervencionista en el exterior. En cambio, los más pragmáticos consideran la globalización como un fenómeno inevitable, no controlado exclusivamente por Estados Unidos. La defensa de los intereses nacionales rusos sería compatible con mantener relaciones estables con Occidente, e incluso cooperar cuando sea beneficioso para ambas partes; pero sin ingenuas esperanzas de que las rivalidades vayan a desaparecer en el futuro⁶⁸. Al mismo tiempo, Rusia debería aprovechar las ventajas

⁶⁴ BORDACHEV, T., «Russia Needs a Realist Paradigm», *Russian International Affairs Council*, 11 de noviembre de 2014, disponible en http://russiancouncil.ru/en/analytics-and-comments/analytics/russia-needs-a-realist-paradigm/?sphrase_id=16480079.

⁶⁵ BOGATUROV, A. D., «Pliuralisticheskaia odnopoliarnost» [«Unipolaridad pluralista»], en BOGATUROV, A. D., KOSOLAPOV, N. A. y JRUSTALIOV, M. A., *Ocherki teorii i metodologii politicheskogo analiza mezhdunarodnyj otnosheni*, Moscú, NOFMO, 2002, pp. 283-296; BOGATUROV, A. D., «Globalizatsia kak "síndrom pogloschenia" v mezhdunarodnoi politike» [«La globalización como "síndrome de la absorción" en la política internacional»], pp. 335-355.

⁶⁶ TSYGANKOV, A. P. y TSYGANKOV, P. A., «Prosveschennoe derzhavnichestvo (A. D. Bogaturov i rossiiskaia teoria mezhdunarodnyj otnosheni)» [«Estatismo ilustrado (A. D. Bogaturov y la teoría rusa de las Relaciones Internacionales)»], *Polis. Politicheskie issledovania*, 2017, núm. 4, pp. 175-185.

⁶⁷ SHAKLEINA, T., «Liderstvo i sovremenny mirovoi poriadok» [«El liderazgo y el orden mundial contemporáneo»], en *Mezhdunarodnye protsessy*, vol. 13, 2015, núm. 4 (43), pp. 6-19, esp. p. 17.

⁶⁸ SHAKLEYINA, T. A. y BOGATUROV, A. D., *op. cit.*, nota 23, pp. 66-68; BOGATUROV, A. D., *op. cit.*, nota 60. La política exterior de Putin ha oscilado, de hecho, entre estas dos tendencias, alternando

que le otorga su extensión en dos continentes para incrementar su influencia tanto en el espacio postsoviético como en Asia-Pacífico, mediante la presencia en foros multilaterales y la coordinación de los distintos instrumentos —diplomáticos, económicos y militares— de su política exterior⁶⁹.

3.3.2. *Liberalismo u occidentalismo*

40. Los seguidores del paradigma liberal de las Relaciones Internacionales son menos numerosos en Rusia que los realistas o nacional-estadistas, pero aun así mantienen una importante presencia en el mundo académico. Comparten una posición en general occidentalista, favorable a la globalización y la pertenencia a instituciones internacionales. Dependiendo de los autores, podríamos equipararlos a distintas corrientes del *mainstream* anglosajón: bien al institucionalismo neoliberal —centrado en el funcionamiento interno de las organizaciones internacionales, y su papel en la creación y mantenimiento del orden global— o al internacionalismo liberal de los defensores de la «paz democrática» y el «intervencionismo humanitario». En el fondo, consideran que los principales problemas de Rusia son de carácter interno y que la política exterior debe estar al servicio de la modernización del país; por lo que suelen prestar menor atención a los factores militares y geopolíticos, no tan relevantes para ellos como los geoeconómicos⁷⁰.

41. Para la mayoría de ellos, la democracia representa el único futuro aceptable para Rusia, que debería considerar a los países con esta forma de gobierno como sus modelos y aliados naturales; rechazando, en cambio, el acercamiento a China, que solo contribuye a mantenerla anclada en un modelo autoritario de desarrollo. Vladimir Kulagin, por ejemplo, ha sostenido una concepción cercana a la «paz democrática», argumentando que el progresivo avance de la democracia en el mundo es una tendencia imparable, que hace disminuir el número de conflictos interestatales. Esto dará lugar, en su opinión, a la emergencia de un nuevo sistema caracterizado por la «unipolaridad democrática»; en lugar de la multipolaridad que defienden los realistas, donde cada una de las potencias seguiría manteniendo su propio

etapas de mayor pragmatismo con otras de enfrentamiento. Sin embargo, en los últimos años ha incluido —al menos, en el plano discursivo— ciertos elementos culturales e identitarios, que la distancian de una definición puramente realista del interés nacional. Véase SAKWA, R., *Russia Against the Rest: The Post-Cold War Crisis of World Order*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, pp. 105-135.

⁶⁹ ROGOV, S. M., «Izoliatstia ot integratsii» [«Aislamiento de la integración»], en SHAKLEINA, T. A., *op. cit.*, nota 13, pp. 269-280.

⁷⁰ SERGOUNIN, A., «Russia: IR at a Crossroads», en TICKNER, A. B. y WÆVER, O. (eds.), *International Relations Scholarship Around the World*, Abingdon, Routledge, 2009, pp. 223-241, esp. p. 233; TSYGANKOV, P. A. y TSYGANKOV, A. P., «Dilemmas and Promises of Russian Liberalism», en TSYGANKOV, A. P. y TSYGANKOV, P. A., *op. cit.*, nota 11, pp. 83-106; TSYGANKOV, A. P. y TSYGANKOV, P. A., «Russian Theory of International Relations», en *Oxford Research Encyclopedia of International Studies*, Oxford, Oxford University Press, 2010, disponible en <http://internationalstudies.oxfordre.com/>.

sistema⁷¹. También han contribuido a este debate politólogos como Andrei Melville, que estudia la difusión transnacional de la democracia y el surgimiento de nuevos tipos de régimen con diferentes grados de autoritarismo, entre los que se incluye Rusia⁷².

42. Los liberales tampoco aceptan el equilibrio de poder como un mecanismo adecuado para garantizar la estabilidad, por tratarse de un modo de relación moralmente inaceptable, que debería ser sustituido por reglas e instituciones. Así, Yuri Davydov ha defendido un orden internacional basado en los valores democráticos, el «poder blando» y el avance de los procesos de interdependencia y globalización; aunque sin esperar por ello que la soberanía del Estado-nación o el carácter anárquico del sistema internacional vayan a desaparecer⁷³.

43. El espacio postsoviético también ha sido uno de los principales temas para los investigadores. Muchos apoyan procesos como la Unión Económica Eurasiática, reflejo de la interdependencia entre los países vecinos, que proporciona a Rusia oportunidades para su desarrollo económico y exportaciones. Esta posición favorable a la integración regional es compartida por los realistas, aunque con argumentos diferentes: mantener la seguridad en su periferia e impedir la penetración de alianzas rivales, principalmente la OTAN⁷⁴. En cambio, para occidentalistas como Dmitri Trenin, el liderazgo de Rusia en el espacio postsoviético está irremediablemente unido a su pasado imperial; el futuro debería pasar por renunciar a las ambiciones de mantener una zona de influencia en Eurasia, optando decididamente por la aproximación e integración con el resto de Europa⁷⁵.

44. Gran parte de estos académicos estudian la participación de Rusia en negociaciones multilaterales y sus relaciones con organizaciones como la UE o la OSCE⁷⁶. En este ámbito, existe una amplia variedad en cuanto al

⁷¹ KULAGIN, V. M., «Mir v XXI veke: mnogopoliusny balans sil ili globalny Pax democratica? Guipoteza “demokraticeskogo mira” v kontekste alternativ mirovogo razvitiia» [«El mundo en el siglo XXI: ¿equilibrio de poder multipolar o *pax democratica* global? La hipótesis de la “paz democrática” en el contexto de las alternativas de desarrollo mundial», en *Polis. Politicheskie issledovania*, 2000, núm. 1, pp. 23-37; KULAGIN, V. M., «Globalnaia ili mirovaia bezopasnost?» [«¿Seguridad global o mundial?»], en *Mezhdunarodnye protsessy*, vol. 5, 2007, núm. 2 (14), pp. 38-51.

⁷² MELVILLE, A. Y., «Stanovlenie transnatsionalnoi politicheskoi sredi i “volny” demokratizatsii» [«La formación del entorno político transnacional y las “olas” de democratización», en TORKUNOV, A. V., *op. cit.*, nota 16, pp. 77-100; MELVILLE, A. Y., «Liberalnaia vneshepoliticheskaiia alternativa dlia Rossii?» [«¿Una alternativa liberal de política exterior para Rusia?»], en SHAKLEINA, T. A., *op. cit.*, nota 13, pp. 330-339.

⁷³ DAVYDOV, Y. P., *Norma protiv sily. Problema miroregulirovania* [La norma frente a la fuerza: el problema de la regulación del mundo], Moscú, Nauka, 2002; DAVYDOV, Y. P., «Poniatie “zhestkoi” i “miagkoi” sily v teorii mezhdunarodnyj otnosheni» [«El concepto de poder “duro” y “blando” en la teoría de las Relaciones Internacionales», *Mezhdunarodnye protsessy*, vol. 2, 2004, núm. 1 (4), pp. 69-80.

⁷⁴ TSYGANKOV, A. P., «Mastering Space in Eurasia: Russia’s Geopolitical Thinking After the Soviet Break-Up», *Communist and Post-Communist Studies*, vol. 36, 2003, núm. 1, pp. 101-127.

⁷⁵ TRENIN, D., *The End of Eurasia: Russia on the Border Between Geopolitics and Globalization*, Washington, Carnegie Endowment for International Peace, 2001.

⁷⁶ LEBEDEVA, M. M., «From Prominence to Decline: Russian Studies of International Negotiations», en TSYGANKOV, A. P. y TSYGANKOV, P. A., *op. cit.*, nota 11, pp. 175-193; ZAGORSKI, A. V., «Russia-

empleo de argumentos normativos: mientras que algunos se limitan a analizar las instituciones y normas internacionales para explicar científicamente su evolución, otros enfatizan la importancia de estas para la construcción de un orden internacional más pacífico y justo. El enfoque liberal se centra hoy en destacar la interdependencia mutua entre Rusia y Occidente, así como las oportunidades para la cooperación, pero sin llegar a reivindicar el ingreso en las instituciones euroatlánticas⁷⁷.

4. ENTRE EL PARTICULARISMO Y LA OCCIDENTALIZACIÓN: LA ESCUELA RUSA DE RELACIONES INTERNACIONALES

45. En los últimos años, distintos internacionalistas rusos —ante todo, los identificados con el realismo— han defendido la preservación de una Escuela Rusa que formule sus propias teorías, para superar lo que consideran un excesivo seguidismo de los enfoques estadounidenses. El punto de partida fue un artículo de Alexei Bogaturov del año 2000, en el que reflexionaba sobre la evolución de la disciplina en la década anterior, a partir de su experiencia organizando cursos para jóvenes investigadores⁷⁸. Pese a que la mayoría de ellos conociera y citara las teorías anglosajonas, su aplicación empírica a la política exterior de Rusia no se ajustaba —según el autor— a las características peculiares del país; cuya experiencia histórica no coincide con la de otros Estados, incluso aquellos que también han sufrido regímenes totalitarios. Bogaturov concluía que el «paradigma de la asimilación» del pensamiento occidental adoptado por las nuevas generaciones era simplista e inadecuado, y corría el riesgo de convertir a los académicos rusos en meros traductores de la literatura científica extranjera.

46. Entre los seguidores del enfoque liberal, Marina Lebedeva no comparte esas críticas al sesgo estadounidense de la disciplina; no solo las formuladas en Rusia, sino también las de autores como Amitav Acharya, Barry Buzan⁷⁹ o Robert Cox⁸⁰, cuya advertencia de que la teoría «siempre es *para* alguien y *para* un propósito determinado» considera exagerada. El «americanocentrismo» o «eurocentrismo» predominantes serían un resultado objetivo del estadio más avanzado en el que se encuentra esta ciencia en los países occidentales; en comparación con su relativa novedad en Rusia, donde los debates sobre cuestiones teóricas y su expansión a universidades fuera de

EU Relations at a Crossroads: Common and Divergent Interests», *RIAC Working Paper*, núm. 31, 2016, disponible en <http://russiancouncil.ru/upload/Russia-EU-Crossroads-Paper31-en.pdf>.

⁷⁷ LEBEDEVA, M. M. y KHARKEVICH, M. V., «Teoria mezhdunarodnyj otnosheni v zerkale sovremennyj rossijskij issledovani» [«La teoría de las Relaciones Internacionales a la luz de los estudios rusos contemporáneos»], en *Vestnik MGIMO-Universiteta*, 2016, núm. 5, pp. 7-19.

⁷⁸ BOGATUROV, A. D., «Desiat let paradigmy osvoienia» [«Diez años del paradigma de la asimilación»], en *Pro et Contra*, vol. 5, 2000, núm. 1, disponible en <http://obraforum.ru/bogaturov6.htm>.

⁷⁹ ACHARYA, A. y BUZAN, B., «Conclusion: On the Possibility of a Non-Western International Relations Theory», en ACHARYA, A. y BUZAN, B., *op. cit.*, nota 3, pp. 221-237.

⁸⁰ COX, R. W., «Social Forces, States and World Orders: Beyond International Relations Theory», *Millennium: Journal of International Studies*, vol. 10, 1981, núm. 2, pp. 126-155, esp. p. 128.

Moscú solo comenzaron realmente a partir de 1991. No obstante, para Lebedeva sí es posible y deseable realizar aportaciones propias: por ejemplo, mediante una síntesis entre las tradiciones científicas extranjeras y las autóctonas, o elaborando de forma crítica posibles alternativas a los enfoques occidentales. En todo caso, debe evitarse caer en actitudes nacionalistas que lleven de nuevo al aislamiento a los académicos rusos; los cuales, de hecho, ya están apreciando cierto enfriamiento de los contactos con sus colegas de otros países, como resultado de la conflictividad en las relaciones políticas a partir de la crisis de Ucrania⁸¹.

47. Los académicos rusos que trabajan en el extranjero también han opinado sobre esta polémica. Una contribución especialmente dura ha sido la de Andrey Makarychev y Viatcheslav Morozov, actualmente profesores de la Universidad de Tartu (Estonia) e identificados con el reflectivismo. Ambos han acusado a los realistas de su país de «relativismo epistemológico», por defender la pluralidad de escuelas nacionales como algo inherentemente positivo, sin examinar su contribución. Además, han alertado de lo que consideran una excesiva cercanía entre el realismo mayoritario y la política exterior del Kremlin, en temas como la defensa de la multipolaridad o la oposición a la hegemonía de Estados Unidos. Esta supuesta ideologización haría que los internacionalistas rusos prefieran mantenerse anclados en debates internos, evitando someterse a la valoración de especialistas extranjeros⁸².

48. Otros como Andrei Tsygankov, profesor de la Universidad Estatal de San Francisco (Estados Unidos), muestran una actitud mucho más integradora hacia sus colegas que permanecen en Rusia. Aunque él mismo adopta una perspectiva constructivista —crítica, por tanto, con el realismo—, también ha trabajado para difundir entre el público global las diversas corrientes del pensamiento internacional de su país. Varias de estas publicaciones han sido escritas con su padre, Pavel Tsygankov, profesor de la Universidad Estatal de Moscú y autor del manual más importante en ruso sobre Teoría de las Relaciones Internacionales, que ha tenido un papel fundamental en la introducción de los «grandes debates» del *mainstream* en la enseñanza⁸³.

⁸¹ LEBEDEVA, M. M., «Rossiskie mezhdunarodnye issledovania...», *op. cit.*, nota 53, pp. 85-87; LEBEDEVA, M. M., *Russian Studies of International Relations: From the Soviet Past to the Post-Cold War Present*, Stuttgart, Ibidem-Verlag, 2018, p. 163.

⁸² MAKARYCHEV, A. y MOROZOV, V., *op. cit.*, nota 61, pp. 329-330. No deja de ser paradójico que esta crítica proceda de una perspectiva reflectivista, que debería problematizar la «objetividad» de las teorías occidentales frente a la «subjetividad» de las rusas; ambas han sido construidas discursivamente en un contexto cultural determinado, a partir de unos presupuestos normativos condicionados por los valores y la experiencia histórica de sus países.

⁸³ Así lo considera LEBEDEVA, M. M., *op. cit.*, nota 17, p. 70. En la edición de 2003, el libro se centraba en el debate interparadigmático entre neorealismo, neoliberalismo y neomarxismo, añadiendo después un apartado sobre las teorías más sociológicas: la Escuela Francesa de Bertrand Badie, Didier Bigo o Marie-Claude Smouts; la Escuela Inglesa de Hedley Bull, Martin Wight o Barry Buzan; y la Escuela Americana —en la que Tsygankov incluye el constructivismo social— de Alexander Wendt, Martha Finnemore o Peter Katzenstein. La edición de 2018 se estructura en torno a los cuatro *great debates*, profundizando sobre todo en el más reciente, entre racionalismo y reflectivismo. TSYGANKOV, P. A., *Teoría mezhdunarodnyj otnosheni [Teoría de las Relaciones Internacionales]*, Moscú, Gardariki, 2003,

49. De acuerdo con estos últimos autores, el desarrollo de las Relaciones Internacionales en Rusia puede resumirse en dos tendencias contradictorias⁸⁴. Por un lado, la disciplina se ha hecho más plural gracias a la incorporación de nuevas teorías, que han acabado con el monopolio del paradigma dominante en cada momento: así, el marxismo-leninismo fue sustituido por el realismo, y después el liberalismo ha cuestionado la primacía de los realistas. Por otro lado, aunque esta diversidad haya tenido un efecto positivo, en algunos casos ha llevado a una excesiva occidentalización, que no implicaría tanto un aprendizaje como la asimilación acrítica de las teorías estadounidenses, considerándolas como las únicas científicas. La percepción de los enfoques rusos y extranjeros como opciones incompatibles parte de la propia división entre asignaturas: las tradiciones intelectuales autóctonas se estudian en Historia del Pensamiento Político, mientras que la Teoría de las Relaciones Internacionales está centrada en los paradigmas anglosajones⁸⁵.

50. El riesgo de depender en exceso de los enfoques extranjeros también se ve agravado —en opinión de Pavel Tsygankov— por el sistema de evaluación del profesorado universitario, que les obliga cada vez más a publicar en inglés⁸⁶. Algunos académicos rusos han llegado a denunciar un filtro ideológico en las revistas anglosajonas, de las cuales se excluiría a todos aquellos que no compartan «axiomas estadounidenses» como la defensa de la globalización o la expansión de la democracia⁸⁷. Estos recelos excesivos contribuyen, lamentablemente, a fortalecer el «americanocentrismo» de la disciplina y el desconocimiento de los autores rusos fuera de su país, al disuadirles de participar en los debates en inglés.

51. En el otro extremo se encuentran quienes tratan de aproximarse cada vez más al *mainstream* occidental. Un ejemplo es la Facultad de Relaciones Internacionales de la Universidad Estatal de San Petersburgo, que asume una concepción docente en la que los debates se agrupan en paradigmas de alcance universal, con idénticos referentes que el mundo anglosajón⁸⁸. Esta perspectiva está, lógicamente, más extendida entre profesores que imparten grados o másteres en Relaciones Internacionales en inglés, como los que se han creado en San Petersburgo, MGIMO o la Escuela Superior de Econo-

pp. 155-163; TSYGANKOV, P. A. (ed.), *Teoría mezhdunarodnyj otnosheni. Uchebnik dlia akademicheskogo bakalavriata [Teoría de las Relaciones Internacionales. Manual para estudios de grado]*, Moscú, Yurait, 2018, pp. 43-48.

⁸⁴ TSYGANKOV, A. P. y TSYGANKOV, P. A., *op. cit.*, nota 11, pp. 20-26.

⁸⁵ TSYGANKOV, A. P., «Rossiiskaia teória mezhdunarodnyj otnosheni: kakoi yei byt?» [«La teoría rusa de las Relaciones Internacionales: ¿cuál debería ser?»], en *Sravnitelnaia politika*, vol. 5, 2014, núm. 2 (15-16), pp. 65-83, esp. p. 66.

⁸⁶ BARNASHOV, O. V., *op. cit.*, nota 49, p. 190.

⁸⁷ FENENKO, A., «Pochemu v Amerike ne liubiat publikovat rossiiskij avtorov?» [«¿Por qué en Estados Unidos no les gusta publicar a los autores rusos?»], en *Mezhdunarodnye protsessy*, vol. 14, 2016, núm. 1 (44), pp. 172-180. Por supuesto, esa dificultad se debe también a diferencias de tipo metodológico: la tendencia cuantitativista de las Relaciones Internacionales estadounidenses, por influencia de la Ciencia Política, frente al análisis histórico-descriptivo de muchos trabajos rusos.

⁸⁸ ZASLAVSKAYA, N., *op. cit.*, nota 38, p. 10; TSVETKOVA, N. (ed.), *Russia and the World: Understanding International Relations*, Lanham, Lexington Books, 2017.

mía. La creciente participación de académicos rusos en los congresos de la *International Studies Association* (ISA) y la *European International Studies Association* (EISA) es otra muestra de esta apertura.

5. CONCLUSIONES

52. A partir de la disolución de la URSS, las Relaciones Internacionales rusas han conseguido superar las barreras doctrinales que frenaban su desarrollo; si bien siguen existiendo inercias del pasado, como el predominio del paradigma realista. Sus principales fortalezas son su reconocimiento como ciencia autónoma y como titulación universitaria, cuya difusión desde Moscú a otras regiones ha creado una «masa crítica» de internacionalistas con enorme potencial. El debate académico se ve reflejado en multitud de libros y revistas científicas, donde los autores extranjeros son citados con total normalidad.

53. No obstante, en otros aspectos queda mucho camino por recorrer. La mayoría de los académicos siguen limitándose al análisis aplicado de la política internacional, asumiendo enfoques tradicionales como el neorrealismo o el institucionalismo neoliberal; en cambio, las discusiones teóricas y epistemológicas —como el actual «cuarto debate»— se limitan a un grupo comparativamente reducido. Esto da lugar a que el constructivismo social o el postestructuralismo aún no hayan arraigado en Rusia: salvo contadas excepciones, las referencias a ellos suelen ser resúmenes o comentarios de los debates occidentales, más que aplicaciones propias.

54. El principal problema que afrontan hoy las Relaciones Internacionales rusas es el desconocimiento global de su producción investigadora, que ya no se explica del todo por una cuestión lingüística. Cada vez más autores rusos publican en inglés, pero solo los que trabajan en universidades anglosajonas obtienen un impacto comparable al de sus colegas estadounidenses o británicos. Parte del motivo reside en la percepción orientalista —heredada de la «kremlinología» de la Guerra Fría— de Rusia como mero objeto de estudio para otros países; no como un sujeto activo capaz de investigar, a su vez, sobre diferentes partes del mundo, incluyendo su propia política exterior. Esta actitud se manifiesta en una escucha selectiva, en la que aquellas voces que coinciden con las preconcepciones sobre Rusia asumidas en Occidente —es decir, los liberales más atlantistas y los nacionalistas más agresivos— son tomadas como representantes de toda la sociedad rusa, mientras que la gran mayoría de sus expertos y académicos son raramente citados.

55. La posibilidad y conveniencia de una teoría internacional «postoccidental» tiene características peculiares en el caso ruso, donde el rechazo a la hegemonía de los autores anglosajones ha partido del nacional-estatismo o *derzhavnichestvo*; una corriente influida —paradójicamente— desde la Guerra Fría por el realismo estadounidense, con el que comparte una misma con-

cepción estatocéntrica y basada en el equilibrio de poder. Por tanto, más que una diferencia teórica insalvable entre los enfoques «nacionales» y «extranjeros», lo que subyace a la controversia sobre la necesidad de una Escuela Rusa es el debate político entre nacionalismo y occidentalismo, que no puede entenderse al margen de sus implicaciones psicológicas: muy especialmente, la memoria de la durísima transición económica de los años noventa, en la que las recetas neoliberales importadas desde Occidente tuvieron gran parte de responsabilidad.

56. El gran desafío para el futuro es continuar la pluralización de enfoques ya iniciada en 1991, reinterpretando los paradigmas extranjeros a la luz de sus propias corrientes intelectuales, y elaborando nuevas teorías que puedan ser difundidas fuera de Rusia. Los temores a que la occidentalización del mundo académico anulase el pensamiento autóctono tuvieron su fundamento en una etapa concreta de crisis, en la que los investigadores rusos debían adaptar sus proyectos a las expectativas de las entidades extranjeras que los financiaban. Sin embargo, el riesgo más probable hoy —con una ciencia de las Relaciones Internacionales plenamente consolidada en ese país— es precisamente el opuesto: alejarse de los grandes debates sobre problemas universales, por influencia del clima de confrontación y desconfianza en la política exterior.

57. Hasta ahora, los internacionalistas rusos han sabido combinar el mantenimiento de una identidad propia con la apertura a nuevas ideas y una presencia global cada vez mayor. Solo evitando tentaciones aislacionistas podrán llegar a obtener un reconocimiento acorde con su trabajo, abandonando la posición subalterna a la que se ven relegados por el etnocentrismo del *mainstream* de la disciplina.

RESUMEN

LAS RELACIONES INTERNACIONALES EN RUSIA: DESARROLLO, ENFOQUES Y DEBATES

Este artículo tiene como objetivo analizar el surgimiento y desarrollo de las Relaciones Internacionales como disciplina científica en Rusia, incluyendo sus debates más recientes. En la introducción, se contextualiza el objeto de estudio dentro de la creciente atención hacia los debates académicos en lenguas distintas del inglés, como respuesta a la hegemonía de los autores y paradigmas estadounidenses. El siguiente apartado describe los comienzos de la investigación científica y enseñanza universitaria de las Relaciones Internacionales en la URSS, así como los cambios ocurridos en la Federación Rusa independiente. El tercer apartado compara sus diversas concepciones de la disciplina, posición dentro de las ciencias sociales y principales enfoques teóricos en la actualidad. El cuarto apartado profundiza en el debate sobre la conveniencia de mantener una escuela autóctona de Relaciones Internacionales, frente a quienes prefieren asimilar en mayor medida los conceptos y paradigmas anglosajones. Por último, en las conclusiones se reflexiona sobre los obstáculos que afrontan los internacionalistas rusos para lograr un mayor reconocimiento global.

Palabras clave: Rusia, URSS, Relaciones Internacionales, ciencia, teoría, etnocentrismo.

ABSTRACT**INTERNATIONAL RELATIONS IN RUSSIA: DEVELOPMENT, APPROACHES,
AND DEBATES**

This article aims to analyze the emergence and development of International Relations as a scientific discipline in Russia, including its most recent debates. In the introduction, we explain the object of study in the context of the growing attention towards academic debates in languages other than English, as a response to the hegemony of American authors and paradigms. The following section describes the beginnings of scientific research and university teaching of International Relations in the USSR, as well as the changes that have taken place in the independent Russian Federation. The third section compares their various conceptions of the discipline, position within the social sciences and main theoretical approaches in the present day. The fourth section examines the debate about the convenience of preserving a national school of International Relations, opposed by those who prefer to adopt Western concepts and paradigms. Finally, the conclusions reflect on the challenges faced by Russian International Relations scholars to achieve greater international recognition.

Keywords: Russia, USSR, International Relations, science, theory, ethnocentrism.

LA PROTECCIÓN DE ADULTOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ESPAÑOL: NOVEDADES Y RETOS

Salomé ADROHER BIOSCA*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.—3. DERECHO APLICABLE.—3.1. Medidas *ex ante*.—3.2. Medidas *ex post*.—4. RECONOCIMIENTO Y EFICACIA DE DECISIONES JUDICIALES EXTRANJERAS Y DE DOCUMENTOS PÚBLICOS EXTRANJEROS.—5. COOPERACIÓN INTERNACIONAL DE AUTORIDADES.—6. CONSIDERACIONES FINALES.

1. INTRODUCCIÓN

1. El aumento de las modificaciones de capacidad, tutelas y en general, medidas de protección de adultos vinculadas a diversos países, unidos a los diferentes modelos de protección en Derecho comparado, justifican la actualidad de las cuestiones de Derecho internacional privado en la materia¹. Diversas resoluciones judiciales y administrativas recientes son una buena muestra de ello². Los tradicionales presupuestos sociológico y jurídico que

* Profesora propia ordinaria de Derecho internacional privado. Universidad Pontificia Comillas. (s.adroher@comillas.edu). Todas las páginas *web* de referencia han sido consultadas por última vez el 16 de noviembre de 2018. Trabajo realizado en el marco del proyecto de investigación del Plan nacional I+D+I: *Prospectiva sobre el ejercicio de la capacidad: la interrelación entre las reformas legales en materia de discapacidad y menores*. DER2016-75342-R (IP: María Victoria Mayor). 2016-8.

¹ Un tratamiento general en FRIMSTON, R., RUCK KEENE, A., VAN OVERDIJK, C. y ADRIAN WARD, A., *International Protection of Adults*, Oxford University Press, 2015.

² Es el caso de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), Sala 2.^a, de 16 de noviembre de 2016, caso *Wolfgang Schmidt c. Christiane Schmidt* (ECL:EU:C: 2016:881), que aborda una demanda de anulación de una donación de un bien inmueble situado en Austria hecha por un padre a su hija (residentes en Austria y Alemania, respectivamente). El padre fue sometido a tutela tras la donación y en la resolución judicial se apreciaba que padecía trastornos psiquiátricos con anterioridad a la donación. Es también el caso resuelto por la STS núm. 145/2018 (Sala de lo Civil, Sección 1.^a), de 15 de marzo (RJ 2018/1478) en la que unas hijas solicitan la nulidad del segundo matrimonio de su padre contraído en China con una súbdita de este país y a la cual nombra heredera en su testamento, alegando la modificación de la capacidad del padre por el Alzheimer que padecía dictada por un juz-

determinan la existencia del Derecho internacional privado son evidentes en este sector, como expondré brevemente a continuación.

2. El impacto sociológico de este tema en nuestro país es indudable. Si bien no existen estadísticas oficiales en España sobre el número de personas cuya capacidad ha sido modificada judicialmente, «se barajan datos de entre 250.000 y 400.000 personas sometidas a sentencias de incapacitación judicial»³, y entre ellos, cada vez es más destacable la presencia de extranjeros.

En efecto; en los últimos años ha crecido considerablemente el número de extranjeros que han llegado a España con motivo de su jubilación, al elegir nuestro país para pasar sus últimos años de vida, fenómeno al que se ha denominado la «gerontoinmigración»⁴. La incidencia en esta población de patologías y enfermedades asociadas a la edad, particularmente el Alzheimer, está originando que nuestros juzgados, servicios sociales, notarías y registros civiles se enfrenten, cada vez con más frecuencia, a problemas del Derecho internacional privado relativos a la protección internacional de adultos.

El número de extranjeros mayores que viven en España difiere según se tomen en cuenta los datos basados en los permisos de residencia o certificados de registro publicados en el portal de inmigración⁵, o los datos del padrón de habitantes publicados por el Instituto Nacional de Estadística (INE)⁶. Sin embargo, ambas fuentes confirman el evidente el aumento del número de extranjeros mayores residentes en España.

En menos de diez años, los mayores de sesenta y cinco años extranjeros residentes en España son más del doble:

	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
Total	2.204.687	2.376.108	2.526.829	2.622.052	2.691.177	2.773.707	2.873.554	2.977.850	3.124.590
Mayores de 65	153.372	164.722	181.500	206.035	227.024	249.616	270.618	292.904	320.292

A 1 de enero de 2018, 4.719.418 extranjeros estaban empadronados en España. De ellos, 317.869 eran mayores de sesenta y cinco años, de los cuales 244.615 eran europeos.

gado español cinco meses después de la celebración del matrimonio; o, finalmente, es el caso resuelto por la Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado (DGRN) núm. 4712/2018, de 23 de marzo (RJ 2018/1886), en la que el tutor de un súbdito alemán vende en su nombre una vivienda que este tiene en España.

³ Proposición no de Ley del Grupo socialista relativa a la confección de una estadística pública sobre procedimientos judiciales de incapacitación o de modificación de la capacidad de obrar (BOCG, CD. XII legislatura, 28 de febrero de 2017).

⁴ Término acuñado por el grupo de investigación de la profesora Echezarreta Ferrer que administra una web con importante información: <http://www.gerontomigracion.uma.es/>.

⁵ Los datos totales son de extranjeros con certificado de registro o de familiar o de tarjeta de residencia en vigor. Los cuadros son elaboración propia a partir de las estadísticas publicadas en el portal de inmigración (<http://extranjeros.empleo.gob.es/>).

⁶ <https://www.ine.es>.

Las nacionalidades más relevantes de esta población mayor extranjera que residen en España son europeas. En el siguiente cuadro se recogen las diez más numerosas en 2017 y en negrita se señalan, de entre esos países, cuales son los que han ratificado el Convenio de La Haya sobre protección internacional de adultos (HAPC en las siglas inglesas que voy a emplear) de 13 de enero de 2000, al que haré alusión en este trabajo.

R. Unido	Alemania	Italia	Francia	Rumania	Países Bajos	Portugal	Bélgica	Bulgaria	Noruega
112.686	36.574	21.731	20.821	18.795	13.192	10.261	9.959	7.693	6.523

Tal como puede apreciarse, la población mayor británica es la más numerosa en nuestro país. Según el INE, a 1 de enero de 2018, el número de británicos residentes en España mayores de sesenta y cinco años era de 88.507, si bien «extraoficialmente» se calcula que hay más de medio millón de británicos residentes en España cuya media de edad es de cincuenta y siete años y medio; los efectos del Brexit en esta población ya están comenzando a apreciarse⁷.

La gerontoinmigración presenta una concentración territorial en ciertas provincias o CCAA. Según los datos de extranjería, en 2017 las más relevantes fueron Alicante (76.904), Canarias (41.554), Málaga (41.077), Madrid (23.293) y Baleares (18.765). Esto supone que los operadores jurídicos de estos territorios se enfrentan con más frecuencia a los problemas derivados de la modificación de la capacidad y protección de ciudadanos extranjeros.

Por otra parte, también ha aumentado en España la presencia de inmigrantes económicos, refugiados y desplazados, incluidos en los datos de extranjeros residentes, y esta población, aunque joven, puede verse afectada también por alguna medida necesaria de protección. Así, por una parte, la psicología ha identificado que, en algunos casos, los desplazados internacionales presentan problemas de salud mental asociados al estrés post-traumático que han vivido, tanto si son adultos como menores⁸; por otra, en los

⁷ Ha habido estudios relevantes sobre los efectos del Brexit en relación a esta población británica que ponen de relieve no solo los problemas derivados del nuevo estatuto de extranjería, sino también del cobro de pensiones, atención sanitaria, etc. En particular, los de ECHEZARRETA FERRER, M. T., «Incidencia del Brexit en la movilidad transfronteriza de jubilados británicos: algunas coincidencias con las relaciones hispano-gibraltareñas», en MARTÍN MARTÍNEZ, M. M. y MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., (coords.), *El Brexit y Gibraltar: un reto con oportunidades conjuntas*, Madrid, Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, 2017, pp. 239-260; DURÁN MUÑOZ, R., «España como lugar de retiro en tiempos del Brexit», *REDI*, vol. 70, 2018, núm. 2, pp. 231-238.

⁸ ACHOTEGUI, J., «Emigrar en situación extrema: el Síndrome del inmigrante con estrés crónico y múltiple (Síndrome de Ulises)», *Norte de salud mental*, 2004, núm. 21, pp. 39-52; JURADO, D., ALARCÓN, R., MARTÍNEZ-ORTEGA, J. M., MENDIETA-MARICHAL, Y., GUTIÉRREZ-ROJAS, L. y GURPEGUI, M., «Factors associated with psychological distress or common mental disorders in migrant populations across the world», *Revista de Psiquiatría y Salud Mental (English Edition)*, vol. 10, 2017, núm. 1, pp. 45-58; SALABERRIA ITZIAR, K. y DEL VALLE SÁNCHEZ DE HARO, A., «Estrés migratorio y salud mental», *Psicología Conductual*, vol. 25, 2017, núm. 2, pp. 419-432; CRESPO, M., STEFFANY CASTRO, C. y GÓMEZ GUTIÉRREZ, M.,

casos de reagrupación familiar; los reagrupantes suelen priorizar a sus familiares con algún tipo de discapacidad ya que en nuestro país existen mayores recursos y nivel de atención a estas personas que en sus países de origen. Finalmente, también se han dado casos de inmigrantes que han sufrido un accidente de circulación o laboral a resultas del cual han quedado afectados de una severa discapacidad. Es por ello que también a este sector de población le puede afectar una medida judicial de modificación de la capacidad y nombramiento de tutor u otra figura de protección.

3. Junto a esta realidad sociológica cada vez más «internacionalizada», los modelos de protección de la persona adulta no son homogéneos en Derecho comparado, tanto en lo relativo a la existencia de procedimientos de modificación de la capacidad y a la naturaleza contenciosa o voluntaria de los mismos, como en lo relativo a la inscripción registral de las decisiones judiciales que afectan a la capacidad.

Tal y como se señalaba en uno de los estudios más completos publicados en España en la materia al que sigo en este punto, existen tres modelos básicos en Derecho comparado y, por tanto, una diversidad jurídica que reclama una respuesta del Derecho internacional privado en la materia⁹.

En el *modelo tradicional*, al que cabe adscribir el actual Derecho español¹⁰, algunos sistemas jurídicos europeos y gran parte de los iberoamericanos¹¹, la protección de las personas «incapaces» supone la restricción total o parcial de su capacidad de obrar, normalmente acompañada del nombramiento judicial de un tutor representante legal o en su caso de un curador, nombramiento que deberá determinar los actos para los que resulte preceptiva su intervención o autorización.

Un segundo grupo de sistemas jurídicos, encuadrados bajo el denominado *modelo tradicional funcionalmente modificado*, se caracterizan por contemplar una variedad de medidas protectoras que permiten una respuesta más flexible en función de la necesidad del adulto, respondiendo a los principios de proporcionalidad y necesidad. Se concede especial trascendencia a la protección y a la asistencia equiparando la protección personal a la patrimonial¹².

«Menores refugiados. Psicopatología y factores relacionados», *Revista de Victimología*, 2017, núm. 6, pp. 9-32.

⁹ CARO GANDARA, R., «La protección de los adultos discapaces en Derecho comparado. Sistemas más representativos», en ECHEZARRETA FERRER, M., *El lugar europeo de retiro. Indicadores de excelencia para administrar la gerontoinmigración de ciudadanos de la Unión Europea en municipios españoles*, Granada, Comares, 2005, pp. 303 y ss.

¹⁰ Un estudio, entre otros, sobre el sistema español es el de GONZÁLEZ POVEDA, P. y PICÓN MARTÍN, M. (dirs.), *Los discapacitados y su protección jurídica*, Madrid, Estudios de Derecho Judicial, 2000.

¹¹ En la página web de la CIEC se recogen las líneas generales de algunos sistemas jurídicos que básicamente responden a este modelo: Grecia, Luxemburgo, Polonia y Hungría, entre otros, <http://www.ciec1.org>.

¹² Es el modelo adoptado en Francia tras la Ley de 5 de marzo de 2007 que introduce novedades como el «mandato de protección futura», los «mandatarios judiciales de protección de mayores», la «medida de acompañamiento social personalizado» y la «medida de acompañamiento judicial». Es también el modelo suizo. En este país la función tutelar corresponde al Estado a través de las autori-

Finalmente, el *modelo progresivo* es en el que se enmarcan los sistemas jurídicos británico y alemán, las dos nacionalidades de gerontoinmigrantes más numerosas en España¹³. Se simplifican los instrumentos de protección que se reducen a un único mecanismo suficientemente flexible para adaptarlo a las necesidades de cada caso, mecanismo que puede ser de competencia administrativa o judicial y cuya adopción no requiere necesariamente la previa declaración de incapacidad¹⁴.

Al margen de estos tres modelos civiles, existen también diferencias en el tratamiento registral. En determinados países la adopción de medidas de protección no tiene publicidad registral; en otros, la publicidad se lleva a cabo según la medida de protección adoptada en diversos registros y a través de distintos sistemas; y en fin, en otros, la publicidad consta básicamente en el Registro civil¹⁵.

4. El tradicional marco legal español en materia de modificación de capacidad está sometido a un proceso de reforma necesario debido a la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de las previsiones de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (CNUDDP) y ratificada en 2008 por España¹⁶. La reforma del Derecho español¹⁷, en línea con las de otros sistemas jurídicos de nuestro entorno, recogerá principios tales como la diversificación y flexibilización de las medidas de protección adaptándolas en función de la proporcionalidad y la subsidiariedad a la situación real del protegido, la creciente importancia de la autonomía de voluntad del sujeto y la progresiva administrativización en el modelo de protección¹⁸. La perspec-

dades de tutela, si bien los cantones pueden instituir, además, otras autoridades de carácter consultivo y ciertos órganos auxiliares.

¹³ CARO GÁNDARA, R., «La protección de las personas mayores incapaces en Alemania y Reino Unido», en PÉREZ GARCÍA, J. M. (coord.), *La protección de las personas mayores apoyo familiar y prestaciones sociales: ponencias y comunicaciones del Congreso Internacional «La Protección de las personas mayores»*, Córdoba, 2009.

¹⁴ En Inglaterra y Gales, la *Mental Capacity Act* de 2005 en vigor desde 2007, se basa en los principios del respeto a la autonomía de la voluntad (a través en este caso de un apoderamiento preventivo —*lasting power of attorney*— y las voluntades anticipadas —*advanced decisions*—), y crea la figura de un «representante jurídico» profesional para los casos en los que no exista familiar o amigo que pueda cumplir esta función y una nueva jurisdicción especializada en la materia. En Alemania, por Ley de 1 de enero de 1992 se modificaron los arts. 896 a 908 del EGBGB que suprimieron la incapacidad, sustituyéndola por el *Betreuungsgesetz*: los tribunales del domicilio del sujeto con una discapacidad pueden nombrar un *Betreuer* cuando no exista otra forma de cuidar o asistir al protegido para que realice aquellos negocios jurídicos que el protegido no puede realizar por sí mismo, sin que eso signifique que este pierda capacidad de obrar. Sin embargo, el Tribunal puede limitar la capacidad del asistido en algunos casos, estableciendo el consentimiento previo del asistente en caso necesario.

¹⁵ En la página *web* de la Comisión Internacional de Estado Civil (CIEC) se ponen de relieve algunas de ellas, en relación a los países miembros de esta organización, <http://www.ciec1.org/GuidePratique/index.htm>.

¹⁶ BOE núm. 96, de 21 de abril de 2008.

¹⁷ Anteproyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad aprobado en primera vuelta por Consejo de Ministros el 21 de septiembre de 2018.

¹⁸ MUÑOZ FERNÁNDEZ, A., «Intervención pública y autonomía de la voluntad en la protección internacional de los incapaces», *Persona y Derecho*, 2015, núm. 72, pp. 287-300.

tiva de los derechos fundamentales de los mayores vulnerables es, además, imprescindible¹⁹, y en ella debe advertirse la distinción entre las medidas *ex ante*, cada vez más frecuentes y que refuerzan precisamente la autonomía del sujeto para decidir su modelo de protección antes de que se produzca el menoscabo en sus capacidades, y las medidas *ex post* adoptadas por autoridades administrativas o judiciales una vez que el problema de salud se ha presentado²⁰.

5. También las normas de Derecho internacional privado español debían modificarse por diversos problemas prácticos que generaba su aplicación²¹. Algunas de estas carencias han sido objeto de reformas legales en 2015²².

En primer lugar, las normas que determinan la competencia judicial internacional de nuestros tribunales fueron modificadas por Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modificó la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ)²³.

En segundo lugar, el art. 9.6 del Código Civil (CC) que regula el Derecho aplicable a estas medidas de protección fue modificado por Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia²⁴.

En tercer lugar, el sistema de reconocimiento extraterritorial de estas medidas de protección ha sido regulado *ex novo* por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (LJV)²⁵, y en relación a los efectos registrales en la Ley de Registro civil (LRC)²⁶.

Finalmente, la Ley 29/2015, de Cooperación Judicial Internacional en Materia Civil (LCJIMC) contiene, por vez primera, normas de cooperación internacional de autoridades españolas con sus homólogos de otros países²⁷.

6. En este trabajo analizaré este nuevo marco jurídico y su aplicación jurisprudencial²⁸. No obstante, a pesar de estas modificaciones, ciertamente

¹⁹ MARTÍNEZ QUES, A., «La protección jurídica de las personas mayores desde la perspectiva de los derechos humanos», *Revista de Derecho UNED*, 2015, núm. 17, pp. 1067-1102.

²⁰ CURRY-SUMNER, I., «Vulnerable Adults in Europe. European added value of an EU legal instrument on the protection of vulnerable adults», en SALM, C. (author), y BERGERON, J. (Rapporteur), *Protection of Vulnerable Adults. European Added Value Assessment Accompanying the European Parliament's Legislative Initiative Report*, European Parliament, 2016, p. 52.

²¹ Analizados entre otros en ADROHER BIOSCA, S., «La protección de los mayores vulnerables: una cuestión pendiente», en LLAMAS POMBO, E. (coord.), *Nuevos conflictos del Derecho de familia*, Madrid, La Ley, 2009, pp. 719-757.

²² VAQUERO LÓPEZ, C., «Nuevas normas de Derecho internacional privado estatal en materia de protección de adultos y de menores», *AEDIPr*, vol. XVI, 2016, pp. 397 y ss.

²³ BOE núm. 174, de 22 de julio de 2015.

²⁴ BOE núm. 180, de 29 de julio de 2015.

²⁵ BOE núm. 158, de 3 de julio de 2015.

²⁶ Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (BOE núm. 175, de 22 de julio de 2011) cuya entrada en vigor se ha retrasado al 30 de junio de 2020.

²⁷ BOE núm. 182, de 31 de julio de 2015.

²⁸ Agradezco a los magistrados Dolors Viñas Farré de la AP de Barcelona, M.^a Dolores Ruiz Ramos del Juzgado núm. 95 de Madrid y José Miguel Bort Ruiz de la AP de Guadalajara, las resoluciones judiciales inéditas que me han facilitado y que se citan a lo largo del estudio. En varios casos se transcribe su contenido, bien por su importancia, o bien por su carácter inédito.

positivas, es altamente conveniente que España firme y ratifique el HAPC. Su incorporación al Derecho español supondría un marco legal homogéneo y *erga omnes* tanto respecto de las normas de competencia judicial internacional (con excepciones) como respecto de las de Derecho aplicable. Por otra parte, facilitaría el reconocimiento extraterritorial de decisiones así como la cooperación de autoridades respecto de los otros Estados parte, que son precisamente los países de origen de la gerontoinmigración presente en España²⁹.

La conveniencia jurídica y política de que esa firma y ratificación coincidiera con la reforma del Derecho sustantivo español en la materia es evidente. Este Convenio regula de forma completa las cuatro grandes cuestiones a las que acabo de aludir y determina su objeto con gran amplitud abarcando no solamente las instituciones tradicionales sino también las de «asistencia»; su aplicación, además, no depende de una incapacitación previa³⁰.

Junto a este Convenio y en estrecha conexión con este tema, se ha señalado la necesidad de ratificación por España del Convenio de La Haya sobre ley aplicable al *trust* y a su reconocimiento de 1985³¹, texto plenamente compatible y complementario al anterior, toda vez que una de las modalidades de los denominados *familiar trust*, son *trust for the disabled* de aplicación particular en estos casos³².

7. A pesar de la indudable influencia de estas situaciones en el ámbito de la Unión Europea (UE) en la medida en que afectan al derecho a la libre circulación de muchos ciudadanos europeos y al adecuado funcionamiento del mercado interior, llama la atención que no haya instrumentos jurídicos que directamente regulen esta cuestión, aunque algunos reglamentos UE afecten a materias conexas³³. En diversos trabajos se ha reclamado a la UE que se

²⁹ Han ratificado el Convenio los siguientes países: Alemania, Austria, Chipre, Estonia, Finlandia, Francia, Letonia, Mónaco, Portugal, Reino Unido, República Checa y Suiza.

³⁰ Algunos recientes estudios sobre el Convenio son los siguientes: ANDERSON, J. y RUCK KEENE, A., «The 2000 Hague Convention on the International Protection of Adults: five years on», *International Family Law*, vol. 2, 2014, pp. 91-95; entre nosotros, ÁLVAREZ TORNÉ, M., «Current Issues in the protection of adults from the perspective of private international law», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2016, núm. 32.

³¹ IRIARTE ÁNGEL, J. L., «La protección de adultos en derecho internacional privado», en BORRÁS RODRÍGUEZ, A. (ed. lit.), GARRIGA SUAU, G. (ed. lit.), *Adaptación de la legislación interna a la normativa de la Unión Europea en materia de cooperación civil: homenaje al prof. Dr. Ramón Viñas Farré*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 203-218.

³² Un reciente y documentado estudio sobre este tipo de *trust* en el que se pone de manifiesto, entre otras cuestiones, su aplicación en Italia a raíz de la ratificación por este país de tradición jurídica cercana a la española del Convenio de La Haya de 1985, es el de MARTÍN SANTIESTEBAN, S., «El patrimonio de destino de la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad: Un acercamiento al *trust*?», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2004, núm. 612, pp. 1-6. La ratificación de este Convenio por España permitiría, además, dar respuesta adecuada a otros tipos de *trust* cuyos efectos o validez están llegando ya a los tribunales españoles, como es el caso del reciente ATS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) de 28 de febrero de 2018 (RJ 2018/1040).

³³ CURRY-SUMNER, I., *op. cit.*, nota 20, recuerda diversos Reglamentos que pueden incidir en aspectos relacionados con la actuación de una persona sujeta a protección. De todos ellos, el de sucesiones es el que presenta mayor conexión por la materia. A este respecto puede verse el reciente y documen-

sirva de su competencia externa para requerir a los Estados miembros que se conviertan en Estados parte del HAPC «en interés de la UE», y en el Parlamento Europeo se ha presentado el 3 de abril de 2017 el Informe sobre la protección de los adultos vulnerables ya citado en el que se solicitó a la Comisión que presentase al Parlamento Europeo y al Consejo, antes del 31 de marzo de 2018, una propuesta de Reglamento en la materia:

«Based on Article 81 TFEU (81(1), 81(2)(a), (c), (d) (e), (f)), the EU could adopt legislative measures to address the problems faced by vulnerable adults in cross-border situations and supplement the framework provided by the Hague Adult Protection Convention, which does not allow all cases of protection to be dealt with in the best interest of the adult concerned»³⁴.

8. En los siguientes epígrafes analizaré la respuesta de nuestro sistema estatal vigente tanto en los casos en los cuales la medida de protección es adoptada en España en las que debe determinarse la competencia judicial internacional de nuestras autoridades (2) y el Derecho aplicable por las mismas (3) como los casos en los que la medida se ha adoptado en el extranjero y se pretende su reconocimiento en España (4). Finalmente abordo algunas cuestiones relativas a la cooperación internacional de autoridades (5). Como podrá advertirse, el trabajo abunda en los aspectos de Derecho aplicable, lo cual se justifica en que este ha sido el ámbito que más cuestiones ha suscitado en la práctica, como confirma la jurisprudencia y doctrina registral analizada y como me han puesto de relieve los magistrados que he consultado en este trabajo y en el anterior³⁵.

Al hilo de la exposición de la regulación española, iré analizando las soluciones aportadas por el HAPC de deseable ratificación tanto por nuestro país como por otros de la Unión Europea, tal y como ha reclamado hace ya diez años el Parlamento Europeo que apunta, entre otros países «pendientes» a España³⁶.

2. COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

9. Antes de analizar los criterios competenciales de nuestras autoridades judiciales para la adopción de una medida judicial de modificación de la capacidad, de constitución de una tutela, o en general de protección, conviene

tado trabajo sobre el mismo en el que se analiza su aplicación en España de REQUEJO ISIDRO, M., «El tiempo en el Reglamento 650/2012: Ilustraciones de la práctica española», *REDI*, vol. 70, 2018, núm. 2, pp. 127-154.

³⁴ La recomendación es del Parlamento y se publica en SALM, C., *op. cit.*, nota 20, p. 17. Diversos autores analizan este movimiento hacia la «comunitarización» de este sector del Derecho privado: FRANZINA, P., «La protección internacional de adultos vulnerables: un llamamiento a la acción a nivel de la Unión Europea», *AEDIP*, vol. XVI, 2016, pp. 127-145; PEREÑA VICENTE, M., «La libre circulación de las personas protegidas en Europa: la voluntad de la persona en la determinación de la ley aplicable a su protección», *RCDI*, 2018, núm. 767, año 94, pp. 1287-1325.

³⁵ ADROHER BIOSCA, S., *op. cit.*, nota 21.

³⁶ Resolución del Parlamento Europeo, de 18 de diciembre de 2008, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la protección jurídica de los adultos: implicaciones transfronterizas [2008/2123(INI)].

recordar que existen otras medidas de protección que no revisten carácter judicial. Se trata, fundamentalmente, de los acogimientos familiares de personas mayores regulados en algunas normas autonómicas españolas³⁷. Se trata de una medida de protección del ámbito de los servicios sociales de atención especializada que naturalmente puede alcanzar también a los mayores extranjeros que viven en nuestro país³⁸.

10. Abordando la cuestión central de la competencia judicial internacional de los tribunales españoles en la materia, debe advertirse previamente de la naturaleza jurídica de los procesos de modificación de la capacidad y nombramiento de tutor, como procesos de jurisdicción voluntaria (tal y como se recoge en los arts. 43 a 55 de la Ley 15/2015), si bien, si se suscita oposición, el expediente se hará contencioso (art. 49). Por ello difícilmente serían operativos en estos casos los foros de competencia judicial internacional previstos en la LOPJ calificados doctrinalmente como «generales» al no existir ni partes ni demandado³⁹, siendo únicamente relevantes el foro especial general, y el cautelar.

11. Las normas que recogen estos foros han sido modificadas en la reforma de la LOPJ operada por la Ley 16/2015 si bien se trata de una mera modificación terminológica; el foro competencial especial general se recoge en el art. 22 quater⁴⁰. La única Resolución judicial analizada que aplica este precepto es el Auto del JPI núm. 13 de Valencia de 10 de noviembre de 2014, que resuelve sobre una demanda de incapacitación de una española residente en Bélgica, presentada por su hijo y concluye con la incompetencia judicial internacional de la jurisdicción española⁴¹.

³⁷ Ley catalana 11/2001, de 13 de julio, de acogida familiar para personas mayores (*DOGC*, 24 de julio de 2001); Ley foral navarra 34/2002, de 10 de diciembre, de acogimiento familiar de personas mayores (*BON*, 13 de diciembre de 2002); Decreto 38/1999, de 8 de julio, por el que se regula el programa de acogimiento familiar para personas mayores del Principado de Asturias (*BOPA*, 2 de agosto de 1999); Decreto gallego 184/2000, de 29 de junio, por el que se modifica el Decreto 225/1994, de 7 de julio, de programa de acogimiento familiar para personas mayores y minusválidos (*DOG*, 13 de julio de 2000). Puede verse un estudio crítico de esta normativa en CARBAJO GONZÁLEZ, J., «Consideraciones críticas en torno al acogimiento de mayores en España», en CUENA CASAS, M., ANGUIA VILLAN, E. y ORTEGA DOMENECH, J. (coords.), *Estudios de Derecho civil en homenaje al profesor Joaquín José Rams Albesa*, Madrid, Dykinson, 2013.

³⁸ DURÁN AYAGO, M. A., «Nuevos escenarios en la protección internacional de los adultos», en ALONSO PÉREZ, M., MARTÍNEZ GALLEGO, E. y REGUERO CELADA, J., *Protección jurídica de los mayores*, Madrid, La Ley, 2004, p. 469. Más recientemente, CALDERÓN CORREDOR, Z., «El acogimiento familiar de adultos con discapacidad: la experiencia canadiense, Marco jurídico comparado e incentivos fiscales», *RCDI*, 2018, núm. 768, año 94, pp. 2061-2081.

³⁹ Si bien legalmente el demandado es la persona vulnerable (véase art. 758 LEC), esta criticable e incoherente previsión legal será muy probablemente susceptible de reforma.

⁴⁰ Antes el supuesto de hecho se definía de la manera siguiente: «Incapacitación y de medidas de protección de la persona o de los bienes de los menores o incapacitados». Ahora se refiere a esta materia de la manera siguiente: «La capacidad de las personas, y las medidas de protección de las personas mayores de edad y sus bienes».

⁴¹ Amablemente facilitado por el magistrado juez que lo dictó, D. José Miguel Bort Ruiz. En el Auto se señala: «Siendo así que la demandada presunta incapaz tiene su residencia habitual en Bélgica [...], no es posible entonces otra cosa, por razón de incompetencia de los tribunales españoles, que la inadmisión a trámite de la demanda de incapacitación que ha dado origen al presente procedimiento, y ello tanto por imperativo de lo dispuesto en los números 2.º y 3.º del art. 22 de la Ley Orgánica del

Junto a este foro especial general, el foro especial «cautelar» está regulado en el art. 22 sexties. En los casos de protección de adultos, la calificación del concepto jurídico utilizado de «medidas provisionales y de aseguramiento» podría referirse a medidas tales como el internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico o el nombramiento de defensor judicial, entre otras⁴². En relación al internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico pueden darse supuestos de falta de correspondencia entre el foro de competencia judicial internacional y el de competencia territorial. Los tribunales españoles son competentes por el mero hecho de que la persona se *halle* en territorio español, y, sin embargo, el art. 763 de la LEC señala la competencia territorial del tribunal del lugar donde resida la persona afectada por el internamiento. ¿Qué sucede si la persona todavía no reside en España y sin embargo debe adoptarse tal medida de protección en nuestro país? Claramente en estos casos deberá considerarse juez territorialmente competente el del lugar donde se halle dicha persona (aunque todavía no tenga allí su residencia) para no vulnerar el derecho a su tutela judicial efectiva.

12. Finalmente, la nueva regulación del foro de necesidad prevista en el art. 22 octies de la LOPJ justifica la competencia judicial internacional de las autoridades españolas en el caso de un extranjero que se encuentre en España en situación de vulnerabilidad y no sean aplicables los foros anteriormente analizados⁴³, si bien con los límites previstos en esta nueva regulación (la exigencia de que el resto de tribunales conectados «haya declinado su competencia») que minimizan su operatividad.

13. En contraste con la regulación española, el HAPC prevé un foro general en la materia (autoridades de la *residencia habitual* del adulto y en caso de cambio de residencia, las autoridades del Estado de la *nueva residencia habitual ex art. 5*), y diversos foros alternativos y especiales⁴⁴. Esta regulación es

Poder Judicial [...] como por aplicación de lo previsto en el art. 759.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que exige con carácter esencial en todos los procedimientos de incapacitación que el tribunal examine por sí mismo al presunto incapaz, lo que, desde luego, no será nunca posible si este reside fuera de España».

⁴² Cuestión esta con importantes repercusiones en orden a los derechos fundamentales que están en juego y que han sido abordadas por la *Circular 2/2017, de la Fiscalía General del Estado sobre el ingreso no voluntario urgente por razón de trastorno psíquico en centros residenciales para personas mayores* que, sin embargo, no aborda las cuestiones derivadas de la extranjería de la persona mayor.

⁴³ ECHEZARRETA FERRER, M. T., «Gestión de la diversidad y de la pluriconexión jurídica. Respuesta del Derecho internacional privado español a la protección de los Gic en situación de vulnerabilidad», en ECHEZARRETA FERRER, M. T. (dir.), *El lugar europeo de retiro. Indicadores de excelencia para administrar la geronto inmigración de ciudadanos de la Unión Europea en municipios españoles*, Granada, Comares, 2004, p. 364.

⁴⁴ Autoridades del lugar en el que se *encuentre* la persona (en caso de refugiados, desplazados y personas con residencia habitual indeterminada *ex art. 6*); autoridades de su *nacionalidad* si consideran que están en mejores condiciones para valorar el interés del adulto, y después de comunicarlo a las autoridades competentes anteriores, salvo que estas hayan tomado ya medidas de protección o hayan decidido que no deben tomarse (*ex art. 7*); y autoridades de su *nacionalidad*, de su *anterior residencia habitual*, del *lugar donde se encuentran sus bienes*, del *lugar a cuya protección se ha sometido por escrito el adulto*, del *lugar de la residencia habitual de la persona más allegada* dispuesta a encargarse de él o del lugar en que se encuentre, si las autoridades de los arts. 5 o 6, consideran que en interés del adulto es

mucho más flexible que la española, incorpora, para algunos, un *forum non conveniens* en el art. 8⁴⁵ y se completa con un catálogo de normas especiales en los arts. 9-12. Sin embargo, se ha advertido la carencia de que no incorpora un foro electivo para el supuesto de las medidas *ex ante*, permitiendo al adulto extender su autonomía de voluntad también al ámbito jurisdiccional⁴⁶. Por tanto, si España ratificara el HAPC, algunos de los problemas puestos de relieve en relación a la regulación vigente, tendrían una regulación más adecuada.

3. DERECHO APLICABLE

3.1. Medidas *ex ante*

14. En relación al Derecho aplicable, la primera cuestión a abordar es la relativa a las medidas *ex ante*, que cada vez van cobrando más relevancia en Derecho comparado como expresión de la autonomía de la voluntad; el propio ordenamiento jurídico español prevé la autotutela (arts. 223, 234 y 239 del CC) y las instrucciones previas (art. 11 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente).

Un reciente trabajo analiza la ley aplicable a estas medidas *ex ante*⁴⁷, y habida cuenta de la inexistencia de una norma de conflicto específica en la materia, especula sobre la calificación de los poderes o mandatos de representación otorgados en el extranjero (denominados como *mandat d'incapacité*, *springing power of attorney*, entre otros), bien como representación legal, bien como voluntaria o bien como medida de protección acordada en otro Estado. En los dos primeros casos las normas de conflicto aplicables serían las previstas en el art. 10.11 del CC, en el tercero, el art. 9.6.2 del CC. A mi juicio esta última solución que introdujo el legislador español en 2015 prevé, precisamente el *reconocimiento en España de las medidas de protección acordadas en otros Estados* es la más consistente. Como señalaré en el siguiente epígrafe, debe realizarse una interpretación amplia del concepto «protección de adultos» incluyendo en él también las medidas de «autoprotección». Nuestro

más adecuada que las autoridades señaladas adopten todas o determinadas medidas de protección, así se lo requieran y ellas lo acepten (*ex art. 8*).

⁴⁵ GONZÁLEZ BEILFUSS, C., «La protección de adultos en Derecho internacional privado», en CALVO CARAVACA, A. L. e IRIARTE ÁNGEL, J. L., *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid, Colex, 2000, p. 96, lo cual se justifica en la posibilidad de cooperación entre autoridades de Estados contratantes. Para otros autores (VICENTE BLANCO, D. F. J., «La protección de los adultos en el derecho internacional privado codificado por la Conferencia de La Haya: el Convenio de 13 de enero de 2000 y sus soluciones», *Oñati socio-legal series*, vol. 1, 2011, núm. 8, pp. 9-10), sin embargo, no cabe calificar este mecanismo convencional como *forum non conveniens*, entre otras razones porque hay un *numerus clausus* de autoridades susceptibles de ser consideradas «mejor competentes» para inhibirse a favor de la autoridad previamente considerada competente por el Convenio y el juez no debe apreciar criterios de «conveniencia», sino si tal atribución de competencia redundaría «en interés del adulto».

⁴⁶ CURRY-SUMNER, I., *op. cit.*, nota 20, p. 63.

⁴⁷ PEREÑA VICENTE, M., *op. cit.*, nota 34, p. 1317.

legislador se ha inspirado en el propio HAPC que precisamente excepciona en este caso la aplicación de la ley de la residencia habitual. Otra cosa será el reconocimiento judicial o notarial de estos poderes o los efectos registrales de los mismos a los que aludiré en el epígrafe relativo al reconocimiento.

En todo caso, en relación a estas medidas, tendría un positivo efecto para España la ratificación del HAPC⁴⁸. Sus arts. 15 y 16 regulan la ley aplicable al «mandato de protección», «de incapacidad» o «en previsión de incapacidad» del adulto. Si bien establecen como ley aplicable a la existencia, alcance, modificación y extinción de estos poderes la de la residencia habitual en el momento de otorgarlos, se establece la salvedad de que el adulto hubiera elegido expresamente como aplicable otra ley de entre un conjunto de leyes enumeradas: la de su nacionalidad, la de su anterior residencia habitual o la de un Estado en cuyo territorio se encuentren bienes de su propiedad. Además, prevé que las modalidades de ejercicio de tales poderes de representación se rijan por la ley del Estado en el que se ejerciten.

3.2. Medidas *ex post*

15. En relación a las medidas *ex post*, y una vez determinada la competencia judicial internacional de las autoridades españolas para modificar la capacidad de la persona y en su caso para adoptar una determinada medida de protección, analizaré el Derecho aplicable, tanto a la modificación de la capacidad como a las medidas de protección.

16. La protección *ex post* se determina en el art. 9.6 del CC, modificado por Ley 26/2015. Son dos las grandes novedades que presenta este artículo: la modificación del supuesto de hecho y el cambio del punto de conexión.

La primera es el cambio sustancial en la redacción del supuesto de hecho que ha pasado de ser la «tutela y demás instituciones de protección del incapaz» a la «protección de las personas mayores de edad». Se trata de un supuesto de hecho más abierto y amplio que el anterior y que evita los problemas de calificación que el anterior generaba⁴⁹.

En primer lugar, antes solo se contemplaba la protección de aquellos mayores que fueran «incapaces» y, como he señalado, en Derecho comparado cada vez son más frecuentes las medidas de protección administrativas y es más excepcional la modificación de la capacidad o la incapacitación.

En segundo lugar, el supuesto de hecho anterior solo se refería a las medidas de protección, destacando a la tutela entre ellas, y sin embargo se había considerado que la modificación de la capacidad o incapacitación no estaba expresamente recogida en el supuesto. La nueva redacción integra ambos

⁴⁸ CURRY-SUMNER, I., *op. cit.*, nota 20, p. 64.

⁴⁹ CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA RODRÍGUEZ, J., *Derecho internacional privado*, vol. II, Granada, Comares, 2016, p. 73.

aspectos ya que, tanto la modificación de la capacidad como la adopción de una medida de protección, se engloban dentro del concepto «protección de personas mayores de edad», siguiendo en este punto el concepto amplio del término utilizado por el art. 3 del HAPC al que me refería en el epígrafe anterior en relación a las medidas *ex ante*. Carece de sentido considerar que la ley que regula la modificación de la capacidad sigue siendo la nacional en virtud del art. 9.1 del CC y sin embargo, la de la residencia habitual regula las medidas concretas de protección en aplicación del nuevo art. 9.6 CC⁵⁰; esta dualidad generaría numerosos problemas de armonización y adaptación⁵¹ y no está alineada con las tendencias modernas en materia de protección de menores y mayores que buscan una identificación *fórum* y *ius*, basados, además en el principio de proximidad que representa el foro (y la ley) de la residencia habitual⁵². La intención del legislador de 2015 fue claramente la de unificar ambas cuestiones en torno a la residencia habitual⁵³.

17. El Anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad de 2018 vuelve a modificar el art. 9.6 únicamente en lo que al supuesto de hecho la norma se refiere, sustituyendo

⁵⁰ No se ha entendido así por parte de algunos jueces que con la nueva redacción vigente han considerado que la modificación de la capacidad se rige por la ley nacional (en virtud de que el art. 9.1 señala la aplicación de esta ley a la capacidad), mientras que la tutela o curatela se rigen por la ley de la residencia habitual en virtud del art. 9.6. Así se advierte en la Sentencia del Juzgado núm. 95 de Madrid de fecha 29 de junio del 2018, dictada en un procedimiento de modificación de la capacidad de obrar (sentencia amablemente facilitada por la magistrada M.^ª Dolores Ruiz). Se promueve a instancia de un hijo, respecto de su madre de noventa años con deterioro cognitivo avanzado la cual ostenta la nacionalidad francesa, si bien lleva más de sesenta años viviendo en Madrid. Otros dos hijos se han opuesto a la designación de tutor del demandante. En el FD 4 se señala: «El art. 9.1 del Código Civil establece que la ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Dicha ley regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia la sucesión por causa de muerte. Y en el apartado 6 “la ley aplicable a la protección de las personas mayores de edad se determinará por la ley de su residencia habitual. En el caso de cambio de la residencia a otro Estado, se aplicará la ley de la nueva residencia habitual, sin perjuicio del reconocimiento en España de las medidas de protección acordadas en otros Estados. Será de aplicación, sin embargo, la ley española para la adopción de medidas provisionales o urgentes de protección”.

En este caso Doña [...] es de nacionalidad francesa. Se ha indicado en la demanda la normativa aplicable del Código civil francés, en aplicación del art. 281 de la LEC. La normativa se aporta en francés, traducidas al castellano sin el visado de un intérprete, en la vista de juicio. El articulado que cita en la demanda no se corresponde con el articulado aportado en la vista. Siendo en todo caso un tema que no se ha visto cuestionado. Que las normas de protección como en este caso es la tutela y demás medidas, según nuestro código civil viene determinado por las normas del lugar de residencia, que en este caso es Madrid. Y asimismo partiendo de la normativa francesa aportada, aplicable para determinar en qué condiciones según la legislación francesa puede ser modificada la capacidad de obrar y las figuras de protección, no hay diferencias esenciales entre tal legislación y la española.

Esta posición judicial puede explicarse porque algún autor sigue considerando que la ley aplicable a la modificación de la capacidad o incapacitación esta prevista en el art. 9.1 CC, si bien las “medidas” de protección están reguladas en el art. 9.6» (CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA RODRÍGUEZ, J., nota 49, *op. cit.*, p. 72).

⁵¹ MUÑOZ FERNÁNDEZ, A., *La protección del adulto en el Derecho Internacional Privado*, Navarra, Thomson Aranzadi, 2009, ya lo puso de relieve años antes de la reforma de 2015.

⁵² BORRÁS RODRÍGUEZ, A., «La protección internacional del niño y del adulto como expresión de la materialización del Derecho Internacional Privado: similitudes y contrastes», *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*, vol. 2, Madrid, Editer, 2005, pp. 1287-1308.

⁵³ Exposición de Motivos de la Ley 26/2015.

«la protección de personas mayores de edad» por «las medidas de apoyo para personas con discapacidad», reiterando la sustitución del término protección por el de apoyo en el segundo y tercer párrafo. Probablemente la modificación aparentemente terminológica, responda al espíritu de la reforma civil basada, precisamente, en las medidas de apoyo como mecanismo jurídico fundamental en estos casos. Además, la nueva redacción incluiría no solo a los adultos sino también a los menores necesitados de una medida de apoyo.

Sin embargo, dado que existen sistemas jurídicos en el mundo que se adscriben al modelo tradicional (como es el español vigente) que se basa en la modificación de la capacidad primero y la adopción de una medida de *protección* después, y dada la pervivencia del art. 9.1 del CC que determina la ley aplicable a la capacidad, esta reforma podría generar un efecto seguramente no deseado; los jueces españoles deberían aplicar en algunos casos y respecto de extranjeros procedentes de determinados países, su ley nacional para modificar su capacidad y la española para adoptar la medida de apoyo.

Considero conveniente mantener la redacción actual del supuesto de hecho que, por otra parte, coincide con la prevista en el HAPC y es la utilizada en los más recientes documentos de la UE. No parece que utilizar el término «protección» en relación a las personas con discapacidad pueda calificarse de paternalista.

18. La segunda novedad de esta norma en 2015 es la sustitución del punto de conexión de la nacionalidad por el de la residencia habitual, en línea con lo establecido en el HAPC, cambio que la doctrina celebra como muy positivo⁵⁴. Con ello, se evitan, además, problemas de aplicación frecuentes en el pasado, tales como la aplicación de la cláusula de orden público, el reenvío o la prueba del Derecho extranjero. Por otra parte, en el segundo párrafo se incluye una regla que resuelve el eventual conflicto móvil que puede plantearse, y que, como se verá en alguna sentencia en la que se producen traslados posteriores al país de origen, no es, en absoluto, infrecuente⁵⁵. Los tribunales ya están aplicando esta nueva norma legal, incluso en relación a casos a los que era aplicable la anterior normativa⁵⁶, si bien con algunas excepciones⁵⁷.

⁵⁴ GUZMÁN ZAPATER, M., «Persona física», en ABARCA JUNCO, P. *et al.*, *Derecho internacional privado*, Madrid, UNED, 2016, p. 426; CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA RODRÍGUEZ, J., *op. cit.*, nota 49, p. 73; ÁLVAREZ TORNÉ, M., *op. cit.*, nota 30, p. 16; MUÑOZ FERNÁNDEZ, A., *op. cit.*, nota 18, pp. 289 y 295.

⁵⁵ «En la sociedad líquida y móvil del siglo XXI, esta regla especial fija de un modo dinámico la ley aplicable a la protección de los mayores de edad» (CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA RODRÍGUEZ, J., *op. cit.*, nota 49, p. 73).

⁵⁶ Es el caso de la Sentencia de la AP de Barcelona (Sección 18.ª) núm. 826/2016, de 2 de noviembre (JUR 2018/19660), de la que es ponente la magistrada Dolores Viña Farré y en la que se señala en relación a la tutela de un menor de nacionalidad marroquí: «Y finalmente cabe tener en cuenta en esta alzada la modificación del art. 9.6 CC introducida por Ley 26/2015, de 28 de julio, que establece ahora que la ley aplicable a la protección de mayores de edad se determinará por la ley de su residencia habitual, por lo que hay que estar a lo dispuesto en el art. 222-10 CC».

⁵⁷ Es el caso de la Sentencia de la AP de Barcelona (Sección 18.ª) núm. 70/2017, de 31 de enero (JUR 2018/26821), en la que, sin embargo, acaba aplicando el Derecho español al ser un caso de doble nacionalidad: «A la fecha de interposición de la demanda, la afectada, D.ª Dulce, de nacionalidad doble, española y peruana, tenía su residencia en esta ciudad. [...] La Ley aplicable es la española. El art. 9.6

También lo ha hecho la DGRN en una reciente Resolución que acoge favorablemente la reforma⁵⁸, reforma que en este punto no ha sido objeto de modificación por el Anteproyecto mencionado.

Persiste, sin embargo, la diferencia entre las medidas protectoras y las urgentes, y cabe plantear alguna dificultad de calificación ya que una misma medida puede tener carácter urgente, provisional y protector⁵⁹. En relación al ámbito de la ley aplicable, parece más adecuado entender que la legitimación para promover la medida de protección es de carácter procesal y, por tanto, debe aplicarse a ella el Derecho español (art. 3 LEC).

19. La ratificación del HAPC también aportaría importantes novedades en relación a la ley aplicable. Aunque la regla básica del Convenio es la *lex auctoritatis* (que es precisamente la de la residencia habitual recogida ahora en nuestro CC, al ser la residencia habitual el foro de competencia judicial internacional) la solución es matizada por la aplicación de la ley más estrechamente vinculada *en interés del mayor* (art. 13.1)⁶⁰. Junto a la excepción ya analizada relativa a las medidas *ex ante* en el art. 15, se establece una precisión en relación a la eficacia extraterritorial de la medida en el art. 14. En definitiva, como se ha señalado, la norma convencional contribuiría a consolidar la autonomía de la voluntad en la materia⁶¹.

20. En conexión con los problemas de determinación del Derecho aplicable, se plantean las cuestiones registrales. En Derecho español, a diferencia

y 9 CC la determinan en razón de la nacionalidad del presunto incapaz y, de tener varias de la nacionalidad, la ley a aplicar es la coincidente con la última residencia. El alcance de la incapacitación se rige por la ley estatal (art. 200 CC), pero los mecanismos de protección a aplicar son los del Codi civil de Catalunya (CCCat), conforme al principio de territorialidad y a falta en los autos de ningún elemento de conexión con cualquier otro marco normativo en el momento de la demanda (arts. 14.1 del Estatut d'Autonomia de Catalunya y 111.3.1 del Codi Civil de Catalunya). Es también el caso de la Sentencia de la AP de Las Palmas de Gran Canaria (Sección 4.ª) núm. 2015/385, de 15 de octubre (JUR 2016/23937) que, sin embargo, no pudo aplicar esta nueva normativa por razones de Derecho transitorio y que señala: «De conformidad con lo dispuesto en los arts. 9.1 y 9.6 CC la capacidad y la tutela de la demandada se rigen por su ley nacional, la ley austriaca, y por tanto, es persona incapacitada en los términos y con el alcance antes consignado».

⁵⁸ Resolución DGRN núm. 4712/2018, de 23 de marzo (RJ 2018/1886): «La norma de conflicto no resulta del apartado 1 del artículo 9 del Código Civil que conduce a la nacionalidad del representado, sino que está constituida por el apartado 6 de dicho artículo (en redacción dada por Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia). Conforme a esta, en lo que ahora interesa, la ley aplicable a la protección de las personas mayores de edad se determinará por su residencia habitual. Con ello coincide —en cuanto a esta regla principal— con el Convenio de La Haya de 13 de enero de 2000 sobre Protección Internacional de los Adultos del que España no es parte (véase sobre la laguna existente en el Derecho de la Unión Europea, la Resolución del Parlamento Europeo de 1 de junio de 2017)».

⁵⁹ ECHEZARRETA FERRER, M. T., *op. cit.*, nota 43, p. 359.

⁶⁰ Como se ha señalado, debido a que, en contraste con los menores, en el caso de los mayores, junto con la protección de la persona tiene un peso específico, también, la protección de sus bienes, «el interés del adulto» no tiene el carácter superior, sino que es uno de los criterios a tomar en consideración, relevante pero no siempre determinante (VICENTE BLANCO, D. F. J., nota 45, *op. cit.*, p. 7). Sin embargo, diversas sentencias se refieren al interés *superior* del incapaz. La más reciente la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 458/2018, de 18 de julio (RJ 2018/2957).

⁶¹ ÁLVAREZ TORNÉ, M., *op. cit.*, nota 30, p. 16; PEREÑA VICENTE, M., *op. cit.*, nota 34.

de otros sistemas jurídicos, el juez debe inscribir de oficio la resolución judicial en el RC. Ya se analizaron doctrinalmente los problemas prácticos a que daba lugar la vigente regulación registral⁶². A tenor de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (aún no en vigor), en los casos en los que el juez haya modificado la capacidad, esta debe inscribirse en el registro individual del afectado (art. 72) y lo mismo sucede con las tutelas y curatelas (art. 73). Por otra parte, no existe obligación de dar traslado de la información al RC de nacimiento del interesado, salvo que un convenio internacional señale otra cosa. En esta materia debe destacarse el Convenio de la CIEC relativo al intercambio internacional de información en materia de estado civil de 4 de septiembre de 1958 y su Protocolo de 6 de septiembre de 1989⁶³. La información que debe enviarse obligatoriamente es la relativa al matrimonio y a la defunción, si bien «lo dispuesto en los artículos precedentes no impedirá la transmisión a las autoridades de un Estado contratante por vía diplomática y otra vía prevista por algún Convenio en concreto para cualquier acto o decisión relativos al estado civil de una persona nacida en el territorio de ese Estado» (art. 4).

21. Finalmente, y como señala una reciente sentencia, la solución prevista en el art. 9.6 debe aplicarse también para determinar el Derecho aplicable en casos de conflictos de leyes dentro de España⁶⁴.

4. RECONOCIMIENTO Y EFICACIA DE DECISIONES JUDICIALES EXTRANJERAS Y DE DOCUMENTOS PÚBLICOS EXTRANJEROS

22. La tercera cuestión que debe plantearse es el reconocimiento en España de modificaciones de capacidad, tutelas, curatelas u otras medidas de protección constituidas en el extranjero, así como de poderes o mandatos de representación otorgados fuera de España.

⁶² En relación a la incapacitación, debe inscribirse al margen de la inscripción de nacimiento (art. 46 de la LRC) pero al ser el incapacitado extranjero no nacido en España, debe promoverse antes una inscripción de nacimiento fuera de plazo en el RC Central que sirva de soporte a la marginal (art. 15 LRC). En relación a la tutela, el problema es el de determinar cuál es el Registro competente, sobre todo en casos de cambio de domicilio, dado que art. 89 de la LRC señala que «las inscripciones relativas al organismo tutelar se practicarán en el Registro del domicilio de las personas sujetas a la tutela en el momento de constituirse esta». Existe una necesidad de correspondencia entre el juez competente en el procedimiento de tutela o incapacitación y el RC, y por ello en la práctica se está inscribiendo en el RC de la residencia habitual que es el del juez territorialmente competente (ADROHER BIOSCA, S., *op. cit.*, nota 21).

⁶³ BOE núm. 173, de 21 de junio de 1994, y núm. 174, de 22 de julio de 1994. Se trata de un convenio *inter-partes* ratificado por Alemania, Austria, Bélgica, España, Francia, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Polonia, Portugal y Turquía.

⁶⁴ Así lo recoge la Sentencia de la AP de Barcelona (Sección 18.ª) núm. 466/2017, de 24 de mayo (JUR 2017/198597): «En cuanto al nombramiento del Administrador Patrimonial, y en cuanto a la alegación de la Asistencia Letrada del Sr. Arsenio, hay que tener en cuenta que el art. 9.6 Código Civil, al que se remite el art. 16 para resolver los conflictos de leyes interterritoriales, en su redacción vigente en el momento del dictado de la sentencia que es cuando se acuerda el nombramiento de tutor, según reforma por Ley 26/2015, de 28 de julio, se remite a la Ley de residencia habitual. Es de aplicación, por tanto, la legislación de Cataluña».

Lo primero que debe recordarse, dada la primacía del Derecho UE, es que ningún Reglamento comunitario, singularmente los denominados Bruselas I bis y II bis, incluyen esta cuestión en su ámbito de aplicación⁶⁵. Sí lo hacen, sin embargo, algunos Convenios internacionales bilaterales, en particular los firmados con Austria, Alemania y Rusia que prevén un sistema de reconocimiento directo de las sentencias extranjeras sin necesidad de procedimiento especial alguno respecto de los efectos constitutivo y de cosa juzgada⁶⁶. En caso de no ser de aplicación estos convenios por no provenir la resolución de uno de estos países, será aplicable el sistema estatal, pero para determinar la norma en la que se encuadra el régimen de reconocimiento, es importante realizar una calificación previa de la naturaleza contenciosa o voluntaria de la decisión extranjera cuyo reconocimiento se solicita, así como del efecto pretendido.

En el caso de que la resolución extranjera tenga naturaleza contenciosa, el Derecho interno español prevé, desde 2015 el reconocimiento directo o incidental de las resoluciones judiciales extranjeras respecto de todos sus efectos, salvo el ejecutivo, para el que sigue siendo necesario el *exequatur*. Así, con carácter general lo establece el art. 55 de la LCJIMC y en este mismo sentido la nueva LRC en su art. 96, prevé el «efecto registral» directo sin que sea preciso un previo *exequatur*.

En el caso de que la decisión o resolución extranjera se califique de «jurisdicción voluntaria», como habitualmente se considera la constitución de una tutela en Derecho comparado, el régimen aplicable al reconocimiento será el previsto en el art. 12 de la nueva LJV que básicamente sigue el esquema de la LCJIMC que acabo de señalar.

⁶⁵ Sin embargo, una Sentencia de la AP de Las Palmas de Gran Canaria (Sección 4.ª) núm. 385/2015, de 15 de octubre (JUR 2016/23937) aplica de manera inadecuada el Reglamento Bruselas II bis [Reglamento (CE) núm. 2201/2003, del Consejo, de 27 de noviembre, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento núm. 1347/2000] para reconocer de forma directa una resolución austriaca de incapacitación y nombramiento de tutor: «El mencionado Auto judicial austriaco tiene plena eficacia en España *ipso iure*, sin necesidad de recurrir a procedimiento alguno, conforme a los arts. 1-2 y 21 del Reglamento 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre, y arts. 32 y 33 del Reglamento (CE) 44/2001, de 22 de diciembre, acerca del reconocimiento sin necesidad de recurrir a procedimiento alguno, al tratarse de una resolución judicial en materia civil, dictada por un Tribunal de un Estado miembro de la Unión Europea». Si bien el art. 1.2 de este Reglamento al establecer su ámbito de aplicación se refiere a «la tutela, curatela y otras instituciones análogas» es evidente que estas van referidas a la «responsabilidad parental» que solo puede predicarse en menores de edad, tal y como recoge el considerando 5 del propio Reglamento.

⁶⁶ Así se señala en el Auto de reconocimiento dictado por el JPI núm. 13 de Valencia el 17 de enero de 2012 (amablemente facilitado por el magistrado juez que lo dictó, José Miguel Bort Ruiz) y que señala: «De conformidad con lo dispuesto en los arts. 85-5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 951, 955 y 956 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, en relación a lo pactado en el Convenio de 14 de noviembre de 1983 celebrado entre el Reino de España y la República Federal de Alemania sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones y transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva en materia civil y mercantil, es procedente acceder al interesado reconocimiento de las resoluciones judiciales alemanas a que se contrae el expediente, al constar la concurrencia en ellas de todos los requisitos esenciales cuya falta autorizaría, según el convenio, la denegación de dicho reconocimiento».

Este nuevo sistema de reconocimiento indirecto, y la no necesidad del *exequatur*, no ha sido todavía comprendido ni aplicado por nuestras autoridades administrativas en todos los casos⁶⁷.

24. También pueden plantearse en esta materia solicitudes de reconocimiento de documentos públicos extranjeros distintos de las sentencias como son, singularmente, los poderes o mandatos de representación. En relación a ellos, los efectos registrales generales están contemplados en el art. 60 LCJIMC, pero es el art. 97 de la LRC el que prevé los requisitos concretos para que un documento extranjero extrajudicial tenga efectos registrales en España, y en el art. 98 regula el acceso al RC de certificaciones de asientos extendidos en Registros extranjeros. Si son estos efectos los que se pretenden, este será el cauce para su reconocimiento.

Sin embargo, puede ser que no se pretenda un efecto registral sino el mero reconocimiento de un documento público extranjero para algún tipo de efecto. Montserrat Pereña pone el ejemplo de un ciudadano francés que en previsión de su posible incapacidad otorga ante un notario francés un mandato de representación futura a favor de su hermano que ahora, esgrimiéndolo, pretende enajenar un bien inmueble que este tiene en España⁶⁸. Serán los arts. 56 y 57 de la LCJIMC los aplicables a este caso, que incluyen el mecanismo de la adaptación, pero supuestos como este no tienen una respuesta satisfactoria en nuestro sistema jurídico.

Finalmente, puede haber casos en los que lo que se pretenda es la eficacia directa de uno de estos mandatos o poderes, y no solo a cuestiones patrimoniales, sino también a cuestiones personales que en ocasiones presentan urgencia extrema. Es muy expresivo el ejemplo que propone al respecto Ian Curry-Sumner en relación a la toma de decisiones médicas⁶⁹.

⁶⁷ Así se advierte en la Resolución núm. 2/2015, de 11 de diciembre, de la DGRN (JUR 2016/215683). La sobrina del interesado y tutora del mismo en virtud de sentencia judicial cubana, solicita en su nombre la recuperación de su nacionalidad española. Se le deniega, y la DGRN señala al respecto: «La sentencia aportada por la que se reconoce a la sobrina del interesado tutora de este, es dictada por un tribunal extranjero, no teniendo fuerza suficiente para su inscripción en el Registro Civil español, debiendo previamente tramitarse *exequatur* para que, una vez obtenido el título suficiente, practicar la inscripción de incapacitación del Sr. E. P. y la toma de posesión del cargo de tutor/ tutora por parte de la persona designada al efecto. Una vez hechas estas actuaciones, la persona designada como tutor podrá iniciar el procedimiento legalmente establecido para la recuperación de la nacionalidad española por parte del incapacitado».

⁶⁸ PEREÑA VICENTE, M., *op. cit.*, nota 34, pp. 1293 y ss.

⁶⁹ «*Ursula is a citizen of State A living in State B. She has appointed her brother to act as her representative in accordance with the law of State A. She is involved in a car accident in State B and is admitted to hospital. In order to be discharged, it is a requirement that the hospital have the discharge signed by her legal representative. The question is whether Ursula's brother is regarded as the legal representative, as this depends on whether State B will recognise the power of representation drafted in favour of Ursula's brother.*

*This situation would become even more poignant if the question to be posed was whether Ursula should be taken off life support. If the power of representation were to be recognised then Ursula's brother would be entitled to make these decisions. If the power of representation was not recognised, then the general provisions laid down in the applicable law would need to be utilised to determine who was responsible to make the respective decision» (CURRY-SUMNER, I., *op. cit.*, nota 20, p. 71).*

25. El HAPC prevé un reconocimiento incidental de las medidas adoptadas en un Estado contratante. Se trata de un procedimiento simple y rápido de declaración de ejecutoriedad y registro, no procediendo el reconocimiento en los siguientes casos: autoridad incompetente, no audiencia del protegido, contrariedad con el orden público y contradicción con otra medida de protección. Sin embargo, tampoco en este punto el sistema convencional es eficaz del todo. Por ello, el Parlamento Europeo ha propuesto medidas específicas en la materia que incluyen la creación de un certificado europeo de poderes preventivos⁷⁰.

5. COOPERACIÓN INTERNACIONAL DE AUTORIDADES

26. La cooperación de autoridades en esta materia puede plantearse *ad extra* o *ad intra*.

En relación al reconocimiento extraterritorial de una medida judicial adoptada en España respecto de un extranjero, son dos los problemas que se han suscitado en la práctica. Los casos relatados por jueces y magistrados suelen responder a medidas de protección adoptadas tras accidentes laborales o de tráfico sufridos por inmigrantes, a resultas de los cuales quedan en situación de extrema dependencia. Tras el reconocimiento de una pensión por invalidez y de los derechos económicos derivados de los seguros, se adopta una medida de protección judicial y un tiempo después, la familia decide desplazarse con el accidentado a su país de origen.

Por una parte, el juez se plantea cómo realizar el control de las funciones del tutor en caso de desplazamiento del tutelado y su tutor fuera de España⁷¹. La nueva LCJIMC regula por primera vez la cooperación jurídica internacional y en el art. 21 se prevé el cauce que el juez español deberá emplear en estos casos⁷².

Por otra, puede suceder que el juez español ha constituido una medida de protección y se solicita el traslado del protegido fuera de España y existen sospechas de que las funciones de la tutela no se ejercerán adecuadamente en su país. En estos casos, si bien de entre los actos del tutor para los que necesita autorización judicial no se encuentra la salida de España (art. 271 CC), cabría prohibirla de acuerdo con el art. 216 en relación con el art. 158 del CC. Así se recoge en una reciente sentencia que llega a referirse a esta situación como «sustracción internacional de mayores»⁷³.

⁷⁰ Las propuestas relacionadas con este epígrafe son las siguientes: «*Abolishing the requirement of the exequatur for measures of protection taken in EU Member States; creating a European certificate of powers granted for the protection of an adult*» (SALM, C., nota 20, *op. cit.*, pp. 4-5).

⁷¹ En aplicación de los arts. 269.4 y 271.5 del CC.

⁷² Un trabajo imprescindible sobre esta nueva Ley es el de RODRÍGUEZ BENOT, A., «La ley de cooperación jurídica en materia civil», *Cuadernos de Derecho transnacional*, vol. 8, marzo de 2016, núm. 1, pp. 234-259.

⁷³ «La Sala denegó la petición de medidas cautelares por falta de peligro en la demora, al haberse producido el traslado a Perú seis meses antes de dictarse la resolución apelada (en julio de 2015) y con

27. La otra situación que puede plantearse es la cooperación *ad intra*, en los supuestos en los que se ha adoptado una medida de protección en el extranjero, y la persona es desplazada a España. En la práctica forense se exponen casos de familias inmigrantes que priorizan en la reagrupación familiar al hijo o familiar con alguna discapacidad. Si el juez del país de origen pretende hacer un seguimiento de la tutela en España con la cooperación de un juez español, esta debe articularse a través del sistema de cooperación antes señalado.

28. Estas cuestiones, no resueltas de forma totalmente satisfactoria en el marco del ordenamiento jurídico español vigente, están contempladas, sin embargo, en el HAPC, tanto en el Capítulo IV relativo al reconocimiento y la ejecución como en el V relativo a la cooperación. Esta última se articula a través de la designación en los Estados parte de Autoridades centrales cuyas funciones básicas son facilitar las comunicaciones entre los Estados miembros, la localización de un adulto, la aplicación de medidas de protección, la transmisión de información en los casos en que el adulto se encuentre en grave peligro, etcétera.

Además, el Convenio contempla la cooperación de autoridades, para facilitar la continuidad espacial de la medida con dos previsiones. Por una parte, cada Estado podrá designar autoridades centrales con diversas funciones⁷⁴; y por otra, se prevé la cooperación entre autoridades que adoptan las medidas de protección⁷⁵. No obstante, debe advertirse que estas normas convencionales son de aplicación *inter partes* y, por tanto, no son susceptibles de aplicación en los casos en que el otro Estado con cuya autoridad se plantea la cooperación no es parte del Convenio. Por otra, las reglas de cooperación del Convenio no se han demostrado totalmente eficaces, son uno de sus puntos débiles y es por ello que el Parlamento Europeo ha planteado la necesidad de adoptar normas europeas precisamente en esta materia⁷⁶.

conocimiento de los solicitantes de las medidas. El Convenio de Nueva York de 13 de diciembre de 2006, ratificado por España (*BOE* núm. 96, de 21 de abril de 2008) y por Perú, promueve en el art. 13 el acceso de las personas con discapacidad a la justicia, en el art. 18 proclama la libertad de desplazamiento y en el art. 19 recoge el derecho de las personas discapacitadas a elegir con libertad su residencia. No obstante, hubiera sido adecuado que la salida de la presunta incapaz del territorio nacional, pendiente el proceso de incapacitación, se hubiera sometido a autorización judicial previa, incluso para el caso de que se juzgara conveniente a su interés, permitiendo al tribunal oír a la incapaz y a los parientes y practicar las pruebas necesarias para convencerse que era conveniente a su interés. Aún más cuando la Sentencia apelada, en extremo que no ha sido apelado, limita su capacidad de D.^a Dulce para escoger el lugar donde ha de vivir y los viajes que puede realizar. Finalmente, la Sala aprecia, como se verá, que el traslado no fue ilícito. No podía el hijo guardador disponer sobre tal desplazamiento sin autorización judicial, aunque no se puede hablar de un supuesto de sustracción internacional, por no constar tal voluntad, ni legislación internacional al efecto». Sentencia de la AP de Barcelona (Sección 18.ª) núm. 70/2017, de 31 de enero (JUR 2018/26821).

⁷⁴ Intercambio de información sobre su legislación y servicios en materia de protección de adultos; la adopción de medidas apropiadas para facilitar comunicaciones entre autoridades competentes; ayudar a localizar a un adulto que tiene necesidad de protección cuando parezca que se encuentra en su territorio, y apoyar la ejecución de las medidas adoptadas.

⁷⁵ Información, asistencia para la ejecución de medidas y favorecer el recurso a la mediación, conciliación u otros medios de alcanzar acuerdos amistosos sobre la protección de los adultos.

⁷⁶ «Several weaknesses such as, for example, poor cooperation and communication among the authorities of the Contracting States, difficulties in carrying out foreign protective measures, and weaknesses

6. CONSIDERACIONES FINALES

29. Bartin, positivista francés del siglo XIX consideraba al Derecho internacional privado como la «sombra» del Derecho sustantivo estatal, expresión o proyección de las categorías y principios del Derecho privado sobre las normas reguladoras del tráfico jurídico externo⁷⁷. El sistema jurídico civil español relativo a la protección de adultos ha sufrido en 2015 algunas modificaciones con la entrada en vigor de la LJV y también algunas modificaciones terminológicas en otros cuerpos legales en los que el término y concepto «incapacitación» ha sido sustituido por el de «modificación judicial de la capacidad». Sin embargo, la gran reforma civil de la materia, derivada de la necesaria incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de la CNUDPD está en marcha y «sería paradójico que esta intensa modernización de la legislación nacional y autonómica», no fuese acompañada de la ratificación por España de los instrumentos internacionales que regulan los aspectos transfronterizos de esta materia⁷⁸.

30. A lo largo de estas páginas he analizado las modificaciones operadas en las normas de Derecho internacional privado en 2015; en algunas ocasiones han sido puramente terminológicas, como es el caso de la LOPJ, en otras de fondo, como es el caso del art. 9.6 del CC, en otras son, en fin, modificaciones generales como es el nuevo sistema de reconocimiento de resoluciones extranjeras recogido tanto en la LCJIMC como en la LJV que prevén un sistema de reconocimiento directo o incidental para gran parte de los efectos pretendidos⁷⁹.

31. La novedad más relevante ha sido, sin duda, la nueva redacción del art. 9.6 del CC tanto en la formulación amplia de su supuesto de hecho, como la sustitución del punto de conexión de la nacionalidad por el de la residencia habitual para determinar la ley aplicable a la protección de adultos, que además alinea las normas de *forum* y *ius*⁸⁰.

with regard to the ways in which evidence of the powers granted to a representative of a vulnerable adult are to be provided» (SALM, C., op. cit., nota 20, p. 4).

⁷⁷ «Les règles de conflict sont des règles nationales dans chaque pays, au même titre que les institutions de droit interne dont elles circonscrivent le domaine. Elles leur restent liées comme l'ombre au corps, parce qu'elles ne sont autre chose que la projection de ces institutions elles-mêmes sur le plan international». BARTIN, E., «De l'impossibilité d'arriver à la solution définitive des conflits de lois», *JDI*, 1897, pp. 225 y ss.

⁷⁸ IRIARTE ÁNGEL, J. L., *op. cit.*, nota 31, p. 208; también MARCHAL ESCALONA, N., «Los límites de lo "real" y de lo "personal" en el sistema europeo de competencia judicial», *La Ley Unión Europea*, diciembre de 2014, p. 10.

⁷⁹ DE SALAS MURILLO, S., «Incidencia de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria en la regulación relativa a las personas con discapacidad», en ARECES PIÑOL, M. T. (coord.), *Nuevos modelos de gestión del derecho privado: jurisdicción voluntaria*, Madrid, Dykinson, 2016, pp. 257-301.

⁸⁰ La Ley 26/2015 al modificar la normativa sustantiva española en materia de protección de menores, introdujo las reformas correspondientes en las normas de Derecho aplicable en materia de filiación, protección y alimentos (art. 9, párrs. 4, 5, 6 y 7 del CC), siguiendo los postulados del recordado Bartin que aconsejaba la necesaria coordinación entre las reformas sustantivas y las «conflictuales». Dado que el art. 9.6 regulaba, además, la protección de mayores de edad, se optó por modificarlo tam-

Este cambio va a plantear, sin duda, cuestiones de calificación del concepto residencia habitual, que puede tener diverso alcance en el caso del colectivo de gerontomigrantes o del de inmigrantes más jóvenes. Sería demasiado largo analizar en este trabajo este concepto multidimensional y que, por otra parte, ha tenido diversas interpretaciones en función de la materia regulada, incluso en aplicación de los diversos Reglamentos UE que lo adoptan como criterio de conexión, tanto en materia matrimonial como sucesoria⁸¹. Serán los tribunales los que lo definan ante el caso concreto, pero siguiendo a Javier Carrascosa en su trabajo sobre el Reglamento de sucesiones, materia muy cercana a la estudiada⁸², podría señalarse que la residencia habitual es el lugar donde está el centro de vida de la persona tomando en consideración los datos de la realidad, con independencia de la residencia legal del Derecho de extranjería, de la residencia fiscal e incluso del empadronamiento⁸³. Es evidente que los gerontoinmigrantes que eligen España como lugar de retiro tienen a nuestro país como centro de esta etapa final de su vida; pero también lo es que, gran parte de los inmigrantes que muchas veces llegan a España soñando con el mito del retorno, acaban instalándose para siempre entre nosotros.

La Sentencia del TJUE, Sala 3.^a, de 3 de octubre de 2013, dictada en el asunto C-386/12, *Siegfried János Schneider*, en la que un ciudadano húngaro sometido a curatela solicita autorización para vender la cuota indivisa de un bien inmueble sito en Bulgaria que había heredado tras el fallecimiento de su madre, pone de manifiesto que en muchos supuestos podrá ser difícil determinar la residencia habitual⁸⁴.

32. He insistido a lo largo del trabajo en la importancia de la ratificación del HAPC que, a pesar de sus carencias, dotaría al sistema jurídico español de un instrumento moderno que mejoraría sustancialmente la regulación vigente en los cuatro sectores analizados⁸⁵. De entre ellos, son quizá la regulación de las medidas *ex ante* y la cooperación internacional de autoridades, los ámbitos en los que, a pesar de las carencias señaladas del texto convencional,

bién en este punto, redactando una regla que recogiera el «espíritu» del HAPC a la espera de su firma, para la que se estaban solicitando ya los informes preceptivos. Puedo afirmar esto como responsable del órgano directivo de la Administración General del Estado que impulsó y coordinó la redacción de esta ley, Dirección General de Servicios para la Familia y la Infancia del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.

⁸¹ Pueden verse los siguientes análisis al respecto: PÉREZ MARTÍN, L. A., «Determinación y trascendencia de la residencia habitual en las crisis familiares internacionales», en GUZMÁN ZAPATER, M. y HERRANZ BALLESTEROS, M. (dirs.), *Crisis matrimoniales internacionales y sus efectos. Derecho español y de la Unión Europea. Estudio normativo y jurisprudencial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 915-952 (en prensa); CARRASCOSA RODRÍGUEZ, J., «El concepto de residencia habitual del causante en el Reglamento sucesorio europeo», *Barataria, Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, 2015, núm. 19, pp. 15-35.

⁸² CARRASCOSA RODRÍGUEZ, J., *op. cit.*, nota 80.

⁸³ Ya hemos visto al principio de este trabajo cómo los datos de permisos de residencia y de extranjeros empadronados no coinciden exactamente.

⁸⁴ Así lo expone MARCHAL ESCALONA, N., *op. cit.*, nota 77.

⁸⁵ Como señala ECHEZARRETA FERRER, M. T., «Dimensión jurídica de las relaciones transfronterizas derivadas de la gerontoinmigración», *REDI*, vol. 70.2, 2018, pp. 223-229.

esta ratificación supondría un avance más significativo en relación a la normativa estatal vigente.

Este convenio es paralelo en su filosofía al Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996 del que España es parte⁸⁶; no en vano, ambos son la plasmación, en el ámbito del Derecho internacional privado, de las Convenciones de Naciones Unidas sobre derechos del niño y sobre derechos de las personas con discapacidad y como ha señalado recientemente la DGRN en ambos «instrumentos tuitivos, el principio orientador es el interés superior del niño o del adulto vulnerable»⁸⁷.

RESUMEN

LA PROTECCIÓN DE ADULTOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ESPAÑOL: NOVEDADES Y RETOS

El régimen jurídico de la protección de adultos en el Derecho internacional privado español ha sufrido importantes modificaciones en cuatro leyes aprobadas en 2015: Ley Orgánica 7/2015 de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria, la Ley 26/2015 de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, y la Ley 29/2015 de Cooperación Judicial Internacional en Materia Civil. La entrada en vigor de la reforma registral de 2011 se ha vuelto a retrasar hasta 2020. En este artículo se analizan las novedades que aportan estas reformas, a través del análisis de la jurisprudencia y doctrina administrativa que las aplica, pero se pone de manifiesto la urgente conveniencia de que España ratifique el Convenio de La Haya sobre protección internacional de adultos de 2000, que supondría un régimen jurídico más adaptado a las nuevas necesidades, sobre todo de cooperación, que el sector precisa.

Palabras clave: protección internacional de adultos, competencia judicial internacional, Derecho aplicable, reconocimiento de decisiones extranjeras, Convenio de La Haya sobre protección internacional de adultos de 2000.

ABSTRACT

PROTECTION OF ADULTS IN PRIVATE INTERNATIONAL SPANISH LAW. NEWS AND CHALLENGES

Legal framework on international protection of adults in Spanish law has been recently modified through four different legal reforms: Law 7/2015 on jurisdiction rules, law 26/2015 on applicable law rules and laws 15 and 29/2015 on recognition and enforcement rules. This article analyzes these reforms through recent spanish jurisprudence and administrative decisions and underlines the convenience of the ratification of the HAPC 2000 by Spain.

Keywords: international protection of adults, jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement, Hague Convention on international protection of adults 2000.

⁸⁶ BOE, de 2 de diciembre de 2010.

⁸⁷ Resolución núm. 4712/2018, de 23 de marzo (RJ 2018/1886).

LA DIPLOMACIA PARLAMENTARIA: EL PAPEL DE LOS PARLAMENTOS EN EL MUNDO

Stelios STAVRIDIS*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. DIPLOMACIA PARLAMENTARIA: ¿OXÍMORON O REALIDAD?—2.1. De narrar una práctica al interés académico por esa práctica.—2.2. «Pre-historia» de la diplomacia parlamentaria.—2.3. Medios e instrumentos parlamentarios para la acción internacional.—2.4. Hacia una conceptualización de la diplomacia parlamentaria: la aportación académica.—3. EJEMPLOS DE DIPLOMACIA PARLAMENTARIA: CARACTERÍSTICAS Y FUNCIONES.—3.1. Flexibilidad/informalidad.—3.2. Complementariedad o alternativa.—3.3. Contribución a resolución de conflictos.—3.4. Tribunales morales.—4. LAS INSTITUCIONES PARLAMENTARIAS INTERNACIONALES (IPI) COMO DIPLOMACIA PARLAMENTARIA.—5. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

1. En el sistema internacional actual, los Estados continúan siendo sus actores más importantes. La diplomacia —definida como «diálogo entre Estados independientes»¹ sigue dominada por gobiernos, ministerios, embajadas, tanto a nivel bilateral como multilateral. Sin embargo, en los últimos años, al papel tradicional de un diplomático (comunicación, reportaje, análisis de políticas, negociación y representación —se deja por el momento intencionalmente de lado el rol de defender los intereses nacionales—), se han añadido nuevas tareas, en gran parte como resultado de la globalización: eco-

* Dr. Stelios Stavridis es Investigador Senior ARAID en la Universidad de Zaragoza (dr.stelios.stavridis@gmail.com). Este texto se basa en una ponencia presentada durante la Jornada sobre *Los Parlamentos en las relaciones internacionales* organizada por la Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico y el Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos (Madrid) celebrada el 10 de mayo de 2018 en las Cortes de Aragón en Zaragoza. El autor agradece la oportunidad de presentar su trabajo a los organizadores del evento y, en particular, a José Tudela Aranda, Ignacio Molina, Mario Koëlling y José Sánchez Medalón. Extiende su agradecimiento a los tres evaluadores anónimos de *REDI* por sus comentarios y sugerencias constructivos sobre una versión posterior de esa presentación. Las traducciones al español en el texto son del autor. Todas las páginas *web* de referencia han sido consultadas por última vez el 29 de noviembre de 2018.

¹ WATSON, A., *Diplomacy - The Dialogue Between States*, Londres, Methuen, 1982.

nomía, finanzas, terrorismo, cambio climático, migraciones, etc. También es posible hablar ahora de una diplomacia pública, un cambio que representa «en cierto sentido una metáfora de la democratización de la diplomacia, con múltiples actores que desempeñan un papel en lo que alguna vez fue un área restringida a unos pocos»², y también de la pujanza del «poder blando»³.

2. El resultado de este mundo nuevo ha sido una proliferación de distintos actores internacionales⁴ y de nuevas formas de diplomacia, con la adición de adjetivos a su conceptualización y práctica: por ejemplo, diplomacia económica⁵, cultural⁶, de la defensa⁷, de las celebridades⁸, deportiva⁹, gastronómica¹⁰, científica¹¹, humanitaria¹², paradiplomacia de las regiones y ciudades¹³, y —el tema de este artículo— diplomacia parlamentaria¹⁴. Todos estos procesos han sido posibles gracias a una multitud de avances tecnológicos y a la aparición y sofisticación continua de nuevos medios de comunicación.

² MELISSEN, J., *Beyond the New Public Diplomacy*, Clingendael Paper No. 3, Netherlands Institute of International Relations «Clingendael», La Haya, 2011, p. 2.

³ NYE, J., *Soft Power: Means to Success in World Politics*, Nueva York, Public Affairs, 2004.

⁴ REINALDA, B. (ed.), *The Ashgate Research Companion to Non-State Actors*, Farnham, Ashgate, 2011.

⁵ BAYNE, N. y WOOLCOCK, S., *The New Economic Diplomacy Decision-Making and Negotiation in International Economic Relations*, Farnham, Ashgate, 2011.

⁶ KITSOU, S., «The Power of Culture in Diplomacy: The Case of U.S. Cultural Diplomacy in France and Germany», *Exchange*, vol. 2, 2013, núm. 1, disponible en <https://surface.syr.edu/exchange/vol2/iss1/3/>.

⁷ CHEYRE, J.-E., «Defence Diplomacy», en COOPER, A. F., HEINE, J. y THAKUR, R. (eds.), *The Oxford Handbook of Modern Diplomacy*, Oxford, OUP, 2013.

⁸ HULIARAS, A. y TZIFAKIS, N., «Celebrity Activism in International Relations: In Search of a Framework for Analysis», *Global Society*, vol. 24, 2010, núm. 2, pp. 255-274.

⁹ *The Hague Journal of Diplomacy*, vol. 8, Special Issue on «Sports Diplomacy», 2013.

¹⁰ LUSA, D. y JAKESEVIC, R., «The Role of Food in Diplomacy: Communicating and "Winning Hearts and Minds" Through Food», *Medijske Studije/Media Studies*, vol. 8, 2017, núm. 16, pp. 99-119.

¹¹ Véase la revista *Science and Diplomacy* que acaba de cumplir su primera década publicada por el Center for Science Diplomacy de la American Association for the Advancement of Science, disponible en <https://www.aaas.org/program/center-science-diplomacy>.

¹² RÉGNIER, Ph., «The emerging concept of humanitarian diplomacy: identification of a community of practice and prospects for international recognition», *International Review of the Red Cross*, vol. 93, 2011, núm. 884, pp. 1211-1237. Sobre la diplomacia humanitaria de España véase el portal dedicado al tema: «La Oficina de Acción Humanitaria realiza también una labor de sensibilización y seguimiento desde una perspectiva humanitaria en los debates internacionales y en los principales foros en los que España es parte», disponible en <http://www.aacid.es/ES/ah/que/diplomacia>.

¹³ WOLFF, S., «Paradiplomacy. Scope, Opportunities and Challenges», *The SAIS Europe Journal of Global Affairs*, vol. 10, 2007, pp. 141-150; PASQUIER, R., «Quand le local rencontre le global: contours et enjeux de l'action internationale des collectivités territoriales», *Revue française d'administration publique*, 2012, núm. 141, pp. 167-182; SKOUTARIS, N., «Comparing the Subnational Constitutional Space of the European Sub-State Entities in the Area of Foreign Affairs», *Perspectives on Federalism*, vol. 4, 2012, núm. 12, pp. 239-268. Véase también en algunos casos como los de Quebec, Escocia o Cataluña, la protodiplomacia. La protodiplomacia se relaciona con la búsqueda de conseguir un Estado independiente por parte de un pueblo o de un ente subestatal (MCHUGH, J. T., «Paradiplomacy, protodiplomacy and the foreign policy aspirations of Quebec and other Canadian provinces», *Canadian Foreign Policy Journal*, vol. 21, 2015, núm. 3, pp. 238-256).

¹⁴ La publicación más reciente sobre el tema es STAVRIDIS, S. y JANCIC, D. (eds.), *Parliamentary Diplomacy in European and Global Governance*, Diplomatic Studies Series, Leiden/Boston, Brill Nijhoff, 2017.

3. Brevemente, las instituciones parlamentarias se involucran en asuntos internacionales de tres maneras principales¹⁵: a través del control e influencia en las políticas exteriores de los gobiernos nacionales; realizando unas actividades y acciones internacionales, conocidas como diplomacia parlamentaria; y estableciendo y empoderando los parlamentos como órganos representativos de organizaciones regionales o globales, principalmente a través de instituciones parlamentarias internacionales (IPI).

4. Ejemplos en temas internacionales abundan: el día después del anuncio por parte del presidente Donald Trump de la retirada de Estados Unidos del acuerdo internacional sobre el nuclear iraní, parlamentarios de este país quemaron la bandera estadounidense dentro del recinto legislativo en Teherán con gritos de «¡Muerte a Estados Unidos!»¹⁶. En el verano de 2017, diputados alemanes no pudieron visitar a soldados de su país desplegados en la base turca de Incirlik y, como resultado, dichas tropas fueron trasladadas a Jordania —la razón de la interdicción turca a esta visita fue la culminación de meses de tensiones entre los dos países, resultado de la aprobación en el *Bundestag* de una resolución condenando el genocidio armenio—¹⁷. En octubre de 2017, Marruecos impidió, y no por primera vez, la entrada de eurodiputados, pertenecientes al Intergrupo del Parlamento Europeo (PE) sobre el Sáhara Occidental, a estos territorios ocupados. Ni siquiera pudieron bajar del avión en el que viajaban¹⁸.

5. Pero, ¿son todos ejemplos de la existencia de una «diplomacia parlamentaria»? ¿Qué significa este término? ¿Representa un espejismo basado sobre un oxímoron, o, al contrario, un fenómeno reciente que se está consolidando a nivel mundial?

Este artículo argumenta que, basándose en datos empíricos, existe en todo el mundo una esfera parlamentaria multi-capas, multi-niveles, y multi-actores que, hasta cierto punto, se refuerzan mutuamente: es decir un contexto amplio de parlamentarización del sistema internacional¹⁹, facilitado por una cooperación interparlamentaria cada vez más asentada y sofisticada —en particular, pero no solo—, en Europa²⁰. Este estudio se centrará en el caso

¹⁵ MALAMUD, A. y STAVRIDIS, S., «Parliaments and Parliamentarians as International Actors», en REINALDA, B. (ed.), *The Ashgate Research Companion to Non-State Actors*, Farnham, Ashgate, 2011, pp. 101-115, esp. p. 101.

¹⁶ www.20minutos.es, 9 de mayo de 2018.

¹⁷ www.rtve.es/noticias/20170607/alemania-retira-tropas-base-turca-incirlik-tras-meses-tensiones-gobierno-erdogan/1561530.shtml, 7 de junio de 2017.

¹⁸ www.publico.es/internacional/marruecos-impide-entrada-cinco-eurodiputados-territorios-ocupados-sahara-occidental.html, 27 de octubre de 2017.

¹⁹ CRUM, B. y FOSSUM, J. E. (eds.), *Practices of interparliamentary coordination in international politics*, Colchester, ECPR Press, 2013; COSTA, O., DRI, C. y STAVRIDIS, S. (eds.), *Parliamentary Dimensions of Regionalization and Globalization*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2013; JANCIC, D., «Globalizing Representative Democracy: The Emergence of Multilayered International Parliamentarism», *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 38, 2015, núm. 2, pp. 197-242.

²⁰ Véase LUPU, N. y FASONE, C. (eds.), *Interparliamentary Cooperation in the Composite European Constitution*, Oxford y Portland Oregon, Hart Publishing, 2016; GRIGLIO, E. y STAVRIDIS, S. (eds.), Special Issue on «Joint scrutiny of EU policies: the contribution of interparliamentary cooperation»,

de la diplomacia parlamentaria *per se*, y de las IPI desde la perspectiva de la aportación de estas últimas a la diplomacia parlamentaria.

2. DIPLOMACIA PARLAMENTARIA: ¿OXÍMORON O REALIDAD?

2.1. De narrar una práctica al interés académico por esa práctica

6. Esta sección explica cómo hemos pasado de una aproximación descriptiva por parte de *practitioners* a un principio de análisis en el mundo académico de lo que representa la diplomacia parlamentaria como fenómeno global. De algo fundamentalmente descriptivo como resultado de la propia experiencia de los parlamentarios y funcionarios parlamentarios que practican la diplomacia parlamentaria diariamente, a un esbozo de estudio académico e, incluso, a una consolidación de este interés del mundo universitario. Falta investigación para llegar a definir criterios de evaluación de la diplomacia parlamentaria, de forma que es algo que no se ha conseguido completamente hasta la fecha.

7. ¿Es la «diplomacia parlamentaria» solo un oxímoron aparente? Un oxímoron es una figura retórica de pensamiento que consiste en complementar una palabra con otra que tiene un significado contradictorio u opuesto. Es también una reacción muy común cuando alguien menciona la diplomacia parlamentaria. Es además correcto indicar que durante años había un déficit académico preocupante sobre el tema, algo que ha cambiado hace poco tiempo. Pero en realidad, no es un oxímoron, sino todo lo contrario. Como veremos, la diplomacia parlamentaria no solo representa una práctica desarrollada en todo el mundo, sino que se puede apreciar una consolidación de este fenómeno tanto geográficamente como sectorialmente, después de la Segunda Guerra Mundial, consecuencia de los procesos de integración regional, y especialmente desde el final de la Guerra Fría, con una continua proliferación de IPI de todo tipo. Aunque se puede argumentar que existe una crisis de la democracia representativa con lo que esto conlleva para los Parlamentos, no se puede discutir que nuevas formas de democracia (basadas a menudo sobre avances tecnológicos) han mostrado igualmente sus limitaciones y riesgos. En cuanto a la llamada «democracia iliberal» —o mejor dicho, «autocracia electoral»²¹, estamos llegando a entender el oxímoron de esta conceptualización con las experiencias reales en algunos países del Este de Europa, Turquía o Rusia. La democracia siendo, en las famosas palabras de Winston Churchill, «el peor de todos los sistemas políticos, con excepción de todos los sistemas políticos restantes». Los

Perspectives on Federalism, vol. 10, 2018, núm. 3, pp. i-xviii y pp. 1-21, disponible en http://www.on-federalism.eu/attachments/004_Volume%2010%20-%20issue%203%20-%202018.pdf.

²¹ En las palabras del profesor de Derecho europeo de la Universidad de Leiden y filósofo político VAN MIDDELAAR, L., «La Hongrie est devenue une autocratie électorale», *Le Monde*, 23-24 de septiembre de 2018.

parlamentos y los parlamentarios continúan situados en el «corazón» de los sistemas democráticos.

2.2. «Pre-historia» de la diplomacia parlamentaria

8. Al principio, el término «diplomacia parlamentaria» fue utilizado de una manera muy específica: refiriéndose a la llamada «diplomacia de la conferencia»²², es decir, debatir públicamente dentro de un foro internacional con la intención en particular de intentar solucionar conflictos, promover la paz, en definitiva, la justicia internacional. Los participantes podían ser parlamentarios pero, en general, eran representantes de los Estados. En el siglo XX este tipo de diplomacia culminó con la creación de la Sociedad de Naciones (SDN) y más tarde la de la Organización de las Naciones Unidas (ONU)²³.

9. En consecuencia, el término diplomacia parlamentaria no se refería a parlamentarios sino a un procedimiento, o un método, para intentar prevenir o solucionar conflictos entre las entidades que forman el sistema internacional: «Una combinación *sui generis* de parlamentarismo y de diplomacia», como escribía, en 1997, César Sepúlveda²⁴. En definitiva, una nueva manera abierta y pública de hacer diplomacia, pero que existía desde los tiempos antiguos. «La diplomacia de la conferencia tiene sus antecedentes en el Mediterráneo oriental en el siglo IV a. C., cuando las ciudades-estado griegas y Persia convocaron ocho congresos políticos internacionales y establecieron un *status quo* territorial mutuamente garantizado junto con reglas de conducta acordadas para regular los asuntos internacionales»²⁵.

10. A finales del siglo XIX los parlamentarios crearon la Unión Inter-Parlamentaria (UIP) para intentar promover tanto la paz como la justicia internacional (fundada en 1889 por dos parlamentarios, el francés Frédéric Passy y el británico William Randal Cremer). Es decir que desde 1889 existe una «organización mundial de los parlamentos nacionales. Es el centro del diálogo y la diplomacia parlamentaria entre legisladores de todos los sistemas políticos del mundo. [...] Sus objetivos son: promover la paz y la seguridad

²² ROSENBAUM, N., «Cyprus and the United Nations: An Appreciation of Parliamentary Diplomacy», *The Canadian Journal of Economics and Political Science / Revue canadienne d'Économie et de Science politique*, vol. 33, 1967, núm. 2, pp. 218-231; LATEEF, N., «Parliamentary Diplomacy and the North-South Dialogue», *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 11, 1981, núm. 1, pp. 1-44; RITTBERGER, V., «Global Conference Diplomacy and International Policy-Making: The Case of UN-Sponsored World Conferences», *European Journal of Political Research*, 1983, pp. 167-182.

²³ Véase RUSK, D., «Parliamentary Diplomacy-Debate vs. Negotiation», *World Affairs Interpreter*, vol. 26, 1955, núm. 2, pp. 121-138.

²⁴ Citado en CALDERÓN PATIÑO, J.-P., *Los retos de la diplomacia clásica y la función de la diplomacia parlamentaria*, IBERAM, 2003, p. 9. Véase también SEPÚLVEDA, C., «La diplomacia parlamentaria y la formación de un nuevo orden jurídico internacional», *Estudios de Derecho Internacional en Homenaje al Profesor Miaja de la Muela*, t. II, Madrid, Tecnos, 1979, pp. 773-791.

²⁵ COOPER, A. F., HEINE, J. y THAKUR, R., «Introduction: The Challenges of 21st-Century Diplomacy», en COOPER, A. F., HEINE, J. y THAKUR, R. (eds.), *op. cit.*, nota 7, pp. 1-35, esp. p. 21.

mediante el diálogo político y la diplomacia parlamentaria, fortalecer la democracia y el respeto a los derechos humanos y contribuir al desarrollo de instituciones legislativas representativas y eficaces, como así también al desarrollo económico y social de los países»²⁶.

11. Hoy en día, en 2018, la UIP tiene 178 parlamentos miembros y 12 miembros asociados²⁷. Pero como ya ha sido mencionado, no solo se ocupa de diplomacia parlamentaria: su objetivo específico es la promoción de la democracia parlamentaria, algo más típico de la cooperación técnica entre parlamentos, es decir, una función más tradicional de los parlamentos en sus relaciones internacionales. Sin olvidar, por supuesto, que existe un vínculo entre democratización y diplomacia parlamentaria, y «al participar en foros internacionales, los parlamentarios obtienen acceso a la información y el conocimiento global que pueden contribuir a su trabajo al nivel nacional»²⁸. En otras palabras, lo que Lorinc Redei ha calificado como «el refuerzo mutuo de la supervisión parlamentaria y de la diplomacia parlamentaria»²⁹. En ese sentido, Giovanna Bono también muestra cómo en las dos primeras operaciones militares dirigidas por la Unión Europea (UE) (EUFOR Concordia y EUFOR Artemis), ambas iniciadas en 2003, diputados italianos encontraron la información que su propio gobierno se negaba a proporcionarles contactando directamente a sus contrapartes en el Reino Unido, ya que ambos países estaban involucrados en las operaciones³⁰. Y como también el otro objetivo importante de la UIP es la promoción de la justicia internacional con su apoyo a la creación de tribunales internacionales y a la mediación en conflictos, se puede resumir su papel como una contribución parlamentaria a la pacificación y la democratización del sistema internacional.

2.3. Medios e instrumentos parlamentarios para la acción internacional

12. Muchos de los medios e instrumentos parlamentarios que existen en general se utilizan también en relaciones exteriores, incluso en el caso de la diplomacia parlamentaria. Hay también herramientas particularmente adaptadas a la acción exterior de los parlamentos y otras asambleas parla-

²⁶ VÁZQUEZ, R., «La diplomacia parlamentaria», *Revista Relaciones Internacionales*, vol. 21, UNLP, 2001, pp. 261-271, esp. p. 261.

²⁷ <https://www.ipu.org/about-us/members>.

²⁸ Palabras del diputado finlandés Kimmo Kiljunen en 2004 citado en SABIC, Z., «Building democratic and responsible global governance: the role of international parliamentary institutions», *Parliamentary Affairs*, vol. 61, 2008, núm. 2, pp. 255-271, esp. p. 268.

²⁹ REDEI, L., «The European Parliament as a diplomatic precedent setter: the case of parliamentary relations with Kosovo», en STAVRIDIS, S. e IRRERA, D. (eds.), *The European Parliament and its International Relations*, Londres, Routledge, 2015, pp. 272-285.

³⁰ BONO, G., «National Parliaments and EU External Military Operations: Is there any Parliamentary Control?», *European Security*, vol. 14, 2007, núm. 2, pp. 203-229.

mentarias. En la primera categoría se incluyen la ratificación de acuerdos internacionales, debates en plenarios, preguntas escritas u orales, informes, comparecencias, y por supuesto la aprobación presupuestaria. En la segunda, comisiones especializadas (exterior, seguridad, defensa, comercio exterior, ayuda al desarrollo), delegaciones (tanto bilaterales como multilaterales) con países o regiones terceras, visitas de parlamentarios en estos Estados u organizaciones internacionales y recepción de homólogos, intercambios entre partidos políticos (o «familias políticas»), y finalmente grupos de amistad. En todos estos casos hay que hacer hincapié sobre la importancia de los vínculos personales, una dimensión que también implica habilidades lingüísticas, sociales, etc. Solo para poner unos ejemplos, en el Parlamento Europeo (PE), en la legislatura actual, hay 44 delegaciones con terceros países y otras regiones, y en el Parlamento griego existen en estos momentos unos 75 grupos de amistad.

13. Tradicionalmente los parlamentos han sido muy activos en la cooperación técnica interparlamentaria, bilateral o multilateral, implicando numerosos intercambios de diputados y de funcionarios parlamentarios (*buenas prácticas*) que incluyen una importante dimensión de «socialización» y de «democratización». Por ejemplo, el «Parlamento [de Canadá] organiza un programa de estudio para funcionarios parlamentarios varias veces al año. Este programa de desarrollo profesional ofrece al personal parlamentario senior de todo el mundo la oportunidad de intercambiar puntos de vista y mejores prácticas en materia de procedimientos, cuestiones administrativas y temas de investigación»³¹. En el caso español, en 2008, la letrada de las Cortes Generales, Piedad García-Escudero Márquez³², listaba las siguientes actividades: el «Aula Parlamentaria», seminarios especiales, actividades conjuntas con la Fundación Internacional y para Iberoamérica de administración y políticas públicas, y con el centro en España del Banco Mundial³³.

14. Además, existe una significativa participación parlamentaria en misiones de observación electoral. Así, Laura Feliu y Francesc Serra señalan que «desde 1999, el PE ha enviado más de 100 misiones de observación a 29 países africanos, 18 en Europa del Este y la CEI, 10 en América Latina, 11 en Asia y Oceanía»³⁴. Finalmente, no se debe despreciar, de hecho todo lo contrario, el rol de «correa de transmisión entre ejecutivo y sociedad civil» que un ente parlamentario desempeña en particular en países democráticos,

³¹ MYCHAJLYSZYN, N., *Parliamentary Diplomacy, Canadian Parliamentarians and the World*, 8 de diciembre de 2015, disponible en <http://hillnotes.ca/2015/12/08/parliamentary-diplomacy-canadian-parliamentarians-and-the-world/>.

³² También catedrática de Derecho constitucional en la Universidad Complutense de Madrid.

³³ GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P., «Diplomacia y Cooperación Parlamentarias: las Cortes Generales», *Asamblea-Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, diciembre de 2008, núm. 19, pp. 3-32; ejemplos pp. 26-30.

³⁴ FELIU, L. y SERRA, F., «The European Union as a “normative power” and the normative voice of the European Parliament», en STAVRIDIS, S. e IRRERA, D. (eds.), *op. cit.*, nota 29, pp. 17-34, esp. p. 28.

ni el de participación por parte de parlamentarios en debates «de opinión» en la prensa³⁵ y otros medios de comunicación, incluso medios sociales, o en actividades diversas, como coloquios o conferencias.

2.4. Hacia una conceptualización de la diplomacia parlamentaria: la aportación académica

15. El interés por algo más que la diplomacia de conferencia se produjo gracias a la ya indicada aparición de nuevas IPI a principios del siglo xx (Consejo nórdico y la Asociación Parlamentaria de la Commonwealth), con la cualitativa y cuantitativa proliferación de estas asambleas después de la Segunda Guerra Mundial (especialmente en Europa y en América Latina), y plasmado en una serie de artículos en la prensa u otras publicaciones por parlamentarios o diplomáticos³⁶, muchos de tipo anecdótico pero también de testimonios más desarrollados, todos, es verdad, bastante descriptivos³⁷. Hay también informes de las mismas asambleas parlamentarias como la de la Unión de Europa Occidental (UEO) en 2000³⁸, y la organización de eventos sobre el tema como el promovido por el Senado francés en 2001³⁹; un fenómeno que ha continuado desde entonces, emprendido, a veces conjuntamente, con instituciones académicas o *think tanks* o ambos⁴⁰.

16. Este proceso aporta una contribución interesante: la aparición de las primeras definiciones de la diplomacia parlamentaria pero, considerando el nivel poco avanzado de la investigación sobre este tema, solo son de índole descriptivo. De lejos la más citada es la de unos *practitioners* (senadores)

³⁵ Por ejemplo, en la actualidad sobre la cuestión nuclear en Corea del Norte, véase MENÉNDEZ DEL VALLE, E. (ex embajador y ex eurodiputado), «La paz en la península coreana ha de ser justa», *El País*, 27 de abril de 2018.

³⁶ OROZCO DEZA, M.-Á. (diputado mexicano), «Diplomacia parlamentaria», *Revista Mexicana de Política Exterior*, vols. 62-63, 2001, pp. 91-109; TRILLO, F. (diputado español), «La diplomacia parlamentaria», *El País*, 2 de abril de 1997; ELORRIAGA FERNÁNDEZ, G. (senador español), «La diplomacia parlamentaria», *Revista de las Cortes Generales*, vol. 54, 2001, pp. 7-20.

³⁷ VÁZQUEZ, R., *op. cit.*, nota 26; ELORRIAGA, G., *La Diplomacia Parlamentaria*, Madrid, Imagine Ediciones, 2004.

³⁸ SQUARCIALUPI, V., *Parliamentary Diplomacy: The Role of International Assemblies*, Report Submitted on Behalf of the Committee for Parliamentary and Public Relations, Assembly of Western European Union, Document A/1685 of June, Bruselas, 2000.

³⁹ SÉNAT, *La diplomatie parlementaire*, Actes du Colloque, Paris, Sénat français, 2001. Véase también PARLIAMENTARY CENTRE, *Parliamentary Diplomacy*, Occasional Papers on Parliamentary Government 16, Ottawa, 2003.

⁴⁰ Por ejemplo, Jornada sobre «Parlamento y Acción Exterior: la Diplomacia Parlamentaria», organizada por el Instituto de Derecho Parlamentario y la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid celebrada el 16 de diciembre de 2010 en Madrid; el Congreso sobre «Parliamentary diplomacy in the Mediterranean region», organizado por el Parlamento Helénico y el Instituto de Relaciones Económicas Internacionales, los días 26-27 de septiembre de 2013 en Atenas; o, la Mesa Redonda sobre «Parliamentary Diplomacy in the Mediterranean» organizada por la Universitat Autònoma de Barcelona/UAB, ARAID y la Universidad de Zaragoza el 12 de septiembre de 2017 en el CIDOB (Barcelona).

dores de los Países Bajos) publicada en una revista dedicada al estudio de la diplomacia:

«La gama completa de actividades internacionales emprendidas por los parlamentarios para aumentar el entendimiento mutuo entre los países, ayudarse mutuamente en mejorar el control de los gobiernos y la representación de los ciudadanos y aumentar la legitimidad democrática de las instituciones intergubernamentales»⁴¹.

17. Y otra muy similar, que se menciona menos y no ha aparecido en una revista académica pero que refleja el mismo sesgo descriptivo:

«La diplomacia parlamentaria comprende un gran número de actividades que incluyen: la conclusión de acuerdos de cooperación interparlamentaria para promover las relaciones entre países; la organización de encuentros y visitas institucionalizados y regulares entre parlamentarios, dirigidos tanto a la resolución de conflictos como al fomento de la confianza, así como al intercambio de conocimientos; el establecimiento de grupos de amistad y comités *ad hoc*; recibir y enviar delegaciones parlamentarias; y la participación en organismos y conferencias interparlamentarios multilaterales, entre los que destacan los IPI»⁴².

18. Otras definiciones descriptivas se han seguido produciendo a lo largo de los años, pero una más reciente e ilustrativa, desarrollada por un *practitioner*, es la siguiente:

«La totalidad de las actividades que lleva a cabo cada parlamento nacional, tanto como entidad colectiva como iniciativas de parlamentarios individuales, en sus propias relaciones con otros parlamentos nacionales o con los llamados *parlamentos internacionales*»⁴³.

19. Todas estas definiciones han despertado el interés del mundo académico con la intención de ir más allá de listados detallados de las actividades internacionales parlamentarias. Esta nueva aproximación⁴⁴ aborda el cómo y el por qué, sin conformarse con solo describir la diplomacia parlamentaria como se había hecho hasta entonces. En el apartado siguiente se recogen ejemplos de estos avances.

⁴¹ WEISGLAS, F. y DE BOER, G., «Parliamentary Diplomacy», *The Hague Journal of Diplomacy*, vol. 2, 2007, núm. 1, pp. 93-99, esp. pp. 93-94.

⁴² IPU, «Parliamentary Involvement in International Affairs», *Report to II World Conference of Speakers of Parliaments*, Nueva York, 7-9 de septiembre de 2005, p. 8.

⁴³ PIAZZI, S., Contribution by Ambassador Sergio Piazza, Secretary General of the Parliamentary Assembly of the Mediterranean (PAM) on the occasion of the conference: *South East European cooperation process parliamentary assembly - regional synergies, strategic cooperation and parliamentary diplomacy* (Sofía, Bulgaria, 6 de noviembre de 2015); en la misma línea, véase también GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P., *op. cit.*, nota 33; DIRECCIÓN DE RELACIONES INTERNACIONALES PARLAMENTARIAS, *Diplomacia Parlamentaria de la Asamblea Nacional de Nicaragua*, Managua, 2015.

⁴⁴ Véase, en particular, STAVRIDIS, S., «Parliamentary Diplomacy: Some Preliminary Findings», *Jean Monnet Working Papers in Comparative and International Politics of the University of Catania*, Catania, 2002, núm. 48; BEETHAM, D., *Parliament and Democracy in the Twenty-first Century: A Guide to Good Practice*, Interparliamentary Union, 2006.

3. EJEMPLOS DE DIPLOMACIA PARLAMENTARIA: CARACTERÍSTICAS Y FUNCIONES

20. La literatura ha identificado una serie de características y funciones para la diplomacia parlamentaria como un fenómeno global⁴⁵. Las publicaciones más recientes sobre el tema llegan a un conjunto de conclusiones preliminares sustentadas en una plétora de estudios de casos, llevados a cabo como parte de varios proyectos de investigación académica: se examinan 35 casos en todo el mundo (24 sobre las relaciones internacionales del Parlamento Europeo y otros 11 sobre diferentes asambleas parlamentarias, incluidas las nacionales), además de otras publicaciones previas, que incluyen más estudios de casos⁴⁶.

21. Por tanto, el estudio de la diplomacia parlamentaria ha entrado en una nueva fase de análisis sistemático y exhaustivo, incluso de tipo comparativo. Las principales características atribuidas al rol, actividad e impacto internacionales de los parlamentarios en el mundo son: primero, que se trata de un proceso flexible y a menudo informal; segundo, que suponen niveles múltiples y capas múltiples, a menudo superpuestas (y que se refuerzan mutuamente) que van desde lo local a lo global pasando por lo nacional, lo regional y lo interregional; y, tercero, que involucran a múltiples actores, ya que los parlamentarios interactúan no solo con sus homólogos, sino también con otras personas y entidades en asuntos mundiales, tales como representantes estatales, actores de la sociedad civil, o de micro y macro regiones, etc. La literatura también ha identificado una pregunta crucial sobre si la diplomacia parlamentaria: ¿Es, y/o debería ser, *complementaria* o *alternativa* a la diplomacia estatal tradicional?

22. Lo que sigue ilustra algunos de estos puntos. No se pretende ofrecer un análisis completo de la diplomacia parlamentaria, sino simplemente abordar algunas cuestiones clave que este interés académico reciente ha identificado, en particular, con miras a futuras investigaciones.

3.1. Flexibilidad/informalidad

23. Los parlamentarios «son representantes de un pueblo, lo que tal vez les da más peso político que las ONG, pero al mismo tiempo sus acciones no necesariamente comprometen a un gobierno, *lo que puede facilitarles el operar en situaciones particularmente delicadas*»⁴⁷. Por tanto, durante o después de conflictos militares, los parlamentarios pueden actuar para mejorar

⁴⁵ Lo que sigue se basa ampliamente en STAVRIDIS, S., «Conclusions: Parliamentary Diplomacy as a Global Phenomenon», en STAVRIDIS, S. y JANCIC, D., *op. cit.*, nota 14, pp. 368-338.

⁴⁶ Véanse los ensayos y artículos en STAVRIDIS, S. y GIANNIOU, M. (eds.), Special issue on «Parliamentary Diplomacy in the Mediterranean», *Mediterranean Quarterly: A Journal of Global Issues*, vol. 27, 2016, núm. 4, pp. 2-148; y en STAVRIDIS, S. y JANCIC, D., *op. cit.*, nota 14.

⁴⁷ WEISGLAS, F. y DE BOER, G., *op. cit.*, nota 41, p. 93, cursiva añadida.

las relaciones entre los beligerantes antes de cualquier avance diplomático real. Esto puede lograrse a nivel individual, por ejemplo, el éxito del senador estadounidense Jesse Jackson en la liberación de prisioneros de guerra en Irak en 1991 o en Serbia en 1999. Y, de manera colectiva, puede conseguirse facilitando cambios en cuestiones fundamentales de política exterior de un Estado, como fue el caso con el reconocimiento del Estado de Israel por Grecia en 1990⁴⁸, o las actuales presiones para el reconocimiento del Estado palestino, teniendo en cuenta la reciente avalancha de votos parlamentarios a favor de un Estado palestino⁴⁹. Otro ejemplo es el hecho de que parlamentarios israelíes y palestinos sigan reuniéndose en las IPI incluso cuando hay crisis graves entre estas dos partes en la región⁵⁰.

24. Franklin de Vrieze utiliza el ejemplo de Kosovo en el Proceso de Cooperación de Europa Sudoriental, y en particular en cómo la reconciliación regional representa también la «diplomacia parlamentaria en acción»⁵¹. Lo hace a través de dos ejemplos específicos: uno es la creación de la Secretaría de la Asamblea Parlamentaria de este Proceso, y el otro es la inclusión de Kosovo en su dimensión parlamentaria, a pesar de no ser reconocido como un Estado independiente por una serie de Estados, incluidos cinco miembros de la UE⁵². No obstante, el hecho de que Serbia no estuviera de acuerdo con la presencia kosovar no bloqueó su participación en la asamblea: un ejemplo práctico de la influencia parlamentaria sobre la diplomacia tradicional. Será interesante ver cómo en el futuro se desarrolla este ejemplo de diplomacia parlamentaria, en particular en vista de la presidencia kosovar de dicha IPI prevista para 2019-2020.

3.2. Complementariedad o alternativa

25. Este es un tema clave de la diplomacia parlamentaria que la literatura también ha planteado después de tal identificación por parte de los propios

⁴⁸ «A First in Greek-Israeli Relations: Greek Parliamentary Delegation to Visit Israel Next May», *Jewish Telegraphic Agency*, 30 de diciembre de 1986, disponible en <http://www.jta.org/1986/12/30/archive/a-first-in-greek-israeli-relations-greek-parliamentary-delegation-to-visit-israel-next-may>.

⁴⁹ OLIVEIRA MARTINS, B., «A Sense of Urgency»: The EU, EU Member States and the Recognition of the Palestinian State», *Mediterranean Politics*, vol. 20, 2015, núm. 2, pp. 281-287; STAVRIDIS, S., GIANNIOU, M. y COFELICE, A., «EU national Parliaments and the recognition of Palestine: “Really” breaking new ground or “just” adding further support?», *Comillas Journal of International Relations*, 2016, núm. 6, pp. 40-60, disponible en <http://revistas.upcomillas.es/index.php/internationalrelations/article/view/6961/6777>.

⁵⁰ Véase el ejemplo citado por Jordi Pedret, diputado español, durante la crisis de Gaza en 2008: PEDRET, J., «La Asamblea euromediterránea y la protección de derechos humanos», en GARZÓN CLARIANA, G. (ed.), *La Asamblea Euromediterránea - The Euro-Mediterranean Assembly - L'Assemblée euro-méditerranéenne*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 2011, pp. 121-135, esp. p. 134.

⁵¹ DE VRIEZE, F., «The South-East European Cooperation Process and its New Parliamentary Assembly: Regional Dialogue in Action», en STAVRIDIS, S. y JANCIC, D., *op. cit.*, nota 14, pp. 174-192.

⁵² Para el caso español, véase «España rebaja al máximo su presencia en una cita de la UE con Kosovo», *El País*, 16 de mayo de 2018. El presidente del Gobierno español fue el único que no salió en la foto oficial final del evento celebrado en Sofía bajo Presidencia búlgara.

profesionales en publicaciones previas. Hay dos tendencias fácilmente identificables: por un lado, aquellos que reclaman que no solo es imposible sino indeseable utilizar la diplomacia parlamentaria para socavar la diplomacia estatal⁵³ y, por otro lado, aquellos que afirman que, como un alto asesor del presidente del Senado francés lo ha expresado⁵⁴: «Hacemos cosas que el Ejecutivo no puede hacer; de lo contrario, ¿para qué servirían nuestras actividades internacionales?»⁵⁵. Sin entrar en los detalles de este importante debate, el punto de vista preponderante es el que afirma que, como lo ha declarado la ex presidenta del Comité de Asuntos Exteriores de la Asamblea Nacional francesa, y ex ministra y ex eurodiputada Elisabeth Guigou: «Ciertamente no es deseable [que el Parlamento] ejerza un veto o desarrolle una diplomacia paralela. Por otro lado, sería muy útil que los expertos parlamentarios desarrollen su actividad internacional apoyando la diplomacia del ejecutivo mediante un diálogo y una consulta estrechos con este»⁵⁶.

26. Hay numerosos ejemplos de diplomacia parlamentaria que se consideran no solo como una interferencia, sino también como una complicación para las relaciones tradicionales de Estado a Estado. Algunos ejemplos han sido la visita de la presidenta del Comité de Asuntos Exteriores del Congreso de los Estados Unidos Nancy Pelosi a Siria en 2007, a pesar de que la política oficial de Estados Unidos era contraria a tales contactos⁵⁷, o las visitas continuas de parlamentarios franceses a Damasco en medio de las masacres continuas de civiles de la fracasada «Primavera Árabe» en ese país⁵⁸. También, cabe mencionar la invitación a principios de 2015 al primer ministro de Israel por parte de congresistas republicanos⁵⁹, desafiando las advertencias de la Casa Blanca entonces bajo presidencia demócrata (Barack Obama), algo que llevó a varios observadores a hablar de un acto «inconstitucional»⁶⁰.

⁵³ TRILLO, F., *op. cit.*, nota 36; GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P., *op. cit.*, nota 33, p. 6: «Complementa a la diplomacia clásica del ejecutivo, con la que debe cooperar, sin olvidar que al ejecutivo le corresponde la dirección de la política exterior (así, en el art. 97 de la Constitución española). Lo que es correcto desde el punto de vista del Derecho constitucional en este caso, pero extremadamente reductor desde la perspectiva más amplia de las Relaciones Internacionales».

⁵⁴ MARTIN-LALANDE, N., «L'affirmation opportune d'une diplomatie parlementaire alternative», 5 de abril de 2007, disponible en <http://www.dandurand.uqam.ca>.

⁵⁵ Entrevista informal con el autor en París, 16 de febrero de 2016.

⁵⁶ GUIGOU, E., «Article pour la revue de l'ENA», *Assemblée Nationale, Commission des Affaires étrangères*, París, 19 de febrero de 2015.

⁵⁷ MARTIN-LALANDE, N., *op. cit.*, nota 54.

⁵⁸ «Syrie: Quatre élus français ont rencontré Bachar Al-Assad à Damas», *Le Monde*, 25 de febrero de 2015; «Le bureau de l'Assemblée nationale maintient l'agrément du groupe d'amitié France-Syrie», *Le Monde*, 19 de marzo de 2015; «Trois députés de la majorité prévoient de se rendre en Syrie fin septembre», *Le Monde*, 21 de septiembre de 2015.

⁵⁹ BASSETS, M., «Netanyahu augura que el pacto con Irán lleva a una "pesadilla nuclear". El primer ministro israelí intenta frenar en Washington el acuerdo de Obama con Irán», *El País*, 4 de marzo de 2015.

⁶⁰ COBBS, E. A., «Why Boehner's invite to Netanyahu is unconstitutional», 2 de febrero de 2015, disponible en <http://blogs.reuters.com/great-debate/2015/03/01/netanyahu-invite-is-a-symptom-of-boehners-grudge-match-against-the-u-s-constitution/>.

3.3. Contribución a resolución de conflictos

27. En un estudio que hizo David Beetham para la UIP se mencionaban hasta una decena de ejemplos donde parlamentarios habían intentado facilitar soluciones a crisis internacionales y a estabilizar regiones y países en el mundo desde Oriente Medio, en particular Iraq e Irán (sobre la región incluso Afganistán y Palestina); Marruecos (sobre terrorismo), hasta Cabo Verde y Mozambique (sus presidentes actuaron en nombre de los presidentes de los parlamentos lusófonos sobre la crisis en Guinea-Bissau), Armenia, Azerbaiyán, Georgia y Francia (sobre Nagorno-Karabakh)⁶¹. Un estudio sobre la diplomacia parlamentaria canadiense ofrece una lista de los conflictos internacionales donde esta última ha intervenido: Vietnam, Sierra Leona, Kosovo, Sudán, y Corea del Norte⁶².

28. Resulta interesante citar dos ejemplos más, uno en África y el otro en Europa. El primero es el «Foro Amani», un foro parlamentario para impulsar la paz en los Grandes Lagos creado en 1999 en Kampala por los parlamentos nacionales de Burundi, República Democrática del Congo, Kenia, Tanzania, Uganda, Gambia más la Asamblea Legislativa del África Oriental. Al final reunió a 800 parlamentarios que produjeron informes, organizaron misiones de información, congresos internacionales, y varias comparecencias públicas. De este modo contribuyó al éxito de las negociaciones internacionales de paz. A medida que la región se ha vuelto más pacífica, el Foro perdió su razón de ser original y fue desmantelado en 2012⁶³.

29. El segundo ejemplo es la «Misión Cox-Kwasniewski» (2012-2013), una misión conjunta en Ucrania del ex presidente del Parlamento Europeo Pat Cox y del ex presidente de Polonia Aleksander Kwasniewski con el objetivo inicial de mejorar las condiciones de presos políticos, y su posible liberación⁶⁴. Se extendió más allá tanto en el tiempo como en sus metas. Contribuyó a rebajar tensiones entre Ucrania y Rusia, facilitando un diálogo entre ucranianos, con el objetivo de abrir la puerta a una posible consolidación de la democracia en este país. Finalmente, la misión permitió la liberación de varios presos políticos y la mejora en las condiciones de detención de otros, además de consolidar la imagen positiva de la UE en varios círculos políti-

⁶¹ BEETHAM, D., *op. cit.*, nota 44.

⁶² PARLIAMENTARY CENTRE, *op. cit.*, nota 39.

⁶³ MAGLIVERAS, K. y HULIARAS, A., «Understanding Success and Failure in the Quest for Peace: The Pan-African Parliament and the Amani Forum», en STAVRIDIS, S. y JANCIC, D., *op. cit.*, nota 14, pp. 327-342. Véase también, O'BRIEN, M., STAPENHURST, R. y JOHNSTON, N. (eds.), *Parliaments as Peacebuilders in Conflict-affected Countries*, Washington DC, World Bank Publications, 2008.

⁶⁴ Para más detalles, véanse REDEI, L. y ROMANYSHYN J., «The EU's Invisible Diplomacy: The European Parliament's External Action in the Lead-Up to the Ukraine Crisis», *EUSA Biennial Conference*, Boston, 2015; NITIYOU, C. y SUS, M., «The European Parliament's Diplomacy - a Tool for Projecting EU Power in Times of Crisis? The Case of the Cox-Kwasniewski Mission», *Journal of Common Market Studies*, vol. 55, 2017, núm. 1, pp. 71-86. Véase también COX, P., *The Ukrainian Crisis and Geopolitics - An Echo from the Past or the Shape of Things to Come?*, Dublín, Institute of International and European Affairs, 2014.

cos y entre la sociedad civil ucraniana. Por supuesto, era una operación de apoyo a la diplomacia tradicional, en este caso tanto de la UE como la de los países UE miembros del grupo de Minsk (que incluye a Francia y Alemania). Y, aunque no pudo ni parar la violencia en el este de Ucrania (Donbass) ni la anexión un año más tarde de Crimea por parte de Rusia, confirma la naturaleza plural de los niveles, actores y funciones de la diplomacia parlamentaria.

3.4. Tribunales morales

30. Los parlamentos actúan como tribunales morales en el sistema internacional. Esta es una de las conclusiones que más se menciona en la literatura sobre el tema. Sin entrar en los detalles otra vez, solo se mencionarán dos ejemplos de la diplomacia parlamentaria del PE. El primero de ellos es la defensa por parte del PE de los derechos humanos mediante el Premio Sájarov a la Libertad de Conciencia⁶⁵. Desde 2008 existe también «la Red del Premio Sájarov [que] pone en contacto a los diputados del PE con los galardonados con el premio y la sociedad civil para aumentar la cooperación en materia de derechos humanos que se desarrolla tanto en Bruselas como a nivel internacional». En segundo lugar, el PE ha actuado en los últimos años como un promotor del concepto de Responsabilidad de Proteger (o R2P en sus siglas inglesas), un nuevo concepto internacional que ha revolucionado en cierto punto el mundo con su atención particular a atrocidades como el genocidio, los crímenes de guerra, la limpieza étnica y los crímenes de lesa humanidad. Desde 2005 forma parte del glosario internacional⁶⁶ y fue invocado por el Consejo de Seguridad de la ONU para actuar en el conflicto libio en 2011. Sin tratar del caso en cuestión⁶⁷, es suficiente notar que el PE fue un motor principal para su aplicación por países UE durante la primavera árabe en Libia. Aunque esta actuación, tanto su dimensión de «prevención» como en la de «reconstrucción», no han sido exitosas, hay que señalar que en su dimensión «reacción» sí lo ha sido: porque consiguió parar la masacre de civiles, que es el objetivo primordial de la R2P⁶⁸.

⁶⁵ Un galardón anual creado en 1988 y que lleva el nombre del opositor soviético y físico Andréi Dimitriévich Sájarov (1921-1989), Premio Nobel de la Paz en 1975 e inventor de la bomba de hidrógeno soviética, disponible en <http://www.europarl.europa.eu/sakharovprize/es/home.html>. Véase la lista de los galardonados hasta la fecha en <http://www.europarl.europa.eu/sakharovprize/es/laureates.html>.

⁶⁶ Sobre la Responsabilidad de Proteger, véanse *inter alia*: BELLAMY, A., *Global politics and the Responsibility to Protect. From words to deeds*, Londres y Nueva York, Routledge, 2011; DÍAZ BARRADO, C. M., «La responsabilidad de proteger en el derecho internacional contemporáneo: entre lo conceptual y la práctica internacional», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, vol. 24, 2012, pp. 1-40; THAKUR, R., *The Responsibility to Protect - Norms, laws and the use of force in international politics*, Londres y Nueva York, Routledge, 2011.

⁶⁷ Véase JEANGENE VILMER, J.-B., «Ten Myths About the 2011 Intervention in Libya», *The Washington Quarterly*, vol. 39, 2016, núm. 2, pp. 23-43.

⁶⁸ Para detalles véase STAVRIDIS, S. y FERNÁNDEZ MOLINA, I., «El Parlamento Europeo y el conflicto de Libia (2011): ¿una tribuna moral eficiente?», *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, vol. 101, 2013, pp. 153-176.

31. En definitiva, estos dos ejemplos concretos ilustran la actuación como tribunas morales de asambleas parlamentarias. Y los casos comentados anteriormente ponen de manifiesto la realidad de una diplomacia parlamentaria —exitosa o no, porque ni siquiera la diplomacia tradicional siempre obtiene éxitos—.

4. LAS INSTITUCIONES PARLAMENTARIAS INTERNACIONALES (IPI) COMO DIPLOMACIA PARLAMENTARIA⁶⁹

32. No sería completo este análisis de la diplomacia parlamentaria si no se mencionaran las IPI⁷⁰, particularmente relevantes para la diplomacia parlamentaria de dos formas diferentes aunque interrelacionadas: primero, el propio establecimiento de una IPI representa una *praxis* de la diplomacia parlamentaria; segundo, su propio funcionamiento diario, es decir, la diplomacia parlamentaria continúa *en y durante* las actividades de las IPI.

33. Las IPI son «[i]nstituciones internacionales de carácter parlamentario, cuyos miembros son elegidos o designados por legislaturas o por el electorado para representarlos»⁷¹. Existen entre cuarenta⁷² y alrededor de un centenar⁷³. Lo importante es tener en cuenta que su proliferación ocurre en dos fases, una tras la Segunda Guerra Mundial, especialmente en Europa y América Latina, y la segunda después del final de la Guerra Fría a nivel mundial⁷⁴.

34. Existen dos tipos de IPI: una versión más institucionalizada y relacionada formalmente con una organización internacional, y otra más informal y sin vínculo similar⁷⁵. Otras tipologías distinguen entre las IPI de integración

⁶⁹ Esta Parte del estudio también se basa en la propia experiencia del autor como «observador académico» en las siguientes sesiones de IPI: 2a Sesión ordinaria del Foro Parlamentario Euromediterráneo celebrada en Bruselas en febrero de 2001; 4a Sesión ordinaria de la Asamblea Parlamentaria Euromediterránea (APEM) celebrada en Atenas en marzo de 2008; 31a Sesión Plenaria de la Asamblea Parlamentaria de Cooperación del Mar Negro (PABSEC) celebrada en Atenas en junio de 2008; 3a Sesión Plenaria de la Asamblea Parlamentaria del Mediterráneo (PAM) celebrada en Mónaco en noviembre de 2008; 4a Sesión Plenaria de la Asamblea Parlamentaria Euro-Latinoamericana (EUROLAT) celebrada en Sevilla en mayo de 2010; 21a Sesión Plenaria de la Asamblea Parlamentaria de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE-PA) celebrada en Mónaco en julio de 2012; 7a Sesión Plenaria de la Asamblea Parlamentaria Euro-Latinoamericana (EUROLAT) celebrada en Atenas en marzo de 2014; 5a Sesión anual de la Conferencia Interparlamentaria sobre la PES-PCSD celebrada en Roma en noviembre de 2014.

⁷⁰ COFELICE, A., *Parliamentary Institutions in Regional and International Governance: Functions and Powers*, Londres, Routledge, 2019.

⁷¹ COFELICE, A. y STAVRIDIS, S., «The European Parliament as an International Parliamentary Institution (IPI)», *European Foreign Affairs Review*, vol. 19, 2014, núm. 2, pp. 145-178, esp. p. 145.

⁷² DE PUIG, L. M., *International Parliaments*, Estrasburgo, Council of Europe Publishing, 2008.

⁷³ KISSLING, C., *The Legal and Political Status of International Parliamentary Institutions*, Berlín, Committee for a Democratic UN, 2011.

⁷⁴ CRUM, B. y FOSSUM, J. E., *op. cit.*, nota 19; COSTA, O., DRI, C. y STAVRIDIS, S., *op. cit.*, nota 19.

⁷⁵ Véase SABIC, Z., *op. cit.*, nota 28. Véase también COSTA, O., DRI, C. y STAVRIDIS, S., «Conclusions», en COSTA, O., DRI, C. y STAVRIDIS, S., *op. cit.*, nota 19, pp. 231-245.

regional (o interregional) y las demás⁷⁶, es decir, el objetivo de las IPI no es el mismo y como consecuencia se deben analizar de maneras diferentes. Esta tipología es útil porque insiste en las divergencias que existen en las razones de crear las dichas IPI, pero hay que añadir que no toma en consideración otra cuestión importante: las IPI de integración tienen relaciones externas que comprenden las de tipo diplomático parlamentario.

35. Algunas IPI son más activas que otras —con el PE considerado con razón como una de sus expresiones más avanzadas y sofisticadas, incluso en lo que se refiere a sus relaciones internacionales—⁷⁷ y cubren una amplia gama de políticas. Recientemente, las IPI han tratado de promover la cooperación antiterrorista en todo el mundo. Un buen ejemplo es la cooperación sistemática entre la Asamblea Parlamentaria del Mediterráneo (PAM) y la ONU en ese asunto⁷⁸.

36. Otro tema de investigación relativo a la proliferación de las IPI es si son algo positivo o negativo, y si deberían racionalizarse. Por ejemplo, en el Mediterráneo, hay al menos 23 IPI cuando había solo ocho en 1992. A ellas hay que añadir 66 cámaras de todos los parlamentos nacionales, *sin contar* las asambleas parlamentarias de los Estados federales o descentralizados en la zona⁷⁹.

5. CONCLUSIONES

37. Nuestras conclusiones se refieren principalmente a los ámbitos de la diplomacia parlamentaria que necesitan un análisis más profundo y deben ser objeto de futuras investigaciones.

38. No cabe duda de que la institucionalización de la cooperación interparlamentaria internacional se ha desarrollado mucho más allá de la cooperación «técnica tradicional». Sin embargo, este autor encuentra totalmente improductivo e innecesario un enfoque reciente que sostiene que se debe ignorar la literatura existente sobre diplomacia parlamentaria con el argumento de que se debe priorizar la investigación sobre la cooperación parlamentaria internacional⁸⁰. De hecho, no hay razón para ver contradicción alguna entre ambas temáticas. Lo contrario llevaría a ignorar importantes desarrollos internacionales: por ejemplo, en noviembre de 2018 senadores estadounidenses votaron con una amplia mayoría a favor de frenar el apoyo de la Administración Trump a Arabia Saudí en su guerra en Yémen en par-

⁷⁶ MALAMUD, A. y STAVRIDIS, S., *op. cit.*, nota 15. Véase también COSTA, O., DRI, C. y STAVRIDIS, S., *op. cit.*, nota 19.

⁷⁷ STAVRIDIS, S. e IRRERA, D., *op. cit.*, nota 29.

⁷⁸ Para detalles véase www.pam.int.

⁷⁹ COFELICE, A. y STAVRIDIS, S., *Mapping the proliferation of parliamentary actors in the Mediterranean: facilitating or hindering cooperation?*, Roma, IAI Working Paper, 2017.

⁸⁰ GARCÍA CHOURIO, J.-G., «La cooperación parlamentaria internacional en la era de gobernanza global», *Revista de Relaciones Internacionales de la UNAM*, enero-abril de 2018, núm. 130, pp. 11-51.

te debido al «caso Khashoggi». Si esto fuera analizado desde la perspectiva de «solo un ejemplo más» de cooperación parlamentaria internacional, entonces no sería posible evaluar correctamente la importancia de este proyecto de resolución⁸¹. Esta falta de aceptación de una nueva realidad parlamentaria global simplemente ignora que existe ya un «mundo de relaciones parlamentarias»⁸², una pluralidad que se debe estudiar como tal.

39. A continuación enunciamos unas preguntas generales sobre el tema para promover posibles pistas para futura investigación: ¿representan todas las actividades internacionales de los parlamentarios «diplomacia parlamentaria»? ¿Cuáles son sus implicaciones para las Relaciones Internacionales, y para la diplomacia como concepto y como práctica? Como señala Miguel Ángel Giménez Martínez —citando a otro *practitioner* de la diplomacia parlamentaria, Luciano Volante, ex presidente de la *Camera dei deputati* italiana—, deberán «incorporarse las actividades internacionales [de los parlamentos] en el marco de un proyecto político, en un diseño que defina los agentes, las metas y los plazos, y contribuya a la consolidación del papel internacional de país en forma sinérgica con las políticas gubernamentales»⁸³. Es decir, nos queda mucho trabajo para entender, explicar y evaluar este nuevo fenómeno. Hay que avanzar proponiendo una definición de la diplomacia parlamentaria que vaya más allá de unas listas descriptivas, de un catálogo de actividades y acciones internacionales, como tantas producidas hasta la fecha.

40. En cuanto a las líneas en las que deberán concentrarse futuras investigaciones, podemos preguntarnos si la diplomacia parlamentaria debe apoyar, complementar o servir de posible alternativa a la diplomacia tradicional estatal: una cuestión que llega al corazón del mundo moderno. Otra de las cuestiones que debería ser objeto de investigación futura y que ha sido mencionada brevemente en la introducción de este artículo es la relativa a ¿cuál debe ser el rol de los parlamentos en la definición misma del interés nacional (lo que se refiere al dominio «*régalien*» en francés)?

41. Otro tema importante es el de si se debe hablar con parlamentarios no-democráticos, o interrumpir relaciones con países que defrauden políticamente hablando, interna o externamente. Hay pocas dudas de que la falta de

⁸¹ Véase «Rebuking Trump, senators back effort to suspend U.S. support for Saudi-led war in Yemen», *The Washington Post*, 28 de noviembre de 2018, disponible en https://www.washingtonpost.com/powerpost/pompeo-mattis-to-brief-senate-on-saudi-arabia-khashoggi-and-yemen/2018/11/27/ee4e36c0-f28a-11e8-bc79-68604ed88993_story.html?utm_term=.a50b74bdade6; véase también PARIS, G., «Affaire Khashoggi: le Sénat inflige un désaveu à Donald Trump - Les sénateurs américains ont envoyé mercredi le signal fort qu'ils souhaitent punir l'Arabie saoudite pour son rôle dans le meurtre du journaliste», *Le Monde*, 29 de noviembre de 2018.

⁸² RAUBE, K., WOUTERS, J. y MÜFTÜLER-BAC, M., «A world of parliamentary relations? Parliamentary cooperation and diplomacy in EU external relations», en RAUBE, K., MÜFTÜLER-BAC, M. y WOUTERS, J. (eds.), *Parliamentary Cooperation and Diplomacy in EU External Relations - An Essential Companion*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2019 (en prensa).

⁸³ GIMÉNEZ MARTÍNEZ, M.-Á., «Los inicios de la diplomacia parlamentaria en España durante la legislatura constituyente (1977-1979)», *Espacio, Tiempo y Forma* (Serie V Historia Contemporánea), vol. 24, 2014, pp. 403-415, esp. p. 406.

democracia en la mayoría de los países involucrados con los cuales se «hace» la diplomacia parlamentaria complica la situación. Pero hay que notar que países no-democráticos también utilizan la diplomacia parlamentaria para promover sus propios intereses, como ocurrió durante la crisis sobre el uso de armas químicas en Siria en 2013: parlamentarios sirios contactaron directamente sus contrapartes francesas con el fin de intentar bloquear cualquier ataque por parte de Francia⁸⁴. Por otras razones esto no ocurrió, pero la causa fue de índole también parlamentario: la Cámara de los Comunes no apoyó la demanda de su gobierno para intervenir militarmente⁸⁵.

42. Otra cuestión interesante es la de averiguar si una proliferación de entes parlamentarios facilita o no, y si consolida o no, la democratización de un continente o de una región como ha sido el caso en Europa desde 1945. No hay que generalizar siempre desde el ejemplo europeo —el PE como la IPI más sofisticada y avanzada en el mundo—⁸⁶ pero lo que era un continente de guerras y conflictos se ha convertido como uno de los más pacíficos y desarrollados tanto políticamente como económicamente. Lo que Shimon Peres ha descrito como: «La UE es un sueño que terminó en un milagro»⁸⁷.

43. También deberá analizarse la relación entre los diferentes niveles de parlamentarismo en el mundo como no solo los parlamentos nacionales o los parlamentos inter/regionales participan en estos procesos, sino también los parlamentos de los entes sub-estatales/autonómicos (las Comunidades Autónomas en España)⁸⁸. Por ejemplo, Cataluña no pertenece a la Organización Internacional de la Francofonía (OIF), pero su *Parlament* sí que pertenece a la Asamblea Parlamentaria de la OIF. Entre otras cosas, permite una protodiplomacia parlamentaria en un foro internacional donde hay otros miembros que tienen similares políticas e intenciones como Quebec⁸⁹.

⁸⁴ STAVRIDIS, S., «The French Parliament and the conflicts in Libya and Syria», en STAVRIDIS, S. y GIANNIOU, M., *op. cit.*, nota 46, pp. 21-41, esp. pp. 35-36.

⁸⁵ KAARBO, J. y KENEALY, D., «Precedents, parliaments, and foreign policy: historical analogy in the House of Commons vote on Syria», y MELLO, P. A., «Curbing the role prerogative to use military force: the British House of Commons and the conflicts in Libya and Syria», ambos en *West European Politics*, vol. 40, 2017, pp. 62-79 y 80-100.

⁸⁶ Véase COFELICE, A. y STAVRIDIS, S., *op. cit.*, nota 79.

⁸⁷ En un discurso en el PE durante su visita a las instituciones de la UE en marzo de 2013, disponible en <http://www.bnaibrithurope.org/bbeurope/en/what-we-do/public-policy/382-shimon-peres-visits-european-union-institutions>.

⁸⁸ Para un estudio jurídico del tema, véase ARRUFAT CÁRDABA, A.-D., *Asambleas Autonómicas y Acción Exterior*, Valencia, Corts Valencianes, 2009.

⁸⁹ Véase PALOMARES AMAT, M., *La participació del Parlament de Catalunya en l'Assemblea Parlamentària de la Francofonia / La participation du Parlement de Catalogne à l'Assemblée parlementaire de la Francophonie*, Barcelona, Parlament de Catalunya, Testimonis Parlamentaris, 37, 2016. Véase también Go, S. (Université Paris 8, France), «Cultural diplomacy at the service of proto-diplomacy? The case of the Generalitat and the Parlament de Catalunya», Paper presented to the 2nd WORKSHOP - Security & Stability in the Mediterranean and the Middle East organized by the Institute of International Economic Relations (IIER/IDOS) of Athens in collaboration with the Department of Political and Social Sciences of the University of Catania; the Department of Mediterranean Studies of the University of the Aegean (Rhodes); the Université Clermont Auvergne (UCA); Fundación ARAID (Zaragoza); and the Research Unit on European & International Studies of the University of Zaragoza, with the additional support of the Parliamentary Assembly of the Mediterranean/PAM (Athens, 25-27 de mayo de 2017).

44. Finalmente, otro tema de estudio debe ser el papel de los individuos, en este caso tanto de los parlamentarios como de los funcionarios trabajando en las secretarías de estos entes parlamentarios. Se necesita más investigación tanto de los informes y otras publicaciones que se producen de manera regular y constante como de las entrevistas sistemáticas sobre estos temas que se ofrecen. Un análisis académico sobre si existe o no «turismo parlamentario» o si solo, como en todas las profesiones y los puestos electos, hay buenas prácticas o malas prácticas. Ejemplo de ello es el caso del senador del Partido Popular, Pedro Agramunt, quien dimitió de su puesto de presidente de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en octubre 2017 cuando se le acusó de beneficiar al gobierno de Azerbaiyán a cambio de sobornos —investigación finalizada en 2018 con la publicación de un informe de más de 250 páginas⁹⁰ que habla de pagos ilegales, de prostitutas o incluso de «caviar»—⁹¹. Agramunt asegura que todo es falso y que ese informe es inquisitorio⁹².

45. En términos más institucionales cabe preguntarse cómo obtener cierta continuidad en lo internacional; lo que es lo mismo, cómo asegurarse de que los parlamentarios involucrados en diplomacia parlamentaria son también expertos en los temas en los cuales participan. Así, el PE desde hace un tiempo ha armonizado la membresía de sus eurodiputados de la Comisión de Desarrollo con la de su Asamblea Interparlamentaria con los países ACP (África, Caribe y Pacífico). Este sistema permite no solo una mejor coherencia entre el PE y sus relaciones con estos países sino dentro de las diversas opiniones que existen en el mismo PE⁹³.

46. Uno de los objetivos de este estudio es incentivar más investigación sobre la diplomacia parlamentaria. Por el momento, utilizamos la definición siguiente: «Cualquier actividad o acto de carácter diplomático que implica al menos un actor parlamentario (persona o entidad)»⁹⁴. Quizá sería necesario, teniendo en cuenta la opinión de Volante (véase más arriba), añadir «y que intenta impactar sobre un tema internacional o interno con implicaciones internacionales». Caben pocas dudas sobre el hecho de que seguimos en una fase de consolidación del interés académico sobre el tema, pero aún falta mucha investigación, especialmente sobre cómo diseñar criterios de evaluación de su impacto. Por esa razón se necesita mucho trabajo empírico. Este artículo es un primer paso en esta dirección.

⁹⁰ <http://assembly.coe.int/Communication/IBAC/IBAC-GIAC-Report-EN.pdf>.

⁹¹ Sobre la «diplomacia del caviar», véase «Bakou s'achète une influence en Europe», *Le Monde*, 6 de septiembre de 2017. Véase también SÁNCHEZ, Á., «El Consejo de Europa inhabilita 10 años al senador del PP Agramunt por corrupción. No podrá ser observador electoral ni presidir comisiones en una década», *El País*, 16 de mayo de 2018.

⁹² www.lasexta.com, 24 de abril de 2018.

⁹³ DELPUTTE, S., «The ACP-EU Joint Parliamentary Assembly Seen by its Members: Empowering the Voice of People's Representatives?», *European Foreign Affairs Review*, vol. 17, 2012, núm. 2, pp. 241-260.

⁹⁴ STAVRIDIS, S., Conferencia sobre «La diplomatie parlementaire dans l'espace méditerranéen: quel impact?», *Séminaire régional de l'Organisation Internationale de la Francophonie sur «La diplomatie parlementaire: quel rôle pour les parlements dans les relations internationales?»*, organizado por la Academia Diplomática de Viena (13-17 de junio de 2016).

RESUMEN**LA DIPLOMACIA PARLAMENTARIA: EL PAPEL DE LOS PARLAMENTOS
EN EL MUNDO**

Este texto trata de la diplomacia parlamentaria. Primero pregunta si es un oxímoron o una realidad. Explica cómo el interés ahora también es de tipo académico, después de haber sido inicialmente solo el campo de los *practitioners*. El estudio muestra cómo, a partir del significado de «diplomacia de la conferencia», el concepto y su práctica se han convertido ahora en una nueva forma de diplomacia. El artículo incluye varios ejemplos de esta práctica. El ensayo también menciona las Instituciones Parlamentarias Internacionales (IPI) como una evidencia empírica de la «parlamentarización» de los asuntos mundiales, pero también de la diplomacia parlamentaria.

Palabras claves: diplomacia parlamentaria, Instituciones Parlamentarias Internacionales (IPI), nuevas formas de diplomacia, parlamentarización, Relaciones Internacionales.

ABSTRACT**PARLIAMENTARY DIPLOMACY: THE ROLE OF PARLIAMENTS IN THE WORLD**

This study is about parliamentary diplomacy. It begins by asking if it is an oxymoron or a reality. It explains how, after having initially been of the realm of practitioners alone, now there is also academic interest in it. The article shows how from its initial meaning of «conference diplomacy», both the concept itself and its practice now represent a new form of diplomacy. The essay includes several illustrations of this practice and also mentions International Parliamentary Institutions (IPIs) as further empirical evidence of the «parliamentarization» of global affairs but also as yet another practical example of parliamentary diplomacy.

Keywords: parliamentary diplomacy, International Parliamentary Institutions (IPIs), new forms of diplomacy, parliamentarization, International Relations.

Coordinación a cargo de
Montserrat ABAD CASTELOS
(Derecho Internacional Público)
Inmaculada MARRERO ROCHA
(Relaciones Internacionales)

LAND GRABBING EN EL DERECHO INTERNACIONAL: PROBLEMAS Y PERSPECTIVAS

EL ANÁLISIS DEL *LAND GRABBING* A LA LUZ DE LA NORMA INTERNACIONAL DE LA SOBERANÍA TERRITORIAL

Michele NINO*

En las siguientes líneas se examinará el fenómeno del *land grabbing* (conocido también como *rush for land* o acaparamiento de tierras) a la luz de una de las instituciones más importantes del Derecho internacional público: la norma internacional reguladora de la soberanía territorial. El objetivo del análisis será determinar si existe o no compatibilidad entre la norma antes indicada y la puesta en marcha de regímenes de acaparamiento de tierras.

El *land grabbing* consiste en la adquisición o arrendamiento (por un periodo que, normalmente, oscila entre cincuenta y noventa y nueve años) de amplias secciones de tierra en países subdesarrollados o en vías de desarrollo, por parte de gobiernos o inversionistas privados provenientes de países «ricos» o industrializados. Esta práctica encuentra su origen en la crisis alimentaria y económica que ocurrió entre los años 2007 y 2008 a causa de factores conectados al fenómeno de la globalización, tales como: la urbanización; el crecimiento de la población mundial; el agotamiento de recursos naturales y la falta de tierras en algunos países; el aumento del precio de productos de primera necesidad y, en general, de los productos agroalimentarios en los mercados internacionales; el incremento del precio del petróleo y la consiguiente demanda de biocombustibles; así como la escasez de recursos hídricos y el aumento de la demanda de agua para la producción de etanol

* El autor es Profesor Titular de Derecho Internacional en el Departamento de Ciencias Jurídicas (Facultad de Derecho) de la Universidad de Salerno, Italia. Antes de ocupar su puesto actual, fue Investigador de Derecho Internacional, Profesor Agregado de Derecho Internacional y Profesor Agregado de Derecho Internacional de los Conflictos Armados en el Departamento de Ciencias Jurídicas (Facultad de Derecho) de la Universidad de Salerno (mmino@unisa.it).

(de particular importancia para la elaboración de biocombustibles). El surgimiento de estas circunstancias despertó en los países desarrollados (p. ej., Qatar, Brasil, China, Estados Unidos de América y algunos países europeos como Francia, Alemania, Italia y Reino Unido) y sus inversionistas un particular interés en el mercado agroalimentario, en especial, en la realización de proyectos de inversión destinados al uso y a la explotación de tierras y recursos naturales de Estados emergentes ubicados en el continente africano y, en menor medida, en América del Sur, Centro América, Europa Oriental y Asia. Esta práctica se explica por el hecho de que normalmente los países «pobres» cuentan con gran riqueza en materia de recursos naturales y terrenos fértiles, pero no de medios económicos para explotarlos; mientras que los países «ricos» disponen de medios económicos, pero no de terrenos ni recursos adecuados para la producción de comida y agua. El objetivo principal del *land grabbing* es garantizar la seguridad alimentaria y energética de los Estados inversionistas y sus respectivas poblaciones, mediante la explotación de las tierras de los países receptores. Los inversionistas privados, por su parte, utilizan el acaparamiento de tierras para satisfacer sus intereses económicos.

El *land grabbing* es susceptible de ser considerado desde dos puntos de vista: uno positivo y otro negativo. De acuerdo con el enfoque positivo, este fenómeno es una oportunidad de desarrollo socioeconómico y de mejoramiento de las condiciones de vida de los países en donde los proyectos de inversión son llevados a cabo. Según el enfoque negativo (posición prevaleciente), las ventajas asociadas al *rush for land* son superadas principalmente por tres factores de riesgo. El primero de ellos es la inobservancia de la norma consuetudinaria relativa a la soberanía territorial, pues la puesta en marcha de regímenes de acaparamiento de tierras podría limitar significativamente el poder de gobierno del Estado receptor. El segundo factor corresponde a las posibles violaciones de derechos humanos (y, más en general, de intereses jurídicos subjetivos) de las poblaciones locales, que son frecuentemente despojadas de las tierras que cultivan y utilizan para garantizar su supervivencia, sin tener la oportunidad de participar en las decisiones relativas a las mismas y sin recibir una adecuada compensación por las evicciones sufridas. Esto último, debido a que normalmente dichas poblaciones son poseedoras de las tierras, pero no ostentan la titularidad del derecho de propiedad, al corresponder este al Estado. El *land grabbing*, además, tiende a limitar el acceso de los habitantes a los recursos alimentarios e hídricos. Asimismo, por regla general, los acuerdos entre los Estados receptores y los inversionistas no prevén beneficios para las poblaciones locales —p. ej., derivados de programas de desarrollo e inversión—, con el resultado de marginarlas y no garantizarles la mejora de sus condiciones económicas y sociales. Finalmente, el tercer factor de riesgo consiste en la falta de protección al medio ambiente y a la biodiversidad. Teniendo en cuenta lo antes expuesto, es posible advertir que la implementación de los regímenes bajo análisis podría afectar al ejercicio de los poderes soberanos del Estado territorial en el ámbito de su propia esfera espacial, así como al uso y disfrute de los recursos naturales y de las tierras tradicionalmente ocupadas y cultivadas por las poblaciones locales para ase-

gurar su sobrevivencia. Es por ello que un análisis jurídico del *land grabbing* —en especial, una evaluación de su legitimidad en virtud del ordenamiento jurídico internacional— debe realizarse tanto a la luz de la norma internacional protectora de la soberanía territorial como del principio de soberanía permanente sobre los recursos naturales.

Respecto a la norma relativa a la soberanía territorial, es preciso señalar que desde finales del siglo XIX han surgido una serie de posiciones doctrinales enfocadas a definir su contenido, alcance y naturaleza. Se trata, principalmente, de las siguientes: 1) la teoría del Estado-sujeto o del territorio-espacio (*Raumtheorie* o *Eigenschaftstheorie*) —elaborada y desarrollada por parte de la doctrina alemana entre 1800 y 1900 (Fricker, Jellinek y Preuss), así como por otros importantes estudiosos italianos (Cavaglieri, Ghirardini y Romano) y franceses (Carré de Malberg)—, que considera que el territorio es, al mismo tiempo, un elemento constitutivo del Estado y una expresión de su personalidad; 2) la teoría del territorio-objeto (*Objekttheorie* o *Eigentumstheorie*) —ideada a inicios de 1900 por Donati en Italia y por Fauchille en Francia, y seguida por muchos estudiosos italianos y angloparlantes del siglo pasado (Ago, Capotorti, Arangio-Ruiz, Baldoni, Barile, Balladore Pallieri, Giuliano, Lawrence, Oppenheim, O'Connell, Hall)—, que identifica al territorio como un bien u objeto de un derecho real del Estado, y 3) la teoría de la competencia (*Kompetenztheorie*) —inicialmente elaborada por Radnitzky, sistematizada definitivamente por Kelsen y Verdross, y seguida por no pocos autores (Abi-Saab, Basdevant, Bourquin, Guggenheim, Henrich, Monaco, Rousseau, Scelle, Schoenborn, Virally)—, que reconoce la protección por parte del ordenamiento jurídico internacional de la actividad estatal realizada en una esfera espacial definida, dentro del ámbito de la noción de competencia.

Sobre el particular, se debe señalar que ninguna de las teorías antes referidas ha sido capaz de determinar el contenido exacto de la norma internacional de la soberanía territorial. La *Raumtheorie*, por un lado, no está fundada sobre bases propiamente jurídicas. Por otro lado, las otras dos teorías indicadas no explican ni la naturaleza ni el alcance de la actividad del Estado fuera de su propio ámbito territorial (p. ej., en espacios más allá de la jurisdicción nacional, como el espacio aéreo internacional o el alta mar). Así, la *Objekttheorie* se basa en la identificación estática del territorio como *res*, objeto de dominio del Estado, y considera a la actividad de este último —realizada en su propio territorio— de la misma manera que a la actividad llevada a cabo por el propietario respecto de su propio bien. La *Kompetenztheorie*, por su parte, está fundada en una articulación no equilibrada de las competencias estatales, pues atribuye prevalencia al criterio espacial sobre los otros criterios que definen la soberanía (aquellos de naturaleza personal, temporal y material).

Existe, sin embargo, una cuarta teoría que tiende a superar los problemas previamente señalados: la teoría «funcional». Esta última fue concebida por Quadri a partir de 1940 y sistematizada por Conforti a finales de los años cincuenta. Según Conforti, el Derecho internacional tutela el poder del gobierno, no solo espacialmente (dentro del territorio del Estado), sino tam-

bién funcionalmente (fuera de su territorio). La actividad realizada fuera del territorio estaría protegida para permitir al propio Estado la consecución de algunos intereses básicos (p. ej., la represión de la piratería)¹. No obstante, la teoría «funcional», aun resolviendo parte del problema sobre la identificación del contenido exacto de la norma internacional relativa a la soberanía territorial, no ha logrado hacerlo de manera plena y comprehensiva. Por lo cual, resulta necesario integrar esta teoría con la llamada teoría «colectiva», elaborada en la década de los años sesenta por Paone.

De acuerdo con este autor, el Derecho internacional protegería no solo el ejercicio del poder de imperio de los órganos de gobierno (como afirma la teoría «funcional»), sino también las actividades realizadas por particulares, en la medida en que las mismas afecten la actividad gubernativa del Estado dentro de su territorio. La validez de la mencionada teoría se ve confirmada por los postulados de importantes autores que han resaltado el cambio en el alcance de la norma de la soberanía territorial en relación con algunas áreas específicas del Derecho internacional; a saber: 1) en el campo de la tutela de los recursos naturales, Abi-Saab considera el principio de la soberanía permanente sobre dichos recursos, no solo como un atributo del Estado, sino también como un derecho de la población; 2) en el campo de la protección de los derechos humanos, Carrillo Salcedo y Reisman han puesto en evidencia el cambio en el régimen tradicional relativo a la norma de soberanía, luego de la afirmación de los derechos humanos, subrayando el surgimiento de un contraste entre la soberanía del Estado y la tutela internacional de tales derechos, y 3) en relación con el sector del comercio internacional, y, en particular, en el ámbito de la interacción entre los países industrializados y los países en desarrollo, destacan Benchikh y Mahiou, que proponen la noción de soberanía «descentralizada». Según ellos, la dependencia económica significativa de los países emergentes con respecto a los Estados «ricos» no permite a los primeros ejercer una soberanía «centralizada». Estos autores sostienen que, para remediar esta situación, es esencial la actividad realizada por la población de los países en vías de desarrollo orientada al uso eficiente de los recursos naturales y de la riqueza nacional y, en última instancia, a consentir a sus gobiernos ejercitar una soberanía «centralizada»².

¹ CONFORTI, B., *Il regime giuridico dei mari. Contributo alla ricostruzione dei principi generali*, Nápoles, Jovene, 1957, pp. 82, 104, 106-107, 110 y 116; *id.*, «Cours général de droit international public», *Recueil des cours*, vol. 212, 1988-V, pp. 9-210, esp. pp. 152 y ss.; *id.*, *Diritto internazionale*, 10.^a ed., Nápoles, Editoriale Scientifica, 2014, p. 204.

² PAONE, P., *Contributo allo studio della tutela giuridica internazionale dell'attività statale*, Milán, Giuffrè, 1961, pp. 71 y ss., en particular, pp. 89-90, 102, 110, 113 y 121; ABI-SAAB, G., «Cours général de droit international public», *Recueil des cours*, vol. 207, 1987-VII, pp. 9-463, esp. p. 337; CARRILLO SALCEDO, J. A., «Droit international et souveraineté des États. Cours général de droit international public», *Recueil des cours*, vol. 257, 1996, pp. 35-221, esp. p. 70; REISMAN, W. M., «The Quest for World Order and Human Dignity in the Twenty-First Century: Constitutive Process and Individual Commitment. General Course on Public International Law», *Recueil des cours*, vol. 351, 2012, pp. 9-381, esp. pp. 220-221; BENCHIKH, M., «Souveraineté des "États post-coloniaux" et droit des peuples a disposer d'eux-mêmes», *Revue québécoise de droit international*, hors-série, noviembre de 2012, pp. 73-99, esp.

En atención a lo antes expuesto, parecería que la combinación entre la teoría «funcional» y la «colectiva» representa un modelo interpretativo capaz de identificar de manera adecuada el contenido de la norma internacional de la soberanía territorial, la cual, debe entenderse como una norma destinada a proteger los intereses tanto de los gobernantes como de los gobernados.

La conclusión apenas indicada se confirma, entre otros, por el antes mencionado principio de soberanía permanente sobre los recursos naturales. Este, que representa un componente esencial de la norma de la soberanía territorial, es un principio de Derecho internacional general que ha sido consagrado en una serie de directrices de *soft law* adoptadas por las Naciones Unidas³, así como en varios acuerdos (universales y regionales) sobre protección de derechos humanos⁴.

Resulta relevante, para los fines del presente análisis, profundizar sobre la titularidad del derecho de soberanía sobre los recursos naturales. Pues bien, existen tres posiciones relevantes al respecto. Según la primera, la titularidad del mismo sería solo de los Estados. Este enfoque, sin embargo, no corresponde a la evolución del sistema legal internacional, que se ha caracterizado —especialmente en los últimos años— por el reconocimiento a actores no estatales de poderes cada vez más incisivos en el campo del control y de la gestión de los recursos naturales. De acuerdo con la segunda posición, los pueblos serían los únicos titulares del derecho en cuestión. Dicha idea está inspirada en una concepción «romántica» del Derecho internacional, que no encuentra correspondencia real con la práctica internacional. Finalmente, la tercera posición propone la construcción de la llamada «soberanía conjunta» sobre los recursos naturales, perteneciente tanto a los Estados (gobernantes) como a los pueblos (gobernados), destacando que ambos tienen el título para ejercer su derecho a la gestión y al uso de dichos recursos dentro del territorio en donde operan. Sobre el particular, resaltan por su importancia las teorías de Abi-Saab y de Bedjaoui⁵.

Se debe señalar que esta última posición estaría confirmada por la tendencia existente en el sistema jurídico internacional, que otorga a los pueblos (comunidades locales o indígenas) derechos sobre la tierra y los recursos naturales, derecho a participar en las decisiones que los conciernen, así como derechos contenciosos respecto a las operaciones de inversión que pudieran

pp. 93-95; MAHIOU, A., «Le droit international ou la dialectique de la rigueur et de la flexibilité. Cours général de droit international public», *Recueil des cours*, vol. 337, 2008, pp. 9-516, esp. pp. 120-121.

³ Resoluciones de la Asamblea General núms. 523, de 12 de enero de 1952; 626, de 21 de diciembre de 1952; 1314, de 12 de diciembre de 1958; 1803, de 14 de diciembre de 1962.

⁴ Art. 1, párr. 2, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966, *BOE* núm. 103, de 30 de abril de 1977, pp. 9337-9343; art. 1, párr. 2, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 16 de diciembre de 1966, *BOE* núm. 103, de 30 de abril de 1977, pp. 9343-9347; art. 21, párrs. 1 y 4, Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, de 28 de junio de 1981.

⁵ ABI-SAAB, G., *op. cit.*, nota 2, p. 337; BEDJAOUI, M., «L'humanité en quête de paix et de développement (II). Cours général de droit international public», *Recueil des cours*, vol. 325, 2006, pp. 9-542, esp. p. 271.

afectar la protección de sus propios intereses jurídicos. Asimismo, en el campo del uso y de la explotación de los recursos naturales, es posible vislumbrar una evolución significativa del ordenamiento jurídico internacional: se ha pasado de la concepción tradicional «Westfaliana» de la comunidad internacional —visión basada predominantemente en el Estado y, por tanto, en la concesión de poderes exclusivos a los órganos de gobierno estatal dentro de una esfera territorial determinada— a un nuevo enfoque más amplio, que atribuye una serie de derechos importantes, de naturaleza tanto sustancial como procesal, también a actores no estatales (modelo basado en el binomio Estado-pueblo). De esta manera, actualmente, el Derecho internacional protege no solo al poder de gobierno ejercido por los gobernantes en el territorio, sino también a las actividades realizadas por los gobernados que afecten el ejercicio de dicho poder, en un contexto de soberanía compartida entre el Estado y el pueblo, perfectamente en línea con la construcción doctrinal examinada anteriormente, basada en la combinación de la teoría «funcional» y la «colectiva».

Ahora bien, la idea de una soberanía compartida entre el Estado y el pueblo, en relación con el uso y la explotación de los recursos naturales, es confirmada a su vez por la práctica nacional e internacional concerniente a los pueblos indígenas, desde la cual es posible construir la norma sobre la «soberanía indígena»; «soberanía», esta, que se pone en posición paralela a aquella ejercitada por el Estado territorial⁶. La norma recién mencionada, que tiene por objeto proteger la relación entre las comunidades indígenas y su territorio —asegurando su participación en las decisiones concernientes al mismo—, regula los casos en los que: 1) existe un proyecto de inversión a gran escala ca-

⁶ Véase: a) Comité de Derechos Humanos de la ONU: CCPR Observación General núm. 23: art. 27 (Derechos de las Minorías), de 8 de abril de 1994; *Apirana Mahuika y otro c. Nueva Zelanda*, Comunicación núm. 547/1993, de 27 de octubre de 2000; *Poma Poma c. Perú*, Comunicación núm. 1457/2006, de 27 de marzo de 2009; b) Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU: Observación General núm. 21, Derecho de toda persona a participar en la vida cultural, de 21 de diciembre de 2009; c) Comité de la ONU para la Eliminación de la Discriminación Racial: Recomendación General núm. 23: Pueblos Indígenas, 1997 (ONU doc. A/52/18, de 26 de septiembre de 1997, anexo V); d) Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua*, núm. 79 (serie C), de 31 de agosto de 2001; *Comunidad Moiwana c. Surinam*, núm. 124 (serie C), de 15 de junio de 2005; *Comunidad Indígena Yakye Axa c. Paraguay*, núm. 125 (serie C), de 17 de junio de 2005; *Comunidad Indígena Sawhoyamaya c. Paraguay*, núm. 146 (serie C), de 29 de marzo de 2006; *Pueblo Saramaka c. Surinam*, núm. 172 (serie C), de 28 de noviembre de 2007; *Pueblo Indígena Kichwa of Sarayaku c. Ecuador*, núm. 245 (serie C), de 27 de junio de 2012; *Pueblos Kaliña y Lokono c. Surinam*, núm. 309 (serie C), de 25 de noviembre de 2015; e) Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos: *El Centro de Acción por los Derechos Económicos y Sociales y el Centro por los Derechos Económicos y Sociales c. Nigeria*, Comunicación núm. 155/96, de 27 de octubre de 2001; *Centro para el Desarrollo de los Derechos de las Minorías (Kenia) y Grupo Internacional Pro-Derecho de las Minorías (en nombre de Endorois Welfare Council) c. Kenia*, Comunicación núm. 276/2003, de 25 de noviembre de 2009; f) Sentencias de autoridades judiciales nacionales: Corte Suprema de Canadá, *Delgamuukw c. British Columbia*, núm. 23799, de 11 de diciembre de 1997; Corte Constitucional de Colombia, núm. C-169/01, de 3 de febrero de 2001; Corte Constitucional de Sudáfrica, *Alexkor Ltd. y otro c. Comunidad Richtersveld y Otros*, núm. CCT 19/03, de 14 de octubre de 2003; *Tribunal Constitucional de Bolivia*, núm. 0045/2006, de 2 de junio; g) Constituciones Nacionales: art. 75.17 de la Constitución de la Nación Argentina, 1994; art. 330 de la Constitución Política de Colombia, 1991; art. 120 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 1999; art. 30.II.15 de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, 2009.

paz de dañar los intereses de las comunidades indígenas que se encuentran en el territorio afectado; 2) las comunidades se ven perjudicadas en su relación con el territorio (esta relación debe entenderse como funcional para garantizar, sobre todo, su supervivencia física, económica, social y cultural), y 3) a las comunidades en cuestión no se les ha otorgado la posibilidad de participar en la ejecución y en la planificación de los proyectos de inversión.

En este punto, es relevante mencionar que resulta posible identificar similitudes importantes entre las situaciones reguladas por esta norma y las que ocurren al implementarse los regímenes de *land grabbing*, que conciernen a casos en los cuales: 1) existe un proyecto que involucra el acaparamiento de tierras a gran escala que es capaz de socavar los intereses de las comunidades locales que se encuentran en el territorio en el que se ejecuta dicho proyecto; 2) las comunidades se ven perjudicadas en su relación con el territorio, cuyo uso y explotación son funcionales para asegurar su supervivencia física, económica, social y cultural, y 3) a las comunidades no se les ha permitido participar activamente en las distintas fases relacionadas con la implementación del proyecto de *land grabbing*. Estas similitudes permiten realizar una extensión analógica de las consecuencias jurídicas de la norma sobre la «soberanía» de los pueblos indígenas a los casos de las comunidades locales que están sujetas al acaparamiento de tierras y, en consecuencia, equiparar el tratamiento jurídico entre las diferentes situaciones examinadas. La reconstrucción de la norma sobre la «soberanía» de los pueblos indígenas y su extensión, a través del procedimiento analógico, a las situaciones de las comunidades locales víctimas de los regímenes de *rush for land*, confirmaría la validez de la teoría que, identificando al Estado como un organismo unitario en el plano sociológico, elabora la norma de la soberanía territorial en un sentido particularmente amplio, capaz de proteger a la comunidad en su conjunto, esto es, los intereses tanto de los gobernantes como de los gobernados.

Si es cierto que la norma de la soberanía territorial es capaz de tutelar los intereses tanto de los Estados (gobernantes) como de los pueblos (gobernados) y que la norma de «soberanía» de los pueblos indígenas puede aplicarse de manera analógica al caso de las comunidades locales víctimas del *land grabbing*, es posible concluir que cuando los regímenes de adquisición de tierras a gran escala son capaces de perjudicar, como ya se ha visto, la posición jurídica subjetiva de las comunidades involucradas, se debe considerar que dichos regímenes violan la norma relativa a la soberanía territorial. Esto último, a pesar de la presencia de un consentimiento por parte del Estado territorial —en los casos en que el *land grabbing* se practique sobre la base de dicho consentimiento—.

Palabras clave: acaparamiento de tierras, inversión extranjera, norma de la soberanía territorial, principio de soberanía permanente sobre los recursos naturales, comunidades indígenas y locales.

Keywords: land grabbing, foreign investments, norm of territorial sovereignty, principle of permanent sovereignty over natural resources, indigenous and local communities.

LA EXIGENCIA DE RESPONSABILIDAD A LAS EMPRESAS POR LAS VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS RELACIONADAS CON EL *LAND GRABBING*: EVOLUCIÓN Y PERSPECTIVAS

Marco FASCIGLIONE*

El *land grabbing*, también conocido como «acaparamiento de tierras», se ha convertido en un área de creciente preocupación debido a su impacto en una serie de derechos humanos fundamentales, razón por la cual en la actualidad se ha vuelto a prestar atención a la forma en la que se distribuye, utiliza, controla y gestiona la tierra. En este contexto, cada vez se otorga mayor atención a las responsabilidades en materia de derechos humanos de las empresas comerciales, actores influyentes en la gobernanza de la tierra y de otros recursos naturales de manera conjunta con los Estados. En efecto, cuando las empresas expresan su interés en adquirir derechos de uso o propiedad a largo plazo sobre tierras y bosques (o cuando un gobierno solicita inversiones de empresas en su país), con frecuencia se negocian y celebran acuerdos que pasan por alto los derechos de los usuarios y propietarios locales de la tierra. Las minorías, pueblos indígenas y comunidades que utilizan la tierra y los bosques, a menudo quedan fuera de las negociaciones entre las empresas y los gobiernos, sentando así las bases para nuevos conflictos o para la reavivación de los ya existentes.

El presente comentario ofrecerá una breve panorámica de las normas internacionales aplicables desde una perspectiva de los derechos humanos a las empresas que participan en adquisiciones y arrendamientos de tierras a

* El autor es investigador del Consejo Nacional de Investigaciones (CNR, Nápoles) en Derecho internacional, en donde es el Investigador Principal del proyecto *Corporate human rights and environmental due diligence and the Promotion of Corporate Responsibility (CO.RE)* y Codirector de la Escuela Internacional de Verano en Empresas y Derechos Humanos. Además, es Jefe del Comité Editorial de la revista *Diritti umani e diritto internazionale*. Previamente, fue funcionario jurídico en la Corte Europea de Derechos Humanos (m.fasciglione@iriss.cnr.it). «Esta publicación es el resultado de las actividades de investigación realizadas en el marco del Proyecto CLIC - Circular models Leveraging Investments in Cultural heritage adaptive reuse, financiado por H2020».

gran escala. Estas normas pertenecen al ámbito intelectualmente desafiante —y aún en desarrollo— conocido como «empresas y derechos humanos»¹.

Resulta evidente que actualmente el Derecho internacional de los derechos humanos aún no ha previsto un derecho humano universal a la tierra, y la regulación de la mayoría de las cuestiones relativas a la misma es dejada en manos del Derecho nacional. No obstante, debe señalarse que ciertos instrumentos internacionales han encontrado la manera de conectar la tierra con el disfrute de los derechos humanos. Por ejemplo, el párr. 2 del art. 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el apdo. g) del párr. 2 del art. 14 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer hacen referencia a la tierra en relación con el derecho a la alimentación y a los derechos de la mujer rural, respectivamente. De manera similar, los instrumentos jurídicos en materia de derechos humanos ofrecen una clara protección a ciertos grupos. Los pueblos indígenas, por ejemplo, tienen un derecho humano a la tierra, protegido por el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales de 1989 y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007. Además, el derecho a la tierra de los pueblos indígenas ha sido ampliamente interpretado en relación con otros tratados por tribunales de derechos humanos y órganos de control, como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, hasta el punto de extender este derecho también a ciertos grupos no indígenas, como las comunidades tribales.

En la actualidad, un conjunto de principios de autoridad reconocida que hacen frente al impacto negativo en los derechos humanos generado por la puesta en marcha de regímenes de *land grabbing* por parte de actores empresariales están consagrados en los «Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos» (en adelante, los «Principios Rectores»), adoptados por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU en 2011. A pesar de su naturaleza no vinculante, la esencia de los Principios Rectores es, de hecho, la distinción entre el deber de los Estados de proteger y la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos, así como su contribución con la concretización del derecho de acceso de las víctimas a un recurso efectivo. ¿Qué nos dicen los Principios Rectores en cuanto al impacto negativo sobre los derechos humanos originado por las prácticas corporativas de *land grabbing*?

En lo que respecta al deber de los Estados de proteger, los Principios Rectores reflejan una serie de reglas ya existentes bajo el Derecho internacional, recordando que los Estados, en su calidad de principales responsables, tienen la obligación de respetar, proteger y hacer efectivos los derechos humanos de las personas que se encuentran en su jurisdicción frente a las violaciones cometidas por empresas comerciales². En consecuencia, los Estados tienen

¹ Véase FASCIGLIONE, M., *Diritti umani e responsabilità sociale d'impresa nel diritto internazionale*, Nápoles, Editoriale Scientifica 2010; MARULLO, M. C. y ZAMORA CABOT, F. J., *Empresas y derechos humanos. Temas Actuales*, Nápoles, Editoriale Scientifica, 2018.

² Véase el Principio 1 de los Principios Rectores.

dos tipos de obligaciones. Una *obligación negativa* de respetar los derechos humanos en relación con las empresas que actúan como agentes del Estado (las empresas estatales son un ejemplo típico); y una *obligación positiva* de garantizar los derechos humanos de las personas bajo su jurisdicción, adoptando todas las medidas razonables y apropiadas para prevenir y remediar las violaciones perpetradas por las empresas comerciales³. Cuando se trata de obligaciones negativas, la existencia de un nexo estricto entre el Estado y la empresa (p. ej., una relación de propiedad o de control) añade otro nivel de responsabilidad y puede aplicarse la norma secundaria, por tanto, los Estados pueden ser considerados jurídicamente responsables de los comportamientos de esas entidades⁴. En lo que respecta a las obligaciones positivas, el deber del Estado de proteger exige que organice y utilice sus facultades normativas y de política para regular también las conductas del sector privado. Los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos han interpretado que esta obligación tiene consecuencias tanto para los Estados anfitriones (en donde opera una empresa multinacional) como para los Estados de origen (en donde una empresa multinacional tiene su sede o está constituida) de las compañías multinacionales involucradas en controversias sobre *land grabbing*. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) es muy instructiva sobre cómo se aplican estas obligaciones positivas a los Estados anfitriones, especialmente, en relación con el impacto adverso de las operaciones de la industria extractiva sobre las tierras indígenas. En efecto, la CIDH ha interpretado este deber como una obligación de prevenir⁵, determinar e investigar⁶, así como de remediar⁷ las violaciones de los derechos humanos relacionadas con la explotación de tierras por parte de las empresas; y ha instado a los Estados a mantener un «espacio normativo nacional» para la tutela de los derechos humanos en acuerdos internacionales sobre inversiones y transacciones en materia de tierras⁸.

Desde la segunda perspectiva, el Estado de origen de una empresa comercial mantiene también cierta responsabilidad de regular la conducta de sus empresas en todas sus operaciones mundiales. Las Directrices voluntarias

³ En lo que se refiere específicamente al sistema regional europeo, véase FASCIGLIONE, M., «Enforcing the State Duty to Protect under the UN Guiding Principles on Business and Human Rights: Strasbourg views», en BONFANTI, A. (ed.), *Business and Human Rights in Europe: International Law Challenges*, Nueva York y Londres, Routledge, 2018, pp. 37-47.

⁴ Muchas empresas estatales, de hecho, están asociadas al impacto negativo de los derechos humanos que se derivan de las operaciones de compraventa de tierras. Véase Consejo de Derechos Humanos, *Report of the Working Group on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises*, UN Doc. A/HRC/32/45, de 4 de mayo de 2016.

⁵ Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Pueblos Kallina y Lokono c. Surinam*, Sentencia de 25 de noviembre de 2015, párrs. 221-224.

⁶ Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Pueblo Indígena Kichwa of Sarayaku c. Ecuador*, Sentencia de 27 de junio de 2012, párrs. 265, 271.

⁷ Véase *Pueblos Kallina y Lokono c. Surinam*, cit., nota 5, párrs. 237-239.

⁸ Véase el Principio 9 de los Principios Rectores. Esta cuestión está, por tanto, estrechamente ligada al debate actual sobre el principio de soberanía en el marco del Derecho internacional. Véase la contribución de apertura de este foro y también NINO, M., *Land grabbing e sovranità territoriale in diritto internazionale*, Nápoles, Editoriale Scientifica, 2018.

sobra la gobernanza responsable de la tenencia de la FAO, de 2012, que incorporan los Principios Rectores, hacen hincapié en que «cuando se trate de sociedades transnacionales, los Estados de origen tienen un papel que desempeñar para ayudar tanto a las empresas como a los Estados de acogida con el fin de asegurar que las empresas no estén involucradas en abusos contra los derechos humanos y los derechos legítimos de tenencia» (directriz 3.2). Los Organismos de control para la protección de derechos humanos han confirmado esta opinión, adoptando un enfoque amplio en cuanto al alcance territorial del deber del Estado de proteger los derechos humanos contra las violaciones que se producen fuera de su jurisdicción como consecuencia de las actividades de las entidades comerciales sobre las que pueden ejercer control; esto, especialmente, en los casos en que los recursos de que disponen las víctimas ante los tribunales nacionales del Estado en que se produce el daño no están disponibles o son ineficaces⁹. Sin embargo, en virtud de las normas internacionales de derechos humanos, se pide a los Estados que adopten medidas conjuntas e independientes para lograr la cooperación internacional en la solución de problemas de carácter económico, social, cultural o humanitario; y en la promoción y el fomento del respeto de los derechos humanos. También deben velar por que la conducta de las organizaciones multilaterales de las que son miembros, incluidas las organizaciones financieras o comerciales internacionales, no tengan consecuencias negativas para los derechos humanos relacionados con la tierra¹⁰.

En lo que respecta a las empresas, bajo los Principios Rectores, las compañías nacionales y transnacionales que participan en operaciones de compra-venta de tierras, inversiones y otras actividades que involucren la adquisición, utilización o modificación de tierras, tienen la responsabilidad de no vulnerar los derechos de otros usuarios y propietarios y de hacer frente a cualquier efecto adverso que surja como resultado de sus actividades. Aquí se aplica el segundo pilar de los Principios Rectores. La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos es una norma global de conducta esperada de todas las empresas y existe independientemente de la capacidad o la voluntad de los Estados de cumplir sus propias obligaciones en materia de derechos humanos, y no disminuye esas obligaciones¹¹. Por tanto, aunque no es una norma vinculante, no carece completamente de contenido «normativo». Implica, a su vez, el cumplimiento de las leyes y reglamentos nacionales aplicables en materia de derechos humanos, incluidas las leyes que establecen el *due diligence* (o diligencia debida) obligatorio en materia de derechos huma-

⁹ Véase Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, Observación General núm. 24, *State Obligations Under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights in the Context of Business Activities*, 2017, párrs. 30-35. Véase también Consejo de Derechos Humanos, *Concluding Observations on the Sixth Periodic Report of Germany, Adopted by the Committee at its 106th session (15 October-2 November 2012)*, 2012, párr. 16.

¹⁰ Véase el Principio 9 de los Principios Rectores; véase también el art. 1, párr. 1.3 del art. 73 de la Carta de las Naciones Unidas, de 26 de junio de 1945, *BOE* núm. 275, de 16 de noviembre de 1990, pp. 33862-33885.

¹¹ Véase el Principio 11 de los Principios Rectores.

nos para las empresas¹², pero también respetando todos los derechos humanos reconocidos internacionalmente (no solo los derechos civiles y políticos, sino también los derechos económicos, sociales y culturales y las normas fundamentales del trabajo), yendo más allá del cumplimiento de la legislación nacional cuando sea necesario y teniendo en cuenta los derechos de las personas pertenecientes a los grupos más marginados y vulnerables (minorías, pueblos indígenas, defensores de los derechos humanos, etc.) que puedan verse afectados negativamente por sus operaciones.

Dos aspectos cruciales merecen ser destacados aquí. En primer lugar, la necesidad de que las empresas que participan en operaciones de compraventa de tierras respeten las leyes nacionales se ha convertido en un elemento esencial de escrutinio para los órganos de vigilancia de los derechos humanos. Estos últimos no han dudado en abordar directamente al sector empresarial, por ejemplo, con respecto a la situación de los pastores locales que han perdido el acceso a sus tierras de pastoreo tradicionales como consecuencia de la exploración y extracción de minerales, instando a las empresas comerciales que participan en actividades mineras a cumplir con sus obligaciones en virtud de la legislación (nacional) de restaurar la tierra después de la explotación minera¹³.

En segundo lugar, en relación al impacto en los derechos humanos de las actividades relacionadas con la tierra realizadas por la industria extractiva, los organismos y tribunales de derechos humanos han comenzado a aplicar los Principios Rectores y, específicamente, la responsabilidad corporativa de respetar los derechos humanos, reconociendo explícitamente que las empresas no solo deben respetar y proteger los derechos humanos, sino también «prevenir, mitigar y hacerse responsables por las consecuencias negativas de sus actividades sobre los derechos humanos»¹⁴. Para cumplir con esta responsabilidad, las empresas deben contar con políticas adecuadas a su tamaño y circunstancias, entre las que se incluyen: el compromiso político de asumir su responsabilidad de respetar los derechos humanos; llevar a cabo procesos de vigilancia (*due diligence*) en materia de derechos humanos para identificar, prevenir, mitigar y rendir cuentas sobre la forma en que abordan sus impactos sobre los derechos humanos; activar procesos que permitan remediar cualquier efecto adverso sobre los derechos humanos que hayan causado o al que hayan contribuido.

En cuanto al compromiso político, debería incluir los relativos a respetar los derechos legítimos de las comunidades a la tierra y a la tenencia de la tierra, incluidos los que se mantienen de manera consuetudinaria y comunal,

¹² Un ejemplo notable es la Ley francesa núm. 2017-399, de 2017, que impone a las empresas francesas por encima de un determinado tamaño la obligación de mantenerse vigilantes para evitar los daños medioambientales y a los derechos humanos causados por sus filiales y a través de sus relaciones comerciales.

¹³ Véase Consejo de Derechos Humanos, *Report of the Working Group on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, Visit to Mongolia*, 2013, párrs. 59-65.

¹⁴ Véase *Pueblos Kaliña y Lokono c. Surinam*, cit., nota 5, párr. 224.

y su derecho al consentimiento libre, previo e informado. Esos compromisos reflejan el hecho de que, en los acuerdos sobre tierras a gran escala, la tierra y las relaciones con las comunidades son cuestiones importantes en el campo de los derechos humanos. La política debe ser orientada por importantes expertos internos y/o externos, incluidos los expertos en pueblos indígenas y tierras. Por último, los compromisos políticos deben reflejarse en las políticas y procedimientos operativos de la empresa.

En cuanto a la debida diligencia de las empresas en materia de derechos humanos¹⁵, esta debería incluir los siguientes cuatro componentes básicos: *a)* evaluación del impacto real y potencial de sus actividades sobre los derechos humanos; *b)* integración de las conclusiones y adopción de medidas al respecto; *c)* seguimiento de las respuestas, y *d)* comunicación de la forma en que se abordan los efectos¹⁶. Al poner en práctica el proceso de debida diligencia con relación a las transacciones de tierras, las empresas deben asumir que los riesgos relacionados con esas operaciones, con sus posibles efectos dramáticos en la subsistencia de las personas y las comunidades, son graves (a menos que se demuestre lo contrario). Por consiguiente, esta debería ser una de las cuestiones a las que hay que dar prioridad para una valiosa evaluación de impacto. Además, al llevar a cabo la evaluación de impacto, se debe tener en cuenta como mínimo la concurrencia de factores como los siguientes: débil gobernanza y falta de transparencia; nivel de corrupción percibido; débil gobernanza de la tierra y falta de claridad de los derechos sobre la tierra y la tenencia de la misma; presencia y dimensión de los conflictos sobre la tierra entre las comunidades y las empresas y/o las autoridades; nivel de espacio democrático para que las comunidades y los defensores de los derechos humanos expresen sus preocupaciones; y la existencia de quejas ante los mecanismos correspondientes. No obstante, una consulta significativa a los grupos potencialmente afectados es esencial para evaluar correctamente los impactos adversos y para dar legitimidad y eficacia al proceso de diligencia debida¹⁷.

En tercer lugar, las empresas deben integrar los hallazgos de las evaluaciones de impacto en todos los procesos y funciones internas pertinentes y tomar las medidas adecuadas. Las medidas adecuadas variarán en función de si la empresa comercial causa o contribuye a un impacto adverso o si solo está vinculada a él. Si la empresa está causando el impacto, debe tomar medidas para detenerlo o prevenirlo; si está contribuyendo al impacto, debe tomar medidas para detener o prevenir su contribución y utilizar el apalancamiento para mitigar el impacto restante; si no ha contribuido al impacto, pero ese impacto está directamente relacionado con sus operaciones, productos o servicios por medio de sus relaciones comerciales, en la mayor medida

¹⁵ Véase, en general, FASCIGLIONE, M., «The Enforcement of Corporate Human Rights Due Diligence: From the UN Guiding Principles on Business and Human Rights to the EU Countries Legal System», *Human Rights and International Legal Discourse*, vol. 10, 2016, núm. 1, pp. 94-117.

¹⁶ Véanse los Principios 17 a 21 de los Principios Rectores.

¹⁷ Véase el Principio Rector 18.

posible debe tomar medidas para obtener y utilizar el apalancamiento a fin de prevenir y mitigar el impacto. Sin embargo, el componente de seguimiento es necesario para que una empresa pueda saber si sus políticas de derechos humanos están siendo implementadas y si responden efectivamente a los impactos sobre los derechos humanos. Aquí se pide a las empresas que lleven a cabo procesos inclusivos de consulta y participación de las partes interesadas, incluyendo disposiciones para informar a todos los miembros de la comunidad afectados sobre sus derechos de tenencia.

Cabe señalar que, de conformidad con los principios y normas internacionales en el caso de los pueblos indígenas, la consulta y la participación deben incluir la obtención del consentimiento libre, previo e informado de las comunidades anfitrionas¹⁸, ya que el respeto de este derecho es una responsabilidad compartida que los Estados y las empresas deben asegurar, en lo que respecta a las empresas, en todas sus operaciones, incluso durante la realización de la debida diligencia. También es importante la comunicación sobre los efectos adversos reales, planteada por las personas y comunidades afectadas, o en su nombre. Al respecto, los Principios Rectores instan a las empresas a que estén preparadas para comunicar los riesgos en materia de derechos humanos que han identificado en sus operaciones y lo que se ha hecho para hacerles frente. La comunicación puede adoptar muchas formas, pero debe ser accesible para el público al que va dirigida, en este caso las comunidades locales¹⁹.

Por último, en relación con la reparación, tanto los Estados como las compañías deben rendir cuentas de sus acciones que afecten a los derechos humanos en el marco de las prácticas de *land grabbing*. Las empresas deben tomar medidas para prevenir la corrupción en sus prácticas comerciales, especialmente en relación con la asignación de derechos de tenencia de la tierra. Además, es esencial establecer disposiciones eficaces de vigilancia y aplicación de la ley, incluidos mecanismos apropiados de solución de controversias y de presentación de reclamaciones, para mantener las normas internacionales en esta esfera.

Palabras clave: acaparamiento de tierras, Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las empresas y los derechos humanos, obligaciones positivas, debida diligencia de las empresas en materia de derechos humanos, pueblos indígenas.

Keywords: land grabbing, UN Guiding Principles on business and human rights, positive obligations, corporate human rights due diligence, indigenous peoples.

¹⁸ Véanse los arts. 19 y 32 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (Asamblea General de la ONU, *Resolución 61/295, Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*, UN Doc. A/61/L.67 y Add.1, de 13 de septiembre de 2007), y los arts. 6, 7 y 15 del Convenio núm. 169 de la OIT (Organización Internacional del Trabajo, *Convenio núm. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*, de 27 de junio de 1989, BOE núm. 58, de 8 de marzo de 2007, pp. 9923-9928).

¹⁹ Véase el Principio Rector 21.

PERSPECTIVAS DE LA SEGURIDAD ENERGÉTICA EUROPEA EN EL MEDITERRÁNEO

EU EXTERNAL ENGAGEMENT AND THE EURO- MEDITERRANEAN ENERGY COOPERATION: BETWEEN REGIONAL INITIATIVES AND STRATEGIC PARTNERSHIPS

Andrea PRONTERA*

1. INTRODUCTION

In parallel with the development of the internal energy market (IEM), the EU has gradually increased its external engagement on energy. This engagement has taken different forms, namely the externalisation of EU energy policy, the integration of energy policy objectives into external policies and energy diplomacy¹. The latter is mainly exemplified by the EU's direct involvement in promoting new gas supply routes, diversification and infrastructure, as with the Southern Gas Corridor. This form is less-developed and more problematic due to the limited resources and authority the EU has in this regard. On the other hand, the externalisation of EU energy policy is the most significant (and traditional) form of EU external engagement. This form is also indicated as the «external dimension» of the EU internal energy market² or the external face of the EU regulatory state³. It is aimed at promoting the EU regulatory framework beyond its borders and has manifested itself in a variety of bilateral and multilateral structures that extend the functional

* Assistant Professor of International Relations and EU Institutions and Policies at the University of Macerata (andrea.prontera@unimc.it).

¹ BATZELLA, F., «Work in Progress: The Development of EU External Engagement on Energy», in DAMRO, C., GSTÖH, S. and SCHUNZ, S. (eds.), *The European Union's Evolving External Engagement: Towards New Sectoral Diplomacies?*, London, Routledge, 2018, pp. 107-125.

² HERRANZ-SURRALLÉS, A., «European External Energy Policy: Governance, Diplomacy and Sustainability», in AARSTAD, A. K., DRIESKENS, E., JØRGENSEN, K. E., LAATIKAINEN, K. and TONRA, B. (eds.), *Sage Handbook of European Foreign Policy*, London, Sage, 2015, pp. 911-925.

³ GOLDTHAU, A. and SITTER, N., *A Liberal Actor in a Realist World: The European Union Regulatory State and the Global Political Economy of Energy*, Oxford, Oxford University Press.

and organisational borders of the EU and promote convergence or approximation to the EU model. These structures have different degrees of institutionalisation —at political and administrative levels— and are supported by legal or other types of policy instruments⁴. Examples are legally binding treaties like the Energy Charter Treaty (ECT) and the Energy Community Treaty or the EU's efforts under the European Neighbourhood Policy (ENP). Under the ENP, the EU applies (soft) conditionality in Association Agreements and Action Plans as well as technical and financial assistance (capacity building) to promote its rules abroad. However, this form of external engagement also includes more horizontal and looser intergovernmental or trans-governmental frameworks such as those developed under other regional and bilateral initiatives including the Eastern Partnership, the Baku Initiative, the Union for the Mediterranean, the Memorandum of Understanding and the Energy Dialogues.

The ENP is also the major framework for the second form of EU external engagement in energy: the integration of energy policy objectives into the EU's external policies. Indeed, the EU uses the ENP not only to promote its regulatory framework abroad but also as an external policy concerning third countries through which energy policy objectives are pursued⁵. After the war in Eastern Ukraine (2014) and the launch of the Energy Union (2015), the main objective of the EU has become energy security. By integrating energy into policies related to sustainable development, environmental protection or neighbourhood the EU aims to secure energy resources from producers as well as consolidate energy relations with «strategic» partners.

This article focuses on the first and second forms of EU external engagement in the Mediterranean. In the next section, this article reviews the origins and developments of the regional initiatives created by the EU to promote its market model and energy interests in this region. This section also presents a map of the complex institutional architecture that channels Euro-Mediterranean energy cooperation. Section 3 focuses on EU efforts to build bilateral relations with strategic partners, particularly Algeria and Egypt. In both sections, special attention will be devoted to the changes enacted after 2014-2015. Finally, a brief assessment of the effectiveness of EU energy strategies in the Mediterranean region is provided.

⁴ See for example: PADGETT, S., «Energy Co-operation in the Wider Europe: Institutionalizing Interdependence», *Journal of Common Market Studies*, vol. 49, 2011, no. 5, pp. 1065-1087; HERRANZ-SURRALLÉS, A., «Energy Cooperation: The Leading Light of the Revised European Neighbourhood Policy? Drivers and Limits of the EU's Functional Extension», in BOURIS, D. and SCHUMACHER, T. (eds.), *The Revised European Neighbourhood Policy: Continuity and Change in EU Foreign Policy*, London, Palgrave Macmillan, 2017, pp. 241-261; PRONTERA, A., *The New Politics of Energy Security in the European Union and Beyond: States, Markets, Institutions*, London, Routledge, 2017.

⁵ BATZELLA, F., *op. cit.*, note 1, p. 117.

2. EU REGIONAL INITIATIVES AND EURO-MEDITERRANEAN ENERGY COOPERATION: ORIGINS AND RECENT DEVELOPMENTS

The first efforts to strengthen Euro-Mediterranean energy cooperation were realised in 1996 with the launch of the Euro-Mediterranean Energy Forum in the framework of the Euro-Mediterranean Partnership (EMP). This initiative was a loose intergovernmental and trans-governmental framework for dialogue not supported by a stable organisational structure. It aimed at promoting general market-liberal goals —it contemplated the possibility of partner countries joining the ECT— and development objectives⁶. From the late 1990s to the late 2000s —in parallel with the enhancement of the IEM— market reforms and approximation to EU rules in the gas and electricity sectors became the major goals of EU engagement in the region⁷. The idea was to export the EU's «domestic» model based on the regulatory state approach. In terms of rule promotion, hence, the content of the EU's actions focused on network unbundling, a regulated Third Party Access regime, the establishment of independent regulatory authorities and an incentive-based tariff system⁸.

In 2006, in the wake of the first Russia-Ukraine gas dispute, the European Commission proposed expanding the Energy Community Treaty to the Mediterranean. However, governments in the Southern Mediterranean had shown little interest in a similar project that would have limited their energy sovereignty⁹. Major gas producers like Algeria, Libya and later Egypt were not eager to enter into legally binding commitments or adopt market reforms that could challenge the system of rents and energy subsidies supporting the stability of the ruling elite.

Euro-Mediterranean energy cooperation was hence channelled through a new regional political framework that upgraded the EMP, the Union for the Mediterranean (UfM), trans-governmental networks that mirrored the internal governance of the IEM and gathered regulators and Transmission System Operators (Medreg and Med-TSO), and the bilateral relations implemented in the context of the ENP (Table 1). These initiatives differed for the actors involved, their degree of institutionalisation and the logic of rule promotion from more top-down forms of rule promotion through (soft) conditionality, as with the ENP, to more horizontal, network forms in other cases¹⁰. However,

⁶ HERRANZ-SURRALLÉS, A., «Thinking energy outside the frame? Reframing and misframing in Euro-Mediterranean energy relations», *Mediterranean Politics*, vol. 23, 2018, no. 1, pp. 122-141.

⁷ VANTAGGIO, F. P., «Defining Euro-Mediterranean Energy Relations», in RUBINO, A., COSTA CAMPPI, M. T., LENZI, V. and OZTURK, I. (eds.), *Regulation and Investments in Energy Markets: Solutions for the Mediterranean Region*, London, Elsevier, 2016, pp. 24-37.

⁸ CAMBINI, C. and FRANZI, D., «National Independent Regulatory Authorities as a case for EU rules promotion in the southern Mediterranean region», in CAMBINI, C. and RUBINO, A. (eds.), *Regional Energy Initiatives. MedReg and the Energy Community*, London, Routledge, 2014, pp. 209-225.

⁹ PADGETT, S., *op. cit.*, note 4.

¹⁰ RUBINO, A., «Euro-Mediterranean Gas Cooperation: Roles and Perceptions of Domestic Stakeholders and the European Commission», Florence, EUI WP, RSCAS 2016/53.

they shared the same set of common goals: promoting convergence and harmonisation toward EU rules and exporting the EU model of energy market governance. These goals were pursued both at the regional and bilateral levels, where the ENP Action Plans envisaged assistance for reforms in the energy sector focused on liberalisation and the establishment of independent regulators¹¹. Regulatory approximation also aimed to promote energy infrastructures and interconnections between the two shores of the Mediterranean Sea.

Despite the very poor achievements in rule export and the plan for interconnectivity, the EU approach changed only slightly in the aftermath of the Arab Spring¹². At the beginning of the 2010s, promotion of renewable energy and energy efficiency entered more prominently into the scene of Euro-Mediterranean cooperation. Several projects involving experts, regulators and companies were proposed (e. g., Medgrid, Desert Tech Initiative, Med-Enec), and the Mediterranean Solar Plan (MSP) was launched as a flagship initiative of the UfM (Table 1). The MSP in particular was design to promote public-private cooperation in a more pragmatic and less EU-centred way, although it had important traction from the EU security of supply concerns and market approach¹³. However, it eventually failed in 2013 due to changing market conditions and opposition from EU member states. Despite this project's failure, EU funding of energy-related projects in the region grew from € 88 million for the MEDA program (1996-2006) to € 432 million for the ENPI (2007-2013)¹⁴.

After the war in Eastern Ukraine, energy security issues were more firmly anchored to the ENP bilateral and multilateral framework, which incorporated the energy (and climate) objectives of the Energy Union. With regard to the Mediterranean, the more ambitious «more for more» approach proposed after the Arab Spring was abandoned. In the energy realm, the EU's goal was now to «offer cooperation, on a tailored basis, to promote the production, distribution, trade and efficient consumption of energy»¹⁵. Promoting investments, supporting renewables and energy efficiency, however, also acquired a security of supply dimension for the EU. Reducing gas consumption in producer states was considered an important environmental goal as well as a way for increasing their gas export potentials owing a growing domestic demand¹⁶. Three new platforms (on natural gas, electricity and renewables)

¹¹ ESCRIBANO, G., «Convergence towards Differentiation: The Case of Mediterranean Energy Corridors», *Mediterranean Politics*, vol. 15, 2010, no. 2, pp. 211-229.

¹² RUBINO, A., COSTA CAMPI, M. T., LENZI, V. and OZTURK, I. (eds.), *Regulation and Investments in Energy Markets: Solutions for the Mediterranean Region*, London, Elsevier, 2016; HERRANZ-SURRALLÉS, A., *op. cit.*, note 6.

¹³ CARAFA, L., «The Mediterranean Solar Plan through the Prism of External Governance», *Paper Euromesco*, 2011, no. 5.

¹⁴ HERRANZ-SURRALLÉS, A., 2018, *op. cit.*, note 6, p. 9.

¹⁵ EUROPEAN COMMISSION, *Review of the European Neighbourhood Policy*, Brussels, SWD(2015) 500 final, p. 12.

¹⁶ TAGLIAPIETRA, S. and ZACHMANN, G., *Energy across the Mediterranean: A call for realism*, Brussels, Bruegel Policy Brief, 2016, no. 2016/3.

TABLE 1. Major EU regional initiatives for energy cooperation in the Mediterranean region (1996-2018)

Initiative (start-end)	Non-EU states involved	Energy objectives	Organizational structure (political level)	Organizational structure (administrative level)	Policy instruments (LEGAL and FINANCIAL)	Forms of energy co-operation
Mediterranean Energy Forum-EMP (1996-ongoing; since 2008 included in the framework of the UfM)	Cyprus, Algeria, Egypt, Israel, Jordan, Lebanon, Morocco, Malta, Syria, Tunisia, Turkey	Data exchange, facilitating investments; integrating Euro-Med electricity and gas markets; promoting renewable and energy efficiency	Euro-Mediterranean partnership (EMP)	none	MEDA (1996-2006)	Loose intergovernmental framework for dialogue
ENP Southern Neighbourhood (2004-ongoing)	Algeria, Egypt, Israel, Jordan, Lebanon, Libya (*) , Morocco, Palestine, Syria, Tunisia	Energy market reforms, convergence/approximation to the EU rules and norms Promoting renewable energies and energy efficiency	Association Agreements (AAs) council/meetings (ministerial level)	AAs council/meetings (senior official level)	AA, ENP Action Plan MEDA (1996-2006), ENPI (2007-2013), ENI(2014-2020)	Bilateral structured framework for inter-governmental and transgovernmental dialogue, approximation/convergence through (soft) conditionality
Medreg (2007-ongoing)	Albania, Algeria, Bosnia-Herzegovina, Egypt, Israel, Jordan, Libya, Montenegro, Morocco, Palestinian Authority, Tunisia, Turkey	Harmonizing the regulatory framework, fostering market integration and investments in infrastructures	General Assembly (representatives from national governments)	Medreg secretariat	—	Structured regional framework for trans-governmental horizontal dialogue and coordination among national regulators
Union for the Mediterranean (2008-ongoing)	Albania, Algeria, Bosnia and Herzegovina, Egypt, Israel, Jordan, Lebanon, Mauritania, Monaco, Montenegro, Morocco, Palestine, Syria, Tunisia, Turkey	Reinforcing regional dialogue, supporting strategic project promotion, developing a Euro-Mediterranean gas/electricity market Promoting renewable energy and energy efficiency	UfM Co-Presidency National representatives from member countries	UfM secretariat 2015; UfM Electricity Market Platform UfM Renewable Energy and Efficiency Platform UfM Gas Platform	—	Structured inter-governmental framework for dialogue 2015: UfM Platforms open to energy companies
Med-TSO (2012-ongoing)	Israel, Montenegro, Jordan, Morocco, Algeria, Egypt, Albania, Tunisia, Palestine, Turkey, Libya	Harmonization and regulatory coordination, infrastructure development strengthening of the electricity markets in the Mediterranean region	General Assembly (representatives from national governments)	Med-TSO secretariat Technical Committees	—	Structured regional framework for trans-governmental horizontal dialogue and coordination among national TSO (electricity)
Mediterranean Solar Plan (flagship initiative of UfM) (2008-2013)	UfM partners (see above)	Establishing a regulatory framework for import-export of green electricity to the EU	UfM political framework	UfM administrative framework	ENPI (2007-2013)	Framework for inter-governmental, trans-governmental and public-private cooperation

Sources: authors' own elaboration from EU documents and website.
Notes: (*) Libya has no Association Agreement (AA) with the EU and it is outside most of the ENP structures; Libya only holds observer status in the Barcelona process and the Union for the Mediterranean.

were established in 2015 in the framework of the UfM (Table 1). However, rather than focusing on regulatory harmonisation, they prioritised a more pragmatic approach, a technical and voluntary form of convergence, which involves both energy companies and national representatives. This more pragmatic approach to energy cooperation and investment projects has also been adopted with the major producers of the region. The EU has engaged bilaterally, especially with Algeria and Egypt.

3. EU BILATERAL ENGAGEMENT AND «STRATEGIC» ENERGY PARTNERSHIPS

Since the launch of the ENP, EU-Algeria relations have been very complicated¹⁷. Algeria contested the EU's approach of conditionality and rejected the liberal-market framework proposed by the EU in the energy sector. In 2006, in the wake of the first Russia-Ukraine gas dispute, Algiers proposed the conclusion of a «strategic energy partnership» with Brussels. However, the European Commission embedded its proposal within its market-regulatory framework, provoking a rejection from Algerian policy makers¹⁸. Algeria also rejected the plans on renewables promoted within the UfM framework (*e. g.*, the Mediterranean Solar plan and the Desertec initiative). It was willing to support renewable energies but preferred to focus on domestic demand rather than export options and regional interconnections.

In 2013, the EU and Algeria finally upgraded their bilateral cooperation and signed a Memorandum of Understanding for the establishment of a «strategic energy partnership». This document recognised the importance of the EU-Algeria energy interdependence both for the European security of supply and the Algerian security of demand. It also reasserted the need to develop a stronger dialogue and promote renewables, energy infrastructure and reforms of the Algerian domestic energy market. However, internal reforms remained problematic, and Algeria continued to be reluctant to open its hydrocarbon sector. After the war in Eastern Ukraine and the launch of the Energy Union, the European Commission promoted a new EU-Algeria «political dialogue on energy matters». This initiative, established in May 2015, envisaged a «high level» annual meeting (in Brussels or Algiers) between EU and Algerian representatives, the establishment of two groups of experts—one on natural gas and the other on electricity, renewables and energy efficiency—and a business forum gathering policy makers and companies from Algeria and the EU. The EU also granted a € 10 million technical assistance loan to

¹⁷ See DARBOUCHE, H., «Decoding Algeria's ENP policy: differentiation by other means?», *Mediterranean Politics*, vol. 13, 2008, no. 3, pp. 371-389; YOUNGS, R., *Energy security: Europe's new foreign policy challenge*, London, Routledge, 2009; DARBOUCHE, H., «Third time lucky? Euro-Mediterranean energy co-operation under the Union for the Mediterranean», *Mediterranean Politics*, vol. 16, 2011, no. 1, pp. 193-211.

¹⁸ DARBOUCHE, H., 2008, *op. cit.*, note 17.

support Algerian renewables and energy efficiency programmes. However, with regard to the gas sector, the positions and views of the EU and Algeria remained distant. In Algiers, the new initiative was mainly perceived as a renewed episode of the EU applying pressure to open up its hydrocarbon sector and to renegotiate the long-term gas contracts that were set to expire in 2021¹⁹. In 2017, energy security issues were also included in the Partnership Priority (2017-2020) agreed upon by the EU and Algeria in the framework of the revised ENP. In this case, however, the agreement was limited to improving dialogue and exchanging information and did not include more specific objectives or commitments for energy security cooperation or market reforms.

EU bilateral relations with Egypt followed a similar pattern, although Egyptian policy makers showed a less confrontational approach toward the EU and were more open—at least formally—to market-based reforms. Initially, as in Algeria, in its 2004 Association Agreement with the EU, Egypt only agreed on general objectives for energy cooperation, with no references to approximation or convergence to the EU model. However, in 2007, the Egyptian government under Mubarak more explicitly accepted the policy framework proposed by the EU. In the ENP Action Plan, a gradual convergence toward the principles of the EU internal electricity and gas markets was envisaged. Egypt also agreed to extend cooperation in the area of energy infrastructure, energy efficiency and renewable. This perspective was then reasserted in the 2008 Memorandum of Understanding on a «strategic partnership on energy» signed by Egypt and the EU. In this case, Egypt agreed to «cooperate in the development of an overall long term energy strategy converging towards EU energy policy objectives» and to promote a «gradual convergence of the regulations pertaining to the Egyptian energy market with the European Union's internal energy market regulations»²⁰.

Despite this formal positive attitude toward the EU policy framework, few reforms were implemented during the Mubarak period. After Mubarak, market reforms continued to be postponed, partially due to the problematic energy situation in the country. After 2015, the EU tried to relaunch its energy partnership with Egypt. In 2017, Egypt signed its ENP Partnership Priority for 2017-2020, covering, among other issues, energy security and environmental and climate actions. In particular, the possibility of improving synergies between the EU and Egypt in the LNG sector was envisaged. In 2018, the EU and Egypt also signed a new «Memorandum of Understanding on strategic energy partnership for the 2018-2022 period», which replaced the one signed in 2008. It offered technical and financial assistance and capacity-building to foster market reforms in the Egyptian energy sector as well as to

¹⁹ ESCRIBANO, G., *The EU-Algeria energy forum: a new narrative in the making or just another missed opportunity?*, Madrid, Elcano Royal Institute, 2016, Expert Comment 21/2016.

²⁰ *Memorandum of Understanding on Strategic Partnership on Energy between the European Union and the Arab Republic of Egypt*, available at: https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/documents/eu-egypt_mou.pdf (accessed 25 November 2018).

support the creation of a «gas hub» in the country with the view of increasing the diversification of gas supplies to Europe. A similar development would be particularly important for the EU considering the possible connection between the new offshore discoveries in the Eastern Mediterranean basin, including the giant Zohr gas field discovered by the Italian ENI, and the existing Egyptian LNG export facilities²¹.

4. CONCLUSIONS

Since the late 1990s, the EU has increased its efforts to widen its functional and organisational borders and promote its energy objectives in the Mediterranean. The EU approach has oscillated between a more top-down logic aimed at exporting the EU internal energy market model and a more horizontal logic aimed at gradually promoting voluntary regulatory convergence and pragmatically fostering investments. In both cases, however, the results have been very poor. The countries in this region, especially major producers, have continued to show scarce interest in entering legally binding treaties or reforming their energy sectors according to EU prescriptions. They prefer more flexible, bottom-up approaches to harmonise regulatory and technical standards and a greater appreciation for the peculiar political, economic and social developments in the region, which do not allow for a simple replication of the EU internal model²². They also tend to consider the EU efforts to promote rule changes ineffective, especially in the forms of network pressure (*e. g.*, Medreg) while also stressing the crucial role played in policy reforms by domestic actors, notably executives and state-owned energy companies²³.

At best, in many cases, the result of EU actions to foster regulatory reforms is limited to a «pure cosmetic change» without substantial domestic transformations²⁴. Similarly, although EU funding has steadily increased—in 2014-2016 assistance for energy projects under the ENI program reached € 478 million—²⁵ the region has continued to attract few investments and has had many problems promoting public-private partnership, with the notable exceptions of Morocco and Jordan²⁶. In recent years, the EU has tried to re-focus its approach with regard to regional initiatives (*e. g.*, the new platforms established within the UfM) and bilaterally, engaging especially with Algeria and Egypt, who signed «strategic energy partnerships» with Brussels. It is not

²¹ PRONTERA, A. and RUSZEL, M., «Energy Security in the Eastern Mediterranean», *Middle East Policy*, vol. 24, 2017, no. 3, pp. 145-162.

²² CAMBINI, C. and RUBINO, A. (eds.), *Regional Energy Initiatives: MedReg and the Energy Community*, London, Routledge, 2014; RUBINO, A., COSTA CAMPI, M. T., LENZI, V. and OZTURK, I., *op. cit.*, note 12.

²³ CAMBINI, C. and FRANZI, D., *op. cit.*, note 8; RUBINO, A., *op. cit.*, note 10.

²⁴ CAMBINI, C. and FRANZI, D., *op. cit.*, note 8, p. 268.

²⁵ HERRANZ-SURRALLÉS, A., 2018, *op. cit.*, note 6, p. 9.

²⁶ See, for example, RUBINO, A., DI LIDDO, G. and SOMMA, E., «Determinants of PPP in infrastructure development: MENA and Energy», Paper Presented at SIEP conference, June 2017, available at: https://editorialexpress.com/cgi-bin/conference/download.cgi?db_name=SIEP2017&paper_id=140 (accessed 25 November 2018).

yet clear whether these innovations will result in actual changes. In the case of Algeria, the traditional problems that hindered cooperation in the past appear to remain unresolved. On the other hand, EU-Egypt relations have been relaunched in 2017-2018, although it is too soon to determine whether these new commitments will produce a real impact with regard to domestic reforms and infrastructural development.

Keywords: energy security, EU external relations, euro-mediterranean cooperation.

Palabras clave: seguridad energética, relaciones exteriores de la UE; cooperación euromediterránea.

EL MEDITERRÁNEO ORIENTAL Y LA DIVERSIFICACIÓN DE GAS A EUROPA

Antonio SÁNCHEZ ORTEGA*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. EL ABASTECIMIENTO DE GAS EN LA UE.—3. EL MEDITERRÁNEO ORIENTAL Y SU POTENCIAL GASÍSTICO.—4. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

1. La Unión Europea (UE), cuando menos, presenta una situación complicada en lo que respecta al abastecimiento de gas natural. Dicha complejidad radica en tres elementos principales. En primer lugar su alta dependencia exterior. La UE es el primer importador de gas a nivel global, pero además el descenso de su producción interna va a provocar un incremento de la dependencia exterior. En segundo lugar, la excesiva concentración de sus importaciones. Esto ha sido especialmente traumático en el caso de Rusia. Desde que en 2006 comenzaron a producirse una serie de crisis políticas entre Ucrania y Rusia, la dependencia energética de Moscú ha sido identificada como uno de los principales riesgos que ha de enfrentar la Política Energética Europea. En tercer lugar, las diferentes iniciativas que han tenido como objetivo incrementar la diversificación de las importaciones de gas no han dado los resultados esperados. Es por ello que los recientes descubrimientos de importantes yacimientos gasísticos en el Mediterráneo oriental están despertando un creciente interés en Europa.

2. EL ABASTECIMIENTO DE GAS EN LA UE

2. Los datos de la dependencia de gas de la UE servirían de ejemplo para ilustrar un manual de seguridad energética. En la actualidad, las importacio-

* Profesor Ayudante Doctor de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Granada (santega@ugr.es). Todos los enlaces a sitios *web* han sido comprobados con fecha de 30 de octubre de 2018.

nes de gas suponen el 70 por 100 del total. El descenso de la producción endógena y el aumento del consumo llevarán esta dependencia al 87 por 100 para 2050¹. Esto es aún más problemático si tenemos en cuenta que existe una alta concentración de las fuentes de suministro. Rusia, Noruega y Argelia proporcionan el 77 por 100 de las importaciones de gas natural a la UE. Además, Rusia con el 40 por 100 del abastecimiento de gas destaca como el principal abastecedor. Los problemas y temores de esta alta dependencia de Rusia han sido bien documentados y han provocado verdaderos quebraderos de cabeza por las crisis entre este país y Ucrania, la principal vía de transporte de gas a Europa, en 2006 y 2009 que afectaron al abastecimiento europeo y, especialmente, en 2014, tras la anexión de Crimea por parte de Rusia. Esta crisis provocó la aprobación de sanciones contra Rusia por parte de la UE que, entre otros sectores, afectan a su industria energética. Sin duda, no es posible desligar estas situaciones de la creación de la Política Energética Europea².

3. Una de las acciones más perseguidas por las Instituciones Europeas para mejorar el aprovisionamiento de la Unión ha pasado por incrementar la diversificación del aprovisionamiento. En la actualidad, los gasoductos con destino a la UE están diversificados en tres corredores: Corredor Septentrional desde Noruega, Corredor Oriental desde Rusia y Corredor Mediterráneo desde África. Por tanto, sus esfuerzos se han dirigido a desarrollar un nuevo eje de abastecimiento, el Corredor Meridional. Este corredor se concibió para unir directamente la UE con la cuenca del mar Caspio y Oriente próximo, donde se encuentran más del 49 por 100 de las reservas de gas —frente al 17 por 100 de Rusia— y se pensó que podría aportar entre el 10-20 por 100 del consumo europeo para 2020. La concreción material del Corredor Meridional ha pasado por diferentes proyectos de gasoductos, prevaleciendo en la actualidad el TAP, que conectaría los yacimientos de gas de Azerbaiyán con el sudeste europeo³. A pesar de la creación de este gasoducto, es necesario reconocer que este no cumple las expectativas originales del corredor meridional. En el mejor de los casos, el TAP, supondría el aporte de 10.000 millones de metros cúbicos (mmmc) anuales, lo que solo supone un 2 por 100 del consumo actual de gas de la UE y aunque se ha planteado su ampliación, e incluso su conexión con Turkmenistán, parece poco probable que pueda incrementar su aportación de manera significativa⁴.

¹ EUROPEAN COMMISSION, *EU Energy, Transport and GHG Emissions —Trends To 2050—*, EU Reference Scenario, 2016, p. 72.

² Véase ALP KOCAK, K., DE MICCO, P. y FELICI, A., «The quest for natural gas pipelines - EU and Eastern Partner energy policies: Security versus transit benefits», *EPRS European Parliamentary Research Service and Directorate General for External Policies*, julio de 2016.

³ Aunque nos referimos a él como TAP, lo cierto es que son tres gasoductos conectados entre sí. El TAP entre Italia, Albania y Grecia, el TANAP —Trans Anatolian Natural Gas Pipeline—, a través de Turquía y el SCP —South Caucasus Pipeline— que conecta con los yacimientos de gas en Azerbaiyán. Cuando esté terminado, para 2019, transportará 16.000 millones de metros cúbicos anuales, de los cuales seis mil serán para Turquía y diez mil para los mercados de Grecia e Italia. Véase BP, *Shah Deniz 2 and Opening of the Southern Corridor*, disponible en http://www.bp.com/content/dam/bp/pdf/Press/shah_deniz_2_brochure_english.pdf.

⁴ Se ha previsto una ampliación de su capacidad hasta los 20 mmmc anuales más allá de 2020, opción que ha cobrado fuerza tras la crisis entre Ucrania y Rusia. HAFNER, M., «The southern gas corridor

4. Es por ello que, en la actualidad, las circunstancias técnicas y los desafíos de carácter geopolítico parecen haber dado al traste con la mayor incitativa de diversificación de la UE. Desde que el proyecto nació, hace más de quince años y a pesar de la atención e interés mostrado por la UE, el corredor meridional parece encontrarse en un callejón sin salida, en cambio, los recientes descubrimientos de gas en el Mediterráneo oriental podrían insuflar algo de vida a este proyecto.

3. EL MEDITERRÁNEO ORIENTAL Y SU POTENCIAL GASÍSTICO

5. En la cuenca geográfica que va desde la costa sur de Turquía hasta la desembocadura del Nilo se han realizado importantes descubrimientos de gas natural que podrían llegar a exceder las reservas de Argelia, uno de los principales suministradores de gas a Europa⁵. Por cuestiones tanto de carácter político, conflictos u otros problemas de carácter interno, como técnico, cuantía de las reservas y desarrollo de la industria gasística, los yacimientos más prometedores, desde el punto de su potencial exportador, se han descubierto en Egipto, Chipre e Israel.

6. De entre ellos destacan los yacimientos de Egipto. Desde el año 1999 se han realizado importantes descubrimientos de gas en el país árabe, acumulando en total 1.800 mmmc, casi el 1 por 100 de las reservas mundiales de gas⁶. Además, cuenta con una industria gasística bastante desarrollada, que incluye dos terminales para la exportación de gas natural licuado (GNL) y el gasoducto árabe que permite exportar gas a Jordania, Israel, Siria y Líbano. Todo ello le ha permitido ser el segundo productor de gas en África, por detrás de Argelia y el décimo quinto exportador de gas mundial. Sin embargo, el incremento del consumo endógeno, la falta de inversión y los problemas políticos internos lo convirtieron en importador de gas en 2015. Se espera que los nuevos yacimientos y los cambios legislativos que persiguen, por un lado, la atracción de capital exterior y, por otro, la mayor eficiencia del consumo interno permitan a Egipto volver a exportar gas en 2021. Condición

and the EU gas security of supply: what's next?», *Natural Gas World*, 28 de marzo de 2015, disponible en <https://www.naturalgasworld.com/southern-gas-corridor-and-eu-gas-security-of-supply-22688>. A pesar de lo cual, existen dudas de que esto pueda lograrse. Véase PIRANI, S., «Azerbaijan's gas supply squeeze and the consequences for the Southern Corridor», *Oxford Institute for Energy Studies Paper*, NG 110, julio de 2016, y PIRANI, S., «Let's not exaggerate: Southern Gas Corridor prospects to 2030», *Oxford Institute for Energy Studies Paper*, NG 135, julio de 2018.

⁵ En total se han descubierto reservas por un total de tres billones de metros cúbicos, aunque podrían suponer más del doble. En su mayor parte se concentran en Egipto, 1.800 mmmc, estando el resto, 1.200, repartidos entre Chipre, Siria, Líbano e Israel. Véase KARBUZ, S., «Geostrategic Importance of East Mediterranean Gas Resource», en DORSMAN, A. et al. (eds.), *Energy Economy, Finance and Geostrategy*, Berlín, Springer, 2018, pp. 237-255, y YORUCU, V. y MEHMET O., «Energy Actors in the Eastern Mediterranean: Maps and Rivalries», en VEDAT YORUCU, V. y MEHMET O., *The Southern Energy Corridor: Turkey's Role in European Energy Security. Lecture Notes in Energy*, vol. 60, Berlín, Springer, 2018, pp. 103-118.

⁶ BP, *BP Statistical Review of World Energy*, junio de 2018.

que podría mantener durante un periodo inferior a diez años con volúmenes superiores a 10 mmmc anuales⁷.

7. Israel por su parte, salvo un breve periodo de tiempo entre 2004 y 2008, en el que llegó a producir el 40 por 100 del gas que consumía, ha sido tradicionalmente un país importador de gas. Los descubrimientos, en 2009 y 2010, de los inmensos yacimientos de Tamar y Leviatán⁸, entre otros, y su puesta en funcionamiento pueden convertir a Israel en exportador de gas en el corto plazo⁹. El tercer Estado identificado en nuestro análisis es Chipre. A pesar de ser también un importador de gas, en los últimos años se han realizado descubrimientos, principalmente el yacimiento Afrodita, al sur de su zona económica exclusiva, con lo que se excluyen los problemas de demarcación territorial con la República Turca del Norte de Chipre. Las previsiones sitúan la capacidad de producción de Afrodita en torno a los 8,2 mmmc anuales, que en su mayor parte se podrían dedicar a la exportación. En ambos casos, Israel y Chipre, continúan las exploraciones en busca de nuevos yacimientos, con lo que no es descabellado pensar que pudieran incrementar sus reservas. A ellos se les podría unir Líbano que, a pesar de los delicados equilibrios políticos internos, está avanzando en el desarrollo de su sector gasístico.

8. Teniendo en cuenta el potencial de la región, sería conveniente analizar cuánto de ese gas podría llegar a Europa y cuál serían las vías más probables para su transporte. Es necesario indicar que todos los trabajos analizados tienden a presentar los intereses de exportación de Chipre e Israel vinculados de alguna forma, ya sea por la situación y proximidad geográfica de los mismos, como por la peculiar situación geopolítica de ambos actores en la región.

9. Desde que comenzaron a realizarse los primeros descubrimientos en la región, las autoridades egipcias, apoyadas incluso por el Banco Mundial y la UE, han trabajado intensamente para convertir a Egipto en un centro para la recepción del gas de la región¹⁰. Esta vía tiene importantes ventajas. En primer lugar hay que destacar que Egipto es un gran mercado para el gas natural y aunque puede convertirse en exportador en la próxima década, las previsiones indican que volverá a importar gas en el medio plazo. En segundo lugar y, como hemos comentado, cuenta con una desarrollada industria gasística. Así, podría exportar más de 16 mmmc anuales mediante GNL y otros 19 mmmc por gasoducto. Desde que se convirtió en importador, en 2015,

⁷ Véase OUKI, M., «Egypt - a return to a balanced gas market?», *OIES PAPER*, Oxford Institute for Energy Studies, NG 131, 2018, pp. 4 y ss.

⁸ Estos han sido catalogados como los mayores yacimientos de gas descubiertos en aguas profundas en el siglo XXI. Se estima que las reservas de ambos exceden los 970 mmmc. Véase KARBUZ, S., *op. cit.*, nota 5, pp. 239-240.

⁹ Existe un acuerdo político para dedicar el 40 por 100 de las reservas de gas del país a la exportación. RUBLE, I., «European Union energy supply security: The benefits of natural gas imports from the Eastern Mediterranean», *Energy Policy*, 2017, núm. 105, pp. 341-353, esp. p. 346.

¹⁰ Véase PRONTERA, A. y RUSZEL, M., «Energy Security in the Eastern Mediterranean», *Middle East Policy*, vol. 24, 2017, núm. 3, pp. 145-162.

estas infraestructuras se encuentran infrautilizadas. Es por ello que desde el punto de vista económico la opción de convertir a Egipto en el centro de destino o de distribución del gas de la región parece la opción más viable. Esta situación ha provocado que las autoridades de Egipto, Chipre e Israel hayan discutido y llegado a algunos acuerdos preliminares de importación de gas israelí y para la creación de un gasoducto desde los yacimientos chipriotas a Egipto¹¹. Sin embargo, a pesar de sus innegables ventajas, esta ruta cuenta con problemas de carácter político, especialmente en lo que respecta a la relación entre Egipto e Israel, que pueden acabar afectando a la colaboración entre Chipre y Egipto en materia de gas. Así, el gasoducto entre Egipto e Israel ha sido objetivo de ataques terroristas, a la vez que muy criticado por sectores de la población egipcia, mientras que, a pesar de las estables relaciones diplomáticas entre ambos, en ocasiones, estas atraviesan por fases de tensión política. Además, la propia inestabilidad interna de Egipto de los últimos años también plantea ciertas incertidumbres¹².

10. Israel y Chipre han estudiado otras opciones para la exportación de gas. Principalmente estas serían mediante la creación de instalaciones de GNL en sus respectivos territorios, lo que ha sido desechado por cuestiones de seguridad en el caso israelí y por su alto coste en el chipriota. La exportación de gas al corredor meridional y su posible conexión con el TAP también quedan excluidos puesto que esto supondría la creación de un gasoducto entre ambos y Turquía. A pesar de los importantes beneficios económicos que tendrían para las partes, no parece que la situación política lo permita. Por último, los mercados jordano y palestino no parecen la opción prioritaria para los israelíes.

11. Sin duda, la opción que, hasta la fecha, ha suscitado un mayor entusiasmo político es la creación de un gaseoducto que comunique el Mediterráneo oriental con Europa. El East Med, como se ha denominado al proyecto, tendría más de 2.000 kilómetros y uniría los yacimientos chipriotas con el sur de Italia a través de Creta y Grecia. Esto lo libraría de los problemas derivados de los Estados de tránsito que han afectado a los suministros rusos y mejoraría la seguridad energética de Creta y Grecia que están aislados energéticamente. Su construcción, si finalmente se aprueba, está prevista para 2024 y podría transportar hasta 14 mmmc anuales, aunque en una segunda fase podría aumentar hasta los 20, para lo que sería necesario su

¹¹ En el caso de Israel, el gas transitaría por los gasoductos existentes entre ambos países. El contenido último de los acuerdos no se ha hecho público, lo que sí se sabe es que el gas llegaría a Egipto, pero se desconoce si este se reexportaría a otros destinos distintos del mercado egipcio. Véase TSAKIRIS, T., «Cyprus's Natural Gas Strategy: Geopolitical and Economic Preconditions», *Mediterranean Quarterly*, 2017, núm. 28 (1), pp. 29-57.

¹² A pesar de lo dicho, lo cierto es que los importantes descubrimientos de gas en la región y mediante la actuación de Grecia y Chipre, Israel y Egipto han acercado posturas en detrimento de la influencia de Turquía en la región. Véase KARAGIANNIS, E., «Shifting Eastern Mediterranean Alliances», *Middle East Quarterly*, vol. 23, 2016, núm. 2; y ADAMIDES, C. y CHRISTOU, O., «Energy Security and the Transformation of Regional Securitization Relations in the Eastern Mediterranean», en KATSIKIDES, S. y KOKTSIDIS, P. (eds.), *Societies in Transition*, Berlín, Springer, 2015, pp. 189-205.

conexión con Israel. El East Med, cuenta con un importante apoyo político, tanto entre de las Instituciones Europeas como entre las autoridades de Chipre e Israel¹³. El entusiasmo suscitado por este proyecto no va necesariamente de la mano de la viabilidad económica, siendo este uno de los retos a los que debe hacer frente. A pesar de que el gas que entregaría podría tener un coste ligeramente superior al del gas ruso o incluso al GNL¹⁴, lo cierto es que las importantes ventajas que tendría como son aumentar la diversificación energética de la UE; reforzar el corredor meridional; incrementar la liquidez del mercado gasista europeo y la mayor interconexión de regiones energéticamente aisladas de Europa, podrían ser un importante elemento en su favor.

12. Por último, un aspecto clave que nos puede ayudar a entender la importancia que los yacimientos gasísticos descubiertos en el Mediterráneo oriental pueden tener en la diversificación del gas europeo, es el interés mostrado por Rusia para que sus empresas puedan participar en la explotación de los mismos. El objetivo último de dicha participación sería, además del económico, el de poder condicionar el destino final de esos recursos y evitar que puedan convertirse en una competencia para los rusos. Es necesario señalar que, salvo en los yacimientos egipcios y sirios¹⁵, sus aspiraciones no se han visto satisfechas, optando tanto Israel como Chipre por la participación mayoritaria de empresas occidentales¹⁶.

4. CONCLUSIONES

13. En 2017 la UE importó más de 190 mmmc de gas de Rusia. Esta dependencia del gas ruso no ha dejado de crecer a pesar de las múltiples crisis políticas entre las partes. En el mejor de los casos, el corredor meridional y los nuevos descubrimientos del Mediterráneo oriental podrían entregar de manera conjunta algo más de 30 mmmc anuales en las próximas décadas. Teniendo en cuenta el incremento del consumo de la UE y el descenso en su producción interna, los nuevos aportes de gas, en ningún caso, servirían para reducir la dependencia de Rusia. Sí, en cambio, podrían contribuir a que esta no incrementase. Es por ello que parece claro que, en el actual contexto geopolítico, la diversificación del gas europeo no va a producirse mediante la

¹³ La UE lo ha declarado proyecto de interés común por lo que se hace cargo del 50 por 100 de la financiación de los gastos de estudio técnico para el desarrollo del proyecto. Véase EUROPEAN COMMISSION, *EastMed Pipeline Project - Development Phase*, disponible en <https://ec.europa.eu/inea/en/connecting-europe-facility/cef-energy/7.3.1-0023-cyel-s-m-17>, y «Cyprus, Israel, Greece Push for Gas Pipeline to Europe», *Pipeline and Gas Journal*, 5 de agosto de 2018, disponible en <https://pgjonline.com/news/2018/05/cyprus-israel-greece-push-for-gas-pipeline-to-europe>.

¹⁴ Véase RUBLE, I., *op. cit.*, nota 9, p. 349.

¹⁵ Véanse OUKI, M., *op. cit.*, nota 7, p. 9, y RUBLE, I., *op. cit.*, nota 9, p. 351.

¹⁶ Véanse SHAFFER, B., «Israel. New natural gas producer in the Mediterranean», *Energy Policy*, 2011, núm. 39, pp. 5379-5387, esp. p. 5386; PRONTERA, A. y RUSZEL, M., *op. cit.*, nota 10, y STERGIU, A., «Russia's Energy and Defense Strategy in the Eastern Mediterranean», *Economics World*, vol. 5, 2017, núm. 2, pp. 101-119.

interconexión con nuevos yacimientos, por lo que, sin duda, es en el mercado creciente del GNL donde la UE podría encontrar el gas necesario para reducir su dependencia gasística de Rusia. Para que esto sea posible, la UE debe favorecer la interconexión de los gasoductos internos, cuestión que a veces se ha planteado tan ardua como la creación de gasoductos en el exterior.

Palabras clave: seguridad energética, Unión Europea, gas natural, Mediterráneo oriental.

Keywords: Energy security, European Union, natural gas, eastern Mediterranean.

SOBRE LA PROBLEMÁTICA DETERMINACIÓN
DE LOS EFECTOS JURÍDICOS INTERNOS
DE LOS «DICTÁMENES» ADOPTADOS POR COMITÉS
DE DERECHOS HUMANOS. ALGUNAS REFLEXIONES
A LA LUZ DE LA STS 1263/2018, DE 17 DE JULIO

Concepción ESCOBAR HERNÁNDEZ*

1. El pasado 17 de julio la Sección 4.^a de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo dictó la Sentencia 1263/2018, que ha tenido un gran impacto mediático y jurídico¹. Ello no resulta extraño si tenemos en cuenta que los hechos que están en el origen de esta sentencia revisten una especial gravedad y provocaron en su día una innegable alarma social. A lo que se añade el hecho, no menos relevante, de que en la citada sentencia el Tribunal Supremo (en adelante TS) ha reconocido por primera vez efectos en nuestro ordenamiento jurídico a un Dictamen adoptado por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (en adelante, Comité CEDAW), calificándolo como «vinculante/obligatorio» y «presupuesto válido

* Catedrática de Derecho Internacional Público en la UNED y miembro de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. Email: cescobar@der.uned.es.

¹ Al margen del eco mediático de la sentencia, la misma ha generado un interés inmediato en los medios jurídicos especializados en Derecho internacional, de los que cabe citar dos ejemplos significativos. En primer lugar, la Comisión de Derecho Internacional ha considerado la sentencia y ha incluido una referencia a la misma en su informe de este año con ocasión de la aprobación del Proyecto de Conclusiones sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados (*Informe de la Comisión de Derecho Internacional*, sobre su 70.º periodo de sesiones celebrado en 2018; doc. A/73/10, p. 124, nota 649). Por su parte, el *blog* del *European Journal of International Law* (*EJIL: TALK!*), publicó el pasado 1 de agosto un *post* de Koldo Casla titulado «Supreme Court of Spain: UN Treaty Body Individual decisions are legally binding» que generó un rico e interesante debate (<https://www.ejiltalk.org/supreme-court-of-spain-un-treaty-body-individual-decisions-are-legally-binding/>) (consultada el 4 de diciembre de 2018). En la doctrina española véase el comentario de GUTIÉRREZ ESPADA, C., «La aplicación en España de los dictámenes de Comités Internacionales: la STS 1263/2018, un importante punto de inflexión», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, octubre de 2018, núm. 2, pp. 836-851. Para un comentario sobre el Dictamen del Comité CEDAW en este asunto véase ABRIL STOFFELS, R., «The “effectiveness” of CEDAW Committee Decisions: Angela González Carreño v. Spain», *Spanish Yearbook of International Law*, vol. 19, 2015, pp. 365-372.

para formular una reclamación patrimonial» contra el Estado por mal funcionamiento de la Administración de Justicia que habría tenido como consecuencia la violación de los derechos reconocidos en los arts. 14, 15 y 24 de la Constitución Española en combinación con los arts. 2, 5 y 16 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

La citada sentencia constituye el punto final de una larga lista de reclamaciones interpuestas por doña Ángela González Carreño ante órganos administrativos y judiciales españoles a raíz del asesinato de su hija por el padre de la niña durante una visita sin vigilancia. Aunque tanto la administración como los tribunales competentes reconocieron y lamentaron este fatal desenlace, ello no les impidió concluir que el asesinato de la menor era imputable en exclusiva al padre y no fruto de un mal funcionamiento de la Administración de Justicia, denegando en todas las instancias las reclamaciones presentadas por la madre². Finalmente, tras la última sentencia denegatoria dictada el 15 de octubre de 2010 por el TS y la inadmisión por el TC de un recurso de amparo, por providencias de 13 de abril y 17 de junio de 2011, la Sra. González Carreño presentó una comunicación ante el Comité CEDAW en virtud de lo previsto en el art. 7 del Protocolo Adicional a la Convención³. Dicha comunicación fue resuelta por el Dictamen 47/2012 en el que el Comité estimó las pretensiones de la denunciante, concluyó que se había producido un supuesto de mal funcionamiento de la Administración de Justicia constitutivo de una violación de los arts. 2.a), d), e) y f); 5.a) y 16, párr. 1.d) de la Convención CEDAW y formuló un conjunto de recomendaciones entre las que se encontraba el «[o]rtorgar a la autora [de la comunicación] una reparación adecuada y una indemnización integral y proporcional a la gravedad de la conculcación de sus derechos»⁴. A raíz del pronunciamiento del Comité CEDAW, la interesada volvió a presentar ante el Ministerio de Justicia una solicitud de indemnización por mal funcionamiento de la Administración de Justicia apoyándose en las recomendaciones del Dictamen (a la que no obtuvo respuesta) y sendos recursos ante la AN y el TS que, finalmente, ha cerrado este largo y complejo proceso con la sentencia que ahora comentamos⁵.

La sentencia merecería ser analizada desde muy distintas perspectivas, que incluyen tanto cuestiones de Derecho interno como cuestiones referidas

² El Ministerio de Justicia rechazó la reclamación el 3 de marzo de 2005 y el 22 de diciembre del mismo año (reposición). Por su parte, la AN desestimó el recurso presentado contra dichas denegaciones por Sentencia de 10 de diciembre de 2008 (recurso contencioso-administrativo 346/2007), que fue confirmada en casación por STS de 15 de octubre de 2010 (recurso de casación 515/2009).

³ España ratificó la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, de 18 de diciembre de 1979, por instrumento de 5 de enero de 1984 (BOE núm. 69, de 21 de marzo de 1984), y el Protocolo Facultativo a la Convención, de 6 de octubre de 1999, por instrumento de ratificación de 6 de julio de 2001 (BOE núm. 190, de 9 de agosto de 2001).

⁴ Véase CEDAW/C/58/D/47/2012, de 15 de agosto de 2014, en particular los párrs. 9.7, 10 y 11.

⁵ Con anterioridad la demandante había interpuesto un recurso de revisión extraordinaria ante la AN (recurso contencioso-administrativo 312/2016) que fue desestimado por Sentencia de 21 de abril de 2016, confirmada por STS de 25 de septiembre de 2017 (recurso de casación 2083/2016).

a las relaciones entre el Derecho internacional y el Derecho español, no solo —aunque sí preferentemente— desde la perspectiva de la protección de los derechos humanos. Por obvias razones, no se harán en este breve comentario referencias específicas a las interesantes cuestiones procesales que se plantean en la sentencia, ni tampoco a cuestiones de orden general relacionadas con el significado del art. 96 de la Constitución y el valor de los tratados en nuestro ordenamiento jurídico, a los que la sentencia se refiere en términos no controvertidos y que son —en líneas generales— compatibles con el acervo de nuestro sistema jurídico en materia de tratados. Sin embargo, sí merece un tratamiento más detenido el elemento central que es objeto de análisis en los fundamentos jurídicos de la sentencia y sobre el que se construye la decisión final del TS, a saber: la naturaleza y eficacia jurídica de los Dictámenes del Comité CEDAW en general y en nuestro ordenamiento jurídico en particular⁶.

2. En realidad, el problema a que se enfrenta el TS en el presente caso no es nuevo. Por el contrario, la naturaleza, efectos y oponibilidad frente a los poderes públicos de las decisiones de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos ha sido objeto de un reiterado debate tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, que se inicia en buena medida con el tratamiento del caso *Barberá, Messegué y Jabardo* ante la AN, el TS y el TC⁷, y que se ha mantenido como una constante hasta nuestros días, proyectándose tanto sobre las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como sobre los dictámenes adoptados por diversos Comités creados por tratados internacionales de derechos humanos en los que España es parte.

Sin embargo, aunque esta problemática ha sido una constante en las tres últimas décadas, la respuesta dada a la misma por los poderes públicos no ha sido clara y uniforme, teniendo un fuerte componente pretoriano. Así, baste con destacar que dicha respuesta se ha basado en soluciones individualizadas, llamadas a tener efecto exclusivamente en cada caso concreto y no susceptibles de generalización. Ello explica en buena medida que, incluso cuando un mismo tribunal se ha ocupado de la naturaleza y efectos de una misma categoría de decisiones de un órgano internacional de protección de derechos humanos haya dado soluciones distintas, incluido el TC. A lo que ha de añadirse que la reacción del legislador frente a la necesidad de garantizar la eficacia de las decisiones de órganos internacionales de derechos humanos ha sido tardía, parcial e incompleta, concretándose únicamente en la incorporación en la Ley Orgánica del Poder Judicial del art. 5 bis a los efectos de

⁶ El objeto central del recurso había sido definido previamente por el ATS 5786/2017, por el que se admite a trámite el recurso. Véanse, en especial, el razonamiento jurídico 2.º y el párr. 2 de la parte dispositiva del Auto.

⁷ En relación con dicho asunto, véase en esta misma Revista nuestro trabajo «Ejecución en España de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *REDI*, vol. 42, 1990, pp. 547-570. Véase también el trabajo «Problemas planteados por la aplicación en el ordenamiento español de la Sentencia “Bultó” (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional español 245/1991, de 16 de diciembre)», *Revista de Instituciones Europeas*, 1992, núm. 1, pp. 139-163.

permitir la ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos por la vía de la revisión judicial⁸.

Ante este complejo y variable panorama solo un elemento puede considerarse realmente como una constante: la doctrina del TC sobre el significado del art. 10.2 de la Constitución y el especial efecto interpretativo de los tratados internacionales sobre derechos humanos a la hora de definir el contenido esencial de los derechos constitucionalmente reconocidos y de garantizar la efectividad de los citados derechos en el ordenamiento español. A lo que ha de añadirse la continua negativa del TS a reconocer que las decisiones de los órganos internacionales de protección de derechos humanos, en especial los dictámenes de los Comités creados en virtud de tratados, puedan tener algún efecto en el ordenamiento español.

3. Sin embargo, el TS ha dado un giro copernicano a su anterior jurisprudencia al estimar un recurso de casación basado en términos sustantivos en las conclusiones y recomendaciones a que llegó el Comité CEDAW en su Dictamen 47/2012. Al pronunciarse sobre el mismo, el TS casa la SAN de 2 de noviembre de 2016, por la que dicho tribunal desestimaba las pretensiones indemnizatorias de la recurrente sobre la base de dos argumentos básicos que pueden resumirse de la siguiente manera: i) no existe en el Derecho español procedimiento alguno que permita dar cumplimiento a los dictámenes del Comité CEDAW; y ii) contrariamente a lo afirmado en el Dictamen del Comité, no se ha producido ningún supuesto de mal funcionamiento de la Administración de Justicia ni violación de derechos fundamentales de la demandante que permita otorgarle una indemnización por los daños padecidos. De esta manera, la AN ignora el contenido del Dictamen del Comité CEDAW, aunque sin pronunciarse expresamente y de forma general sobre su naturaleza y efectos jurídicos en el ordenamiento español, con la única excepción de declarar su falta de valor ejecutivo⁹.

Frente a este planteamiento, el TS ha estimado las pretensiones de la demandante con base en un conjunto de argumentos que pueden sistematizarse como sigue: i) la Convención CEDAW y su Protocolo Facultativo, ambos ratificados por España, forman parte de nuestro ordenamiento jurídico interno en virtud del art. 96 de la Constitución y respecto de los mismos debe aplicarse el principio de jerarquía normativa; ii) la Convención debe ser tenida en cuenta para interpretar los derechos fundamentales contenidos en la Constitución en virtud de su art. 10.2; iii) aunque la Convención no establece un sistema supranacional de control de la actividad del Estado, España ha consentido voluntariamente en la competencia del Comité para recibir comunicaciones individuales y ha participado en el procedimiento ante dicho Comité en el caso de autos, habiendo expresado su oposición frente a la co-

⁸ La reforma se produjo por la LO 7/2015, de 21 de julio, art. único, 3 (BOE núm. 174, de 22 de julio de 2015).

⁹ Véase SAN 4195/2016 (procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona 6/2015), en particular el FJ 4.

municación de la «denunciante»; iv) en virtud de lo previsto en los art. 7.4 del Protocolo Facultativo y en el art. 24 de la Convención, España ha de adoptar las medidas necesarias para dar cumplimiento a las recomendaciones contenidas en un Dictamen del Comité, que es «obligatorio/vinculante» para los Estados partes que han ratificado el Protocolo Facultativo; y v) dado que el Estado no ha dado cumplimiento a dichas recomendaciones y que no existe un procedimiento específico para hacerlo posible, el Dictamen adoptado por el Comité CEDAW constituye un presupuesto válido para concluir la existencia de un mal funcionamiento de la Administración de Justicia y para reconocer a la Sra. González Carreño una indemnización derivada de la responsabilidad patrimonial del Estado por tal motivo¹⁰.

Tras una lectura detenida y sosegada de la sentencia, se puede concluir que el TS ha llevado a cabo un ejercicio interpretativo de la Convención CEDAW y su Protocolo Facultativo, en combinación con las disposiciones constitucionales pertinentes (en especial los arts. 96 y 10.2), con el objetivo de encontrar una fórmula jurídica que permita «hacer justicia material» en un caso en el que la Administración española ha mantenido una actitud omisiva que, entre otras consecuencias, ha motivado un seguimiento crítico por parte de diversos órganos internacionales de protección de derechos humanos¹¹. Aunque dicho objetivo es loable, cabe preguntarse sin embargo si la argumentación jurídica seguida por el Alto Tribunal para alcanzar este resultado recoge cabalmente la naturaleza de las instituciones que toma en consideración y si se adapta a la jurisprudencia constitucional sobre los efectos de los tratados internacionales de derechos humanos en los que España es parte.

A fin de responder a esta cuestión, son tres las cuestiones que merecen un especial análisis: i) la calificación de los dictámenes del Comité como «obligatorios/vinculantes»; ii) el alcance de las obligaciones que para España se derivan de la Convención y su Protocolo Facultativo y las consecuencias prácticas que ello tiene en la protección efectiva en el Derecho español de los derechos reconocidos en la Convención, y iii) el valor interpretativo de los dictámenes del Comité CEDAW en general y en España.

4. Comenzando por la primera de las cuestiones, ha de llamarse la atención sobre el hecho de que la calificación de los dictámenes del CEDAW como «obligatorios/vinculantes» no refleja adecuadamente la naturaleza de estos instrumentos. En efecto, con independencia de que los dictámenes puedan producir efectos jurídicos para los Estados partes a los que se refieren, calificarlos como obligatorios o vinculantes puede tener como consecuencia el equipararlos con las sentencias y otras decisiones judiciales dictadas por tribunales internacionales. Una equiparación que no puede sostenerse en

¹⁰ Véase STS 1263/2018, en especial FJ 7, consideraciones 3.ª y 4.ª, y FJ 8.

¹¹ A título de ejemplo, véanse los documentos A/HRC/29/49/Add.3, de 17 de junio de 2015 (Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de la discriminación contra la mujer en la legislación y en la práctica. Misión a España) y CEDAW/C/ESP/CO/7-8, de 29 de julio de 2015, párrs. 10 y 11 (Observaciones del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer sobre los informes periódicos 7.º y 8.º combinados de España).

términos de Derecho internacional y que ha sido expresamente rechazada por nuestro TC. La afirmación de que dichos Dictámenes no tienen carácter ejecutivo viene a reforzar dicha confusión, ya que dicha terminología —en el sentido en que se emplea en la sentencia— es característica de las decisiones judiciales. A este respecto, conviene recordar la distinta naturaleza de una y otra categoría de decisiones adoptadas en el marco de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos, que es consecuencia inmediata de la distinta naturaleza de los sistemas de protección en que cada una de estas decisiones se adopta. Así, es pacífica la consideración de que el carácter vinculante de dichas decisiones se reserva, en sentido estricto, para las decisiones judiciales. Algo que se refleja incluso en la distinta terminología empleada en las Convenciones que crean dichos sistemas para referirse a las decisiones finales de sus órganos de control, así como para identificar los efectos de las mismas. Desde esta perspectiva, la afirmación del TS de que el Dictamen del Comité CEDAW es «obligatorio/vinculante» merece sin duda una valoración crítica.

5. Sin embargo, la ausencia de carácter vinculante u obligatorio de los dictámenes del Comité CEDAW, no puede traducirse automáticamente en la afirmación de que dichos dictámenes, como los de otros Comités del sistema internacional de derechos humanos, carecen de todo efecto jurídico. Por el contrario, afirmar que las citadas decisiones son meras recomendaciones, sugerencias u opiniones de expertos que no tienen que ser tenidas en cuenta por los poderes públicos, es tan contrario a la naturaleza de dichas decisiones como afirmar que las mismas tienen carácter vinculante equiparándolas así a decisiones judiciales. Un simple análisis sistémico de este mecanismo de control permite comprender fácilmente el alcance de esta afirmación.

El punto de partida de tal análisis ha de ser necesariamente la naturaleza del Comité CEDAW y la forma en que los Estados le atribuyen competencia. En relación con la primera de las cuestiones, resulta obvio que no es un órgano judicial, pero ello no le priva de su caracterización como órgano de supervisión y control de la conducta de los Estados parte en relación con los derechos reconocidos en la Convención y, por tanto, su función no es tanto aplicar dicho instrumento cuanto velar porque sus disposiciones se apliquen correctamente por los Estados parte¹². A tal fin, los Estados le han atribuido un conjunto de competencias que, básicamente y dejando al margen la competencia para adoptar observaciones o comentarios generales, se resumen en tres: el examen de informes periódicos, el examen de comunicaciones y la investigación de situaciones generales de discriminación contra la mujer. En el primero de los casos, la competencia del Comité es reconocida de forma general por los Estados al ratificar la Convención¹³, mientras que en el supuesto de las comu-

¹² La Convención crea el Comité «[c]on el fin de examinar los progresos realizados en la aplicación de la misma» (art. 17.1). Esta función está directamente relacionada con el examen de los informes periódicos que han de presentar los Estados y ha sido completada con la función de examen de supuestas violaciones de la Convención que se le atribuye en virtud del Protocolo Facultativo.

¹³ Véase Convención, arts. 18 y 21.

nicaciones individuales y la investigación de situaciones, la aceptación de la competencia del Comité no se deriva de la propia Convención y es opcional, ejerciéndose únicamente respecto de aquellos Estados partes que hayan ratificado el Protocolo Facultativo¹⁴. En el caso de las comunicaciones, además, el Estado tiene un destacado papel en el procedimiento que se sigue ante el Comité, garantizándose en particular su derecho a recibir la comunicación y a formular las observaciones que estime oportunas en defensa de su derecho¹⁵.

Por tanto, si se tiene en cuenta la fuerte presencia de la voluntad estatal en el proceso de atribución de competencias al Comité CEDAW, resulta incoherente y extremadamente difícil concluir que las decisiones adoptadas por el Comité carezcan de valor y efecto jurídico alguno. O, lo que es lo mismo, rechazar todo efecto jurídico a los dictámenes equivale a afirmar que los Estados establecen sistemas internacionales de protección de derechos humanos a los que se someten libre y voluntariamente para posteriormente ignorar las decisiones de los órganos que ellos mismos han creado y a cuya supervisión han sometido voluntariamente el comportamiento estatal. Dicha conclusión resulta, además, difícilmente compatible con un sistema monista de relación entre el Derecho internacional y el Derecho interno, como es el español, en el que los tratados internacionales forman parte del ordenamiento interno sin necesidad de acto alguno de transformación.

Cuestión distinta es la de cuál sea el alcance de los efectos jurídicos que se derivan de los Dictámenes del Comité CEDAW que, como para el resto de los Comités de derechos humanos, depende de lo previsto en las normas internacionales que le sirven de base. A este respecto, baste ahora con mencionar expresamente que el art. 7 del Protocolo Facultativo CEDAW establece que «[t]ras examinar una comunicación, el Comité hará llegar sus opiniones sobre la comunicación, conjuntamente con sus recomendaciones, si las hubiere, a las partes interesadas» y que «[e]l Estado parte dará la debida consideración a las opiniones del Comité, así como a sus recomendaciones, si las hubiere, y enviará al Comité, en un plazo de seis meses, una respuesta por escrito, especialmente información sobre toda medida que se hubiera adoptado en función de las opiniones y recomendaciones del Comité»¹⁶. A la luz de la redacción de estas disposiciones, resulta evidente que ni el Dictamen ni las recomendaciones contenidas en el mismo pueden ser calificadas como actos obligatorios o vinculantes en el sentido estricto en que se aplicarían dichos términos a una sentencia u otra decisión judicial. A lo que ha de añadirse que de los mismos se deriva el reconocimiento implícito de un amplio margen de discrecionalidad estatal en el proceso de toma de decisión en el ámbito interno.

Sin embargo, la existencia de un margen de discrecionalidad en la apreciación y aplicación de las opiniones y recomendaciones del Comité difícilmente

¹⁴ Véase Protocolo Facultativo, arts. 1 y 3 (comunicaciones) y 8 (investigaciones).

¹⁵ Véase Protocolo Facultativo, art. 6. La participación del Estado en las investigaciones iniciadas *motu proprio* por el Comité está igualmente garantizada (véase art. 8.1 del Protocolo).

¹⁶ Véase Protocolo Facultativo, art. 7, párrs. 3 y 4.

puede confundirse con la irrelevancia jurídica de las mismas. En particular si tenemos en cuenta que —como se ha señalado *supra*— el Estado interesado está obligado a informar al Comité sobre las medidas adoptadas en función de dichas opiniones y recomendaciones. Y que, por otro lado, «[e]l Comité podrá invitar al Estado parte a presentar más información sobre cualesquiera medidas que el Estado parte hubiera adoptado en respuesta a las opiniones o recomendaciones del Comité, si las hubiere, incluso, si el Comité lo considera apropiado, en los informes que presente más adelante el Estado parte» en el marco del sistema de informes periódicos que los Estados deben someter al Comité por mandato de la Convención¹⁷. En consecuencia, si bien el Estado es titular de un margen de discrecionalidad a la hora de adoptar medidas en función de las opiniones y recomendaciones del Comité, dicho margen de discrecionalidad no puede confundirse con la mera ignorancia o rechazo de aquellas.

Esta distinción entre «discrecionalidad» e «ignorancia y rechazo» del Dictamen del Comité y sus recomendaciones, parece encontrarse en buena medida en el fondo del argumento que lleva al TS a concluir que, ante la ausencia de respuesta de la Administración pública a las solicitudes de la demandante y la inexistencia de un procedimiento adecuado para hacer posible en el ordenamiento interno el efecto jurídico de las recomendaciones del Comité, la reclamación judicial por mal funcionamiento de la Administración de Justicia debe ser estimada tomando como parámetro de la misma el Dictamen 47/2012.

6. En todo caso, y al margen de que los dictámenes del Comité CEDAW no puedan considerarse vinculantes, los efectos jurídicos de los mismos deben analizarse al menos y necesariamente desde la perspectiva de la función de interpretación horizontal y armonizadora de la Convención, y ello con independencia del debate sobre si dicha interpretación constituye o no una «interpretación auténtica».

En efecto, aunque como regla los tratados de derechos humanos no declaran expresamente la potestad interpretativa de los órganos de control y supervisión, el reconocimiento de dicha competencia implícita es generalmente admitido¹⁸. Dicha interpretación es, además, una interpretación cualificada puesto que los propios Estados le han atribuido al órgano de expertos, aunque sea implícitamente, la competencia de interpretar el tratado. Dicha competencia es, además, inherente a la función de supervisión y tiene un especial significado en este ámbito. Así, no puede obviarse que para ejercer dicha función el Comité ha de proceder necesariamente a la interpretación de

¹⁷ *Ibid.*, art. 7, párr. 5.

¹⁸ El valor interpretativo de las decisiones adoptadas por los órganos de derechos humanos ha sido abordado recientemente por la Comisión de Derecho Internacional con ocasión de la adopción en segunda lectura este mismo año de la «Conclusión 13» del Proyecto de Conclusiones sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados. Aunque el debate no ha sido pacífico, en los comentarios a la citada «Conclusión 13» se contienen observaciones que son de interés, en especial en los párrs. 6 a 8 y 20 a 25 (*Informe de la Comisión de Derecho Internacional*, sobre su 70.º período de sesiones celebrado en 2018; doc. A/73/10, pp. 117, 118 y 123-125).

las disposiciones de la Convención y valorar si el comportamiento del Estado se adecúa o no a las mismas. Por tanto, la interpretación que el Comité de las disposiciones de la Convención no puede ser desconocida para definir el alcance de las obligaciones que se derivan del tratado, y está llamada a tener efectos sobre los Estados parte al menos en la medida en que hayan reconocido competencia al Comité para recibir y examinar comunicaciones individuales en las que se pretenda que el Estado no ha aplicado o ha aplicado incorrectamente, violándolas, las obligaciones contenidas en la Convención.

A fin de valorar la importancia del efecto interpretativo de las decisiones de los Comités creados por tratados de derechos humanos, baste con recordar que el valor jurídico y el peso reconocidos a las interpretaciones emanadas de los mismos ha sido reconocido por otros órganos y tribunales internacionales¹⁹. Por tanto, también desde esta perspectiva, afirmar la ausencia de todo efecto jurídico para los Estados parte de los dictámenes del Comité CEDAW resulta difícilmente sostenible en términos jurídicos.

7. Este efecto jurídico interpretativo tiene, además, un especial significado en el caso del sistema español por mor de lo previsto en el art. 10.2 de la Constitución Española, que el TS analiza en la Sentencia 1263/2018. La referencia al art. 10.2 en la sentencia tiene un valor incuestionable, puesto que conecta la jurisprudencia del Alto Tribunal con la jurisprudencia del TC, que ha sido tradicionalmente más matizada que la del TS y que ha distinguido de forma constante entre la ausencia de efecto vinculante de los dictámenes de los Comités y el valor de los mismos a los efectos de proceder a la interpretación de los derechos fundamentales a que se refiere el art. 10.2 de la Constitución. A la luz de dicha jurisprudencia, las decisiones de los órganos internacionales de supervisión y control —incluidos los Comités— han de ser tomadas en consideración por los poderes públicos, incluidos los tribunales de justicia, a los efectos de definir el alcance y contenido esencial de los derechos constitucionalmente reconocidos y, por tanto, a los efectos de concluir si se ha producido una violación de los derechos humanos que requieran una acción reparadora por parte de los poderes público²⁰. Es obvio que, desde esta perspectiva, el efecto jurídico que pueden desplegar las decisiones de los Comités no puede ser ignorado, siendo el mismo independiente de la na-

¹⁹ Un buen ejemplo lo constituye la siguiente argumentación de la Corte Internacional de Justicia en el caso *Ahmadou Sadio Diallo*: «Desde que fue creado, el Comité de Derechos Humanos ha constituido 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 partes 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. En este aspecto lo importante es lograr la claridad necesaria y la congruencia esencial del Derecho internacional, así como la seguridad jurídica, a la que tienen derecho tanto los individuos con derechos garantizados como los Estados obligados a cumplir las obligaciones convencionales». Véase Corte Internacional de Justicia, asunto *República de Guinea c. República Democrática del Congo*, Sentencia de 30 de noviembre de 2010, *ICJ Reports* 2010, párr. 66, pp. 663-664.

²⁰ Véanse, a título de ejemplo, las SSTC 70/2002 y 116/2006.

turalidad y efectos jurídicos que a los mismos les atribuyan los tratados que los crean y sin que dicho efecto jurídico pueda confundirse con un pretendido carácter vinculante u obligatorio y su aplicación inmediata en nuestro ordenamiento interno. Esta identificación de los efectos jurídicos de los dictámenes del Comité CEDAW sin duda subyace al razonamiento del TS en la sentencia comentada, aunque la forma en que se refleja en los fundamentos de Derecho pueda ser objeto de críticas.

8. A título de conclusión, debe reconocerse el valor de la sentencia del TS cuya finalidad no parece ser otra que garantizar la plena eficacia en el Derecho español de los tratados de derechos humanos en los que España es parte, abriendo para ello una nueva vía de aproximación a la cuestión del efecto jurídico de los dictámenes de Comités y otros órganos internacionales de control, que se antoja menos reduccionista y procedimental que la seguida hasta la fecha por la AN y el TS, y más próxima a la jurisprudencia constitucional. El valor de la sentencia radica, pues, en el reconocimiento de que los citados dictámenes están llamados a producir efectos jurídicos en el ordenamiento jurídico español con la finalidad de garantizar el pleno respeto de los derechos fundamentales, pero el desplazamiento del razonamiento del Tribunal hacia la calificación del Dictamen como un acto «vinculante/obligatorio» para los poderes públicos distorsiona la naturaleza de dichos dictámenes y abre la puerta a problemas de interpretación de imprevisibles consecuencias.

En todo caso, no puede olvidarse que la sentencia comentada, como cualquier otra decisión judicial, responde a las circunstancias propias del caso, que el Tribunal ha valorado y que se refleja en la afirmación del TS de que «el Dictamen del Comité de la CEDAW deberá ser tenido, en este caso y con sus particularidades, como presupuesto válido para formular una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado». En consecuencia, ha de tenerse en cuenta que la decisión adoptada por el TS no puede ser extrapolada en su totalidad a cualquier supuesto relacionado con la aplicación de un dictamen adoptado por cualquier Comité. Y, por tanto, para una valoración más profunda de esta nueva línea jurisprudencial habrá que esperar a futuras decisiones del TS, en la confianza de que el Tribunal vaya depurando progresivamente esta aproximación garantista pero teniendo en cuenta al mismo tiempo la naturaleza bien establecida de categorías jurídicas internacionales como son los dictámenes emitidos por los comités creados por tratados de derechos humanos.

Palabras clave: Comité CEDAW, valor de las decisiones de los comités de derechos humanos, art. 10.2 Constitución Española, Tribunal Supremo, tratados internacionales.

Keywords: CEDAW, value of human rights committees' decisions, Article 10.2 Spanish Constitution, Supreme Court, international treaties.

EXTRADICIÓN Y FUNCIONES DEL EMBAJADOR:
EL TRIBUNAL SUPREMO OLVIDA LO PRINCIPAL
COMENTARIO A LA STS 2644/2018
(SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO,
SECCIÓN 5.^a) DE 9 DE JULIO

Javier BALLINA DÍAZ*

1. En agosto de 2017, varios diarios avanzaban los hechos sobre los que posteriormente habría de razonar nuestro Tribunal Supremo (en adelante, «TS»). Según indicaban, la Policía Nacional habría detenido en Granada al escritor turco-alemán D. Akhanli, buscado por Interpol a instancias del gobierno de Ankara por «pertenencia a banda armada y terrorista». Iniciado el proceso de extradición, el detenido quedó en libertad provisional tras prestar declaración ante el titular del Juzgado Central de Instrucción núm. 4 de la Audiencia Nacional. Finalmente, el Consejo de Ministros acordó el 13 de octubre la no continuación del procedimiento, al considerar probado que el escritor tenía condición de asilado en Alemania¹.

2. A resultas de esta decisión, la representación procesal del embajador de Turquía en España interpuso recurso contencioso-administrativo contra el citado acuerdo del Consejo de Ministros, siendo resuelto por la STS ahora comentada², en la que se plantean cuestiones que interesan tanto al Derecho diplomático como a la institución de la extradición.

* Profesor asociado de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Universidad de Oviedo (ballinajavier@uniovi.es). Todas las páginas *web* de referencia han sido consultadas por última vez el 7 de noviembre de 2018.

¹ Sirvan a título de ejemplo, «Detenido en Granada un escritor turco reclamado por el Gobierno de Erdogan», *El País*, 19 de agosto de 2017 (https://elpais.com/politica/2017/08/19/actualidad/1503157595_226565.html), y «Libertad provisional para el escritor turco detenido en Granada», *El Confidencial*, 19 de agosto de 2017 (https://www.elconfidencial.com/mundo/2017-08-19/policia-detiene-nuevo-escritor-turco_1431090/).

² STS (Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 5.^a) 2644/2018, de 9 de julio. ECLI: ES:TS:2018:2644.

3. Quizá influido por las cuestiones de admisibilidad y legitimación formuladas por el abogado del Estado, escuetamente respondidas por el demandante en el escrito de conclusiones con la afirmación de que el embajador de Turquía es «el legítimo representante del país ante el Reino de España»³, el TS interpreta que el recurso se formula en nombre del Estado turco⁴, apreciación en la que acierta. El problema surge cuando a continuación lo único que le preocupa al Tribunal es «si un embajador, en su cualidad de jefe de la misión diplomática [...] tiene en el Estado receptor la facultad de decidir sobre la formulación de un recurso o si por el contrario requiere la decisión al respecto de la autoridad competente del Estado que representa»⁵. Asumiendo los términos utilizados por el abogado del Estado, el TS traduce su duda en que se trata de «distinguir entre el poder de representación y la decisión de litigar»⁶, y encuentra la respuesta en el art. 3 de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, que interpreta de la siguiente manera:

«Si bien no expresa el artículo, ni ninguno de los que integran el contenido de la Convención, que un embajador pueda decidir entablar una acción judicial contra un acuerdo del gobierno del estado receptor, el término “representar” utilizado en el supuesto a) del citado artículo 3.1 permite entender que un embajador, en su cualidad de representante de su estado en el estado receptor, está facultado para ejercitar una acción judicial como la que nos ocupa, máxime cuando el término “proteger”, utilizado en el apartado b), difícilmente puede entenderse sin la facultad de mención y cuando en el artículo 25 se prevé que el estado receptor dará toda clase de facilidades para el desempeño de las funciones de la misión»⁷.

4. En realidad, la disposición se refiere a las funciones de la misión diplomática y conviene señalar que la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961⁸ (en adelante, «la Convención de Viena») no define con precisión el concepto de «misión diplomática», lo que es, sin duda, una importante e inexplicable carencia del texto convencional⁹. En un sentido objetivo, dominante hoy en día, aquélla se identificaría con los órganos previstos en el ordenamiento jurídico de cada Estado para realizar de forma específica la actividad diplomática, formando parte por lo general de la estructura orgánica de los ministerios de relaciones exteriores¹⁰. En esta misma línea, la

³ FJ 4.

⁴ «Con esa única alegación [...] podemos entender que es al amparo de esa cualidad legítima de representante de la República de Turquía en el Reino de España con la que formula el recurso, y que por ello el recurso se formula en nombre del Estado de Turquía. Carece de todo sentido considerar que el recurso se interpone por el Embajador de Turquía al margen de la representación que ostenta» (FJ 5).

⁵ FJ 5.

⁶ FJ 5.

⁷ FJ 5.

⁸ BOE núm. 21, de 24 de enero de 1968.

⁹ VILARIÑO PINTOS, E., *Curso de Derecho Diplomático y Consular*, 5.ª ed., Madrid, Tecnos, 2016, p. 179.

¹⁰ *Ibid.*, p. 180.

definición que ofrece la Convención de Viena sobre el «jefe de misión»¹¹ ha sido criticada por la doctrina habida cuenta su carácter tautológico¹². En el Derecho español, la jefatura será ejercida por un embajador extraordinario y plenipotenciario, que ostentará la representación y máxima autoridad de España ante el receptor. Le corresponde asimismo el ejercicio de las funciones que la Ley atribuye a las misiones diplomáticas¹³.

5. Pero no cabe concluir con la sentencia que «un embajador, en su calidad de representante de su Estado en el Estado receptor, está facultado para ejercitar una acción judicial». Ello se deduce, nuevamente, del recurso al Derecho internacional y de la visión que sobre las funciones a desempeñar por la misión diplomática nos ofrece. En este sentido, ni los trabajos preparatorios de la Convención de Viena, ni la doctrina más autorizada¹⁴ contemplan la posibilidad de que el desempeño de las funciones diplomáticas citadas por la sentencia en apoyo de su conclusión (representación, defensa de intereses) pueda concretarse en el ejercicio de acciones ante la jurisdicción del Estado receptor. Y ello es así porque, como su mismo nombre indica, estas funciones han de desarrollarse necesariamente en el marco de las relaciones diplomáticas empleadas «entre los sujetos de Derecho internacional en su calidad y a través de órganos que les representan en la generalidad de sus relaciones internacionales como entes independientes»¹⁵.

6. De otro lado, hay que advertir de que las funciones a desempeñar por la misión tienen su contrapunto en el «estatus diplomático», entendido como «el conjunto de tratos particulares que se deben a un sujeto de Derecho internacional para llevar a cabo, a través de los órganos y personas competentes para ello, el adecuado desarrollo de su actividad diplomática»¹⁶. Ampliar el contenido de aquellas funciones diplomáticas a través de una interpretación estrictamente unilateral, como la que efectúa la sentencia, no solo contradice la interpretación conforme a Derecho internacional que el art. 3 de la Convención de Viena reclama, sino que implica, adicionalmente, privilegiar el ámbito de actuación en nuestro país de otros sujetos de Derecho internacional y de sus agentes diplomáticos sin que se vea garantizada la nota de reciprocidad, constantemente requerida en el ámbito de la extradición.

7. Resuelta de esta discutible manera la cuestión que le preocupaba, el TS soluciona el fondo del asunto entendiendo que el acuerdo del Consejo de Ministros se fundamenta adecuadamente en el art. 4.8 de la Ley 4/1985,

¹¹ Su art. 1.a) identifica al «jefe de misión» con la «persona encargada por el Estado acreditante de actuar con carácter de tal».

¹² DE YTURRIAGA BARBERÁN, J. A., *Los órganos del Estado para las relaciones exteriores*, Madrid, Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, 2015, p. 133.

¹³ Párrs. 1 y 2 del art. 44 de la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la Acción y del Servicio Exterior del Estado.

¹⁴ Sirva, a título de ejemplo, lo expuesto por CAHIER, P., *Derecho diplomático contemporáneo*, Madrid, Rialp, 1965, pp. 184-210.

¹⁵ VILARIÑO PINTOS, E., *op. cit.*, nota 8, p. 30.

¹⁶ *Ibid.*, p. 247.

de 21 de marzo, de extradición pasiva¹⁷, que prevé como supuesto de denegación de extradición el reconocimiento de la condición de asilado, estatuto que en el caso está reforzado por la obtención de la nacionalidad alemana¹⁸.

8. Aunque esta conclusión sea un alivio, el problema está en que el TS parece no haber percibido la dimensión más importante de este caso, consistente en si el propio Estado turco, al que representa el embajador, se encuentra legitimado para impugnar la decisión del Consejo de Ministros de no continuar con el procedimiento de extradición.

9. La extradición, institución en torno a la que pivota el caso, es definida por la doctrina como la «entrega que un Estado hace a otro de un individuo, acusado o condenado por un delito común, que se encuentra en su territorio, para que en ese país se le enjuicie penalmente o se ejecute la pena, realizada conforme a normas preexistentes de validez interna o internacional»¹⁹. Su naturaleza, compleja, pone en relación a distintas ramas del Derecho hasta el punto de afirmarse que posee notas propias del Derecho internacional, penal, procesal y político²⁰. En todo caso, se asienta necesariamente en una relación entre Estados regulada por el Derecho internacional, habitualmente recogida en tratados bilaterales o multilaterales. Una base que permite adjetivarla como *activa* (desde la perspectiva del Estado que solicita la extradición) o *pasiva* (desde la del Estado al que se le reclama).

10. La relación entre España y Turquía en la materia se cimenta en el Convenio Europeo de Extradición²¹, completado, habida cuenta de los cargos imputados al Sr. Akhanli, por el Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo²², adoptado también en el seno del Consejo de Europa. Normas que, desde la perspectiva interna española, se completan, entre otras, con las previsiones de la Ley 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición Pasiva. Como indica el TS, esta disposición establece «un procedimiento mixto de naturaleza gubernativa y judicial, en el que se pueden distinguir tres fases: dos gubernativas, la primera y la última, estando en medio la decisiva fase judicial»²³. La primera, cuya culminación representa el Acuerdo del Consejo de Ministros recurrido, está regulada por los arts. 7 a 11 de la Ley y «tiene la finalidad de iniciar el procedimiento de extradición, antes las solicitudes deducidas por el país extranjero que corresponda y de decidir si ha lugar o no, a continuar el procedimiento en vía judicial sobre la base de los arts. 2 a 5 de igual texto legal»²⁴.

¹⁷ BOE núm. 73, de 26 de marzo de 1985.

¹⁸ FJ 6.

¹⁹ QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de Derecho penal nacional e internacional penal, II*, Madrid, 1957, p. 196.

²⁰ SEBASTIÁN MONTESINOS, M. A., *La extradición pasiva*, Granada, Comares, 1997, p. 24.

²¹ Hecho en París el 13 de diciembre de 1957 y ratificado por España a través de Instrumento de 21 de abril de 1982 (BOE núm. 136, de 8 de junio de 1982).

²² Hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1977 y ratificado por España a través de Instrumento de 9 de mayo de 1980 (BOE núm. 242, de 8 de octubre de 1980).

²³ STS 964/2015 (FD 4), con cita de abundante jurisprudencia.

²⁴ *Ibid.*

11. La atención a la necesaria interestatalidad presente en la extradición y, en consecuencia, a su consideración como objeto de regulación por el Derecho internacional público, resulta imprescindible para una adecuada comprensión del litigio. Así, desde un punto de vista material, la relación hispano-turca en materia de extradición descansa en la obligación internacional recogida en el art. 1 del Convenio Europeo, según la cual «las partes contratantes se obligan a entregarse recíprocamente [...] a las personas a quienes las autoridades judiciales de la parte requirente persiguieren por algún delito o buscaren para la ejecución de una pena o medida de seguridad». El eventual incumplimiento de esta obligación encuentra una elaborada respuesta por el Derecho internacional, especialmente a través de las medidas de autotutela y del instituto de la responsabilidad internacional del Estado. En ella supone una referencia obligada el Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos²⁵, que, si bien no vinculante, contiene las reglas generales en la materia hasta el punto de que alguno de sus artículos ha sido tomado en consideración por la jurisprudencia internacional²⁶. Si Turquía, como parece, estima que España ha incumplido su obligación de entrega, el ordenamiento jurídico internacional le reconoce un derecho a invocar la responsabilidad de nuestro país²⁷, poniendo además a su disposición un amplio catálogo de posibilidades encaminado a lograr su plena satisfacción²⁸.

12. Frente a este natural discurrir de los hechos por su cauce internacional, Turquía opta, sorprendentemente, por cuestionar el comportamiento de nuestro país ante la propia jurisdicción española. Esta «huida del Derecho internacional» debe ser rechazada. En primer lugar, porque trata de beneficiarse abusivamente de una vía, la del control jurisdiccional de la decisión del Consejo de Ministros sobre la continuación del procedimiento de extradición, afanosamente edificada a efectos de evitar la indefensión del sujeto cuya extradición se reclama y en la que, evidentemente, no puede encontrarse en ningún caso un Estado fuertemente «armado» por el Derecho internacional²⁹. Pero, además, porque desde un punto de vista procesal su actuación

²⁵ Aprobado por la Comisión de Derecho Internacional en su 53.º periodo de sesiones, en 2001.

²⁶ ANDRÉS SAÉNZ DE SANTA MARÍA, P., *Sistema de Derecho Internacional Público*, 5.ª ed., Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, 2018, p. 266.

²⁷ Art. 42 del Proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

²⁸ Según el art. 43 del Proyecto, la reclamación se iniciará mediante una notificación al Estado cuya responsabilidad se invoque. El Estado lesionado podrá especificar, en particular, el comportamiento que debería observar el Estado responsable para poner fin al hecho ilícito, si ese hecho continúa, así como la forma que debería adoptar la reparación.

²⁹ Se desprende de la sentencia que el acto impugnado se estima administrativo. Sin embargo, esta calificación demanda un previo deslinde con los actos de Gobierno, identificados con los adoptados por el Consejo de Ministros en ejercicio de sus poderes y funciones constitucionales. En el ámbito propicio para estos actos constituido por las relaciones internacionales del que, como se ha indicado, participa la extradición, aún queda lejos conocer los límites precisos de esta delimitación (en este sentido, véase DIEZ SÁNCHEZ, J. J., «El control jurisdiccional de los actos del Gobierno y de los Consejos de Gobierno», *Revista Jurídica de Castilla y León*, enero de 2012, núm. 26, p. 66). En cualquier caso, la STS de 24 de junio de 2003, seminal de la jurisprudencia que habilita un control jurisdiccional de las decisiones del

se encuentra viciada al carecer de legitimación a efectos de la interposición del recurso³⁰.

13. Al decidir sobre la imposición de costas, el TS tiene en cuenta «la complejidad del tema de debate»³¹. Tiene razón, el tema ciertamente presenta esta característica. El matiz está en que la verdadera complejidad era otra.

Palabras clave: Derecho diplomático, embajador, extradición, jurisdicción contencioso-administrativa, funciones de la misión diplomática, actos de Gobierno.

Keywords: diplomatic law, ambassador, extradition, administrative law jurisdiction, functions of a diplomatic mission, acts of Government.

Consejo de Ministros en esta fase inicial, reserva la caracterización de administrativo para los que decidan la «continuación del procedimiento», advirtiendo que podría ser considerado acto de Gobierno caso de que, como en la reclamación efectuada por Turquía, «se denegase la continuación del procedimiento de extradición atendidas las razones que en él se contuvieran» (FJ 2). Esta distinta calificación no implicaría la falta de control jurisdiccional del acto sino su limitación a los aspectos detallados en el art. 2.1.a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (protección de los derechos fundamentales, elementos reglados y determinación de indemnizaciones). En todo caso, esta diferente calificación del acto podría repercutir en el recurso interpuesto por el embajador, abocando probablemente a su inadmisión.

³⁰ Así debe interpretarse el art. 19 de la citada Ley 29/1998 que, al referirse a la legitimación de las personas jurídico-públicas en el orden contencioso-administrativo, la circunscribe a las Administraciones españolas. El Estado extranjero se convierte así en una realidad ajena que, lógicamente, está llamada a canalizar sus legítimas pretensiones de acuerdo con los específicos mecanismos previstos en el Derecho internacional.

³¹ FJ 7.

Sección coordinada por J. FERRER (Derecho internacional público), M. DESANTES REAL (Derecho internacional privado) y J. L. DE CASTRO (Relaciones Internacionales)

RECENSIONES

BADIA MARTÍ, A. M. (dir.) y HUICI SANCHO, L. (coord.), *Agua, recurso limitado. Entre el desarrollo sostenible y la seguridad internacional*, Madrid, Marcial Pons, 2018, 238 pp.

El interés del agua desde la perspectiva del análisis jurídico, dada su condición de recurso vital y limitado, cobra especial relevancia en el caso del DI, donde confluyen además factores como el papel de la soberanía y el peso de las aguas compartidas por dos o más Estados en el total del recurso disponible. A eso se añade su carácter horizontal, tocando un amplio conjunto de sectores de ese ordenamiento, desde la delimitación fronteriza hasta los derechos humanos, pasando por la seguridad o la cooperación al desarrollo. Ello explica que se haya generado abundante bibliografía *iusinternacionalista* dedicada al estudio del recurso hídrico. El libro objeto de esta recensión supone una aportación significativa a esa bibliografía, cuya relevancia resulta de la participación de reconocidos especialistas pero también de la elección de aspectos interesantes para el análisis.

El análisis jurídico-internacional del agua se enfoca desde tres perspectivas: desarrollo sostenible, dimensión económica y seguridad internacional, precedidas por una conferencia marco de la Profesora Laurence Boisson de Cha-

zournes, estructurada sobre la idea de la comunidad de intereses en relación con las diversas aproximaciones al agua desde el DI, desde su condición de elemento de delimitación fronteriza hasta sus distintos usos. Todo ello con la premisa de la equidad en el acceso al recurso y su condición como factor de paz, así como la contribución del DI mediante el recurso a los procedimientos de resolución de controversias.

En el ámbito del desarrollo sostenible se enfoca el agua como elemento central del desarrollo desde diversas perspectivas, comenzando por la de la Profesora Mara Tignino, que se detiene en el peso del recurso hídrico en el marco de los Objetivos de Desarrollo Sostenible para 2030. En ese sentido se destaca el carácter horizontal del agua, cuyo peso supera lo recogido en el Objetivo núm. 6, para concluir que la mayoría de esos Objetivos no podrán alcanzarse sin mayores inversiones en el ámbito del agua. Este primer bloque de estudios incluye una aproximación desde una perspectiva puramente ecológica, que lleva a cabo el Profesor Narcís Prats Fornells, aclaran-

do conceptos como huella hídrica, agua virtual o gestión integrada, cuya adecuada comprensión es *conditio sine qua non* para una correcta gestión del recurso. La tercera contribución, presentada por María Pascual-Sanz, Julie Perkins, Julissa Kiyenje y Lucía Wright-Contreras, incorpora la visión de los operadores del recurso, analizando un ejemplo de alianza de estos, la *Global Water Operator Partnership Alliance*, que se concluye como positiva desde la perspectiva de una adecuada prestación de los servicios de agua y saneamiento. La aproximación desde la perspectiva del desarrollo se completa con el estudio de Ana Sánchez Cobaleda en torno al concepto de desarrollo de capacidades, vinculado con el agua, abordando tanto su origen y contenido, como las distintas fases de su desarrollo.

La parte dedicada a la dimensión económica del agua se abre con el estudio del Profesor Xavier Fernández-Pons, sobre la tensión entre liberalización internacional del comercio de servicios y protección de las inversiones extranjeras, por una parte, y soberanía permanente del Estado sobre sus recursos naturales y derecho a un recurso vital de los destinatarios del servicio, por otra. El Profesor Fernández-Pons estudia la traslación de esa tensión a los distintos instrumentos internacionales, concluyendo que las fricciones entre las diversas reglas no obstan para que tanto doctrina como jurisprudencia pongan el acento en su compatibilidad, por lo que debe procederse a una interpretación que favorezca su coexistencia.

Este segundo bloque de estudios se completa con los de las Profesoras Laura Movilla Pateiro y Milagros Álvarez Verdugo sobre aspectos novedosos en cuanto a la atención al agua desde el DI: el régimen jurídico de las transferencias de agua y la consideración de esta como un bien de doble uso. La contribución de la Profesora Movilla aborda la necesidad de una regulación de esa faceta del comer-

cio de agua, que va adquiriendo más relevancia impulsada por la necesidad del recurso en un escenario de crisis. Por su parte el estudio de la Profesora Álvarez sirve como puente con el tercer ámbito al que se atiende en el libro, planteando el impacto de la conceptualización del recurso como bien de doble uso en el DI de aguas.

El tercer ámbito de estudio se inicia con la precisión del marco conceptual de la relación entre recurso hídrico y seguridad internacional. La Profesora Laura Huici Sancho presta atención al agua como factor relevante en el plano de la seguridad internacional, abordando la atención prestada por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, si bien se apunta también su condición como motor de cooperación. A ese marco conceptual se añaden dos estudios de caso. La Profesora María Isabel Torres Cazorla estudia la cooperación hídrica entre España y Portugal, centrando el foco en la seguridad medioambiental, identificada como un aspecto consustancial de esa cooperación. Por su parte, la Profesora Mar Campins Eritja analiza la conexión del agua con la seguridad en la región del Asia central, que en este caso no se limita a la dimensión medioambiental sino que pasa al papel del recurso hídrico en relación con futuros conflictos. En ese sentido se destaca la dificultad que supone una regulación convencional y un marco institucional que la autora califica, respectivamente, de insatisfactoria y debilitado. Este tercer sector, y el libro, se cierran con el estudio de Laura María González Laso sobre el lugar del agua en los casos de la Corte Internacional de Justicia y la Corte Permanente de Arbitraje.

Lo señalado permite confirmar lo que ya se adelantó al comienzo en el sentido de que estamos ante una aportación relevante a un sector del ordenamiento jurídico internacional que ha experimentado un desarrollo considerable en tiempos recientes. Los enfoques elegidos por

los coordinadores y desarrollados por los distintos autores atienden a muchas de las cuestiones relevantes del análisis jurídico-internacional del agua, por lo que su lectura será sin duda muy útil a quie-

nes quieran profundizar en este ámbito de estudio.

Sergio SALINAS ALCEGA
Universidad de Zaragoza

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.71.1.2019.4.01>

CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (dirs./autores), CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C. (autora), *Litigación internacional en la Unión Europea I. Competencia judicial y validez de resoluciones en materia civil y mercantil en la Unión Europea. Comentario al Reglamento Bruselas I bis*, Cizur Menor, Thomson Reuters, Aranzadi, 2017, 768 pp.

CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (dirs./autores), CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C. (autora), *Litigación internacional en la Unión Europea II. La ley aplicable a los contratos internacionales. Comentario al Reglamento Roma I*, Cizur Menor, Thomson Reuters, Aranzadi, 2017, 897 pp.

CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (dirs./autores), ANTÓN JUÁREZ, I. (autora), *Litigación internacional en la Unión Europea III (La Orden Europea de Retención de Cuentas)*, Cizur Menor, Thomson Reuters, Aranzadi, 2018, 298 pp.

Bajo la denominación genérica de «Litigación Internacional en la Unión Europea», los autores de esta trilogía nos ofrecen un estudio en profundidad del sector nuclear del Derecho internacional privado de la UE en el ámbito patrimonial, la competencia judicial internacional en materia civil y mercantil que, con carácter general, se contiene en el Reglamento 1215/2012 (Bruselas I bis) la ley aplicable en la contratación internacional, objeto del Reglamento 593/2008 (Roma I) y la más actual y expeditiva modalidad de medida cautelar que constituye la Orden Europea de Retención de Cuentas, instaurada por el Reglamento 655/2014.

Como los autores indican en la Presentación de los volúmenes I y II, la finalidad de estos estudios es la de proporcionar a los expertos en DIPr una herramienta que les permita afrontar, con éxito, la aplicación práctica de estos Reglamentos, tanto ante las autoridades de los Estados miembros como en el amplio escenario del comercio internacional. Yo diría, que, más allá de estos ex-

pertos, cada uno de los estudios ofrece a los operadores jurídicos, un instrumento que, por el análisis teórico y práctico que aportan, resulta de gran utilidad cuando se vean profesionalmente confrontados a la problemática que plantean estos sectores de la disciplina. El impacto y efectos de estos instrumentos legislativos, así como su aplicación, desde la perspectiva española, está presente a lo largo de los estudios a ellos dedicados.

El proyecto de los autores es francamente ambicioso: la trilogía ahora publicada es solo el primero de un conjunto de estudios que prometen continuar en el tiempo y que dedicarán a los diversos instrumentos europeos de DIPr que se aplican en España. Saludamos el proyecto, que aplaudimos, en espera de que podamos contar, lo antes posible, con tan importantes aportaciones.

Como se sabe, el Reglamento Bruselas I bis, al igual que el Reglamento Roma I y, en menor medida por ahora, el Reglamento 655/2014, han sido objeto de numerosos estudios, en su mayoría sobre aspectos parciales de sus institutos, aun-

que no faltan los de conjunto, del tipo «comentarios» o de carácter monográfico, por parte de la doctrina especializada, española y extranjera. También son, lógicamente, objeto de exposición y análisis en los diferentes Manuales de DIPr de los que, en España, es sobradamente conocido el de los directores/autores de la trilogía, ya en su 18.^a edición (2018) por los importantes desarrollos teórico-prácticos que dedica a los distintos temas de la disciplina, en particular al Reglamento Bruselas I bis y Roma I, que, sin duda, ha servido de base para la elaboración de la extensa obra de que ahora se trata, que, para el estudioso, presenta la ventaja de su comodidad, al constituir un estudio compacto y de conjunto de cada uno de dichos instrumentos normativos.

El volumen I, estructurado en cuatro partes, si está dedicado al análisis pormenorizado del Reglamento 1215/2012, del que se ocupan las extensas segunda y tercera partes, se halla precedido de una también extensa exposición del DIPr de la UE y de sus aspectos básicos —Parte Primera— que, en realidad, juega el papel de introducción general al estudio de lo que es el proyecto de los autores, lo ahora abordado y publicado y lo que anuncian para el futuro. Se trata, desde la perspectiva de los autores, de un examen de las fuentes, de la interpretación y de los objetivos y significado global del DIPr europeo. En verdad que esta suerte de introducción facilita al lector interesado y al jurista práctico no suficientemente familiarizado sobre las singularidades del Derecho de la UE, la comprensión del porqué y el cómo de la fuente del poder legislativo de la UE, de su naturaleza, del proceso de formación del DIPr europeo y de los principios, valores y metodología que informan esta normativa y su aplicación en los Estados miembros, con mención crítica en el caso de los tribunales españoles, acompañando la exposición teórica, de ejemplos de la práctica, en gran medida de origen jurisprudencial, europeo y nacional. Algunas afir-

maciones darán lugar a matizaciones o a debate, pero el objetivo de propiciar la cabal comprensión del DIPr de la UE, sin duda, se cumple plenamente.

En el estudio se ha procedido a una exégesis doctrinal, acompañada de numerosos supuestos prácticos, proporcionando una perspectiva desde el Derecho español, siguiendo una presentación que comienza con la exposición, relativamente breve, de los aspectos generales, en los que los autores incluyen la evolución histórica, los objetivos, la base jurídica, la normativa de desarrollo y lo que consideran características básicas, del Reglamento Bruselas I, todo ello seguido de las reglas y técnicas de su interpretación, y que finaliza con las relaciones del Reglamento y los convenios internacionales, bilaterales y multilaterales que, en las materias objeto del instrumento europeo, existen entre Estados miembros o de estos con terceros Estados.

Descrito este escenario, y antes de introducirse en las complejidades más sustantivas del entramado normativo del Reglamento, el estudio analiza las peculiaridades de su ámbito espacial, temporal, material —este último expuesto perfectamente con todo detalle, y en el que encuentro particularmente acertado el punto dedicado a la, en algún momento, controvertida determinación de los litigios internacionales de acuerdo con el art. 81 del TFUE— y personal, explicitando todas las situaciones posibles en función del domicilio del demandado y sus particularidades, incluido lo que los autores llaman el «foro europeo de rescate», esto es, siguiendo la interpretación del TJUE, el supuesto en el que el domicilio del demandado es desconocido, pero sin que el tribunal que conoce del asunto, disponga de indicios probatorios que lleven a concluir que, siendo ciudadano de la Unión, ese demandado está efectivamente domiciliado en un tercer Estado. El elenco de foros de competencia, el funcionamiento y los caracteres generales del sistema, en este concreto marco

competencial, del Reglamento, cierran esta extensa exposición analítica, que bien pudiera considerarse de carácter introductorio o preparatorio para el coherente entendimiento de la subsiguiente exposición y análisis de los foros de competencia judicial internacional que establece, que se abordan, de forma muy detallada, siguiendo el orden en el que «jerárquicamente», deben aplicarse: primero las competencias exclusivas, luego la sumisión expresa y tácita, seguidos del foro del domicilio del demandado en un Estado miembro, de los foros especiales por razón de la materia y de los de vinculación procesal, continuando con los previstos para la adopción de medidas provisionales y cautelares y, por último, las normas de aplicación (control de oficio de la competencia, emplazamiento del demandado y la litispendencia y la conexión). Se cierra esta Segunda Parte con un capítulo que analiza todos los supuestos que pueden presentarse en cuanto a la relación del arbitraje privado internacional y el Reglamento estudiado, y dos capítulos finales, uno sobre el Reglamento y el Convenio de Lugano II (capítulo que necesita una revisión de sus párrafos, que están duplicados) y otro sobre el Reglamento y el Convenio de Bruselas de 1968.

La Tercera Parte de este volumen está dedicada al comentario analítico de las disposiciones del Reglamento Bruselas I bis sobre el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y otras decisiones que, siguiendo el plan sistemático de los autores, comienza con un capítulo de tipo introductorio en el que se recogen los aspectos o caracteres básicos de esta regulación; así, para los autores, siendo el Reglamento 1215/2012 la «normativa general» que establece los criterios de validez extraterritorial de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, se puede utilizar útilmente para integrar, por analogía, las eventuales lagunas de regulación que pudieran presentar otros instrumentos legislativos sectoriales de

la UE en este mismo ámbito, al mismo tiempo que podría extraerse de dicho Reglamento, ciertos «principios generales del DIPr europeo» que servirían para interpretar todo el sistema jurídico europeo en el mencionado ámbito de la eficacia extraterritorial de decisiones.

Se señalan, además, otros aspectos caracterizadores del Reglamento, como su naturaleza dual, su objetivo fundamental de potenciar la libre circulación de resoluciones en la UE, su contribución al refuerzo de la «tutela judicial efectiva internacional», el no establecer una «eficacia jurídica automática» de las resoluciones judiciales y otros documentos públicos, que deben ser siempre objeto de un «control legal» o, finalmente, el constituir un marco legal único y uniforme aplicable en todos los Estados miembros, frente a aquellos que consideran que estaría justificado aplicar las disposiciones nacionales, y no el Reglamento, cuando aquellas fueran menos exigentes que las de este en el reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales.

Las relaciones del Reglamento con otros instrumentos internacionales y los presupuestos del reconocimiento y la ejecución, en este caso con un muy detallado muestrario de lo que debe entenderse incluido, o excluido, del concepto de «resolución judicial», se pasa luego a las materias reguladas —civiles y mercantiles de naturaleza patrimonial, a más de los problemas calificadorios y las que quedan excluidas— y a precisiones sobre el Estado miembro de origen de la resolución, y el anuncio de los mecanismos técnicos por los que se encauza la eficacia de la resolución judicial, que ponen fin a estos capítulos preparatorios, para abordar a continuación, con profundidad, el estudio particularizado de estos mecanismos, el reconocimiento y la ejecución.

En lo que concierne al reconocimiento, se analiza tanto el incidental, cuando se invoca directamente la resolución

dictada en un Estado miembro ante el órgano jurisdiccional de otro Estado miembro que conoce de un asunto, con el fin de fundamentar la excepción de cosa juzgada, los presupuestos y la documentación requerida, como el que puede solicitarse a título principal y el procedimiento para su obtención —que los autores denominan «reconocimiento por homologación»— particularidad de este Reglamento, que se traduce en una resolución declarativa de la no concurrencia de los motivos de denegación y que tiene por objeto el reconocimiento definitivo de la resolución dictada en otro Estado miembro, permitiendo al beneficiario poder invocarlo en cualquier otro proceso seguido en el Estado miembro requerido o, en su caso, pasar al despacho de su ejecución. Los motivos de denegación del reconocimiento, con las particularidades de cada uno de estos, se estudian minuciosamente *e in extenso*.

En cuanto a la ejecución, los autores le dedican un merecido estudio analítico en profundidad, en cuanto que el Reglamento Bruselas I bis supone la culminación, a su manera, del principio, ya latente en los Tratados fundacionales y que comenzó a plasmarse en el Convenio de Bruselas de 29 de septiembre de 1968, de la libre circulación de resoluciones judiciales y que, hoy, queda expresamente recogido, y especialmente garantizado por la Unión, en el art. 67.4 del TFUE como «principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales en materia civil». La parte más novedosa del Reglamento 1215/2012 la constituye, sin duda, la eliminación del procedimiento del *exequatur*, lo que permite al interesado instar directamente, en un Estado miembro, la ejecución de la resolución dictada en otro Estado miembro, aunque, en este momento, aun podrá toparse con los motivos de denegación de la ejecución —los mismos que para el no reconocimiento— si así lo pide la persona contra la que esta se dirige. El procedimiento para la ejecución, de do-

ble fuente, la interna y la del Reglamento, en la que, para los autores, la primera jugaría un papel meramente instrumental de ayuda a la segunda, los aspectos generales y particulares propios de la solicitud de ejecución, la competencia para conocer de ella, la resolución sobre la demanda de ejecución y su cumplimiento efectivo, así como los recursos previstos contra esta, todo ello con las indicaciones del Derecho procesal español pertinentes en cada uno de estos aspectos, finalizan este capítulo, que se hace seguir por el que se dedica a las medidas provisionales y cautelares, recogiendo todas las situaciones posibles, y sus efectos, de conformidad con el Reglamento.

La parte sustantiva de este completo estudio sobre el Reglamento Bruselas I bis se cierra con los dos capítulos, mucho más breves, dedicados a la eficacia extraterritorial de los documentos públicos con fuerza ejecutiva, y las transacciones judiciales. De los primeros, se expone su concepto —tal como se define en el art. 2.c) del Reglamento— analizando los elementos de esta definición, su ejecución y los motivos para denegarla —únicamente en el caso de su contrariedad manifiesta con el orden público del Estado miembro requerido, si bien entendiendo que, como para las resoluciones judiciales, podrá hacerse valer también cualquiera de las causas nacionales de oposición a la ejecución— y el acceso al Registro, que, no estando previsto en el Reglamento, en España habrá que atenerse, indican los autores, a lo dispuesto en los arts. 58-60 de la LCJIMC y en los arts. 4 de la LH y 36 del RH. En cuanto a los recursos contra la ejecución, son los mismos que para las resoluciones, si bien, en los documentos públicos, y como se ha señalado, el único motivo que podrá apreciarse es el de la contrariedad con el orden público internacional del Estado miembro requerido. De las transacciones judiciales, definidas en el art. 2.b) del Reglamento, poco puede añadirse, salvo alguna matización,

como que no son decisiones judiciales a los efectos del Reglamento, debido a su afinidad de tratamiento con los documentos públicos.

Se ha incorporado en este volumen, dos capítulos más, uno, el XI, en el que se exponen las medidas arbitradas para facilitar la aplicación en España del Reglamento 1215/2012 que, en concreto, son una serie de reglas únicamente referidas al reconocimiento y a la ejecución en España, de las resoluciones, documentos públicos y transacciones judiciales dictadas, formalizadas o celebradas en otros Estados miembros, recogidas en la DF 25.^a de la LEC, en donde fueron introducidas por la DF 2.^a de la Ley 29/15, de CJMCM y otro, el XII, en el que se recuerdan los supuestos de aplicación en España del Convenio de Lugano II en lo que concierne al reconocimiento y la ejecución de resoluciones y otros títulos, y la muy residual del Convenio de Bruselas de 1968 en la misma materia, así como las diferencias básicas de uno y otro con el Reglamento Bruselas I bis, acompañado todo ello de una serie de anexos —XIII en total—, en los que, del I a los XI, se recoge la jurisprudencia dictada en las diversas materias reguladas en el Reglamento Bruselas I y Bruselas I bis, incluido el Convenio de Bruselas, tanto del TJUE como, en España, del TS y de las AP y las ocasionales del TC, y de Tribunales internacionales. El Anexo XII contiene el texto del Reglamento 1215/2012 y su ficha técnica y el XIII, un índice de veinticuatro formularios numerados que remiten, en lo que constituye la Parte Cuarta de la obra, al correspondiente en número, y cuya finalidad es la servir de ejemplos de escritos de demanda, o de contestación a la demanda, sobre diversas situaciones o incumplimientos que pueden producirse entre partes en supuestos escogidos de aplicación del Reglamento.

En definitiva, los autores nos ofrecen un estudio del Reglamento Bruselas I bis que puede calificarse de total y comple-

to, no solo por el análisis técnico-jurídico del conjunto de sus disposiciones, sino porque proporciona igualmente una visión clara del contexto iusinternacional-privatista de la Unión en el que se inserta, sin olvidar el esfuerzo en acompañar el análisis teórico de una visión práctica en la interpretación y aplicación de esta normativa por medio de multitud de ejemplos y de resoluciones de los tribunales nacionales.

El segundo de los volúmenes de la trilogía, es un estudio de la contratación internacional, centrado en la ley aplicable y el Reglamento 593/2008, «Roma I», pero que, más allá de la exégesis analítica de este Reglamento, introduce al lector en otros ámbitos inherentes a la contratación internacional, cuyo conocimiento coadyuva a una visión prácticamente global de los elementos que conforman esta contratación, como el contexto jurídico, económico y político que condicionan las disposiciones contractuales en uno u otro ordenamiento nacional aplicable, o las negociaciones y la técnica de redacción de los contratos, o el contenido de estos, así como toda la dinámica atinente a su formación, puntos a los que los autores dedican sus respectivos capítulos.

Es estudio se ha dividido en cinco Partes. La Parte Primera, se ocupa de la ley aplicable a los contratos, precedida de un primer capítulo con una amplia exposición de los esfuerzos que se han llevado a cabo por los Estados para establecer una normativa uniforme —del Derecho sustantivo o del conflictual— de la contratación internacional o de ciertos contratos en particular, de lo conseguido y de sus dificultades e, incluso, inconvenientes, lo que da pie a los autores para extenderse sobre la *Lex Mercatoria*, sus orígenes, su evolución y concepción actual y los intentos de positivarla en los «Principios Unidroit» en la materia y en los «Principles of European Contract Law», que tienen su origen en los trabajos del Profesor O. Lando pero que, por el momento, han tenido una muy escasa repercusión.

Tras unos antecedentes históricos sobre la ley aplicable y los sucesivos factores de conexión utilizados y un apunte de las etapas por las que, en España, ha discurrecido la norma de conflicto para los contratos internacionales —que resulta útil para el mejor entendimiento del tema— se aborda ya el estudio del Reglamento Roma I, no siguiendo el orden de su articulado, sino con una sistemática que se ocupa primero de lo que podría considerarse «cuestiones generales» en el marco de la ley aplicable a las obligaciones contractuales para, después, ocuparse de los contratos específicos. Se trata de un estudio detenido de estas obligaciones, las incluidas y las excluidas del campo de aplicación del Reglamento, de las reglas de determinación de la ley aplicable y de todos los aspectos y posibilidades que se plantean en torno a esta determinación, previstas explícita o implícitamente en las disposiciones del Reglamento, que se analizan de forma minuciosa por ser la parte nuclear del estudio, así como del ámbito de la ley aplicable y las leyes de policía, y su distinción con otras disposiciones imperativas, de la ley aplicable a la forma del contrato y a la capacidad de los contratantes y su excepción, a la ejecución de las obligaciones y a la prueba de estas (presunciones legales y carga de la prueba, actos jurídicos que conforman el contrato, como la oferta y la aceptación, etc.) seguido todo ello de la cesión de créditos, de la figura de la cesión de contrato, de la subrogación legal y de la responsabilidad múltiple. Se agrega una breve descripción de los diferentes supuestos de la ley aplicable en los contratos internacionales con cláusula de remisión al arbitraje y de un anexo con la jurisprudencia, internacional, del TJUE y de los Tribunales españoles, citada en esta Parte.

Las restantes Partes de esta obra estudian de forma específica la ley aplicable a los contratos que los autores consideran «propios del comercio internacional», aunque no se delimita el sentido y alcan-

ce de este concepto, de manera que, en el amplio listado de contratos estudiados en esta Parte, aparecen contratos como el de compraventa internacional de mercancías o de arrendamiento de servicios, o los del sector intelectual, de internet, de seguros o del ámbito de las nuevas tecnologías, pero también se incluyen contratos, por ejemplo, relacionados con la persona y familia, como el de donación de órganos humanos o el de gestación por sustitución, y se dejan para la Cuarta y Quinta Partes, respectivamente, el contrato de consumo y el de trabajo. En cualquier caso y con independencia de esta clasificación *sui generis*, el lector encontrará noticia suficiente para ilustrarle sobre la ley reguladora de cualquier contrato que le interese y amplios desarrollos sobre los contratos celebrados por consumidores o el contrato de trabajo en sus distintos aspectos.

El estudio se cierra con cinco anexos —y la bibliografía— el primero recordando la ya citada y breve jurisprudencia internacional, y recogiendo la del TJUE y la de los tribunales españoles, relativa a los contratos internacionales en general, los tres siguientes, la del TJUE y los Tribunales españoles, atinente respectivamente, al contrato de seguro, al de consumo y al de trabajo, y el Anexo V que contiene un amplio listado de las principales cláusulas propias de los contratos internacionales, que son de utilidad en la práctica para la redacción de estos contratos.

Por último, se incluye un listado de la muy abundante bibliografía existente en la materia, española y extranjera, clasificada siguiendo, en general, los sucesivos apartados de este estudio.

El tercero de los volúmenes es un estudio muy completo del Reglamento 655/2014 que establece la Orden Europea de Retención de Cuentas (OERC) aplicable desde el 18 de enero de 2017 y que, en 2015, ya fue objeto de estudio, desde la perspectiva del Derecho español, en una

excelente monografía de la procesalista Carmen Senés Motilla, citada reiteradamente en el presente trabajo.

La OERC es, en síntesis, una medida cautelar, alternativa a las existentes en el Derecho de un Estado miembro, cuya finalidad es la de retener los fondos, en la cuantía fijada en la orden, que el deudor, u otra persona por cuenta de este, posea en cuentas bancarias abiertas en un Estado miembro, para así evitar la transferencia o retirada de fondos que pudiera ordenar el deudor —con gran rapidez con los servicios de la banca electrónica— y que imposibilitaría la efectiva posterior ejecución de la resolución judicial que declara el derecho del acreedor. La OERC se aplica en los asuntos en los que la cuenta o cuentas bancarias en donde deban retenerse fondos, se mantiene en un Estado miembro que no es el Estado miembro del órgano jurisdiccional al que se ha solicitado la orden de retención ni el Estado miembro del domicilio del deudor.

La naturaleza y las notas características de la OERC abren este estudio. La orden europea puede solicitarse antes, durante e, incluso, una vez concluido el proceso judicial y dictado sentencia o bien el acreedor cuenta con una transacción judicial o un documento público con fuerza ejecutiva. La autora de este trabajo defiende, con acierto, la naturaleza cautelar de la orden, aun cuando, desde la perspectiva del Derecho procesal español, tal naturaleza quedaría desvirtuada por el hecho de que pueda solicitarse también una vez finalizado el proceso sobre el fondo del asunto. A pesar de ello, la OERC sigue tutelando el crédito, sigue, en realidad, en opinión de la autora, conservando carácter instrumental puesto que el tiempo que puede transcurrir en los litigios transfronterizos desde que se dicta la resolución hasta que se hace efectiva su ejecución, requiere ese aseguramiento del crédito.

Antes de entrar en el estudio sistemático del Reglamento 655/2014, la autora considera pertinente justificar la necesi-

dad de una OERC, habida cuenta de que, tras dedicar un capítulo al análisis del funcionamiento de las medidas provisionales y cautelares previsto en el Reglamento Bruselas I bis —ya analizado con detalle en el primer volumen de la trilogía— ha llegado a la conclusión de que el sistema instaurado por dicho Reglamento es poco ágil y rápido a estos efectos, y no garantiza de manera suficiente la tutela cautelar transfronteriza. La OERC supondría un avance al tratarse de una medida cautelar homogénea entre Estados miembros que facilita al acreedor la solicitud de retención de fondos de las cuentas bancarias del deudor.

Se entra así en la exposición pormenorizada del Reglamento, comenzando con delimitar su campo de aplicación espacial, material y personal, lo que es importante para conocer con exactitud las situaciones y los elementos necesarios para la solicitud de una OERC; en esencia, la solicitud puede presentarse en todos los Estados miembros, salvo Dinamarca y el Reino Unido, que no están vinculados por el Reglamento, solo por deudas pecuniarias en asuntos transfronterizos tal como se consideran en el Reglamento y por acreedores domiciliados en uno de estos Estados miembros sobre cuentas bancarias mantenidas igualmente en otros Estados miembros. Todas estas cuestiones y la variedad de aspectos que se presentan en torno a ellas, se exponen con detalle y de forma clara en el Capítulo III de la obra.

Lo mismo puede decirse de las páginas dedicadas a los presupuestos necesarios para la obtención de la OERC, de carácter procesal —dependiendo del momento en que puede solicitarse la orden— y de naturaleza material —urgencia de la medida, *periculum in mora, fumus boni iuris*—, a más de la caución y la responsabilidad que podría exigirse al acreedor en determinadas situaciones, del procedimiento a seguir para la obtención de la OERC y del mecanismo que posibilita el Reglamento para obtener información

sobre las cuentas del deudor, de la resolución recaída sobre la misma, así como de su ejecución y los diversos aspectos que se presentan con ella relacionados, finalizando con los recursos posibles contra la orden europea o las opciones con las que cuenta el deudor para oponerse a la OERC, capítulo considerado por los procesalistas como técnicamente impreciso y por la autora del trabajo como cajón de sastre de las opciones legales disponibles particularmente por el deudor —y, en menor medida, por el acreedor— ante la orden y su ejecución.

También en este estudio, como en el de los dos volúmenes anteriores, se ha

procurado proporcionar un tratamiento operativo de la OERC desde la perspectiva del Derecho español y también se acompaña de un primer anexo con la relación de sentencias consultadas, de un segundo con el texto del Reglamento 655/2014 y de un tercero con el Reglamento de ejecución 2016/1823, que establece los formularios previstos en el Reglamento anterior, además del listado de la bibliografía relacionada con la OERC y con las medidas provisionales y cautelares.

José Luis IGLESIAS BUHIGUES
Universidad de Valencia

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.71.1.2019.4.02>

CAMPILLO MESEGUER, A., GUILLÉN LORENTE, C. y CAYUELA SÁNCHEZ, S., *Las (in)seguridades de Europa: una perspectiva crítica*, Madrid, Marcial Pons-CEEUM, 2018, 286 pp.

La obra colectiva objeto de revisión aspira a ofrecer un marco de interpretación crítico sobre el par seguridad/inseguridad en la Europa actual. Como señalan los editores en la introducción, el compendio que se presenta parte de la convicción que los atentados terroristas en suelo europeo, la inestabilidad política en Oriente Medio, los nuevos flujos migratorios y de refugiados, el espionaje de las comunicaciones o los continuos choques entre legislaciones nacionales y transnacionales «obligan a repensar de forma crítica una concepción tradicional de la seguridad completamente desbordada hoy». Ello exige «la construcción de una visión más abierta e integral, no limitada a las clásicas cuestiones militares y policiales, sino atenta —además— a las problemáticas y dinámicas globales y sus efectos locales». Así, partiendo de la definición de seguridad humana propuesta por Naciones Unidas que subraya el carácter multidimensional de la seguridad, los textos abordan desde una perspectiva interdisciplinaria cuestiones y conceptos teóricos que no suelen ser considerados en los estudios de seguridad con el fin

de plantear un marco de reflexión crítica sobre la seguridad en la Europa del siglo XXI.

Con estos presupuestos la obra se compone de diez capítulos consecutivos que abordan distintos aspectos y dimensiones de la seguridad en el contexto europeo. Los tres primeros capítulos podrían considerarse que establecen el marco más general que sirve de contexto al resto de la obra. El primer trabajo del Profesor Campillo Meseguer ofrece una particular reflexión sobre los riesgos globales de la seguridad contemporánea y sus efectos en el continente europeo partiendo de conectar las definiciones de peligro, riesgo y seguridad con su propia concepción del devenir histórico entendido bajo la concepción de *variación*. Concluye que el proyecto político de la Unión Europea no podrá sostenerse sino adopta una estrategia cosmopolita guiada por el concepto de seguridad humana. A continuación el texto del Profesor Novella Suárez «Europa y el nuevo orden mundial. Desafíos y retos para la seguridad», plantea los retos y amenazas

actuales en el ámbito de la seguridad militar a través de lo que él considera «los principales núcleos de problemas»: la Europa en crisis, los distintos conceptos de seguridad humana, colectiva, cooperativa y global, la política exterior y de seguridad común, los retos y amenazas a la seguridad y la comunidad de inteligencia en España. El tercer capítulo del Profesor Salvador Cayuela Sánchez muestra como los mecanismos bio-políticos de regulación social —desde aquellos articulados por las Ciencias de la Policía hasta los propios del Estado de Bienestar— han jugado un papel fundamental en lo que se podría designar la «idiosincrasia europea». Y señala que es precisamente la erosión neoliberal de este «ideario social» una de las mayores causas tanto de la pérdida de confianza en el proyecto europeo como el acicate de las reformulaciones ideológicas más reaccionarias, segregacionistas y, desiguallitarias. Por ello se hace necesario que la Unión Europea vuelva a ser referente de justicia social, solidaridad y paz.

Los dos siguientes capítulos de la Doctora en Sociología, Inés Campillo Poza, y la Profesora Marta M.^a Aguilar analizan desde el punto de vista de las libertades y derechos individuales, la seguridad económica en los Estados de bienestar europeos la primera y la seguridad jurídica en España la segunda. El trabajo «La seguridad económica en Europa. Cambios de los Estados del bienestar y las condiciones de vida» de Campillo Poza se centra en los modos en que las sociedades europeas han abordado las situaciones que ponen en riesgo la seguridad económica y social desde la posguerra hasta nuestros días. En concreto analiza los Estados del bienestar, como las configuraciones estatales que consagraron la idea de la seguridad humana, sus variaciones europeas y cómo se han transformado en los últimos treinta años de una concepción de la seguridad como seguridad frente al mercado, a una concepción de la seguridad como seguridad

a través del mercado. Seguidamente la Profesora Aguilar Cárceles plantea como el título de su capítulo indica el problema de «La in-determinación del concepto de seguridad jurídica y sus consecuencias prácticas ante un panorama social altamente versátil». Para ello partiendo de unas consideraciones generales sobre la seguridad jurídica realiza un análisis de la legislación interna aplicable en España y sus principales instrumentos y de las problemáticas actuales con elevada incidencia en la seguridad jurídica así como las medidas de actuación necesarias dentro del ámbito penitenciario para poder detectar así como erradicar de forma efectiva posibles procesos de victimización.

El texto del Doctor Juan Ignacio Rico Becerra «La inmigración internacional en el espacio de la Unión Europea: De los migrantes internacionales a la crisis institucional» enmarca las actuales migraciones en el proceso de globalización, el incremento de la población mundial y su vinculación con la pobreza y el desigual reparto de la riqueza para así enlazar esta problemática con la actual crisis de la Unión Europea. El investigador Pablo Domenech de Lastra reflexiona en el séptimo capítulo «La nueva pedagogía soberana de los muros fronterizos» sobre como en la obsesión de Europa de blindarse contra la amenaza de la crisis migratoria, se lee una pedagogía política que se impone tanto a los ciudadanos que protegen como a los migrantes que rechazan. Así va desgranando los distintos elementos que componen una nueva ideología política de la seguridad en la que los muros son el soporte material y la soberanía el dispositivo político que crean sujetos protegidos y sujetos rechazados.

A continuación, el capítulo a cargo del Doctor Pedro Vicente Martínez titulado «La construcción de la seguridad antropológica» analiza cómo los Estados aplican la seguridad a los ciudadanos y cómo estos la perciben. Plantea conocer

la necesidad de vigilar a la población por parte de los Estados, los modelos de seguridad, y de sumar el concepto de (in)seguridad que como señala tiene similares contenidos para todos los ciudadanos de la UE. Asimismo, a partir de información obtenida mediante entrevistas semi-estructuradas y observación participante, establece tres líneas de debate: la específica cultura de seguridad según el país, la perspectiva de género en la construcción de la seguridad y la relación entre los distintos modelos europeos policiales.

En el penúltimo escrito «La OTAN y la “gestión de crisis”: evolución de un discurso-visión sobre la seguridad», el Doctor Giovanni Ercolani traza una «breve genealogía de la evolución del discurso de la inseguridad», de la seguridad y de la visión estratégica de la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN) (p. 243). Partiendo de unas consideraciones metodológicas y teóricas iniciales analiza la evolución del discurso y las visiones de la seguridad de la OTAN para mostrar que su proceso de transformación vertebrado sobre la remodelación de sus terminologías y visiones geopolíticas no ha cambiado la organización como «instrumento constante» de seguridad.

Como colofón de este compendio, en el último trabajo «Tendencias culturales de los soldados europeos en operaciones de paz», el Doctor Máximiliano Mariño Lamamie de Clairac analiza cómo se ha transformado la cultura de los militares europeos como consecuencia de su experiencia en operaciones de gestión de crisis y su consecuente distanciamiento de la preparación para la guerra. Partiendo del análisis de la adaptación de las fuerzas armadas al desempeño de las operaciones de paz distingue tres distintas subculturas militares presentes entre los militares europeos: la tendencia institucional, la ocupacional y la posmoderna. Para el Doctor Mariño Lamamie la creciente importancia de las operaciones de paz propicia la intensificación de los rasgos posmodernos en detrimento de los institucionales. Así, en la medida que se realice un esfuerzo por incrementar el interés de los soldados ocupacionales hacia las operaciones de paz habrá una convergencia entre este modelo con el modelo posmoderno orientado hacia las nuevas misiones.

Cristina CHURRUCA MUGURUZA
Universidad de Deusto

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.71.1.2019.4.03>

CEBRIÁN SALVAT, M. A., *El contrato de franquicia en Derecho internacional privado europeo*, Madrid, AEPDIRI y Marcial Pons, 2018, 325 pp.

La presente monografía constituye la adaptación de la tesis doctoral galardonada con el II Premio AEPDIRI «Mariano Aguilar Navarro» a la Mejor Tesis Doctoral en Derecho internacional privado defendida en una universidad española pública o privada. Esta obra aborda de forma muy amplia las soluciones del Derecho internacional privado (DIPr) a las cuestiones que plantea el contrato de franquicia internacional en el marco de la Unión Europea. Su autora, la Doctora María Asunción Cebrián, consigue incorporar en una única obra muchas perspectivas de una operación de franquicia

internacional sin que el producto final adolezca de una pizca de complejidad en la exposición.

La estructura del índice es clásica en un estudio de DIPr, pues tras un capítulo que delimita el ámbito material objeto de estudio, analiza sucesivamente, la competencia judicial internacional en el Capítulo II y la ley aplicable en el tercero y último capítulo. Se han publicado otros trabajos sobre los contratos de franquicia, pero la obra que aquí se recensionaria tiene la virtud de desgranar con minuciosidad y detalle múltiples aspectos muy

concretos que suscita la versatilidad de la franquicia. Analizar la globalidad del contenido de esta excelente obra resulta imposible por lo que esta recensión se limita a abordar algunas cuestiones escogidas sin perjuicio del justificado interés de las demás.

Empieza la autora con un análisis del concepto de contrato de franquicia que, con gran acierto, no es estrictamente jurídico formalista, pues incorpora oportunos ejemplos prácticos que permiten al lector aprehender la naturaleza intrínsecamente compleja y flexible de la franquicia. La franquicia es un contrato surgido de una voluntad de expansión rápida de un negocio exitoso, sin arriesgar en exceso y su caldo de cultivo por excelencia es un entorno de potenciales empresarios independientes con pocos conocimientos comerciales y técnicos y, actualmente con recursos limitados, que buscan iniciar una actividad empresarial. Cuando estas dos circunstancias coinciden, la franquicia se convierte en un instrumento de expansión y emprendimiento empresarial muy atractivo y con una gran capacidad de adaptación a las nuevas tecnologías y a los cambios en el entorno económico.

Si bien el contrato de franquicia no es exclusivo del sector de la distribución comercial, pues también es una forma de cooperación empresarial a nivel productivo, la franquicia comercial es la que más atención recibe en esta monografía. La distribución franquiciada tiene múltiples modalidades y variaciones, y puede tener una estructura muy variada, con un nivel o más niveles, de tal manera que se generan situaciones de grupos y/o cadenas de contratos. Esta monografía aúna todas estas posibilidades y atiende a las particularidades de cada una de ellas en el análisis de la competencia judicial internacional y de la ley aplicable.

Como el título indica, la obra se centra en el DIPr europeo, concretamente, en los Reglamentos Bruselas I bis, Roma I y Roma II. La constatación de

la que parte la autora es que la franquicia parece haber perdido atractivo en el mercado interior. Y su hipótesis es que la inadecuación de las soluciones del DIPr europeo ha influido en la desaceleración de la franquicia en la Unión Europea. ¿Debería buscarse soluciones más eficientes en términos de seguridad jurídica que fomenten la celebración de nuevos contratos de franquicia? La reflexión es oportuna, pues los litigios derivados de los contratos de franquicia raramente se resuelven por la vía extrajudicial.

El Capítulo II analiza la competencia judicial internacional y lo hace atendiendo al carácter complejo y mixto de las operaciones de franquicia. En efecto, la autora parte de la operación, que no del contrato, de franquicia y desgrana los diferentes litigios que pudieran surgir, analizando en cada situación los foros de competencia internacional relevantes. El resultado de este enfoque es un análisis muy completo de los foros exclusivos, de sumisión, general, especiales y de protección del Reglamento Bruselas I bis y el exhaustivo análisis crítico de las dificultades que suscita en este análisis la articulación de los contratos de máster franquicia con los contratos de franquicia y de estos últimos con los contratos de aplicación, así como el enlace con otros acuerdos que suelen pactarse en una operación de franquicia. Este estudio se completa con un análisis ineludible de las acciones relativas a la franquicia que se podrían calificar como materia delictual, incidiendo en las dificultades de la calificación de estas acciones.

El Capítulo III, que refleja el paralelismo de las cuestiones que origina la naturaleza de la franquicia, contiene un diagnóstico muy fino de la aplicación de los Reglamentos Roma I y Roma II a los contratos de franquicia, en el que destaca el análisis crítico al punto de conexión de la residencia habitual del franquiciado de la norma de conflicto específica dedicada al contrato de franquicia [art. 4.1.e) RR-I] y la interpretación restrictiva de las leyes

de policía. El arduo y laborioso análisis de eficiencia normativa permite a la Doctora María Asunción Cebrián constatar la ineficiencia de la referida norma de conflicto específica, pues penaliza el mercado interior al no atender a la oportunidad de primar la uniformidad en la ley aplicable a la red de franquicia sobre la vocación protectora del franquiciado como parte débil en el punto de conexión actual.

Por último, la autora formula en una Recapitulación final algunas reflexiones

sobre la importancia de la autonomía de la voluntad conflictual en las operaciones internacionales complejas, como la franquicia, pues únicamente mediante cláusulas de elección de ley o de tribunales redactadas de forma completa y correcta, se consigue la seguridad jurídica y previsibilidad que favorece el desarrollo de la franquicia.

Cristina PELLISÉ DE URQUIZA

Universidad de Barcelona

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.71.1.2019.4.04>

ESCUADERO ESPINOSA, J. F., *Self-Determination and Humanitarian Secession in International Law of a Globalized World. Kosovo v. Crimea*, Springer, 2017, 204 pp.

Es este un libro oportuno en un contexto internacional, como el actual, en el que se desarrollan tensiones secesionistas en distintos lugares, incluso en consolidados Estados democráticos. Coincide su publicación con un momento en el que en España se han planteado importantes tensiones secesionistas, que han generado una importante crisis política e institucional. Desde sectores independentistas se han pretendido justificar estas demandas en el DI, más concretamente, en el principio de la libre determinación de los pueblos y en la opinión consultiva de la CIJ en el asunto de Kosovo. Es por ello que resulta conveniente analizar —en inglés y desde la doctrina española— cuál es la posición del DI en relación con el supuesto de que los habitantes de un territorio determinado decidan separarse del Estado del que este territorio forma parte y crear un nuevo Estado.

Escudero Espinosa expresa claramente en el subtítulo de su obra tanto el origen de la misma como la dialéctica internacional que es objeto de su análisis: *Kosovo v. Crimea*. En efecto, el autor, atinadamente, hace girar todo su análisis en estos dos supuestos recientes y que constituyen, todavía, réplicas del

gran movimiento sísmico que se produjo en Europa central y oriental a partir de 1989, con el fin de la guerra fría, la eclosión de nuevos Estados y la aparición de movimientos nacionalistas en diversas partes del espacio exsoviético. Desmenuza pormenorizadamente estos dos conflictos y los sitúa frente a frente, para discutir la aproximación del DI de un mundo globalizado a la libre determinación y a la secesión humanitaria o secesión como remedio. Obviamente, poner ante el espejo estos dos conflictos, Kosovo y Crimea, no es en absoluto casual, porque Crimea es, en parte, el reverso de Kosovo. Y así nos lo recuerda refiriéndose, en las primeras líneas del Capítulo introductorio, al reproche de Putin a los dirigentes occidentales que crearon, «con sus propias manos», el precedente que Rusia legitimó.

A partir del análisis de los acontecimientos que condujeron a la declaración unilateral de independencia de Kosovo en 2008 y a la independencia y posterior anexión a Rusia de Crimea en 2014, el profesor de la Universidad de León construye una muy sugerente obra en relación con dos ejes sobre los que el DI se aproxima a las nuevas estatalidades, por la vía de la aplicación del principio de

la libre determinación de los pueblos o por la vía de la consideración de razones humanitarias que fundamentan una secesión como remedio. Para hacerlo, organiza sistemáticamente la obra en tres partes y nueve capítulos.

El Capítulo 2 se ocupa del derecho a la libre determinación tal como está recogido en el DI contemporáneo. El autor desarrolla el origen y la evolución de este principio en el marco de la ONU, abordando su alcance durante la era de la descolonización, pero ocupándose también de su contenido después de la descolonización y de su configuración como norma de *ius cogens*. Lo hace contrastándolo con las limitaciones derivadas de otro principio esencial del DI, como es el principio de la integridad territorial de los Estados. Esto le permite pasar a ocuparse, en el Capítulo 3, del derecho de autodeterminación y las secesiones unilaterales, con la tesis central de que el DI ni las prohíbe ni las autoriza: las considera una cuestión fáctica, cuya efectividad dependerá de los reconocimientos internacionales, y que solo en determinadas circunstancias, cuando han surgido en violación de normas imperativas del DI, pueden considerarse ilícitas desde esta perspectiva.

La segunda parte del libro se ocupa del análisis detallado de los dos casos de estudio. En el Capítulo 4 se estudian los precedentes del caso de Kosovo y, especialmente, la crisis humanitaria de 1999, que dio lugar a la administración internacional y que, ante la falta de control directo por parte de las autoridades serbias, acabó en la Declaración unilateral de independencia de 17 de febrero de 2008. El Capítulo 5 hace lo mismo en relación con el caso de Crimea, con el análisis de los precedentes desde el desmoronamiento de la Unión Soviética, la crisis política generada en Ucrania a partir de noviembre de 2013, la presencia militar rusa en Crimea en paralelo a la convocatoria de un referéndum declarado ilegal, la declaración de inde-

pendencia y la inmediata y subsiguiente anexión a Rusia de febrero de 2014, que se percibe como de difícil reversión. Todo ello le permite abordar, en el Capítulo 6, la discusión cruzada sobre la legalidad internacional de las secesiones de Kosovo y de Crimea. Completando este enfoque, se analiza también la compatibilidad del referéndum de Crimea con los estándares internacionales sobre procesos referendarios e, inevitablemente, la Opinión consultiva de la CIJ en el asunto de Kosovo.

En la tercera parte de la monografía que nos ocupa, se abordan las cuestiones transversales que derivan del análisis realizado en las partes anteriores. Así, en el Capítulo 7 se ocupa de las reacciones de la comunidad internacional ante las secesiones ilegales de entidades subestatales, discutiendo el papel del reconocimiento internacional en la consolidación de estas nuevas estatalidades. Por su parte, en el Capítulo 8 se aborda la emergencia de lo que el autor prefiere denominar secesión humanitaria ante graves violaciones de los DH y los principios que, en su caso, deberían regir estas secesiones. Con todo ello se adentra en unas cuidadas conclusiones en las que distingue el principio de la libre determinación de las secesiones, que el DI ni prohíbe ni autoriza, y se refiere especialmente a otros principios aplicables del DI, relacionados con los DH y con la paz y seguridad internacionales.

Los dos casos de estudio, situados frente a frente, iluminan, a mi juicio, una dialéctica relevante para el DI contemporáneo que el autor sitúa entre las máximas *ex factis jus oritur* y *ex injuria non oritur jus*. En definitiva, estamos ante una monografía absolutamente recomendable, con reflexiones de alcance para el DI y con lecturas aplicables a otras tensiones secesionistas.

Xabier PONS RÀFOLS
Universidad de Barcelona

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.71.1.2019.4.05>

ESPINIELLA MENÉNDEZ, Á., *El contrato de distribución comercial internacional*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, 371 pp.

El trabajo que se recensiona constituye una obra jurídica intelectualmente solvente. Trata de un tema siempre de actualidad, muy oportunamente tratado. Su título refleja su contenido con nitidez para los juristas, al referirse al «contrato de distribución», denominación preferida por el autor a «contrato de concesión» (p. 19, n. 10). Hay precedentes monografías españolas (PELLISÉ DE URQUIZA, C., *Los contratos de distribución comercial*, Barcelona, Bosch, 1999; MASEDA LÓPEZ, J., *Aspectos internacionales de la concesión mercantil*, Santiago de Compostela, 2000; RODRÍGUEZ RODRIGO, J., *Contratos internacionales de distribución comercial en el Derecho de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2013), que no han sido reeditadas, por lo que se continúa, completa y mejora el acervo doctrinal en la materia. Me estoy refiriendo a aspectos de contenido, aunque el autor se limita a reivindicar (pp. 21-25) la originalidad en cuanto a la presentación secuencial del material jurídico en sendos Capítulos I a IV: negociación y celebración del contrato de distribución internacional, ejecución de la distribución internacional, circunstancias sobrevenidas a la ejecución de la distribución internacional y arreglo de controversias.

Está escrito en un lenguaje correcto, claro y preciso; lógicamente estructurado; bien construido, todo ello en consonancia con la capacidad que ya conocemos del autor, aquí en el sentido de simultánea amplitud de cuestiones identificadas y profundidad en el respectivo trato, a lo que nos referimos breve y seguidamente alrededor de dos ideas. En primer lugar, examina sistemática y exhaustivamente la legislación, la jurisprudencia y la doctrina españolas y de la UE y, cuando procede, también las de algún ordenamiento jurídico extranjero: además de la de la UE y de la española, cita

y sistematiza en un índice jurisprudencia de diecisiete países, amén de la práctica arbitral, siempre referencias que se encuentran incorporadas en el desarrollo de las cuestiones, en las oportunas notas a pie de página.

En segundo lugar, contiene análisis completos, ricos, profundos, concienzudos, serios y sugerentes. En las cuestiones polémicas conocidas o deducidas por el autor, ofrece argumentos que parecen casi siempre bien fundados y convincentes. Aporta luz a una presentación del Derecho relativo al contrato internacional de concesión desde la perspectiva de un tratamiento especializado de Derecho internacional privado, pero amplio y proporcionado dentro de esta especialización. Incluye aspectos de Derecho de propiedad industrial y de Derecho de la competencia. Pondría como ejemplos a destacar (de entre las docenas que he marcado durante la lectura, sin cabida en espacio de 7.500 caracteres de esta recensión), por encima de los demás, el tratamiento de las cuestiones de «ley aplicable» centrales en Derecho internacional privado, siempre integrado y en diálogo fructífero con aspectos de Derecho material de obligaciones y de Derecho de la UE; así como, más en concreto, el tratamiento de las relaciones y concomitancias entre la ley aplicable al contrato de distribución y la ley aplicable a las respectivas operaciones de compraventa, que el autor efectúa puntualmente de la mano de las correspondientes cuestiones a lo largo de la vida contractual en las que cabe que se plantee la concurrencia de las dos leyes.

El elogio del trabajo no se extiende con el mismo entusiasmo al libro que lo contiene. La presentación secuencial en los Capítulos I a IV es inicialmente atractiva y permite esquivar una estructura basada únicamente en la dogmática

del DIPr o, alternativamente, en la de otras vertientes del Derecho. La presentación secuencial parece asimismo ofrecer un cauce más neutral y menos pedregoso para el «enfoque práctico» que constituye una verdadera aportación del autor. En este punto el autor declara reconocer su deuda (p. 22, n. 16) a la obra de SÁNCHEZ LORENZO, S. A. (dir.), *Cláusulas en los contratos internacionales. Redacción y análisis*, Barcelona, Atelier, 2012. Dichas cláusulas, a veces modelos y a veces ejemplos de patología *per se* o en su contexto contractual o normativo, aparecen a lo largo de la obra, en el texto o en nota de pie de página, dependiendo de la línea del discurso en cada momento; además, aparecen agrupadas virtualmente gracias a un índice especial, junto con casos que ejemplifican situaciones descritas, que remite a los párrafos o notas del texto donde aparecen, por capítulos. En una obra de las dimensiones indicadas (de las 371 páginas, el texto antes de conclusiones es de 310 páginas aprox.) es notable que dichos materiales (cláusulas y casos) alcance el número de 210. Sin embargo, el libro no cuenta con un índice alfabético de materias y, para encontrar algo, el lector solo cuenta con el sumario o índice de materias. Los casos o ejemplos ilustrativos así como (sobre todo) las cláusulas se encuentran a lo largo de toda la obra, no solamente en el capítulo de negociación y celebración. Al ser un libro que, por una parte, incorpora un trabajo solvente, amplio y proporcionado en lo dogmático y, por otro, contiene abundante material factual, sufre el riesgo de tornarse pesado para la lectura seguida que el libro merece como obra dogmática [...] al tiempo que demasiado opaco para quien lo quiera usar para consulta de un aspecto concreto, práctico, para lo que el libro también tiene méritos suficientes, gracias a la cantidad y el grado de elaboración de los materiales. ¡Hasta el sentido y criterios de ubicación de dichos materiales entre

texto y notas lo ha de explicar el autor a nota de pie de página! El sumario o índice de materias es de trazo demasiado grueso para dirigir certeramente al lector hacia las sutilezas y relaciones que el autor desgrena. Haber dotado a la obra de otros índices, como puertas alternativas de entrada, de paso hubiera reducido la ya relativa escasa importancia que atribuyo al juicio de menor o mayor acierto sobre la ubicación concreta de una cuestión en una u otra fase contractual.

A falta de espacio para entrar más a fondo o en algunas más de las «señales recensionables» con las que está adornado mi ejemplar del libro reseñado, me ha parecido más útil, aprovechando una obra que bien lo merece, romper una lanza en homenaje al autor que se encuentra solo y como *amateur*, en el contexto de presión por publicar, ante tareas que son tareas editoriales de proyecto y de realización del *libro*.

Me parece, en consecuencia, un trabajo altamente recomendable y referencial en la materia. Sería de desear que viera en su día una nueva edición como libro, tal vez remodelada editorialmente en la línea propuesta, para visibilizar bien el contenido rico que contiene. De este libro, por tanto, no puede predicarse que «no se advierten errores, incongruencias, omisiones o defectos. Todo está fetén», pero sí entra en la categoría de honor de «libros excelentes que merecen las alabanzas que con toda sinceridad se les dedican» (además de estos últimos entrecomillados, partes o frases enteras de los apartados reproducen o se inspiran en el *boilerplate* de las recensiones identificado por DOMÉNECH PASCUAL, G., «Que innoven ellos», *InDret*, 2/2016, pp. 28 y 29).

Joaquim-J. FORNER DELAYGUA

Universidad de Barcelona

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.71.1.2019.4.06>

FELIU ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, S., *Viajes combinados y servicio de viajes vinculados [Directiva (UE) 2015/2302]. Cuestiones de ley aplicable*, Madrid, Reus, 2018, 245 pp.

¿La nueva Directiva sobre viajes combinados y servicios vinculados ha logrado el equilibrio entre los intereses de los operadores jurídicos? ¿Se ha alcanzado el equilibrio entre empresarios (organizadores y minoristas) y viajeros? Estas son las dos preguntas a las que la autora se compromete a responder en su monografía.

Para ello, en el epígrafe I se presenta el nuevo contexto de la contratación de servicios turísticos, propiciado básicamente por las nuevas tecnologías, que originan la aparición de nuevos oferentes e intermediarios distintos de la agencia de viajes tradicional y nuevos productos turísticos diferentes de los viajes combinados tradicionales (pp. 11-12).

En el epígrafe II se analiza la nueva Directiva (UE) 2015/2302. *Ratione loci*, la autora concluye su aplicación si el paquete turístico se ha ofrecido o vendido en el territorio de la UE (p. 17). *Ratione personae*, se presenta el ámbito subjetivo de la Directiva y los conceptos de empresarios y viajeros, concepto este último novedoso y que se aparta del consumidor para dar cabida a «viajeros de negocios», profesionales y autónomos (pp. 18-19, entiendo que se incluye también a los trabajadores por cuenta ajena aunque no sean mencionados). En esta nueva concepción, se protege al viajero que contrata un «paquete cerrado», pero también al que contrata un paquete «a medida» («viajeros activos» en términos de la autora). *Ratione materiae* se analiza en detalle el concepto de viaje combinado como acumulación de al menos dos servicios de viaje (transporte, alojamiento, alquiler de vehículos o cualquier otro servicio), y el concepto de «servicios vinculados» en los que se celebran contratos distintos. De forma criticable para la autora, quedan excluidos fenómenos que cada

vez tienen más importancia como son las plataformas electrónicas de alquiler de casas vacacionales y los mecanismos de turismo colaborativo (pp. 26-27). Aun coincidiendo en la necesidad de regular estas realidades, quizá pueda entenderse la exclusión de la Directiva sobre viajes combinados, básicamente porque estos alquileres no siempre entran en el concepto de «alojamiento» y, además, porque pueden presentarse como contratos independientes sobre servicios de viajes únicos.

En los epígrafes III y IV, se analizan las relaciones de la Directiva con el Reglamento «Roma I» en lo que respecta a la ley aplicable al contrato de viaje combinado, así como a su celebración (capacidad, consentimiento y forma) y ejecución. Desde la perspectiva del Reglamento «Roma I», se puede tratar de un contrato de consumo, a diferencia de lo que ocurre con los contratos de transporte (pp. 47 y ss.).

En este apartado, uno de los mejores pasajes del libro es el relacionado con el estudio de cómo se produce la captación *on line* para ser considerado viajero-consumidor según el Reglamento «Roma I» (p. 63). No obstante, convendría diferenciar las formas de captación propiciadas por el empresario (empleo de *cookies* y uso de datos de localización para crear una publicidad personalizada), de las modalidades de captación que se deben a los demás usuarios y que son ajenas al empresario (comentarios o votaciones, redes sociales, buscadores, comparadores de información o promoción de vídeos y fotografías).

Otro de los puntos fuertes del libro es la diferenciación entre el concepto de «viajero», utilizado por la Directiva, y el de «consumidor», empleado en el Reglamento. Perfectamente pueden conside-

rarse viajeros en la Directiva a personas que no sean consumidores, ya porque no sea un uso ajeno a la actividad profesional, ya porque no haya captación en el Estado de residencia. Si este es un punto fuerte, las respuestas a veces no lo son tanto. Falta, a mi modo de ver, un análisis profundo sobre si la Directiva puede encajar como ley de policía europea de acuerdo con el art. 9 del Reglamento «Roma I», cuando la ley aplicable al contrato sea la de un tercer Estado (p. ej., empresa de tercer Estado y viajero-no consumidor con residencia en Estado miembro).

En el epígrafe V se analiza la ley aplicable a los servicios turísticos vinculados, con una idea fuerza muy bien fundamentada: esta debe determinarse individualmente en relación con cada servicio. Por ello, se realiza un exhaustivo análisis de los distintos servicios: transportes, arrendamientos, alojamientos... De este epígrafe cabe destacar el estudio de la responsabilidad del empresario que facilita, pero no presta, los servicios vinculados. La respuesta de la autora en términos de Derecho material es clara: de la Directiva se deduce una responsabilidad por la información proporcionada al viajero y por la insolvencia del prestador de servicios (pp. 106 y ss.). Pero no da respuesta en términos de Derecho conflictual, de nuevo especialmente interesante en supuestos vinculados con terceros Estados: ¿es una responsabilidad contractual o

extracontractual?, ¿qué instrumento de Derecho internacional privado rige esa cuestión?

En el epígrafe VI se aborda la protección de los viajeros por insolvencia de organizadores y minoristas. Deben establecer una garantía para casos de insolvencia los organizadores establecidos en un Estado miembro y lo que vendan u ofrezcan viajes combinados en un Estado miembro, o bien dirijan, por cualquier medio, dichas actividades a un Estado miembro.

El libro termina con una muy recomendable reflexión final y unos anexos donde se reproducen el Reglamento «Roma I», la Directiva y el Anteproyecto de ley de transposición en España, particularmente útiles para el lector. No obstante, también es verdad que estos textos están a un *click* en cualquier buscador, que a veces se repiten en otras partes del texto (p. ej., pp. 55-56 o 110-111), y que, incluso, como ocurre con el anteproyecto, pueden quedar obsoletos a los pocos meses de su publicación.

En definitiva, un libro especialmente bueno en la identificación de problemas de gran dificultad. Precisamente por esa complejidad, en la resolución de esos problemas aparecen a veces respuestas abiertas.

Ángel ESPINIELLA MENÉNDEZ
Universidad de Oviedo

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.71.1.2019.4.07>

FERNÁNDEZ LIESA, C. R. y MANERO SALVADOR, A. (dirs.), *Análisis y Comentarios de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas*, Pamplona, Aranzadi, 2017, 514 pp.

La adopción, en septiembre de 2015, de la Resolución 70/1 por la AG de las NU titulada «Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible» supone un ambicioso plan para lograr el desarrollo sostenible en el planeta y representa la continuación de los esfuerzos realizados por la comuni-

dad internacional que se plasmaron en la formulación de los ODM. Alcanzar los 17 ODS y cumplir con las 169 metas debe ser el resultado de numerosos esfuerzos que se realizan en múltiples ámbitos de las relaciones en los planos nacional e internacional. Las aportaciones, desde la perspectiva académica, también son

de gran interés. La obra dirigida por Fernández Liesa y Manero Salvador supone un pormenorizado análisis de muchas de las cuestiones que suscitan los ODS.

La obra tiene un enfoque conceptual y una visión práctica y examina, con detalle, distintos aspectos que definen cada uno de los ODS. Cabe resaltar, ante todo, los análisis realizados por Fernández Liesa y Rodríguez Vindel que se detienen a estudiar el fenómeno de los ODS desde dos ópticas complementarias: la comprensión del «desarrollo sostenible» en el DI, como lo hace el primer autor; en el marco de las transformaciones que está experimentando la comunidad internacional de nuestro tiempo; y, asimismo, el contenido y alcance que tienen los ODS en la práctica de las NU, como nos indica la segunda autora, poniendo el énfasis en las problemáticas que genera la implementación de estos objetivos en el marco de NU. Dos análisis realmente interesantes y que facilitan el marco conceptual y normativo que permite entender espacios en los que los ODS deben realizarse.

A partir de ahí, se llevan a cabo distintas aportaciones. La lucha contra la pobreza constituye el propósito principal que inspira la noción de desarrollo sostenible y, en este sentido, Díaz Barrado y Jiménez García realizan una valoración sistemática del significado que debe tener el fin de la pobreza en el orden internacional, situándolo en el marco de valores y principios. Además, la lucha contra el hambre se configura como una de las finalidades que debe recibir respuesta en el cumplimiento de la Agenda 2030. Bermejo García desarrolla un examen muy atractivo sobre la evolución de los mercados agrícolas y la contribución que estos pueden producir en el logro de este Objetivo. Es preciso, sin embargo, que la lucha contra la pobreza y el hambre venga complementada por acciones que se desarrollen en sectores que aseguren el cumplimiento de los ODS. Primeramente, garantizar la salud y el bienestar resulta imprescindible en esta labor. Tomás

Gómez realiza un detenido estudio en esta materia centrándose, en concreto, en aquello que afecta a los niños, madres y enfermedades graves, realizando aportaciones de gran significado en el ámbito del «contenido mínimo» del derecho a la salud. En segundo lugar, la mejora de la educación, centrada en los derechos de los niños y niñas, ha sido analizada con detenimiento por Fernández Tesoro al señalar el marco institucional en el que deben desarrollarse las políticas educativas. En tercer lugar, las reflexiones que, con profundidad, realiza Montserrat Huguet sobre la igualdad de género en las que acoge una visión multidimensional de este fenómeno. Por último, Morán Blanco examina la cuestión relativa al trabajo decente ofreciendo una definición de esta realidad y de cada una de las dimensiones que lo perfilan.

La obra dedica una parte importante a la dimensión relativa al acceso a los recursos. Tres trabajos constituyen aportaciones relevantes. Primero, Sosa Navarro reflexiona sobre el acceso a agua limpia y saneamiento, situando la reflexión en el derecho al agua como un derecho humano. Segundo, la posibilidad de que la humanidad cuente con una energía asequible y no contaminante que es objeto del análisis que realiza Abad Castello que sitúa la cuestión en el ámbito de la estrecha vinculación que debe existir entre empresas energéticas y desarrollo. Finalmente, respecto al acceso a los recursos, adquiere un carácter particular lo relativo a la industria, innovación e infraestructuras. Así, Fraile Coracho y Manero Salvador realizan un estudio detallado que destaca la cuestión de las infraestructuras lo que resulta esencial para el logro de los ODS. Análisis que penetran en sectores que no han recibido hasta ahora una especial atención por la doctrina científica.

La dimensión medioambiental resulta fundamental. El trabajo pone los énfasis en la noción de «ciudad sostenible», como lo hace Azcona que proporciona

un recorrido interesante sobre esta noción. Asimismo, el concepto de «comercio justo» es esencial para comprender la evolución de la comunidad internacional y el desarrollo sostenible como lo refleja Oliva Martínez que destaca un «consumo responsable». López-Jacoiste penetra, con intensidad, en cuestiones relativas al clima. Con un análisis riguroso sobre las principales apuestas de la comunidad internacional: el acuerdo de París sobre el cambio climático. El aspecto medioambiental se refleja en la vida submarina y la vida terrestre y así lo hacen de la Vega Justribo y Espinosa González en estudios que aportan una visión detallada de los componentes de estas materias.

Por último, esta completa obra no podía olvidar el contenido básico del Objetivo 16 sobre la paz, justicia e instituciones eficaces. Resultan interesantes las aportaciones de Vacas Fernández y Tascioni sobre el concepto de paz y seguridad internacionales, estableciendo ámbitos conceptuales y mecanismos para la aplicación de estas nociones. También, el trabajo de Quispe Remón sobre el acceso a la justicia que lo examina como una

pieza capital de los DH. Asimismo, poniendo el acento en la práctica española, Pastor Palomar nos delimita, con rigor, la necesidad de que se establezcan instituciones eficaces, inclusivas y responsables en todos aquellos niveles de las relaciones sociales que permitan un desarrollo sostenible y que no descuida los rasgos que perfilan las metas del Objetivo 16.

Para finalizar, la obra, que cuenta con la colaboración de la Cátedra sobre Desarrollo y Erradicación de la Pobreza (Fondo para los Objetivos de Desarrollo Sostenible de NU y URJC), representa un texto fundamental tanto para los iniciados en la materia como para investigadores que quieran aproximarse al fenómeno de los ODS con un sentido multidimensional. Es una obra completa y detallada, cuya lectura resulta agradable para comprender el verdadero significado y las dimensiones de los ODS y que supone una contribución relevante al logro e implementación de la Agenda 2030.

Elena C. DÍAZ GALÁN

Universidad Rey Juan Carlos

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.71.1.2019.4.08>

GUTIÉRREZ ESPADA, C. y CERVELL HORTAL, M. J. (dirs.), *El Estado Islámico (DAESH). ¿Aprendemos la lección?*, Valencia, Tirant Humanidades, 2018, 505 pp.

En el cambiante e imprevisible escenario global, el autodenominado «Estado islámico» (EI), sigue siendo, pese a la pérdida casi completa de base territorial en Irak y Siria, una de las principales amenazas a la paz y la seguridad internacionales. De manera muy oportuna, este libro, dirigido por Gutiérrez Espada y Cervell Hortal, recoge las aportaciones de un grupo de profesores de distintas Universidades en una obra colectiva que resulta extremadamente útil para entender las múltiples cuestiones que plantea el EI.

Entrando en su contenido, los directores del libro explican en una primera contribución el juego de intereses pre-

sente en el surgimiento del EI y plantean la complejidad jurídico-internacional de las respuestas articuladas a través de acciones militares de coaliciones internacionales y Estados que han operado en el territorio ocupado en Irak y Siria hasta lograr su aparente decadencia. Evidentemente, las dudas se centran en el texto de la Resolución 2249 (2015) como base para las actuaciones de la operación «Determinación inherente» en Siria sin contar con la petición de su gobierno. Esta visión se completa con la realizada por Andrea Cocchini, que ahonda en el mapa de intereses estatales encontrados y su repercusión en la articulación de la res-

puesta internacional contra el EI a través de fórmulas que suponen una dejación de funciones del Consejo de seguridad.

La segunda parte de la obra se dedica a la amenaza que supone el EI a la luz del DI. Se abre con el examen de la acción de la ONU ante el terrorismo yihadista del Daesh y Al-Qaida por Blanc Altemir que lleva a cabo un análisis de la progresiva construcción de la arquitectura institucional de la ONU contra el terrorismo internacional en el que se pone de manifiesto su indudable valor como marco general de referencia, pero también su notable complejidad, a la vez que deficiencias y carencias. A continuación, Bermejo García constata cómo las nuevas tendencias que se han venido forjando en las últimas décadas en relación con el uso de la fuerza contra actores no estatales se confirman en el caso del EI, insistiendo en una de las ideas centrales del libro: la acción militar contra el EI se ha llevado a cabo de forma descentralizada y caótica, ya que los intereses de los Estados intervinientes han estado en muchos casos por encima del objetivo de una derrota inmediata del EI.

Prosigue el análisis realizado por López-Jacoiste sobre la aplicación del DI Humanitario al conflicto armado global y poliédrico que ha supuesto la acción contra el EI, integrado por el conflicto entre Irak y el EI; entre Siria y el EI; y en Irak y Siria entre el EI y los Estados participantes en la Coalición internacional. El análisis realizado conlleva la calificación jurídica de cada uno de estos conflictos, así como la determinación del alcance geográfico del *ius in bello*. Destaca la constatación de la existencia de una serie de obligaciones sustantivas de DI humanitario que el EI debe respetar, aunque no exista una clara ni única fundamentación jurídica al respecto. Tales consideraciones enlazan con el examen que realiza Irigoyen Chávez en relación con la exigencia de responsabilidad penal internacional al IE por los crímenes internacionales cometidos en Siria e Irak,

sin perjuicio de los presuntamente cometidos por otras partes del conflicto. Tras examinar de forma exhaustiva la opción de que fuese la Corte Penal Internacional (CPI) la que se encargase de su sanción, se llega a la conclusión de que las dificultades para la atribución de competencia objetiva a la CPI son tales, que resultaría mucho más oportuno la creación de un Tribunal *ad hoc* por parte del Consejo de Seguridad con jurisdicción limitada a los crímenes internacionales del EI. En este mismo orden de cuestiones, Ortiz Hernández se centra en las cuestiones que suscita la destrucción y saqueo de lugares y de objetos culturales por parte del EI. Partiendo de la necesidad de un planteamiento holístico para asegurar tanto la prevención como la responsabilidad, se examina la protección que ofrece el DI humanitario, junto con los esfuerzos más recientemente llevados a cabo por la UNESCO, a los que se añaden los de la UE y ciertos Estados, en el marco de la llamada diplomacia cultural estatal.

La tercera parte de la obra está dedicada al EI y la UE. En una primera contribución, Piernas López analiza los antecedentes, características y posible impacto en la lucha de la UE contra el EI de la Directiva 2016/681, relativa a la utilización de datos del registro de nombres de los pasajeros (PNR) para la prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de los delitos de terrorismo y de la delincuencia grave. Como el autor apunta, ante las dudas existentes acerca de su impacto, no resulta aún posible determinar la hoja de ruta que se seguirá en su aplicación, especialmente en lo que respecta a su posible extensión a los vuelos interiores. Finalmente, la contribución de Pozo Serrano plantea una serie de reflexiones a la luz de la activación de la cláusula de asistencia mutua del Tratado de Lisboa por el presidente francés tras los atentados terroristas de París de 2015, reivindicados por el EI. Como se señala, tal activación ha servido para poner de manifiesto que se trata de una disposición efectivamente

te operativa y dotada de flexibilidad, pero también ha evidenciado las desventajas de la ausencia de un procedimiento específico para su puesta en marcha.

En suma, estamos ante un libro que permite tomar el pulso a una serie de cuestiones de DI y europeo que se enmarcan en algunos de los debates más relevantes suscitados por la irrupción del EI en la escena internacional y entre las que se incluyen: la propia figura del EI como actor no estatal y las normas que le resultan aplicables en el doble plano del *ius in bello* y la exigencia de responsabilidad penal internacional; la legítima defensa colectiva en relación al uso de la fuerza por coaliciones internacionales sin autorización clara por parte del Consejo de Seguridad ni la petición del Estado

territorial; y la actuación de la UE y sus Estados miembros frente al terrorismo internacional en un contexto de «securitización» de la agenda internacional y europea. En todo caso, como el propio título de la obra indica al preguntarse sobre la lección aprendida y tal como se concluye de las palabras finales de sus directores, más allá de que la derrota del EI solo pueda alcanzarse a través de una respuesta global, su lectura sirve para poner de manifiesto la necesidad de un acercamiento positivo al mundo islámico basado en la cooperación y en la universalidad del DI como única vía posible para impedir que sigan surgiendo grupos similares al EI.

Isabel LIROLA DELGADO

Universidad de Santiago de Compostela
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.71.1.2019.4.09>

MÁRQUEZ CARRASCO, C. y VIVAS TESÓN, I. (eds.), *La implementación de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos por la Unión Europea y sus Estados Miembros*, Pamplona, Aranzadi, 2017, 176 pp.

La obra colectiva de las Profesoras Márquez Carrasco y Vivas Tesón se enmarca en un momento de inflexión en el debate político y legal sobre empresas y derechos humanos (DH). Los Estados y las Organizaciones internacionales comenzaron en 2011 a centrar sus esfuerzos y recursos en alcanzar una implementación efectiva de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos a través de medidas políticas y legales. En 2014, el Consejo de Derechos Humanos aprobó la creación de un Grupo de Trabajo Intergubernamental para la elaboración de un tratado vinculante sobre empresas y derechos humanos. En la actualidad el debate está polarizado, mientras que algunos apoyan la implementación de los Principios Rectores, otros consideran necesario establecer normas vinculantes.

El libro expone el apoyo político a los Principios Rectores en el marco de la UE

y, a su vez, deja entrever su posición reticente al tratado vinculante. El objeto de esta obra colectiva es analizar y discutir la contribución de la UE y de sus Estados miembros a la implementación de los Principios Rectores, tanto en el ámbito de las políticas internas como exteriores. La publicación compila los resultados del trabajo de investigación realizado en el marco del proyecto DER2013-41956-P, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad del Gobierno de España y por Fondos FEDER de la UE.

El libro se estructura sistemáticamente en tres partes diferenciadas que esquematizan la experiencia de la implementación de los elementos clave de los Principios Rectores.

La primera parte expone el compromiso y los avances más relevantes de las instituciones de la UE hacia la implementación de los Principios Rectores. Se examinan diversos instrumentos que

reflejan las medidas políticas y legales contempladas por las instituciones de la UE para la aplicación de los Principios Rectores. Teniendo en cuenta el carácter transnacional de las actividades de las empresas europeas, se hace especial hincapié en la implementación de los Principios Rectores a través de la acción exterior de la UE para promover y coordinar estándares dirigidos a empresas operando en terceros Estados. En este sentido, el Capítulo III contextualiza la implementación de los Principios Rectores en materia de protección de datos. Se realiza, por tanto, una aproximación a las iniciativas y a la normativa europea aplicable en esta materia y su interpretación a la luz a los Principios Rectores para clarificar las obligaciones que pesan sobre las empresas en el tratamiento y traslado de datos personales con el objeto de proteger los DH de los titulares. Los capítulos de la primera parte permiten al lector no solo entender la posición y perspectiva de la UE sobre el tema de empresas y DH, sino también llevar a cabo una evaluación de la estrategia llevada a cabo hasta el momento para avanzar en la práctica de los Principios Rectores.

A nivel nacional, la aplicación de los Principios Rectores se ha concretado mediante la elaboración de Planes Nacionales de Acción (PAN) sobre empresas y derechos humanos. Europa ha liderado a nivel mundial el proceso de elaboración y publicación de dichos planes. La segunda parte de la obra colectiva se enfoca en el estudio crítico del alcance y las aportaciones de los PAN adoptados por los Estados miembros. El análisis comparativo realizado permite identificar las limitaciones y omisiones que tienen en común dichos instrumentos. Se han identificado diversas limitaciones en el análisis reflexivo realizado al PAN de España, concluyendo que a pesar de las omisiones que presenta constituye un avance en la agenda de promoción y defensa de DH frente a la actividad em-

presarial. Asimismo, se examinan los desarrollos legislativos emprendidos en el marco europeo y a nivel interno de los Estados que contribuyen a lograr una mayor transparencia en la cadena de valor, a erradicar el trabajo forzado y a establecer la debida diligencia obligatoria. En conjunto, la segunda parte de la obra ofrece un estudio comparativo del alcance y de los límites de las vías existentes para la implementación de los Principios Rectores: instrumentos políticos e instrumentos legislativos.

Finalmente, la tercera parte se adentra en los mecanismos de remediación para los abusos corporativos. Se profundiza en la experiencia del litigio civil contra empresas transnacionales por violaciones de DH en la UE, incitando a reflexionar sobre diversas propuestas de *lege ferenda* que permitirían reducir los obstáculos legales y procesales para garantizar a las víctimas, incluidas aquellas en terceros Estados, el acceso a la justicia mediante esta vía. Por otro lado, la obra describe la experiencia de los Puntos Nacionales de Contacto (PNC) de la OCDE como unos de los mecanismos extrajudiciales que ofrecen una vía alternativa para reparar a las víctimas de abusos corporativos con mayor tradición. En la UE este mecanismo aún requiere de ajustes y recursos para constituirse como una vía efectiva y confiable para que las víctimas puedan recurrir con mayor frecuencia a los PNC de los Estados miembros.

En definitiva, se trata de una obra que contribuye a profundizar y reflexionar sobre el debate de empresas y DH a nivel europeo mediante la identificación de avances y desafíos a tomar en consideración por los políticos y legisladores. En este sentido, lo más reseñable de la obra es que destaca de manera asertiva el papel crucial de la UE y sus Estados miembros para garantizar el respeto de los DH por las empresas y, sobre todo, el acceso de las víctimas a la justicia. Tampoco puede ser obviado el hecho de que

se trata de una investigación realizada por un grupo de investigadoras que son referentes en este ámbito. Se trata de una lectura altamente recomendable y que, sin lugar a dudas, merece un destacado

reconocimiento para cada una de las editoras y autoras de la obra.

Daniel IGLESIAS MÁRQUEZ
Universidad Rovira i Virgili

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.71.1.2019.4.10>

MARTÍNEZ PÉREZ, E. J., *La tutela ambiental en los sistemas regionales de protección de derechos humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, 157 pp.

La relación entre los derechos humanos y la protección del medio ambiente es una cuestión abierta y de creciente actualidad. En el plano universal la situación se caracteriza, a grandes rasgos, por la ausencia de reconocimiento expreso de un derecho al medio ambiente y por el nombramiento por el Consejo de Derechos Humanos en el año 2012 de un relator especial, J. H. Knox, sobre el medio ambiente y los derechos humanos. Una situación bien diferente existe en el ámbito regional, que es el objeto de estudio de esta obra, cuyo propósito es no «solo examinar cómo los atentados ambientales pueden afectar a los derechos humanos reconocidos convencionalmente, sino también cómo la protección del medio ambiente se puede esgrimir como justificación para restringir el ejercicio de ciertos derechos» (p. 14).

Las relaciones entre los derechos humanos y el medio ambiente pueden concebirse de tres formas: la primera entiende el medio ambiente como una condición previa para el disfrute de los derechos humanos; la segunda concibe los derechos humanos como un instrumento sustantivo y procedimental para proteger el medio ambiente; y la tercera integra ambos alrededor de la noción de desarrollo sostenible. Esta obra se puede situar a caballo de las dos primeras opciones.

La monografía de Martínez Pérez tiene un enfoque analítico que proporciona un trabajo que va mucho más allá de la descripción del Derecho positivo y de la jurisprudencia. El autor selecciona una serie de problemas jurídicos que exami-

na en los tres sistemas regionales de derechos humanos (europeo, americano y africano), sintetiza la jurisprudencia sobre dichas cuestiones, compara, identifica similitudes y diferencias y extrae conclusiones críticas bien argumentadas. Es una obra que refleja un profundo conocimiento de la materia y unas excelentes habilidades como jurista.

La obra está estructurada en seis capítulos. El primero tiene por objeto el examen de la competencia *ratione personae* y *ratione loci* para el acceso a las diferentes instituciones de protección de los derechos humanos en los sistemas regionales. En el primer caso, el autor destaca que ninguno de los mecanismos previstos es adecuado para la protección del medio ambiente en sí mismo en cuanto bien colectivo porque la finalidad de dichos mecanismos es la protección de intereses fundamentalmente individuales. En el segundo caso, la obra demuestra las dificultades prácticas para la aplicación extraterritorial de los tratados de derechos humanos para hacer frente a los daños transfronterizos. No obstante, se puede intuir alguna disminución de estas dificultades tras la opinión consultiva de la CIDH de 15 de noviembre de 2017 en la que ha reconocido la posibilidad de aplicación extraterritorial de la Convención americana de derechos humanos en el caso de daños ambientales transfronterizos al interpretar de forma evolutiva la noción de jurisdicción del art. 1.1 de la Convención (doc. OC-23/17, párrs. 72-82).

El Capítulo II tiene por objeto el análisis de las estrategias generales de

protección del medio ambiente en cada uno de los tres sistemas regionales. En el sistema europeo se ha recurrido a la construcción jurisprudencial de una dimensión ambiental de los derechos humanos; en el sistema interamericano se combina la protección directa y la indirecta; y en el sistema africano se opera por medio del derecho de los pueblos a un medio ambiente sano y saludable.

En el Capítulo III se analiza la dimensión ambiental de aquellos derechos humanos que ofrecen mejores perspectivas de éxito: el derecho a la vida y el derecho a la vida privada y familiar. En cambio, en el Capítulo IV se cambia el enfoque y se examinan diferentes estrategias que suponen restricciones al derecho de propiedad privada por motivos ambientales.

Los dos últimos capítulos se ocupan de la dimensión procedimental del problema. En el Capítulo V se examinan las garantías procedimentales que se derivan de los derechos sustantivos en situaciones de deterioro ambiental: las obligaciones de naturaleza preventiva y el deber de investigar, sancionar y reparar las violaciones del derecho a la vida. El Capítulo VI se ocupa de los derechos procedimentales autónomos en materia ambiental: la libertad de transmitir y recibir información ambiental, en cuyo ejercicio tiene especial importancia el papel de la sociedad civil; el derecho de acceso a la información ambiental; y el derecho de acceso a los tribunales en asuntos ambientales.

Las ideas fundamentales que se defienden en la obra son que, aunque

existe un diálogo jurisprudencial entre los diferentes órganos de los sistemas regionales, «no siempre es posible extrapolar las soluciones hermenéuticas adoptadas de unos ámbitos regionales a otros» (p. 143). Una diferencia significativa es que «las peticiones en forma de *actio popularis* solo son admitidas en el sistema africano» (p. 144). Por el contrario, un rasgo que está presente en todos los sistemas regionales de protección de los derechos humanos es la procedimentalización de los derechos sustantivos enunciados en los textos con el fin de permitir la defensa de los intereses ambientales de los individuos. La conclusión final a la que llega el autor es que «los sistemas regionales de protección de los derechos humanos no están configurados para salvaguardar el medio ambiente *per se*. Pretenden, más bien, la defensa de bienes individuales del entorno y no intereses públicos cuya defensa debe encauzarse a través de mecanismos jurisdiccionales» (pp. 146-147).

En suma, estamos ante una obra que muestra la madurez y la calidad investigadora de Martínez Pérez, en la que destacan el amplio dominio de la jurisprudencia de los órganos regionales de protección de los derechos humanos, el enfoque analítico y las conclusiones extraídas del análisis comparado de tales sistemas regionales.

Ángel J. RODRIGO HERNÁNDEZ

Universitat Pompeu Fabra

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.71.1.2019.4.11>

MARULLO, M. Ch. y ZAMORA CABOT, F. J. (eds.), *Empresas y Derechos Humanos. Temas actuales*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, VI + 418 pp.

La denuncia expresa, con nombres y apellidos, y el ingenio y rigor en la búsqueda de soluciones son el mejor valor de *Empresas y Derechos Humanos. Temas actuales* y que la caracterizan como una obra crítica y valiente. En este empeño

nos encontramos con una lectura en la que se ofrece un abordaje interdisciplinar. Y es que tal y como acertadamente se resalta en su prólogo, el carácter «fluido y poliédrico» de la interacción entre las empresas y los derechos humanos así

lo requiere y conseguirlo es lo que coadyuva a «hacer avanzar el conocimiento en esta materia».

La estructura de esta obra colectiva responde a dos bloques. El primero cuenta con siete contribuciones, destinadas a un enfoque más general en el objetivo de la búsqueda de soluciones, pero sin renunciar a poner en evidencia violaciones concretas. Y el segundo ofrece una casuística y una visión comparada, que concentra en ocho investigaciones.

El primer bloque se inicia con la necesidad de replanteamientos jurídicos en el orden internacional. Tal y como advierten Ignacio Aymerich y Jesús García, precisamos de una interpretación evolutiva de las responsabilidades, ante un cambio de paradigma en el que no son propiamente los Estados sino las corporaciones las que violan los derechos humanos. Antoni Pigrau, en la línea de la exigencia del respeto de los derechos humanos a las empresas para poder operar, nos sumerge con un valor de oportunidad en el debate sobre la compatibilidad entre instrumentos simultáneos; los «Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos», cuyo espíritu planea en otras contribuciones de la obra, y la elaboración de un tratado internacional.

Desde el plano constitucional, Jordi Jaria aporta soluciones para alcanzar una tutela judicial efectiva con la que puedan contar las víctimas de violaciones de derechos humanos por parte de la actividad de empresas españolas en otros países. El autor honestamente manifiesta la necesidad de abordar dichas cuestiones desde la complejidad transnacional. Cuestión tratada por José L. Iriarte, que ataca sin reparos a los defectos y virtudes del Derecho internacional público y privado para actuar contra estas violaciones, focalizando sus esfuerzos en la importancia de los mecanismos de reparación y de prevención. También se ex-

plora por Laura García y Daniel Iglesias, ahora en el ámbito de la protección del medio ambiente, el papel del DIPr para facilitar el acceso a las víctimas a los tribunales de los EM, dificultado por el ámbito de aplicación personal del RBI-bis, corroborando lo ya anunciado por Iriarte, pese a la regla de la ubicuidad que emana del art. 7.2.

Tampoco se escapan los problemas que se plantean en torno a los arbitrajes de inversión y Francisco Pascual trabaja con la propuesta de un tribunal permanente de inversiones. El bloque se cierra con el estudio de Jessica C. Romero y Arianna Sánchez que presentan la dimensión de la responsabilidad social empresarial desde la perspectiva mexicana.

Adentrándonos ya en la segunda parte del libro, Agustín Viguri invita a reflexionar sobre las acciones colectivas en defensa de los derechos humanos en su objeto de vincular la salud de las personas con el medio ambiente. Especial interés suscitan las cuestiones de competencia desde un enfoque comparado. Las consecuencias del caso *Kiobel* y su relación con el *Alien Tort Statute*, como norma creada para asumir la competencia sobre casos de violaciones graves de derechos humanos acontecidos en el extranjero, permiten a M. Chiara Marullo y Francisco J. Zamora ilustrarnos con el debate entre los tribunales federales en cuanto a la aplicabilidad del test *Touch an concern*, del que va a depender el acceso de la víctima a la justicia. De ahí nos vamos a la catástrofe de *Bhopal* y su proyección en litigios medioambientales. En la denuncia a la impunidad de las empresas transnacionales ante las graves lesiones de derechos humanos, José Elías Esteve nos sitúa ante la espinosa cuestión sobre si es posible humanizar la globalización económica. Ello trasladado a las aterradoras cifras de personas que viven como esclavas, presentadas por Alberto Muñoz y Lorena Sales, nos adentran en el examen de las primeras resoluciones judiciales de la californiana

y pionera Ley de 2010 sobre Transparencia en la Cadena de Suministros, y que, sorprendentemente, a través de la casuística analizada, como ocurre en *Barber v. Nestlé*, han provocado que la propia ley haya sido invocada por la empresa violadora para la defensa de sus intereses. Fenómeno contra el que debiéramos reaccionar, concluyen sus autores, en el contexto europeo.

Avanzando en la lectura de las investigaciones, el trabajo de José A. Tomás reflexiona sobre una actividad codificadora de la comunidad internacional respecto al derecho emergente al acceso al agua potable y el saneamiento básico en aras a lograr un reparto equitativo de este bien. Ello enlaza con la investigación de Victoria Camarero y Francisco J. Zamora que atiende al impacto arrollador generado por las actividades de las multinacionales, como ocurre con las empresas extractivas en países en vías de desarrollo o de suministro de agua en países desarrollados. El cambio climático y su afectación a los derechos humanos también es protagonista. Sara Ortiz-Arce analiza casos ante tribunales internacionales y nacionales en la búsqueda de responsabilidades, así como el juego que pueden dar los estándares de conducta en el

deber de vigilancia de las empresas y la contribución de la teoría del «enriquecimiento injusto».

Finalmente, M. Chiara Marullo, M. Ángeles Fernández y M. Jesús Muñoz manifiestan la necesidad de un sistema de gestión empresarial en el que el respeto a los derechos humanos sea una de las claves de la responsabilidad social. La clave está en que este se implemente con seriedad y compromiso en las empresas que son líderes de sus cadenas de suministro. El valor añadido de su investigación es que trabajan con herramientas que generosamente pueden ser tomadas en consideración por estas empresas iniciándose un ciclo de cambios.

En esta senda que ya tiene un sólido y reconocido recorrido por parte de sus autores no podemos dejar de animar a seguir avanzando en nuevos proyectos que permitan fomentar más, si cabe, la interrelación de sus contribuciones. La motivación, bagaje y compromiso de este grupo de investigación nos proporcionará en el futuro, sin lugar a dudas, interesantes abordajes y frentes que atacar.

Diana MARÍN CONSARNAU

Universidad Rovira i Virgili

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.71.1.2019.4.12>

PIERNAS LÓPEZ, J. J., *Respuestas normativas de la Unión Europea a la amenaza del Estado Islámico (DAESH)*, Granada, Comares, 2018, 261 pp.

Con su irrupción, el Estado Islámico (EI) ha pasado a sustituir a Al Qaeda como la principal fuente de amenaza terrorista en Europa. Resulta urgente, por tanto, el hacer una evaluación del carácter y adecuación de la respuesta antiterrorista a esta amenaza y al ordenamiento jurídico existente. En esa evaluación debe de entrar, sin duda, la reacción de la UE, cuya respuesta normativa a los atentados del Estado Islámico de París y Bruselas constituye el tema de análisis de la monografía reseñada en estas líneas.

La obra de Piernas López está estructurada en tres bloques. En el primero, que costa del capítulo inicial, se intenta transmitir al lector un conocimiento somero de los instrumentos que posee la UE en el campo de la lucha antiterrorista. Existe aquí, a mi parecer, un problema menor; el cual es la decisión de tomar noviembre de 2015 (la fecha de los atentados de París) como punto de partida y línea divisoria entre el análisis principal y este capítulo introductorio. Es un problema porque esta división es un tanto artificial, ya que, como el propio autor

demuestra sobradamente en este libro, la UE ya había adoptado anteriormente medidas específicamente destinadas a contener la amenaza del Estado Islámico. Esto hace que se dé un cierto solapamiento con los capítulos venideros. Además nos encontramos aquí un análisis de la dimensión externa de la acción de la UE que quizá hubiese sido mejor trasladarlo a la parte principal de la obra, ya que transcurre en su mayoría dentro, y no antes, del periodo de investigación. En todo caso, el capítulo está basado en un examen riguroso tanto de algunos de los documentos más representativos como de muchas de las principales aportaciones académicas a esta materia.

Una vez que el autor ha proporcionado una base, ya puede permitirse girar el análisis hacia las medidas más recientes surgidas como respuesta a la emergencia y acción del EI. Aquí la monografía se centra con exhaustividad y minuciosidad en la descripción de estas medidas. Y lo hace a través de una estructura general basada en los cuatro pilares de la estrategia anti-terrorista de la Unión. Así, el Capítulo 2 se centra en las políticas de Prevención, básicamente el combate contra la radicalización, incluyendo a través de internet. El Capítulo 3 en las políticas para la Protección de infraestructuras y personas, lo que en criminología denominan como *target hardening*, el fortificar posibles objetivos terroristas con respecto a un ataque potencial. En el Capítulo 4 se trata del pilar de Persecución, es decir, iniciativas que faciliten la acción e investigación policial y de los servicios de inteligencia, sobre todo el fomentar el intercambio de datos entre autoridades de los Estados miembros. Finalmente el Capítulo 5 se centra en la política de Respuesta, cuya acepción a nivel de la Unión se corresponde tradicionalmente con el término más específico de *Response Management*: la gestión de crisis, el tratamiento más inmediato por parte de las autoridades de las consecuencias de un ataque terrorista para

minimizar los daños provocados tanto a sus víctimas como al normal funcionamiento de la sociedad.

Apoyada en esta estructura lógica que dota al análisis de sistematicidad y coherencia, la calidad de la investigación es, sin duda, elevada. Los distintos mecanismos son descritos con claridad, su relevancia explicada con exactitud y los aspectos más importantes asociados a la respuesta normativa son detallados con ejemplar precisión. Me gustaría resaltar en particular el excelente análisis crítico y profundo de la Directiva de 2017 de lucha contra el terrorismo, en el que se señala con mucho acierto su defecto principal: su ambigüedad en ciertos aspectos, lo que podría llevar a la problemática tipificación como delito de conductas sin intención criminal alguna. Dicha debilidad cobra especial importancia si consideramos que esta es una herramienta central en la política antiterrorista de la UE.

En todo caso, y aparte del estudio detallado de las medidas, el valor añadido de la presente investigación reside sobre todo en su capacidad para identificar ciertas pautas en la respuesta normativa que requieren de especial atención. Así, Piernas López argumenta persuasivamente que el renovado énfasis en la represión penal puede desincentivar la participación de importantes agentes (como trabajadores sociales o familiares) en las políticas de des-radicalización y prevención. Critica asimismo la apresurada —en parte— reacción legislativa a los atentados de París y Bruselas que queda demostrada por el hecho de que en algunas de las iniciativas de la Comisión han faltado informes de impacto. Esto ha llevado en ocasiones al rechazo de ciertas medidas (p. ej., la Directiva PNR) por parte de otros actores de la Unión (como el Parlamento), organizaciones preocupadas por la protección de los derechos fundamentales o incluso de Estados miembros dentro del Consejo, molestos por el impacto negativo, la carga admi-

nistrativa y/o los costos derivados. Por otro lado, la mayor presión de la opinión pública resultante de estos atentados ha llevado también a la aceleración de reformas trabajadas durante años, como la propuesta de Reglamento de Europol, que pueden contribuir de manera efectiva a mejorar el intercambio de información. Estas y otras interesantes reflexiones se detallan en las conclusiones que se presentan en forma de capítulo final en la tercera parte de la obra.

En resumen, este estudio representa una excelente introducción al tema gra-

cias a la visión panorámica global que proporciona. Dejando aparte el ligero problema de enfoque ya mencionado, la valoración solo puede ser positiva: esta es una obra interesante y equilibrada, muy bien documentada y que a través de un hilo conductor claro nos presenta las claves más importantes de la reacción de Bruselas a la más reciente amenaza terrorista.

Javier ARGOMANIZ

University of St. Andrews (Reino Unido)
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.71.1.2019.4.13>

RODRÍGUEZ PRIETO, V., *La actuación normativa de la Unión Europea en la Asociación Oriental. Los casos de Georgia y Moldavia (2009-2018)*, Madrid, AEPDIRI y Marcial Pons, 2018, 284 pp.

Esta monografía analiza, desde el punto de vista de las Relaciones Internacionales, los resultados de la Política Europea de Vecindad (PEV) de la Unión Europea, especialmente en la dimensión multilateral de la Asociación Oriental, aplicados a dos casos de estudio, Georgia y Moldavia. Este enfoque supone una valiosa aportación por su carácter empírico, ya que son numerosos los trabajos que analizan el diseño de la política común europea hacia los vecinos, pero son pocos los que intentan un balance de la misma, testando la eficacia, esto es, evaluando si los objetivos de la política han sido alcanzados, ya sea plena o parcialmente.

Esta obra, por tanto, ofrece nuevas claves para el conocimiento de la política exterior europea de estabilización del entorno próximo en el largo plazo. Reflexionar sobre la eficacia y viabilidad de la PEV es una prioridad en nuestros días, dado el entorno de seguridad cada vez más complejo que rodea a la UE, con una Rusia asertiva en el Este y con conflictos y Estados inestables en el Sur.

El valor de este trabajo queda demostrado por el hecho de que es la adaptación de una tesis doctoral que ha recibido un

amplio reconocimiento, con distinciones como el Premio Extraordinario de Doctorado, y que ha sido merecedora del II Premio «Antonio Truyol y Serra» de la AEPDIRI a la Mejor Tesis Doctoral en Relaciones Internacionales. La publicación aquí comentada toma lo sustancial de la investigación de la tesis, transformándola para presentar una obra científica coherente y de fácil y amena lectura, actualizada para cubrir la evolución y aplicación de las políticas europeas hasta el año 2018.

La autora parte del marco teórico desarrollado por Ian Manners de que la UE es una potencia normativa, sosteniendo que, a través de su política exterior, promueve valores y se convierte en un vector transformador del modelo político de los terceros Estados con los que se relaciona. Se propone comprobar si la PEV y la Asociación Oriental son políticas normativas a través del análisis de dos estudios de caso, Georgia y Moldavia.

Con esta finalidad realiza un sólido análisis del fundamento y de la aplicación de la PEV, del valor añadido que supone su profundización como Asociación Oriental, estudiando las diferentes estructuras y dinámicas de este marco

de diferenciación en la vecindad, las bilaterales, las multilaterales, las institucionales y las que vinculan también a la sociedad civil. Ha incorporado además el análisis de la profundización de los instrumentos políticos con que cuenta la UE a través de la vigencia del Tratado de Lisboa y de la aprobación de la Estrategia Global de Seguridad de la UE y sus implicaciones para esta política central para los desafíos que tenemos ante nosotros los europeos.

Su aportación reside en analizar la contribución de estos diferentes marcos a la transformación de Georgia y Moldavia, estudio fundamentado en un buen número de entrevistas con actores políticos locales y europeos, además de los diferentes documentos de evaluación producidos por las instituciones europeas. Las conclusiones que presenta la autora son, en buena medida innovadoras, ya que demuestra que en los dos casos de estudio se ha producido un acercamiento de estos países al modelo europeo, especialmente en lo relativo a la democratización de sus sistemas políticos como en una mejora en el respeto de los derechos humanos, si bien de manera asimétrica. Sostiene que dos han sido las herramientas clave: la socialización, consecuencia de la institucionalización de la relación política, y los incentivos de la política, entre los que se encuentra la financiación y la posibilidad de acceder a beneficios en la relación bilateral.

Es especialmente reseñable la conclusión de la autora de que los actores locales en estos Estados han reaccionado a las propuestas de la UE aceptándolas y haciéndolas suyas demostrando que el modelo europeo tiene un considerable poder de atracción, que ha resistido incluso a los infaustos años de la gran crisis. La transformación y estabilización se ha producido desde dos puntos de vista: por una parte, han incorporado efectiva-

mente estándares y normas europeas a sus modelos políticos para cumplir con los objetivos planteados y, por la otra, se constata un acercamiento tanto de Georgia como de Moldavia a la UE a través de la creciente participación en políticas europeas, lo que implica una absorción del «*acquis communautaire*» y de los procedimientos y prácticas políticas europeas de manera indirecta.

Se constata en estos dos países socios la eficacia de aquel modelo de vecindad resumido en «todo menos las instituciones», del poder de atracción de la UE que plantea un cambio de normas a sus socios que son acogidas e implementadas por estos. Con sus conclusiones la Doctora Rodríguez Prieto demuestra fehacientemente que en los casos estudiados la UE se comporta como una potencia normativa, ratificando la tesis de Manners, habiendo encontrado instrumentos en su PEV para promover con éxito la transformación y estabilización de estos países.

No obstante, matiza que no todos los ejemplos son historias de éxito, sino que existen limitaciones en ese poder transformador como ha sido la incapacidad de moderar el conflicto en casos como el de Abjasia u Osetia del Sur o de contrarrestar la parálisis en las reformas que está sufriendo Moldavia en el último año. Esta obra, por tanto, lejos de ser conclusiva, abre una agenda de investigación que podría extenderse a los otros destinatarios de la Vecindad Este para comprobar qué tienen en común y qué diferencia de estos casos de éxito y tratar de entender las causas por las cuales en otros contextos la PEV no produce los resultados esperados.

Mercedes GUINEA LLORENTE

Universidad Complutense de Madrid
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.71.1.2019.4.14>

TORROJA MATEU, H. (ed.), *Public International Law and Human Rights Violations by Private Military and Security Companies*, Springer, 2017, 170 pp.

El Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas decidió establecer un nuevo Grupo de trabajo intergubernamental «encargado de elaborar el contenido de un marco normativo internacional» con el que proteger los derechos humanos de las posibles violaciones que puedan cometer las empresas militares y de seguridad privada (en adelante: EMSP) en el ejercicio de su actividad. Este nuevo Grupo de trabajo intergubernamental previsto en la Resolución de 28 de septiembre de 2017 (A/HRC/RES/36/11), sucede al creado por el mismo órgano y con la misma finalidad en la Resolución de 1 de octubre de 2010 (A/HRC/RES/15/26). En esta primera ocasión, el mandato del Consejo de Derechos Humanos incluyó «la posibilidad de elaborar un instrumento jurídicamente vinculante». Sin embargo, en el nuevo encargo no se contempla esta opción, dejando que el Grupo de trabajo recién constituido cumpla con su cometido de concretar «el contenido de un marco normativo internacional» sin necesidad —según figura expresamente en el texto de la Resolución— de «prejuiciar su naturaleza». Esta renuncia implica que, casi una década después de que se plantease la oportunidad de elaborar un tratado internacional en la materia, acabe aceptándose la posibilidad de que este no vea la luz. ¿Qué ha sucedido desde entonces?

Torroja Mateu, Profesora de la Universitat de Barcelona, ha colaborado estrecha y activamente con el Grupo de trabajo desde su constitución y acaudala un cualificado y amplio conocimiento de los problemas que suscitan las actividades de las EMSP. Fruto de su dedicación y competencia en el tratamiento de los mismos es la obra que tengo el placer de recensionar en estas páginas. Junto a su contribución al trabajo colectivo, al que ha sumado su labor de edición, se

adicionan la aportación de reputados expertos comprometidos con el estudio de este fenómeno. Los contenidos del libro tratan de responder a tres preguntas que la editora formula en sus palabras introductorias; a saber: las actividades de las EMSP, ¿afectan a los derechos humanos?, ¿su regulación jurídica es adecuada?, y ¿es factible el establecimiento de unos principios jurídicos mínimos? Los dos trabajos destinados a responder a la primera de las cuestiones no dejan lugar a dudas; el impacto resulta indiscutible (DAZA, F., *Delimitation and presence of PMSCs: impact on human rights*), especialmente en aquellos espacios estatales en los que el poder gubernamental se ha desintegrado, como es el caso de Afganistán y Siria a los que se dedica un capítulo específico (LABORIE, M., *Afganistan and Syria: Nonstate actors and their negative impact on human security*). Con respecto a la segunda cuestión, la contestación ya no es tan tajante. Aunque la conveniencia de regular las actividades de las EMSP constituye una opinión unánime (GÓMEZ DEL PRADO, J. L., *The ineffectiveness of the current definition of a «mercenary» in International humanitarian and criminal law*; LÓPEZ, C., *Private military and security companies and human rights*; DEWINTER-SCHMITT, R., *International soft law initiatives: the opportunities and limitations of the Montreaux document, ICoC, and security operations management system standards*), esta unicidad se divide entre los partidarios de una regulación jurídica; en concreto, a través de un instrumento convencional, y aquellos que consideran que una regulación programática basada en compromisos de *soft law*, sería suficiente. Precisamente, la última de las tres contribuciones que acabamos de citar apunta en esa dirección. Ante esta disyuntiva, una tercera pregunta se hace necesaria. Dada la diferente aproximación a la

cuestión de la regulación de las actividades de las EMSP, ¿sería posible acordar unos principios jurídicos mínimos? Esta es la apuesta que la editora mantiene en su contribución personal al trabajo colectivo (TORROJA MATEU, H., *Ideas on the international minimum standard for the privatization, export, and import of armed coercion*), convencida, quizá, de que la gestación de un instrumento internacional vinculante —un tratado internacional que regule las actividades de las EMSP— constituye una panacea, a la vista de los intereses solapados de algunos y la despreocupación evidenciada por muchos.

El encargo al nuevo Grupo constituye la confirmación institucional de que «un instrumento jurídico vinculante» parece improbable aunque no imposible. Por este motivo, conviene barajar otras posibilidades. La obra, de la mano de su editora, concluye con una propuesta alentadora que no llega a ser idealista; conciliadora pero que no deja de ser pragmática: el consenso sobre unos principios mínimos jurídicos que sean,

a su vez, proclamados por un órgano que les otorgue legitimidad aunque no tenga capacidad de imponerlos/exigirlos: la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Cualquiera que sea la solución futura, casi todos coincidimos en una necesidad insoslayable con la que se remata esta obra colectiva de consulta muy recomendable (obligada para los concernidos por la problemática abordada en la misma): solo la presión de un movimiento coordinado de activistas, especialistas, líderes y agentes estatales pueden evitar la expansión de un fenómeno que considerábamos superado: la fuerza armada en manos privadas. Precisamente la publicación de este libro, que ha contado con apoyo institucional-público, busca demostrar esta urgencia. Así lo prueba el hecho de que, a fin de llegar a la mayor audiencia posible, se haya editado en inglés.

José Manuel SÁNCHEZ PATRÓN
Universitat de València

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.71.1.2019.4.15>

URBANEJA CILLÁN, J., *La ordenación internacional y europea de las entidades de crédito. La Unión Bancaria*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, 430 pp.

La monografía que se reseña tiene un objeto muy ambicioso que consiste en abordar la ordenación internacional de las entidades de crédito y examinar cómo esta se ha implementado en la UE. Como expresa el autor, el trabajo «se centra en la ordenación pública de las entidades de crédito, cómo esta ha adquirido un carácter internacional y los profundos cambios originados a raíz de la crisis financiera; en especial, las modificaciones acordadas en la UE y en el marco de la Unión Económica y Monetaria (UEM)». No cabe duda de que tras las consecuencias derivadas de estos años tan problemáticos, este tema ha adquirido una vigencia y actualidad inquestionable.

La monografía está estructurada en dos partes con un capítulo intermedio que actúa a modo de bisagra para darle coherencia y unidad a la investigación. La primera parte, constituida por los dos capítulos iniciales tiene un carácter introductorio. En el Capítulo I se presentan los elementos que se consideran esenciales del régimen financiero internacional actual, prestando especial atención a las particularidades que definen a la actividad bancaria. Asimismo, nos indica cuáles son los instrumentos y la operativa seguida por algunos agentes económicos que ayudaron a que se asumiera un riesgo excesivo que ha sido el causante, en buena medida, de las dificultades padecidas. En este mismo capítulo se analiza

la organización del sistema financiero, los rasgos característicos que lo definen y sus instrumentos normativos de vigilancia más representativos, señalando las limitaciones más significativas que dificultan su ordenación y verificación. En el segundo capítulo el Profesor Urbaneja examina la regulación pública de la actividad económica en general y de las entidades de crédito en particular, así como la progresiva necesidad de internacionalizar y de garantizar este control de forma efectiva.

En el tercer capítulo el autor examina las respuestas a la crisis desde el Derecho internacional, centrándose en la labor desarrollada por el G-20 y las actuaciones adoptadas por la UE, dedicando especial atención a los instrumentos de asistencia económica que, con diversa naturaleza jurídica, fueron diseñados por las instituciones comunitarias y sus Estados miembros. En efecto, la profundidad de las dificultades ha comportado la necesidad de alterar profundamente los pilares que reglamentan la ordenación pública de estos sujetos. Uno de los problemas que se plantea consiste en la existencia de una marcada dicotomía entre una comunidad de alcance mundial con una ordenación, eminentemente nacional, de las entidades de crédito. La fractura ocasionada por la crisis financiera iniciada en el año 2007, y cuyo icono referencial se produjo con la quiebra del banco de inversiones Lehman Brothers, en septiembre de 2008, indica el «punto de no retorno» que obliga a reflexionar y modificar estructuralmente los modelos de control e inspección del conglomerado bancario internacional cuya ineficacia quedó patente al ser incapaz de hacer frente a la situación. Ello ha dado lugar a la adopción de modificaciones y revisiones de los criterios adoptados por las instancias internacionales que, de alguna manera, son recogidas y desarrolladas en el seno de la UE.

La segunda parte de la monografía se concentra en el análisis de las medidas

de regulación y supervisión prudencial de las entidades de crédito y se profundiza en el examen de los diferentes elementos que comprenden la Unión Bancaria dentro de la UE. Efectivamente, en el Capítulo IV se detallan los trabajos del Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, adscrito al Banco de Pagos Internacionales, y su configuración como un foro informal de cooperación internacional en esta materia. En especial, se analizan la evolución y reforma de sus estándares durante el transcurso del tiempo y su naturaleza de *soft law*. Focalizándose, como es lógico, en los denominados Acuerdos de Basilea III. A continuación se examina, con exhaustividad, la implementación de estos estándares en el seno de la Unión Bancaria, mediante el denominado código normativo único, integrado por la Directiva 2013/36 y el Reglamento 575/2013, que disciplina los requisitos de capital y las condiciones de supervisión prudencial que deben satisfacer las sociedades de crédito y las empresas de inversión.

El Capítulo V se dedica a analizar el desarrollo progresivo de los métodos de supervisión de las entidades financieras en la UE. Para ello, y tras un apartado donde se introducen el concepto y los diferentes modelos de fiscalización, el autor se adentra en los orígenes y las razones de la fiscalización a nivel de la UE e indaga en los mecanismos previstos por la normativa comunitaria. Su examen incide tanto en la fiscalización macroprudencial, que requiere examinar las interacciones que se establecen entre las instituciones, los mercados financieros y la economía real, como en la microprudencial, centrada en garantizar la solvencia de cada agente individualmente considerado. Finaliza el apartado realizando un análisis de los aspectos más relevante del Mecanismo Único de Supervisión. El último capítulo se dedica al análisis de los mecanismos e instrumentos dirigidos a abordar preventivamente las posibles causas que originan las crisis bancarias y

minimizar las consecuencias para el contribuyente en caso de insolvencia.

En definitiva, se trata de una monografía que nos ofrece una panorámica de las reacciones y soluciones propuestas desde instancias internacionales para que el sistema financiero pudiera recuperarse de su profunda crisis iniciada durante la primera década de este siglo y prevenir, o al menos reducir, las consecuencias de futuros trances. Y cómo

estos mecanismos se han incorporado y adaptado a la UE. Cabe felicitar al Profesor Jorge Urbaneja por la elaboración de esta monografía que ofrece al lector un análisis pormenorizado de un tema poliédrico que se encuentra en permanente evolución y sujeto a cambios constantes.

Andreu OLESTI RAYO

Universidad de Barcelona

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.71.1.2019.4.16>

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/>.

