





REVISTA ESPAÑOLA  
DE  
DERECHO INTERNACIONAL



REVISTA ESPAÑOLA  
DE  
DERECHO  
INTERNACIONAL

VOLUMEN 68  
2016, NÚM. 1  
ENERO-JUNIO

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE PROFESORES DE DERECHO INTERNACIONAL  
Y RELACIONES INTERNACIONALES

MARCIAL PONS

MADRID-2016

La Revista Española de Derecho Internacional (REDI) está recogida e indexada en ANEP, CARHUS PLUS+, Dialnet, DICE, Google Scholar, IFLP, IN-RECJ (1994-2009), IPSA, ISOC, Latindex, PIO, RAS, RESH, Sumaris, CBUC, Ulrichs y vLex.

© ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE PROFESORES DE DERECHO INTERNACIONAL  
Y RELACIONES INTERNACIONALES

© MARCIAL PONS  
EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.  
San Sotero, 6 - 28037 MADRID  
☎ (91) 304 33 03  
[www.marcialpons.es](http://www.marcialpons.es)

ISSN: 0034-9380

E-ISSN: 2387-1253

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

Depósito legal: M. 520-1958

Fotocomposición: JOSUR TRATAMIENTO DE TEXTOS, S. L.

Impresión: ARTES GRÁFICAS HUERTAS, S. A.

C/ Antonio Gaudí, 15

Polígono Industrial El Palomo - 28946 Fuenlabrada (Madrid)  
MADRID, 2016

# REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO INTERNACIONAL

## DIRECTORA

Araceli MANGAS MARTÍN  
Universidad Complutense de Madrid

## CONSEJO DE REDACCIÓN

José Luis DE CASTRO Universidad del País Vasco	LUIS M. HINOJOSA MARTÍNEZ Universidad de Granada
Manuel DESANTES REAL Universidad de Alicante	Irene RODRÍGUEZ MANZANO Universidad de Santiago de Compostela
Carlos ESPÓSITO MASSICCI Universidad Autónoma de Madrid	José Manuel SOBRINO HEREDIA Universidad de A Coruña
Federico GARAU Universidad de las Islas Baleares	Blanca VILA COSTA Universidad Autónoma de Barcelona

## CONSEJO ASESOR

Paz ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA Universidad de Oviedo	Fausto POCAR Universidad de Milán
Celestino DEL ARENAL MOYÚA Universidad Complutense de Madrid	Antonio REMIRO BROTONS Universidad Autónoma de Madrid
Antonio A. CANÇADO TRINDADE Universidad de Brasilia	Gil Carlos RODRÍGUEZ IGLESIAS Universidad Complutense de Madrid
José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS Universidad Complutense de Madrid	Linda SILBERMAN New York University
José Antonio PASTOR RIDRUEJO Universidad Complutense de Madrid	Christian TOMUSCHAT Humboldt Universität
Elisa PÉREZ VERA Universidad Nacional de Educación a Distancia	Tullio R. TREVES Universidad de Milán

## SECRETARÍA DE LA REVISTA

Marta REQUEJO ISIDRO  
Universidad de Santiago de Compostela

### *Redactores*

Mercedes Guinea - Patricia Orejudo - Francisco Pascual

### Suscripciones

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

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.

Las líneas editoriales de la *Revista* e instrucciones relativas al envío de trabajos se encuentran al final de la *Revista*, en castellano, inglés y francés.

*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 work 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.*

*The editorial lines of the Journal and the instructions for submitting papers may be consulted at the end of this issue in Spanish, English and French.*

L'origine de la *Revue Espagnole de Droit International (REDI)* remonte à 1948. Aujourd'hui la *Revue* comprend plus d'une centaine de numéros, un nouvel numéro étant publié tous les six mois.

La propriété et la décision sur les directives générales à propos du contenu et de la qualité scientifique de la *Revue* correspondent à l'Association espagnole de professeurs de droit international et de relations internationales. La nature multidisciplinaire de l'Association est reflétée dans la *Revue*, où des contributions en matière de droit international public, de droit international privé et de relations internationales trouvent leur place dans des conditions d'égalité.

La *REDI* jouit d'une réputation scientifique remarquable due aux apports académiques et professionnels de tous ceux qui ont y publié et qui y travaillent depuis plus de six décennies. Des experts nationaux et étrangers, en provenance en particulier de la Communauté ibéro-américaine et de l'Union européenne, sont invités à publier dans la *REDI*. Les seuls critères d'admissibilité sont l'intérêt, l'élaboration adéquate et la qualité scientifique de leur proposition. En tout cas les contributions seront originales et inédites.

Les lignes éditoriales de la *Revue* ainsi que les règles pour la présentation des travaux peuvent être consultées à la fin de ce numéro en espagnol, anglais et français.

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

## SUMARIO/CONTENTS/SOMMAIRE

	Pág.
Editorial. Presentación de una nueva etapa 2016-2019.....	13
<b>I. ESTUDIOS/STUDIES/ÉTUDES</b>	
ABRISKETA URIARTE, J., <i>Al Bashir: ¿excepción a la inmunidad del jefe de Estado de Sudán y cooperación con la Corte Penal Internacional?</i> .....	19
— Al Bashir: exception to immunity of the Sudanese head of State and cooperation with the International Criminal Court?	
— Al Bashir: exception à l'immunité du chef de l'État Soudanais et coopération avec la Cour Pénale Internationale?	
JANER TORRENS, J. D., <i>Política europea de control de las exportaciones de armas convencionales y seguridad humana: mecanismos para fomentar el respeto de los derechos humanos</i> .....	49
— European policy of control of exports of conventional arms and human security: mechanisms to promote respect for human rights	
— Politique européenne de contrôle des exportations des armes conventionnelles et sécurité humaine: mécanismes pour promouvoir le respect des droits humains	
<b>II. FORO</b>	
FERRER LLORET, J., <i>La Ley Orgánica 16/2015 sobre inmunidades: ¿aporta una mayor seguridad jurídica a los operadores del Derecho? Una valoración provisional</i> .....	73

	Pág.
GONZÁLEZ VEGA, J. A., <i>Inmunidades, Derecho internacional y tutela judicial en la Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre inmunidades, ¿juego de espejos en el callejón del Gato?</i> .....	85
DE MIGUEL ASENSIO, P. A., <i>Coordinación de la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil con la legislación especial</i> .....	99
GARDEÑES SANTIAGO, M., <i>Procedimientos paralelos en España y en el extranjero: el Título IV de la Ley 29/2015 (arts. 37 a 40)</i> .....	109

### III. JURISPRUDENCIA/CASE LAW/JURISPRUDENCE

A) <i>Jurisprudencia española en materia de Derecho internacional público</i> .....	121
Spanish Case Law in Matters of Public International Law Jurisprudence espagnole en matière de Droit international public	
B) <i>Jurisprudencia española y europea de Derecho internacional privado</i> .....	165
Spanish and European Case Law of Private International Law Jurisprudence espagnole et européenne de Droit international privé	

### IV. INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN/INFORMATION AND DOCUMENTATION/INFORMATION ET DOCUMENTATION

A) <i>Derecho internacional público</i> .....	219
Public International Law Droit international public	
1. <i>Plataforma continental ampliada al oeste de las Islas Canarias: presentación española ante la comisión de límites de la plataforma continental</i> , por José Martín y Pérez de Nanclares.....	219
2. <i>El informe de la Fiscalía del Tribunal Penal Internacional sobre la situación en Honduras: la inquietante conclusión del examen preliminar</i> , por José Elías Esteve Moltó .....	226
3. <i>Bombardeos en Siria e Iraq: la aparición de nuevos componentes normativos para la licitud o ilicitud del uso de la fuerza en el orden internacional</i> , por Elena C. Díaz Galán .....	231
4. <i>Delimitaciones marítimas y territoriales en el Ártico: desarrollo y tendencias</i> , por Elena Conde Pérez.....	235
5. <i>La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Vasiliauskas c. Lituania [gs]: el grupo protegido en el crimen de genocidio y su lesión en el marco del art. 7 del Convenio europeo para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales</i> , por Javier Chinchón Álvarez .....	239
6. <i>La crisis migratoria y la reinstauración de los controles de las fronteras interiores en el espacio Schengen</i> , por Andreu Olesti Rayo.....	243

	Pág.
B) <i>Derecho internacional privado</i> .....	249
Private International Law	
Droit international privé	
25. <sup>a</sup> <i>Reunión del Grupo Europeo de Derecho Internacional Privado (Luxemburgo, 18 a 20 de septiembre de 2015)</i> , por Alegría Borrás y Francisco J. Garcimartín.....	249
V. BIBLIOGRAFÍA/BIBLIOGRAPHY/BIBLIOGRAPHIE	
A) <i>Recensiones</i> .....	255
Book reviews	
Recensions	
IBÁÑEZ MUÑOZ, J. y SÁNCHEZ AVILÉS, C. (dirs.), <i>Mercados ilegales y violencia armada. Los vínculos entre la criminalidad organizada y la conflictividad internacional</i> , por Carlos Teijo García .....	255
MÉNDEZ SILVA, R., <i>El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y los casos de Afganistán e Irak</i> , por M. <sup>a</sup> Ángeles Ruiz Colomé .....	257
ORIHUELA CALATAYUD, E., <i>Las víctimas y la Corte Penal Internacional. Análisis de la participación de las víctimas ante la Corte</i> , por Francisco Jiménez García.....	260
PONS RAFOLS, X., <i>Cataluña: Derecho a decidir y Derecho internacional</i> , por Paz Andrés Sáenz de Santa María.....	262
YTURRIAGA BARBERÁN, J. A., <i>Los órganos del Estado para las relaciones exteriores. Compendio de Derecho Diplomático y Consular</i> , por Rubén Carnerero Castilla .....	266





## EDITORIAL

### PRESENTACIÓN DE UNA NUEVA ETAPA 2016-2019

La *Revista Española de Derecho Internacional (REDI)* es el mejor patrimonio que hemos recibido de generaciones de internacionalistas que nos precedieron desde su fundación en 1948. Durante casi setenta años los equipos de Dirección, los miembros del Consejo de Redacción y los redactores se esforzaron con su generoso quehacer de gestión científica por mejorar la calidad de la *REDI* y dejarnos el mejor instrumento de expresión del colectivo internacionalista español. A esa calidad contribuyó de forma esencial el conjunto de profesores de Derecho internacional público, Derecho internacional privado y Relaciones internacionales al entregarle los mejores resultados de sus investigaciones. Reconocemos el pasado del que partimos y agradecemos a tantos colegas sus esfuerzos al que nos sumamos el nuevo equipo de Dirección y Consejo de Redacción elegido por la *Asociación de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales (AEPDIRI)*.

La *REDI*, en su calidad de Revista de Asociación, debe expresar la heterogeneidad y representatividad de nuestra comunidad científica, siendo así uno de los instrumentos más eficaces para colaborar en la reflexión de los problemas más acuciantes que plantean nuestras disciplinas en la actualidad, y para contribuir a la mejora de las oportunidades científicas individuales y colectivas. Las revistas de Asociaciones científicas, como la nuestra, en la línea de las mejores revistas internacionalistas del mundo, representan la activa «comunidad profesional» de profesores de un sistema universitario nacional y, sin embargo, también asocian en su actividad de análisis a los mejores estudiosos europeos, latinoamericanos y extranjeros y, además, a altos funcionarios nacionales e internacionales.

La apertura de la *REDI* a todos solo debe tener una doble condición: la calidad científica de las contribuciones y la temática propia de los estudios internacionales en el sentido de aportación a la reflexión en torno a cuestiones actuales de nuestras disciplinas.



Cuidar la calidad científica de la *REDI* es tarea de todos y a todos nos beneficia. Los diversos Organismos que evalúan la investigación se fijan en el valor científico de las revistas a partir del impacto de los artículos, pues se presume que la comunidad científica organizada tiene sus propios filtros de calidad de manera imparcial y objetiva. Valoran la dificultad intrínseca de publicar en revistas que, de forma transparente y objetiva, tienen como criterio publicar lo mejor; esto es, los trabajos que aportan conocimiento; cuando son trabajos novedosos, creativos, hacen un buen uso de la metodología, se hacen aportaciones razonables a la solución de problemas de la sociedad y de los Estados en las relaciones internacionales, en definitiva, cuando no son mera acumulación de datos o análisis repetidos. Cuando se descuidan los criterios, toda revista baja su impacto y se perjudica a cada profesor cuando es evaluado.

Una amplia mayoría somos conscientes de que nuestra Revista debe acomodarse a los tiempos. Los tiempos han cambiado y la *REDI* no suficientemente. El actual Consejo de Redacción ha identificado los cambios necesarios y ha perfeccionado un proyecto y calendario para los próximos cuatro años. Aportamos una renovación importante de contenidos y estructura de la *REDI*. Queremos incentivar el apoyo y la implicación de los asociados y lectores que aporten una suficiente masa crítica apoyando el nuevo proyecto con sus trabajos científicos de calidad.

Este número del primer semestre es de transición, al haber asumido el relevo de la dirección y gestión en enero de 2016 y su contenido responde en parte a la estructura tradicional de contenidos, si bien nos atrevemos a iniciar parcialmente las novedades.

## I. DE ESTRUCTURA

La *Revista Española de Derecho Internacional* tendrá la siguiente estructura:

1. *Editorial*. La *REDI* se abrirá con un breve «Editorial» que a partir de 2016-2 correrá habitualmente a cargo de firmas invitadas.
2. La tradicional sección de *Estudios* será la sección fija en cada número. Invitamos a todos los autores internacionalistas, españoles y extranjeros, en especial latinoamericanos y europeos, de las tres áreas, a contribuir de cara al número siguiente, siguiendo las líneas editoriales marcadas por el Consejo de Redacción que para este año 2016 serán:

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

- Instrumentos jurídicos internacionales en la lucha contra el terrorismo.
- El Derecho internacional humanitario ante los desafíos que plantean los actores no estatales.
- Ciberseguridad y derechos humanos.

- Refugiados y Derecho internacional.
- La nueva generación de acuerdos internacionales sobre inversiones. El desafío del TTIP para el Derecho europeo e internacional.
- La aplicación del Derecho internacional del medioambiente. El cambio climático y el Derecho internacional tras el acuerdo de París.
- La diplomacia en la era de *Wikileaks*: transformaciones, riesgos, consecuencias.
- El nuevo tablero geopolítico en Oriente Medio: rivalidad Irán, Arabia Saudí, Turquía.
- Elecciones presidenciales en Estados Unidos y consecuencias para su política exterior.
- Implementación de la Agenda 2030 sobre desarrollo sostenible.

## B) **Ámbito del Derecho internacional privado**

— Estudios relativos a las novedades legislativas recientes o aspectos específicos de las mismas, tanto a nivel interno como de la UE o de otros foros, en particular: Reglamento 1215/2012, sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución en materia civil y mercantil; Reglamento 650/2012, sobre sucesiones; Reglamento 606/2013, sobre reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil; Reglamento 655/2014, sobre preservación de cuentas bancarias; Reglamento 2015/848, sobre procedimientos de insolvencia; Ley 15/2015, de jurisdicción voluntaria; Ley 29/2015, de cooperación jurídica internacional; Convenio de La Haya sobre cláusulas de elección de foro. Responden a esta línea editorial los trabajos que realicen un seguimiento de la interpretación y aplicación de estos textos (jurisprudencia del TJUE, práctica nacional y comparada tanto judicial como de registros y notarial), así como de las relaciones entre ellos (por ejemplo, Reglamento 1215/2012 y Acuerdo TUP; Reglamento de insolvencia y Ley concursal y sus reformas) o con otra normativa (por ejemplo, Reglamento 606/2013 y Directiva 2012/29/UE).

— Estudios relativos a áreas temáticas no específicas con trascendencia en las relaciones transfronterizas, en particular: protección de consumidores, protección de datos, propiedad intelectual e industrial, Derecho de la competencia y acciones privadas, Derecho de las nuevas tecnologías.

Estas líneas se harán públicas en la web de la *REDI* anualmente ([www.revista-redi.es](http://www.revista-redi.es)), junto a sus normas ineludibles de estilo, y se revisarán periódicamente para cada número.

La *REDI* seguirá, en todo caso, abierta a recibir estudios propuestos por la libre iniciativa investigadora de los autores, si bien dará preferencia a las líneas editoriales sugeridas.

3. *Foro*. Varios enfoques en un debate sobre un mismo tema de actualidad abierto a las tres perspectivas internacionalistas (normas de estilo en [www.revista-redi.es](http://www.revista-redi.es)). Nos estrenamos con ilusión en este núm. 1-2016 con la

rápida aceptación de varios colegas generosos que han aceptado la confrontación científica.

4. *Bibliografía*. Reseña de libros españoles y extranjeros (conforme a normas de estilo en [www.revista-redi.es](http://www.revista-redi.es)).

## II. SECCIONES QUE DESAPARECEN

Ya no habrá en este número las «Notas». Lo que importa es la calidad de los trabajos (para *Estudios* o para el *Foro*, eventualmente el *Editorial*) y no su extensión.

Desaparecerá a partir del próximo núm. 2016-1 la clásica Sección de *Crónica de Jurisprudencia*. Cumplió un papel científico e informativo muy importante y todos somos deudores del enorme esfuerzo y calidad de los equipos que han intervenido en setenta años. Los dos equipos que se encargaban de las crónicas han sido muy generosos y hemos contado con su anuencia y comprensión; en este número se publicarán las últimas crónicas. Son un testimonio que debemos agradecer a todos. Pero en la actual sociedad de la información y para una revista semestral y dual (formato papel y electrónico) como la *REDI*, la *Crónica de Jurisprudencia* no se acomoda a las necesidades de sus lectores y suscriptores. Por otra parte, no hay que olvidar que diversas crónicas de jurisprudencia nacional se realizan en las dos revistas hermanas, plenamente electrónicas y de acceso abierto, de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales (*Revista Electrónica de Estudios Internacionales* —REEI— y *Spanish Yearbook of International Law* —SYbIL—). No tiene sentido duplicar esfuerzos.

El análisis de la jurisprudencia novedosa y relevante —sin mero acarreo de materiales repetitivos— no se destierra, obviamente, de la *REDI*. Se integrará por sus características formales y esenciales en sus *Estudios*, o en el *Foro* o en el *Editorial*.

También desaparecerá a partir de 2016-2 la Sección de *Información y Documentación*. Nos ha ilustrado mucho en el pasado y ha sido un esfuerzo colectivo de actualización que debemos agradecer a todos los equipos que la gestionaron. Pero en la era digital de la información instantánea y exhaustiva tiene escaso sentido y el formato y periodicidad de la *REDI* no son el lugar adecuado; de nuevo, las revistas hermanas de la Asociación cumplen mejor con ese apartado (*Revista Electrónica de Estudios Internacionales* —REEI— y *Spanish Yearbook of International Law* —SYbIL—).

## III. LO QUE ESTÁ PENDIENTE

Queremos entablar relación transparente y constante con las Revistas hermanas de la Asociación a fin de conseguir las máximas sinergias entre las tres revistas para el beneficio del colectivo científico.

Estudiamos abordar con cierta periodicidad la Práctica internacional española además de en los *Estudios*, el *Foro* y el *Editorial*. Y entablar un diálogo constante con lectores y suscriptores a partir de lo publicado en la *REDI*, a través de nuestro futuro *blog on line*. La intención es que el *blog* aloje debates complementarios y reacciones —no artículos paralelos— a lo publicado en la *REDI* a través de la web de la revista ([www.revista-redi.es](http://www.revista-redi.es)). Es difícil ponerlo en marcha de inmediato; esperamos contar con el nuevo espacio *on line* a finales de 2016 o principios de 2017.

La *REDI* es accesible en formato electrónico desde 2015, además del tradicional impreso en papel desde 1948, si bien sus contenidos se pueden consultar electrónicamente en abierto desde 2010 y solo queden fuera del acceso inmediato los dos últimos números de la *REDI*. Nuestro empeño, iniciado ya el contacto con alguna plataforma global de revistas, es que se pueda digitalizar toda la *REDI* desde 1948, sin costes para la Asociación, si bien la negociación y firma del acuerdo corresponde a la Junta Directiva de AED-PIRI, como titular de la Revista. Deseamos que todo el contenido histórico y actual de la *REDI* pueda ser accesible a través de plataformas digitales a las que se suscriben la Universidades españolas y extranjeras, facilitando el acceso global al acervo científico al que han contribuido tantas generaciones de internacionalistas españoles y extranjeros mediante la *Revista Española de Derecho Internacional*.

#### **IV. UNA TAREA DE TODOS: AUTORES, LECTORES, ASOCIACIÓN Y DIRECCIÓN DE LA *REDI***

La *REDI* es de todos. Apelamos al conjunto de la comunidad científica española, latinoamericana, europea y de todo el mundo. Invitamos a toda la comunidad internacionalista a publicar aquí los mejores resultados de sus investigaciones. Si dicen los pueblos africanos que en la educación de los niños debe implicarse toda la tribu, confiamos en que la comunidad de internacionalistas reserven lo mejor para las revistas de la Asociación, y que esta y su Dirección garanticen a sus autores y lectores que la *REDI* solo va a publicar lo mejor para producir, entre todos, una revista de impacto investigador que beneficie a la ciencia internacionalista.

La Directora  
Araceli MANGAS M.  
Catedrática de Derecho Internacional Público  
y Relaciones Internacionales  
Universidad Complutense de Madrid



## AL BASHIR: ¿EXCEPCIÓN A LA INMUNIDAD DEL JEFE DE ESTADO DE SUDÁN Y COOPERACIÓN CON LA CORTE PENAL INTERNACIONAL?\*

Joana ABRISKETA URIARTE

Profesora titular de Derecho internacional público y relaciones internacionales  
Universidad de Deusto

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.—2. MARCO GENERAL: LA INMUNIDAD *RATIONE PERSONAE* Y LA INMUNIDAD *RATIONE MATERIAE*.—3. LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN ANTE LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES CUESTIONADA.—4. LA EXCEPCIÓN A LA INMUNIDAD Y LA COOPERACIÓN DE LOS ESTADOS CON LA CORTE PENAL INTERNACIONAL CONFORME AL ESTATUTO DE ROMA DE 1998.—4.1. La lectura conjunta de los arts. 27 y 98 del Estatuto de la CPI.—4.2. Aproximaciones metodológicas a la interacción entre la inmunidad y la cooperación en el caso *Al Bashir*.—5. LAS ÓRDENES DE ARRESTO CONTRA AL BASHIR Y EL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE COOPERAR.—5.1. La excepción a la inmunidad sobre la base de la costumbre internacional.—5.1.1. La argumentación de la CPI.—5.1.2. La oposición de la Unión Africana.—5.1.3. Las dificultades de la vía consuetudinaria.—5.2. La excepción a la inmunidad por la vía de las resoluciones del Consejo de Seguridad.—5.2.1. ¿Puede hallarse Sudán en una situación equivalente a la de un Estado parte como consecuencia de la remisión efectuada por el Consejo de Seguridad?—5.2.2. La oportunidad de contribuir a cristalizar una costumbre internacional.—6. CONCLUSIONES.

\* El presente trabajo se enmarca en el proyecto de investigación del Séptimo Programa Marco de la Comisión Europea FP7/2007-2013, Grant Agreement FRAME Fostering Human Rights Among European Policies, núm. 320000 ([www.fp7-frame.eu](http://www.fp7-frame.eu)). Agradezco a la Catedrática de Derecho internacional público y relaciones internacionales de la UNED y relatora especial de la Comisión de Derecho internacional, Concepción Escobar Hernández, la oportunidad que me brindó para asistir a las sesiones de dicha Comisión durante los meses de julio y agosto de 2015, así como al Profesor de Derecho internacional público de la UNED, Fernando Val Garijo, por sus comentarios y sugerencias sobre el texto.

## 1. INTRODUCCIÓN

Durante la última década, varios tribunales penales internacionales han acusado, procesado e incluso condenado a antiguos jefes de Estado por la comisión de crímenes internacionales. Charles Taylor, antiguo Presidente de Liberia, fue enjuiciado por el Tribunal Especial para Sierra Leona por crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad cometidos en ambos países; Jean Kambanda, antiguo primer Ministro ruandés, fue juzgado por el Tribunal Penal Internacional para Ruanda por crimen de genocidio; Slobodan Milošević fue procesado y puesto en prisión por el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia por crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad; Jean Bemba, antiguo Vicepresidente congoleño y ex líder del Ejército de Liberación del Congo, fue detenido en Bélgica un año después de que la Corte Penal Internacional (CPI) dictara una orden de arresto contra él; y antes de su fallecimiento, la CPI dictó una orden de arresto contra Muammar Gaddafi por crímenes contra la humanidad.

Entre ellos, el caso de Omar Al Bashir reúne tres particularidades que lo hacen especialmente novedoso y complejo. En primer lugar, se trata de un jefe de Estado en ejercicio, sujeto a dos órdenes de arresto adoptadas por la CPI por crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y genocidio<sup>1</sup>. En segundo lugar, Sudán no es Estado parte en el Estatuto de Roma, por lo que la novedad también reside en que es la primera situación remitida a la CPI a través del Consejo de Seguridad, con lo que el análisis está condicionado por el juego entre las bases jurídicas del propio Estatuto de la CPI y de la Resolución 1593, de 31 de marzo de 2005, del Consejo de Seguridad<sup>2</sup>. En tercer lugar, es llamativo que, desde que las órdenes fueron dictadas, en 2009 y 2010 respectivamente, Al Bashir haya viajado a Eritrea, Liberia, Egipto, Malawi, Chad, República Democrática del Congo, India y Sudáfrica, y en ninguno de los países haya sido arrestado<sup>3</sup>.

Como es sabido, existen diferencias sustanciales entre la inmunidad de jurisdicción penal de los jefes de Estado *ante los tribunales extranjeros* y la inmunidad de jurisdicción penal *ante los tribunales internacionales*. Desde la perspectiva horizontal (de Estado a Estado a través de sus respectivos tribunales nacionales), la inmunidad supone un obstáculo para el inicio de un proceso penal. Por el contrario, desde la perspectiva vertical (ante los tribunales

<sup>1</sup> Sala de Cuestiones Preliminares I, *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir* («Omar Al Bashir»), *Warrant of Arrest*, ICC-02/05-01/09-1, 4 de marzo de 2009, y Sala de Cuestiones Preliminares I, *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir* («Omar Al Bashir»), *Second Warrant of Arrest*, ICC-02/05-01/09-95, 12 de julio de 2010. También se trata de la primera acusación por genocidio de la CPI, por lo que es de aplicación el Convenio para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 1948, pero esta cuestión queda al margen del presente artículo. Véase, al respecto, CERVELL HORTAL, M. J., *Genocidio, responsabilidad internacional e inmunidad de los Jefes de Estado*, Madrid, Iustel, 2013.

<sup>2</sup> Resolución del Consejo de Seguridad 1593 (2005), de 31 de marzo, párr. 7. Posteriormente, también el caso del coronel Gaddafi llegó a la CPI a través del Consejo de Seguridad, por vía de la Resolución 1970, de 26 de febrero de 2011.

<sup>3</sup> En este último caso, el Tribunal Superior de Pretoria dictó una orden prohibiendo que Al Bashir saliera del país, pero finalmente pudo viajar de vuelta a Sudán porque el Gobierno de Sudáfrica defendió su inmunidad. La orden fue recurrida y está pendiente de resolución.

internacionales), los agentes del Estado responden de los actos constitutivos de crímenes internacionales, sin que puedan invocar su inmunidad frente al órgano judicial internacional<sup>4</sup>. De ahí que podamos afirmar que los jefes de Estado gozan de una situación menos favorable frente a los tribunales internacionales que frente a los tribunales internos. Decaux y Trigeaud sostienen, en este sentido, que constatar la existencia de la responsabilidad de los jefes de Estado por sus actos públicos —*a fortiori*, una responsabilidad de naturaleza penal— responde a una verdadera revolución jurídica. Ahora bien, también señalan que difícilmente se podría hablar aún de una práctica que haya dado lugar a una costumbre internacional en este sentido<sup>5</sup>.

El alcance de la excepción a la inmunidad de jurisdicción penal en el ámbito internacional no es claro, entre otras razones, porque la tensión se encuentra entre dos extremos tanto recurrentes como dominantes del Derecho internacional: por un lado, el de la protección internacional de los derechos humanos (concretada en este caso en la tipificación de los crímenes internacionales y el fin de la impunidad) y, por otro lado, el de la igualdad soberana de los Estados (aquí materializada en el respeto tradicional de la inmunidad de los jefes de Estado)<sup>6</sup>.

Los problemas que planean sobre esta lógica se han plasmado en el seno de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), que ha dictado dos sentencias sobre la inmunidad del Estado en diez años<sup>7</sup> y en la propia Comisión de Derecho Internacional (CDI), que decidió incluir la cuestión relativa a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado en su programa de trabajo en 2007<sup>8</sup>.

<sup>4</sup> *Prosecutor v. Slobodan Milošević, Decision on Preliminary Motions*, IT-99-37-PT.T.Ch.III, 8 de noviembre de 2001, párrs. 26-36.

<sup>5</sup> DECAUX, E. y TRIGEAUD, L., «Les immunités pénales des agents de l'État et des organisations internationales», en ASCENSIO, H., DECAUX, E. y PELLET, A. (dirs.), *Droit International Pénal*, 12.ª ed., París, Éditions A. Pedone, 2012, pp. 545-564. Se unen así a las consideraciones de Watts, quien afirmó que el cuerpo de normas que regula el estatus de los jefes de Estado conforme al Derecho consuetudinario no ha resuelto numerosos aspectos, y que la limitada práctica estatal apenas arroja luz sobre la materia, en WATTS, A., «The Legal Position in International Law of Heads of States, Heads of Governments and Foreign Ministers», *Recueil des Cours*, III, 1994, pp. 35-81, p. 52. En la misma línea, DAQUN, L., «Has Non-Immunity for Heads of State Become a Rule of Customary International Law?», en BERGSMO, M. y YAN, L. (eds.), *State Sovereignty and International Criminal Law*, Beijing, Torkel Opsahl Academic Epubliher, Publication Series, 2012, núm. 15, pp. 55-74, y SUMMERS, M., «Diplomatic Immunity Ratione Personae: Did the International Court of Justice Create a New Customary Law Rule in *Congo v. Belgium*?», *Michigan State Journal of International Law*, vol. 16, 2007-2008, pp. 459-473.

<sup>6</sup> Acertadamente, Jacobs aduce que esta visión del ordenamiento internacional resulta simplista en la medida en que lanza, una contra otra, de manera maniquea, dos visiones del mundo, pero a la vez asume que la dicotomía resulta útil para comprender desde un punto de vista discursivo las dinámicas del orden internacional. En JACOBS, D., «The Frog that Wanted to Be an Ox. The ICC's Approach to Immunities and Cooperation», en STAHN, C., *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 281-302.

<sup>7</sup> *Orden de arresto de 11 de abril de 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica)*, Sentencia de 14 de febrero de 2002, C.I.J. *Recueil* 2002, p. 3, e *Inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania c. Italia; Grecia interviniente)*, Sentencia de 3 de febrero de 2012, C.I.J. *Recueil* 2012, p. 99.

<sup>8</sup> *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo segundo periodo de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/62/10)*, párr. 376.

Más allá de los dos extremos contrapuestos, Cassese explica que los funcionarios del Estado pueden valerse de su inmunidad ante los tribunales extranjeros porque esto garantiza el ejercicio de su actividad internacional sin interferencias. Si no operara la inmunidad, las autoridades nacionales del Estado extranjero podrían emplear su jurisdicción para restringir indebidamente la potestad de un Estado en el ejercicio de sus funciones exteriores. Ahora bien, el mismo autor matiza que este peligro no se presenta cuando son los tribunales internacionales los que ejercen el *ius puniendi* de la comunidad internacional<sup>9</sup>. Cuando el ejercicio del *ius puniendi* se confía a los órganos de la comunidad internacional, independientes de los Estados y basados en el Derecho penal internacional, las implicaciones son de otra índole<sup>10</sup>.

El presente artículo tiene por objeto analizar el tratamiento que la CPI otorga a la improcedencia del cargo oficial de los jefes de Estado a través del caso *Al Bashir*. En concreto, se estudian las decisiones dictadas por la CPI relativas al incumplimiento del deber de cooperar de los Estados, los intentos de retirar la inmunidad de Al Bashir y su alcance jurídico, empleando como hilo conductor las particularidades mencionadas, esto es, que se trata del actual jefe de Estado de Sudán, país que no es parte en el Estatuto, y que el proceso se inicia a raíz de una petición remitida por el Consejo de Seguridad a través de la Resolución 1593, de 31 de marzo de 2005.

En la primera parte del análisis, se señala brevemente el marco general de la inmunidad *ratione personae* y *ratione materiae* (2) y después se recogen los hitos más relevantes por los que ha transitado la inmunidad de jurisdicción penal en su evolución histórica hasta la actualidad (3). A continuación, se examina el contenido de los arts. 27 y 98 (1) del Estatuto de la CPI aplicables directamente al objeto de estudio (4) y las decisiones dictadas por las Salas de Cuestiones Preliminares I y II de la CPI (5). Finalmente, se presentan las conclusiones del análisis en las que se ponen de manifiesto las limitaciones de la CPI para hacer frente a las dificultades del caso.

## 2. MARCO GENERAL: LA INMUNIDAD *RATIONE PERSONAE* Y LA INMUNIDAD *RATIONE MATERIAE*

Cabe empezar por subrayar que el objeto del presente estudio se enmarca tanto en los principios de la inmunidad *ratione personae* como de la inmunidad *ratione materiae*, entre otras razones porque el régimen contemplado en los arts. 27 y 98 (1) del Estatuto de la CPI —las claves de este estudio— no distingue entre ambos tipos de inmunidades, sino que se refiere a las obligaciones que impone el Derecho internacional general en materia de inmunidad<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> CASSESE, A., *International Criminal Law*, Oxford, 2.<sup>a</sup> ed., Oxford University Press, 2008, p. 312.

<sup>10</sup> KRESS, C., «International Criminal Law», en WOLFRUN, R. (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. V, Oxford, Oxford University Press, 2012, párrs. 10-14.

<sup>11</sup> Véase el Tercer Informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, A/CN.4/673, 2 de junio de 2014, párr. 11.

Al jefe del Estado le corresponden, en estos términos y como principio general, tanto la inmunidad *ratione personae* como la inmunidad *ratione materiae*. La primera viene inspirada fundamentalmente por la teoría basada en la necesidad funcional, dominante en la actualidad, y abarca todos los actos, públicos y privados, de los jefes de Estado, jefes de Gobierno y ministros de Asuntos Exteriores. Aunque es amplia en su aplicación sustantiva, tiene la doble limitación derivada, por un lado, de su carácter temporal, puesto que se ciñe al periodo en el que el alto cargo ejerce sus funciones y, por otro, de la categoría reducida de personas a las que se dirige<sup>12</sup>.

En esta misma línea se sitúa la CIJ en el asunto sobre la *Orden de arresto* cuando sostiene que la inmunidad *ratione personae* se aplica no solo con relación a los actos oficiales, sino también con respecto de los actos privados, sin que se pueda hacer distinción alguna entre ambos. Pero más relevante aún es que la CIJ manifestara que el carácter absoluto de la inmunidad de jurisdicción penal a favor de un ministro de Asuntos Exteriores (se entiende que engloba también a los jefes de Estado y de Gobierno)<sup>13</sup> subsiste incluso cuando se alega que ha cometido un *crimen internacional*<sup>14</sup>. De ahí que la orden adoptada por Bélgica, dada su naturaleza y su propósito, violara la inmunidad de jurisdicción penal del señor Yerodia, de la que disfrutaba como Ministro de Asuntos Exteriores de la República Democrática del Congo (RDC)<sup>15</sup>. La CIJ justifica la inexistencia de excepción alguna a la inmunidad sobre la base del Derecho consuetudinario, y así, después de haber examinado la práctica estatal, incluida la legislación nacional y las escasas decisiones de los tribunales nacionales, literalmente señala:

«[E]lle n'est pas parvenue à déduire de cette pratique l'existence, en droit international coutumier, d'une exception quelconque à la règle consacrant l'immunité de juridiction pénale et l'inviolabilité des ministres des affaires étrangères en exercice, lorsqu'ils sont soupçonnés d'avoir commis des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité»<sup>16</sup> (redonda añadida).

Lo que interesa destacar aquí es que la CIJ se refiere a la inexistencia de excepciones *en el plano nacional u horizontal*, exclusivamente, y que por esta razón decide que Bélgica no puede investigar ni someter al ministro de Asuntos Exteriores de RDC a su jurisdicción<sup>17</sup>, planteamiento también invocado

<sup>12</sup> A/CN.4/631, Segundo informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, preparado por Roman Anatolevith Kolodkin, Relator Especial, 10 de junio de 2010, párrs. 17 y 25 y Opinión Separada de los Magistrados Higgins, Kooijmans y Buergenthal, en el asunto sobre la *Orden de arresto* «immunities are granted to high State officials to guarantee the proper functioning of the network of mutual inter-State relations, which is of paramount importance for a well-ordered and harmonious international system», párr. 75. TUNKS, M. A., «Diplomats of Defendants? Defining the Future of Head-of-State Immunity», *Duke Law Journal*, 2002, núm. 52, pp. 651-656.

<sup>13</sup> CASSESE, A., *International Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003, pp. 271-273.

<sup>14</sup> *Orden de arresto de 11 de abril de 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica)*, op. cit., nota 7, párr. 55.

<sup>15</sup> *Ibid.*, párrs. 70 y 71.

<sup>16</sup> *Ibid.*, párr. 58.

<sup>17</sup> Nueve años después de la sentencia, el Instituto de Derecho Internacional adoptó la llamada *Resolution on the Immunities from Jurisdiction of the State and of Persons who Act on Behalf of the State*

por ciertos tribunales nacionales<sup>18</sup>. No obstante, de manera incidental, la CIJ se refiere a los *tribunales penales internacionales* para destacar la diferencia con los tribunales nacionales, e incluso alude a la posibilidad de que un ministro de Asuntos Exteriores pueda ser sometido a los procesos penales iniciados por ciertos tribunales *ad hoc* y por la propia CPI:

«*Un ministre des affaires étrangères ou un ancien ministre des affaires étrangères peut faire l'objet de poursuites pénales devant certaines juridictions pénales internationales dès lors que celles-ci sont compétentes. Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et le Tribunal pénal international pour le Rwanda, établis par des résolutions du Conseil de sécurité adoptées en application du chapitre VII de la Charte des Nations Unies, ainsi que la future Cour pénale internationale instituée par la convention de Rome de 1998, en sont des exemples*»<sup>19</sup> (redonda añadida).

El párrafo transcrito se dicta completamente *obiter dictum* dado que la no-inmunidad ante los tribunales internacionales es irrelevante para resolver la cuestión legal planteada a la CIJ. Esencialmente, con ello la CIJ quiere mostrarse contraria a la inmunidad absoluta de los presuntos autores de crímenes internacionales. A esto se añade una omisión llamativa: la CIJ no distingue entre las bases legales sobre las que se constituyen los tribunales internacionales citados como ejemplos cuando dicha diferencia tiene consecuencias. Esto es, el tribunal creado por una resolución del Consejo de Seguridad bajo el Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas implica que la retirada de la inmunidad prevista en su Estatuto vincula a todos los Estados miembros de las Naciones Unidas. Por el contrario, si el tribunal es creado por un convenio internacional (pensemos en el Estatuto de Roma), aquel solo ejercerá su jurisdicción sobre los Estados parte. Difícilmente el Estado no parte puede verse obligado por el tratado, cuestión que veremos más adelante. Finalmente, la CIJ tampoco especifica los actos constitutivos de los crímenes a los que se refiere. Con todo, se puede afirmar que la CIJ meramente señala una serie de ejemplos en los que los tribunales internacionales suspendieron la inmunidad para ejercer su jurisdicción (Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia y Tribunal Penal Internacional para Ruanda), sin que se pueda deducir base consuetudinaria alguna del párrafo referido<sup>20</sup>.

*in case of International Crimes*, y en el art. II relativo a los Principios advirtió: «*States should consider waiving immunity where international crimes are allegedly committed by their agents*», en Institut de Droit International, *The Immunity from Jurisdiction of the State and of Persons Who Act on Behalf of the State in case of International Crimes*, Naples session, septiembre de 2009. Véase el comentario de BELLAL, A., «The 2009 Resolution of the Institute of International Law on Immunity and International Crimes. A Partial Codification of the Law?», *Journal of International Criminal Justice*, 2011, núm. 9, pp. 227-241.

<sup>18</sup> Entre ellos, Audiencia Nacional Española, *Auto del Pleno de la Sala de lo Penal*, núm. 1999/2723, 4 de marzo de 1999 (caso *Castro*); Corte de Casación francesa, *Arrêt de la Cour de Cassation*, 13 de marzo de 2001, núm. 1414 (*arrêt Gaddafi*) y Corte de Casación belga, *Arrêt de la Cour de Cassation*, 12 de febrero de 2003, núm. P.02.1139.F (*arrêt Sharon*).

<sup>19</sup> *Orden de arresto de 11 de abril de 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica)*, *op. cit.*, nota 7, párr. 61.

<sup>20</sup> JACOBS, D., *op. cit.*, nota 6, p. 288.

En lo que afecta a la inmunidad *ratione materiae*, los elementos que la caracterizan conforme a la CDI son tres: es reconocida con carácter general a los funcionarios del Estado; se extiende a aquellos actos que pueden calificarse como «actos realizados a título oficial» y no está sometida a límite temporal alguno, ya que subsiste incluso después de que la persona que se beneficia de ella ha perdido la condición de funcionario<sup>21</sup>.

Las razones que sirven a parte de la doctrina para defender la suspensión de la inmunidad *ratione materiae* respecto de los crímenes internacionales son de dos tipos<sup>22</sup>. En primer lugar, resulta inadmisibles calificar los crímenes internacionales como «actos realizados a título oficial» porque no podrían identificarse con las funciones del Estado y, por tanto, quedan fuera del régimen de la inmunidad de jurisdicción<sup>23</sup>. Matizando esta postura, la CDI advierte lo siguiente:

«La conclusión de que un crimen internacional no puede ser considerado como un acto realizado a título oficial es la consecuencia de entender que dichos crímenes no pueden ser cometidos en ejercicio de atribuciones del poder público ni como expresión de la soberanía y las políticas estatales. Sin embargo, afirmar que la tortura, las desapariciones forzadas, las ejecuciones extrajudiciales, la limpieza étnica, el genocidio, los crímenes contra la humanidad o los crímenes de guerra carecen de toda dimensión de oficialidad y funcionalidad estatal no es compatible con la realidad de los hechos»<sup>24</sup>.

En efecto, difícilmente se puede negar el carácter oficial a los hechos constitutivos de crímenes internacionales por considerarlos inconcebibles desde una apreciación de lo que se debiera corresponder con la naturaleza de un acto oficial. Es más, el vínculo oficial es precisamente el medio que sirve para la comisión de este tipo de crímenes. Por ello, es preferible descartar esta primera explicación que asocia un determinado tipo de acto con los actos oficiales y excluye el carácter oficial de los actos constitutivos de los crímenes internacionales.

En segundo lugar, la no inmunidad respecto de los crímenes internacionales se justifica sobre la base de que estos crímenes implican la violación de

<sup>21</sup> A/CN.4/686, Cuarto Informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, 29 de mayo de 2015, párr. 17.

<sup>22</sup> CASSESE, A., «When May Senior State Officials Be Tried for International Crimes? Some Comments on the *Congo v. Belgium* Case», *European Journal of International Law*, 2002, núm. 13, pp. 853-871.

<sup>23</sup> BIANCHI, A., «Denying State Immunity to Violators of Human Rights», *Austrian Journal of Public International Law*, 1994, núm. 46, pp. 227-228; ORAKHELASHVILI, A., «State Immunity and International Public Order», *German Yearbook of International Law*, 2002, pp. 227-239, en especial 238-239, y TOMONORI, M., «The Individual as Beneficiary of State Immunity: Problems of the Attribution of Ultra Vires Conduct», *Denver Journal of International Law and Policy*, 2001, núm. 29, p. 261. Véase a este respecto la lectura de la CDI según la cual, «la calificación de los crímenes internacionales como «acto realizado a título oficial» no significa, sin embargo, que el funcionario haya de beneficiarse automáticamente de la inmunidad *ratione materiae* por la comisión de dichos crímenes», en A/CN.4/686, párr. 126, 29 de mayo de 2015.

<sup>24</sup> A/CN.4/686, Cuarto informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, preparado por Concepción Escobar Hernández, Relatora Especial, 29 de mayo de 2015, párr. 124 y nota 101.

normas de *jus cogens*, que dado su estatus superior prevalecen sobre las normas favorables a la inmunidad<sup>25</sup>. Sin embargo, aun teniendo oportunidades para hacerlo, lo cierto es que ni el TEDH ni la CIJ se han mostrado favorables a esta postura en lo que se refiere a la inmunidad del Estado<sup>26</sup>.

Hecha esta aproximación general, podemos inferir que tanto respecto de la inmunidad *ratione personae* como respecto de la inmunidad *ratione materiae* existen tan solo indicios de un afán por establecer salvedades en el orden internacional contemporáneo cuando se trata de crímenes internacionales, que corroboramos con la práctica descrita en la siguiente sección<sup>27</sup>.

### 3. LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN ANTE LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES CUESTIONADA

El Tratado de Versalles fue el que por primera vez previó el sometimiento a juicio de un soberano en el plano internacional. La finalidad era exigir la responsabilidad personal del emperador Guillermo II como Jefe de Estado y de Gobierno y comandante en jefe de los ejércitos alemanes durante la Primera Guerra Mundial, y así se recogió en el Tratado<sup>28</sup>.

Un planteamiento similar al de Versalles quedó plasmado después de la Segunda Guerra Mundial en el Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945,

<sup>25</sup> BIANCHI, A., «Immunity Versus Human Rights: The Pinochet Case», *European Journal of International Law*, 1999, núm. 10, pp. 237 y 265; ORAKHELASHVILI, A., «State Immunity in National and International Law: Three Recent Cases before the European Court of Human Rights», *Leiden Journal of International Law*, 2002, núm. 15, pp. 703, 712-713.

<sup>26</sup> La Sentencia *Al-Adsani c. Reino Unido*, núm. 35763/97, de 21 de noviembre de 2001, adoptada por nueve votos frente a ocho, subraya lo siguiente: «*Notwithstanding the special character of the prohibition of torture in international law, the Court is unable to discern in the international instruments, judicial authorities or other materials before it any firm basis for concluding that, as a matter of international law, a State no longer enjoys immunity from civil suit in the courts of another State where acts of torture are alleged*», párr. 61. En el caso *Jones c. Reino Unido*, núms. 34356/06 y 40528/06, de 14 de enero de 2014, el TEDH confirma que los oficiales de los Estados son inmunes en procesos civiles y ahonda en si tal inmunidad violaría el derecho a un recurso efectivo del demandante reconocido en el art. 6 del CEDH. Las manifestaciones sobre la inexistencia de excepciones con relación al *jus cogens* y con relación a la inmunidad del Estado en el Derecho internacional consuetudinario se encuentran también en *Orden de arresto de 11 de abril de 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica)*, *op. cit.*, nota 7, párr. 58, e *Inmunidades Jurisdiccionales del Estado (Alemania c. Italia, Grecia interviniente)*, *op. cit.*, nota 7, párrs. 89 y 93-95.

<sup>27</sup> AKANDE, D., «International Law Immunities and the International Criminal Court», *American Journal of International Law*, vol. 98, 2004, núm. 3, pp. 407-433.

<sup>28</sup> El art. 227 del Tratado de Versalles disponía: «Las Potencias aliadas y asociadas acusan públicamente a Guillermo II de Hohenzollern, ex emperador de Alemania, por ofensa suprema contra la moral internacional y la santidad de los Tratados. Se constituirá un tribunal especial para juzgar al acusado, asegurándole las garantías esenciales del derecho de defensa. Se compondrá de cinco jueces, nombrados por cada una de las cinco potencias siguientes: Estados Unidos de América, Gran Bretaña, Francia, Italia y Japón. El tribunal juzgará inspirándose en los principios más elevados de la política entre las naciones, con objeto de garantizar el respeto a las obligaciones solemnes y a los compromisos internacionales, así como a la moral internacional. Le corresponderá fijar la pena que a su juicio deba aplicarse. Las potencias aliadas y asociadas dirigirán al Gobierno de los Países Bajos un requerimiento en solicitud de que les entregue al ex emperador para que sea juzgado». No obstante, el precepto no surtió efecto, entre otros motivos porque Holanda no concedió la extradición del emperador.

que previó la persecución de los «grandes criminales de guerra» ante el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, cuyo Estatuto indicaba que «la situación oficial de los acusados, bien como jefes de Estado, bien como altos funcionarios, no será considerada ni como una excusa absolutoria ni como un motivo de disminución de la pena» (art. 7). Así las cosas, Karl Dönitz, quien devino Jefe del Estado tras el suicidio de Hitler al final de la Segunda Guerra Mundial, fue condenado sobre la base, explícitamente señalada por el Tribunal, de dicho art. 7. Del mismo modo, la Carta del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente (Tribunal de Tokyo) recogió el principio en su art. 6. Posteriormente, los juicios de Nuremberg y de Tokyo constituyeron la base para la adopción de los principios contenidos en la Resolución 95 (1) de la Asamblea General de 11 de diciembre de 1946.

Sin embargo, los precedentes de 1919 y 1945 fueron considerados tan excepcionales y específicos que no pusieron en cuestión el principio consuetudinario de la inmunidad del jefe de Estado. Se trataba, como mucho, de excepciones que confirmaban la regla general<sup>29</sup>. Salvo el específico art. 4 del Convenio para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 1948, en el que se reconoce la improcedencia del cargo oficial, el debate jurídico empezó a tomar cuerpo décadas después, con la constitución de los Tribunales *ad hoc* para Yugoslavia (1993) y Ruanda (1994), el Estatuto de la Corte Penal Internacional (1998) y el arresto del Senador chileno Augusto Pinochet en octubre del mismo año<sup>30</sup>.

Las resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas que constituyeron los Tribunales para la Antigua Yugoslavia y para Ruanda previeron, en idénticos términos, que «el cargo oficial que desempeñe el inculpado, ya sea de jefe de Estado o de Gobierno o de funcionario responsable del Gobierno, no le eximirá de responsabilidad penal ni atenuará la pena» (arts. 7.2 y 6.2, respectivamente)<sup>31</sup>. Se recoge una disposición equivalente en el Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona, establecido por el acuerdo de 16 de

<sup>29</sup> DECAUX, E. y TRIGEAUD, L., *op. cit.*, nota 5, p. 547.

<sup>30</sup> El impulso de una serie de declaraciones de principios sobre la lucha contra la impunidad adoptadas en el seno de las Naciones Unidas también está en el trasfondo de esta evolución. Los principios de Nuremberg adoptados por la Comisión de Derecho Internacional en 1950 eran particularmente claros en este aspecto: «El hecho de que la persona que haya cometido un acto que constituya delito de Derecho internacional haya actuado como jefe de Estado o como autoridad del Estado no le exime de responsabilidad conforme al Derecho internacional». En igual sentido, el principio 18 de los «Principios de Naciones Unidas sobre la prevención efectiva y la represión de las ejecuciones extrajudiciales, arbitrarias y sumarias» (Resolución 1989/65, de 24 de mayo, del ECOSOC y Resolución 44/159, de 15 de diciembre de 1989, de la Asamblea General) y el art. 14 de la Declaración de Naciones Unidas para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (Resolución 47/133, de 18 de diciembre de 1992, de la Asamblea General). También las declaraciones del secretario general de Naciones Unidas con motivo de la constitución del Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia se inscriben en esta línea: «*The Statute should, therefore, contain provisions which specify that a plea of head of State immunity or that an act was committed in the official capacity of the accused will not constitute a defense, nor will it mitigate punishment*», S/25704, Report of the Secretary General pursuant to Paragraph 2 of SC Resolution 808 (1993), 3 de mayo de 1993, párr. 55.

<sup>31</sup> Resolución del Consejo de Seguridad 827 (1993), de 25 de mayo, y Resolución del Consejo de Seguridad 955 (1994), de 8 de noviembre.

enero de 2002 entre el Gobierno de dicho Estado y Naciones Unidas (art. 6.2 del Estatuto)<sup>32</sup>. En los dos primeros casos, la fuerza de la excepción a la inmunidad proviene del hecho de que dichos Tribunales fueron establecidos por el Consejo de Seguridad, cuyas resoluciones comprometen a todos los Estados miembros de la ONU en virtud del art. 25 de la Carta de las Naciones Unidas. Pero no cabe hacer exactamente la misma consideración respecto del Tribunal Especial para Sierra Leona puesto que, aunque el Consejo de Seguridad instó a su creación mediante la Resolución 1315, de 14 de agosto de 2000, *stricto sensu* fue establecido mediante un acuerdo entre las Naciones Unidas y dicho Estado<sup>33</sup>.

De modo que el instrumento por el que se constituye el Tribunal Penal Internacional determina el alcance mayor o menor de la excepción a la inmunidad. Pero, en todo caso, del examen del conjunto de los tribunales mencionados y de su evolución, se pueden entrever una serie de incursiones cuya finalidad es introducir el principio relativo a la improcedencia del cargo oficial en el orden internacional.

#### **4. LA EXCEPCIÓN A LA INMUNIDAD Y LA COOPERACIÓN DE LOS ESTADOS CON LA CORTE PENAL INTERNACIONAL CONFORME AL ESTATUTO DE ROMA DE 1998**

##### **4.1. La lectura conjunta de los arts. 27 y 98 del Estatuto de la CPI**

Los arts. 27 y 98 (1) del Estatuto de la CPI son los que nos servirán de base para el objeto de este estudio. El primero porque establece la norma relativa a la improcedencia del cargo oficial y el segundo porque prevé un mecanismo de cooperación con la Corte en materia de detención y arresto dirigido a los Estados.

Para empezar, el art. 27 (1) del Estatuto podría considerarse como el precepto paradigmático de la decisión de la comunidad internacional de poner fin a la impunidad de los autores de los más graves crímenes. En concreto, dicha disposición prevé que el Estatuto será aplicable «por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial» y define así, en palabras de Concepción Escobar, el principio de responsabilidad de vocación universal<sup>34</sup>. A

<sup>32</sup> BLANC ALTEMIR, A., «El Tribunal Especial para Sierra Leona: un instrumento contra la impunidad por las violaciones graves del Derecho internacional humanitario», *Anuario de Derecho Internacional*, vol. XIX, 2003, p. 109.

<sup>33</sup> ROMANO, C. y NOLLKAEMPER, A., «The Arrest Warrant against the Liberian President, Charles Taylor», *American Society of International Law Insights*, vol. 8, 2003, núm. 16, pp. 1-4.

<sup>34</sup> ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., «La Corte Penal Internacional: un instrumento al servicio de la paz», *Revista Internacional de Filosofía Política*, 2003, núm. 21, pp. 5-35. La autora añade que el principio de responsabilidad penal no significa que el desempeño de un cargo oficial sea, en todo caso, completamente irrelevante para determinar dicha responsabilidad. De hecho, el Estatuto prevé que el desempeño de un cargo oficial puede ser precisamente el elemento generador de la consecuencia penal. Se trata, en concreto, del precepto titulado «Responsabilidad de los jefes y otros superiores» (art. 28).

continuación, el mismo párrafo enumera determinados cargos oficiales que en ningún caso eximirán de responsabilidad penal ni constituirán motivo para reducir la pena.

Por tanto, el Estatuto de Roma admite que pueda atribuirse la responsabilidad penal a quien actúa en el ejercicio de un cargo oficial. Aún más: en palabras de Otto Triffterer, esta norma se reconoce como un principio general cuya base no es el Estatuto de Roma ya que el art. 27 meramente lo define, sino que subyace del Derecho penal internacional. Por este carácter de principio podría apelarse a la validez y aplicabilidad del art. 27 no solo ante la Corte, sino también ante otros tribunales penales internacionales<sup>35</sup>.

Incluso, por su carácter no exclusivamente convencional, podría plantearse la observancia del principio relativo a la improcedencia del cargo oficial en el plano nacional cuando, sobre la base del principio de complementariedad, los Estados ejercen el *ius puniendi*. De alguna manera, el *ius puniendi* del Estado se ve complementado por el *ius puniendi* internacional y por el conjunto de las normas del Derecho penal internacional, entre ellas, el principio de improcedencia del cargo oficial<sup>36</sup>.

Una vez asentado el principio relativo a la improcedencia del cargo oficial, el art. 27 (2) del Estatuto de Roma prevé expresamente que «las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al Derecho interno o al Derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella». El precepto admite que las inmunidades del cargo oficial podrían constituir un obstáculo, pero al mismo tiempo subraya que esto no impedirá que la Corte ejerza sus competencias, por lo que esta deberá encargarse de superar los impedimentos que se le presenten para hacer cumplir el principio referido. Lo previsto en el art. 27 (1) del Estatuto —la improcedencia del cargo oficial y la responsabilidad sustantiva de quienes lo ostentan— es un prerrequisito para que la Corte pueda ejercer su competencia como dispone el art. 27 (2), pero no significa que esto segundo suceda automáticamente<sup>37</sup>.

La facultad de la Corte para conseguir la retirada de la inmunidad de un cargo oficial conforme al art. 27 del Estatuto puede verse socavada por el hecho de que el oficial del Estado implicado se valga de su inmunidad general, acordada por el Derecho internacional, e impida que *otro Estado* lo arreste. Ello es debido a que el art. 98 (1) del mismo prevé que «la Corte no dará curso a una solicitud de entrega en virtud de la cual el Estado requerido deba actuar de forma incompatible con las obligaciones que le imponga el Derecho internacional con respecto a la inmunidad de *un Estado o la inmunidad diplomática de una persona* [...], salvo que la Corte obtenga anteriormente la

<sup>35</sup> TRIFFTERER, O., «Article 27 Irrelevance of official capacity», en TRIFFTERER, O., *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 2.ª ed., Oxford, Beck, Hart, Nomos, 2008, p. 286.

<sup>36</sup> *Ibid.*

<sup>37</sup> JACOBS, D., *op. cit.*, nota 6, p. 283, y FOX, H. y WEBB, Ph., *The Law of State Immunity*, Oxford, 3.ª ed., Oxford University Press, 2013, pp. 429-230.

cooperación de ese tercer Estado para la renuncia a la inmunidad». Hasta qué punto esto constituye una barrera significativa para el ejercicio de la jurisdicción de la Corte depende de la interpretación que se haga del art. 98 (1) del Estatuto<sup>38</sup>.

En efecto, la lectura del art. 27 del Estatuto ha de complementarse con la de su art. 98 dado que es este último el que permite que se abra la vía para que se haga efectivo el primero. Por un lado, la Corte ha de apoyarse en los Estados para arrestar y someter a los presuntos autores al proceso judicial, pero, por otro lado, el art. 98 del Estatuto puede servir de «argumento» a los Estados que no cooperan con la Corte y utilizar el pretexto de que, si lo hicieran, violarían una obligación internacional<sup>39</sup>.

De modo que mientras el art. 27 del Estatuto establece que la inmunidad internacional del alto cargo no impedirá a la Corte ejercer sus competencias, su art. 98 (1) exige a la misma no adoptar medidas que podrían resultar en una violación por parte de los Estados de sus obligaciones internacionales en materia de inmunidad<sup>40</sup>.

Las consideraciones que se pueden hacer sobre el art. 98 (1) del Estatuto son tanto de índole sustantivo como procesal. Así, desde el punto de vista sustantivo, mientras que el Juez Daqun Liu entiende que el art. 98 (1) del Estatuto es la «aceptación tácita de los redactores de que la no-inmunidad de los jefes de Estado no es una norma de Derecho consuetudinario»<sup>41</sup>, Claus Kress, por el contrario, explica que dicho artículo fue redactado con la máxima cautela, con la finalidad de evitar toda postura frente al Derecho internacional general<sup>42</sup>.

En este orden de cosas, Concepción Escobar, quien ya anticipó los problemas prácticos que traería la aplicación de este precepto, sostiene que, en la medida en que se trata de una cláusula de salvaguardia (y como todas ellas, «altera en parte el régimen del tratado en el que se inserta y en especial incide sobre el deber general de cooperar con la Corte»), necesariamente ha de interpretarse de manera restrictiva y sin que modifique el objeto y fin del Estatuto<sup>43</sup>.

<sup>38</sup> AKANDE, D., *op. cit.*, nota 27, p. 421.

<sup>39</sup> TRIFFTERER, O., *op. cit.*, nota 35, p. 787.

<sup>40</sup> BROOMHAL, B., *International Justice and The International Criminal Court: Between Sovereignty and the Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 141. Akande sostiene que solo los Estados no parte pueden beneficiarse del art. 98 del Estatuto, porque esta lectura es la que daría sentido al art. 27 y a los fines y objeto del mismo, AKANDE, D., *op. cit.*, nota 27, pp. 407-421.

<sup>41</sup> LIU, D., «Has Non-Immunity for Heads of State Become a Rule of Customary International Law?», en BERGSMO, M. y YAN, L. (eds.), *op. cit.*, nota 5, p. 66.

<sup>42</sup> KRESS, C., «The International Criminal Court and ties under International Law for States Not party to the Court's Statute», en BERGSMO, M. y YAN, L. (eds.), *op. cit.*, nota 5, p. 232.

<sup>43</sup> ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., «Algunos obstáculos en el proceso de constitución efectiva de la Corte Penal Internacional: la Resolución 1422 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y los acuerdos bilaterales celebrados por Estados Unidos», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LIV, 2002, núm. 2, pp. 999-1003.

A la lectura del fondo hay que añadir, por otro lado, la interpretación de los aspectos procesales de dicho art. 98 (1). ¿Cabe entender que dicha previsión del Estatuto concede a la Corte el poder de determinar cuándo se dan las condiciones de la inmunidad? ¿O, por el contrario, corresponde al Estado afectado determinar la aplicabilidad de sus obligaciones internacionales en materia de inmunidad frente a otros Estados?<sup>44</sup> ¿Puede la Corte imponer al Estado la obligación de cooperar? ¿O puede el Estado afectado decidir entre emplear el pretexto del art. 98 o cumplir con la obligación de cooperar con la Corte aun en contra de otras obligaciones internacionales que lo comprometen?

El tenor literal del art. 98 parece conceder el protagonismo a la propia Corte, que puede proceder a dictar una orden de arresto si considera que el Estado requerido no entraría en un conflicto con una norma internacional como resultado del requerimiento<sup>45</sup>. La Regla 195 (1) de las Normas de Procedimiento y Prueba ahonda en la función asignada a la Corte en la medida en que requiere al Estado afectado que *provea a la Corte* de «cualquier información relevante para asistirle en la aplicación del art. 98»<sup>46</sup>. Así, pone el énfasis en la autoridad de la Corte para abordar el problema. Con el fin de evitar el conflicto con las obligaciones internacionales, la Corte se ve forzada a obtener la cooperación del tercer Estado antes de dar curso a la orden de arresto.

En defensa de esta lectura, Claus Kress sostiene que los redactores del art. 98 (1) del Estatuto y de la Regla 195 (1) de las Normas de Procedimiento y Prueba eran plenamente conscientes de que la Corte sería capaz de actuar de manera determinante y con autoridad solo frente a los Estados parte, y de que los Estados no parte no quedarían obligados por ninguna decisión de la Corte adoptada conforme al art. 98 (1) del Estatuto. Este precepto, por tanto, implica la decisión, ya señalada, de los Estados parte de dotar a la Corte del poder de decidir sobre la existencia o inexistencia de las obligaciones impuestas por el Derecho internacional con respecto a la inmunidad de un Estado o la inmunidad diplomática de una persona. De ahí que se pueda destacar también que el esquema procesal establecido en el Estatuto tiene un fuerte componente vertical y supranacional —desde la Corte hacia los Estados—, en detrimento del esquema horizontal —entre los Estados—<sup>47</sup>.

<sup>44</sup> GEVERS, C., «Immunity and Implementation Legislation in South Africa, Kenya and Uganda», en AMBOS, K. y MAUNGANIDZE, O. A. (eds.), *Power and Prosecution: Challenges and Opportunities for International Criminal Justice in Sub-Saharan Africa. Pouvoir et poursuite: défis et opportunités pour la justice pénale internationale en Afrique Sub-Saharienne*, Gotinga, Göttingen Studies in Criminal Law and Justice, vol. 24, 2012, p. 85.

<sup>45</sup> ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., *op. cit.*, nota 43, p. 1003. Véase también, SLUITER, G., «Opinion on Darfur Debate», en <http://iccforum.com/darfur>, 6 de mayo de 2011, y QUESADA ALCALÁ, C., *La Corte Penal Internacional y la soberanía estatal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 428-430.

<sup>46</sup> Sobre lo poco controvertido del proceso de redacción de esta regla, HARHOFF, F. y MOCHOKO, P., «International Cooperation and Judicial Assistance», en LEE, R. S. (ed.), *The International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Ardsley, Nueva York, Transnational Publishers, 2001, p. 666.

<sup>47</sup> KRESS, C., *op. cit.*, nota 42, p. 234.

Ahora bien, todavía existen dos problemas añadidos. El primero radica en que el art. 98 del Estatuto no establece un procedimiento que asegure que la decisión de la Corte sea vinculante para el Estado<sup>48</sup>; el segundo consiste en que el art. 98 del Estatuto no identifica las obligaciones internacionales sobre la inmunidad que podrían constituir un obstáculo frente a una petición de cooperación<sup>49</sup>. La determinación sobre si realmente existe un conflicto deberá abordarse caso por caso. Además, las obligaciones internacionales a las que se refiere el art. 98 (1) se encuentran fuera del propio Estatuto, en tratados específicos entre el Estado obligado a arrestar y el Estado de la nacionalidad del acusado, o en la costumbre internacional.

De esta lectura se puede inferir que el art. 98 (1) del Estatuto por sí solo no ofrece base suficiente ni contenido preciso para presumir que existe una norma de Derecho internacional consuetudinario sobre la obligación de cooperar con la Corte<sup>50</sup>.

#### 4.2. Aproximaciones metodológicas a la interacción entre la inmunidad y la cooperación en el caso *Al Bashir*

Es necesario ahora considerar que las cuestiones de inmunidad y cooperación planteadas en el caso *Al Bashir* afectan a un nacional de un Estado no parte en el Estatuto, cuya situación fue enviada a la CPI sobre la base del art. 13.b) del mismo. Los análisis legales efectuados teniendo en cuenta esta circunstancia emplean tres enfoques diferentes<sup>51</sup>.

La primera aproximación se basa en la aplicación del principio conforme al cual solo los Estados parte en un tratado se hallan obligados por él (art. 34 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados), de modo que el fundamento de la renuncia a la inmunidad en el ámbito penal internacional se halla en la base o naturaleza convencional del Estatuto de la CPI. Se trataría, en palabras de Cesáreo Gutiérrez Espada, de una renuncia «anticipada e implícita» que rige solo para los Estados parte conforme al art. 12.1 del Estatuto (aceptación por los Estados parte de la competencia de la Corte respecto de los crímenes a los que se refiere el art. 5)<sup>52</sup>. El Estatuto de Roma no puede obligar a retirar la inmunidad a los altos cargos de un *tercer Estado*<sup>53</sup>. En

<sup>48</sup> CROSS, M. E. y WILLIAMS, S., «Recent Development at the ICC», *Human Rights Law Review*, 2009, núm. 9, p. 280. Gaeta, en el mismo sentido, subraya que la adopción de una orden de arresto y su envío por sí mismo no imponen una obligación de Derecho internacional a los Estados en materia de detención y entrega salvo si lo han acordado así previamente, en GAETA, P., «Does President Al Bashir Enjoy Immunity from Arrest?», *Journal of International Criminal Justice*, 2009, núm. 7, pp. 315-332, p. 318.

<sup>49</sup> JACOBS, D., *op. cit.*, nota 6, p. 283.

<sup>50</sup> KRESS, C., *op. cit.*, nota 42, p. 233.

<sup>51</sup> JACOBS, D., *op. cit.*, nota 6, pp. 284-286.

<sup>52</sup> GUTIÉRREZ ESPADA, C., «Valoración crítica de las críticas y temores suscitados por el TPI (Roma 1998)», *Hacia una Justicia Internacional*, Madrid, Abogacía General del Estado, XXI Jornadas de Estudio de la Dirección del Servicio Jurídico del Estado, 2000, p. 592.

<sup>53</sup> AKANDE, D., *op. cit.*, nota 27, p. 417.

consecuencia, el régimen de las inmunidades permanece inalterable para los Estados no parte en el Estatuto de la CPI ya que no pueden ser despojados de las mismas por un convenio que no han firmado<sup>54</sup>.

Ahora bien, esto hay que ponerlo en relación con una serie de disposiciones del Estatuto que abren vías para poder enjuiciar a los nacionales de los Estados no parte. El art. 12.2.a) del mismo establece que la competencia personal de la CPI alcanza a cualquier persona que, sin ser nacional de un Estado parte, sea acusada de haber incurrido en alguna de las conductas contenidas en el art. 5 —genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y agresión— ya sea en el territorio de un Estado parte o de un Estado que haya aceptado su competencia mediante una declaración depositada en poder de su secretario. Por tanto, la Corte podría procesar a un nacional de un Estado no parte sin que operen los arts. 12.1 del Estatuto relativo a la renuncia general a la inmunidad y 12.3 relativo a la renuncia unilateral a la misma respecto de un crimen concreto<sup>55</sup>. Estos últimos supuestos, sin embargo, no son aplicables a la situación de Al Bashir ya que se trata del enjuiciamiento de los crímenes cometidos en el territorio de un Estado no parte por un nacional de un Estado no parte.

La segunda aproximación aborda el problema de la aplicabilidad de la norma relativa a la irrelevancia del cargo oficial desde la perspectiva de su regulación consuetudinaria. La obligación de cooperar con la Corte está sujeta al régimen de las inmunidades del *orden internacional general, fundamentalmente consuetudinario*. Sin embargo, aún hoy no se dan las circunstancias para identificar normas consuetudinarias respecto de la obligación de cooperar. De hecho, la Corte apela al Derecho consuetudinario en las Decisiones adoptadas en 2011<sup>56</sup> y se desmarca de él en la Decisión de 2014, en la que emplea como fundamento la Resolución 1593 del Consejo de Seguridad<sup>57</sup>.

Finalmente, el tercer criterio se asocia al modo en el que la CPI adquiere la competencia jurisdiccional. Es diferente que el Estado parte envíe la situación *motu proprio* a la Corte a que sea el Consejo de Seguridad el que, conforme al Capítulo VII de la Carta, remita la situación. La fuente de la obligación de cooperar provendrá del Estatuto de Roma en el primer caso; en el

<sup>54</sup> En palabras de Akande: «*It is not an adequate response to assert that those immunities are conferred by international law only with respect to interstate relations and in proceedings before national courts [...]. To suggest that immunity is nonexistent before an international tribunal that has not been consented to by the relevant state is to allow subversion of the policy underpinning international law immunities*», AKANDE, D., *op. cit.*, nota 27, p. 417.

<sup>55</sup> CARNERERO CASTILLA, R., *La inmunidad de jurisdicción penal de los Jefes de Estado extranjeros*, Madrid, Iustel, 2007, pp. 222-223.

<sup>56</sup> Sala de Cuestiones Preliminares I, *Decision Pursuant to the Article 87(7) on the Failure of the Republic of Malawi to Comply with the Cooperation Requests Issued by the Court With Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmed Al Bashir*, ICC-02/05-01/09-139, 12 de diciembre de 2011 («Decisión sobre Malawi»), y por la misma Sala, *Decision Pursuant to the Article 87(7) on the Failure of the Republic of Chad to Comply with the Cooperation Requests Issued by the Court With Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmed Al Bashir*, ICC-02/05-01/09-140, 13 de diciembre de 2011.

<sup>57</sup> Sala de Cuestiones Preliminares II, *Decision regarding Omar Al Bashir's visit to the Democratic Republic of Congo*, ICC-02/05-01/09-186, 26 de febrero de 2014.

segundo caso, será el propio Consejo de Seguridad el que a su vez determine el alcance y el contenido de la obligación, ya sea inspirado en la Carta de Naciones Unidas (art. 103), en la costumbre internacional o en el Convenio sobre la represión y sanción del delito de genocidio de 1948 que prevé un régimen específico.

## 5. LAS ÓRDENES DE ARRESTO CONTRA AL BASHIR Y EL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE COOPERAR

Como punto de arranque, el Jefe de Estado de Sudán, Al Bashir, disfruta de la inmunidad concedida por su Derecho interno y por el Derecho internacional ante otros Estados, incluidos los Estados parte en el Estatuto de la CPI. Partiendo de esta consideración, el debate se centra en la compatibilidad entre las órdenes de detención dictadas por la Corte y el deber de los Estados de cooperar con la misma, por un lado, y las normas del Derecho internacional sobre inmunidad, por otro lado.

Los antecedentes procesales de las Decisiones sobre el incumplimiento dictadas por la Corte pueden resumirse como sigue: el Consejo de Seguridad adoptó la Resolución 1593 el 31 de marzo de 2005, conforme a la cual remitió la situación de Darfur, región de Sudán, a la Corte, autorizando el ejercicio de su jurisdicción conforme al art. 13.b) del Estatuto. Casi cuatro años después, la Sala de Cuestiones Preliminares, a solicitud del fiscal, adoptó la primera orden de arresto contra Al Bashir (el 4 de marzo de 2009) y un año después la segunda (el 12 de julio de 2010)<sup>58</sup>. (El hecho de que transcurrieran cuatro años entre la Resolución 1593 del Consejo de Seguridad y las primeras actuaciones de la Corte no refleja precisamente que se confiriera especial relevancia al caso.) Con todo, a su vez, la Corte hizo circular dos requerimientos de cooperación dirigidos a todos los Estados parte en el Estatuto para el arresto de Al Bashir<sup>59</sup>. Pese a ello, el jefe del Estado sudanés no fue detenido durante sus visitas a Chad, Malawi, República Democrática del Congo (RDC) y Sudáfrica recientemente<sup>60</sup>, y por este motivo la Sala adoptó una serie de Decisiones sobre el incumplimiento del deber de cooperar con la Corte, dirigidas a sendos Estados y también a la República de Sudán<sup>61</sup>.

<sup>58</sup> Sala de Cuestiones Preliminares I, *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir* («Omar Al Bashir»), *Warrant of Arrest*, *op. cit.*, nota 1 y Sala de Cuestiones Preliminares I, *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir* («Omar Al Bashir»), *Second Warrant of Arrest*, *op. cit.*, nota 1.

<sup>59</sup> Sala de Cuestiones Preliminares I, *Request to All States Parties to the Rome Statute for the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09-7 1/6 EO PT, 6 de marzo de 2009 y dictado por la misma Sala, *Supplementary Request to All States Parties to the Rome Statute for the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09-96 1/6 RH PT, 21 de julio de 2010.

<sup>60</sup> Todos ellos son Estados parte en el Estatuto. Malawi devino Estado parte en el Estatuto de Roma el 1 de diciembre de 2002, Chad el 1 de enero de 2007, la República Democrática del Congo el 11 de abril de 2002 y Sudáfrica el 27 de noviembre de 2000.

<sup>61</sup> Sala de Cuestiones Preliminares I, *op. cit.*, nota 56, y Sala de Cuestiones Preliminares II, *Decision on the Prosecutor's Request for a Finding of Non-Compliance against the Republic of the Sudan*, ICC-02/05-01/09-227, 9 de marzo de 2015.

Atendiendo a la evolución de los hechos y al contenido de las Decisiones adoptadas por la Sala de Cuestiones Preliminares, dividimos el estudio en función de las dos diferentes fundamentaciones sobre las que se basa la Corte para afirmar que se incumplió el deber de cooperar: la basada en la costumbre internacional y la basada en la Resolución 1593 del Consejo de Seguridad de 31 de marzo de 2015.

### 5.1. La excepción a la inmunidad sobre la base de la costumbre internacional

Mediante las dos Decisiones sobre el incumplimiento del deber de cooperar con la Corte, adoptadas los días 12 y 13 de diciembre de 2011, la Sala I de Cuestiones Preliminares manifestó: *a)* que los Estados de Chad y de Malawi habían incumplido su deber de consultar con la Corte el problema de la inmunidad de Al Bashir para que ella determinara la solución, y *b)* que dado que incumplieron la obligación de cooperar, impidieron que la Corte ejerciera sus funciones y poderes conforme al Estatuto<sup>62</sup>. A continuación nos centramos en la que denominaremos la «Decisión sobre Malawi» (o la «Decisión») por ser la más extensa y detallada, y similar en el fondo a la dirigida a Chad.

#### 5.1.1. La argumentación de la CPI

Desde un punto de vista fundamentalmente procesal, de acuerdo con la Regla 195 (1) de las Reglas de Procedimiento y Prueba, Malawi tenía la opción de notificar a la Corte que la petición de cooperar y de arrestar causaba un problema de ejecución con relación al art. 98 (1) del Estatuto. Sin embargo, las autoridades de Malawi no consultaron a la Corte y tampoco arrestaron al sospechoso, lo que indica que el Estado no cumplió con su obligación, fijada también en el art. 86 del Estatuto, de cooperar con la Corte<sup>63</sup>.

En la dimensión del Derecho sustantivo, la Corte rechazó el argumento de que con relación a los *Estados no parte* el Derecho internacional concede inmunidad a sus jefes de Estado en el marco de los procesos internacionales<sup>64</sup>. Al contrario, hizo una serie de apreciaciones sobre la base consuetudinaria para explicar que Al Bashir no goza de inmunidad ante la Corte y que esta puede requerir a Malawi el arresto y la entrega sin la necesidad de obtener previamente la retirada de la inmunidad por parte de Sudán conforme al art. 98 (1). El problema es que se centró en recalcar el rasgo consuetudinario de la no-inmunidad y estimó que este mismo rasgo conllevaba automáticamente el deber de cooperar. Confundió la no-inmunidad con el deber de cooperar en los siguientes términos:

<sup>62</sup> Sala de Cuestiones Preliminares I, «Decisión sobre Malawi», *op. cit.*, nota 56.

<sup>63</sup> *Ibid.*, párr. 10.

<sup>64</sup> *Ibid.*, párr. 18.

«*The Chamber finds that customary international law creates an exception to Head of State immunity when international courts seek a Head of State's arrest for the commission of international crimes. There is no conflict between Malawi's obligations towards the Court and its obligations under customary international law; therefore, article 98 (1) of the Statute does not apply*»<sup>65</sup> (redonda añadida).

Así las cosas, la improcedencia del cargo oficial recogida en el Estatuto del Tribunal para la antigua Yugoslavia y su calificación como norma declarativa de Derecho consuetudinario fueron una de las claves de la Decisión. La Sala I subrayó que, en numerosas ocasiones, especialmente después del traslado de Slobodan Milošević, el Tribunal para la antigua Yugoslavia había advertido que el art. 7 (2) de su Estatuto es una norma declarativa de Derecho consuetudinario:

«*Individuals are personally responsible, whatever their official position, even if they are Heads of State or government ministers: Article 7(2) of the Statute and article 6(2) of the Statute of the International Criminal Tribunal for Ruanda [...] are indisputably declaratory of customary international law*»<sup>66</sup> (redonda añadida).

Precisamente, una de las críticas vertidas en torno a la fundamentación de la CPI se basa en que confunde las bases jurídicas, puesto que el referido Tribunal se refiere a la inmunidad y al ejercicio de la jurisdicción, pero no al deber de cooperar. La Corte no distingue entre la inmunidad y el deber de cooperar cuando afirma que la inmunidad de los jefes de Estado ha sido rechazada en numerosas ocasiones<sup>67</sup>, cuando sostiene que ha crecido el número de procesos contra los jefes de Estado ante los tribunales internacionales<sup>68</sup> y cuando afirma que, en virtud del art. 27 (2) del Estatuto, más de 120 Estados han renunciado a invocar la inmunidad de los jefes de Estado<sup>69</sup>. Por todo ello, concluye la Corte, interpretar el art. 98 (1) del Estatuto como la justificación para no cooperar ni ejecutar las órdenes de arresto iría en contra del objeto y fin del Estatuto<sup>70</sup>.

<sup>65</sup> *Ibid.*, párr. 43. En la decisión con relación a Chad, la Sala exponía la misma fundamentación jurídica. Entre los argumentos aducidos para apoyar la vía consuetudinaria, indica que existe una práctica internacional en estos términos: «*Subsequent to 14 February 2002, international prosecutions against Charles Taylor, Muammar Gaddafi, Laurent Gbagbo and the present case show that initiating international prosecutions against Heads of State have gained widespread recognition as accepted practice*» (redonda añadida), *Decision Pursuant to the Article 87(7) on the Failure of the Republic of Chad to Comply with the Cooperation Requests Issued by the Court With Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmed Al Bashir*, *op. cit.*, nota 56, párr. 39.

<sup>66</sup> Sala de Cuestiones Preliminares I, *The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, *Decision Pursuant to Article 87(7) of the Rome Statute on the Failure by the Republic of Malawi to Comply with the Cooperation Requests Issued by the Court with Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, *op. cit.*, nota 56, párr. 30 (se refería a las decisiones: ICTY, *The Prosecutor v. Anton Furundzija*, IT-95-17/1-T, Sentencia de 10 de diciembre de 1998, párr. 140, e ICTY, *The Prosecutor v. Slobodan Milosevic*, IT-99-37-PT, Decisión sobre Cuestiones Preliminares, 8 de noviembre de 2001, párr. 28). Este *dictum* apoyaría la tesis de que el art. 27 del Estatuto de la CPI declara una norma consuetudinaria de Derecho internacional: la improcedencia del cargo oficial, en palabras de ZAHAR, A. y SLUITER, G., *International Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 504.

<sup>67</sup> «*Decisión sobre Malawi*», *op. cit.*, nota 56, párr. 38.

<sup>68</sup> *Ibid.*, párr. 39.

<sup>69</sup> *Ibid.*, párr. 40.

<sup>70</sup> *Ibid.*, párr. 41.

La Corte extrajo tales conclusiones porque entendió que el alcance de la improcedencia del cargo oficial en los procesos ante los tribunales internacionales se extiende a los actos de cooperación por los Estados, dado que ambas figuras forman parte integrante de un todo. Sin embargo, el art. 98 (1) del Estatuto requiere ser interpretado por la Corte desde una aproximación más elevada, con un significado propio en torno a la cooperación, y en tanto que artículo autónomo. Dire Tladi observa que la desatención al art. 98 (1) por la Corte «es peligrosa en la medida en que puede alentar una aproximación al Derecho cargada de “valores” y que serviría de fachada de la política o de instrumento de los poderosos»<sup>71</sup>.

### 5.1.2. *La oposición de la Unión Africana*

Las dos Decisiones adoptadas en diciembre de 2011 por la Sala I de Cuestiones Preliminares fueron ampliamente criticadas por la Comisión de la Unión Africana, que mostró su desacuerdo con la postura de la Corte sobre la base de dos grandes consideraciones<sup>72</sup>. En primer lugar, sostuvo que la inmunidad de los Funcionarios del Estado constituye un derecho que un tratado no firmado no puede despojar. Para ello, se apoyó en el art. 98 (1) del Estatuto y adujo que si el mismo se incluyó en el texto convencional fue porque se asumió la posibilidad de retirar la inmunidad a los oficiales de *los Estados parte*. *A sensu contrario*, el Estatuto no puede eliminar la inmunidad otorgada por el Derecho internacional a los oficiales del *Estado que no es parte*<sup>73</sup>. En segundo lugar, la Unión Africana alegó que el Consejo de Seguridad no previó expresamente en la Resolución 1593 que retiraba la inmunidad del Presidente Al Bashir. La mera remisión de una «situación» por el Consejo de Seguridad a la CPI o la petición de cooperar no pueden identificarse con la suspensión de la inmunidad garantizada por el Derecho internacional<sup>74</sup>. En cuanto a este segundo argumento, Claus Kress, quien fue miembro de la delegación alemana en la Conferencia de Roma, explica que ciertamente la redacción del art. 98 (1) del Estatuto no pretendía privar a los Estados no parte de su derecho a la inmunidad. Ahora bien, continúa el autor, el art. 98 (1) tampoco expresa el reconocimiento de una costumbre internacional a favor de la inmunidad del jefe de Estado que prohíba a la CPI el ejercicio de su jurisdicción o, al menos, que prohíba la entrega del procesado<sup>75</sup>.

<sup>71</sup> TLADI, D., «The ICC Decisions on Chad and Malawi. On Cooperation, Immunities, and Article 98», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 11, 2013, pp. 199-221, p. 207.

<sup>72</sup> Comisión de la Unión Africana, *Press Release núm. 002/2012 on the Decisions of Pre-Trial Chamber I of the International Criminal Court pursuant to Article 87(7) of the Rome Statute on the Alleged Failure by the Republic of Chad and the Republic of Malawi to Comply with the Cooperation Requests Issued by the Court with respect to the Arrest and Surrender of President Omar Hassan Al Bashir of the Republic of the Sudan*, 9 de enero de 2012.

<sup>73</sup> *Ibid.*, p. 2.

<sup>74</sup> *Ibid.*

<sup>75</sup> KRESS, C., *op. cit.*, nota 42, p. 232. Véanse también VERDEBOUT, A., «L'opposition de l'UA aux poursuites contre Omar Al Bashir: analyse des arguments juridiques avancés pour entraver le travail

En la reacción de la Unión Africana subyace un problema latente y constante desde que la CPI empezó a funcionar. El número de Estados africanos cuyos casos figuran como pendientes ante la Corte, en comparación con otros continentes, hace inevitables las críticas de politización y parcialidad de la misma, e incluso, reacciones como la descrita.

### 5.1.3. *Las dificultades de la vía consuetudinaria*

Resulta extraño que un texto convencional, aprobado en 1998 y vigente desde 2003, con tan profundas implicaciones, tenga un efecto consuetudinario tan instantáneo. En cualquier caso, el foco es diferente si el fin es declarar o hacer cristalizar la norma sobre la improcedencia del cargo oficial o la del deber de cooperar. Si la Corte se hubiera centrado en la búsqueda de una base consuetudinaria en donde sustentar el deber de cooperar, habría encontrado el problema de la falta de elementos —de *opinio iuris* y de práctica suficiente—. Además, reconocer la base consuetudinaria implicaría que el deber de cooperar en el arresto correspondería a todos los Estados, no solo a los Estados parte en el Estatuto. La labor de la Corte podría, tal vez, haber sido más exhaustiva en esta determinación.

A ello se añade que, al margen de la vía consuetudinaria, podría haberse apelado a razones de eficacia de la Corte y del propio Estatuto. Sencillamente, para hacer efectivo el art. 27 del Estatuto se deben adoptar las medidas de arresto. Así, la Corte habría mostrado su autoridad interpretativa con relación a las obligaciones que afectan a los Estados de conformidad con el Estatuto, consistentes con el Derecho internacional.

## 5.2. **La excepción a la inmunidad por la vía de las resoluciones del Consejo de Seguridad**

El 26 de febrero de 2014, la Sala II de Cuestiones Preliminares recibió la notificación del fiscal sobre el posible viaje de Omar Al Bashir a la República Democrática del Congo con motivo de la cumbre del Mercado Común para el Este y el Sur de África prevista para los días 26 y el 27 de febrero del mismo año en Kinshasa<sup>76</sup>. A través de dicha notificación, el fiscal solicitó a la Corte que adoptara las medidas siguientes: a) que se asegurase de que las órdenes

---

de la CPI et leur expression sur le terrain de la coopération», *Revue Belge de Droit International*, vol. 45, 2012, núm. 1, pp. 201-236, y WELDEHAIMANOT, S., «Arresting Al-Bashir: The African Union's Opposition And The Legalties», *African Journal Of International And Comparative Law*, vol. 19, 2011, núm. 2, pp. 208-235.

<sup>76</sup> Sala de Cuestiones Preliminares II, *op. cit.*, nota 57. Posteriormente, la Sala dictó sendos informes sobre los potenciales viajes de Al Bashir a Arabia Saudí, Kuwait, Reino de Bahrein e Indonesia. Véase a este respecto, *Report of the Registry on the Decision regarding Omar Al Bashir's travel to the United Arab Emirates and his potential travel to the Kingdom of Saudi Arabia, the State of Kuwait and the Kingdom of Bahrain*, ICC-02/05-01/09-230, 19 de marzo de 2015, y *Report of the Registry on Omar Al Bashir's potential travel to the Republic of Indonesia*, ICC-02/05-01/09-238, 22 de mayo de 2015.

de arresto pendientes contra Al Bashir fueran ejecutadas; b) que recabara información sobre dicha visita a través de las autoridades de RDC, y c) que recordara a las autoridades de RDC «la obligación vigente de arrestar a las personas a quienes la CPI ha dictado órdenes de arresto»<sup>77</sup>. El mismo día 26 de febrero, la Sala II adoptó la «Decisión sobre la visita de Omar Al Bashir a RDC», en la que requería al país que inmediatamente detuviera y enviara a Al Bashir a la Corte<sup>78</sup>.

Cuando la Sala tuvo constancia de que Al Bashir había llegado a RDC el 25 de febrero y regresado de vuelta a su país el 27 del mismo mes, solicitó a las autoridades congoleñas competentes que le enviaran explicaciones por no haber ejecutado la orden de arresto contra Al Bashir y por no haber consultado con la Corte sobre los problemas que le impidieron ejecutar la petición<sup>79</sup>. Se reprochó a la RDC su pasividad, señaladamente, que hubiera omitido información relevante para la Sala en torno a su interpretación del art. 98 (1) del Estatuto de Roma<sup>80</sup>.

La RDC alegó problemas de tiempo e impedimentos legales para cumplir la orden de arresto. En primer lugar, la composición de las delegaciones que asistirían a la cumbre «le fue comunicada muy tarde al Servicio de Protocolo del Estado»<sup>81</sup>. Unido a esto, el hecho de que un jefe de Estado extranjero se encontrara en territorio congoleño ponía al país en «una situación complicada, ambigua y grave por el hecho de que la RDC es Estado parte en el Estatuto de la CPI e igualmente es miembro de la Unión Africana»<sup>82</sup>. Precisamente, la RDC alegó que Al Bashir fue invitado «por una organización regional y no por el Estado»<sup>83</sup>. Por todo ello, la llegada de Al Bashir al país el 25 de febrero de 2014, la recepción de la decisión de la Sala II al día siguiente y su salida del país el día 27 hicieron «materialmente imposible» adoptar una decisión con implicaciones legales, diplomáticas y de seguridad tan relevantes. Si los acontecimientos no se hubieran producido en un periodo de tiempo tan limitado, la RDC habría contactado con la Corte y le habría notificado estas dificultades<sup>84</sup>. Sin embargo, ante estas alegaciones, la Corte respondió que la

<sup>77</sup> Sala de Cuestiones Preliminares II, *op. cit.*, nota 57, párr. 8.

<sup>78</sup> *Ibid.*

<sup>79</sup> Sala de Cuestiones Preliminares, *Transmission to Pre-Trial Chamber II of the Observations submitted by the Democratic Republic of Congo pursuant to the «Decision request observations on Omar Al Bashir's Visit to the Democratic Republic of Congo»*, ICC-02/05-01/09-190, y Anexos I y II, 17 de marzo de 2014.

<sup>80</sup> *Ibid.*, Anexo II, p. 6.

<sup>81</sup> *Ibid.*

<sup>82</sup> *Ibid.* A este respecto, la RDC advirtió que pese a que el art. 27 del Estatuto de la CPI hace «inefectivas» las inmunidades de Al Bashir en tanto que jefe de Estado, sin embargo, las mismas subsisten dado que el acusado es jefe de Estado de Sudán, que a su vez es Estado miembro de la Unión Africana, y que adoptó una decisión, de 12 de octubre de 2013, en virtud de la cual a ningún jefe de Estado o de Gobierno de la Unión Africana se le requerirá comparecer ante una corte o tribunal durante el ejercicio de su cargo oficial. A la luz de esta decisión, la orden de la Sala devenía incompatible con sus obligaciones sobre las inmunidades aparejadas a la posición del jefe de Estado.

<sup>83</sup> *Ibid.*

<sup>84</sup> *Ibid.*

RDC había sido informada sobre los requerimientos cuatro años antes, por lo que no podía invocarse la excusa de que Al Bashir salió del país *solo* un día después de la notificación.

### 5.2.1. *¿Puede hallarse Sudán en una situación equivalente a la de un Estado parte como consecuencia de la remisión efectuada por el Consejo de Seguridad?*

Sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 98 del Estatuto, la Corte señaló que la base jurídica de su decisión se encontraba en la Resolución 1593 del Consejo de Seguridad, de 31 de marzo de 2005<sup>85</sup>. Ahora bien, esta Resolución, a través de la cual el Consejo remite la situación de Darfur al fiscal de la Corte, no contiene una previsión específica sobre la inmunidad del jefe del Estado de Sudán, sino que exige al Gobierno de Sudán que «coopere plenamente» con la Corte (párrafo dispositivo 2.º)<sup>86</sup>. ¿Muestra el Consejo de Seguridad su intención de poner a Sudán en una situación jurídica equivalente a la de un Estado parte? ¿No iría demasiado lejos el Consejo de Seguridad si manifestara que el art. 27 (2) del Estatuto es aplicable también a Sudán?<sup>87</sup>.

Las dudas de interpretación se generan en torno a la tensión irresuelta entre el art. 98 (1) del Estatuto, el art. 27.2 del mismo y la Resolución 1593 del Consejo de Seguridad<sup>88</sup>. La Sala II concluye que no existe impedimento en el plano horizontal entre la RDC y Sudán respecto a la ejecución de los requerimientos de 2009 y 2010 de la CPI para detener y someter a Al Bashir. Unido a esto, añade que Sudán debería ser tratado de manera similar a un Estado parte en el Estatuto por la naturaleza obligatoria de las resoluciones del Consejo de Seguridad adoptadas bajo el Capítulo VII<sup>89</sup>. La Resolución del Consejo de Seguridad extiende los poderes coercitivos de la Corte más allá de las previsiones del propio Estatuto con el fin de obtener la cooperación total de Sudán. La Resolución 1593 convierte el Estatuto en aplicable para Sudán porque lo coloca «en una situación análoga a la de un Estado parte»<sup>90</sup>.

<sup>85</sup> Sala de Cuestiones Preliminares II, *Decision on the Cooperation of the Democratic Republic of the Congo Regarding Omar Al Bashir's Arrest and Surrender to the Court*, ICC-02/05-01/09-195, 9 de abril de 2014, párr. 29.

<sup>86</sup> El párr. 2.º de la Resolución 1593 del Consejo de Seguridad, de 31 de marzo de 2005, dispone literalmente lo siguiente: «Decide que el Gobierno del Sudán y todas las demás partes en el conflicto de Darfur deben cooperar plenamente con la Corte y el fiscal y prestarles toda la asistencia necesaria en aplicación de la presente resolución y, aunque reconoce que los Estados que no son parte en el Estatuto de Roma no tienen obligación alguna con arreglo a dicho Estatuto, exhorta a todos los Estados y organizaciones regionales y demás organizaciones internacionales competentes a que también cooperen plenamente».

<sup>87</sup> KRESS, C., *op. cit.*, nota 42, p. 242, y PAPILLON, S., «Has the UN Security Council implicitly removed Al Bashir's immunity?», *International Criminal Law Review*, vol. 10, 2010, núm. 2, pp. 275-288.

<sup>88</sup> IVERSON, J. M., «The Continuing Functions of Article 98 of the Rome Statute», *Göttingen Journal of International Law*, vol. 4, 2012, núm. 1, pp. 131-151.

<sup>89</sup> Sala de Cuestiones Preliminares II, *op. cit.*, nota 85, párr. 29.

<sup>90</sup> BOSCHIERO, N., «The ICC Judicial Finding on Non-Cooperation Against the DRC and No Immunity for Al-Bashir Based on UNSC Resolution 1593», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 13,

La Sala II considera que el núcleo del problema se halla en el alcance del art. 27, es decir, si la retirada de la inmunidad se aplica a todos los jefes de Estado, incluidos los de los Estados no parte en el Estatuto, o si debería confinarse solo a los Estados parte. La Sala reconoce que en el caso de los Estados no parte, como Sudán, pueden suscitarse dudas sobre la retirada de la inmunidad dado que el Estatuto «no impone obligaciones a terceros sin su consentimiento»<sup>91</sup>. En consecuencia, la excepción al ejercicio de la jurisdicción prevista en el art. 27 (2) del Estatuto debiera limitarse a «los Estados parte que lo han aceptado»<sup>92</sup>. La cuestión es si al margen del art. 27 (2), la Resolución 1593 (2005) del Consejo de Seguridad lleva implícita la decisión de hacer inaplicable la inmunidad concedida por el Derecho internacional al jefe del Estado de Sudán, lo que implicaría poder iniciar directamente el proceso penal internacional.

Dicho esto, conforme a la Sala, el art. 98 (1) del Estatuto solicita a la Corte que se asegure la cooperación de los terceros Estados para eliminar la inmunidad de sus jefes de Estado con el fin de impedir que el Estado requerido actúe de manera inconsistente con sus obligaciones internacionales. Sin embargo, una vez hecha la breve alusión al art. 98 (1) del Estatuto, lo que marca el fundamento jurídico de su decisión es la Resolución 1593 (2005) del Consejo de Seguridad, que sitúa a Sudán bajo la obligación de cooperar completamente con la Corte. La Sala interpreta la Resolución 1593 (2005) del Consejo de Seguridad en el sentido de que «la cooperación de dicho tercer Estado (Sudán) para retirar la inmunidad [tal y como se requiere en el art. 98 (1) del Estatuto] se había asegurado en virtud del lenguaje de la Resolución 1593»<sup>93</sup>. Es decir, la petición de cooperación dirigida a Sudán en virtud del art. 98 (1) del Estatuto no solo se ve avalada por la Resolución 1593 del Consejo de Seguridad, sino que coloca a esta en la primera posición en la jerarquía normativa.

La línea argumental se inspira en la idea de que si lo establecido en las resoluciones del Consejo de Seguridad respecto de los tribunales para Yugoslavia y Ruanda obliga a todos los Estados parte de Naciones Unidas, lo mismo ocurre respecto de lo establecido por el Consejo de Seguridad en relación con la CPI. De este modo, la Resolución 1593 coloca a Sudán en una posición equivalente a la de los Estados parte en el Estatuto en lo que se refiere a los fines y deberes de cooperación con la Corte. Como resultado, el régimen de inmunidad no es aplicable a Al Bashir, como no lo es entre los Estados parte en el Estatuto.

---

2015, p. 652. La opinión de que Sudán no puede ser equiparado a un Estado miembro la defienden, entre otros: NOUWEN, S. y ALBANESE, M., «Arresting Bashir: How the ICC has Violated its Own Statute», blogpost, en <http://africanarguments.org/2009/03/10/arresting-bashir-how-the-icc-has-violated-its-own-statute/>, 10 de marzo de 2009; GAETA, P., «Opinion on Darfur Debate», en <http://iccforum.com/darfur#Gaeta>, 6 de mayo de 2011; y LIU, D., *op. cit.*, nota 41, pp. 55-73.

<sup>91</sup> Sala de Cuestiones Preliminares II, *op. cit.*, nota 85, párr. 26.

<sup>92</sup> *Ibid.*

<sup>93</sup> *Ibid.*

Ahora bien, autoras como Paola Gaeta niegan que el Consejo de Seguridad pueda modificar los poderes de la Corte, incluidas sus facultades frente a los Estados miembros en lo que afecta a la cooperación judicial. Sostiene que la Corte es una organización internacional creada por un tratado y que ejerce los poderes que este le atribuye. Las obligaciones impuestas por el Consejo de Seguridad sobre un Estado miembro a través de una resolución aprobada en el marco del Capítulo VII de la Carta no pueden afectar a los derechos de otra organización, en este caso la Corte, tal y como aparecen regulados en su propio instrumento constitutivo. La decisión del Consejo de Seguridad sobre la obligación de Sudán de cooperar no puede eximir a la Corte de la necesidad de implementar el requerimiento para el ejercicio de su cometido conforme al art. 98 (1) del Estatuto<sup>94</sup>.

De la misma manera, la autora critica con dureza la resolución de la Sala II por no haber dedicado una sola mención a las dos decisiones de 2011 respecto de Malawi y Chad. Así, señala que la CPI «no puede tomarse el lujo de cambiar de postura en un aspecto tan sensible, sin clarificar las razones por las que lo hace»<sup>95</sup>. En esta misma línea, Hoogh y Krottenerus ponen de relieve la continua incertidumbre sobre este aspecto, reflejado en el desacuerdo entre las diferentes Salas sobre la correcta interpretación del art. 98 (1)<sup>96</sup>.

El Consejo de Seguridad exige a todos los Estados que cooperen con la CPI, pero esta cooperación está supeditada a la conformidad con el Estatuto y las Reglas de Procedimiento. El Consejo de Seguridad no ha dado a la Corte carta blanca en materia de cooperación; ni la ha autorizado para que envíe órdenes de arresto a los Estados no parte en el Estatuto. Si hubiera pretendido obligar a todos los Estados miembros a cooperar con la Corte mediante la ejecución de órdenes particulares, lo habría manifestado expresamente<sup>97</sup>.

Incluso, se plantea si la Resolución va más allá de la relación entre la Corte y Sudán, y engloba una relación triangular entre la Corte, Sudán y el Estado parte al que se le requiere cooperar con la Corte. Para algunos autores, esto último es inviable puesto que, aunque la Corte está facultada jurídicamente para dictar una orden de arresto contra Al Bashir, de acuerdo con el art. 98 (1) del Estatuto debería haber obtenido la suspensión de la inmunidad por parte de Sudán antes de pedir al Estado parte arrestar al sospechoso<sup>98</sup>. Otros discuten esta postura y apelan a la interpretación del art. 27 (2) del Estatuto, según la cual la suspensión de la inmunidad debe extenderse a la relación triangular entre la CPI, el Estado parte requerido y el «tercer» Estado en el que se halla

<sup>94</sup> GAETA, P., *op. cit.*, nota 90, y de la misma autora, *op. cit.*, nota 48.

<sup>95</sup> GAETA, P., «The ICC Changes Its Mind on Immunity from Arrest of President Al Bashir, But It Is Wrong Again», *Opinio Iuris blogpost*, 23 de abril de 2014, en <http://opiniojuris.org/2014/04/23/guest-post-icc-changes-mind-immunity-arrest-president-al-bashir-wrong>.

<sup>96</sup> HOOGH, A. y KNOTTENERUS, A. S., «ICC Issues New decision on Al-Bashir's Immunities. But Gets the Law Wrong... Again», *EJIL Talk!*, *blogpost*, 18 de abril de 2014, <http://www.ejiltalk.org/icc-issues-new-decision-on-al-bashirs-immunities—but-gets-the-law-wrong-again/>.

<sup>97</sup> GAETA, P., *op. cit.*, nota 48, p. 331.

<sup>98</sup> *Ibid.*, p. 329.

el sospechoso<sup>99</sup>. En este orden de cosas, el vínculo establecido entre el art. 27 y el art. 98 (1) del Estatuto tendría el mérito de inclinar el péndulo hacia un régimen de cooperación más vertical que el considerado habitualmente<sup>100</sup>.

En cualquier caso, como señala Sluiter, incluso si se aceptara que la Sala de Cuestiones Preliminares que requirió a todos los Estados parte arrestar a Al Bashir actuó contraviniendo el art. 98, esto no puede justificar la negativa a cooperar con la Corte. Esto es, los Estados no están autorizados a decidir de manera unilateral que la Corte ha actuado *ultra vires* y adherirse a este argumento para alcanzar sus objetivos. Con todo, admite el autor que la Corte ha seguido un procedimiento erróneo al requerir la cooperación como lo ha hecho. Defiende que la vía se halla en el art. 87 (7) del Estatuto (la Corte constata el incumplimiento del deber de cooperar y remite la cuestión a la Asamblea de Estados parte o al Consejo de Seguridad) y en la Regla 109 de las Normas de Procedimiento y Prueba (revisión de oficio por parte de la Sala de Cuestiones Preliminares de las decisiones del fiscal)<sup>101</sup>.

### 5.2.2. *La oportunidad de contribuir a cristalizar una costumbre internacional*

Entendemos que la Decisión de 2014 de la Sala de Cuestiones Preliminares II podía haber explicado al menos que se trataba de una situación puntual y que las Decisiones de 2011 precedentes, basadas en la norma consuetudinaria, no habían evolucionado hasta el punto de establecer una excepción de Derecho consuetudinario favorable a suspender la inmunidad *ratione personae* con respecto a los crímenes internacionales. Sin embargo, la Corte ni siquiera menciona la fundamentación en la costumbre internacional y recurre de modo exclusivo al texto de la Resolución 1593 del Consejo de Seguridad. No es que deje en un segundo plano la interpretación consuetudinaria, sino que ni siquiera la menciona. Así, mientras que el Consejo de Seguridad se erige en el ejecutor principal de la Resolución que reenvía a la Corte, esta pierde protagonismo y autoridad.

En palabras de Claus Kress, si la Sala II hubiera rescatado su argumentación anterior, basada en la costumbre internacional, habría contribuido a la cristalización de la misma<sup>102</sup>. No obstante, el autor también admite que los casos en los que un jefe de Estado en ejercicio ha sido llevado ante un tribunal penal internacional son casi inexistentes. La única decisión anterior al caso *Al Bashir* que aborda la inmunidad *ratione personae* es la adoptada por el fiscal en el caso contra Charles Taylor en el marco del Tribunal Especial para

<sup>99</sup> KRESS, C., *op. cit.*, nota 42, pp. 238-239.

<sup>100</sup> BOSCHIERO, N., *op. cit.*, nota 90, pp. 625, 626 y 636.

<sup>101</sup> SLUITER, G., *op. cit.*, nota 45. Destaca la alternativa que plantea Gaeta en el sentido de que el Convenio sobre la Represión y la Sanción del delito de genocidio de 1948 provee de una base alternativa sobre la que sostener la obligación de ejecutar las órdenes de arresto, en GAETA, P., *op. cit.*, nota 89.

<sup>102</sup> KRESS, C., *op. cit.*, nota 42, p. 251.

Sierra Leona, con la diferencia de que en el momento en el que fue adoptada el procesado ya no era presidente de Liberia<sup>103</sup>.

En lugar de desarrollar la vía consuetudinaria, aunque fuera sobre mimbres limitados, la decisión de la Sala II de Cuestiones Preliminares reconoce que el art. 98 (1) del Estatuto está destinado a disuadir a la Corte para que se asegure la cooperación de los Estados no parte mediante la retirada de la inmunidad de sus jefes de Estado. Sin embargo, conforme a la Sala, la Corte no necesitaba obtener la cooperación de Sudán para eliminar las inmunidades de Al Bashir puesto que el Consejo de Seguridad, cuando obliga a Sudán a cooperar y a proveer de la necesaria asistencia a la Corte y al fiscal, «elimina todo impedimento en el proceso ante la Corte, incluyendo la retirada de las inmunidades»<sup>104</sup>. La Sala concluye que el requisito del art. 98 (1) del Estatuto ya había quedado asegurado por la Resolución del Consejo de Seguridad que implícitamente retiró las inmunidades concedidas a Omar Al Bashir<sup>105</sup>.

A modo de recapitulación, mientras que la Sala I de Cuestiones Preliminares defiende la suspensión de la inmunidad sobre la base de la excepción especial del Derecho internacional consuetudinario, la Sala II decide abandonar la referencia a la costumbre internacional y apoyarse en la Resolución 1593 (2015) del Consejo de Seguridad para concluir que Al Bashir no goza de inmunidad y que la Corte puede requerir a la RDC el arresto del sospechoso sin necesidad de obtener previamente la suspensión de la inmunidad por parte de Sudán conforme al art. 98 (1).

## 6. CONCLUSIONES

La evolución del Derecho internacional incide de manera inevitable en el alcance de la inmunidad internacional que corresponde a los jefes de Estado. Tan es así que algunos tribunales internacionales sostienen que la inmunidad no cubre la persecución penal internacional contra los jefes de Estado cuando se trata de crímenes internacionales cometidos durante su mandato. En el mismo sentido, una mayoría de la doctrina muestra el acuerdo generalizado en la oportunidad de retirar la inmunidad cuando se trata de la comisión de crímenes internacionales.

Ahora bien, más que otra cosa, tanto las excepciones a la inmunidad en determinadas circunstancias como el deber de cooperar con la CPI constitu-

<sup>103</sup> *Ibid.*, p. 254. La decisión sobre la inmunidad de jurisdicción se encuentra en: Tribunal Especial para Sierra Leona, Sala de Cuestiones Preliminares, *Prosecutor v. Taylor*, SCSL-2003-01-I, 31 de mayo de 2004.

<sup>104</sup> Sala de Cuestiones Preliminares II, *op. cit.*, nota 85, párr. 29.

<sup>105</sup> *Ibid.* En cualquier caso, si el Estado requerido se niega a dar curso a una solicitud de cooperación, la Corte puede remitir la cuestión a la Asamblea de Estados parte o al Consejo de Seguridad [art. 87 (7) del Estatuto], por lo que las controversias relativas a las funciones judiciales de la Corte son dirimidas por ella misma [art. 119 (1) del Estatuto].

yen aún una fuente de incertidumbres jurídicas que dificultan que la misma pueda ejercer plenamente sus funciones.

Corresponde a la Corte interpretar su Estatuto y hacer superar las fricciones existentes entre su art. 27 (la improcedencia del cargo oficial) y su art. 98 (1) (el deber de los Estados de cooperar con la Corte). El primero contiene la llave de entrada a la retirada de la inmunidad, mientras que el segundo representa un posible blindaje frente a la excepción a la inmunidad en función de la interpretación que se haga del precepto. En principio, la inmunidad no impide a la CPI ejercer su jurisdicción (art. 27 del Estatuto), pero la Corte ha de apoyarse en la cooperación de los Estados para arrestar y someter a los sospechosos [art. 98 (1)], por lo que la fuerza evocadora de los términos del art. 27 se comprime en el art. 98 y hace difícil ensamblar ambos preceptos. Este es el problema suscitado precisamente con las órdenes de arresto adoptadas por la CPI contra el jefe de Estado de Sudán. La CPI da inicio al proceso y procede a la fase probatoria exclusivamente sobre la base del art. 27 del Estatuto de Roma. Ahora bien, en el proceso se hace necesaria la presencia del sospechoso, que no se encuentra a su disposición, y es entonces cuando procede aplicar el art. 98.1 del Estatuto y el consiguiente deber de cooperar de los Estados. Además, en este caso concreto, la situación se torna más complicada ya que el deber de cooperar de los Estados pesa sobre un alto cargo cuyo Estado no ha firmado el Estatuto, por lo que el conflicto interestatal es inevitable.

El caso *Al Bashir* muestra cómo la Corte reconoce implícitamente que el art. 98 (1) por sí solo es insuficiente para hacer ejecutar las órdenes de arresto, y por ello recurre tanto al Derecho consuetudinario como al carácter vinculante de las resoluciones del Consejo de Seguridad (dependiendo de la composición de la Sala de Cuestiones Preliminares que aborda el caso se recurre a una o a otra base legal). Sin embargo, ambos fundamentos presentan limitaciones y contradicciones desde el punto de vista legal. La solución de la Corte no es del todo eficaz y puede considerarse como tímida, habida cuenta de que si bien con ella consigue aplacar las resistencias de los Estados que no cooperan en el arresto, en absoluto contribuye a preservar ni la autoridad del órgano judicial ni la unidad de criterio interpretativo. A la CPI le falta la audacia suficiente para apoyarse en su Estatuto y desarrollar una interpretación uniforme y propia que dote de contenido a sus competencias.

Los altos funcionarios del Estado podrían seguir gozando de inmunidad si el Estatuto de Roma no dispusiera otra cosa. Sin embargo, todo cambió cuando dicho Estatuto previó el principio de responsabilidad penal universal. Así las cosas, la intención de avanzar hacia el fin de la impunidad de los cargos oficiales queda claramente reflejado en los arts. 27 y 98 (1) del Estatuto de Roma.

Dado que ni los crímenes cometidos ni las órdenes de arresto prescriben, la Corte haría bien en ofrecer una argumentación coherente y convincente que disipara cualquier atisbo de duda en una materia tan sensible como esta,

imposibilitando *de facto* que puedan darse situaciones de impunidad. Una argumentación sólida y concluyente por parte de la CPI serviría igualmente para empoderar a esta institución, a la vez que para dar cumplimiento al propio Preámbulo del Estatuto de Roma que no solo afirma que los crímenes más graves para la comunidad internacional no deben quedar impunes, sino que también llama a intensificar la cooperación internacional con fin de asegurar la acción de la justicia.

### RESUMEN

#### AL BASHIR: ¿EXCEPCIÓN A LA INMUNIDAD DEL JEFE DE ESTADO DE SUDÁN Y COOPERACIÓN CON LA CORTE PENAL INTERNACIONAL?

El artículo analiza los problemas legales con los que se enfrenta la Corte Penal Internacional (CPI) para hacer cumplir las órdenes de arresto dictadas contra el jefe de Estado sudanés Omaar Al Bashir, por la supuesta comisión de crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y genocidio. El objeto es exponer las dificultades de aplicación práctica de las tres dimensiones normativas que afectan directamente al caso, esto es, la improcedencia del cargo oficial, las excepciones a la inmunidad de los jefes de Estado por la comisión de crímenes internacionales y la obligación de los Estados de cooperar con la CPI. Se analiza hasta qué punto la improcedencia del cargo oficial puede surtir todos sus efectos a la luz del Estatuto de la CPI y frente al jefe de Estado de Sudán, que no es parte en el mismo. En el caso *Al Bashir*, el incumplimiento de los Estados de la obligación de cooperar ha llevado a la Corte a plantear soluciones jurídicas dudosas, algunas en el marco del Derecho consuetudinario, y otras en el marco de la Resolución del Consejo de Seguridad que remite la situación a la Corte. Como conclusión, el artículo cuestiona la autoridad demostrada por la Corte, dada la dispersión de los criterios interpretativos empleados en su argumentación jurídica.

**Palabras clave:** cooperación con la Corte Penal Internacional, improcedencia del cargo oficial, inmunidad de jurisdicción del jefe de Estado, Sudán, Al Bashir.

### ABSTRACT

#### AL BASHIR: EXCEPTION TO IMMUNITY OF THE SUDANESE HEAD OF STATE AND COOPERATION WITH THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT?

The article examines the legal problems faced by the International Criminal Court in order to make effective the arrest warrants adopted against the Sudanese Head of State Omaar Al Bashir, who allegedly committed war crimes, crimes against humanity and genocide. The aim is to analyse the difficulties in the application of the three normative dimensions directly affecting the case: the irrelevance of the official capacity, the waiver of immunity as regards international crimes, and the duty of States to cooperate with the Court. The study analyses to what extent the irrelevance of the official capacity can achieve its full effects in the light of the Rome Statute and as regards to a Head of State of Sudan, which is not party to the treaty. In *Al Bashir's* case, the non-compliance of States with their duty to cooperate has led the Court to raise doubtful solutions, some of them related to international customary law and others strictly based on the Resolution of the Security Council referral of the situation to the Court. As a conclusion, the article challenges the authority demonstrated by the Court in this field, due to the spread of interpretative criteria used in its legal argumentation.

**Keywords:** cooperation with the International Criminal Court, irrelevance of the official capacity, immunity of jurisdiction of the Head of State, Sudan, Al Bashir.

### RÉSUMÉ

#### AL BASHIR: EXCEPTION À L'IMMUNITÉ DU CHEF DE L'ÉTAT SOUDANAIS ET COOPÉRATION AVEC LA COUR PÉNALE INTERNATIONALE?

L'article analyse les problèmes légaux dont la Cour pénale internationale (CPI) a été saisie pour faire accomplir les ordres de détention dictées contre le chef de l'État soudanais Omar Al Bashir par la commission présumée de crimes de guerre, crimes contre l'humanité et génocide. L'objet est d'exposer les difficultés d'application pratique des trois dimensions normatives affectant directement le cas, c'est-à-dire, le défaut de pertinence de la qualité officielle, la renonciation à l'immunité des chefs de l'État par la commission des crimes internationaux et l'obligation des États de coopérer avec la Cour. Il s'agit d'analyser jusqu'à quel point le défaut de pertinence de la qualité officielle peut avoir tous ses effets à la lumière du Statut de la CPI devant une personne dont l'État, le Sudan, ne fait pas partie du même. Dans le cas *Al Bashir*, les raisons données par les États pour ne pas faire effective l'obligation de coopérer ont porté à la Cour à proposer solutions juridiques douteuses, quelques-unes dans l'encadrement du droit coutumier, et d'autres dans l'encadrement de la Résolution du Conseil de Sécurité qui renvoie la situation à la Cour. L'article conclue questionnant l'autorité démontrée par la Cour dans cette affaire, considérant la dispersion des éléments d'interprétation employés dans son argumentation juridique.

**Mots-clés:** Coopération avec la Cour Pénale Internationale, défaut de pertinence de la qualité officielle, renonciation à l'immunité du Chef de l'État, Soudan, Al Bashir.



## POLÍTICA EUROPEA DE CONTROL DE LAS EXPORTACIONES DE ARMAS CONVENCIONALES Y SEGURIDAD HUMANA: MECANISMOS PARA FOMENTAR EL RESPETO DE LOS DERECHOS HUMANOS\*

Joan David JANER TORRENS

Profesor titular de Derecho internacional público  
Universidad de las Illes Balears

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA PROGRESIVA RELEVANCIA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA NORMATIVA EUROPEA SOBRE COMERCIO DE ARMAS.—3. COOPERACIÓN AL DESARROLLO, TRÁFICO DE ARMAS Y DERECHOS HUMANOS.—4. EL CRITERIO HUMANITARIO Y EL DESARROLLO DE ACTUACIONES EN TERCEROS PAÍSES.—5. LOS EMBARGOS DE ARMAS ADOPTADOS DE FORMA AUTÓNOMA POR LA UNIÓN EUROPEA COMO VÍA PARA PREVENIR LAS VIOLACIONES DE LOS DERECHOS HUMANOS.—6. DE LA TEORÍA A LA PRÁCTICA: LA APLICACIÓN DEL CRITERIO HUMANITARIO POR ESPAÑA.—7. CONSIDERACIONES FINALES.

### 1. INTRODUCCIÓN

El pasado 2 de abril de 2014, España depositó en la sede Naciones Unidas en Nueva York el instrumento de ratificación del Tratado sobre el Comercio de Armas (TCA) aprobado justo un año antes por la Asamblea General de Naciones Unidas (AGNU) a través de la Resolución 67/234B<sup>1</sup>. Este Tratado

---

\* El presente estudio se ha realizado en el marco del proyecto DER 2012-35049/JURI subvencionado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

<sup>1</sup> El Consejo de Ministros celebrado el 31 de mayo de 2013 autorizó la firma y la aplicación provisional de los arts. 6 y 7 de dicho Tratado (Aplicación provisional del Tratado sobre Comercio de Armas, hecho en Nueva York el 2 de abril de 2013, en *BOE* núm. 163, de 9 de julio de 2013). El 20 de febrero de 2014, por 313 votos a favor y una abstención, el Congreso de los Diputados aprobó la ratificación

supone un paso fundamental en la regulación de las transferencias de armas en la medida en que por primera vez se establecen, como señala el art. 1 de dicho Tratado, «normas internacionales comunes lo más estrictas posible para regular o mejorar la regulación del comercio internacional de armas convencionales» para «prevenir el tráfico ilícito de armas convenciones y prevenir su desvío» y ello con el objetivo de «contribuir a la paz, la seguridad y la estabilidad en el ámbito regional e internacional», «reducir el sufrimiento humano» y «promover la cooperación, la transparencia y la actuación responsable de los Estados parte en el comercio internacional de armas convencionales, fomentando así la confianza entre ellos»<sup>2</sup>.

Hasta el momento, no existía un tratado que regulase el comercio mundial de armas convencionales (incluidas municiones, piezas y componentes) lo cual ha incidido, como señala Naciones Unidas, en el hecho de que «[...] *too many weapons are misused or are diverted to unlawful owners, and too often an arms export request denied by one country will be approved by another*»<sup>3</sup>. Las manifestaciones de una falta de regulación global del comercio de armas se traducen, según Naciones Unidas, en la muerte de personas y en la comisión de violaciones del Derecho internacional humanitario y de los derechos humanos, en el desplazamiento de personas dentro y fuera de sus fronteras y en el padecimiento de inseguridad y de apuros económicos de aquellas personas afectadas por los conflictos y la violencia armada<sup>4</sup>. Así pues, las consecuencias que para la seguridad humana (entendida esta como el derecho de las personas a vivir de forma segura)<sup>5</sup> tiene la falta de una regulación del tráfico de armas son enormes, pues esta exige protección de las

---

de dicho Tratado (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Pleno y Diputación Permanente, X Legislatura, núm. 179, de 20 de febrero de 2014). El TCA, conforme a lo dispuesto en su art. 22, entró en vigor el 24 de diciembre de 2014. De un total de 130 Estados signatarios, 73 lo han ratificado, lo cual ha permitido su entrada en vigor (*United Nations Treaty Collection*: web consultada el 8 de septiembre de 2015).

<sup>2</sup> Como pone de manifiesto el centro de investigación *Small Arms Survey* ([www.smallarmssurvey.org](http://www.smallarmssurvey.org)), el comercio internacional de armas convencionales es un negocio muy lucrativo que mueve cada año al menos 70.000 millones de dólares y casi un millón de los ocho millones de armas que se producen cada día en el mundo se pierde o es robado, terminando con frecuencia en manos inadecuadas. Cada minuto muere en el mundo una persona a causa de la violencia armada. Se calcula, asimismo, que en el mundo circulan 875 millones o más de armas.

<sup>3</sup> *The Impact of Poorly Regulated Arms Transfers on the Work of the United Nations. United Nations coordinating action on small arms (CASA)*, UNODA Occasional Papers, marzo de 2013, núm. 23, p. 2.

<sup>4</sup> *Ibid.*

<sup>5</sup> El concepto de «seguridad humana» fue acuñado por primera vez por el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) en su Informe de 1994 titulado «Nuevas dimensiones de la seguridad humana» y en él se alude a las distintas amenazas que afectan no a los Estados, sino a las personas vinculándose dicha seguridad al derecho de las personas a vivir libres de temores y de carencias. En este sentido, el Informe estableció siete dimensiones que forman parte de la seguridad humana: económica (disponibilidad de ingresos básicos), alimentaria (disponibilidad de alimentos), en salud (entorno en condiciones de salubridad), medioambiental (equilibrio ecológico), personal (ausencia de violencia física), comunitaria (protección dada por la comunidad, familia o grupo étnico) y política (respeto a los derechos fundamentales). Sobre esta cuestión, y sin ánimo de exhaustividad, véase PÉREZ DE ARMILLO, K. y MENDIA AZKUE, M. (eds.), *Seguridad humana. Aportes críticos al debate teórico y político*, Madrid, Tecnos, 2013. Véase también, MARRERO ROCHA, I., «El régimen de control de comercio de armas convencionales y su contribución a la seguridad internacional», en BOUZA VIDAL, N., GARCÍA SEGURA, C. y

personas contra la violencia y contra la amenaza de violencia<sup>6</sup> y, de ahí, la necesidad y oportunidad de dotarse de un instrumento jurídicamente vinculante como el TCA.

Uno de los aspectos más relevantes que tiene el comercio de armas es el relativo a los efectos que su tráfico incontrolado puede tener sobre los derechos humanos de la población en la medida en que estas se pueden utilizar contra la sociedad civil. El TCA alude claramente a esta cuestión por partida doble. Por una parte, el art. 6.3 prohíbe de forma taxativa a los Estados que autoricen cualquier tipo de transferencia de armas convencionales cuando tengan conocimiento de que las armas «podrían utilizarse para cometer genocidio, crímenes de lesa humanidad, infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949, ataques dirigidos contra bienes de carácter civil o personas civiles protegidas, u otros crímenes de guerra tipificados en los acuerdos internacionales en los que sea parte». Por otra parte, en caso de que una exportación de armas no esté prohibida, el art. 7 prevé que los Estados podrán no conceder licencias de exportación si las armas pudiesen servir para «cometer o facilitar una violación grave del Derecho internacional humanitario» o para «cometer o facilitar una violación grave del Derecho internacional de los derechos humanos»<sup>7</sup>.

La inclusión del criterio humanitario, recogido en los arts. 6 y 7 del TCA, como parámetro restrictivo o limitativo a las transferencias internacionales de armamentos, vinculándose este a la violación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), del Derecho Internacional Humanitario (DIH) o a la comisión de alguno de los crímenes más graves de trascendencia internacional, supone la introducción de un parámetro muy relevante en el comercio mundial de armas, el cual tuvo un amplio respaldo de los diferentes países que participaron en la elaboración del TCA<sup>8</sup>. La finalidad de la inserción del criterio humanitario en el TCA «[...] no es punitiva, es decir, de sanción frente a prácticas precedentes de violación de los derechos humanos y/o del DIDH, sino preventiva, orientada a evitar o minimizar el riesgo de violaciones futuras tratando de impedir que el posible responsable llegue a contar con los medios para cometerlas»<sup>9</sup>.

---

RODRIGO HERNÁNDEZ, A. R. (dirs.); PAREJA ALCARAZ, P. (coord.), *La Gobernanza del interés público global. Actas de las XXV Jornadas de la AEPDIRI*, Madrid, Tecnos, 2015, pp. 287-312.

<sup>6</sup> En este sentido, se ha observado que «[...] lograr la seguridad humana exige mucho más que el desarme, pero si no se empeñan esfuerzos importantes para desarmarse, las iniciativas para afianzar la seguridad humana serán, casi con certeza, incompletas. Es poco probable que una comunidad inundada de armas ilícitas sea un lugar seguro para las personas». Véase GILLIS, M., *Desarme: Guía básica*, Nueva York, 3.ª ed., Oficina de las Naciones Unidas para Asuntos de Desarme, 2013, p. 6.

<sup>7</sup> Ante la falta de concreción por el TCA de qué debe considerarse una «violación grave del Derecho internacional de los derechos humanos», recientemente se ha publicado un estudio que pretende precisar dicho concepto. Véase KARIMOVA, T., «What Amounts to “a Serious Violation of International Human Rights Law”? An Analysis of Practice and Expert Opinion for the Purpose of the 2013 Arms Trade Treaty», *Geneva Academy Briefing*, agosto de 2014, núm. 6.

<sup>8</sup> Sobre esta cuestión, véase SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Hacia una regulación global del comercio internacional de armas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, especialmente pp. 165-181.

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 175.

En la medida en que el TCA tiene una clara incidencia en cuestiones que son de competencia exclusiva de la Unión Europea (UE) al entrar en el ámbito de la política comercial común o de las normas del mercado interior aplicables a la transferencia de armas convencionales y explosivos, el 3 de marzo de 2014, el Consejo adoptó una Decisión por la que se autorizaba a los Estados miembros a ratificarlo, en interés de la UE, pues solo los Estados miembros pueden ser partes<sup>10</sup>. El hecho de que los Estados miembros de la UE, en su conjunto, sean el principal exportador de armas en el mundo, por delante de los Estados Unidos y Rusia y que, en 2011, el porcentaje de estas exportaciones destinadas a terceros países aumentase un 61 por 100, pone de relieve la importancia que tiene la ratificación del TCA<sup>11</sup>.

La inclusión del criterio humanitario en el TCA entra claramente en coherencia con la promoción de los derechos humanos como principio que informa la acción exterior de la UE (art. 3.5 del TUE) y, de forma particular, su política comercial. En todo caso, el criterio humanitario no constituye una novedad en relación con la política europea de exportación de armas convencionales, pues desde 1998 existen distintas disposiciones que dotan de contenido a esta prohibición. Asimismo, los Estados miembros de la UE, y particularmente España<sup>12</sup>, han adoptado distintas disposiciones legales y reglamentarias para prohibir la venta de armas convencionales a países que las puedan utilizar contra la población. Esta prohibición también se ha materializado en la adopción de medidas restrictivas de tipo autónomo (no adoptadas al amparo de resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas) por parte de la UE contra terceros países, que incluyen la prohibición de que los Estados miembros vendan armas que «puedan utilizarse con fines de represión interna».

Partiendo del análisis de la incorporación del criterio humanitario con anterioridad a la entrada en vigor del TCA en la normativa europea de exportación de armas y su proyección en las legislaciones nacionales (especialmente, España), este estudio pretende analizar distintos instrumentos de política exterior (como la cooperación al desarrollo o los embargos decretados de forma unilateral) que ha utilizado la UE para evitar que las armas que los Estados miembros vendan a terceros países puedan ser utilizadas contra la población civil, valorándose en último término la práctica desarrollada por España en materia de venta de armas en relación con la observancia del criterio humanitario.

<sup>10</sup> DO L núm. 89, de 25 de marzo de 2014. Previamente, el 27 de mayo de 2013, el Consejo había adoptado la Decisión 2013/269/PESC por la que se autorizaba a los Estados miembros a firmar, en interés de la Unión Europea, el TCA (DO L núm. 155, de 7 de junio de 2013).

<sup>11</sup> Estos datos figuran en la «Propuesta de Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de junio de 2013 sobre las exportaciones de armamento: aplicación de la Posición común 2008/944/PESC del Consejo», Doc. B7-0258/2013, p. 4.

<sup>12</sup> Según el *Stockholm International Peace Research Institute (SIPRI)*, durante el periodo 2010-2014, España se ha situado en el séptimo lugar en la lista de los países exportadores de armas. Alemania ocupa el cuarto lugar, Francia el quinto y el Reino Unido el sexto lugar. Véase *SIPRI Yearbook 2015: Armaments, Disarmament and International Security*, p. 17.

## 2. LA PROGRESIVA RELEVANCIA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA NORMATIVA EUROPEA SOBRE COMERCIO DE ARMAS

Las primeras referencias en el ámbito europeo al respeto de los derechos humanos como factor a tener en cuenta en el comercio de armas se remontan, a pesar de la ausencia de una referencia expresa a la dimensión externa de los derechos humanos en la acción exterior de la Unión<sup>13</sup>, a la aprobación por el Consejo de Asuntos Generales celebrado el 25 de mayo de 1998 del Código de Conducta en materia de exportación de armas<sup>14</sup>. Si bien se trataba de un acuerdo de naturaleza política y, por tanto, no vinculante para los Estados<sup>15</sup>, estos, conforme al segundo criterio recogido en el código de conducta, identificaban el respeto de los derechos humanos en el país de destino final de las armas como motivo para no expedir licencias de exportación. El Código de Conducta vinculaba dicho respeto con la posibilidad de que las armas pudiesen ser utilizadas «con fines de represión interna».

A partir de la entrada en vigor, en 1999, del Tratado de Ámsterdam que supuso dotar de una mayor relevancia a los derechos humanos tanto en el propio seno de la Unión como en su acción exterior<sup>16</sup>, la UE fue adoptando distintas disposiciones en materia de comercio tanto interno como externo de armas en las cuales se hacía referencia a los derechos humanos como un límite en la concesión de licencias de exportación, lo cual tuvo el efecto de que esta cuestión se incorporase en las legislaciones nacionales en materia de venta de armamento.

Si bien en 1994 se reguló por primera vez el sistema de control de las exportaciones de productos de doble uso<sup>17</sup> a través del Reglamento 3381/94,

<sup>13</sup> Cabe recordar que el Tribunal de Justicia de la UE había reconocido que los derechos humanos fundamentales formaban parte de los principios generales del Derecho que derivaban de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros y de los principales instrumentos internacionales y regionales de defensa de los derechos humanos.

<sup>14</sup> Sesión núm. 2097 del Consejo, Doc. 8687/98, de 25 de mayo. Este Código de Conducta tomaba como referencia la Declaración del Consejo Europeo de 28 y 29 de junio de 1991 celebrado en Luxemburgo sobre la no proliferación y la exportación de armas, en la cual se constataba que «el respeto de los derechos humanos en el país de destino» se hallaba recogido en distintas legislaciones nacionales sobre exportación de armas y planteaba que este criterio, junto a otros, figurase como elemento a tener en cuenta en la armonización de las políticas nacionales en esta materia. Véase Anexo VII de las Conclusiones, Doc. SN 151/3/91 REV 3, pp. 31 y 32.

<sup>15</sup> En relación con el Código de Conducta, Jaume Ferrer Lloret observó que «[...] se trata de un acuerdo político (no publicado en el *DOCE*) cuya naturaleza jurídica está sometida al Derecho internacional público y en particular al principio de la buena fe en su cumplimiento, a través siempre de los ordenamientos internos de los Estados miembros». Véase FERRER LLORET, J., «La aplicación de medidas de embargo de armas adoptadas por la Unión Europea», *RDCE*, vol. 6, 1999, p. 286.

<sup>16</sup> Véase MCGOLDRICK, D., «The European Union after Amsterdam: an Organization with General Human Rights Competence?», en TWOMEY, P. y O'KEEFFE, D. (eds.), *Legal Issues of the Amsterdam Treaty*, Londres, Hart Publishing, 1999, pp. 249-270. Recientemente, la Comisión Europea y la Alta Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad han reafirmado el compromiso de la UE con los derechos humanos tanto en su acción exterior como en sus políticas y en sus relaciones con la sociedad civil. Véase «Comunicación conjunta al Parlamento Europeo y al Consejo: Plan de Acción Conjunto sobre Derechos Humanos y Democracia», *JOIN* (2015) 16 final, de 28 de abril.

<sup>17</sup> Se entiende por productos de doble uso aquellos productos, incluidos el soporte lógico (*software*) y la tecnología, que pueden destinarse a usos tanto civiles como militares o usos nucleares.

de 19 de diciembre<sup>18</sup>, no fue hasta la nueva regulación hecha por el Reglamento 1334/2000, de 22 de junio, por el que se establece un régimen comunitario de control de las exportaciones de productos y tecnología de doble uso<sup>19</sup> cuando se hizo alusión en su art. 5.1 a «consideraciones sobre derechos humanos» como motivo que permitía a los Estados prohibir la exportación de este tipo de productos. Aunque se trataba de una referencia muy genérica y no se precisaba qué debía entenderse por este tipo de consideraciones, lo cierto es que, de forma muy novedosa y al hilo del nuevo marco en materia de derechos humanos introducido por el Tratado de Ámsterdam, los Estados podían prohibir la exportación de este tipo de productos si consideraban que se podían utilizar para vulnerar los derechos humanos. En el caso español, la Ley 53/2007, de 28 de diciembre, sobre el control del comercio exterior de material de defensa y doble uso<sup>20</sup>, en línea con lo dispuesto en el Reglamento 1334/2000, tuvo el mérito de precisar que los derechos humanos operaban como límite a la transferencia de material de doble uso de tal manera que las autoridades encargadas de expedir las licencias de exportación tenían un criterio más definido a la hora de conceder o denegar las correspondientes autorizaciones<sup>21</sup>.

A partir de 2003, y vinculado al diseño de la Estrategia Europea de Seguridad, se produce un claro reconocimiento de los derechos humanos como elemento a tener en cuenta en la exportación de armas. En efecto, si bien es cierto que la Estrategia Europea de Seguridad (EES), aprobada el 13 de diciembre de 2003, no aludía de forma específica al comercio incontrolado de armas convencionales<sup>22</sup> como uno de los retos que pueden amenazar la seguridad europea, cabe señalar que las consecuencias de la fabricación, transferencia y circulación ilícitas de armas pequeñas y ligeras, así como su acumulación excesiva y su diseminación incontrolada, están en la raíz de cuatro de los cinco retos definidos (terrorismo, proliferación armas de destrucción masiva, conflictos regionales, descomposición de los Estados y delincuencia

<sup>18</sup> DO L núm. 367, de 31 de diciembre de 1994.

<sup>19</sup> DO L núm. 159, de 30 de junio de 2000.

<sup>20</sup> BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 2007.

<sup>21</sup> Así, el art. 8.1.a) señala que las solicitudes de autorización serán denegadas, suspendidas o revocadas «cuando existan indicios racionales de que el material de defensa, el otro material o los productos y tecnologías de doble uso puedan ser empleados en acciones que perturben la paz, la estabilidad o la seguridad en un ámbito mundial o regional, puedan exacerbar tensiones o conflictos latentes, puedan ser utilizados de manera contraria al respeto debido y la dignidad inherente al ser humano, con fines de represión interna o en situaciones de violación de los derechos humanos, tengan como destino países con evidencia de desvíos de materiales transferidos o puedan vulnerar los compromisos internacionales contraídos por España». El contenido de este precepto se reitera en el art. 7.1.a) del Real Decreto 2061/2008, de 12 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de control de comercio exterior de material de defensa, de otro material y de productos y tecnologías de doble uso (BOE núm. 6, de 7 de enero de 2009). Este Real Decreto fue modificado posteriormente por el Real Decreto 844/2011, de 17 de junio, sin que se introdujesen novedades significativas en este ámbito (BOE núm. 157, de 2 de julio de 2011).

<sup>22</sup> El art. 2 del TCA enumera las distintas armas convencionales: carros de combate, vehículos blindados de combate, sistemas de artillería de gran calibre, aeronaves de combate, helicópteros de ataque, buques de guerra, misiles y lanzamisiles y armas pequeñas y ligeras.

organizada) en la EES. Sobre esta base, se aprobaron distintos instrumentos de política exterior dirigidos a que los Estados controlasen el comercio de armas pequeñas y ligeras, así como las exportaciones de tecnología y equipos militares.

De forma implícita, la Estrategia de la UE contra la acumulación y el tráfico ilícito de armas pequeñas y ligeras y de sus municiones aprobada por el Consejo Europeo en diciembre de 2005<sup>23</sup> aludía a las consecuencias que, en términos de violaciones de derechos humanos por su vinculación con el terrorismo y la delincuencia organizada<sup>24</sup>, tenía la falta de control del tráfico ilícito de armas pequeñas y ligeras y, de ahí, la necesidad de que la UE adoptase una estrategia en este ámbito con efectos *ad intra* (políticas de la UE) como *ad extra* (Naciones Unidas, políticas dirigidas a regiones concretas y diálogos estructurados con países). Este documento era más bien de carácter programático y no se imponían obligaciones a los Estados miembros<sup>25</sup>. En todo caso, la relación entre derechos humanos, comercio incontrolado de armas y seguridad interna planteaba la necesidad de algún tipo de actuación en este ámbito por parte de la UE en la medida en que el propio art. 3 del TUE alude a la seguridad tanto interna como internacional y a la protección de los derechos humanos como objetivos a perseguir por la Unión<sup>26</sup>.

Las referencias a las violaciones de los derechos humanos como factor a tener en cuenta a la hora de conceder licencias de exportación por parte de los Estados, sí fueron reconocidas de forma explícita en la Posición común 2008/944/PESC del Consejo, de 8 de diciembre, por la que se definen las normas comunes que rigen el control de las exportaciones de tecnología y equipos militares, ámbito que continúa siendo competencia de los Estados miembros<sup>27</sup>. Después de aludir en la exposición de motivos a la resolución de los Estados de «evitar la exportación de tecnología y equipos militares que pudieran utilizarse para la represión interna o la agresión internacional o contribuir a la inestabilidad regional», la Posición común fijaba ocho

<sup>23</sup> Doc. 5319/06, de 13 de enero de 2006.

<sup>24</sup> El punto 11 de la Estrategia señalaba que «al margen de los efectos humanitarios, las consecuencias que para el desarrollo de los países afectados están bien documentadas: debilitamiento de las estructuras del Estado, desplazamiento de personas, desmoronamiento de los servicios sanitarios y educativos, declive de la actividad económica, reducción de los recursos del Estado, propagación de pandemias y daños al tejido social, que dan lugar a largo plazo a la reducción o la retirada de la ayuda para el desarrollo».

<sup>25</sup> Con anterioridad, se había adoptado la Acción común del Consejo, de 12 de julio de 2002, sobre la contribución de la Unión Europea para combatir la acumulación desestabilizadora y la proliferación de armas ligeras y de pequeño calibre, y por la que se deroga la Acción común 1999/34/PESC (DO L núm. 191, de 19 de julio de 2002) en la cual se aludía a los efectos «desestabilizadores» y a «los problemas causados» por la acumulación de este tipo de armas, pero no había ninguna mención expresa a los efectos que ello podía tener sobre los derechos humanos.

<sup>26</sup> Si bien este estudio se centra en las exportaciones de armas a terceros países y, por tanto, en la dimensión exterior de la seguridad, cabe señalar que el tráfico incontrolado de armas de fuego también afecta a la seguridad interna de la propia UE. Véase la «Comunicación de la Comisión al Consejo: las armas de fuego y la seguridad interna de la UE: proteger a los ciudadanos e impedir el tráfico ilícito y al Parlamento Europeo», COM (2013) 716 final, de 21 de octubre.

<sup>27</sup> DO L núm. 335, de 13 de diciembre de 2008.

criterios que debían tener en cuenta los Estados a la hora de aprobar las solicitudes de licencias de exportación de armas. El segundo criterio se refería al «respeto de los derechos humanos en el país de destino final [de la tecnología y equipos militares] y respeto del Derecho internacional humanitario por parte de dicho país». Curiosamente, en dos supuestos se establecía la obligación de los Estados de denegar las licencias de exportación (en caso de que las armas pudiesen ser utilizadas con fines de represión interna o si existía riesgo manifiesto de que la tecnología y equipos militares pudiese usarse para cometer violaciones graves del DIH) y, en otro, solo se imponía a los Estados la necesidad de ponderar «con especial detenimiento y vigilancia la concesión de licencias» a los países en los que Naciones Unidas, la UE o el Consejo de Europa hubiesen constatado «graves violaciones de los derechos humanos»<sup>28</sup>. Cabe destacar también que el art. 10 de la Posición común permitía a los Estados tener en cuenta el efecto de las exportaciones de armas en sus propios intereses económicos, sociales, comerciales e industriales, pero estos en ningún caso debían afectar la aplicación de los ocho criterios, lo cual suponía darles prioridad a la hora de conceder licencias de exportación<sup>29</sup>.

Con el objetivo de facilitar la aplicación de los criterios establecidos en la Posición común 2008/944/PESC, el Consejo aprobó el 29 de abril de 2009 una Guía de Usuario de dicha posición común que contenía una serie de pautas que debían guiar a los Estados a la hora de conceder licencias de exportación de armas<sup>30</sup>. La Guía del usuario recoge lo dispuesto en el Código de Conducta en materia de exportación de armas aprobado por el Consejo de Asuntos Generales en 1998 al que ya se ha aludido y define claramente qué deberá entenderse por represión interna, lo cual introduce una dosis de certeza muy relevante a la hora de conceder licencias mientras que, en relación con lo que se puede considerar violaciones graves del DIH y graves violaciones de los derechos humanos, estas serán valoradas por cada Estado según su criterio a partir de una serie de indicadores como, entre otros, la ratificación por el Estado destinatario de los tratados en materia de derechos humanos y de derecho humanitario, la adopción por dicho Estado de normas y prácticas internas en materia de derechos humanos, la eventual participa-

<sup>28</sup> Esa ponderación puede implicar, como ha señalado Eduardo Melero Alonso, que se autoricen las exportaciones a países en los que se han constatado graves violaciones de los derechos humanos, pero dicha autorización solo será factible si existe «un interés de enorme peso en el sentido favorable a la exportación», siendo también necesaria que la Administración «motive de forma especialmente intensa su decisión». Véase MELERO ALONSO, E., «La Posición Común 2008/944/PESC sobre control de las exportaciones de tecnología y equipos militares: análisis crítico», *REDE*, 2010, núm. 34, p. 254.

<sup>29</sup> Bosnia y Herzegovina, la Antigua República Yugoslava de Macedonia, Islandia, Canadá, Montenegro y Noruega han asumido oficialmente los criterios y principios establecidos en la Posición Común y, desde 2012, está en vigor un sistema de intercambio de información entre la UE y estos países sobre exportación de armas. Véase «Decimoquinto informe anual realizado con arreglo al art. 8, apartado 2 de la Posición común 2008/944/PESC», *DO C* núm. 18, de 21 de enero de 2014, p. 1.

<sup>30</sup> «Guía del usuario de la Posición común 2008/944/PESC del Consejo por la que se definen las normas comunes que rigen el control de las exportaciones de tecnología y equipos militares», Doc. 9241/09, de 29 de abril de 2009. Véase BROMLEY, M. y BRZOSKA, M., «Towards a Common, Restrictive EU Arms Export Policy? The Impact of the EU Code of Conduct on Major Conventional Arms Exports?», *European Foreign Affairs Review*, vol. 13, 2008, núm. 3, pp. 333-356.

ción de dicho Estado en violaciones de derechos humanos, colaboración y cooperación con tribunales especiales o con la Corte Penal Internacional o al adiestramiento de las fuerzas armadas del Estado receptor en materia de derechos humanos.

Así pues, desde 2008, los 28 Estados miembros de la UE, conforme al segundo criterio de la Posición común 2008/944/PESC, el cual, según el art. 10 de la misma, debe prevalecer sobre los «intereses económicos, sociales, comerciales e industriales» de los Estados, deben denegar, si bien su incumplimiento no tiene consecuencias jurídicas, las licencias de exportación de tecnología y equipos militares si este material se puede utilizar con fines de represión interna, para llevar a cabo violaciones de los derechos humanos o para cometer violaciones graves del DIH.

El respeto de los derechos humanos como límite a la transferencia de armamento hacia terceros países se recoge también como un aspecto a tener en cuenta por los Estados en la concesión de licencias, tal y como señala el art. 4.6 de la Directiva 2009/43/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de mayo, sobre la simplificación de los términos y las condiciones de las transferencias de productos relacionados con la defensa dentro de la Comunidad<sup>31</sup>. En efecto, a la hora de conceder licencias de exportación de armas dentro de la UE, los Estados podrán establecer «limitaciones de la exportación de productos relacionados con la defensa a personas físicas o jurídicas en terceros países, habida cuenta, entre otras, de los riesgos que la transferencia genera para la preservación de los derechos humanos, la paz, la seguridad y la estabilidad». A diferencia de la Posición común, y si bien la Directiva 2009/43 se centra en el mercado intracomunitario de productos relacionados con la defensa, la referencia expresa a la posibilidad de denegar licencias de exportación en caso de que se tenga constancia de que estos se puedan utilizar para cometer violaciones de los derechos humanos en terceros países constituye, en la medida en que su contenido se debe incorporar necesariamente a la legislación interna, una novedad muy destacable.

En el caso español, la Directiva 2009/43 fue traspuesta a través del Real Decreto 844/2011, de 17 de junio<sup>32</sup>, sin que ello introdujese ningún tipo de modificación sustancial a lo ya previsto (y analizado) en el Real Decreto 2061/2008, de 12 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de control del comercio exterior de material de defensa, de otro material y de productos y tecnologías de doble uso. La nueva redacción del art. 7.1 del Real Decreto 2061/2008 dada por el Real Decreto 844/2011, de 17 de junio, continuaba prestando especial atención al respeto de los derechos humanos como factor a tener en cuenta a la hora de suspender, denegar o revocar licencias de exportación de armas por parte de la Secretaría de Estado de Comercio.

<sup>31</sup> DO L núm. 146, de 10 de junio de 2009. Véase, también, el «Informe de la Comisión al Parlamento europeo y al Consejo sobre la transposición de la Directiva 2009/43/CE sobre la simplificación de los términos y las condiciones de las transferencias de productos relacionados con la defensa dentro de la UE», COM (2012) 359 final, de 29 de junio.

<sup>32</sup> BOE núm. 157, de 2 de julio de 2011.

Actualmente, el Real Decreto 679/2014, de 1 de agosto<sup>33</sup>, que refunde distintos reglamentos sobre comercio exterior de armas y alude directamente a los arts. 6 y 7 del TCA, hace una referencia expresa en su art. 7.1.a) al criterio humanitario a la hora de suspender, denegar o revocar licencias de exportación de material de defensa, de otro material y de productos y tecnologías de doble uso.

### 3. COOPERACIÓN AL DESARROLLO, TRÁFICO DE ARMAS Y DERECHOS HUMANOS

En la medida en que el tráfico ilícito de armas puede ser un factor generador de conflictos donde se vulneren los derechos fundamentales de las personas, la UE ha utilizado distintos instrumentos de política exterior y de cooperación al desarrollo para incidir en esta cuestión. La promoción y respeto de los derechos humanos y la prevención de conflictos figuran entre los distintos objetivos de la acción exterior de la UE [art. 21.b) y c) del TUE] que informan también de la propia ayuda al desarrollo de la Unión (art. 208.1 del TFUE). Un año después de que en 2000 la Asamblea General de Naciones Unidas aprobase la Declaración del Milenio<sup>34</sup>, que aludía a los efectos que tenía el tráfico ilícito de armas pequeñas y ligeras en el mantenimiento de la paz y seguridad mundial<sup>35</sup>, la Comisión Europea publicó una Comunicación relativa a la prevención de conflictos señalando que el tráfico y la utilización de armas eran un factores generadores de conflictos<sup>36</sup>. Por ello, se abogaba por la integración de la prevención de conflictos (incluidos los armados) en los programas de cooperación al desarrollo de la Unión, cuestión que también fue reconocida en el Consenso Europeo sobre Desarrollo aprobado en 2005<sup>37</sup>.

<sup>33</sup> BOE núm. 207, de 26 de agosto de 2014.

<sup>34</sup> A/RES/55/2, de 13 de septiembre de 2000.

<sup>35</sup> El punto II de la Declaración del Milenio llevaba por título «La paz, la seguridad y el desarme» y, entre otros, se hacía especial énfasis en la adopción de medidas concertadas para poner fin al tráfico ilícito de armas pequeñas y ligeras (p. 4).

<sup>36</sup> En la «Comunicación de la Comisión relativa a la prevención de conflictos», COM (2001) 211 final, de 11 de abril, p. 19, se señalaba que «[...] las pequeñas armas son las “armas de destrucción masiva” de los pobres. Les son imputables más muertes y heridas y una mayor influencia destructiva en las estructuras políticas y sociales que a cualquier otra categoría de armas. Las pequeñas armas llegan fácilmente a las zonas afectadas por los conflictos y más vulnerables a su impacto. También es en esas zonas donde tienen menos posibilidades de ser sometidas a control jurídico».

<sup>37</sup> El punto 37 de dicho documento (Declaración conjunta del Consejo y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo, del Parlamento Europeo y de la Comisión sobre la política de desarrollo de la Unión Europea titulada «El Consenso Europeo sobre Desarrollo», en DO C núm. 46, de 24 de febrero de 2006) señala que «[...] la inseguridad y los conflictos se encuentran entre los principales obstáculos para la consecución de los Objetivos del Milenio [...]. La UE [...] reforzará el control de sus exportaciones de armas para evitar que el armamento fabricado en la UE se emplee contra las poblaciones civiles o sirva para agravar tensiones y conflictos existentes en los países en desarrollo, y adoptará medidas concretas destinadas a limitar la proliferación incontrolada de armas ligeras y de pequeño calibre [...]». En relación con este documento, véase nuestro estudio, «La contribución del Consenso europeo sobre el desarrollo al mantenimiento de la paz y seguridad

En línea con ello, el establecimiento, mediante el Reglamento 1717/2006, de 15 de noviembre<sup>38</sup>, del llamado «Instrumento de Estabilidad» (IE) constituye una clara materialización de la vinculación existente entre la acción exterior de la UE, la cooperación al desarrollo, el fomento de los derechos humanos, la prevención de conflictos y el control del tráfico de armas. Con cargo al IE (con una vigencia entre 2007 y 2013) se financiaron tanto respuestas de la UE a situaciones de crisis o de crisis incipientes, como distintas medidas dirigidas a controlar aspectos diversos relacionados con el tráfico de armas. En efecto, el art. 1.h) del Reglamento 1717/2006 señalaba que la ayuda técnica y financiera con cargo al IE se podía destinar a «[...] abordar [...] el impacto socioeconómico en la población civil de las minas antipersonas, los artefactos sin explotar o restos de explosivos abandonados, [...] la asistencia a las víctimas, la detección y supresión de minas y, en relación con ello, la destrucción de reservas». Asimismo, según el art. 1.i), el IE también podía servir para abordar «[...] el impacto en la población civil de la adquisición y uso ilícito de armas de fuego [...]». El IE, que expiró en diciembre de 2013, fue sustituido posteriormente, mediante el Reglamento 230/2014, de 11 de marzo<sup>39</sup>, por un nuevo instrumento financiero en materia de cooperación al desarrollo denominado «Instrumento en pro de la estabilidad y la paz» para el periodo 2014-2020. En términos generales, este nuevo instrumento financiero mantiene las líneas de financiación previstas en el IE si bien, desde la perspectiva del control de armas y su incidencia en la prevención de conflictos y en las situaciones de crisis, introduce alguna novedad. Así, cabe señalar que el art. 3.j), en relación con los ámbitos en los cuales se proyectará la ayuda técnica y financiera, alude al «apoyo a las medidas dirigidas a combatir, en el marco de las políticas de cooperación de la Unión y sus objetivos, el uso y acceso ilícitos a las armas de fuego y a las armas ligeras y de pequeño calibre», cuestión a la que no se hacía referencia en el anterior IE.

De esta manera, a través del instrumento financiero que da cobertura a las distintas iniciativas en materia de cooperación al desarrollo, es factible que la UE dé apoyo técnico y financiero a cualquier iniciativa que plantee un país receptor de ayuda al desarrollo dirigida a controlar el uso y acceso ilícito a distintas armas convencionales.

#### **4. EL CRITERIO HUMANITARIO Y EL DESARROLLO DE ACTUACIONES EN TERCEROS PAÍSES**

A raíz de la aprobación en 1998 del ya analizado Código de Conducta —transformado en 2008 en una Posición común— en materia de exportación

---

mundial», en HUESA VINAIXA, R. (coord.), *Derechos humanos, responsabilidad internacional y seguridad colectiva. Intersección de sistemas*, Madrid, Marcial Pons, 2008, pp. 143-159.

<sup>38</sup> DO L núm. 327, de 24 de noviembre de 2006.

<sup>39</sup> DO L núm. 77, de 15 de marzo de 2014.

de armas, en el que se identificaba la falta de respeto de los derechos humanos en el país de destino final de las armas como motivo para no expedir licencias de exportación, la UE adoptó en 2008<sup>40</sup>, 2009<sup>41</sup> y 2012<sup>42</sup> distintas iniciativas dirigidas a promover que los principios y valores recogidos en dicho acuerdo fueran también tenidos en cuenta por terceros países, tal como figuraba en el art. 11 de la Posición común. De alguna manera, la UE, ante la ausencia de un tratado internacional sobre control de armas que aludiese al respeto a los derechos humanos como límite a las exportaciones de armas, pretendía fomentar los criterios y principios del Código de Conducta mediante la asistencia económica a distintas iniciativas desarrolladas en terceros países (ayuda en la elaboración y aplicación de normativa sobre control de armas, asistencia en la elaboración de informes sobre exportación de armas y apoyo a la formación de los responsables de la concesión de licencias de exportación de armas, entre otras iniciativas).

Paralelamente al hecho de que, el 6 de diciembre de 2006, la AGNU aprobase la Resolución 61/89<sup>43</sup> que iniciaba el proceso para la redacción de un tratado sobre el comercio de armas hasta que, el 2 de diciembre de 2009, la AGNU decidiese, mediante la Resolución 64/48 que llevaba por título «El Tratado sobre comercio de armas»<sup>44</sup>, la convocatoria para 2012 de una Conferencia relativa al TCA, la UE, junto a las iniciativas vinculadas a la cooperación al desarrollo aludidas y al apoyo a la aplicación de los criterios recogidos en el Código de Conducta en terceros países, ha tenido un papel muy destacado en el desarrollo de distintas iniciativas dirigidas a promover que terceros Estados se involucrasen en el control de las armas convencionales en línea con el contenido del propio TCA. De esta manera, se conseguía también que terceros países tuviesen presente el «criterio humanitario» en el tráfico de armas. Hasta la aprobación, en abril de 2013, por la AGNU del TCA, la UE centró su actuación en financiar distintos seminarios de expertos gubernamentales que tenían como objetivo facilitar la conclusión de las negociaciones y la futura aplicación del TCA. Mediante la financiación de este tipo de iniciativas se pretendía desarrollar y mejorar «[...] las competencias técnicas a nivel nacional y regional con el objetivo de poner en marcha controles efec-

---

<sup>40</sup> Acción común 2008/230/PESC del Consejo, de 17 de marzo, relativa al respaldo de las actividades de la UE destinadas a fomentar el control de la exportación de armas y los principios y criterios del Código de Conducta de la UE en materia de exportación de armas entre terceros países (*DO L* núm. 75, de 18 de marzo de 2008).

<sup>41</sup> Decisión 2009/1012/PESC del Consejo, de 22 de diciembre, relativa al respaldo de las actividades de la UE destinadas a fomentar el control de la exportación de armas y los principios y criterios de la Posición común 2008/944/PESC entre terceros países (*DO L* núm. 348, de 29 de diciembre de 2009).

<sup>42</sup> Decisión 2012/711/PESC del Consejo, de 19 de noviembre, relativa al respaldo de las actividades de la UE destinadas a fomentar, entre terceros países, el control de la exportación de armas y los principios y criterios de la Posición común 2008/944/PESC (*DO L* núm. 321, de 20 de noviembre de 2012).

<sup>43</sup> A/RES/61/89, de 18 de diciembre de 2006, titulada «Hacia un tratado sobre el comercio de armas: establecimiento de normas internacionales comunes para la importación, exportación y transferencia de armas convencionales».

<sup>44</sup> A/RES/64/48, de 12 de enero de 2010.

tivos de las exportaciones y transferencias de armas»<sup>45</sup> y el refuerzo de «[...] los controles de la transferencia de armas en terceros países»<sup>46</sup>.

Una vez aprobado, el 2 de abril de 2013, el TCA por la AGNU, la UE intensificó su estrategia dirigida a promover la pronta entrada en vigor del TCA y su aplicación. En relación con la aplicación por terceros países del criterio humanitario recogido en los arts. 6 y 7 del TCA, se adoptó la Decisión 2013/768/PESC, de 16 de diciembre<sup>47</sup>, que preveía la posibilidad de financiar proyectos dirigidos a «[...] ayudar a los países beneficiarios a la hora de elaborar, actualizar y en su caso aplicar las medidas legislativas y administrativas pertinentes destinadas a establecer y desarrollar un sistema eficaz para el control de las transferencias de armas, conforme a los requisitos del TCA». De forma implícita, el criterio humanitario parecía informar la elaboración y aplicación de la normativa sobre control del tráfico de armas por terceros países.

Junto a estas iniciativas de apoyo financiero, el Parlamento europeo ha propuesto que el Servicio Europeo de Acción Exterior (SEAE) «[...] incluya entre sus objetivos de política exterior, y entre los temas que deben formar parte de los acuerdos bilaterales, una invitación a los terceros países a adherirse al TCA»<sup>48</sup> y pide a la Comisión Europea que «[...] estudie en qué medida se pueden utilizar los instrumentos comerciales actuales y futuros para promover la ratificación y aplicación del TCA»<sup>49</sup>. Esta última cuestión ya fue planteada en 2013 por la propia Comisión Europea en un documento de reflexión sobre las armas de fuego y la seguridad interna de la UE al fijar como prioridad del control de las armas ligeras el reforzamiento de la acción exterior en este ámbito. Por ello, señalaba que «la UE continuará incluyendo disposiciones sobre el control de las armas ligeras y de pequeño calibre en todos los acuerdos internacionales pertinentes y continuará racionalizando las medidas relativas a dichos tipos de armas mediante sus instrumentos de cooperación geográfica y temática»<sup>50</sup>.

<sup>45</sup> Decisión 2010/336/PESC del Consejo, de 14 de junio, relativa a las actividades de la UE en apoyo del Tratado sobre el Comercio de Armas, en el marco de la Estrategia Europea de Seguridad (*DO L* núm. 152, de 18 de junio de 2010).

<sup>46</sup> Decisión 2013/43/PESC del Consejo, de 22 de marzo, sobre el mantenimiento de las actividades de la Unión en apoyo de las negociaciones del Tratado sobre Comercio de Armas, en el marco de la Estrategia Europea de Seguridad (*DO L* núm. 20, de 23 de enero de 2013).

<sup>47</sup> Decisión 2013/768/PESC del Consejo, de 16 de diciembre, sobre las actividades de la UE en apoyo de la aplicación del Tratado sobre el Comercio de Armas, en el marco de la Estrategia europea de seguridad (*DO L* núm. 341, de 18 de diciembre de 2013).

<sup>48</sup> «Resolución del Parlamento Europeo sobre la ratificación del Tratado sobre el Comercio de Armas», B7-0075/2014, de 5 de febrero, apartado 2.

<sup>49</sup> *Ibid.*, p. 3.

<sup>50</sup> «Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo: las armas de fuego y la seguridad interna de la UE: proteger a los ciudadanos e impedir el tráfico ilícito», COM (2013) 716 final, de 21 de octubre, apartado 4.3. A pesar de esta afirmación, lo cierto es que, a fecha de hoy, solo se ha incluido este tipo de cláusula (no referida a las armas ligeras, sino en relación con el compromiso de no promover la proliferación de armas de destrucción masiva) en un Acuerdo comercial celebrado entre la UE y sus Estados miembros con Colombia y Perú (Decisión 735/2012/UE del Consejo, de 31 de mayo, relativa a la firma, en nombre de la Unión, y a la aplicación provisional del Acuerdo comercial entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y Colombia y el Perú, por otra, en *DO L*

Asimismo, al hilo del proceso actual de revisión de la política europea de control de exportaciones de armas de doble uso, la Comisión Europea ha aludido al criterio humanitario como aspecto a tener en cuenta en el rediseño de dicha política. Así, la Comisión, después de «[...] considerar la evolución hacia un enfoque de la “seguridad humana” que reconozca la inextricable vinculación entre la seguridad y los derechos humanos» se plantea llevar a cabo una «[...] aclaración de los criterios de control [de la exportación de armas de doble uso] a fin de tomar en consideración implicaciones de seguridad en un sentido más amplio, incluido el efecto potencial sobre la seguridad de las personas, por ejemplo a través del terrorismo y de las violaciones de los derechos humanos»<sup>51</sup>.

## **5. LOS EMBARGOS DE ARMAS ADOPTADOS DE FORMA AUTÓNOMA POR LA UNIÓN EUROPEA COMO VÍA PARA PREVENIR LAS VIOLACIONES DE LOS DERECHOS HUMANOS**

Si bien es cierto que, conforme al art. 346 del TFUE, los Estados miembros tienen competencia exclusiva en lo relativo a la «producción o al comercio de armas, municiones y material de guerra» y que a ellos les corresponde aplicar el criterio humanitario recogido en las distintas disposiciones adoptadas por la UE ya analizadas y posteriormente recogido en sus disposiciones nacionales, la UE ha adoptado, al amparo del art. 215 del TFUE, medidas restrictivas contra terceros países que han consistido en la prohibición de que los Estados miembros vendan armas convencionales o suministren asistencia técnica y financiera y otros equipos relacionados con el equipo militar que puedan utilizarse «con fines de represión interna».

Del análisis de las distintas disposiciones de política exterior que suponen la adopción de medidas restrictivas en este ámbito se observa que la UE no alude de forma expresa a las violaciones de los derechos humanos como motivo para decretar embargos de armas contra terceros países, sino que vincula la aplicación y vigencia del criterio humanitario a la utilización de las armas y equipos militares «con fines de represión interna». El Código de Conducta en materia de exportación de armas aprobado por el Consejo de Asuntos Generales el 25 de mayo de 1998 recogía el respeto de los derechos humanos en el país de destino final de las armas como segundo criterio para no expedir licencias de exportación, precisando dicho concepto al considerar por represión interna «[...] la tortura y otros tratos o sanciones crueles, inhumanos y degradantes, las ejecuciones sumarias o arbitrarias, las desapariciones, las detenciones arbitrarias y toda violación de los derechos humanos y de las libertades fundamentales como se definen en los instrumentos

---

núm. 354, de 21 de diciembre de 2012. El art. 2 del acuerdo lleva por título «Desarme y no proliferación de armas de destrucción masiva»).

<sup>51</sup> «Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo: Revisión de la política de control de las exportaciones: garantizar la seguridad y la competitividad en un mundo cambiante», COM (2014) 244 final, de 24 de abril, p. 6.

internacionales pertinentes de derechos humanos, incluida la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos»<sup>52</sup>. Este concepto fue reiterado posteriormente por la Guía de usuario, que precisaba distintas nociones relacionadas con el control de las exportaciones de tecnología y equipos militares e introducía como novedad un conjunto de pautas a la hora de que los Estados valorasen si la exportación de armas propuesta podía utilizarse para la represión interna. Estas pautas estaban esencialmente relacionadas con el grado de tutela y observancia de los derechos humanos en el país receptor de las armas<sup>53</sup>.

En todo caso, al margen de la inserción en las normas sobre control de exportaciones de armas de los distintos Estados miembros (entre ellos, como hemos visto, España) del criterio humanitario vinculado al hecho de que las armas se utilicen para fines de represión interna, lo cierto es que la UE ha recurrido también a esta terminología a la hora de adoptar embargos de armas. Del análisis de los distintos embargos que se han decretado aplicando el criterio humanitario se desprende que estos han sido adoptados, en la práctica mayoría de los casos, cuando los embargos de armas han sido decididos de forma autónoma por la UE y no en cumplimiento de Resoluciones del Consejo de Seguridad (CS).

En los embargos de armas adoptados de forma unilateral por la UE, que no se vinculan necesariamente a la existencia de un conflicto armado interno<sup>54</sup>, se prohíbe la venta, transferencia o exportación de distintos equipos que se enumeran en un anexo al reglamento que sirve para adoptar medidas restrictivas contra un determinado Estado al considerarse que estos equipos (armas de fuego, munición, bombas y granadas, determinados vehículos, cargas explosivas, cascos, cuchillos y simuladores, entre otros) pueden «[...] utilizarse con fines de represión interna».

Distintos ejemplos de la práctica reciente ponen de relieve la preocupación de la UE por el hecho de que las armas que se vendan a determina-

<sup>52</sup> Sesión núm. 2097 del Consejo, Doc. 8687/98, de 25 de mayo.

<sup>53</sup> Así, se señalaba «[...] que los Estados miembros tendrán en cuenta los antecedentes del usuario final propuesto en materia de derechos humanos y los del país receptor en general. Respecto del país receptor se tendrán en cuenta las directrices de actuación del gobierno de dicho país, los aspectos significativos de su evolución reciente, incluidos, entre otros, el impacto de la “lucha contra el terrorismo”, la existencia de una tutela efectiva de los derechos humanos en su constitución, la formación en materia de derechos humanos entre los actores clave (por ejemplo, los servicios policiales), la impunidad de las violaciones de los derechos humanos, la existencia de órganos de control independientes y de entidades nacionales de fomento o protección de los derechos humanos». Véase «Guía del usuario de la Posición común 2008/944/PESC del Consejo por la que se definen las normas comunes que rigen el control de las exportaciones de tecnología y equipos militares», Doc. 9241/09, de 29 de abril, p. 39.

<sup>54</sup> El Consejo de Derechos Humanos ha aludido a esta vertiente de los embargos de armas en su Resolución de 8 de octubre de 2013 relativa a las «Repercusiones de las transferencias de armas en los derechos humanos durante los conflictos armados» en la cual se «insta a todos los Estados a abstenerse de transferir armas a los que participen en conflictos armados cuando dichos Estados consideren, con arreglo a sus procedimientos nacionales aplicables y a las obligaciones y normas internacionales que les incumben, que es bastante probable que esas armas puedan emplearse para cometer o facilitar violaciones o vulneraciones graves del Derecho internacional de los derechos humanos o del Derecho internacional humanitario». Véase A/HRC/RES/24/35, apartado 3.

dos países puedan ser utilizadas para cometer violaciones de los derechos humanos y, por ello, decreta el embargo de determinados equipos sin que exista ninguna resolución del CS. Así, a modo de ejemplo, cabe aludir a las medidas restrictivas adoptadas en 2009 contra la República de Guinea como respuesta a la violenta represión ejercida el 28 de septiembre de 2009 por las fuerzas y cuerpos de seguridad en Conakry contra los participantes en una manifestación política donde se produjeron abusos en materia de derechos humanos. Al entender que los hechos eran graves, la UE consideró necesario adoptar medidas contra «[...] los miembros del Consejo Nacional para la Democracia y el Desarrollo y personas asociadas con ellos, responsables de la violenta represión o del bloqueo político del país e imponer un embargo de armas contra la República de Guinea»<sup>55</sup> y, por ello, prohibió «[...] vender, suministrar, transferir o exportar, de forma directa o indirecta, equipos que puedan utilizarse con fines de represión interna a cualquier persona física o jurídica o a cualquier entidad u organismo de la República de Guinea, o para su uso en la República de Guinea, tanto si dichos equipos son originarios de la Unión como si no lo son»<sup>56</sup>. La lista de equipos que podían utilizarse con fines de represión interna figuraban en un anexo al Reglamento que decretaba las medidas restrictivas.

Supuesto idéntico se ha planteado en relación con el conflicto armado que se vive actualmente en Siria. Si bien el CS ha condenado enérgicamente «[...] las violaciones generalizadas de los derechos humanos y del Derecho internacional humanitario cometidas por las autoridades sirias»<sup>57</sup> y ha aludido únicamente a la existencia de armas químicas en el conflicto y ha adoptado medidas para evitar su almacenamiento y utilización por Siria y por otros agentes no estatales<sup>58</sup>, no ha adoptado ningún tipo de medida restrictiva vinculada a la violación de los derechos humanos de la población civil por la utilización de armas contra esta. Así, y como respuesta a la «[...] violenta represión, incluso con fuego real, contra protestas pacíficas en diversas localidades de toda Siria que produjo la muerte de varios manifestantes, heridos y detenciones arbitrarias», la UE adoptó distintas medidas restrictivas contra Siria y contra las personas responsables de la represión violenta ejercida contra la población civil de Siria, que se concretaron en la prohibición de vender, suministrar o transferir equipos que pudieran utilizarse para la represión interna<sup>59</sup>.

<sup>55</sup> Posición común 2009/788/PESC del Consejo, de 27 de octubre, relativa a la adopción de medidas restrictivas contra la República de Guinea (*DO L* núm. 281, de 28 de octubre de 2009).

<sup>56</sup> Véase el art. 2 del Reglamento 1284/2009 del Consejo, de 22 de diciembre, por el que se imponen determinadas medidas restrictivas contra la República de Guinea (*DO L* núm. 280, de 26 de octubre de 2010).

<sup>57</sup> Resolución 2139 (2014), de 22 de febrero [S/RES/2139 (2014), apdo. 1, p. 3].

<sup>58</sup> Véase Resolución 2118 (2013), de 27 de septiembre [S/RES/2118 (2013)] y Resolución 2209 (2015), de 6 de marzo [S/RES/2209 (2015)].

<sup>59</sup> Véase Decisión 2011/273/PESC del Consejo, de 9 de mayo, relativa a la adopción de medidas restrictivas contra Siria (*DO L* núm. 121, de 10 de mayo de 2011) y Reglamento 442/2011 del Consejo, de 9 de mayo, relativo a las medidas restrictivas habida cuenta de la situación en Siria (*DO L* núm. 121, de 10 de mayo de 2011).

Las medidas restrictivas adoptadas de forma autónoma por la UE contra Zimbabue<sup>60</sup> y Bielorrusia<sup>61</sup> reproducen el esquema visto en relación con Guinea y Siria y constituyen dos ejemplos más de la prohibición específica de vender equipos y armas que puedan utilizarse para reprimir a la población. Junto a estas medidas adoptadas formalmente, la UE ha adoptado informalmente (pues no se han concretado en Decisiones y Reglamentos) embargos de equipos militares a Egipto y Ucrania para evitar que puedan ser utilizados con fines de represión interna. Así, en el Consejo de Asuntos Exteriores de 21 de agosto de 2013 se acordó que los Estados suspenderían «[...] las licencias de exportación a Egipto de todo material que pudiera utilizarse para la represión interna [...]» y que se «reconsiderarían [...] las licencias de exportación de los equipos a que se refiere la Posición Común 2008/944/PESC, además de reexaminar su asistencia de su seguridad a Egipto»<sup>62</sup>. Lo mismo sucedió en relación con la imposición informal de sanciones contra los responsables de la violencia y el uso excesivo de la fuerza en Ucrania adoptadas por el Consejo de Asuntos Exteriores de 20 de febrero de 2014. En dicho Consejo, los Estados miembros acordaron suspender las licencias de exportación de equipo militar que pudieran utilizarse para la represión interna de la población ucraniana<sup>63</sup>.

Paralelamente a estas consideraciones humanitarias en las medidas restrictivas adoptadas autónomamente por la UE, en algún supuesto la UE ha decretado un embargo de armas dando cumplimiento a una Resolución del CS y ha incluido, a falta de una referencia expresa por parte del CS, una alusión al criterio humanitario. Así, el 15 de noviembre de 2004, el CS adoptó la Resolución 1572 (2004) relativa a la situación en Costa de Marfil en virtud de la cual todos los Estados debían adoptar «[...] las medidas necesarias para impedir que, de forma directa o indirecta, se suministren, vendan o transfieran a Côte d'Ivoire, desde sus territorios o por sus nacionales, o utilizando buques o aeronaves de su pabellón, armamentos o cualquier material conexo, en particular aeronaves militares y equipo, independientemente de que procedan o no de sus territorios, o que se ofrezca cualquier tipo de asistencia, asesoramiento o capacitación en relación con actividades militares»<sup>64</sup>. Para dar cumplimiento a esta resolución, se adoptó la Posición común 2004/852/PESC del Consejo, de 13 de diciembre, relativa a la adopción de medidas restrictivas contra Costa de Marfil<sup>65</sup> y, en ella, la UE, junto a un embargo de

<sup>60</sup> Véase, en este sentido, el art. 2 de la Posición común 2002/145/PESC del Consejo, de 18 de febrero, relativa a la adopción de medidas restrictivas contra Zimbabue (*DO L* núm. 50, de 21 de febrero de 2002) y el art. 7 del Reglamento 310/2002 del Consejo, de 18 de febrero, relativo a determinadas medidas restrictivas respecto de Zimbabue (*DO L* núm. 50, de 21 de febrero de 2002).

<sup>61</sup> Véase, en este sentido, el art. 1 de la Decisión 2011/357/PESC del Consejo, de 20 de junio, relativa a la adopción de medidas restrictivas contra determinados funcionarios de Bielorrusia (*DO L* núm. 161, de 21 de junio de 2011) y el art. 1 del Reglamento 588/2011 del Consejo, de 20 de junio, relativo a la adopción de medidas restrictivas contra el Presidente Lukashenko y determinados funcionarios de Bielorrusia (*DO L* núm. 161, de 21 de junio de 2011).

<sup>62</sup> Sesión núm. 3256 del Consejo de Asuntos Exteriores, Doc. 13086, de 21 de agosto de 2013, p. 7.

<sup>63</sup> Sesión núm. 3300 del Consejo de Asuntos Exteriores, Doc. 6767/14, de 20 de febrero de 2014.

<sup>64</sup> S/RES/1572 (2014), apartado 7.

<sup>65</sup> *DO L* núm. 368, de 15 de diciembre de 2004.

armas, decretaba la prohibición de que los Estados miembros vendiesen o suministrasen a dicho país equipos que pudieran utilizarse con fines de represión interna<sup>66</sup>.

Las medidas restrictivas decretadas por el CS habida cuenta de la situación en Libia y su ejecución por parte de la UE constituyen otro ejemplo de la inserción del criterio humanitario en los embargos de armas decretados por la Unión sin una referencia previa en la Resolución del CS que impone el embargo de armas. Así, en la Resolución 1970 (2011), de 26 de febrero, el CS decreta, entre otras medidas, un embargo de armas a la Jamahiriya Árabe Libia que afecta la venta, suministro o transferencia de «[...] armas y municiones, vehículos y equipo militares, equipo paramilitar y piezas de repuesto [...]»<sup>67</sup>, pero no se alude a los efectos que su utilización puede tener sobre los derechos humanos de la población civil<sup>68</sup>. Para ejecutar esta resolución, la UE adoptó el Reglamento 204/2001 del Consejo, de 2 de marzo, relativo a las medidas restrictivas habida cuenta de la situación en Libia en el cual se prohibía «[...] vender, suministrar, transferir o exportar, consciente y deliberadamente, el equipo destinado a la represión interna [...]»<sup>69</sup> que se relacionaba en un anexo al mismo.

De la práctica sancionadora decretada por la UE se deduce una especial sensibilidad en relación con el uso final que se puede hacer de determinados equipos en términos de derechos humanos y, por ello, junto a los embargos de armas genéricos que se decretan, se prohíbe de forma específica la venta o suministro de determinadas armas y otros artefactos que puedan utilizarse contra la población civil. Ello entra en coherencia con las pautas definidas por la UE en relación con el comercio de armas recogidas en el Código de Conducta de 1998 y seguramente explica la referencia al criterio humanitario tanto si las medidas restrictivas son adoptadas autónomamente como si son al amparo de resoluciones del CS. Ello entronca con el hecho de que la UE «[...] cuenta con un marco jurídicamente vinculante, único en el mundo, que mejora el control de las exportaciones de armas, en particular en las regiones en crisis y en países que presentan unos resultados deficientes en materia de derechos humanos [...]»<sup>70</sup>.

---

<sup>66</sup> La imposición de embargos de armas a Costa de Marfil por el CS y su ejecución por la UE con una clara referencia al criterio humanitario se ha mantenido en todas las resoluciones del CS y en las decisiones y reglamentos adoptados por la UE. La última manifestación lo constituye la Resolución 2153 (2014), de 29 de abril, del CS [S/RES/2153 (2014)] sobre la situación en Costa de Marfil y la Decisión 2014/460/PESC del Consejo por la que se renuevan las medidas restrictivas contra Costa de Marfil (DO L núm. 207, de 15 de julio de 2014).

<sup>67</sup> S/RES/1970 (2011), apartado 9.

<sup>68</sup> Llama la atención que en el apartado 14 de la Resolución el CS solicite a los Estados que adopten las medidas necesarias para disuadir a nacionales suyos a viajar a dicho país «[...] para participar en actividades, en nombre de las autoridades libias, de las que pueda pensarse razonablemente que habrán de contribuir a la violación de los derechos humanos».

<sup>69</sup> Art. 2.1 del Reglamento (DO L núm. 58, de 3 de marzo de 2011).

<sup>70</sup> «Propuesta de resolución común del Parlamento europeo sobre las exportaciones de armamento: aplicación de la Posición común 2008/944/PESC», B7-0260/2013, de 2 de julio, apartado H.1.

## 6. DE LA TEORÍA A LA PRÁCTICA: LA APLICACIÓN DEL CRITERIO HUMANITARIO POR ESPAÑA

Como se ha visto, la UE ha desarrollado un marco jurídico en materia de comercio de armas en el cual, ya antes de que el TCA recogiese el criterio humanitario en su articulado, se pone de manifiesto su preocupación por que las armas que los Estados vendan a terceros países no sean utilizadas contra la población civil. La cuestión que cabe plantearse es cuál ha sido la virtualidad práctica del criterio humanitario y, por ello, analizaremos la práctica desarrollada por España en este ámbito. Dicho análisis se hará sobre la base de la única información disponible al efecto, que es la que se desprende de la comparecencia anual que, al amparo del art. 16.2 de la Ley 53/2007<sup>71</sup>, hace el secretario de Estado de Comercio ante la Comisión de Defensa del Congreso de los Diputados para presentar las estadísticas españolas de exportación de material de defensa, de otro material y de los productos y tecnologías de doble uso.

El primer problema que plantea la aplicación práctica del criterio humanitario reside en la falta de transparencia a la hora de conocer las licencias de exportación de armas que se conceden. Ciertamente, tanto la legislación de la UE sobre comercio de armas (incluidos los embargos de armas que se puedan decretar) como la legislación española aluden claramente a que no se podrán autorizar ventas de armas a aquellos países que las puedan utilizar para cometer violaciones de los derechos humanos. La decisión final de exportar armas no es de la UE, sino de cada Estado miembro y, por ello, cabe preguntarse cómo se conceden dichas licencias.

En el caso español, conforme al art. 14 de la Ley 53/2007, las licencias de exportación de armas las concede la Junta Interministerial Reguladora del Comercio Exterior de Material de Defensa y de Doble Uso (JIMDDU) y sus actas, conforme a un acuerdo del Consejo de Ministros de 13 de marzo de 1987 adoptado al amparo de la Ley 9/1968, de 5 de abril, sobre Secretos Oficiales<sup>72</sup>, son secretas. En las actas de la JIMDDU se recogen todos los datos/información que lleva a dicho organismo a otorgar o no una licencia de exportación a un determinado país, pero al poseer un carácter confidencial se hace muy difícil conocer si el criterio humanitario es utilizado como criterio efectivo en la concesión de licencias<sup>73</sup>.

El hecho de que la aplicación del criterio humanitario (uno más entre los ocho recogidos en la Posición común 2008/944/PESC del Consejo, de 8 de diciembre, por la que se definen las normas comunes que rigen el control de

<sup>71</sup> Ley 53/2007, de 28 de diciembre, sobre el control del comercio exterior de material de defensa y de doble uso (BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 2007).

<sup>72</sup> BOE de 6 de abril de 1968.

<sup>73</sup> Véase MELERO ALONSO, E., «El secreto oficial en las ventas de armas. Un supuesto de aplicación ilegal de la Ley sobre Secretos Oficiales (Las razones por las que los datos de las exportaciones de armas deben hacerse públicos)», *Revista de Administración Pública*, 2000, núm. 152, pp. 229-267. Del mismo autor, véase *Régimen jurídico del control de las exportaciones de material de defensa y de doble uso. El secreto negocio de la industria de guerra*, Madrid, Dykinson, 2008, *passim*.

las exportaciones de tecnología y equipos militares) descansen sobre la libre apreciación no sujeta a control ni a transparencia de la JIMDDU que avala una de las críticas hechas por el Parlamento Europeo a dichos criterios que es la relativa a que «[...] los ocho criterios se aplican e interpretan con rigurosidad variable en los Estados miembros de la UE [...]»<sup>74</sup>. Ello ciertamente está vinculado a que las licencias de exportación las conceden los Estados (y no la UE al carecer esta de competencia sobre la materia), los cuales, como España, alegan motivos seguridad y de política exterior, para no hacer públicos los motivos que llevan a la JIMDDU a tomar una decisión<sup>75</sup>. La falta de transparencia hace que sea imposible saber con exactitud el grado de observancia del criterio humanitario por parte del Gobierno español en su política de venta de armas. Ello todavía es más grave si se tiene en cuenta que España ocupa, dentro de la UE, el cuarto lugar en ventas de armas a terceros países<sup>76</sup>.

Si bien es cierto que la mayoría de ventas de armas tuvieron como destinatarios países de la UE o de la OTAN, resulta destacable, como ha puesto de relieve el secretario de Estado de Comercio en su último informe sobre la venta de armas presentado en 2014 ante la Comisión de Defensa del Congreso de los Diputados, que España vendió armas a 41 países no miembros de la UE y de la OTAN, siendo Emiratos Árabes Unidos, Australia y Arabia Saudí los principales compradores<sup>77</sup>. Del análisis detallado de esta comparecencia llama la atención que el criterio humanitario solo sirvió para no autorizar la venta de siete pistolas a Egipto ante «[...] el riesgo de uso en posibles actos de violación de los derechos humanos [...]»<sup>78</sup>, que, además, era consecuencia de la aplicación del embargo informal decretado por el Consejo de Asuntos Exteriores de la Unión de 21 de agosto de 2013. En la anterior comparecencia del secretario de Estado de Comercio ante la Comisión de Defensa en 2013 señaló que España había suministrado armas a un total de 42 países no miembros de la UE o de la OTAN y que ninguna de las licencias se denegó como consecuencia de la aplicación del criterio humanitario<sup>79</sup>. En 2013 el volumen de ventas de armas autorizadas por España fue similar al de 2014.

<sup>74</sup> «Propuesta de resolución común del Parlamento europeo sobre las exportaciones de armamento: aplicación de la Posición común 2008/944/PESC», B7-0260/2013, de 2 de julio, apartado H.1.

<sup>75</sup> En este sentido, resulta muy elocuente (y criticable) la afirmación hecha en relación con esta cuestión por el secretario de Estado de Comercio en la comparecencia del 16 de junio de 2014 ante la Comisión de Defensa del Congreso de los Diputados para informar acerca de las estadísticas españolas sobre exportación de armas según la cual «[...] creo que es razonable que los criterios sean públicos pero que las decisiones que llevan a la aplicación de esos criterios y que pueden llevar a revocar una decisión no sean públicos, entre otras cosas porque se estarían revelando probablemente fuentes de información del Estado o se estarían revelando valoraciones que hace el Estado sobre las situaciones en determinados países, cosa que podría llegar a ser contraproducente desde el punto de vista de la política exterior». Véase *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Comisiones, X Legislatura, núm. 590, de 16 de junio de 2014, p. 19.

<sup>76</sup> *SIPRI Yearbook 2015. Armaments, Disarmament and International Security*, p. 17.

<sup>77</sup> *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Comisiones, X Legislatura, núm. 590, de 16 de junio de 2014, p. 2.

<sup>78</sup> *Ibid.*, p. 3.

<sup>79</sup> Comparecencia del secretario de Estado de Comercio ante la Comisión de Defensa del Congreso de los Diputados para presentar las estadísticas españolas de exportación de material de defensa, de

Junto a la falta de transparencia, otra crítica que se ha hecho en relación con las autorizaciones de ventas de armas es que, como señala el Parlamento Europeo, el control del cumplimiento de los criterios se realiza de conformidad con las reglamentaciones nacionales lo que hace imposible controlar de forma independiente el cumplimiento de los ocho criterios<sup>80</sup>. Asimismo, «[...] el incumplimiento de los ocho criterios por parte de un Estado miembro no tiene consecuencias»<sup>81</sup>. En el caso español, ciertamente el marco legal y reglamentario sobre la venta de armas tiene en cuenta el criterio humanitario, pero resulta prácticamente imposible determinar si este se aplica o no dada la opacidad con que la JIMDDU concede las licencias de exportación.

Con un volumen tan elevado de exportación de armas por parte de España a más de 40 países (entre los que destacan Emiratos Árabes Unidos, Arabia Saudí, Baréin, Catar, Colombia, Ucrania, Venezuela, Ghana o Egipto) resulta poco creíble que la aplicación del criterio humanitario solo haya servido para no autorizar, en 2013, la venta de siete pistolas a Egipto. Esta opacidad hace que sea muy difícil determinar si España cumple o no los criterios fijados por la UE y recogidos posteriormente en nuestra legislación sobre comercio de armas. Lo mismo se puede decir en relación con los embargos de armas decretados por la UE. Esta opacidad dificulta el control que puedan hacer los órganos jurisdiccionales españoles de las decisiones adoptadas por la JIMDDU y por los distintos poderes públicos involucrados en la venta de armas sobre la base de las eventuales denuncias presentadas por particulares o por entidades no gubernamentales preocupadas por estas cuestiones.

## 7. CONSIDERACIONES FINALES

Ciertamente, la entrada en vigor, el pasado 24 de diciembre de 2014, del TCA, supone un avance muy relevante en la regulación y control del tráfico mundial de armas convencionales y en el reconocimiento por parte de la comunidad internacional de que los Estados no pueden vender armas cuando se tenga constancia de que estas puedan ser utilizadas para cometer violaciones graves de los derechos humanos. La UE, y particularmente España al ser uno de los pocos países que aplicó provisionalmente las disposiciones del TCA que recogen el criterio humanitario antes de que dicho tratado entrase en vigor, ha reconocido en su normativa la relevancia de los derechos humanos como criterio para no conceder licencias de exportación de armas y ha proyectado dicho criterio en distintas iniciativas vinculadas a la acción exterior de la UE. Ello manifiesta un claro compromiso de la UE con la seguridad

---

otro material y de productos y tecnologías de doble uso celebrada el 5 de junio de 2013. Véase *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Comisiones, X Legislatura, núm. 335, de 5 de junio de 2013, p. 3.

<sup>80</sup> «Propuesta de resolución común del Parlamento europeo sobre las exportaciones de armamento: aplicación de la Posición común 2008/944/PESC», B7-0260/2013, de 2 de julio, apartado M.7, p. 5.

<sup>81</sup> *Ibid.*

humana al pretender que las personas que habiten en terceros países puedan vivir de forma segura y sin violencia.

Especialmente destacable resulta que tanto la normativa adoptada por la UE y su traslación en el ámbito nacional, como las distintas iniciativas desarrolladas por aquella en materia de política exterior relacionadas con la venta de armas no exigen un plus específico en la violación de los derechos humanos como sí exige el TCA al referirse a las violaciones graves del DIDH, del DIH o la comisión de un crimen grave de trascendencia internacional. De esta manera, el mero hecho de que las armas que los Estados vendan a terceros países puedan ser utilizadas para la represión interna, a la que se vincula la violación de los derechos humanos, implica la no concesión de licencias de exportación sin que sea necesario una especial gravedad en la violación de los derechos humanos de la población civil.

Al margen de las disposiciones internas que, auspiciadas por la UE, han adoptado los Estados aludiendo al criterio humanitario como límite a la exportación de armas y que constituyen un avance muy relevante incluso antes del reconocimiento en el TCA del criterio humanitario, la UE ha desarrollado distintas iniciativas relacionadas con el comercio de armas a terceros países en los cuales el respeto de los derechos humanos está muy presente. Ello constituye otro ejemplo del compromiso formal de la UE en la promoción exterior de los derechos humanos.

Ahora bien, la aplicación por los Estados, especialmente de España, del criterio humanitario a la hora de conceder licencias de exportación de armas no es muy satisfactoria. En nuestro caso, el secretismo y la falta de transparencia de la JIMDDU hace muy difícil saber si España realmente cumple con los embargos adoptados por el CS y por la UE y con lo dispuesto en la normativa española sobre comercio de armas. Teniendo en cuenta el gran volumen de armas que exporta España y los países destinatarios de las mismas, resulta poco convincente y criticable la mínima aplicación que el criterio humanitario ha tenido.

## RESUMEN

### POLÍTICA EUROPEA DE CONTROL DE LAS EXPORTACIONES DE ARMAS CONVENCIONALES Y SEGURIDAD HUMANA: MECANISMOS PARA FOMENTAR EL RESPETO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Partiendo del análisis de la incorporación del criterio humanitario (limitaciones a la venta de armas convencionales que puedan utilizarse para cometer violaciones de los derechos humanos) con anterioridad a la entrada en vigor del Tratado sobre el Comercio de Armas en la normativa europea de exportación de armas y su proyección en las legislaciones nacionales (especialmente, España), este estudio pretende analizar distintos instrumentos de política exterior como la cooperación al desarrollo o los embargos decretados de forma unilateral que ha utilizado la UE para evitar que las armas que los países miembros vendan a terceros Estados puedan ser utilizados contra la población civil, valorándose en último término la práctica desarrollada por España en materia de venta de armas en relación con la observancia del criterio humanitario.

**Palabras clave:** Tratado sobre el Comercio de Armas, política europea de exportación de armas convencionales, derechos humanos, tráfico de armas, política española de exportación de armas convencionales.

### ABSTRACT

#### EUROPEAN POLICY OF CONTROL OF EXPORTS OF CONVENTIONAL ARMS AND HUMAN SECURITY: MECHANISMS TO PROMOTE RESPECT FOR HUMAN RIGHTS

Based on the analysis of the incorporation of humanitarian criteria (limitations on the sale of conventional weapons that can be used to commit violations of human rights) prior to the entry into force of the Treaty on Arms Trade in the European arms export policy and its projection in national (especially Spain) legislation, this study aims at analysing various instruments of foreign policy, such as development cooperation or unilaterally imposed embargoes, that the EU has used to prevent Member States from selling arms that can be used against civilians to third countries. Ultimately, the study examines the Spanish practice developed on arms sales in connection with the observance of humanitarian criteria.

**Keywords:** Treaty on Arms Trade, European conventional arms export policy, Human rights, Arms trafficking, Spanish conventional arms export policy.

### RÉSUMÉ

#### POLITIQUE EUROPÉENNE DE CONTRÔLE DES EXPORTATIONS DES ARMES CONVENTIONNELLES ET SÉCURITÉ HUMAINE: MÉCANISMES POUR PROMOUVOIR LE RESPECT DES DROITS HUMAINS

Basée sur l'examen de l'incorporation du critère humanitaire (limitations sur la vente d'armes conventionnelles qui pourraient être utilisées pour commettre des violations des droits humains) avant l'entrée en vigueur du Traité sur le Commerce des Armes dans la réglementation européenne d'exportation des armes et sa projection dans la législation nationale (notamment, l'Espagne), cette étude vise à analyser les différents instruments de politique extérieure (comme la coopération au développement ou les embargos imposés unilatéralement) utilisés par l'UE pour empêcher l'utilisation d'armes en provenance des pays membres contre des personnes civiles. À la fin du travail on fait une évaluation de la pratique développée par l'Espagne sur les ventes d'armes dans le cadre du respect du critère humanitaire.

**Mots-clés:** Traité sur le Commerce des Armes, Politique européenne d'exportation des armes conventionnelles, Droits de l'homme, Trafic d'armes, Politique espagnole d'exportation d'armes conventionnelles.



LA LEY ORGÁNICA 16/2015 SOBRE INMUNIDADES:  
¿APORTA UNA MAYOR SEGURIDAD JURÍDICA  
A LOS OPERADORES DEL DERECHO?  
UNA VALORACIÓN PROVISIONAL

Jaume FERRER LLORET

Catedrático de Derecho internacional público y relaciones internacionales  
Universidad de Alicante

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.—2. LAS EXCEPCIONES A LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN: LA DEFINICIÓN DE TRANSACCIÓN MERCANTIL.—3. LAS EXCEPCIONES A LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN: LAS LESIONES A LAS PERSONAS.—4. LAS EXCEPCIONES A LA INMUNIDAD DE EJECUCIÓN.—5. CONSIDERACIONES FINALES.

## 1. INTRODUCCIÓN

Con la Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales con Sede u Oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España<sup>1</sup> (LO 16/2015), adoptada en el Parlamento español por una amplísima mayoría tras haber sido tramitada meteóricamente por el procedimiento de urgencia<sup>2</sup>, España se suma al reducido grupo de Estados

<sup>1</sup> *BOE* núm. 258, de 28 de octubre de 2015.

<sup>2</sup> El Proyecto de LO fue presentado por el Gobierno en el Parlamento el 3 de agosto de 2015 y tras una rapidísima tramitación, fue aprobado en el Congreso el 1 de octubre de 2015 por 302 votos a favor; uno en contra (Salvador Antonio de la Encina Ortega, Diputado del Grupo Socialista, quien como es obvio no respetó la disciplina de voto de su grupo parlamentario) y seis abstenciones (un diputado del Grupo Popular —Enrique Luis Martín Rodríguez, quien tampoco acató la disciplina de voto—, los cuatro del Grupo Vasco, y un Diputado del Grupo Mixto —Carlos Casimiro Salvador Armendáriz,

que han promulgado legislación interna dedicada a este sector de normas, a fecha de hoy regulado a nivel internacional fundamentalmente por normas consuetudinarias. En efecto, la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes (Convención de 2004), adoptada, por consenso, por la Asamblea General (AG) mediante la Resolución 59/38, de 2 de diciembre de 2004, todavía no ha entrado en vigor; puesto que en enero de 2016, solo 21 Estados la habían ratificado, no habiéndose alcanzado, por tanto, el número de ratificaciones exigido para su entrada en vigor, un total de treinta (art. 30 de la Convención de 2004)<sup>3</sup>.

España es uno de los 21 Estados que ha ratificado este Convenio, en concreto depositó el instrumento de adhesión el 21 de septiembre de 2011 (no el 11 de septiembre de 2011 como se dice en el Preámbulo de la LO 16/2015), sin incluir —conviene insistir en ello como más adelante se comprobará—, ninguna reserva ni declaración interpretativa. Aunque la Convención de 2004 no está en vigor, en virtud de las interacciones normativas propias de los procesos de formación de normas internacionales, se puede concluir que la mayor parte de sus disposiciones son expresión del Derecho Internacional (DI) consuetudinario en vigor, en particular al menos con relación a los Estados que han firmado y/o ratificado este Convenio —entre ellos, España—, obligados a no frustrar el objeto y el fin de este tratado antes de su entrada en vigor (art. 18 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969)<sup>4</sup>. De hecho, con la LO 16/2015 España viene a ejecutar en su ordenamiento interno las obligaciones internacionales a fecha de hoy de naturaleza consuetudinaria que están recogidas en la Convención de 2004 —con las salvedades que a continuación se comentarán—, con lo que contribuye con su práctica legislativa a afirmar la naturaleza declarativa de las disposiciones de este Convenio, sin perjuicio, por supuesto, de su futura entrada en vigor como norma convencional<sup>5</sup>. Además, el legislador español ha aprovechado

---

de Unión del Pueblo Navarro—). Por tanto, salvo la abstención de los diputados del Grupo Vasco y algunos otros diputados, alguno de ellos seguramente despistado a la hora de votar, esta LO recibió un respaldo parlamentario casi unánime. Y en el Senado el 15 de octubre de 2015, por 205 votos a favor, uno en contra y 11 abstenciones. La documentación sobre la tramitación parlamentaria de la LO 16/2015 puede ser consultada en: [http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas?\\_piref73\\_2148295\\_73\\_1335437\\_1335437.next\\_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IW10&FMT=INITXDSS.fmt&DOCS=1-1&DOCORDER=FIFO&OPDEF=ADJ&QUERY=%28121%2F000162\\*.NDOC.%29](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas?_piref73_2148295_73_1335437_1335437.next_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IW10&FMT=INITXDSS.fmt&DOCS=1-1&DOCORDER=FIFO&OPDEF=ADJ&QUERY=%28121%2F000162*.NDOC.%29) (todas las páginas web citadas han sido consultadas el 15 de enero de 2016).

<sup>3</sup> Aunque solo 28 Estados han firmado la Convención de 2004 y 21 la han ratificado, entre tales Estados se cuentan buena parte de las grandes potencias mundiales y regionales, así como algunas potencias medias; como firmantes, China, India, Federación Rusa y Reino Unido; y entre los que lo han ratificado, Austria, Francia, Italia, Japón, México, Noruega, Arabia Saudí, Suecia y Suiza, además de España: véase [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=III-13&chapter=3&lang=en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=III-13&chapter=3&lang=en).

<sup>4</sup> Aunque resulte un tanto paradójico, como se demuestra en este caso, en bastantes ocasiones el proceso codificador dirigido a la creación de normas convencionales, despliega sus principales consecuencias jurídicas en el terreno de las normas consuetudinarias: véase FERRER LLORET, J., *El consenso en el proceso de formación institucional de normas en el Derecho internacional*, Barcelona, Atelier, 2006, pp. 215 y ss.

<sup>5</sup> Desde esta perspectiva, resulta criticable que en la DF 6.<sup>a</sup>, solo se prevea la posibilidad de «concurrentia normativa» de la LO 16/2015 con las disposiciones de cualquier tratado internacional del que

la ocasión para ocuparse de otras cuestiones no reguladas en la Convención de 2004, ya sea porque lo están en otros tratados, ya sea porque son objeto exclusivamente de normas consuetudinarias (inmunidades de las Organizaciones internacionales, inmunidades de las fuerzas armadas visitantes, etc.).

En el marco de esta nueva Sección de la *Revista*, dedicada a servir como foro de debate, en las siguientes páginas se van a analizar de forma muy breve algunas de las soluciones normativas que ofrece la LO 16/2015, referidas todas ellas a lo que se puede considerar como el núcleo de la misma —el régimen de las inmunidades jurisdiccionales del Estado—, y siempre desde la perspectiva del objetivo principal que se persigue por el legislador con su promulgación, como así se insiste en su Preámbulo, que no es otro que aportar una mayor seguridad jurídica para los operadores del Derecho; a saber las siguientes: las excepciones a la inmunidad de jurisdicción: la definición de transacción mercantil (2); las excepciones a la inmunidad de jurisdicción: las lesiones a las personas (3); y las excepciones a la inmunidad de ejecución (4). Por último, se ofrece una valoración de esta nueva normativa, necesariamente provisional, como es obvio a la espera del obligado examen que durante los próximos años deberá pasar en general ante todos los operadores del Derecho y más en particular ante los tribunales españoles (5).

## 2. LAS EXCEPCIONES A LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN: LA DEFINICIÓN DE TRANSACCIÓN MERCANTIL

La LO 16/2015 recoge como primera excepción a la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero, su participación en «procesos relativos a transacciones mercantiles» (art. 9), y previamente reproduce en su art. 2.*n*) la definición de «transacción mercantil» que recoge la Convención de 2004 en su art. 2.1.*c*), en la versión en español de este convenio, una de las seis versiones auténticas (art. 33)<sup>6</sup>. Cabe añadir, además, que la falta de acuerdo sobre la definición de transacción mercantil fue uno de los principales motivos por los que el proceso codificador que dio lugar a este Convenio se demoró durante varias décadas, en el marco de una discusión casi interminable sobre si se debía dar mayor importancia al criterio de la naturaleza o al de la finalidad del contrato o transacción, y sobre todo si para determinar esta última se debía tener en cuenta la práctica del Estado parte en el contrato o transacción mercantil, demandado ante los tribunales del Estado del foro, o si por el contrario se debía tomar como referencia la práctica del Estado del

---

España sea Parte —y como es de esperar se preceptúa que en este caso las disposiciones convencionales internacionales tendrán preferencia—; ya que no se ha previsto también la, aunque menos probable pero no desde luego imposible, «conurrencia normativa» con normas consuetudinarias de DI. Debe entenderse que en este supuesto se aplicarían también con preferencia estas últimas, de conformidad con el art. 96.1 de la Constitución Española (CE).

<sup>6</sup> Todas ellas se pueden consultar en la página web del depositario, el secretario general de la Organización de las Naciones Unidas (ONU): véase [https://treaties.un.org/doc/Treaties/2004/12/20041202%2003-50%20PM/CH\\_III\\_13p.pdf](https://treaties.un.org/doc/Treaties/2004/12/20041202%2003-50%20PM/CH_III_13p.pdf).

foro. Ahora bien, en este punto cabe advertir el muy distinto tenor literal que presenta la versión en español de la Convención de 2004, respecto de sus versiones en inglés y francés, en las que se prevé que la práctica relevante a los efectos de tener en cuenta el criterio de la finalidad es la del Estado del foro, y no la del Estado parte en el contrato o transacción, como prevé la versión española. Todo indica que la solución que sobre este punto se asume en las versiones en inglés y francés de la Convención de 2004, fue la que permitió que se alcanzara el consenso necesario en la AG para poder concluir el proceso codificador emprendido por la Comisión de Derecho Internacional (CDI) a finales de los setenta<sup>7</sup>.

Por tanto, el legislador español, siempre en aras de ofrecer una mayor seguridad jurídica, debería haber tenido en cuenta lo dispuesto en las versiones inglesa y francesa de la Convención de 2004, a la hora de regular en nuestro ordenamiento la excepción a la inmunidad de jurisdicción por participar el Estado extranjero en procesos relativos a transacciones mercantiles. E incluso al depositar el instrumento de adhesión, España debería haber presentado una declaración interpretativa dirigida a aclarar y resolver la divergencia que presenta la versión en español de la Convención de 2004 con relación a las versiones en inglés y francés. Por regla general, a los particulares que litiguen ante los tribunales españoles contra Estados extranjeros les beneficiará que, en su caso, al aplicar el criterio de la finalidad se tenga en cuenta la práctica del Estado del foro, en este caso España; puesto que desde el punto de vista de la seguridad jurídica esta solución les ofrece mayores garantías que la remisión a la práctica del Estado que es parte en el contrato o la transacción, lo que además exigiría un esfuerzo más que notable a los jueces españoles, a quienes correspondería decidir en última instancia cuál es la finalidad que sobre este tema rige en la práctica de cualquiera de los 193 miembros de la ONU.

A la inversa, desde la perspectiva de los intereses de España como Estado demandado ante los tribunales internos de terceros Estados, tampoco parece que le vaya a favorecer la defensa de la versión en español de la Convención

---

<sup>7</sup> El tenor literal de la versión en inglés es el siguiente: «*In determining whether a contract or transaction is a "commercial transaction" under paragraph 1.c), reference should be made primarily to the nature of the contract or transaction, but its purpose should also be taken into account if the parties to the contract or transaction have so agreed, or if, in the practice of the State of the forum, that purpose is relevant to determining the noncommercial character of the contract or transaction*». En la interpretación que de este precepto llevan a cabo Gerhard Hafner y Ulrike Köhler, el criterio principal que se regula en esta disposición es el de la naturaleza, a menos que las partes en el contrato o transacción acuerden otra cosa, o si en la práctica del Estado del foro el criterio de la finalidad es relevante. En efecto, a pesar del tenor literal de la versión en español, para estos autores (el primero fue nombrado en 1999 presidente del Comité Especial creado por la AG para culminar la negociación sobre el texto del proyecto de convenio que luego se convertiría en la Convención de 2004) «*The practice of the defendant State, however, according to this final text is no decisive factor any more*»: véase HAFNER, G. y KÖHLER, U., «The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property», *NYIL*, vol. XXXV, 2004, pp. 3-49. Sobre este mismo planteamiento, claro está de conformidad con el tenor literal de la versión francesa: véase PINGEL, I., «Observations sur le Convention du 17 janvier 2005 sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens», *JDI*, vol. 132, 2005, núm. 4, pp. 1045-1066, pp. 1048-1049.

de 2004 que propugna la LO 16/2015. A la vista de la historia legislativa de este Convenio y de la claridad con la que se pronuncian sobre este punto las versiones en inglés y francés, a España seguramente le va a resultar muy complicado, sino casi imposible, mantener y finalmente imponer ante los tribunales de terceros Estados la tesis según la cual la solución a aplicar es la que se recoge en la versión en español de la Convención de 2004.

### 3. LAS EXCEPCIONES A LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN: LAS LESIONES A LAS PERSONAS

El art. 12 de la LO 16/2015 recoge lo dispuesto sobre este tema en el art. 12 de la Convención de 2004, con algunos cambios en el tenor literal seguramente dirigidos a mejorar la redacción. Sobre todo, se debe destacar que esta excepción a la inmunidad de jurisdicción está referida a los procesos relativos a una acción de indemnización pecuniaria por muerte o lesiones a las personas y daños a los bienes, por un acto u omisión atribuibles al Estado extranjero, *que se hayan producido total o parcialmente en territorio español*, y siempre que el autor material se encontrara en territorio español en el momento de producirse el acto u omisión. Por tanto, no se prevé una excepción a la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero ante los tribunales españoles respecto de demandas relativas a lesiones a las personas atribuibles a un Estado extranjero que se hayan producido fuera del territorio de España, en el marco de lo que se podría denominar como jurisdicción civil universal ante violaciones graves de los derechos humanos, tema sobre el que se ha desarrollado un intenso debate doctrinal<sup>8</sup>.

<sup>8</sup> Sobre todo a partir de la práctica judicial y legislativa interna, y también ante tribunales internacionales, protagonizada, por una parte, por los Estados Unidos —secundada más recientemente por Canadá— con relación a las demandas presentadas ante sus tribunales internos por víctimas de atentados terroristas cometidos en el territorio de terceros Estados y responsabilidad de Estados que el ejecutivo estadounidense considera que son «*a State sponsor of terrorism*»; y, por otra, por Grecia e Italia, referida eso sí a violaciones graves de los derechos humanos cometidas en situaciones de conflicto armado, transcurridas durante la Segunda Guerra Mundial, en su mayoría en el propio territorio de estos dos Estados. Más en concreto, en el caso de Italia las demandas presentadas ante sus tribunales dieron lugar a una controversia con Alemania que fue finalmente resuelta con la Sentencia de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) de 3 de febrero de 2012, en el caso de las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania c. Italia; intervención de Grecia)*. No obstante, este asunto continúa siendo objeto de pronunciamientos por los tribunales italianos, donde destaca la Sentencia de la *Corte Costituzionale* de 22 de octubre de 2014, en la que, con el objetivo de garantizar el cumplimiento del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, se declara la inconstitucionalidad de determinados preceptos de la Ley núm. 5, de 14 de enero de 2013, con la que Italia se adhiere a la Convención de 2004, y de la Ley núm. 848, de 17 de agosto de 1957, con la que Italia incorpora en su ordenamiento interno la Carta de la ONU, en particular su art. 94, en el que se prevé el obligado cumplimiento de las sentencias de la CIJ. Cabe destacar, con relación al debate doctrinal sobre este tema, la reciente Resolución aprobada por el Instituto de Derecho Internacional (IDI) el pasado 30 de agosto de 2015 en su sesión de Tallin, titulada «*Universal Civil Jurisdiction with regard to Reparation for International Crimes*», en la que se defiende la vía de los tribunales internos de cualquier Estado para que las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos obtengan una reparación por el daño sufrido y se incluye en el art. 5 que «*the immunity of States should not deprive victims of their right to reparation*», sin más concreción. Esta Resolución es producto de la ponencia presentada por Andreas Bucher, especialista en DI privado

Por tanto, el legislador español se ha limitado a seguir al pie de la letra lo dispuesto en la Convención de 2004, sin que se tenga en cuenta en la aplicación de este precepto la tradicional distinción entre actos *iure imperii* y actos *iure gestionis*, con lo que se niega la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero incluso en el caso, por ejemplo, de un asesinato político (asunto *Letelier*), siempre que se cometa en el territorio del Estado del foro<sup>9</sup>. Aunque en las situaciones de conflicto armado no se aplica esta excepción y se mantiene la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero, incluso respecto de los actos cometidos en el territorio del Estado del foro<sup>10</sup>, como debería haber previsto expresamente el legislador en el citado art. 12, siempre con el objetivo de ofrecer una mayor seguridad jurídica, por poco probables que a fecha hoy puedan ser, por fortuna, tales situaciones en el territorio de España<sup>11</sup>.

De otro modo, si se regulara la jurisdicción civil universal de los tribunales españoles y se aceptara la mencionada excepción a la inmunidad de jurisdicción, España se podría convertir en el foro judicial al que podrían acudir las víctimas de las violaciones graves de los derechos humanos habidas en cualquier Estado, que no hubieran recibido la correspondiente protección ante los tribunales del Estado en cuyo territorio se hubieran cometido, para exigir ante los tribunales españoles una indemnización al Estado responsable de las mismas. No parece que esta sea una solución realista y viable; desde luego, el Derecho comparado en el ámbito regional europeo no la sustenta. Por lo demás, lo dispuesto por la LO 16/2015 en este apartado, se puede poner en relación con las fuertes restricciones legislativas que en España han afectado a la jurisdicción penal universal durante las dos últimas legislaturas, asimismo objeto de un prolongado debate doctrinal que no es posible abordar en esta sede<sup>12</sup>.

---

(y, por cierto, autor de un curso en la Academia de la Haya de DI sobre este mismo tema, publicado en el Vol. 372, 2014, pp. 9-127), y de los debates desarrollados en la Comisión 1.<sup>a</sup> del IDI formada mayoritariamente por especialistas en esta misma disciplina, en los que se pone de manifiesto que la cuestión de la inmunidad de jurisdicción del Estado recibió muy poca atención, dado que con muy pocas excepciones (Lady Fox o Giorgio Gaja realizaron diversas observaciones sobre el proyecto de art. 5), el resto de miembros de la Comisión no se habían ocupado del estudio de este sector de normas del DI —Público—.

<sup>9</sup> En su Dictamen al Anteproyecto de LO 16/2016, de 23 de julio de 2015 (693/2015), el Consejo de Estado califica de «progresiva» esta solución normativa y rechaza la sugerencia formulada por el Consejo General del Poder Judicial en su Informe al mismo Anteproyecto de 28 de mayo de 2015 (pp. 50-51), de aceptar la «jurisdicción civil universal» y extender extraterritorialmente esta excepción a la inmunidad de jurisdicción en caso de violación de normas internacionales de *ius cogens*.

<sup>10</sup> Según concluyó la CIJ en su citada Sentencia de 3 de febrero de 2012: véase FERRER LLORET, J., «La insoportable levedad del Derecho internacional consuetudinario en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia: el caso de las inmunidades jurisdiccionales del Estado», *REEI*, 2012, núm. 24, pp. 1-36, pp. 6 y ss.

<sup>11</sup> Aunque a la vista de lo ocurrido durante la última década en Italia y Grecia, podría darse el caso, por ejemplo, de que se presentara una demanda ante los tribunales españoles contra Alemania exigiendo una indemnización por los bombardeos de la aviación alemana durante la guerra civil española contra algunas poblaciones, como es el tristemente famoso bombardeo de Guernica en 1937.

<sup>12</sup> A través de la LO 1/2009 (*BOE* núm. 266, de 4 de noviembre de 2009), y la LO 1/2014 (*BOE* núm. 63, de 14 de marzo de 2014). Se puede apuntar que, entre otros aspectos de estas dos reformas legales, resulta del todo criticable que en la actual redacción del art. 23.4 de la LOPJ se exija la con-

También es cierto que a la hora de depositar el instrumento de adhesión a la Convención de 2004, España podría haber añadido una declaración según la cual lo dispuesto en este convenio no afecta a cualquier futuro desarrollo normativo internacional en el ámbito de la protección de los derechos humanos, como han hecho otros Estados Partes en este Convenio caracterizados por defender, por regla general, las posturas más progresistas por lo que se refiere a este último sector de normas del DI<sup>13</sup>. En coherencia, a la hora de regular en su legislación interna la mencionada excepción a la inmunidad de jurisdicción contenida en el art. 12, también se podría haber incluido una cláusula de ese mismo tenor literal, con la que se dejaría abierta la puerta a futuros desarrollos normativos, concretados, claro está, en normas internacionales que vinculasen a España.

En todo caso, en vez de asumir los riesgos que podría suponer para España protagonizar una postura unilateral a través de su legislación interna, permitiendo, con más o menos condiciones (por ejemplo, solo con relación a crímenes especialmente graves, como el genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra...), un alcance extraterritorial a la excepción recogida en el art. 12 de la LO 16/2015 que iría más allá de lo dispuesto por la Convención de 2004 y que a buen seguro se convertiría en una fuente de conflictos jurídicos con terceros Estados; los desarrollos progresivos del DI en este tema se deben propugnar desde la estructura institucional, en el ámbito de las Organizaciones internacionales de las que España es miembro y por la vía de la celebración de los correspondientes instrumentos convencionales. En el ámbito regional europeo, por ejemplo, mediante la adopción de un protocolo a la Convención Europea de los Derechos Humanos (CEDH) que permita la ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) que establecen indemnizaciones ante los tribunales internos de cualquier Estado parte en la CEDH. Se trataría, en definitiva, de que las víctimas de las violaciones de los derechos humanos reconocidas en una sentencia del TEDH pudieran presentar una acción indemnizatoria contra el Estado responsable de tales violaciones con el alcance establecido en la propia sentencia<sup>14</sup>.

---

dición de que para perseguir a un autor de genocidio, lesa humanidad o crímenes de guerra que sea extranjero y se encuentre en España pero no resida habitualmente en España, *las autoridades españolas hayan denegado su extradición*. Esta última condición (unida a la exigencia de que tales delitos solo serán perseguibles previa interposición de querrela por el agraviado o por el Ministerio Fiscal: art. 23.6), convierte casi en una hipótesis de laboratorio que los tribunales españoles puedan perseguir a un extranjero que no sea residente habitual pero se encuentre en España, y en general desvirtúa el ejercicio del principio de jurisdicción penal universal con respecto a las tres figuras delictivas mencionadas, ya que va a ser muy poco frecuente que los presuntos autores de los crímenes señalados establezcan su residencia habitual en España.

<sup>13</sup> En concreto se trata de Finlandia, Liechtenstein, Noruega y Suecia. También incluyen una Declaración con la que salvaguardan su posición jurídica respecto de la evolución del ordenamiento internacional en el ámbito de la protección del ser humano frente a violaciones graves de los derechos humanos, Italia y Suiza.

<sup>14</sup> Falta por ver, claro está, si estas propuestas de *lege ferenda* serán aceptadas por los Gobiernos y Parlamentos de los Estados parte en la CEDH, algo que no resulta nada fácil de predecir: véase FERRER

#### 4. LAS EXCEPCIONES A LA INMUNIDAD DE EJECUCIÓN

En este punto, la LO 16/2015 se aparta de lo dispuesto en la Convención de 2004, con el objetivo de ampliar algo más el alcance de las excepciones a la inmunidad de ejecución con posterioridad a la resolución judicial, seguramente la cuestión que más controversias suscita en la práctica de los tribunales internos. En efecto, por lo que se refiere a las medidas de ejecución antes de que se dicte resolución judicial, tanto la LO 16/2015 como la Convención de 2004, solo admiten tales medidas si se da el consentimiento expreso o tácito del Estado extranjero.

Según la Convención de 2004, una vez dictada la resolución judicial, además por supuesto de las medidas de ejecución consentidas por el Estado extranjero, también se admiten medidas de ejecución contra bienes que cumplan tres condiciones: *a)* se utilicen por el Estado «para fines distintos de los fines oficiales no comerciales»; *b)* se encuentren en el territorio del Estado del foro, y *c)* «tengan un nexo con la entidad contra la cual se haya incoado el proceso» [art. 19.c)]. La LO 16/2015 mantiene las dos primeras condiciones, pero modifica el tenor literal y el contenido sustantivo de la tercera, de modo que permite la ejecución contra bienes del Estado que «tengan un nexo con el Estado contra el que se ha incoado el proceso, aunque se destinen a una actividad distinta de la que dio lugar al litigio» (art. 17.2). Debe destacarse, por una parte, la notable diferencia que puede darse en la práctica a la hora de valorar si el «nexo»<sup>15</sup> se establece con una «entidad» de un Estado (Convención de 2004)<sup>16</sup>, o si basta que exista un «nexo» con el Estado extranjero como tal (LO 16/2005), segundo supuesto que desde luego no resulta tan restrictivo para los intereses de los particulares que están litigando contra un Estado extranjero. Lo mismo se puede decir con relación a la frase con la que se cierra el citado art. 17.2, que permite ejecutar los bienes del Estado extranjero, «aunque se destinen a una actividad distinta de la que dio lugar al

LLORET, J., «La inmunidad de jurisdicción del Estado ante violaciones graves de los derechos humanos», *REDI*, 2007, núm. 1, pp. 29-63, pp. 55 y ss.

<sup>15</sup> En el art. 19.c) se habla de «nexo» entre el bien y la entidad, mientras que en el Entendimiento —véase la siguiente nota— se cita incorrectamente dicha disposición, al referirse a los «bienes que estén vinculados a la entidad». Este error no se comete en la versión en inglés, ya que tanto en el art. 19 como en la disposición del «Entendimiento» referida a ese mismo art. 19, se utiliza la expresión «*connection*». Al igual que en la versión en francés, en la que se hace uso del término «*lien*».

<sup>16</sup> En relación con el art. 19, en el «Entendimiento» que se incluye como Anexo a la Convención de 2004 —véase *infra* último epígrafe de esta contribución— se formulan tres aclaraciones. En primer lugar, que «la expresión “entidad” del apartado c) designa al Estado en tanto que persona jurídica independiente, unidad constitutiva de un Estado federal, subdivisión de un Estado, organismo o institución de un Estado u otra entidad que goce de personalidad jurídica independiente», lo que resulta coherente con la definición de Estado del art. 2.b) que propone la propia Convención. En segundo lugar, que «la expresión “bienes que estén vinculados a la entidad” del apartado c) se entenderá en un sentido más amplio que el de “propiedad” o “posesión”». Por último, que en el art. 19 también se deja sin «prejuizar» la «cuestión del “levantamiento del velo de las personas jurídicas”, cuestión que se refiere al supuesto en que una entidad estatal haya tergiversado intencionadamente su situación financiera o haya reducido ulteriormente sus activos para evitar atender una reclamación», así como «las demás cuestiones conexas».

litigio», previsión esta última que no está contemplada en la Convención de 2004, si bien tampoco parece que la contravenga.

Por un lado, la solución normativa que asume la LO 16/2015 puede beneficiar los intereses de los particulares que litiguen contra Estados extranjeros, ya que en comparación es algo menos restrictiva que la regulación que recoge la Convención de 2004, por lo que se refiere a la posibilidad de que se ejecuten los bienes de un Estado extranjero. Además, tiene en cuenta en buena medida la posición jurídica manifestada por el Tribunal Constitucional (TC), quien en su jurisprudencia sostiene que para que se pueda llevar a cabo la ejecución del bien de un Estado extranjero, no es necesario que exista una relación directa entre el objeto del litigio y el bien susceptible de embargo, ni un nexo entre este último y la entidad demandada<sup>17</sup>.

Por otro, lo cierto es que como ya se ha señalado en el momento de presentar el instrumento de adhesión a la Convención de 2004, España no formuló ninguna reserva ni declaración interpretativa a las disposiciones de este Convenio, incluido su art. 19.c)<sup>18</sup>. Y dado que al ejecutar este precepto en su ordenamiento interno el legislador español ha decidido no seguir al pie de la letra lo que en él se preceptúa, resulta difícil predecir si la aplicación del art. 17.2 de la LO 16/2015 por los tribunales españoles será fuente de controversias jurídicas con otros Estados partes en la Convención de 2004, o incluso con otros Estados no partes que aleguen la naturaleza declarativa de su art. 19.c) como expresión del DI consuetudinario en vigor<sup>19</sup>. En todo caso, nuestros tribunales deberán aplicar siempre la previsión recogida en la DF 6.<sup>a</sup>, en la que se confirma la preferencia de los tratados —y como se ha señalado en nota a pie *supra* 5, también las normas consuetudinarias— en los que España sea parte sobre las disposiciones de la LO 16/2015, en caso de «conurrencia normativa». Con esta desviación de lo dispuesto en la Convención de 2004, aunque falta por ver la relevancia que pueda presentar en la práctica judicial interna —y también ante terceros Estados ante cuyos tribunales el Estado español pueda ser objeto de una demanda para la ejecución de sus bienes—<sup>20</sup>,

<sup>17</sup> Véanse, entre otras, las SSTC 107/1992, 292/1994, 18/1997 y 176/2001.

<sup>18</sup> Noruega ha presentado una «Declaración» —más bien reserva a todos los efectos—, según la cual se admiten las medidas de ejecución antes de que se dicte el fallo sobre bienes del Estado extranjero en las mismas condiciones que se exigen para adoptar medidas de ejecución posteriores al fallo. Hasta la fecha ningún Estado ha «objettato» esta Declaración; ni ha sido secundada por otros Estados.

<sup>19</sup> Véase GUTIÉRREZ ESPADA, C., «La adhesión española (2011) a la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (2005)», *CDT*, vol. 3, 2011, pp. 145-169, p. 164.

<sup>20</sup> Se debe tener en cuenta que muy probablemente la práctica legislativa y judicial de España en este sector normativo podrá ser utilizada para sustentar las demandas que se presenten contra España ante terceros Estados, dirigidas a conseguir la ejecución de los bienes que pueda tener España en el extranjero. Se puede traer a colación, por ejemplo y en esta dirección, el aluvión de demandas presentadas durante los últimos años contra España ante los mecanismos internacionales de solución de controversias relativas a inversiones, por inversores extranjeros con motivo de los denominados «recortes a las renovables», y la problemática que puede presentar la ejecución ante los tribunales de terceros Estados de los laudos condenatorios que, en su caso, se dicten contra España.

el legislador en este punto no garantiza la seguridad jurídica que se predica como principal objetivo de la promulgación de la LO 16/2015 —véase *infra* el epígrafe 5 de esta contribución—, y en última instancia traslada a los jueces la tarea, en ocasiones bastante compleja, de resolver las relaciones e interacciones entre el DI —convencional y consuetudinario— y el Derecho interno español en este sector de normas<sup>21</sup>.

Por otra parte, la LO 16/2015 no contempla la creación de un fondo de compensación financiado por el Gobierno español y destinado a indemnizar a los particulares cuyos derechos hayan sido vulnerados por Estados extranjeros, sin que hayan podido obtener una satisfacción patrimonial a causa de la inmunidad de ejecución de la que disfrutaban, como se ha defendido desde algún sector de la doctrina española<sup>22</sup>. Pero resulta muy discutible que el contribuyente español deba constituirse en garante patrimonial último de todas las controversias que se susciten entre particulares y Estados extranjeros ante los tribunales españoles, cualquiera que sea su naturaleza; de hecho, el Derecho comparado no confirma que esta sea una solución habitualmente regulada en los ordenamientos internos, lo que se puede explicar por la muy distinta naturaleza de las demandas que pueden presentar los particulares contra Estados extranjeros y la muy diversa tipología de actores no gubernamentales y de Estados que pueden verse afectados por tales demandas<sup>23</sup>.

Por ello, de *lege ferenda*, la constitución de un fondo de compensación se debe defender solamente con relación a los procesos relativos a la indemnización por lesiones a las personas y daños a los bienes, previstos en el citado art. 11 de la LO 16/2015, que estarán protegidos por los seguros obligatorios de responsabilidad a terceros; así como en el caso de procesos relativos a contratos de trabajo (art. 10), que también contarán con la garantía de determinados Fondos (FOGASA). Por lo que el coste para el contribuyente de constituir un fondo de compensación con este alcance podría ser muy reducido, sin perjuicio de la importancia de su existencia para evitar la indefen-

<sup>21</sup> Cabe añadir, por lo que se refiere a los bienes del Estado, que según el art. 21 de la Convención de 2004 no pueden ser objeto de ejecución en ningún caso —salvo que medie consentimiento del Estado—, que el legislador español asume la lista de tales bienes en el art. 20 de la LO 16/2015, aunque añade que las cuentas bancarias destinadas «exclusivamente» a fines distintos de los públicos no comerciales sí podrán ser objeto de medidas de ejecución. Esta última previsión cabe considerarla como ajustada a la Convención de 2004 y, además, resulta conforme con la jurisprudencia mantenida por nuestro TC en las sentencias *supra* citadas (véase la nota 17); si bien, debe destacarse la dificultad que para el particular presentará en la práctica forense la prueba de que tales cuentas están destinadas «exclusivamente» a los mencionados fines.

<sup>22</sup> ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., «El estatuto internacional del Estado: la inmunidad soberana del Estado extranjero (jurisdicción y ejecución)», en MANGAS MARTÍN, A. (ed.), *Cuestiones prácticas de Derecho internacional público y cooperación jurídica internacional*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1994, pp. 91-223, p. 133.

<sup>23</sup> Cabe plantear, por ejemplo, la hipótesis de que los denominados «fondos buitre» presentaran una demanda contra Argentina ante los tribunales españoles y estos se declararan competentes, como así lo han hecho los tribunales de Nueva York. Si Argentina resultara condenada a pagar una indemnización y no se pudieran ejecutar sus bienes en España, ¿debería ser el contribuyente español quien sufragara en última instancia tales indemnizaciones?

sión del particular en supuestos que en la práctica probablemente serán muy excepcionales<sup>24</sup>.

## 5. CONSIDERACIONES FINALES

Se puede estar de acuerdo con la conveniencia de adoptar una ley interna, con la que, como se señala en el Preámbulo de la LO 16/2015, se pretende ante todo ofrecer una mayor seguridad jurídica a todos los actores que intervienen en el tráfico jurídico en este sector de normas y, en particular, a los jueces y magistrados españoles, a quienes hasta ahora les correspondía la difícil tarea de determinar y aplicar el DI consuetudinario en un ámbito jurídico del ordenamiento internacional en constante evolución durante las últimas décadas; en bastantes ocasiones, además, en colisión con el respeto de un derecho fundamental, como es el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 de la CE).

No obstante, como se acaba de exponer de forma muy breve con relación a algunas disposiciones de la LO 16/2015, se pueden plantear bastantes dudas sobre si el legislador español ha conseguido este objetivo de forma satisfactoria. Cabe añadir, en esta dirección, que de cara a conseguir este objetivo, ofrecer una mayor seguridad jurídica, el legislador español —conviene insistir en que una vez depositado el instrumento de adhesión de la Convención de 2004 por España el 21 de septiembre de 2011— también debería haber incorporado en el articulado de esta nueva ley, el contenido del denominado «Entendimiento» que se incluye como anexo a la Convención de 2004 y que, según su art. 25, «forma parte integrante de ella» y ha sido redactado para «establecer el significado» de los arts. 10, 11, 13, 14, 17 y 19<sup>25</sup>. Por ejemplo, con relación al art. 17 de la Convención de 2004, en el «Entendimiento» se establece que «la expresión “transacción mercantil” incluye las cuestiones relativas a las inversiones»; se debería haber incluido esta previsión en el art. 16 de la LO 16/2015, con la finalidad de resolver cualquier duda que a este respecto pudiera surgir ante los tribunales españoles.

La LO 16/2015 es la última de las tres importantes leyes que en materia de DI se han promulgado durante esta pasada legislatura<sup>26</sup>. No se puede negar,

<sup>24</sup> FERRER LLORET, J., «La inmunidad de ejecución en la Convención de 2004: un análisis desde la práctica de España», *AEDI*, vol. 23, 2007, pp. 3-61, pp. 53 y ss.

<sup>25</sup> Este «Entendimiento», alcanzado en febrero de 2003 en el Comité Especial creado por la AG, permitió lograr el acuerdo necesario para poder adoptar por consenso la Convención de 2004. En la valoración de uno de los participantes en las negociaciones en el Comité, «*these understandings formed a critical component of the negotiate solution to various substantive difficulties*»: véase STEWART, D. P., «The UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property», *AJIL*, vol. 99, 2005, pp. 194-211, p. 42.

<sup>26</sup> Como se señala en su Preámbulo, «esta LO se erige, además, en complemento idóneo de las otras leyes en materia de Derecho internacional aprobadas durante esta legislatura, a saber, la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la Acción y del Servicio Exterior del Estado (*BOE* núm. 74, de 26 de marzo de 2014) y la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales (*BOE* núm. 288, de 28 de noviembre de 2014)».

por tanto, la activa labor legislativa que en el campo del DI, y siempre a propuesta del Gobierno, han protagonizado las cámaras legislativas a lo largo de estos últimos cuatro años; en comparación con la desidia que ha caracterizado a los anteriores periodos parlamentarios de la España democrática, cualquiera que fuese el partido político en el Gobierno.

Ahora bien, si la tramitación parlamentaria de la Ley 25/2014 se prolongó durante trece meses y como se ha dicho, «la ley es manifiestamente mejorable y sería aconsejable su modificación, aunque uno pueda ser escéptico acerca de la probabilidad a corto plazo de que la recomendación se transforme en acción política»<sup>27</sup>; el paso por las Cortes de la LO 16/2015 fue fugaz, duró algo más de dos meses —si se cuenta el mes de agosto— en una aplicación vertiginosa del procedimiento legislativo de urgencia, y con relación a los resultados normativos obtenidos también se puede compartir esta misma conclusión.

**Palabras clave:** inmunidades de jurisdicción, transacción mercantil, lesiones a las personas, jurisdicción civil universal, inmunidad de ejecución.

**Keywords:** jurisdictional immunities, commercial transaction, personal injuries, universal civil jurisdiction, immunity from enforcement.

---

<sup>27</sup> REMIRO BROTONS, A., «Comentario General a la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales», en ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., Díez HOCHLEITNER, J. y MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (dirs.), *Comentarios a la Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales*, Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2015, pp. 45-67, p. 51, en referencia, entre otras cuestiones, a la regulación de la aplicación provisional de los tratados prevista en su art. 15, que faculta al Gobierno para acordarla incluso en supuestos donde la conclusión del tratado requiere la preceptiva autorización parlamentaria; por lo que califica de «agujero negro» esta solución normativa: véase en especial la p. 55.

## INMUNIDADES, DERECHO INTERNACIONAL Y TUTELA JUDICIAL EN LA LEY ORGÁNICA 16/2015, DE 27 DE OCTUBRE, SOBRE INMUNIDADES *¿JUEGO DE ESPEJOS EN EL CALLEJÓN DEL GATO?*

Javier A. GONZÁLEZ VEGA

Catedrático de Derecho internacional público y relaciones internacionales  
Universidad de Oviedo

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA NECESIDAD Y OPORTUNIDAD DE UNA NORMATIVA GENERAL EN LA MATERIA.—3. EL NÚCLEO DE LA LEY: LA INMUNIDAD DEL ESTADO EXTRANJERO «A MAYOR GLORIA DE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK».—4. LAS OTRAS INMUNIDADES.—5. LA COOPERACIÓN ENTRE LOS ÓRGANOS JUDICIALES Y EL MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y DE COOPERACIÓN.—6. A MODO DE CONCLUSIÓN: LEGISLAR *EN TIEMPOS LÍQUIDOS*.

### 1. INTRODUCCIÓN

Desde la perspectiva del Derecho Internacional (DI), la X Legislatura recién concluida ha resultado inusualmente pródiga al haber visto la luz en ella tres leyes en la materia cuya importancia es innegable: la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la Acción y del Servicio Exterior del Estado; la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales (LTOAI), y la Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España<sup>1</sup>. Las dos primeras ya han propiciado análisis doctrinales —algunos

<sup>1</sup> *BOE* núm. 258, de 28 de octubre de 2015.

de ellos de indudable enjundia<sup>2</sup>— a través de los cuales se han puesto de manifiesto los logros —pero también las limitaciones— que caracterizan a estos desarrollos legislativos. El propósito de estas líneas es contribuir al estudio de la tercera, señalando algunas de las cuestiones más sensibles —y problemáticas— que, a nuestro entender, se hallan presentes en su texto.

## 2. LA NECESIDAD Y OPORTUNIDAD DE UNA NORMATIVA GENERAL EN LA MATERIA

Comencemos advirtiendo que —tal como apuntaba la Memoria al Anteproyecto— esta Ley Orgánica (LO) se configura como una ley ómnibus; tanto que su título no alcanza a recoger todas sus materias (inmunidad del Estado y sus bienes, inmunidades del jefe de Estado extranjero y otras altas autoridades, estatuto de las fuerzas armadas extranjeras en nuestro territorio, inmunidades de organizaciones internacionales e inmunidades en conferencias internacionales). Esta opción puede ciertamente justificarse en la remisión que con carácter global efectuaba el texto de referencia —el art. 21.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ)— al contemplar «los supuestos de inmunidad de jurisdicción y ejecución establecidos por las normas del Derecho internacional público»; redacción que, por obvias razones de coherencia normativa, modifica la ley que comentamos al preceptuar ahora que:

«No obstante, no conocerán de las pretensiones formuladas respecto de sujetos o bienes que gocen de inmunidad de jurisdicción y de ejecución de conformidad con la legislación española y las normas de Derecho internacional público»<sup>3</sup>.

Pese a lo anterior, conviene destacar la diversidad de aspectos que se suscitan —sobre los que alertara tempranamente el Profesor Luis Ignacio Sánchez Rodríguez<sup>4</sup>— y que los desarrollos ulteriores han venido a com-

<sup>2</sup> Algunas de estas aportaciones han encontrado cabida en las páginas de esta revista, tales como DE LA IGLESIA, J. P., «La Ley de Acción y del Servicio Exterior del Estado. Un intento fallido», *REDI*, 2015, núm. 1, pp. 317-321, o MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., «La Ley de Tratados y otros Acuerdos internacionales: Una nueva regulación para disciplinar una práctica internacional difícil de ignorar», *REDI*, 2015, núm. 1, pp. 13-60. Esta última, además, ha propiciado una extensa obra exegética de reciente aparición [véase ANDRÉS SAENZ DE SANTA MARÍA, P., Díez HOCHLEITNER, J. y MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (dirs.), *Comentarios a la Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales*, Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2015]. Además, sobre estos desarrollos, otras contribuciones reseñables son FERNÁNDEZ TOMÁS, A., «Parliamentary Control of “Other International Agreements” in the New Spanish Treaties and Other International Agreements Act (TOIAA)», *SYBIL*, vol. 18, 2013-2014, pp. 61-86; GARCÍA PÉREZ, R., «La proyección internacional de las Comunidades Autónomas en la Ley de Acción y del Servicio Exterior del Estado (LASEE): Autonomía territorial y unidad de acción de la política exterior», *REEI*, 2014, núm. 27, pp. 1-30; MORENO Blesa, L., «Comentario a la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros acuerdos internacionales», *Actualidad Civil*, 2015, núm. 2, pp. 96-101, así como nuestra aportación «¿Ordenar la acción exterior o desvirtuar una cooperación exangüe? Sobre el futuro de la cooperación al desarrollo a la luz de la nueva Ley de Acción Exterior», *Revista de Cooperación*, 2014, núm. 4, pp. 75-80.

<sup>3</sup> LO 16/2015, DF 3.<sup>a</sup>

<sup>4</sup> En su fundamental contribución *Las inmunidades de los Estados extranjeros ante los Tribunales españoles*, Madrid, Civitas, 1990, escrita cuando el tema abandonaba «la paz del limbo» en el que se hallara relegado hasta entonces (en p. 168).

plicar en un panorama ya de por sí abigarrado. En esta tesitura, cabe plantearse si el propósito de clarificación que persiguen sus autores, para poner coto al «casuismo» y las «contradicciones» de las decisiones judiciales —y a la consiguiente inseguridad jurídica<sup>5</sup>— no habrá de verse truncado en el futuro.

Por otra parte, aunque la ley excluye juiciosamente las inmunidades diplomáticas y consulares —reguladas convencionalmente por los Convenios de Viena de 1961 y 1963 y bien asentadas en la práctica internacional<sup>6</sup>— amplía, en cambio, su objeto para abordar la inviolabilidad de las altas autoridades del Estado extranjero (art. 21) y, particularmente, en su Título VI la regulación de los privilegios asociados con la celebración de conferencias internacionales en España —desnaturalizando la regulación objeto de la ley— en razón de intereses puramente prácticos (afrontar aspectos conexos a las cuestiones de inmunidad con ocasión del desarrollo de aquellas). Además, la heterogeneidad de las materias incide sobre la forma acogida para su regulación: la necesaria naturaleza de Ley Orgánica del texto legislativo —al afectar, limitándola, a la competencia de los órganos jurisdiccionales españoles— no es óbice para que incluya otras cuestiones (sin ir más lejos los privilegios apuntados —arts. 49 a 55—, no requeridos en principio de tal marco regulatorio), lo que hizo necesario —en cumplimiento de la bien asentada doctrina establecida por el Tribunal Constitucional (TC) y tras las advertencias formuladas en tal sentido por el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) y el Consejo de Estado<sup>7</sup>— incorporar la preceptiva DF 2.<sup>a</sup> declarando el carácter no orgánico de los arts. 49 a 55 y la DF 4.<sup>a</sup>

Con carácter general debe afirmarse que el texto se inspira ante todo en la idea de no perturbar las relaciones internacionales de nuestro Estado con el riesgo evidente de favorecer conceptos espurios como el «poder exterior» —no controlable democráticamente— o la «razón de Estado». Desde esta perspectiva, la regulación podría deparar en el futuro conflictos con la idea del Estado social y democrático de Derecho que nuestra Constitución proclama y desde luego se muestra poco atenta a las cuestiones vinculadas con la protección de los derechos fundamentales —el de tutela judicial efectiva a la cabeza— y a los desarrollos, bien que incipientes, que prefiguran recientes tendencias del DI, tal como la jurisprudencia de algún Estado próximo ha puesto de manifiesto.

<sup>5</sup> MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y DE COOPERACIÓN, «Anteproyecto de Ley», de 9 de abril de 2015, p. 3.

<sup>6</sup> Lo que no es óbice, como se ha resaltado, para advertir recientes dificultades en lo que atañe a su aplicación por parte de los tribunales nacionales (MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., «Celebración del Seminario conmemorativo del 75.º aniversario de la Asesoría Jurídica Internacional del MAEC», *REDI*, 2014, núm. 1, p. 340).

<sup>7</sup> Al respecto véanse CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, «Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica sobre inmunidades de los Estados extranjeros y organizaciones internacionales con Sede u Oficina en España y sobre el régimen de privilegios e inmunidades aplicables a Conferencias internacionales celebradas en España», de 28 de mayo de 2015; y CONSEJO DE ESTADO, «Dictamen núm. 693/2015», de 23 de junio de 2015.

### 3. EL NÚCLEO DE LA LEY: LA INMUNIDAD DEL ESTADO EXTRANJERO «A MAYOR GLORIA DE LA CONVENCION DE NUEVA YORK»

En todo caso, un elemento central de la ley es la «incorporación» de la Convención de Nueva York sobre Inmunitades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes, de 2 de diciembre de 2004, de la que España es Estado contratante al haberse adherido el 21 de septiembre de 2011<sup>8</sup>; aunque, como se cuida de advertir la Exposición de Motivos de la Ley, el tratado no está en vigor ni se espera que lo esté en largo tiempo<sup>9</sup>. Esta circunstancia explica este planteamiento —de hondas connotaciones dualistas— que se revelaría de otro modo innecesario, pues si el tratado ya obligara a España bastaría con su simple publicación en el *BOE* para que sus disposiciones formaran parte de nuestro ordenamiento interno y surtieran plena eficacia —de conformidad con lo dispuesto en el art. 96.1 de la Constitución Española (CE), los arts. 23 y 24 y 28 a 31 de la LTOAI, y el art. 1.5 del Código Civil— al ser muchas de ellas disposiciones directamente aplicables (*self-executing*), hasta el punto de que la ley se limita las más de las veces a reproducir su contenido.

Así las cosas, cabe plantear el porqué de la premura en dar plena aplicación a este compromiso internacional aún en ciernes, dado que con ello nuestro Estado va más allá de la obligación que el DI impone —conforme al principio de buena fe— de no hacer nada que impida su futura entrada en vigor ni contraría abiertamente lo en él dispuesto (art. 18 del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969). Como ya hemos advertido, por parte del Gobierno se aduce la necesidad de aclarar la situación existente en nuestro país en razón de la base legislativa de nuestro sistema jurídico, aunque ha de reconocerse que tal laguna ha sido razonablemente solventada por nuestros órganos jurisdiccionales que —con el TC al frente— han adoptado en buena parte de sus decisiones sobre la materia soluciones clarificadoras y plenamente congruentes con el DI vigente<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y DE COOPERACIÓN, «Memoria del análisis de impacto normativo del Anteproyecto de Ley», de 18 de junio de 2015, p. 7.

<sup>9</sup> Naturalmente ello tiene que ver con la polémica que arrostra el citado tratado en el que se veía un texto excesivamente conservador y difícilmente aceptable para Estados cuyas jurisdicciones confieren especial relieve a la protección de los derechos fundamentales (véase PINGEL, I., «Observations sur la Convention du 17 janvier 2005 sur les immunités juridictionnelles des États et leurs biens», *JDI*, vol. 132, 2005, núm. 4, pp. 1045-1066, p. 1054). Para una visión sumamente crítica, véase FERNÁNDEZ TOMÁS, A., SÁNCHEZ LEGIDO, A., ORTEGA TEROL, J. M. y FORCADA BARONA, I., *Curso de Derecho internacional público*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 86-96. En cambio, véase FOX, H., «In Defence of State Immunity: Why the UN Convention on State Immunity is Important», *ICLQ*, vol. 55, 2006, núm. 2, pp. 399-406.

<sup>10</sup> Resulta innecesario por conocido volver sobre esta jurisprudencia. Mencionemos tan solo que las más recientes decisiones de nuestros tribunales reiteran tales planteamientos con expreso apoyo en la Convención de Nueva York. Así, véanse la STSJ de Cataluña de 25 de junio de 2014 y la STSJ de Madrid (Sala de lo Social, Sección 5.ª) de 9 de diciembre de 2014, analizadas por LAZARI, A., *REDI*, 2015, núm. 2, pp. 174-178.

En este orden, la regulación contenida en el Título I sigue —como se ha indicado— las pautas de la Convención de 2004 aunque, en ocasiones, amplía las previsiones allí establecidas y en otras se decanta por soluciones no claramente resueltas en dicho tratado. Por otra parte, guarda silencio —como hizo nuestro Estado con ocasión de la adhesión al meritado tratado— sobre una cuestión de indudable relevancia: la conflictiva conciliación entre inmunidad y graves violaciones de los derechos humanos, que ha movido a algunos Estados significativos a formular Declaraciones con ocasión de la ratificación o adhesión a la Convención<sup>11</sup>.

En suma, en un ámbito de incuestionable trascendencia —como son los supuestos de graves violaciones de los derechos humanos— nuestra ley acoge una concepción en que la inmunidad de jurisdicción se yergue como un freno a la tutela judicial efectiva<sup>12</sup> pese al contexto en mutación que revela la práctica. De hecho, la jurisprudencia estadounidense y, más recientemente, la Sentencia núm. 238/2014 de la *Corte Costituzionale* italiana de 22 de octubre de 2014<sup>13</sup> apuntan en una dirección inversa, si bien es cierto que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (*inter alia*, Sentencia de 21 de noviembre de 2001, *Al-Adsani*; Sentencia de 12 de diciembre de 2002, *Kalogeropoulos*), el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sentencia de 15 de febrero de 2007, *Lechouritou*, C-292/05) y la Corte Internacional de Justicia (CIJ) [Sentencia de 3 de febrero de 2012, *Inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania c. Italia)*] con argumentos asaz discutibles —particularmente en esta última decisión<sup>14</sup>— se han mostrado hasta ahora contrarias. Resulta, pues, lamentable una solución legislativa —confortada, bien es cierto, por el

<sup>11</sup> Así, Finlandia, Italia, Liechtenstein, Noruega, Suecia o Suiza (véase *United Nations Treaty Collection*). Ciertamente no han formulado tampoco declaraciones de este tenor Austria, Francia, Portugal o Rumanía, pero algunos de ellos «guardan esqueletos en el armario». Naturalmente tampoco lo han hecho —pues no han manifestado aún el consentimiento en obligarse por el tratado— Alemania, los Estados Unidos o Reino Unido (¿Lo harán alguna vez?).

<sup>12</sup> Sobre el particular véanse las contribuciones de ESPÓSITO MASSICCI, C., «El *ius cogens* y las inmunidades jurisdiccionales de los Estados ante la Corte internacional de justicia», en TORRES BERNÁNDEZ, S., FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., FERNÁNDEZ DE CASAEVANTE ROMANÍ, C., QUEL LÓPEZ, J. y LÓPEZ MARTÍN, A. G. (coords.), *El Derecho internacional en el mundo multipolar del siglo XXI. Obra homenaje al Profesor Luis Ignacio Sánchez Rodríguez*, Madrid, Iprolex, 2013, pp. 333-348; «Sobre la emergencia de una excepción a las inmunidades jurisdiccionales de los Estados ante las violaciones graves de los derechos humanos», *Cursos de Derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria/Gasteiz 2007*, Bilbao, Servicio de Publicaciones de la Universidad del País Vasco, 2008, pp. 205-224, así como la de FERRER LLORET, J., «La inmunidad de jurisdicción ante violaciones graves de los derechos humanos», *REDI*, 2007, núm. 1, pp. 29-63.

<sup>13</sup> En cuanto a la jurisprudencia de los Estados Unidos, remitimos a los trabajos de Carlos Espósito Massicci previamente citados. Por lo que se refiere a la Sentencia 238/2014 de la *Corte Costituzionale* (<http://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do>) destaquemos los comentarios favorables de CONFORTI, B., «La Cour Constitutionnelle italienne et les droits de l'homme méconnus sur le plan international», *RGDIP*, vol. 119, 2015, núm. 2, pp. 353-359, y los más críticos de CANNIZZARO, E., «Jurisdictional immunities and judicial protection: The Decision of the Italian Constitutional Court no. 238 of 2014», *RDI*, vol. XCVIII, 2015, núm. 1, pp. 126-134.

<sup>14</sup> Sirvan al efecto las opiniones disidentes de la minoría de la CIJ, a cargo de los Jueces Antônio Augusto Cançado Trindade y Abdulqawi Ahmed Yusuf, así como del Juez *ad hoc* Giorgio Gaja en *ICJ Reports 2012*, pp. 179, 291 y 309, respectivamente. Sobre la controvertida decisión véase en nuestra doctrina FERRER LLORET, J., «La insoportable levedad del Derecho internacional consuetudinario en

silencio de nuestro país al adherirse a la Convención de 2004— que depara un planteamiento negativo respecto de tales cuestiones<sup>15</sup>.

Volviendo a la regulación de la ley, resulta cuestionable el tratamiento conferido a las cuestiones de la *inmunidad de jurisdicción* cuando plantea repetidamente —arts. 10-15, referidos respectivamente a demandas laborales, indemnizaciones, bienes, propiedad intelectual o industrial, sociedades o cargamento de buques— la posibilidad de ampliarla mediante acuerdos *ad hoc* con los Estados extranjeros («salvo acuerdo en contrario»). Si es cierto que con ello la ley se ajusta a la estricta literalidad de la Convención, no lo es menos que se posibilita en casos concretos al Estado extranjero «zafarse» de la competencia de nuestros tribunales establecida por la propia ley; de suerte que por este cauce, un marco normativo que supuestamente trata de brindar seguridad a los operadores jurídicos se convierte en un espacio abierto a la componenda con poderes públicos extranjeros al albur de intereses confesables o inconfesables (por ejemplo ¿nuestros tenedores de deuda?), abriendo un auténtico «agujero negro» en la ley y limitando la competencia de nuestros jueces y tribunales previamente establecida. Por otra parte, queda la duda de la constitucionalidad última de tales limitaciones y ello al albur de la forma que efectivamente revistan tales «acuerdos», pues siendo excepciones puntuales a la competencia judicial de nuestros tribunales —establecida por la Ley Orgánica que comentamos— parece que deberían ser tratados autorizados por nuestras Cortes Generales, conforme a lo dispuesto en el art. 94.1.e) de la CE y no desde luego meros acuerdos internacionales administrativos (género pródigamente estimulado por la reciente LTOAI) —menos aún, dada su inanidad jurídica, acuerdos no normativos— al carecer de previo marco convencional habilitante<sup>16</sup>.

En el plano de la *inmunidad de ejecución* son también discutibles las restricciones que respecto de los bienes del Estado extranjero susceptibles de embargo plantea la ley: nos referimos a las cuentas corrientes respecto de las cuales la regulación propuesta hace prácticamente inalcanzable la posibilidad de una indemnización pecuniaria para el particular litigante, al disponer el art. 20.1.a) como no embargables:

«Los bienes, incluidas las cuentas bancarias, *utilizados o destinados a ser utilizados* en el desempeño de las funciones de la misión diplomática del Estado o de sus oficinas consulares, misiones especiales, representaciones permanentes

---

la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia: el caso de las inmunidades jurisdiccionales del Estado», *REEI*, 2012, núm. 24, pp. 1-36.

<sup>15</sup> Lo confirma el rechazo sucesivo de la enmienda de adición núm. 17 al art. 11 presentada por el Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso reiterada luego en el Senado por este (núm. 23) y por el Grupo Parlamentario *Entesa pel Progrès de Catalunya (Entesa)* (núm. 3) en la que se buscaba excluir la inmunidad en acciones indemnizatorias frente a «actos constitutivos de graves violaciones de las normas internacionales de *ius cogens*» (*BOCG, Congreso de los Diputados*, serie A, núm. 162-2, de 18 de septiembre de 2015, p. 11; *BOCG, Senado*, apdo. I, núm. 611-4193, de 13 de octubre de 2015, pp. 722-723 y 735-736). Dicha enmienda tenía su origen en el Informe del CGPJ que había formulado una recomendación en tal sentido (párr. 102).

<sup>16</sup> De acuerdo con los términos previstos en los arts. 2.b) y 30 de la LTOAI.

ante organizaciones internacionales o delegaciones en órganos de organizaciones internacionales o en conferencias internacionales» (cursiva añadida).

Pues, aunque es cierto que el art. 20.2 dispone la embargabilidad de otras cuentas bancarias, remacha que debe darse una afectación exclusiva de tales cuentas a fines comerciales («destinadas *exclusivamente* a fines distintos de los públicos no comerciales»)<sup>17</sup>.

A estos efectos, ha de recordarse que son estos bienes —en la práctica— los únicos localizables en España y sobre los que el particular puede esperar cobrar la deuda. La presunción de inmunidad con la que los rodea el art. 20 imposibilita en la práctica toda ejecución sobre ellos. Ciertamente, la ley transita sobre un terreno que ya ha hollado nuestra jurisprudencia —tanto constitucional como ordinaria— declarando tanto la *absoluta inembargabilidad* de las cuentas afectas a fines no comerciales como la de aquellas que pudieren estarlo para otros fines o sirviendo para unos y otros al establecer la imposibilidad de indagar acerca de su concreto uso por el Estado extranjero<sup>18</sup>. Empero, esta solución jurisprudencial —que consolida la ley— no se desprende necesariamente del tenor literal de la Convención [art. 21.1.a)] y supone *de facto* una quiebra absoluta del principio de jurisdicción efectiva al privar en la práctica al particular litigante de toda posibilidad de resarcimiento.

Por otra parte, acogida esta concepción regresiva, la ley debiera haber arbitrado una solución que vaya más allá de las soluciones ritualmente evocadas por nuestra jurisprudencia: por ejemplo, ejecución sobre créditos concedidos al Estado extranjero por el Estado del foro, recurso a la protección diplomática —basada en la discrecionalidad del Estado para ejercerla y susceptible de deparar tras un largo y costoso proceso una eventual indemnización al amparo del instituto resarcitorio de la responsabilidad patrimonial del Estado— o litigación ante el foro del Estado extranjero con los consiguientes costes<sup>19</sup>. En tal sentido, ya hace años se había propuesto habilitar en España un Fondo de indemnización para atender las reclamaciones de los particulares afectados<sup>20</sup>; propuesta reiterada y descartada en el curso de la tramitación legislativa<sup>21</sup>.

<sup>17</sup> Cursiva añadida.

<sup>18</sup> Así, ATS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) de 13 de junio de 2005 (con nota de SANTOS VARA, J., en «Crónica de la aplicación judicial del Derecho internacional público-privado-junio-diciembre 2005», *REEL*, núm. 11, junio 2006, pp. 15-16) y más recientemente la STS (Sala de lo Social, Sección 1.ª) de 25 de junio de 2012; esta última anotada por ARRUFAT CÁRDABA, A. D., *REDI*, 2013, núm. 1, pp. 195-198. Adviértase que hasta mediados de la pasada década la jurisprudencia española —con el TC al frente (ATC 112/2002, de 1 de julio)— mantenía una actitud oscilante al respecto. Sobre estas circunvoluciones jurisprudenciales, véase FERRER LLORET, J., «La inmunidad de ejecución en la Convención de 2004: un análisis desde la práctica de España», *AEDI*, vol. 23, 2007, pp. 3-61, en pp. 45-49.

<sup>19</sup> La vacuidad —cuando no ilegalidad (v. gr. embargo de créditos FAD)— de algunas de tales soluciones ya fue resaltada en nuestro comentario a la STC 18/1997, de 10 de febrero, en *REDI*, 1998, núm. 1, pp. 207-217.

<sup>20</sup> Véase GUTIÉRREZ ESPADA, C., «La adhesión española (2011) a la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (2005)», *CDT*, 2011, núm. 2, pp. 145-169, p. 165.

<sup>21</sup> El CGPJ lo había sugerido en su Informe (párr. 108) y el Grupo Parlamentario Socialista lo propuso vanamente tanto en el Congreso (Enmienda de adición núm. 23) como en el Senado (Enmienda

También es discutible la prohibición que establece la ley —salvo consentimiento del Estado extranjero— respecto de los *embargos preventivos* al disponer que solo las resoluciones de los órganos jurisdiccionales —no queda claro si firmes— pueden acordar medidas de ejecución sobre los bienes del Estado extranjero. Esta tajante solución contrasta con la posición de otros Estados contratantes de la Convención de 2004 como pone de manifiesto el hecho de que Noruega —un país escasamente revolucionario— haya declarado al ratificarlo que:

*«In cases where it has been established that property of a State is specifically in use or intended for use by the State for other than government non-commercial purposes and is in the territory of the State of the forum, it is the understanding of Norway that Article 18 does not prevent pre-judgment measures of constraint from being taken against property that has a connection with the entity against which the proceeding was directed»<sup>22</sup>.*

Es cierto que tal cosa no ha hecho nuestro Estado, el cual con su mutismo parece aceptar una solución regresiva —como la que apunta la estricta literalidad de la Convención— por cuanto con anterioridad nuestra jurisdicción constitucional había admitido la posibilidad de dictar medidas de embargo antes de la firmeza de la resolución judicial en la STC 292/1994.

La cuestión nos lleva a otro aspecto como es el tema del «nexo» entre los bienes susceptibles de embargo y la causa que se sigue contra el Estado extranjero, en donde la regulación contenida en la ley privilegia la posición del Estado extranjero al imponer un estrecho vínculo entre el Estado demandado y los bienes afectos a la eventual reparación. En este punto, cierto es, la letra del art. 19 de la Convención promueve esta interpretación rigorista, pero lo hace contrariando la solución más progresiva que —en aras de la tutela judicial efectiva— había fundado la capital STC 107/1992. En este caso, sin duda la tacha ha de dirigirse no hacia la ley sino hacia la Convención de la que trae causa y en lo que aquí interesa hacia la posición «seguidista» mantenida por nuestro Estado que habiendo podido formular a lo menos una declaración interpretativa —a lo más una reserva— en relación con el mencionado artículo en el momento de la adhesión, con miras a preservar nuestro acervo jurisprudencial más garantista, no lo ha hecho<sup>23</sup>. Así las cosas, la precipitación a la hora de implementar el texto de la Convención aún no vigente en la medida en que debilitará la posición de los particulares respecto de la garantizada hasta ahora por nuestra jurisprudencia, resulta criticable.

núm. 27) —confortado en este último caso por una enmienda de idéntico tenor (Enmienda núm. 7) del Grupo Parlamentario de *Entesa*— a través de la inserción de una nueva disposición adicional (véanse *BOCG, Congreso de los Diputados*, serie A, núm. 162-2, de 18 de septiembre de 2015, p. 14; *BOCG, Senado*, apdo. I, núm. 611-4193, de 13 de octubre de 2015, pp. 724-725 y 737-738).

<sup>22</sup> *United Nations Treaty Collection*.

<sup>23</sup> La cuestión no es baladí pues era esta exigencia la que movía a algún autor a rechazar la adhesión de nuestro Estado al texto de la Convención. En tal sentido, véase CARRERA HERNÁNDEZ, F. J., «La inmunidad de ejecución de los Estados en la práctica jurisprudencial española», *AEDI*, vol. 23, 2007, pp. 63-99.

#### 4. LAS OTRAS INMUNIDADES

Por lo que hace a las *inmunidades de las altas autoridades de los Estados extranjeros (jefes de Estado, jefes de Gobierno y ministros de Asuntos Exteriores)*, tanto la Exposición de Motivos como la Memoria del Anteproyecto reconocen que la cuestión se encuentra aún en proceso de desarrollo: se han producido algunas decisiones de enjuiciamiento por parte de la CIJ, pero el tema todavía no se encuentra plenamente consolidado y subsisten interrogantes como los que planteó en su momento el asunto *Pinochet* ante la Cámara de los Lores en 1998. En todo caso, las soluciones consagradas en el Título II de la ley requerirán de una interpretación que la ley no ofrece<sup>24</sup>. Y es que ¿cómo determinar respecto de las antiguas altas autoridades la inmunidad que la ley pretende establecer respecto de los actos desarrollados en el desempeño de «sus funciones oficiales conforme al Derecho internacional»? Parece evidente que no lo sería la realización de crímenes contra la humanidad, etc., pero sin duda otros supuestos (violaciones de los derechos humanos de menor gravedad, corrupción, blanqueo, tráfico de drogas, terrorismo, etc.) también requerirán concreción jurisprudencial.

Asimismo, resultan muy cuestionables algunas previsiones en materia de *inmunidades del personal de las Fuerzas Armadas de un Estado extranjero* contenidas en el Título IV de la ley. En concreto, el art. 33.2 prevé ampliar «total o parcialmente» las inmunidades establecidas en el Convenio entre los Estados partes del Tratado del Atlántico Norte sobre el Estatuto de sus fuerzas (SOFA-OTAN), de 19 de junio de 1951, a cualesquiera Estados sobre la base de los acuerdos que suscriba el Ministerio español de Defensa con sus homólogos extranjeros. Tal previsión permitirá en lo sucesivo que personal de toda laya —recuérdense los procedimientos en curso ante el Juzgado Central de Instrucción núm. 5 (Auto de 9 de abril de 2015) y las comisiones rogatorias cursadas a Marruecos respecto de antiguas autoridades militares implicadas en supuestos crímenes en el Sáhara Occidental— pueda beneficiarse de la inmunidad —¿o es impunidad?— sobre la base de un acuerdo —no es siquiera un tratado— concertado por el Ministerio de Defensa<sup>25</sup>. Ahora bien, una cosa es que un tratado internacional —el Convenio SOFA-OTAN— debidamente autorizado por nuestras Cortes Generales haya conferido a Estados aliados —y supuestamente democráticos— tales prerrogativas y otra que «por la puerta de atrás» el Ministerio de Defensa pueda conceder «*patentes*

<sup>24</sup> Conclusión avalada por el Consejo de Estado en su Dictamen (*op. cit.*, nota 7), en p. 47.

<sup>25</sup> Reiteramos lo ya apuntado *ut supra* acerca de la imposibilidad de concertar un Acuerdo Internacional Administrativo a estos efectos a falta de un Tratado de cobertura, *apud* LTOAI. En todo caso, adviértase el sinsentido que supone el que sea un acuerdo de tan enigmática naturaleza el que pueda declarar extensibles las disposiciones del Convenio SOFA-OTAN (BOE núm. 217, de 10 de septiembre de 1987) —aplicables exclusivamente *inter Partes*— por la sola habilitación de la Ley de inmunidades. De hecho, en el caso del Convenio SOFA-OTAN fue un tratado posterior —el Convenio entre los Estados partes del Tratado del Atlántico Norte y los otros Estados participantes en la Asociación para la Paz relativo al Estatuto de sus Fuerzas, de 19 de junio de 1995 (BOE núm. 128, de 29 de mayo de 1998)— el que posibilitó *apud* art. 1 su aplicación a otros Estados ajenos al mismo. Por cierto, es a este último al que se refiere, erróneamente, la Exposición de Motivos de la Ley de Inmunidades.

de inmunidad» al personal militar de cualquier Estado (y hay muchos con escasas credenciales democráticas, «Primavera árabe de por medio»), sin intervención de las Cortes Generales y restringiendo, por ende, la competencia de nuestros jueces y tribunales<sup>26</sup>.

En cuanto a las inmunidades contempladas en el Título V respecto de *las organizaciones internacionales*, vaya por delante el progreso que supone la acogida en nuestro Derecho de un marco general en un ámbito mal encauzado hasta ahora por nuestra jurisprudencia<sup>27</sup>. Con todo, merece reproche que la ley defiera la inmunidad en materia de reclamaciones laborales de los empleados al sistema habilitado por la propia organización, sin reparar en el encuadre y garantías de dicho mecanismo. En esta tesitura, parecería lógico que una excepción a la competencia de los tribunales españoles respecto de una materia en la que su función tuitiva es esencial se subordine al menos al genérico control que —sin merma de la independencia de la organización internacional— el Estado territorial ejerce sobre la base de los Acuerdos de sede que han de concertarse con aquella<sup>28</sup>.

Respecto a la cuestión de las *Conferencias internacionales* —regulada en el Título VI (y al margen de las exorbitancias antevistas a propósito de los privilegios y facilidades impropias de una Ley de inmunidades)— nos sitúa ante una solución que cabe calificar de «matar las moscas a cañonazos». Por parte del Gobierno, se aducen en la Memoria las dificultades prácticas que suscita el desarrollo de estas reuniones, precisadas del establecimiento de un conjunto de prerrogativas, privilegios e inmunidades en orden a su desarrollo y se evocan —con la indudable autoridad del Profesor Antonio Remiro Brotons— las dificultades que han de arrostrarse en la práctica para su debida implementación —la famosa cuestión de los tratados consumidos en su aplicación provisional— en razón de la premura que caracteriza la organización y desarrollo de estos eventos y sobre los que alertara hace ya muchos años la

<sup>26</sup> También aquí es de lamentar la cerrazón del Gobierno, confortado por su mayoría parlamentaria, al no contemplar siquiera la obligación de información a las Cortes acerca de los acuerdos eventualmente concertados por el Ministerio de Defensa, sobre la que porfiara en sus enmiendas al apartado 2 del art. 33 el Grupo Parlamentario Socialista, apoyado en el Senado por el Grupo Parlamentario de *Entesa*. Véanse las enmiendas de modificación núms. 21 (Congreso), 5 y 25 (Senado), accesibles respectivamente en *BOCG, Congreso de los Diputados*, serie A, núm. 162-2, de 18 de septiembre de 2015, p. 13, y *BOCG, Senado*, apartado I, núm. 611-4193, de 13 de octubre de 2015, pp. 723-724 y 736-737. Obviamente, menos aún podía prosperar la planteada en el Senado por el Grupo Parlamentario de *Entesa* (núm. 18) que abogaba por la supresión de dicho artículo (véase *BOCG, Senado*, apdo. I, núm. 611-4193, de 13 de octubre de 2015, p. 733).

<sup>27</sup> ANDRÉS SÁEZ DE SANTA MARÍA, P., «Las inmunidades de las organizaciones internacionales. Perspectiva general y española», en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (dir.), *La Ley Orgánica 16/2015 sobre privilegios e inmunidades: gestión y contenido*, Madrid, Escuela Diplomática (en prensa). Al respecto véase nuestro comentario «Inadmisión de la inmunidad de jurisdicción en una demanda interpuesta por españoles contra la Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura», *AEDIPriv*, vol. VIII, 2008, p. 932.

<sup>28</sup> Dicho lo anterior, somos conscientes de que la ley transita por los derroteros de la práctica. Al respecto, véanse las contribuciones recogidas en REINISCH, A. (ed.), *The Privileges and Immunities of International Organizations in Domestic Courts*, Oxford, Oxford University Press, 2013, así como en el número monográfico consagrado al tema en *International Organizations Law Review*, vol. 10, 2013.

Profesora Paz Andrés Sáenz de Santa María en una contribución esclarecedora<sup>29</sup>. En cambio, se oculta que con la reciente LTOAI se han flexibilizado los cauces para la concertación internacional en nuestro Derecho y que merced a ello la conjunción de tratados (p. ej., marco) y acuerdos internacionales administrativos puede, a buen seguro, facilitar el desarrollo de estas reuniones sin tener que acudir a un diseño «inmunitario» general como el que pergeña la ley, cercenando la competencia judicial de nuestros tribunales.

## 5. LA COOPERACIÓN ENTRE LOS ÓRGANOS JUDICIALES Y EL MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y DE COOPERACIÓN

*Last but not least*, en lo que atiende a los aspectos procedimentales regulados en el Título VII mencionemos tan solo la novedad que incorpora —bien es cierto que prefigurada ya por la inmediatamente anterior Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación jurídica internacional en materia civil<sup>30</sup>— al prever la obligación de los órganos jurisdiccionales de poner en conocimiento del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación los procedimientos contra Estados extranjeros al objeto de que este emita informe sobre las cuestiones relativas a la inmunidad. El texto definitivo remite al art. 27.2 de la Ley 29/2015 que dispone:

«Los órganos jurisdiccionales españoles comunicarán al Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación la existencia de cualquier procedimiento contra un Estado extranjero a los solos efectos de que aquel emita informe en relación con las cuestiones relativas a la inmunidad de jurisdicción y ejecución, del que dará traslado al órgano jurisdiccional competente por la misma vía».

La solución establecida —que dulcifica el rígido tenor en el que se movía el borrador de la Ley de Inmunidades— concilia los intereses de la política exterior española que imponen garantizar que el desarrollo de los procedimientos jurisdiccionales no pongan en juego la responsabilidad internacional de nuestro Estado —caso de desconocer las reglas en materia de inmunidad impuestas por el DI— con la deseable cooperación en esta materia entre los poderes públicos —como destacara la STC 18/1997— evitando fórmulas que pudieran interpretarse como una interferencia en la independencia judicial<sup>31</sup>.

<sup>29</sup> ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., «La aplicación provisional de los tratados en el Derecho español», *REDI*, 1982, núm. 2, pp. 31-78. Sobre esta cuestión ha vuelto la autora más recientemente en su contribución «La formación y aplicación de los tratados internacionales en España: algunas cuestiones», en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (dir.), *España y la práctica del Derecho internacional (LXXV Aniversario de la Asesoría Jurídica Internacional del MAEC)*, Madrid, Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, 2014, pp. 61-75, en especial las pp. 62-70.

<sup>30</sup> *BOE* núm. 182, de 31 de julio de 2015. Ley, por cierto, también de fulgurante e «inconsonante» tramitación.

<sup>31</sup> De ahí, las preocupaciones que a la luz de los iniciales arts. 51 y 54 del borrador de 8 de abril de 2015 expresara el CGPJ en su informe (párr. 135). De hecho, atendiendo a estos motivos, la cuestión se había solventado hasta ahora sobre la base de la obligación a cargo de los secretarios judiciales de

## 6. A MODO DE CONCLUSIÓN: LEGISLAR EN TIEMPOS LÍQUIDOS

En el marco de la «motorización legislativa» impresa en la última Legislatura, nuestro Estado se ha dotado finalmente de una Ley de Inmунidades colmando una laguna sobre la que tanto los operadores jurídicos como la doctrina no habían dejado de insistir. La solución arbitrada, al incidir sobre una realidad multiforme y compleja —las «figuras proyectadas en distintos espejos a partir de un objeto único» de las que hablara el Profesor Luis Ignacio Sánchez Rodríguez<sup>32</sup>— ofrece unas soluciones de mínimos que requerirán el manejo de una diversidad de instrumentos en orden a afrontar las situaciones susceptibles de plantearse, sin que haya de descartarse la relevancia de la interpretación judicial en aquellos casos (por ejemplo, «el ejercicio de sus funciones» en el caso de las antiguas altas magistraturas del Estado extranjero) en los que la ley aborda materias carentes aún hoy en día de un basamento jurídico firme en el DI. En este contexto, está por ver si el complejo «juego de espejos» que articula la ley no deparará imágenes como las que Don Latino contemplaba divertido en el callejón del Gato<sup>33</sup>.

Y es que los loables empeños de la ley dejan un cierto aire de insatisfacción si se repara en que la tutela judicial efectiva de los particulares se resiente en un texto legislativo que, fiándolo todo a unas normas internacionales en ocasiones de perfiles difusos, no presta atención a lo que no es solo un derecho garantizado por nuestra Constitución, sino también por normas internacionales. Vaya por delante que sería ingenuo pensar que las lesiones a los particulares por parte de los Estados extranjeros se comprimen en el tiempo de la globalización a las cuestiones evocadas en la Ley de Inmунidades y que su defensa puede articularse en un texto normativo de esta naturaleza —el caso *Facebook* es un elocuente ejemplo de lo que apuntamos<sup>34</sup>— pero hubiera sido deseable que nuestro Estado —en un contexto crecientemente dinámico y fluido— hubiera apostado por una ley más atenta a la protección de los derechos de los individuos, particularmente en situaciones extremas como la que plantea el supuesto del conflicto entre inmunidad y graves violaciones de los derechos humanos, incardinándose en el proceso de cambio que prefiguran recientes desarrollos judiciales de nuestro entorno. La cuestión, que enlaza con una poco meditada adhesión a la Convención de Nueva York que ha venido a condicionar la elaboración de la ley, interroga en último término acerca de la oportunidad de un texto, cuyos objetivos venía satisfaciendo razonablemente nuestra jurisprudencia.

*Cui prodest?*

---

informar de estos procedimientos al MAEC (Nota Informativa de la Secretaría General de la Administración de Justicia de julio de 2012).

<sup>32</sup> SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I., *op. cit.*, nota 4, p. 29.

<sup>33</sup> VALLE INCLÁN, R. M., *Luces de Bohemia*, Escena XII.

<sup>34</sup> Una interesante reflexión al respecto en PÖSCHL, M., «La garantía de los estándares de derechos humanos y fundamentales ante las nuevas amenazas que generan los particulares y los actores extranjeros» (trad. DE AZPITARTE SÁNCHEZ, M.), *Teoría y Realidad Constitucional*, 2015, núm. 36, pp. 93-130, en pp. 120-127.

**Palabras clave:** inmunidades de jurisdicción, inmunidad de ejecución, *ius cogens*, tutela judicial efectiva, personal militar en el exterior, organizaciones internacionales, conferencias internacionales.

**Keywords:** jurisdictional immunities, enforcement immunity, *ius cogens*, right to an effective legal remedy, foreign armed forces, international organisations, international conferences.



## COORDINACIÓN DE LA LEY DE COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL EN MATERIA CIVIL CON LA LEGISLACIÓN ESPECIAL

Pedro Alberto DE MIGUEL ASENSIO  
Catedrático de Derecho internacional privado  
Universidad Complutense de Madrid

**SUMARIO:** 1. NORMAS ESPECIALES Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA NUEVA LEY.—  
2. APLICACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO EXTRANJERO.—3. RECONOCIMIENTO IN-  
CIDENTAL Y EXEQUÁTUR.—4. CONDICIONES DEL RECONOCIMIENTO.

### 1. NORMAS ESPECIALES Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA NUEVA LEY

1. La aplicación de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil (LCJIC) se halla condicionada por su carácter subsidiario, previsto expresamente en su art. 2, relativo a las fuentes. Dejando ahora a un lado la repercusión de la primacía del Derecho de la UE y la aplicación preferente de las normas contenidas en los convenios internacionales en los que España es parte, que contempla el art. 2.a) LCJIC; el otro elemento determinante del carácter subsidiario de la ley se relaciona con su naturaleza de legislación marco general, de aplicación supletoria respecto de las que el art. 2.b) denomina normas especiales del Derecho interno.

2. De acuerdo con su Preámbulo, el carácter subsidiario de la LCJIC previsto en ese art. 2.b) responde al principio de especialidad. La enumeración no exhaustiva de las normas que se consideran especiales «en materia de cooperación jurídica internacional en materia civil y mercantil», de modo

que prevalecen sobre la nueva ley, aparece recogida en la DA 1.<sup>a</sup> LCJIC, que incluye las siguientes: *a)* arts. 199 a 230 de la Ley Concursal; *b)* arts. 25 a 31 de la Ley de Adopción Internacional; *c)* arts. 94 a 100 de la Ley 20/2011 del Registro Civil (LRC de 2011); *d)* art. 67.1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU); *e)* art. 46 de la Ley 60/2003, de Arbitraje; *f)* normas de la Ley y Reglamento Hipotecarios, así como del Código de Comercio y del Reglamento del Registro Mercantil, reguladoras de la inscripción de documentos extranjeros en cuanto sean compatibles con la LCJIC, y *g)* normas de Derecho internacional privado contenidas en la Ley 15/2015, de Jurisdicción Voluntaria (LJV).

Si bien del mencionado art. 2.*c)* LCJIC se deriva que todas esas normas —y eventualmente otras que puedan ser consideradas especiales— resultan de aplicación preferente, la coordinación de la LCJIC con alguna de esas leyes especiales, así como la interpretación conjunta de estos diversos textos legales no están exentas de dificultades, lo que es consecuencia de la creación de un marco normativo excesivamente complejo, como ilustra la situación creada en los sectores que se reseñan a continuación.

## 2. APLICACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO EXTRANJERO

3. En relación con la prueba del Derecho extranjero, básicamente la LCJIC se remite a la LEC —en la que continúa siendo determinante el art. 281.2— y, con una redacción cuestionable en la que se destaca el carácter excepcional de la imposibilidad de probar el Derecho extranjero, establece el criterio derivado de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en el sentido de que cuando no haya podido probarse el Derecho extranjero procede aplicar en su lugar el Derecho español. Por lo demás, el art. 33 LCJIC se limita a prever que los órganos jurisdiccionales españoles determinarán el valor de la prueba del Derecho extranjero de acuerdo con las reglas de la sana crítica (apdo. 2), y que para ellos ningún informe o dictamen sobre Derecho extranjero tendrá carácter vinculante (apdo. 4).

4. La dispersión de las normas de nuestro sistema de Derecho internacional privado, que las recientes reformas han consolidado, se ha traducido en que de manera injustificada este sea uno de los ámbitos en los que ahora supuestamente existe legislación específica. Tal normativa tiene su origen en la introducción en la reforma de la LGDCU llevada a cabo por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, de un inciso final en el art. 67.1 LGDCU, según la cual: «Cuando no se haya podido determinar el contenido de la ley extranjera, se aplicará subsidiariamente la ley material española». Se trata de un inciso cuya adición en esa norma resultaba cuestionable, pues aunque su contenido pueda resultar apropiado, la inclusión en una disposición específica en materia de contratos de consumo no era acertada, al tratarse de un aspecto clave en la aplicación de la ley extranjera, que se proyecta sobre el conjunto de las materias de Derecho privado, sin que en el sector de los contratos de

consumo estuviera justificada una solución diferenciada, lo que aconseja su regulación en una norma de alcance mucho más general.

Ciertamente la solución prevista en el art. 67.1 LGDCU recogió la que, aunque sin estar establecida legalmente, en realidad era ya la regla general en nuestro sistema, en el que no resulta necesario prever una pluralidad de regímenes en esta materia, uno de ellos supuestamente específico de los contratos de consumo. El tratamiento que en materia de ley aplicable establece el Reglamento Roma I y el mecanismo de protección de los consumidores que configura refuerzan esa conclusión. Resulta llamativo que el párr. 3.º del apartado V del Preámbulo de la LCJIC admita de manera expresa que en esta materia la legislación especial pueda prever soluciones iguales a la normativa general, con referencia específica a la legislación sobre consumo. El art. 33 (Título II) LCJIC va referido a la prueba del Derecho extranjero ante los órganos jurisdiccionales, ámbito en el que la única legislación especial es el referido inciso del art. 67.1 LGDCU y que existen buenas razones para considerar que no establece una solución distinta a la general recogida ahora en el art. 33 LCJIC, lo que cuestiona la necesidad de mantener en vigor el inciso sobre el particular de la LGDCU. En todo caso, es de lamentar que en el texto del art. 33.3 LCJIC no se haya reproducido la formulación más acertada de ese inciso de la LGDCU.

### 3. RECONOCIMIENTO INCIDENTAL Y EXEQUÁTUR

5. El art. 41 LCJIC, relativo al ámbito de aplicación de su Título V sobre reconocimiento y ejecución, establece que son susceptibles de reconocimiento y ejecución, conforme a las disposiciones de ese Título, «las resoluciones extranjeras firmes recaídas en un procedimiento contencioso» así como «las resoluciones extranjeras definitivas adoptadas en el marco de un procedimiento de jurisdicción voluntaria». Con respecto a estas últimas, se plantea la necesidad de coordinar la aplicación de las normas generales de la LCJIC con las de la LJV, aprobada tan solo unos días antes que la LCJIC y cuyos arts. 11 y 12 regulan la inscripción y eficacia de las resoluciones, actos y expedientes extranjeros de jurisdicción voluntaria, al tiempo que su DA 3.<sup>a</sup> contempla la inscripción de documentos públicos extranjeros.

El término «resolución» se define en el art. 43 LCJIC, en línea con los reglamentos de la UE, de manera muy amplia, lo que se ve reforzado por la inclusión de las resoluciones procedentes de autoridades no judiciales que tengan atribuciones análogas a las de las autoridades judiciales. Aunque el art. 43.c) LCJIC va referido de manera imprecisa a «atribuciones análogas a las de las autoridades judiciales de un Estado», cabe entender que España debe ser la referencia, como Estado requerido, al apreciar cuáles son las atribuciones propias de las autoridades judiciales, como, por ejemplo, aunque en un ámbito distinto, hacen el art. 11.3 LJV y el art. 96.3 LRC de 2011.

6. Presenta singular importancia la admisión en la LCJIC del llamado tradicionalmente reconocimiento automático o sin procedimiento especial,

en el que el reconocimiento es posible sin necesidad de tramitar el exequátur. Frente a la situación prevalente anteriormente en el régimen de fuente interna, la LCJIC admite el reconocimiento incidental directamente por parte del juez que conozca de un procedimiento judicial en el que se plantee el reconocimiento de una resolución extranjera (art. 44.2 LCJIC). Con respecto al reconocimiento incidental en el marco de un procedimiento judicial, la LCJIC no requiere la tramitación de un incidente conforme a los arts. 388 y ss. LEC, de modo que puede decidirse de manera más sencilla directamente en el marco del concreto procedimiento en el que se solicite el reconocimiento, lo que facilita la eficacia de las resoluciones extranjeras. Como es propio del reconocimiento sin procedimiento especial, el art. 44.2 LCJIC prevé que la eficacia del reconocimiento incidental queda limitada a lo resuelto en el proceso principal, por lo que no impide que se solicite el exequátur, como procedimiento que permite obtener una declaración general de reconocimiento.

Asimismo, la LCJIC establece que no se requiere procedimiento especial para la inscripción «en los Registros españoles de la Propiedad, Mercantil y de Bienes Muebles de las resoluciones judiciales extranjeras» (art. 59 LCJIC). También el art. 96.2 LRC de 2011 contempla la inscripción de resoluciones extranjeras ante el encargado del Registro Civil sin necesidad de procedimiento especial o exequátur, estableciendo un régimen de condiciones específico. En todo caso, la entrada en vigor de esta disposición no se ha producido de manera coordinada con la modificación del régimen general de reconocimiento, pues de acuerdo con la DF 10.<sup>a</sup> de la LRC de 2011, modificada por la LJV, la LRC entrará en vigor el 30 de junio de 2017.

7. En este contexto, podría haber sido acertado establecer en una disposición expresa de la LCJIC con carácter general de manera clara la posibilidad de reconocimiento sin procedimiento especial. Tal posibilidad se desprende, entre otros elementos, del contraste entre el art. 44.1 LCJIC —relativo al reconocimiento— y su art. 50.1 que, a diferencia del anterior, hace depender en todo caso la ejecutabilidad de las resoluciones extranjeras de que se haya obtenido su exequátur. En el apartado VIII del Preámbulo de la LCJIC se hace referencia a que en «el Título V se opta por el mantenimiento del exequátur como procedimiento especial cuyo objeto es declarar, a título principal, el reconocimiento de una resolución judicial extranjera y, en su caso, autorizar su ejecución. Ello contrasta con lo establecido en los Reglamentos de la Unión Europea...». Ahora bien, cabe entender que esa referencia no impide apreciar que el criterio general en la LCJIC es la posibilidad de reconocimiento incidental sin procedimiento especial (exequátur), mientras que la declaración de ejecutividad sí se subordina al previo exequátur, a diferencia del modelo de supresión del exequátur adoptado en ciertos Reglamentos de la UE, muy especialmente en el Reglamento Bruselas I bis. A este último aspecto parece ir referido el inciso reseñado del Preámbulo acerca del mantenimiento del exequátur en la nueva ley.

8. La inscripción de resoluciones judiciales extranjeras en los registros públicos españoles aparece regulada en el art. 59 LCJIC, que va referido a la

«inscripción en los Registros españoles de la Propiedad, Mercantil y de Bienes Muebles». Conforme a esta norma el reconocimiento se configura como presupuesto para la inscripción, pero es posible el reconocimiento sin necesidad de procedimiento especial, directamente por el registrador, que el art. 59.2 LCJIC denomina «reconocimiento incidental», al igual que cuando se plantee en un procedimiento judicial (art. 44.2 LCJIC, ya mencionado). Los motivos de denegación del reconocimiento son también, en este caso, los previstos con carácter general en el art. 46.1 LCJIC.

Aunque el régimen establecido en el art. 59 LCJIC para la inscripción en los Registros de la Propiedad, Mercantil y de Bienes Muebles (art. 59.1) responde a un modelo similar al previsto en el art. 96 de la LRC de 2011, parece cuestionable la conveniencia de la pluralidad de normas en este ámbito. En particular, llama la atención que los motivos de denegación del reconocimiento incidental registral —al menos formalmente— no coincidan en esas dos normas.

9. Por otra parte, como ha quedado señalado, el art. 41 de la LCJIC refleja que la nueva ley opta por un modelo en el que las reglas de reconocimiento y ejecución son en principio comunes para las resoluciones recaídas en procedimientos contenciosos y las adoptadas en procedimientos de jurisdicción voluntaria. Ahora bien, de manera preferente a la LCJIC se aplica la legislación especial, condición que la DA 1.<sup>a</sup> de la LCJIC expresamente atribuye a las normas de Derecho internacional privado contenidas en la LJV. Por consiguiente, en particular, los arts. 11 y 12 LJV, que contienen «normas específicas para el reconocimiento y eficacia en España de los actos de jurisdicción voluntaria acordados por autoridades extranjeras» (en los términos del apartado X del Preámbulo de la LJV) son de aplicación preferente a las normas sobre reconocimiento y ejecución de la LCJIC.

Los arts. 11 y 12 LJV se caracterizan por su poca precisión y falta de rigor terminológico. En todo caso, el art. 11 LJV, así como los apartados 1 y 2 del art. 12 LJV, establecen que el reconocimiento es presupuesto de la inscripción registral de las resoluciones definitivas (o firmes). El reconocimiento puede tener lugar por vía incidental ante el encargado del Registro, si bien este no será necesario cuando se haya obtenido previamente el exequátur. En definitiva, en relación con la posibilidad de reconocimiento incidental registral y con el eventual recurso al exequátur, el criterio establecido en el art. 11 LJV coincide con el previsto en la LCJIC, cuyas reglas son aplicables a lo no previsto en la LJV o la normativa registral, por ejemplo, en relación con la tramitación del proceso de exequátur.

Con respecto a las inscripción de documentos públicos extranjeros extrajudiciales (art. 60 LCJIC), debe tenerse en cuenta lo dispuesto en la DA 3.<sup>a</sup> LJV, dedicada específicamente a la inscripción en los registros públicos de documentos públicos extranjeros no dictados por un órgano judicial, relevante en relación con las resoluciones y actos de jurisdicción voluntaria en materias cuya competencia correspondería, según la LJV, al conocimiento de autoridades (españolas) no judiciales.

10. El exequátur se configura en el art. 42 LCJIC como el procedimiento para declarar a título principal el reconocimiento de una resolución extranjera y, en su caso, autorizar su ejecución en España. Es además el procedimiento a disposición de quien pretenda una declaración de no reconocimiento de una resolución extranjera con base en que incurre en alguna de las causas de denegación del reconocimiento del art. 46 LCJIC. La declaración de reconocimiento (o no reconocimiento) a título principal no produce los limitados efectos que son propios del reconocimiento incidental, sino que el auto de exequátur tiene eficacia vinculante general. Por otra parte, la tramitación del exequátur es presupuesto necesario para que una resolución extranjera pueda desplegar en España su eficacia ejecutiva (art. 50 LCJIC). El art. 52 LCJIC establece las reglas para determinar el Juzgado de Primera Instancia o de lo Mercantil competente para conocer del exequátur y el proceso de exequátur aparece regulado en el art. 54 LCJIC.

Entre las normas especiales, en materia de arbitraje la DA 1.<sup>a</sup> LCJIC incluye únicamente el art. 46 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, relativo al exequátur de laudos arbitrales. No obstante, pese a que solo se mencione esa norma, otras disposiciones de nuestro ordenamiento que prevén un trato diferenciado para los laudos arbitrales extranjeros resultarán de aplicación preferente a las reglas generales sobre exequátur de la LCJIC, como sucede con las relativas a la competencia para conocer del exequátur de laudos arbitrales, atribuida por el art. 73.1.a) LOPJ a los Tribunales Superiores de Justicia, y eventualmente al régimen de recursos contra el auto de exequátur. Con respecto a esta última cuestión, la derogación llevada a cabo por LCJIC de las normas de la LEC de 1881 alcanza a su art. 955, que incluía la precisión de que no cabe ulterior recurso frente a la decisión sobre el reconocimiento de los laudos arbitrales extranjeros. No obstante, tratándose de una materia atribuida a los Tribunales Superiores de Justicia, a diferencia de la competencia para conocer de las solicitudes de exequátur de resoluciones judiciales extranjeras que corresponde a los Juzgados de Primera Instancia y los Juzgados de lo Mercantil, cabe entender que tras la reforma tampoco le es aplicable el régimen de recursos previsto en el art. 55 LCJIC, según el cual frente al auto de exequátur cabe recurso de apelación y, eventualmente, recurso extraordinario por infracción procesal o recurso de casación.

#### 4. CONDICIONES DEL RECONOCIMIENTO

11. Entre las principales carencias del régimen previo en materia de reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras, contenido en la LEC de 1881, se encontraba la deficiente formulación de los motivos de denegación del reconocimiento y ejecución, en concreto en su art. 954, destacando la ausencia de cualquier referencia al control de la competencia del tribunal de origen. Frente a esta situación, el enfoque fragmentario que lastra la revisión de nuestro sistema de Derecho internacional privado ha llevado a la aprobación en los últimos años de una pluralidad de normas que recogen

este control. Así, en la actualidad, junto al régimen general del nuevo art. 46 LCJIC, existen normas especiales que prevén el control de la competencia del tribunal de origen en otras leyes consideradas especiales por la LCJIC, como la Ley Concursal (art. 220.1.3.º), la Ley de Adopción Internacional (arts. 26.1.1.º y 34.1.2.º reformados por la Ley 26/2015, de 28 de julio), la LRC de 2011 [art. 96.2.2.ºb)] y la LJV [art. 12.3.a)].

La coexistencia de un cúmulo tan elevado de normas que pretenden regular con los mismos criterios una misma cuestión —aunque en ámbitos distintos— pero lo hacen de manera descoordinada no está exenta de dificultades.

12. El art. 46.1.c) LCJIC regula el control de la competencia del tribunal de origen, estableciendo que la resolución extranjera no se reconocerá cuando «se hubiere pronunciado sobre una materia respecto a la cual fueren exclusivamente competentes los órganos jurisdiccionales españoles o, respecto a las demás materias, si la competencia del juez de origen no obedeciere a una conexión razonable». Incluye además la presunción de que existe una conexión razonable con el litigio cuando el órgano extranjero haya basado su competencia judicial internacional «en criterios similares a los previstos en la legislación española».

Se trata de una norma que establece un estándar apropiado, pues parte de que este motivo de denegación del reconocimiento concurre cuando entre el litigio y el Estado de origen no exista una conexión razonable —lo que normalmente será el caso cuando la competencia se hubiera basado únicamente en un fuero exorbitante—, asegura expresamente el respeto a las competencias exclusivas de los tribunales españoles y utiliza la bilateralización de nuestras reglas de competencia (básicamente ahora las establecidas en los arts. 22 a 22 nonies LOPJ) como un criterio no determinante, de modo que no excluye que pueda apreciarse la existencia de una conexión razonable en otras situaciones. Por otra parte, tampoco debe descartarse que, pese a estar vinculado el litigio con el Estado de origen, pueda llegarse a la conclusión de que no existía conexión razonable a estos efectos; por ejemplo, en situaciones en las que las partes se habían sometido válidamente a los tribunales de otro Estado.

13. Ahora bien, la LCJIC incorpora una regla adicional sobre control de la competencia del tribunal de origen. En concreto, la segunda cautela que en relación con el reconocimiento de las resoluciones resultantes del ejercicio de acciones colectivas prevé la LCJIC tiene que ver precisamente con este control. En concreto, el art. 47.2 LCJIC establece que esas resoluciones no se reconocerán «cuando la competencia del órgano jurisdiccional de origen no se hubiera basado en un foro equivalente a los previstos en la legislación española». Según el apartado VIII del Preámbulo de la LCJIC esta redacción implica un control de la competencia del juez de origen más estricto que el establecido con carácter general en el art. 46.1.c) LCJIC, pues la exigencia de equivalencia entre las reglas de competencia supone precisamente que no baste la mera semejanza.

Llama la atención que el art. 96.2.2.<sup>o</sup>b) de la LRC de 2011 en relación con el reconocimiento por el encargado del Registro Civil, como presupuesto de la inscripción, exige que se verifique que: «El Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española». A la luz de la redacción de esta norma, cabe preguntarse si el estándar exigido en este caso coincide con el del art. 46.1.c) LCJIC o con el del art. 47.2 LCJIC, pues se aprecia que su redacción sobre este particular, al utilizar el término «equivalentes» básicamente coincide con la adoptada por el art. 47.2 con el propósito de establecer un control más estricto. Similar cuestión puede plantearse en relación con el art. 220.1.3.<sup>o</sup> de la Ley Concursal, que utiliza un término similar, al contemplar como requisito para que una resolución judicial extranjera se reconozca: «Que la competencia del tribunal o de la autoridad que haya abierto el procedimiento de insolvencia esté basada en alguno de los criterios contenidos en el art. 10 de esta Ley o en una conexión razonable de naturaleza equivalente». ¿El estándar exigido en estos casos coincide con el del art. 46.1.c) LCJIC o con el del art. 47.2 LCJIC? Aunque la LRC de 2011 y la Ley Concursal empleen el término «equivalente», al que el Preámbulo de la LCJIC atribuye el significado antes señalado, parece razonable entender que el estándar de control aplicable en ambas normas coincide con el del art. 46.1.c) LCJIC, pues el art. 47.2 LCJIC obedece al propósito de establecer una cautela específica para las resoluciones derivadas de acciones colectivas, que no está presente en el art. 96.2.2.<sup>o</sup>b) de la LRC de 2011, ni en el art. 220.1.3.<sup>o</sup> de la Ley Concursal.

14. La comparación del art. 46.1 LCJIC con otras normas recientes de nuestro ordenamiento que cumplen una función similar pone de relieve algunas carencias adicionales en la formulación de la nueva ley. Conforme al art. 46.1.a) LCJIC, las resoluciones extranjeras no se reconocerán «(c)uando fueran contrarias al orden público». Aunque no se haya utilizado, como hubiera sido deseable, la terminología consolidada en la práctica internacional, que hace referencia a que la contradicción sea «manifiesta», debe afirmarse también en el régimen de fuente interna el carácter excepcional del orden público, que impone su aplicación restrictiva. De hecho, el art. 96.2.2.<sup>o</sup>c) de la LRC de 2011 sí hace referencia como requisito del reconocimiento incidental registral a que la resolución extranjera no resulte «manifiestamente incompatible con el orden público español». Una formulación semejante cabe encontrar en el art. 12.3.c) de la LJV, más acertado en este aspecto puntual que el art. 46.1 LCJIC. En todo caso, las diferencias de redacción no deben implicar un distinto alcance de la excepción de orden público en esas normas.

15. Frente al régimen general de la LCJIC, la especialidad de la normativa de reconocimiento de las resoluciones firmes de jurisdicción voluntaria previsto en la LJV radica fundamentalmente en que el art. 12.3 LJV incorpora una relación propia de causas de denegación del reconocimiento de los actos de jurisdicción voluntaria firmes, que, pese a su imprecisa terminología, cabe entender que establece el régimen especial de reconocimiento en España de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria, en particular de aque-

llas recaídas en materias cuya competencia corresponda, según la LJV, al conocimiento de órganos jurisdiccionales, de conformidad con lo dispuesto en el art. 1.1. De los controles previstos en el art. 12.3 LJV (como el control de la competencia del órgano de origen y de los derechos de defensa de los implicados) se desprende que se trata típicamente de resoluciones que producen efectos susceptibles de reconocimiento en sentido propio. Las carencias de esa relación propia de causas de denegación se acentúan al tener en cuenta que se halla incluida en una ley que fue adoptada tan solo unos días antes que la LCJIC. Con carácter general, hubiera sido deseable una mejor coordinación de la LJV con las normas generales sobre reconocimiento de resoluciones extranjeras adoptadas prácticamente de manera simultánea en la LCJIC, que facilitaría la comprensión y aplicación de nuestro sistema.

En contraste con el art. 46.1 LCJIC, el art. 12 LJV enumera cuatro causas de denegación del reconocimiento: control de la competencia internacional de la autoridad extranjera, control del respeto a los derechos de defensa de los implicados, control del orden público y, añadido en la tramitación parlamentaria, violación de un derecho fundamental o libertad pública de nuestro ordenamiento. Con respecto al control de la competencia y del orden público, como ha quedado ya reseñado, llama la atención que la formulación de esas causas de denegación, aunque similar en su orientación, sea distinta de las del art. 46.1 LCJIC. Además, parece innecesario que en la tramitación parlamentaria de la LJV se añadiera, justo a continuación del control de orden público, un apartado *d)* que prevé la denegación del reconocimiento en España en caso de «violación de un derecho fundamental o libertad pública de nuestro ordenamiento jurídico». Como precisamente tales derechos y libertades son el núcleo del contenido del orden público español, el añadido del apartado *d)* parece injustificado, habida cuenta además de que el control de las garantías procesales viene ya recogido en el apartado *b)* del art. 12 LJV.

Más grave resulta la ausencia en el art. 12 LJV de toda referencia a un control sí previsto en el art. 46 LCJIC y que en algunos casos puede resultar relevante también en el ámbito de la jurisdicción voluntaria, como es el de la no contradicción con resoluciones eficaces o procedimientos pendientes (iniciados con anterioridad) en España. En caso necesario, no debería descartarse el eventual recurso para suplir esta carencia a la norma sobre orden público del art. 12.3 LJV o la aplicación analógica de lo dispuesto en el art. 46 LCJIC. La coherencia de nuestro ordenamiento jurídico también resulta menoscabada cuando se otorga eficacia a una resolución extranjera contradictoria con una situación establecida por una resolución española de jurisdicción voluntaria de carácter constitutivo. Esta conclusión no impide apreciar que la peculiar modificabilidad de las resoluciones que es característica del ámbito típico de la jurisdicción voluntaria se proyecta sobre el significado de esta condición del reconocimiento. La menor estabilidad de tales resoluciones se corresponde en ciertos ámbitos con que las mismas tienen lugar en el contexto de una actividad asistencial duradera, que no finaliza con la resolución sino que debe ser adaptada atendiendo a los cambios de circunstancias. Ciertamente,

la relación entre contradicción de la resolución extranjera con la nacional, que excluye su reconocimiento, y modificación de esta a través de aquella, que no lo impide, presenta particular relevancia en el ámbito de la jurisdicción voluntaria, pero no impide apreciar que el control de la no contradicción con resoluciones eficaces en España resulta también necesario cuando se pretende el reconocimiento de una resolución de jurisdicción voluntaria.

**Palabras clave:** Derecho extranjero, resolución, reconocimiento, exequátur.

**Keywords:** foreign law, judgment, recognition, exequatur.

## PROCEDIMIENTOS PARALELOS EN ESPAÑA Y EN EL EXTRANJERO: EL TÍTULO IV DE LA LEY 29/2015 (ARTS. 37 A 40)

Miguel GARDEÑES SANTIAGO

Profesor Titular de Derecho internacional privado  
Universidad Autónoma de Barcelona

**SUMARIO:** 1. PLANTEAMIENTO.—2. REGULACIÓN DE LA LITISPENDENCIA INTERNACIONAL.—3. REGULACIÓN DE LA CONEXIDAD INTERNACIONAL.—4. DETERMINACIÓN DEL MOMENTO DE INICIO DE LOS RESPECTIVOS PROCEDIMIENTOS.—5. TRAMITACIÓN PROCESAL DE LAS EXCEPCIONES DE LITISPENDENCIA Y CONEXIDAD INTERNACIONALES.—6. RÉGIMEN APLICABLE A LOS PROCEDIMIENTOS INICIADOS CON ANTERIORIDAD A LA NUEVA LEY.

### 1. PLANTEAMIENTO

Como es bien sabido, la finalidad de la excepción de litispendencia es evitar que lleguen a dictarse resoluciones judiciales contradictorias. Hasta ahora, el Derecho español de fuente autónoma solo regulaba de modo expreso la litispendencia interna, entre jueces españoles, pero no la situación de litispendencia internacional o procedimientos paralelos en España y en el extranjero. Tradicionalmente, la jurisprudencia entendía que esta falta de regulación expresa debía interpretarse en el sentido de que, a no ser que hubiera un convenio internacional (o norma de la UE) que expresamente previera la existencia de un procedimiento paralelo en el extranjero (o incluso aunque ya hubiera una sentencia en el extranjero, si no se había solicitado su exequátur), dicho procedimiento no podía tenerse en cuenta<sup>1</sup> y, por tanto, ello

<sup>1</sup> En la doctrina, un ejemplo muy claro en favor de esta postura tradicional se halla en la obra de MÁLAGA DIÉGUEZ, F., *La litispendencia*, Barcelona, Bosch, 1999, pp. 339-407.

no impedía que pudiera iniciarse un nuevo procedimiento en España. Como puede fácilmente deducirse, este estado de cosas era fuente de inseguridad jurídica, de abusos y de comportamientos oportunistas, porque se favorecía que se presentaran demandas en España con el único propósito de bloquear el futuro reconocimiento de la resolución que llegara a dictarse en el extranjero, aun cuando el procedimiento foráneo se hubiera iniciado antes<sup>2</sup>.

La nueva Ley 29/2015, de 30 de julio<sup>3</sup>, de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil (en adelante, LCJIMC), acaba definitivamente con esta situación al regular por vez primera de manera expresa la litispendencia internacional en el Derecho interno español. La nueva regulación se contiene en el Título IV (arts. 37 a 40) de la Ley<sup>4</sup>, y, salvo alguna diferencia, se inspira muy claramente en los arts. 33 y 34 del Reglamento de la UE 1215/2012, de 12 de diciembre (Bruselas I bis), preceptos que regulan la situación de los procedimientos paralelos en un Estado de la UE y en un Estado tercero<sup>5</sup>.

En principio, al estar incluidos en una ley de alcance general, podría pensarse que los arts. 37 a 40 de la nueva LCJIMC tendrían una vocación de aplicación amplia, aunque esta conclusión quedaría bastante matizada por el carácter subsidiario que se atribuye a la nueva ley, resultando por tanto de aplicación preferente, no únicamente lo dispuesto en las normas de la Unión Europea y en los convenios internacionales, sino también las normas especiales de Derecho interno (art. 2). En lo que atañe a la regulación de los procedimientos paralelos, ello significa que las disposiciones contenidas en los cada vez más numerosos instrumentos de la UE en materia de DIPr pre-

<sup>2</sup> Debe tenerse en cuenta que, en el marco del hoy derogado art. 954 de la LEC de 1881, tradicionalmente la jurisprudencia exigía, como condición para el reconocimiento de la resolución extranjera vinculada al orden público procesal, que no hubiera un proceso abierto en España que pudiera desembocar en una resolución incompatible con la resolución extranjera cuyo reconocimiento se pretendiera (a este respecto, aun cuando criticara los resultados insatisfactorios de esta solución, REMIRO BROTONS, A., *Ejecución de sentencias extranjeras en España. La jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, Tecnos, 1974, pp. 253-265). En cambio, la nueva Ley 29/2015 establece en su art. 46.1.f), que constituye un motivo de denegación del reconocimiento, la existencia de un litigio pendiente en España entre las mismas partes y con el mismo objeto, pero solo en la medida en que el litigio en España fuera «iniciado con anterioridad al proceso en el extranjero», siguiendo así la tendencia de algunas resoluciones judiciales que en los últimos años también se habrían pronunciado en este sentido fundamentalmente con ocasión del reconocimiento de sentencias arbitrales extranjeras (sobre esta causa de denegación, GASCÓN INCHAUSTI, F., «Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil», *CDT*, vol. 7, 2015, núm. 2, p. 183). Es evidente que esta precisión del legislador debe ser saludada sin reservas, porque permite atajar las conductas oportunistas y constituye, por tanto, el complemento adecuado, en sede de reconocimiento, de la nueva regulación que la misma ley introduce en materia de litispendencia y conexidad.

<sup>3</sup> *BOE* del 31.

<sup>4</sup> Sobre estas nuevas disposiciones, ESPLUGUES MOTA, C., IGLESIAS BUHIGUES, J. L. y PALAO MORENO, G., *Derecho internacional privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 9.ª ed., pp. 170-172.

<sup>5</sup> Como es bien sabido, la introducción de nuevas normas sobre litispendencia y conexidad «extracomunitarias» es una de las principales novedades del Reglamento 1215/2012; sobre estas nuevas disposiciones, entre otros, ZHANG, H., «Reform to the Regime of *Lis Pendens* in Regulation Brussels I bis and Harmonization with Chinese Jurisdiction», en BERGÉ, J.-S., FRANCO, S. y GARDENES SANTIAGO, M., *Boundaries of European Private International Law*, Bruselas, Bruylant, 2015, pp. 266-272; SUDEROW, J., «Nuevas normas de litispendencia y conexidad para Europa: ¿El ocaso del torpedo italiano? ¿Flexibilidad versus previsibilidad?», *CDT*, vol. 5 (marzo de 2013), núm. 1, pp. 195-196.

valecerán sobre lo dispuesto en la LCJIMC, así como también resultarán de aplicación preferente las disposiciones de los convenios internacionales aplicables en España. En consecuencia, los arts. 37 a 40 de la LCJIMC tendrán ocasión de aplicarse sobre todo cuando el procedimiento extranjero paralelo se haya iniciado en un Estado tercero, en la medida en que no resulte aplicable un convenio que prevea la litispendencia internacional con el Estado en cuestión, o también cuando el procedimiento paralelo se haya planteado en otro Estado miembro de la UE, en los casos —cada vez menos frecuentes— en que ningún instrumento de la UE resulte aplicable.

Igual que hace el Reglamento 1215/2012, la LCJIMC distingue entre «litispendencia» (cuando entre los dos procesos hay identidad de partes, objeto y causa) y «conexidad» (cuando no exista tal identidad aunque a pesar de ello las demandas estén estrechamente vinculadas)<sup>6</sup>. La idea esencial de la nueva regulación, tanto en situaciones de auténtica litispendencia como de simple conexidad, es que, siempre que el procedimiento en el extranjero haya empezado antes, podrá ser tenido en cuenta por el juez español. Por tanto, igual que ocurre con los arts. 33 y 34 del Reglamento 1215/2012, prevalece el principio *prior tempore* tan propio de la concepción continental de la litispendencia, frente a la aproximación anglosajona del *forum non conveniens*, en la que el elemento temporal es uno más a tener en cuenta, entre otros posibles<sup>7</sup>.

## 2. REGULACIÓN DE LA LITISPENDENCIA INTERNACIONAL

La litispendencia se recoge en el art. 39 que establece que, cuando en el momento de presentarse una demanda en España, exista un procedimiento anteriormente iniciado en otro Estado sobre los mismos hechos (es decir, con identidad de partes, objeto y causa) en tal caso el juez español «podrá» suspender el procedimiento, a instancia de parte y previo informe del Ministerio Fiscal, si se dan una serie de condiciones, y la principal de ellas es que el juez prevea que la resolución que llegue a dictarse en el extranjero pueda ser reconocida en España (art. 39.1). A decir verdad, esta condición, que recoge de modo expreso el art. 39.1.b), constituye el criterio fundamental para decidir sobre la conveniencia o no de la suspensión, puesto que es evidente que, si el juez español llegara a la conclusión de que la sentencia que llegara a dictarse en el extranjero no podría ser reconocida, por la razón que fuera, no tendría ningún sentido suspender el curso del procedimiento en España; es más, ello sería contrario al derecho a la tutela judicial sin dilaciones indebidas. Por ello, la condición recogida en la letra a) del mismo apartado —que la competencia del juez extranjero obedezca a una conexión razonable con el litigio— no es más que una manifestación específica del criterio general establecido

<sup>6</sup> En un claro mimetismo del Reglamento 1215/2012, el art. 40.1 LCJIMC define las demandas conexas como aquellas «vinculadas entre sí por una relación tan estrecha que sería oportuno tramitarlas y juzgarlas al mismo tiempo a fin de evitar resoluciones inconciliables».

<sup>7</sup> Al respecto, NIBOYET-HOEGY, M.-L., «Les conflits de procédures», *Travaux com. fr. dr. int. pr.*, 1995-1998, pp. 71-86.

en la letra *b*), por cuanto la falta de competencia del juez de origen constituye un motivo para denegar el reconocimiento de la resolución extranjera en España [art. 46.1.c) LCJIMC]<sup>8</sup>.

Por su parte, la letra *c*) del art. 39.1 añade que, para decidir si suspende o no el procedimiento, el juez español deberá considerar que ello es necesario «en aras de la buena administración de justicia». Para la concreción de este concepto indeterminado, el Preámbulo de la Ley 29/2015, en su apartado VII, remite al considerando núm. 24 del Reglamento 1215/2012, que señala que deberá hacerse una apreciación de conjunto de las circunstancias del caso, y en particular de las conexiones que el asunto y las partes tengan con el Estado extranjero, de la fase en que se halle el procedimiento en el extranjero (lógicamente, cuanto más avanzado esté más motivos habrá para proceder a la suspensión del segundo procedimiento en España), y de si cabe esperar que llegue a dictarse la resolución extranjera en un tiempo razonable. Se ha señalado, a propósito de la regulación paralela contenida en el Reglamento 1215/2012, que el criterio de apreciación basado en razones de buena administración de justicia se asemejaría al test del *forum non conveniens*, que se basaría también en una apreciación de conjunto de las circunstancias concurrentes<sup>9</sup>. Ciertamente, esta aproximación flexible fundamentada en consideraciones de buena administración de justicia presenta concomitancias con la doctrina del *forum non conveniens*, pero también importantes diferencias, puesto que en la regulación del art. 33 del Reglamento 1215/2012 (y también en la del art. 39.1 LCJIMC) el criterio cronológico sigue siendo esencial.

La suspensión acordada podrá levantarse en cualquier momento, también a instancia de parte y previo informe del Ministerio Fiscal, y en consecuencia se reanudará el procedimiento, si se da cualquiera de las circunstancias que enumera el art. 39.2 de la LCJIMC, como, por ejemplo, que la jurisdicción extranjera se hubiera declarado incompetente, que el procedimiento en el extranjero se hubiera suspendido o sobreseído, que se estimara poco probable que concluyera en un tiempo razonable, que se considerara necesaria la continuación del procedimiento en España por razones de buena administración de justicia y, sobre todo, cuando se previera que la sentencia que llegara a dictarse en el extranjero no podría reconocerse en España. Bastará con que concurra cualquiera de las situaciones anteriores para que los jueces españoles puedan decidir el levantamiento de la suspensión inicialmente acordada. Si, por ejemplo, en el procedimiento extranjero se ha producido una vulneración del derecho a la tutela judicial que impida el reconocimiento de la futura resolución en España, o bien a pesar de no haberse producido vulneraciones de esta naturaleza, el curso del procedimiento en el extranjero se dilata demasiado, en tal caso podría solicitarse al juez español la reanudación del proceso. Como acertadamente se ha puesto de relieve, a propósito de la

<sup>8</sup> Por este motivo, se ha señalado con razón que, en puridad, lo dispuesto en la citada letra *a*) sería superfluo (DE MIGUEL ASENSIO, P. A., «Comentario a la Ley 29/2015 de cooperación jurídica internacional en materia civil», apdo. III, en <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es/>).

<sup>9</sup> SUDEROW, J., *loc. cit.*, p. 195.

regulación paralela contenida en el Reglamento Bruselas I bis, esta previsión sería particularmente útil para hacer frente a eventuales acciones «torpedo» que pudieran interponerse ante una jurisdicción de un país tercero<sup>10</sup>.

En definitiva, cuando regula los posibles efectos en España de un procedimiento pendiente en el extranjero, el art. 39 de la LCJIMC, en sus apartados 1 y 2, otorga al juez un auténtico poder discrecional, por el que podrá valorar si, en interés de una buena administración de justicia, es conveniente o no suspender el procedimiento en España hasta que se dicte sentencia en el extranjero, y, si se ha producido dicha suspensión, para levantarla en cualquier momento. Vemos, pues, que a diferencia de las situaciones de litispendencia entre Estados de la UE contempladas en el art. 29 del Reglamento 1215/2012, la LCJIMC (igual que el art. 33, apdos. 1 y 2, del Reglamento de la UE para los casos de litispendencia «extracomunitaria») se limita a establecer una regla flexible, lo cual es lógico teniendo en cuenta que principalmente se aplicará en casos que quedarán fuera del marco integrado de la UE, y que las situaciones que puedan plantearse con los distintos Estados extranjeros pueden ser muy diversas. No hay que dar por supuesto que todos ellos estarán en condiciones de otorgar la debida tutela judicial de manera equivalente.

Por último, no está de más destacar que la nueva ley exige que, tanto la suspensión como su levantamiento, se promuevan a instancia de parte y previo informe del Ministerio Fiscal. Aparentemente, la primera de estas condiciones podría parecer razonable, porque en principio cabe suponer que la parte (normalmente el demandado en el segundo procedimiento en España) es quien tendría más interés en poner de relieve la pendencia de un proceso anterior en el extranjero, y también quien normalmente dispondría de mayores elementos de información al respecto. Ahora bien, tampoco cabe olvidar que esta solución plantea el inconveniente de que obliga al demandado en el segundo procedimiento, suscitado ante los jueces españoles, a comparecer ante ellos, con los consiguientes desembolsos que ello le pueda suponer, para posteriormente poder solicitar que se suspenda el curso de las actuaciones. Por esta razón, y aun cuando es cierto que a falta de iniciativa de la parte es posible que el juez español tenga dificultades para tener un conocimiento detallado de las circunstancias concretas de la litispendencia, ello no debería impedir de manera total y absoluta la posibilidad de que el juez pueda verificar la situación de litispendencia de oficio, y eventualmente acordar la suspensión. Cabe recordar que el art. 33.4 del Reglamento 1215/2012 prevé, como regla, que el juez de un Estado miembro aplique dicho artículo a petición de la parte interesada, pero también permite que lo aplique de oficio, cuando el Derecho nacional así lo prevea. Lamentablemente, en el caso español el art. 39 de la LCJIMC, en sus apartados 1 y 2, no lo prevé.

En cuanto a la necesidad de informe previo del Ministerio Fiscal, cabe la duda de si esta exigencia, con carácter generalizado o para todos los casos, es realmente conveniente. Es decir, probablemente hubiera sido mejor limitar

<sup>10</sup> SUDEROW, J., *loc. cit.* p. 196.

la necesidad de informe del Ministerio Público a aquellos supuestos en que, por la naturaleza del litigio, concurriera un claro interés público o estuvieran en juego los derechos de personas merecedoras de una especial protección, como los menores. Fuera de estos casos, puede dudarse de la necesidad de dicha intervención, y en cambio debiera tenerse en cuenta el riesgo de posible retraso del procedimiento ocasionado por la necesidad de recabar el informe en cuestión.

Cuando el juez extranjero llegue a dictar sentencia, entonces nos encontraríamos, ya no ante una situación de mera litispendencia, sino de cosa juzgada en el extranjero. En tal caso, el art. 39.3 de la LCJIMC prevé que el juez español ponga fin al procedimiento y archive las actuaciones, esta vez con carácter obligatorio, siempre que el proceso en el extranjero haya concluido con una resolución susceptible de ser reconocida en España. La solución es idéntica a la que prevé el art. 33.3 del Reglamento 1215/2012, y es plenamente coherente con el nuevo sistema de reconocimiento de resoluciones establecido en el Título V de la LCJIMC, que se fundamenta en un reconocimiento automático o de pleno derecho de la sentencia extranjera, por lo que ya no será necesario solicitar el exequátur para obtener el reconocimiento<sup>11</sup>, a diferencia de lo que acontecía bajo el régimen de la LEC de 1881.

### 3. REGULACIÓN DE LA CONEXIDAD INTERNACIONAL

El caso de las demandas conexas se halla regulado en el art. 40 de la LCJIMC: se trata de aquella situación en la que hay demandas paralelas, aunque no idénticas, en España y en otro Estado, siendo la demanda en el otro Estado la primera en el tiempo. Aquí también se prevé que, a instancia de parte y previo informe del Ministerio Fiscal, el juez español pueda suspender el curso del procedimiento en España, y también que pueda levantar la suspensión en cualquier momento, si considera que ello es en el interés de una buena administración de justicia. Como en el caso de la litispendencia, para que pueda acordarse la suspensión se requerirá que pueda preverse que la futura sentencia extranjera cumplirá las condiciones para ser reconocida. A diferencia de los casos de litispendencia, en los de conexidad se requiere que sea oportuno oír y resolver las demandas conexas conjuntamente, a fin de evitar el riesgo de decisiones inconciliables. La lógica de esta condición implica que, si desaparece el riesgo de decisiones inconciliables, pueda levantarse la suspensión [art. 40.3.a)]. En definitiva, se trata de una regulación muy parecida a la del art. 34, apartados 1 y 2, del Reglamento 1215/2012.

La diferencia con el art. 34 del precitado Reglamento se encuentra en que, mientras que este, en su apartado 3, prevé de manera expresa qué hacer cuando el juez de un Estado tercero llegue a dictar una resolución (en tal caso, el juez del Estado miembro de la UE «podrá poner fin al proceso»), el art. 40 de

<sup>11</sup> La disposición básica del nuevo sistema es el art. 44 LCJIMC.

la LCJIMC, en cambio, guarda silencio. Ahora bien, la lógica nos diría que, si el procedimiento en España se ha suspendido en espera de que se dicte sentencia en el extranjero, dicha sentencia debiera ser tenida en cuenta. En esencia, habría dos posibilidades, teniendo en cuenta que en este contexto no se trataría de procesos paralelos idénticos, sino simplemente de demandas vinculadas o relacionadas. La primera, probablemente la más frecuente, sería que lo decidido en la resolución extranjera tuviera carácter de antecedente lógico con respecto al problema que se planteara en el procedimiento español, es decir, que nos halláramos ante una situación de prejudicialidad. En este supuesto, es obvio que el procedimiento español debiera continuar tras dictarse la resolución en el extranjero, pero tomando en consideración lo decidido en el extranjero a la hora de resolver el problema —distinto, aunque relacionado— planteado en el procedimiento español<sup>12</sup>.

La segunda posibilidad sería que, una vez producida la suspensión, una de las partes en el procedimiento en España hubiera planteado su demanda en el extranjero, habiéndose producido entonces una acumulación de acciones, y que el juez extranjero hubiera decidido sobre ambas. En este segundo supuesto, lo oportuno sería que el juez español archivara las actuaciones, siempre que la resolución extranjera reuniera las condiciones para ser reconocida en España. Esta solución sería plenamente coherente con la regla general de reconocimiento automático de la resolución extranjera (art. 44 LCJIMC)<sup>13</sup>, puesto que, al haberse acumulado la acción inicialmente ejercida en España al proceso extranjero, el juez extranjero estaría llamado a resolver un procedimiento idéntico. En estas circunstancias, si el juez extranjero llegara a dictar una resolución susceptible de reconocimiento que afectara a una acción que fuera la misma que aquella cuyo curso se hubiera suspendido en España, se impondría el archivo de la causa española. De hecho, estaríamos en la misma situación que prevé el art. 39.3 para los casos de litispendencia, con la única diferencia de que, estrictamente hablando, la acción causante de la cosa juzgada no se habría planteado antes en el extranjero, sino en España. Entonces, lo que justificaría que se diera preferencia al resultado del procedimiento extranjero sería que la demanda inicialmente planteada en España habría quedado paralizada o en suspenso por la existencia de una demanda conexa anterior en el extranjero, y que la parte interesada hubiera vuelto a plantear su pretensión en el extranjero, acumulándola a la demanda conexa.

#### 4. DETERMINACIÓN DEL MOMENTO DE INICIO DE LOS RESPECTIVOS PROCEDIMIENTOS

Una cuestión clave en la regulación de la problemática de los procedimientos paralelos es la de determinar el momento a partir del cual se consi-

<sup>12</sup> En este sentido, GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 3.<sup>a</sup> ed., 2016, p. 212.

<sup>13</sup> En este sentido, DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *loc. cit.*, apartado III.

deran pendientes, para así poder aplicar la regla del *prior tempore*. En principio, cabe suponer que la respuesta a la pregunta de cuándo se haya iniciado el procedimiento en cada uno de los foros implicados debiera responderse acudiendo a la regulación de cada uno de ellos, por tratarse de una cuestión inequívocamente procesal, a la que se aplicaría la regla *lex fori regit procesum*. Sin embargo, el legislador español parece haber querido establecer una excepción a este principio en el art. 37 de la LCJIMC. Dice así: «A los efectos de este Título, un proceso se considerará pendiente desde el momento de interposición de la demanda, si después es admitida». Semejante redacción, de carácter amplio, induce a pensar que el legislador nos está diciendo, no únicamente cuándo un procedimiento debe considerarse pendiente en España, sino cuándo debe considerarse pendiente en general, en cualquier foro (obsérvese que la definición de pendencia se proporciona «a los efectos de este Título», sin ulteriores matizaciones o precisiones). Bien podría decirse que el legislador parece querer «exportar» la concepción española en cuanto al momento inicial de la *litis*<sup>14</sup>, con la consecuencia de que podrían darse casos en que, a efectos de la ley española, un proceso se considerara pendiente en un Estado extranjero a partir del momento de presentación de la demanda en el mismo, mientras que en dicho Estado el cómputo inicial de la pendencia se situara en un momento distinto, por ejemplo cuando la demanda se traslada al demandado.

Desde una perspectiva técnica, podría objetarse que esta solución sería poco respetuosa con el punto de vista del foro extranjero implicado, y que podría dar lugar a soluciones dispares en los dos Estados en cuanto al momento de inicio del procedimiento. Ahora bien, también puede entenderse que el legislador español haya querido buscar un criterio uniforme y homogéneo, que aparentemente sería de más fácil aplicación para los jueces españoles, y que se haya resistido a dejar esta cuestión en manos de una ley extranjera, lo que hubiera obligado a los jueces españoles a tener que consultar en cada caso un Derecho procesal foráneo para dilucidar el momento de inicio de la pendencia en el extranjero.

Aun cuando puedan entenderse las razones de homogeneidad de criterio que parecen haber guiado esta solución, entiendo que hubiera sido preferible establecer una fórmula más amplia, teniendo en cuenta el contexto internacional en el que esta norma está llamada a aplicarse, y la gran variedad de regulaciones procesales nacionales: el momento a tener en cuenta debiera ser el de la primera actuación del demandante encaminada a poner en marcha el procedimiento, sea esta la presentación de la demanda, el traslado de la misma al demandado o, en los procedimientos judiciales en que una conciliación o mediación previa sea preceptiva, la petición de inicio de tal procedimiento previo a la fase judicial; o incluso la interposición de una denuncia o acción penal en la que el interesado ejerza, por sí o por medio del Ministerio Público,

<sup>14</sup> Así se desprendería de la semejanza entre la fórmula retenida en el art. 37 de la LCJIMC y la que, con carácter general, aparece en el art. 410 de la LEC.

una acción civil. En mi opinión, este criterio hubiera permitido preservar la homogeneidad buscada por el legislador y, al mismo tiempo, tener en cuenta las disparidades que pueden llegar a plantearse a causa de las diferencias de regulación de los distintos tipos de procedimientos en los diversos Estados. Es más, creo que es posible y deseable que el juez español llegue, por vía interpretativa y en atención a la finalidad de evitar futuras resoluciones inconciliables, a un resultado como el que aquí se defiende, mediante una interpretación amplia y flexible del concepto de «presentación de la demanda». Resulta de gran interés en este sentido la reciente STJUE de 22 de octubre de 2015<sup>15</sup>, en la que interpreta que, cuando una persona presenta una denuncia con personación como actor civil ante un juez de instrucción penal, el momento de presentación de dicha denuncia equivaldría al de presentación de la demanda o documento equivalente, a los efectos del art. 30 del Reglamento 44/2001 (art. 32 del Reglamento 1215/2012).

## 5. TRAMITACIÓN PROCESAL DE LAS EXCEPCIONES DE LITISPENDENCIA Y CONEXIDAD INTERNACIONALES

Según dice el art. 38 de la LCJIMC, las excepciones de litispendencia y de conexidad internacionales se tramitarán como la excepción de litispendencia interna y, en parecidos términos, el art. 22 nonies de la LOPJ (introducido mediante la LO 7/2015, de 21 de julio)<sup>16</sup> proclama que tales excepciones se alegarán y tramitarán con arreglo a las normas generales que regulen las leyes procesales. Como ya tuve ocasión de señalar en otro lugar<sup>17</sup>, la litispendencia internacional no es propiamente un problema de competencia judicial, aunque suela estudiarse en el marco de los problemas de competencia internacional, sino que posee una sustantividad propia que justifica un tratamiento distinto. La regulación procesal interna trata como cuestiones distintas los problemas de litispendencia y cosa juzgada, por un lado, y los de competencia, por otro. De hecho, la cuestión de la competencia tendría un carácter previo a la de litispendencia, puesto que un juez solo podrá llegar a plantearse esta segunda cuestión si ya ha resuelto que es competente. Por el contrario, si llegara a la conclusión de que no es competente, debiera abstenerse de conocer, y entonces no tendría ninguna utilidad examinar si concurren otros motivos que pudieran repercutir en la continuación del procedimiento<sup>18</sup>.

Por consiguiente, la consideración de las excepciones de litispendencia y conexidad como una cuestión procesal diferenciada tiene una importante incidencia en la articulación procesal de tales excepciones: debieran tramitarse, no por la vía de la declinatoria, porque realmente no se estaría impugnan-

<sup>15</sup> As. C-523/14.

<sup>16</sup> BOE de 22 de julio.

<sup>17</sup> «Litispendencia y cosa juzgada en el extranjero ante la nueva LEC», *AEDIPr.*, t. I, 2001, pp. 325-326.

<sup>18</sup> MÁLAGA DIÉGUEZ, F., *op. cit.*, pp. 310-312.

do la competencia judicial internacional de los Tribunales españoles, sino por la de la contestación a la demanda, ya que en el sistema previsto en la LEC la cosa juzgada y la litispendencia son excepciones de carácter procesal que el demandado tiene que alegar en la contestación (arts. 404, 410-413, 416.1.2.<sup>a</sup>, 421 y 438 LEC). Es más, si, como establecen los arts. 39, apartados 1 y 2, y 40 LCJIMC para el caso específico de la litispendencia y conexidad internacionales, lo que puede pedirse al juez es la suspensión del procedimiento en España, entonces está claro que la declinatoria no es el cauce procesal apropiado. En efecto, la estimación de la declinatoria tendría como consecuencia que el juez se inhibiera del caso y archivara las actuaciones (art. 65.2 LEC), pero no una posible suspensión<sup>19</sup>.

## 6. RÉGIMEN APLICABLE A LOS PROCEDIMIENTOS INICIADOS CON ANTERIORIDAD A LA NUEVA LEY

Concluyendo, cabe decir que, en virtud de lo que establece la disposición transitoria única de la LCJIMC, en su apartado segundo, las nuevas reglas sobre litispendencia y conexidad internacionales se aplicarán «a las demandas que se presenten ante los órganos jurisdiccionales españoles con posterioridad a la entrada en vigor de la ley», y dicha entrada en vigor se produjo a los veinte días de su publicación en el *BOE* (DF 6.<sup>a</sup>)<sup>20</sup>. Por tanto, a partir de dicha fecha, existe una regulación expresa de la litispendencia y conexidad internacionales en el Derecho español de fuente autónoma, regulación de la que antes se carecía. Ahora bien, como ya tuve ocasión de defender hace unos años, que no existiera una regulación expresa no quiere decir que resultara imposible tener en cuenta, a los efectos de un procedimiento abierto en España, la pendencia de un proceso en el extranjero<sup>21</sup>. En los últimos años, la jurisprudencia también se habría mostrado favorable, al menos implícitamente, a la admisión de la litispendencia internacional, como demostraría la STS de 23 de febrero de 2007<sup>22</sup>. A falta de normas expresas, el intérprete podría recurrir a disposiciones generales de nuestro Derecho procesal, adaptándolas a las particularidades de la litispendencia internacional. Las disposiciones idóneas serían, en mi opinión, el art. 43 de la LEC, que contempla las situaciones de prejudicialidad civil y, al menos para algunos casos, el art. 247 del mismo cuerpo legal, que ordena a los Tribunales rechazar cualquier petición formulada con manifiesto abuso de derecho<sup>23</sup>. Pues bien, los supuestos de

<sup>19</sup> Otra cuestión procesal del máximo interés es la de las normas sobre condena en costas, cuya aplicación en los supuestos de litispendencia y conexidad internacionales debe responder a las especificidades de estas excepciones, y a la diversidad de supuestos que pueden llegar a plantearse; sobre esta cuestión, véase el interesante trabajo de CARRILLO POZO, L. F., «Litispendencia internacional y costas del proceso», *Bitácora Millennium DIPr*, 2015, núm. 2, pp. 113-127 (<http://www.millenniumdipr.com/>).

<sup>20</sup> Como ya se ha señalado, la ley se publicó en el *BOE* de 31 de julio de 2015, y por tanto entró en vigor el 20 de agosto.

<sup>21</sup> «Litispendencia...», *cit.*, pp. 315-327.

<sup>22</sup> Tuve ocasión de comentarla en *AEDIPr*, t. VII, 2007, pp. 904-907.

<sup>23</sup> «Litispendencia...», *cit.*, pp. 325-337.

litispendencia o conexidad internacionales que se susciten a raíz de acciones presentadas en España antes de la entrada en vigor de la Ley 29/2015 podrían resolverse con el auxilio de estas disposiciones.

**Palabras clave:** litispendencia internacional, conexidad internacional, Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil (Ley 29/2015).

**Keywords:** *lis pendens*, related actions, Spanish Statute on international legal cooperation in civil matters (Law 29/2015).



#### A) JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA EN MATERIA DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO\*

Coordinación a cargo de  
**Paula GARCÍA ANDRADE**  
Profesora Colaboradora Asistente  
Universidad Pontificia Comillas

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.—2. PRESENTACIÓN GENERAL.—3. COMENTARIOS DE SENTENCIAS.—3.1. Jurisdicción universal y principio de subsidiariedad.—3.2. Represión del tráfico de estupefacientes en alta mar.—3.3. Lucha contra el terrorismo yihadista.—3.4. El derecho a la educación post-obligatoria de los extranjeros en España.—3.5. Delito de injurias a la Corona: los límites al ejercicio legítimo de la libertad de expresión y la libertad ideológica.—3.6. Denegación de acercamiento de presos que no vulnera derechos fundamentales reconocidos en normas internacionales, especialmente el derecho a la vida familiar.—3.7. El principio de no regresión en el estándar de protección ambiental.—3.8. Responsabilidad del Estado y prohibición de la munición de racimo.

#### 1. INTRODUCCIÓN

1. La presente crónica comprende la jurisprudencia recaída desde julio hasta diciembre de 2015, y sigue los criterios aplicados en crónicas precedentes, es decir, destacando las referencias a los pronunciamientos de los órganos jurisdiccionales y del Tribunal Constitucional (TC) que contienen elementos relevantes de Derecho internacional público (DIP). En concreto, en esta crónica se consideran las decisiones tanto

---

\* Desde el núm. 2 de 2014, esta crónica de jurisprudencia está a cargo de un equipo compuesto por cuatro coordinadores: Belén Sánchez Ramos (Profesora Contratada Doctora de la Universidade de Vigo), Jorge Antonio Quindimil (Profesor Contratado Doctor de la Universidade da Coruña), Gabriela A. Oanta (Profesora Contratada Doctora de la Universidade da Coruña) y Paula García Andrade (Doctora, Profesora Colaboradora Asistente, Universidad Pontificia Comillas, Madrid), bajo la dirección de José Manuel Sobrino Heredia (Catedrático de la Universidade da Coruña). Cada crónica se elabora bajo la responsabilidad de uno de los coordinadores.

del TC, como del Tribunal Supremo (TS), la Audiencia Nacional (AN) y los Tribunales Superiores de Justicia (TSJ), así como, cuando resulten especialmente de interés, de las Audiencias Provinciales (AP).

2. La crónica, que está estructurada conforme al índice que precede a esta *Introducción*, presenta, en primer lugar, un panorama general de los pronunciamientos de los distintos órganos judiciales en los que se ha prestado atención a la aplicación del ordenamiento jurídico internacional como parte del ordenamiento jurídico español, pero sin que ello representase un cambio importante en la doctrina de dichos órganos. Y, en segundo lugar, se incorporan una serie de comentarios más amplios de aquellos pronunciamientos judiciales que han sido objeto de un tratamiento particularizado al resultar estos especialmente interesantes desde la perspectiva del DIP. Como es habitual, el mayor número de pronunciamientos están relacionados con la aplicación e interpretación de distintos instrumentos internacionales en materia de derechos humanos con múltiples referencias al Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). No obstante, cabe señalar que en esta crónica nos referimos, también, a aquellas resoluciones que abordan otros temas de interés, como: la jurisdicción universal, las cuestiones de extranjería, el Derecho del mar, las obligaciones convencionales contraídas por España y el terrorismo, entre otras.

## 2. PRESENTACIÓN GENERAL

1. Durante este semestre, el TS y la AN han conocido, como ya viene siendo habitual, de diversos asuntos relativos al *principio de jurisdicción universal*, como consecuencia de la entrada en vigor, el 15 de marzo de 2014, de la Ley Orgánica (LO) 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En lo que se refiere al TS, en esta ocasión, el Alto Tribunal ha dictado una sentencia (STS 3992/2015, de 24 de septiembre) relativa a supuestos delitos de genocidio, tortura y crímenes contra la humanidad por hechos ocurridos en Ruanda y la República Democrática del Congo, y por la que se desestima el recurso interpuesto, confirmando la exclusión de la jurisdicción española, pero se especifica que el sobreseimiento de la causa no es definitivo, sino la modalidad especial de sobreseimiento prevenida en la Disposición transitoria única de la LO 1/2014. El TS ha emitido asimismo dos autos (ATS 5751/2015, de 1 de julio, y ATS 8634/2015, de 20 de octubre) que versan sobre la oposición entre el principio de jurisdicción universal y el principio de subsidiariedad y que son objeto de un comentario más desarrollado en el apartado 3.1 de esta misma crónica.

2. La AN, por su parte, ha emitido diversos pronunciamientos en relación con el caso *Couso* y el caso *Guantánamo*, procediendo en el primero de ellos a examinar el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad de la LO 1/2014 y el sobreseimiento del caso y descartando, en el segundo, la práctica de diligencias de investigación.

3. En cuanto al caso *Couso* (véase el comentario de SÁNCHEZ RAMOS, B., *REDI*, vol. LXVI, 2014, núm. 2, pp. 181-183), la Sección 3.ª de la Sala de lo Penal de la AN se pronuncia, en un Auto de 24 de noviembre (ROJ: AAN 215/2015) sobre el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad contra los arts. 23.4, 5 y 6 y la DT única de la LO 1/2014 relativa a la justicia universal y sobre el sobreseimiento del caso. En cuanto a la cuestión de inconstitucionalidad, el citado Auto de la AN se

remite a la STS de 24 de septiembre de 2015, en la que ya se abordó la cuestión de constitucionalidad del art. 23 de la LOPJ, incluida su disposición transitoria, y en la que el citado Tribunal concluyó que el art. 23 LOPJ no vulnera el Derecho de los Tratados en la medida en que «[...] la regulación legal de la Jurisdicción Universal en España es fruto de una evolución en la que una actividad jurisdiccional expansiva por parte de la Audiencia Nacional ha situado a nuestro país como polo de atracción para procedimientos en los que los presuntos autores no se encontraban en nuestro territorio y no existían criterios relevantes de conexidad, lo que provocó una doble reacción legislativa para establecer un criterio cada vez más restrictivo. Este criterio legal se cuestiona por la parte recurrente enfrentándolo a los Tratados. Pero se olvida que el protagonismo de la jurisdicción española en esta materia no venía impuesto por los Tratados, lo que habría determinado que todos los países estableciesen el mismo modelo de jurisdicción universal absoluta o *in absentia*, sino por nuestra legislación interna, por lo que debe modificarse cuando cambia dicha legislación. En realidad los Tratados, que configuran el Derecho penal internacional convencional aplicable al caso, no establecen con carácter imperativo la necesidad de establecer en cada Estado firmante un modelo de Jurisdicción Universal absoluta e incondicionada, como ya se ha señalado y se razona extensamente en la STS 296/2005, de 6 de mayo, a la que nos remitimos, por lo que no se puede apreciar que la LO 1/2014 esté en contradicción con ellos, con independencia de la opinión personal o doctrinal más o menos crítica que pueda sostenerse respecto de esta norma» (FJ 2). Por otra parte, y en cuanto al sobreseimiento del caso, el Auto se remite a la STS 296/2015, de 6 de mayo, para dictaminar que estamos ante un «sobreseimiento especial» dado que «el sobreseimiento prevenido en la disposición transitoria única de la LO 1/2014, constituye una modalidad especial de sobreseimiento establecido en una norma con rango de Ley Orgánica, que no tiene que corresponderse necesariamente con los requisitos prevenidos en la LECrim para las modalidades de sobreseimiento en ella establecidas. Se trata de una modalidad autónoma y específica de sobreseimiento que exige unas condiciones determinadas, que posee un fundamento concreto, la falta de jurisdicción, y que tiene unos efectos similares al sobreseimiento provisional, pues, una vez archivado el procedimiento, si en algún momento posterior se constata que concurren los requisitos para activar la jurisdicción española en el delito enjuiciado, por ejemplo la presencia de los acusados en territorio, el sobreseimiento quedará sin efecto, y el procedimiento debe reiniciarse» (FJ 4).

4. En relación con el caso *Guantánamo*, el Juzgado Central de Instrucción núm. 5 de la AN, en su Auto de 17 de julio (ROJ: AAN 146/2015), inadmitió la práctica de las diligencias de investigación solicitada por el *Center for Constitutional Rights* de Nueva York y el *European Center for Constitutional and Human Rights* de Berlín, con la finalidad de averiguar la identidad de los agentes del Cuerpo Nacional de Policía que se desplazaron al Centro de Detención de Guantánamo con el fin de interrogar a varios de los allí detenidos durante los días 22 y 23 de julio de 2002, y que se les cite seguidamente en calidad de imputados. Y ello fundamentalmente porque, tal y como se pone de manifiesto en el FJ 4, «en primer lugar, es evidente que estas personas no tuvieron personalmente bajo su guarda y custodia a los detenidos a los que interrogaron; no autorizaron ni practicaron los actos de tortura que se describen en la querrela; no diseñaron ni ejecutaron un plan sistemático de torturas o malos tratos inhumanos o degradantes en contra de los prisioneros; no tuvieron responsabilidad alguna sobre la custodia de todos los prisioneros que estaban en el Centro de Detención; no participaron en su captura, detención y traslado hasta dicho Centro. En segundo lugar, no consta indicio alguno de que durante los dos días que estuvieron en esta

Base, los agentes de la UCIE fueran partícipes en esta situación. Es decir, no consta indicio alguno de que cooperaran, apoyaran, ayudaran, auxiliaran o colaboraran en forma alguna con quienes tenían la custodia de estas personas, o con quienes pudieran haber intervenido en la práctica de actos de tortura, en la ejecución de torturas o malos tratos inhumanos, en el diseño de planes sistemáticos con tal finalidad, o en la captura, detención y traslado a dicho Centro. En tercer lugar, tampoco consta indicio alguno de que los agentes de la UCIE hayan amparado esta situación, es decir, que hayan amparado la comisión de actos de tortura o malos tratos. Desde luego, ello no se deduce de la circunstancia de que fueran citados oficialmente por el Juzgado Central de Instrucción o por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional para comparecer como testigos en la instrucción y luego en el juicio oral celebrado sobre estos hechos. No es posible admitir, por tanto, como sostiene la acusación solicitante en su escrito, en referencia a los agentes de la UCIE, que en los hechos objeto de tortura y tratos inhumanos y degradantes que supuestamente pudieron incurrir en Guantánamo, “habrían participado, igualmente, funcionarios españoles”. Por último, tampoco existe elemento alguno que permita considerar que estos agentes, ahora ya como testigos, tuvieran conocimiento de las concretas circunstancias en que tuvo lugar la detención de los querellantes y su traslado a Guantánamo, ni que tuvieran conocimiento de los hechos que pudieron tener lugar durante su permanencia en la base naval, más allá del hecho objetivo de que durante los días 22 y 23 de julio de 2002 sometieron a los querellantes a un interrogatorio voluntariamente aceptado».

5. Respecto de la comisión de *ilícitos en el mar*, deben destacarse dos sentencias relativas a la atribución de jurisdicción penal (ROJ: STS 4587/2015, de 11 de noviembre, y STS 5245/2015, de 14 de diciembre), en relación con la aplicación del Tratado entre España y Portugal para la Represión del Tráfico Ilícito de Drogas en el Mar. En la primera de ellas, el TS se ha pronunciado respecto del alcance de la jurisdicción española sobre un buque que enarbolaba pabellón portugués sospechoso de realizar actividades de tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas en alta mar, abordado por el Servicio de Vigilancia Aduanera español a petición de las autoridades portuguesas. Así, en su Sentencia de 11 de noviembre, el TS examina la jurisdicción preferente del Estado del pabellón, así como otros elementos jurídicos relacionados con la nacionalidad del buque, siendo objeto de un comentario más amplio en el apartado 3.2 de esta crónica.

6. En materia de *terrorismo internacional* y, más específicamente, en relación con el *terrorismo yihadista* cabe apuntar, entre otros, el Auto del Juzgado Central de Instrucción núm. 4 de la AN, de 5 de noviembre (ROJ: AAN 2009/2015), en el que se acuerda el ingreso en prisión comunicada e incondicional del acusado dado que, tal y como se desprende de las investigaciones llevadas a cabo, formaría parte de una red yihadista radical operativa en España y disponible tanto para cometer atentados terroristas, como para cumplir con un extenso catálogo de actividades complementarias que igualmente sustentan la estrategia global de la organización terrorista islamista denominada *Daesh*, siendo el acusado, Ángel Daniel, el que ocuparía la parte más alta del grupo. De hecho, se ha podido determinar que Ángel Daniel ejerce una función de difusor de las consignas propias de la organización terrorista *Daesh* a través de las redes sociales. Consecuentemente, los hechos que se imputan constituirían, de ser ciertos, un delito de participación activa en organización terrorista, tipificado y penado por el art. 572.2 del Código Penal (CP), que tiene asignada una pena de seis a doce años de prisión, o de realización de actividades de captación y adoctrinamiento para incitar a incorporarse a organización terrorista, que lleva aparejado, en el art. 577 del CP, una pena de cinco a diez años de prisión.

7. También en el marco del *terrorismo yihadista* hemos de señalar la Sentencia de la Sala de lo Penal de la AN, de 23 de noviembre (ROJ: SAN 3736/2015), en la que se condena al acusado, de nacionalidad marroquí, por un *delito de enaltecimiento del terrorismo* (arts. 578 y 579 del CP). En este caso, el acusado, que se encontraba en situación administrativa irregular en España, publicitó a través de Internet, mediante la aplicación *YouTube*, un vídeo elaborado en todo o en parte por él mismo, titulado: «Así me ha enseñado el Imán de los Imanes Oussamma, que Allah lo acepte». A pesar de la alarma social que genera este tipo de delitos, la Sala, a la hora de imponer la condena, recuerda que «los hechos se produjeron en mayo del año 2011 y se refieren exclusivamente a un específico acto de enaltecimiento del terrorismo, mediante la confección y subida de un vídeo a *YouTube*, del que se tuvo conocimiento únicamente a través de las investigaciones policiales que se realizaron a partir de los datos resultantes de las observaciones telefónicas de que estaba siendo objeto. La tipología de los hechos, aunque se producen y tendrían relación con una situación que en la actualidad produce una extraordinaria alarma pública, a efectos de su valoración y consideración penal, y singularmente de la determinación de la pena, deben confinarse a los márgenes y reglas de aplicación del Derecho penal, empezando por el de legalidad penal en la vertiente de la certeza de la pena, que establece la penalidad aplicable a las conductas penales definidas, lo que abarca una horquilla punitiva dentro de la que el aplicador de la pena debe moverse atendiendo fundamentalmente a criterios objetivos y jurídicos, como es la de la apreciación jurídica de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, que determinarían que la pena se establezca atendiendo en primer lugar a los criterios que se expresan en el art. 66.1 del CP. Por otra parte, dentro del marco de lo que los elementos configuradores del tipo penal y de lo que la norma penal aplicable castiga, lo que es cierto es que no es predicable una especial gravedad de la conducta atribuida al acusado. No dándose el caso de existencia de elementos cualificadores ni determinantes de una especial gravedad, la Sala considera que no tiene elementos que le permitan ir más allá de lo que debe ser la regla general del establecimiento o fijación en el grado medio de la pena cuando no existan circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, que en el presente caso será la de media entre la pena máxima de dos años y la mínima de un años, pronunciándose por la de un año y seis meses de prisión» (FJ 2).

8. Nuevamente en relación con el *terrorismo yihadista*, procede destacar la Sentencia de la Sala de lo Penal de la AN, de 2 de octubre (ROJ: SAN 3086/2015), por la que se condena a penas de entre diez y doce años de cárcel a los once integrantes de una célula yihadista asentada en Ceuta por *delito de integración en organización terrorista* y *delito de tenencia ilícita de armas de fuego*. En dicha sentencia, que es objeto de un comentario más extenso en el apartado 3.3 de esta crónica, se abordan cuestiones como la relevancia del Derecho internacional en el concepto y alcance de organización terrorista; la labor de Naciones Unidas en la elaboración de las listas de dichas organizaciones; la no aplicación del Derecho internacional humanitario a los actos terroristas; o el nuevo fenómeno del terrorismo individual.

9. En cuanto a los *delitos de genocidio y de lesa humanidad*, la Sala de lo Penal de la AN adoptó, el 24 de septiembre, tres Autos, núms. 406/2015, 407/2015 y 408/2015 (ROJ: AAN 161/2015, AAN 163/2015 y ANN 162/2015, respectivamente), en los que rechaza los recursos de la Asociación Dignidad y Justicia, la Fundación Luis Portero y Antonio Salvá para que los crímenes de ETA fueran considerados como genocidio y, en caso de ser calificados como lesa humanidad, el plazo investigado se iniciase a partir de julio de 1977, fecha de entrada en vigor del instrumento de ratificación por España del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) de 1966. La

AN acuerda investigar a los máximos dirigentes de ETA por un delito de lesa humanidad, en concurso con delitos de asesinato, por los crímenes cometidos a partir del 1 de octubre de 2004 hasta la actualidad. En cuanto a la argumentación desarrollada por la AN, hemos de destacar cómo el primero de los Autos mencionados (AAN 161/2015) reafirma que las acciones delictivas llevadas a cabo por ETA no reúnen los requisitos del delito de genocidio que figuran en el art. 607 CP y se responde, frente al argumento de que no se han aplicado los tratados internacionales suscritos por España, que «no basta la existencia de un Tratado para que las normas contenidas en ellos sean de aplicación inmediata por los jueces y tribunales españoles, sino que es necesario que expresamente se incorporen a nuestro derecho punitivo interno y solo así se estará respetando el principio de legalidad» (FJ 4). En el segundo Auto (AAN 163/2015), se descarta igualmente que las conductas de los responsables de ETA sean constitutivas de delito de genocidio, al no ser posible identificar a las víctimas como grupo nacional por compartir la nacionalidad con los querellados. Asimismo, se clarifica la distinción entre el delito de genocidio y los crímenes de lesa humanidad en el sentido de que, en estos últimos, la conducta se comete contra bienes jurídicos individuales en el marco de un ataque generalizado y sistemático contra la población civil, mientras que, en el delito de genocidio, se exige específicamente la finalidad de destrucción del grupo, extendiéndose además el Auto en los problemas de interpretación e identificación de «grupo nacional». Se rechaza nuevamente que puedan investigarse los hechos constitutivos de delito de lesa humanidad anteriores al 1 de octubre de 2004, fecha de entrada en vigor de la LO 15/2003 por la que se introduce el art. 607 bis del CP que recoge expresamente este tipo delictivo. El Auto de la AN deniega así la aplicabilidad directa de las normas internacionales alegadas por la parte recurrente, más concretamente, del PIDCP en tanto que «norma internacional de superior rango normativo en materia de Derechos Humanos, constituyendo el *ius cogens* o principios de Derecho internacional que no pueden ser contradichos por ninguna norma internacional o interna sobre la materia». Para ello, la AN cita extensamente la STS núm. 798/2007, de 1 de octubre (caso *Scilingo*) para recordar que la definición de los delitos contra el núcleo central de los derechos humanos esenciales, recogidos en las normas de Derecho internacional penal, fundamentalmente consuetudinarias, no es lo bastante precisa, aunque la esencia de las conductas prohibidas quede suficientemente establecida. No obstante, ello no puede conducir a la aplicación directa del Derecho internacional penal, «siendo necesaria una previa transposición operada según el Derecho interno, al menos en aquellos sistemas que, como el español, no contemplan la eficacia directa de las normas internacionales» y concluyendo que «el Derecho internacional consuetudinario no es apto según nuestras perspectivas jurídicas para crear tipos penales completos que resulten directamente aplicables por los Tribunales españoles» (FJ 2). Finalmente, frente al argumento de la parte recurrente de que, en caso de confirmarse que España no quiere o puede enjuiciar los crímenes de lesa humanidad anteriores a octubre de 2004, sería de aplicación el mecanismo subsidiario de la justicia universal ante el tercer Estado que mejor corresponda, la AN rechaza que dicho argumento pueda tener cualquier efecto en el procedimiento en cuestión, constituyendo no obstante un cauce legítimo de satisfacción de las pretensiones de las partes.

10. En relación con los *derechos de los extranjeros en España*, el TC ha examinado, en su Sentencia 155/2015, de 9 de julio, un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Navarra respecto del art. 9.2 de la LO 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en la redacción aportada por la LO 2/2009. Refiriéndose en su argumentación a diversos instrumentos internacionales de protección de los derechos fundamentales, el TC desestima el re-

curso al considerar que el precepto impugnado no prohíbe el acceso a la educación post-obligatoria a los extranjeros mayores de edad. Esta sentencia es objeto de un comentario más amplio en el apartado 3.4 de esta crónica.

11. Como es habitual, es también abundante la jurisprudencia de los TSJ y las AP en la que se cita el CEDH y la jurisprudencia del TEDH en procedimientos en materia de *extranjería*, especialmente aquellos relativos a la *reagrupación familiar*. Así, hallamos de nuevo diversas sentencias de TSJ en las que se analizan recursos contencioso-administrativos presentados contra denegaciones de visado de reagrupación familiar a hijos o progenitores extranjeros de nacionales españoles. En estos asuntos, encontramos idénticas referencias a la Directiva 2004/38, a la jurisprudencia del TJUE sobre dicha norma, así como al art. 7 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE y al art. 8 del CEDH sobre el derecho al respeto de la vida privada y familiar y la jurisprudencia del TEDH sobre este último precepto, desarrollándose argumentaciones muy similares a las ya relatadas en la crónica anterior (véanse, por ejemplo, STSJ de Madrid núm. 805/2015, de 20 de julio; STSJ de Madrid núm. 868/2015, de 14 de septiembre; STSJ de Madrid núm. 958/2015, de 5 octubre; o STSJ de Madrid núm. 968, de 9 de octubre). Asimismo, cabe destacar pronunciamientos en los que se estiman recursos contencioso-administrativos contra decisiones de delegaciones diplomáticas españolas y se declara el derecho a la reagrupación familiar solicitado por no constar indicios de la existencia de matrimonio fraudulento con el reagrupante, mencionándose también el art. 8 del CEDH y la jurisprudencia de Estrasburgo relativa a dicho precepto e incluyendo referencias a documentos oficiales de la Comisión y del Consejo de la UE en relación con los matrimonios de complacencia (STSJ de Madrid núm. 879/2015, de 18 de septiembre; STSJ de Madrid núm. 982/2015, de 9 de octubre; o STSJ de Madrid núm. 1082/2015, de 13 de noviembre, entre otras).

12. En materia de *asilo y refugio*, un semestre más, el TS ha dictado varias decenas de resoluciones relativas a solicitudes de asilo y de protección subsidiaria planteadas por nacionales de diversos países, siendo en su inmensa mayoría demandas inadmitidas o desestimadas. Sin embargo, también ha habido algún caso significativo en el que el TS decide estimar el recurso y revertir la decisión denegatoria de la Sala de instancia. En efecto, resulta interesante la sentencia en la que el TS decidió conceder el derecho de asilo a una nacional siria sobre la base de un informe emitido por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ROJ: STS 5211/2015, de 10 de diciembre).

13. En relación con los *derechos de la infancia*, el TS ha vuelto a emitir varias sentencias y autos en aplicación de la Declaración Universal de Derechos del Niño, el Convenio de Naciones Unidas de Derechos del Niño, las Observaciones del Comité de Derechos del Niño o la Carta Europea de Derechos del Niño. Entre otras, destaca la STS de 2 de diciembre (ROJ: STS 5220/2015), en la que se establece la prioridad del interés superior del menor en la interacción con los intereses de los padres biológicos en el contexto de un acogimiento preadoptivo. En relación con el interés del menor, el TS señaló en otra sentencia que este concepto había sido desarrollado en la reciente LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (ROJ: STS 4900/2015, de 26 de noviembre), procediendo a su aplicación como canon hermenéutico.

14. También en relación con el *interés superior del menor*, es, como siempre, abundante la jurisprudencia de los TSJ y las AP que se refiere a la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 en procedimientos relativos a la guarda, custodia, acogimiento y adopción de menores. Además, resulta interesante mencionar la STSJ

de Madrid (Sala de lo Social, Sección 1.<sup>ª</sup>), núm. 625/2015, de 17 de julio (ROJ: STSJ M 8690/2015), por la que se estima un recurso de suplicación contra una sentencia del Juzgado de lo Social núm. 34 de Madrid y se concede al demandante el derecho a percibir la prestación de maternidad en su calidad de padre biológico de los menores nacidos, en Estados Unidos, por técnicas de reproducción asistida de *gestación por sustitución*. Para ello, el TSJ de Madrid desarrolla una argumentación presidida por el interés superior del menor y la equiparación por analogía entre esta situación y los supuestos de adopción y acogimiento, aplicando su jurisprudencia ya iniciada en 2012 y, especialmente, la STSJ (Sección 3.<sup>ª</sup>), de 23 de diciembre de 2014. En esta hallamos referencias a diversos instrumentos internacionales como la Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos (Conferencia General de la UNESCO de 19 de octubre de 2005) en relación con el respeto debido al consentimiento para la gestación; la Convención de Derechos del Niño de 1989, la Observación General núm. 14 de las Naciones Unidas de 2013 sobre la mencionada Convención, así como el CEDH y la jurisprudencia del TEDH a propósito del interés superior del menor; el art. 8 del CEDH en relación con el derecho a la vida familiar o algunos preceptos de la Ley 25/2014 de Tratados y otros Acuerdos Internacionales para recordar el valor de las normas internacionales en el ordenamiento interno. De esta manera, el TSJ puede afirmar que la gestante renunció a la titularidad de la relación jurídico parental a favor del padre biológico del menor y que la finalidad de la prestación de maternidad se relaciona no solo con el descanso obligatorio y voluntario derivado del parto, sino también, y de modo prioritario, con el necesario cuidado y atención al menor. De un modo muy similar se pronuncia la STSJ de Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1.<sup>ª</sup>), núm. 4314/2015, de 1 de julio (ROJ: STSJ CAT 6998/2015), en relación también con la prestación de maternidad denegada al padre de dos menores nacidos por técnicas de reproducción de gestación por sustitución, prestación que es reconocida al estimarse el recurso de suplicación que esta sentencia aborda. Al fundamentarse en gran medida en la jurisprudencia de otros TSJ y, especialmente el de Madrid, encontramos las mismas referencias al Derecho internacional anteriormente mencionadas, si bien el TSJ de Cataluña presta especial atención además al régimen registral de la filiación en los supuestos de gestación por sustitución. El TSJ de Cataluña menciona también dos sentencias del TJUE de 18 de marzo de 2014 (asuntos C-167/12 y C-363/12), en las que el Tribunal de Luxemburgo considera que los Estados miembros no están obligados, en virtud de determinadas Directivas que favorecen el principio de igualdad de trato, a conferir un permiso de maternidad a una trabajadora en su calidad de madre subrogante o a una trabajadora incapacitada para gestar a un niño y que ha recurrido a un convenio de gestación por sustitución, rechazándose, sin embargo, la aplicación de tal argumentación por parte del TSJ, por ser la legislación europea en la materia de mínimos y, por tanto, mejorable por los Estados miembros.

15. En lo que respecta a la *protección de los derechos humanos*, hallamos referencias a diversos instrumentos internacionales en la materia en resoluciones pronunciadas por el TC durante este semestre, si bien, en la mayor parte de ellas, simplemente se menciona el texto internacional, sin que las sentencias entren a analizar disposiciones o preceptos concretos. Es el caso, en primer lugar, de la STC 194/2015, de 21 de septiembre, en la que tanto el recurrente en amparo como el TC se refieren al art. 14.5 del PIDCP en relación con el derecho a la doble instancia penal contra sentencias condenatorias por cuanto que las resoluciones anteriores habían tenido por desistido al recurrente por incomparecencia de su representación procesal y dirección letrada a la vista del recurso de apelación, estimándose el amparo solicitado. En relación con la especial trascendencia constitucional del recurso, el TC menciona asimismo la

STEDH de 20 de enero de 2015 (caso *Arribas Antón c. España*), la cual exige explicitar no solo los criterios de definición de dicho requisito, sino también su aplicación a los asuntos admitidos a trámite. En segundo lugar, la STC 152/2015, de 6 de julio, contiene una referencia al art. 14.1 del PIDCP y al art. 6.1 del CEDH al hilo de la argumentación relativa a la garantía de la independencia e imparcialidad que comporta el derecho al juez ordinario del art. 24.2 CE, que puede verse lesionado en el caso de una irregular determinación de los componentes de una Sala de justicia.

16. Siguiendo con la protección de los derechos humanos, el TC ha vuelto a prestar una atención destacada a la *jurisprudencia del TEDH* al referirse a la misma en 37 asuntos diferentes, pero sin situarse en una posición distinta a la expresada por el Tribunal de Estrasburgo. Se trata de SSTC 151/2015 y 153/2015, de 6 de julio; STC 155/2015, de 9 de julio; SSTC 161/2015, 162/2015, 163/2015, 164/2015, 165/2015, 166/2015, 168/2015, 170/2015, 171/2015, 172/2015, 173/2015, 174/2015, y 175/2015, de 20 de julio de 2015; STC 177/2015, de 22 de julio; SSTC 179/2015 y 182/2015, de 7 de septiembre; STC 184/2015, de 10 de septiembre; SSTC 188/2015, 190/2015, 191/2015, 192/2015, 193/2015 y 194/2015, de 21 de septiembre; SSTC 205/2015 y 206/2015, de 5 de octubre; SSTC 214/2015 y 218/2015, de 22 de octubre; SSTC 222/2015, 224/2015, 225/2015, 227/2015 y 228/2015, de 2 de noviembre; y STC 231/2015, de 5 de noviembre. Además, hemos de subrayar especialmente la STC 177/2015, de 22 de julio, por la que se resuelve un recurso de amparo solicitado por una supuesta vulneración de los *derechos fundamentales a la libertad de expresión y a la libertad ideológica* como consecuencia de una condena por delito de injurias a la Corona. Dicha sentencia, en cuya argumentación hallamos múltiples referencias a la jurisprudencia del TEDH en relación con las disposiciones del CEDH referidas a los derechos cuya violación se invoca, es objeto de un comentario más extenso en el apartado 3.5 de esta crónica.

17. Como es habitual también, la jurisprudencia de los TSJ y las AP contiene múltiples referencias al CEDH y a la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en los ámbitos contencioso-administrativo y penal. En este semestre podemos destacar, por ejemplo, en relación con el *derecho a un proceso equitativo*, la SAP de Toledo (Sección 2.<sup>a</sup>) núm. 98/2015, de 14 de julio (ROJ: SAP TO 693/2015), por la que se revoca una sentencia anterior del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Toledo que absolvía a los acusados de un delito contra la salud pública. En su sentencia, la AP de Toledo se fundamenta, en gran medida, en jurisprudencia del TEDH por la que se interpreta el art. 6 del CEDH en el sentido de que se hace indispensable garantizar el principio de audiencia pública en segunda o tercera instancia cuando haya de examinarse la culpabilidad o inocencia del acusado. No obstante, siguiendo también la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, se afirma que puede justificarse la ausencia de debate público en apelación en atención a las particularidades del procedimiento, la naturaleza del sistema de apelación interno, el alcance de los poderes del órgano de apelación, o la índole de las cuestiones a juzgar, de tal modo que el art. 6 CEDH no garantiza necesariamente el derecho a una vista pública, ni a comparecer personalmente en los debates. Sin embargo, el TEDH se ha pronunciado también en el sentido de que resulta indispensable contar con una audiencia pública cuando el Tribunal de apelación efectúa una nueva apreciación de los hechos estimados probados en primera instancia y los reconsidera, no siendo necesaria dicha audiencia *a sensu contrario* «cuando el Tribunal *ad quem* se limite a efectuar una interpretación jurídica diferente respecto a la realizada en la instancia anterior» (FJ 3). Por otra parte, la SAP de Toledo alude también al Derecho internacional a la hora de la delimitación del objeto de la conducta típica del art. 368 del CP, integrando la expresión *drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas* por remisión a las Listas I, II y IV de la Convención Única de

las Naciones Unidas sobre estupefacientes, firmada en Nueva York el 30 de marzo de 1961 y enmendada por el Protocolo de Ginebra de 1972, así como a la lista aneja al Convenio sobre Psicotrónicos, hecho en Viena el 21 de febrero de 1971.

18. En relación con el *derecho a la vida familiar*, cabe subrayar también el AAN, de 29 de octubre (ROJ: AAN 199/2015), por el que se deniega el traslado penitenciario solicitado por un preso perteneciente a la banda terrorista ETA, con el fin de ser ubicado en un centro lo más próximo posible a su domicilio familiar. La argumentación contenida en dicho Auto así como en el voto particular que lo acompaña se fundamenta en diversas normas internacionales relativas a los derechos de los internos penitenciarios y, en particular, en el CEDH y la jurisprudencia de Estrasburgo por lo que se refiere especialmente al derecho a la vida familiar. Dicho Auto es objeto de un comentario en el apartado 3.6 de la presente crónica.

19. En materia de *transporte marítimo*, hallamos pronunciamientos a destacar como la SAP de Islas Baleares núm. 306/2015, de 8 de octubre (ROJ: SAP IB 1783/2015), cuya argumentación se funda en diversas normas internacionales convencionales como el Convenio Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Abordaje, firmado en Bruselas el 23 de septiembre de 2010; el Convenio Internacional sobre Limitación de Responsabilidad por Reclamaciones de Derecho Marítimo, hecho en Londres el 19 de noviembre de 1976 y enmendado por Protocolo de 2 de mayo de 1996; el Convenio internacional sobre unificación de ciertas reglas en materia de transporte de pasajeros por mar, firmado en Bruselas el 29 de abril de 1961, así como el Convenio internacional sobre unificación de ciertas reglas en materia de transporte de equipaje de pasajeros por mar, firmado en Bruselas el 27 de mayo de 1967.

20. Cabe mencionar también la STC 196/2015, de 24 de septiembre, la cual estima, si bien por razones no vinculadas al Derecho internacional, un recurso de inconstitucionalidad planteado por el Consejo de Gobierno de la Generalitat Valenciana respecto de la DF 1.<sup>a</sup> del Real Decreto-Ley 12/2011, de 26 de agosto, por el que se modificaba la Ley de Enjuiciamiento Civil con el fin de proceder a la aplicación, en el ordenamiento español, del Convenio Internacional sobre el embargo preventivo de buques, hecho en Ginebra el 12 de marzo de 1999.

21. En materia de *medio ambiente*, hemos de subrayar la STC 233/2015, de 5 de noviembre, por la que se resuelve el recurso de inconstitucionalidad planteado contra determinadas disposiciones de la Ley 2/2013 de protección y uso sostenible del litoral y de modificación de la Ley 22/1988 de Costas. Esta sentencia, en la que destacan especialmente la problemática de las dunas y el principio de no regresión en el estándar de protección ambiental, es objeto de un comentario detallado en el apartado 3.7 de esta crónica.

22. Por otra parte, el TS se ha pronunciado en varias sentencias sobre la eventual *responsabilidad del Estado* por posible incumplimiento de normas internacionales y europeas en ámbitos diferentes, como en materia de distribución de energía eléctrica (STS 3872/2015, de 11 de septiembre), de concesiones para transporte marítimo (STS 4476/2015, de 13 de octubre), sobre fiscalidad de no residentes y fondos de inversión (STS 4652/2015, de 22 de octubre), o sobre la prohibición de la munición de racimo (STS 5006/2015, de 30 de noviembre). Esta última, relacionada con la Convención sobre Municiones en Racimo de 30 de mayo de 2008, es objeto de un comentario en el apartado 3.8 de la presente crónica.

23. En materia de *inmunidad de jurisdicción*, cabe destacar la STSJ de Madrid (Sala de lo Social, Sección 6.<sup>a</sup>) núm. 586/2015, de 14 de septiembre (ROJ: STSJ

M 10428/2015), por la que se examina un recurso contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 8 de Madrid que declaró improcedente el despido de un trabajador de la Embajada de Turquía en España. El TSJ de Madrid entiende que resulta de aplicación el Reglamento núm. 44/2001 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil por constituir la embajada un «establecimiento» y tener, por tanto, el demandado su domicilio en un Estado miembro de la UE, sin que la cláusula de sumisión a los tribunales turcos, contenida en el contrato de trabajo, pueda tener por efecto excluir dicho fuero. Para llegar a estas conclusiones, el TSJ cita extensamente la STJUE de 19 de julio de 2012 (asunto C-154/2011), que se refiere a la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961 y se extiende sobre la institución de la inmunidad de jurisdicción, excluida en supuestos como este por tratarse de actos realizados *iure gestionis*. Pese a ello, el TSJ de Madrid decide finalmente anular la sentencia de instancia por proceder la inhibición de los tribunales españoles a favor de los turcos, ante los que el demandante había presentado la primera demanda contra la Embajada de Turquía.

24. Por último, en cuanto al *Derecho de la Unión Europea*, su aplicación es habitual por parte del TS en multitud de casos. A lo largo de este semestre, además de las frecuentes referencias a normas comunitarias y sentencias del TJUE en el ámbito fiscal, de sociedades o del medio ambiente, cabe destacar sentencias relativas a la *acumulación de condenas* (SSTS 5267/2015 y 10689/2015, de 14 de diciembre; 5131/2015, de 3 de diciembre; 4456/2015, de 19 de octubre, o 4241/2015, de 27 de septiembre) y al *derecho de establecimiento y a la libre prestación de servicios* con motivo de la adhesión de Croacia (STS 4389/2015, de 27 de octubre).

25. Si bien la presente crónica no ha de ser el lugar en que se preste una atención detallada a la jurisprudencia del TC que aborda cuestiones de *Derecho de la UE*, hemos de subrayar una sentencia del TC que, por su especial trascendencia, merece nuestra atención. Se trata de la STC 232/2015, de 24 de noviembre, en la que se estima un recurso de amparo presentado por un profesor de educación secundaria contra una sentencia del TSJ de Madrid que le había denegado el reconocimiento de los sexenios solicitados por ser funcionario interino y no funcionario de carrera. La aplicación directa de la Directiva 1999/70 relativa al acuerdo marco de la Confederación Europea de Sindicatos, la Unión de Confederaciones de la Industria Europea y el Centro Europeo de la Empresa Pública sobre el trabajo de duración determinada; el seguimiento de la jurisprudencia del TJUE relacionada con asuntos semejantes (SSTJ de 13 de septiembre de 2007, *del Cerro Alonso*, C-307/05; de 22 diciembre de 2010, *Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres*, C-444/09 y 456/09) e incluso idénticos (ATJ de 9 de febrero de 2012, *Lorenzo Martínez*, C-556/11); y la eventual necesidad del planteamiento de una cuestión prejudicial son cuestiones centrales de Derecho de la UE que figuran tanto en las argumentaciones de las partes como en la respuesta del TC. Permitiéndole este asunto desarrollar su doctrina sobre la relevancia constitucional del incumplimiento del Derecho de la UE, el TC recuerda que ni el art. 93 de la CE a través del que se instrumenta la integración europea, ni el principio de primacía del Derecho de la UE han dotado a las normas de dicho ordenamiento de «rango y fuerza constitucionales», lo que no significa que deba abstenerse el TC de valorar los actos de los poderes públicos que aplican Derecho de la UE o se plantee su posible contradicción con este, valoración que versará sobre si se ha producido una vulneración de los derechos fundamentales. El TC aprovecha también para reiterar su controvertida doctrina según la cual dejar de aplicar una ley interna supuestamente contraria al Derecho de la UE sin plantear cuestión de inconstitucionalidad ni cuestión prejudicial vulneraría el derecho a un proceso con todas las garantías si existen dudas claras

sobre la supuesta contradicción; mientras que aplicar dicha ley nacional sin plantear una cuestión prejudicial no sería contrario al art. 24 de la CE cuando dicha decisión sea fruto de una exégesis racional de legalidad ordinaria. Ahora bien, entiende que corresponde al TC velar por el respeto del principio de primacía del Derecho de la UE cuando ya exista una interpretación auténtica efectuada por el TJUE, dando lugar el desconocimiento y preterición de esa norma interpretada por el Tribunal de Justicia a una violación del derecho a la tutela judicial efectiva. Por ello, considerando que el Tribunal de Luxemburgo se había pronunciado ya sobre la interpretación del principio de no discriminación contenido en el art. 4.1 de la Directiva 1999/70 con ocasión de cuestiones prejudiciales planteadas por jueces españoles y, singularmente, en un asunto relativo a una reclamación del todo idéntica a la presente y que esta jurisprudencia era conocida y formaba parte del debate ante el TSJ, el TC concluye que se ha vulnerado el principio de primacía del Derecho de la Unión al no haberse aplicado la Directiva 1999/70 tal y como había sido interpretada por el TJUE, sin siquiera haber citado ni valorado el TSJ la jurisprudencia aplicable, que no precisaba, según el TC, de una nueva cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia por tratarse de un «acto aclarado», siguiendo la «doctrina Cilfit».

### 3. COMENTARIOS DE SENTENCIAS

#### 3.1. Jurisdicción universal y principio de subsidiariedad

**JURISDICCIÓN UNIVERSAL.—Competencia de la jurisdicción española.—Subsidiariedad.—LOPJ.—LO 1/2014.—Extraterritorialidad.—Exposiciones razonadas.—Delitos de lesa humanidad.**

**Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), de 1 de julio de 2015 (ROJ: ATS 5751/2015).** Ponente: Francisco Monterde Ferrer.

**Referencia Centro de Documentación Judicial (Id. Cendoj) 28079120012015201505.**

**Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), de 20 de octubre de 2015 (ROJ: ATS 8634/2015).** Ponentes: Alberto Gumersindo y Jorge Barreiro.

**Referencia Centro de Documentación Judicial (Id. Cendoj) 28079120012015202119.**

1. Los dos autos analizados tratan sobre la oposición entre el principio de justicia universal y el principio de subsidiariedad, y sobre su aplicación en Derecho español tras las modificaciones aportadas por la nueva LO 1/2014, de 13 de marzo en 2009, que viene a modificar la versión precedente de la LOPJ 6/1985, que había hecho lo propio con la redacción inicial de esta ley.

2. Se parte, en ambos casos, de la existencia en otros países de procedimientos investigando hechos objeto de la instrucción en España, y de sus consecuencias ante los tribunales españoles, que deben mantener o renunciar a su competencia en el marco legislativo interno y normativo internacional.

3. El principio de subsidiariedad se contraponen al de justicia universal y se funda sobre la preferencia de unos tribunales frente a otros, afirmando una mayor solidez de la competencia de estos. Está regulado por la nueva versión de la ley y se inspira en el principio de complementariedad ante la Corte Penal Internacional, que permite

a esta tener una cierta tutela con respecto a los tribunales nacionales y decidir en qué casos le corresponde actuar de manera subsidiaria en sustitución de estos últimos. Tal función es igualmente asumida por el TS con respecto a la administración de justicia en otros países, lo que le obliga a una cierta «prudencia», que cita explícitamente.

4. En efecto, en aplicación del principio de subsidiariedad, la LOPJ dispone por un lado que se excluye la competencia de los tribunales españoles en una serie de supuestos, y por otro lado que, si se reúnen ciertas condiciones, la competencia se mantiene para permitir la realización de los objetivos primordiales de estas normas. Se trata concretamente la lucha contra la impunidad. Dicho de otra manera, por un lado se impone el principio de subsidiariedad, por otro lado el de justicia universal, según las circunstancias y especialmente según la apreciación de estas circunstancias por parte de los órganos jurisdiccionales españoles, que intervienen en dos etapas: primeramente, en ambos Autos, el Juzgado Central de Instrucción núm. 5 de la Audiencia Nacional, que informa sobre la concurrencia de condiciones permitiendo dudar de la efectividad del procedimiento abierto en otro país, y seguidamente, el Tribunal Supremo, que valora y por tanto decide del mantenimiento o no de esta competencia.

5. Más exactamente, vemos en ambos Autos un ejemplo pragmático de la aplicación del art. 23.5 de la LOPJ, que dispone, en aplicación del principio de subsidiariedad, la exclusión del de justicia universal en los casos siguientes: «Los delitos a los que se refiere el apartado anterior no serán perseguibles en España en los siguientes supuestos: *a)* Cuando se haya iniciado un procedimiento para su investigación y enjuiciamiento en un Tribunal Internacional constituido conforme a los Tratados y Convenios en que España fuera parte. *b)* Cuando se haya iniciado un procedimiento para su investigación y enjuiciamiento en el Estado del lugar en que se hubieran cometido los hechos o en el Estado de nacionalidad de la persona a la que se impute su comisión, siempre que: 1.º la persona a la que se impute la comisión del hecho no se encontrara en territorio español, o 2.º se hubiera iniciado un procedimiento para su extradición al país del lugar en que se hubieran cometido los hechos o de cuya nacionalidad fueran las víctimas, o para ponerlo a disposición de un Tribunal Internacional para que fuera juzgado por los mismos, salvo que la extradición no fuera autorizada».

6. Esta es la situación de base en ambos Autos, ya que en uno existe un procedimiento abierto en Argentina y en otro, en Chile, lo que permitiría excluir de entrada la competencia de los tribunales españoles si estas fueran las únicas disposiciones. Sin embargo, el mismo artículo añade las condiciones en que la justicia universal primará sobre la subsidiariedad: «Lo dispuesto en este apartado *b)* no será de aplicación cuando el Estado que ejerza su jurisdicción no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o no pueda realmente hacerlo, y así se valore por la Sala 2.ª del Tribunal Supremo, a la que elevará exposición razonada el juez o Tribunal. A fin de determinar si hay o no disposición a actuar en un asunto determinado, se examinará, teniendo en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el Derecho internacional, si se da una o varias de las siguientes circunstancias, según el caso: *a)* Que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal. *b)* Que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia. *c)* Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia. A fin de determinar la

incapacidad para investigar o enjuiciar en un asunto determinado, se examinará si el Estado, debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella, no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio».

7. En otros términos, la importancia de la lucha contra la impunidad es capital, lo que permite a la ley española mantener la competencia de nuestros tribunales en situaciones en que aparentemente hubiera podido imponerse su exclusión dejando paso a otros con un vínculo de conexión más «fuerte». Este mantenimiento implica, sin embargo, una valoración que tiene un cierto componente subjetivo de naturaleza triple, ya que depende no solo de los hechos en sí mismos y de la posibilidad o voluntad de llevar a cabo este procedimiento de manera adecuada, sino de un informe, una «exposición razonada», que debe presentarse por el Juzgado Central de Instrucción, y en tercer lugar de la valoración de este informe por la Sala de lo Penal del TS. Parece por tanto que, si bien quiere hacerse posible una posibilidad de plena conformidad con el Derecho internacional, la LOPJ ha puesto en marcha una cadena de obstáculos que añade un cierto carácter aleatorio en la apreciación de la exclusión de la justicia universal.

8. La exposición del Juzgado Central de Instrucción debe permitir «entender que la actuación de otro Estado es deficiente», de manera razonada, como lo indica el Auto de 1 de julio. Es decir, debe el TS estar en posición de afirmar, fundándose en esta exposición, que el procedimiento abierto en otro Estado, aparentemente más competente, es o puede ser inefectivo. En tal caso, se imponen los objetivos del principio de justicia universal, y no se pueden dejar sin tutela derechos altamente protegidos por el Derecho internacional, lo que implica el mantenimiento de la competencia española. Por ejemplo, en el Auto sobre el procedimiento abierto en Argentina, se trata de delitos de lesa humanidad, como el genocidio. La duda sobre el procedimiento abierto en Argentina hubiera permitido mantener la competencia española para asegurar el respeto del Derecho internacional, pero únicamente si tal duda estuviera suficientemente documentada.

9. Se percibe en estas condiciones para una justicia universal efectiva la esencia misma de la Ley de 2014, mucho más restrictiva que la formulación original de 1985 de la LOPJ, que ponía en marcha una jurisdicción universal absoluta. La versión de 2014, comparada con la de 2009, tiene fundamentalmente una cualidad general que es asimismo su mayor defecto a causa de su formulación concreta. Por un lado, afirma en su Exposición de Motivos que busca la conformidad con el Derecho internacional. Por otro lado, esta conformidad depende finalmente de una apreciación individualizada que es a la vez subjetiva y *ad hoc*, por no decir aleatoria. El principio de subsidiariedad es puesto así en el mismo plano que el de justicia universal, cuando este último debería primar más claramente y más fácilmente en cuanto a las finalidades perseguidas.

10. Esta contradicción aparente o paradójica se pone de manifiesto en la comparación de ambos Autos.

11. Así, en el de 1 de julio de 2015 sobre Argentina, en un caso todavía abierto en el que se ha declarado la prescripción de los hechos, a falta de resolverse un recurso de apelación, se remite una exposición razonada, lo que en sí mismo es muestra de la voluntad favorable al mantenimiento de la competencia de los tribunales españoles, por falta de una «disposición investigadora diligente y efectiva por parte de la jurisdicción de Argentina». Pero, según el TS, esta falta de voluntad no está documentada en

este caso concreto, faltando mención de las diligencias practicadas o de las circunstancias indicadas en el art. 23.5 de la LOPJ. Demora injustificada, falta de parcialidad o de independencia, nada está probado en esta exposición. Por ello, el TS decide «[n]o entrar a valorar si concurren o no en el presente caso los requisitos exigibles para que la jurisdicción española prosiga con la tramitación de la presente causa penal». Se devuelve por ello la causa al Juzgado Central de Instrucción núm. 5 de la AN.

12. El segundo Auto, de 20 de octubre, opta por la solución inversa. Se trata de un caso con un procedimiento abierto en Chile, relativo al asesinato de una persona de nacionalidad española. Aquí el TS valora una nueva exposición razonada de este Juzgado Central de Instrucción, que subsana las omisiones anteriores. Es decir, que la ausencia de valoración impone posteriormente al Juzgado Central de Instrucción un trabajo detallado suplementario para fundar la competencia española. Esta nueva exposición razonada cumple todos los requisitos para permitir la valoración por parte del TS, y constituye un ejemplo procesal especialmente interesante. Consta así la existencia de un procedimiento abierto en Chile, pero prueba que otros procedimientos similares fueron archivados, y que ello implica el desconocimiento de recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, lo que permite ver en ello una situación de impunidad. Tal exposición recapitula seguidamente las diligencias practicadas en Chile, como, por ejemplo, una serie de informes policiales, las peticiones de la parte querellante y la orden de investigar ciertos órganos policiales o de interrogar a autoridades públicas. Se mencionan además ciertos aspectos como la parálisis de la investigación en varios momentos y el papel en ella de la Corte Suprema de Justicia de Chile. Suficientes elementos permitiendo una valoración del TS, que afirma que en ellos no se percibe «la voluntad de las autoridades chilenas de investigar los hechos ocurridos y a sus responsables». En consecuencia, ante la falta de voluntad de Chile de investigar los delitos, la justicia universal prima sobre la subsidiariedad. Algo evidente y necesario, pero dependiente, en cada caso, de una valoración individualizada que puede complicar o retardar de manera efectiva esta primacía y el establecimiento de la competencia de los tribunales españoles en casos especialmente graves y bienes jurídicos protegidos por el Derecho internacional.

Jacobo RÍOS RODRÍGUEZ

Université de Perpignan Via Domitia

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.68.1.2016.3a.01>

### 3.2. Represión del tráfico de estupefacientes en alta mar

**DERECHO DEL MAR.—Jurisdicción de Estados distintos del Estado de pabellón.—Jurisdicción preferente del Estado de pabellón.—Cooperación internacional en la lucha contra el tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas.—Tratado hispano-luso para la represión del tráfico ilícito de drogas en el mar de 1998.—Alteración de los signos distintivos de un buque.**

**Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de los Penal, Sección 1.ª), de 11 de noviembre de 2015 (ROJ: STS 4587/2015).** Ponente: Andrés Palomo del Arco.

**Referencia Centro de Documentación Judicial (Id. Cendoj) 28079120012015100660.**

1. En esta Sentencia de 11 de noviembre de 2015, el TS resuelve un recurso de casación interpuesto contra el AAN de 30 de junio de 2015, que desestimaba un recurso

de apelación recaído en un asunto sobre tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas a bordo de un buque de pabellón extranjero en alta mar. Aunque algunas de las cuestiones planteadas en este asunto ya fueron tratadas por el TS en resoluciones anteriores, el análisis de esta sentencia resulta plenamente justificado porque perfila algunos aspectos problemáticos del criterio jurisprudencial esbozado en ellas. En el presente caso, el objeto del proceso es la existencia de jurisdicción preferente de las autoridades portuguesas sobre las autoridades españolas sobre un buque de pabellón portugués sospechoso de realizar actividades de tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas en alta mar.

2. Por lo que se refiere a las cuestiones fácticas, el relato de los hechos que se desprende de la sentencia analizada es el siguiente:

Desde marzo de 2014, la Guardia Civil se encontraba investigando a un doble nacional hispano-portugués como sospechoso de la autoría de un delito de tráfico de estupefacientes. El 27 de octubre de 2014, el buque «Eiskos» zarpó del puerto de Vigo hacia la costa de Marruecos para ser abastecido de hachís. En un momento indeterminado, el recurrente ordenó cambiar los distintivos y la documentación del buque, que enarbolaba el pabellón de Portugal por ser este el Estado de registro del mismo, para simular la apariencia de que este tenía pabellón de Guinea-Bissau.

El 31 de octubre de 2014, el Ministerio de Justicia de Portugal solicitó a las autoridades españolas el abordaje del buque por existir sospechas fundadas de que estuviera siendo utilizado para cometer un delito de tráfico de estupefacientes. El 23 de noviembre de 2014, los Servicios de Vigilancia Aduanera llevaron a cabo el abordaje del buque «Eiskos», que se encontraba en ese momento, según la sentencia, en aguas internacionales. Durante el abordaje, varios de los tripulantes intentaron quemar la mercancía que transportaba el buque. Como resultado de estas actuaciones, dos de los tripulantes debieron ser ingresados en diferentes hospitales y otros ocho fueron detenidos y conducidos al puerto de Almería, junto con el buque. El 26 de noviembre de 2014, efectivos de la Guardia Civil y del Servicio de Vigilancia Aduanera registraron el buque en presencia del patrón del buque y de su abogado, e incautaron 15.000 kilogramos de hachís en su interior, distribuidos en 793 fardos y dos sacos.

El 28 de noviembre de 2014, la Fiscalía portuguesa solicitó la cesión de jurisdicción y el traslado del procedimiento a las autoridades portuguesas. El 19 de mayo de 2015, el Juzgado Central de Instrucción núm. 3 acordó mediante auto el traslado del procedimiento a las autoridades de Portugal, frente al cual se interpuso recurso de reforma, que fue desestimado por auto dictado por el mismo Juzgado Central de Instrucción el 2 de junio de 2015. Contra este último, se interpuso un recurso de apelación ante la Audiencia Nacional, que fue desestimado por Auto de 30 de junio de 2015. Precisamente este auto es la resolución recurrida en casación en la Sentencia de la Sección 1.ª de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de 11 de noviembre de 2015, cuyo análisis constituye el objeto del presente comentario.

3. Aunque se discuten cuestiones fácticas, pese a la inadecuación del foro para ello (art. 848 de la LECrim), esta sentencia plantea esencialmente dos cuestiones jurídicas relevantes: el alcance de la jurisdicción española sobre los buques que enarbolan pabellón de otro Estado y, por tanto, de la limitación de la tradicional regla de Derecho del Mar de jurisdicción exclusiva del Estado de pabellón en alta mar, cristalizada en el art. 92.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar (CNUDM) (aplicable a la zona económica exclusiva de acuerdo con el art. 58.2 del

mismo convenio), y, en segundo lugar, la relevancia jurídica del registro y de la alteración de los signos distintivos de un buque, que constituyen, en definitiva, elementos relacionados con la nacionalidad del mismo.

4. Por lo que respecta al primer punto, en la sentencia se confirma la interpretación y la decisión del tribunal *a quo*, ya que el TS considera que las actuaciones procesales llevadas a cabo por las autoridades españolas se realizaron en calidad de representación de las autoridades portuguesas. Dado que el buque apresado se encontraba en «aguas internacionales» (jurídicamente, aunque sin relevancia para la resolución del caso, la situación del buque a 28 millas del Cabo de Gata implica que se encontraba en la Zona Económica Exclusiva española, según resulta del art. 57 de la CNUDM y del art. 1 del Real Decreto 236/2013, de 5 de abril, por el que se establece la Zona Económica Exclusiva de España en el Mediterráneo noroccidental, *BOE* núm. 92, de 17 de abril de 2013) en el momento de la intervención de las autoridades españolas, en aplicación de la CNUDM, en principio debería regir el principio de jurisdicción exclusiva del Estado de pabellón establecido en su art. 92, según el cual correspondería llevar a cabo la detención a las autoridades portuguesas. No obstante, los arts. 99, 100, 105 y 108 a 110 de la CNUDM flexibilizan la aplicación de esta regla general, en atención a las necesidades de policía marítima y de situaciones de abuso de la libertad de navegación. En el caso concreto del tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, su art. 108 establece un deber de cooperación de todos los Estados en la represión de esas actividades y el derecho de todos los Estados a solicitar la cooperación de otros Estados en ese ámbito, pero no amplía la jurisdicción de Estados distintos del Estado de pabellón en esta materia, por lo que, por sí solo, no justifica la actuación de las autoridades españolas.

5. En este caso, la atribución de competencia internacional a las autoridades españolas tiene como fundamento jurídico el Convenio entre España y Portugal para la Represión del Tráfico Ilícito de Drogas en el Mar, hecho en Lisboa el 2 de marzo de 1998 y, concretamente, la solicitud de abordaje del buque efectuada por el Ministerio de Justicia de Portugal al Servicio de Vigilancia Aduanera español. Esta solicitud se limitaba a la aprehensión del buque, de su tripulación y de su carga, como se desprende de la petición de cesión de jurisdicción y traslado del procedimiento realizada por el Ministerio Fiscal portugués el 28 de noviembre de 2014. El recurrente había alegado que la competencia para el enjuiciamiento de la causa en España se derivaba tanto del art. 23.4.d) de la LOPJ (cuya interpretación por la AN con respecto a los casos de delitos de tráfico de drogas se analizó en el comentario de GARCÍA ANDRADE, P., *REDI*, 2014, núm. 2, pp. 214-221) como del art. 17 de la Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes o Sustancias Sicotrópicas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988, como Estado que llevó a cabo el abordaje y apresamiento. Pero el Tribunal Supremo, analizando el texto del Convenio hispano-luso y el de otros convenios bilaterales y multilaterales de carácter similar, concluyó que, dado que la atribución de competencia jurisdiccional del art. 23.4.d) de la LOPJ constituye una norma especial y se realiza sin perjuicio de lo que establezcan tratados internacionales, y teniendo en cuenta tanto el Convenio hispano-luso de 1998 como la Convención de Viena de 1988, la competencia española queda limitada a los actos de cooperación entre los Estados para la represión de los ilícitos cometidos en espacios marinos autorizados por el Estado de pabellón (los enumerados en los arts. 17 del Convenio de Viena de 1988 y 4 del Convenio hispano-luso de 1998) y, por tanto, se trata de actos de jurisdicción realizados en representación del Estado de pabellón, cuya compatibilidad con la Constitución Española de 1978 se analizó en la Sentencia de la Sala 2.ª del Tribunal Constitucional 21/1997, de 10 de febrero (comentada por ZAVALA

SALVADO, J., *REDI*, 1997, núm. 2, pp. 160-169). En definitiva, el Estado de pabellón retiene la competencia para el enjuiciamiento de los delitos presuntamente cometidos, pues, como se establece en el FJ 3 de la sentencia objeto de este comentario: «Solo en los supuestos de represión de la piratería y de las *transmisiones no autorizadas desde alta mar* (infracción no tipificada en nuestro ordenamiento), se contempla además del apresamiento, el ejercicio de la jurisdicción penal [...]».

6. El art. 7 del Convenio hispano-luso de 1998 establece como jurisdicción preferente la del Estado de pabellón del buque, por lo que la del Estado que llevó a cabo el abordaje y la inspección tendría carácter subsidiario. En consecuencia, en el ámbito de la represión del tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, la actuación de las autoridades españolas sobre buques que enarbolan el pabellón de otro Estado se circunscribe a los actos de cooperación referidos, siempre y cuando cuenten con la autorización de dicho Estado, y solo en ausencia de actuación de este último podría comprender el enjuiciamiento de los delitos presuntamente cometidos. Este criterio se ha seguido en las Sentencias de la Sala de lo Penal del TS 948/1995, de 2 de octubre; 592 y 593/2014, de 24 de julio (véase el comentario de RÍOS RODRÍGUEZ, J., *REDI*, 2015, núm. 1, pp. 203-207), y 847/2014, de 5 de diciembre, citadas como fundamento decisorio en la sentencia comentada, y en el auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la AN de 4 de julio de 2014 (véase el comentario de SÁNCHEZ RAMOS, B., *REDI*, 2015, núm. 1, pp. 200-203). En todas estas decisiones se extiende la jurisdicción española sobre los buques sin pabellón o con pabellón ficticio sospechosos de ser utilizados para la comisión de delitos de tráfico de estupefacientes. Sin embargo, en este caso, se trata de un buque con pabellón legítimo y ha habido reclamo de jurisdicción por parte de Portugal, lo cual desplaza la jurisdicción española, en contra del criterio sostenido por el recurrente.

7. En segundo lugar, la sentencia trata brevemente la relevancia jurídica de la alteración de los signos distintivos del buque (nombre, matrícula y bandera o pabellón) sin el concurso del Estado de pabellón sobre la nacionalidad del buque: dado que no se había producido el registro del buque en Guinea-Bissau, no se le pueden reconocer efectos jurídicos a dicho cambio. Esto impide considerar que exista un supuesto de utilización de varias banderas o pabellones a conveniencia, y, por tanto, que el buque se pueda considerar a todos los efectos como un buque carente de nacionalidad, en el sentido del art. 92.2 de la CNUDM. Dado que no se indica ninguna causa de pérdida del pabellón portugués, el buque continuaba teniendo nacionalidad portuguesa en el momento del abordaje, aunque no enarbolase el pabellón correspondiente, resultándole, por tanto, aplicable el Convenio hispano-luso de 1998.

8. En conclusión, el Tribunal Supremo reitera un criterio jurisprudencial establecido anteriormente y muestra los límites de la actuación de las autoridades españolas sobre buques de pabellón extranjero, no solo en el caso del tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, sino también en otros, rectificando las imprecisiones mostradas en decisiones precedentes sobre la atribución de competencia en virtud del art. 23.4.d) de la LOPJ en relación con la Convención de Viena de 1988. Además, recuerda que la mera alteración de los signos distintivos de un buque, sin que se produzca una nueva matriculación en otro registro, no permite considerar dicho buque como un buque del Estado de pabellón ficticio o como un buque sin pabellón en el sentido del art. 92.2 de la CNUDM.

Ana M. MAESTRO CORTIZAS  
Universidade da Coruña

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.68.1.2016.3a.02>

### 3.3. Lucha contra el terrorismo yihadista

**ORGANIZACIONES TERRORISTAS.—Concepto.—Terrorismo yihadista.—Lista de entidades terroristas de Naciones Unidas.—Derecho internacional humanitario.—Células de captación y radicalización.**

**Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 2.<sup>a</sup>), de 2 de octubre de 2015 (ROJ: SAN 3086/2015).** Ponente: Concepción Espejel Jonquera.

**Referencia Centro de Documentación Judicial (Id. Cendoj) 28079220022015100028.**

1. La sentencia de la Audiencia Nacional aquí comentada trata una de las amenazas de mayor relieve contra la seguridad internacional, además, de lamentable actualidad. En efecto, el terrorismo yihadista, vinculado inicialmente a *Al Qaeda*, y posteriormente y con mayor relevancia al mal denominado Estado Islámico (*Daesh*), tiene una enorme proyección mediática en los últimos años, además de mostrar desconocidas facetas del terrorismo y de los atentados indiscriminados con un difícil encaje en la normativa nacional e internacional vigente. Nos estamos refiriendo, en concreto, a los denominados «lobos solitarios» y a las células de captación y adoctrinamiento que parecen actuar de forma aislada y sin coordinación entre ellas, de tal forma que se hace enormemente compleja su detección y eliminación.

2. En esta SAN del pasado 2 de octubre de 2015, se condena a un grupo de 11 personas, originarias todas ellas de la Ciudad Autónoma de Ceuta, por pertenecer a una célula yihadista de captación y adoctrinamiento. En efecto, queda probado que estas personas se organizaron para llevar a cabo la creación y mantenimiento de tal célula en Ceuta, coordinada con otra en Marruecos, y vinculadas ambas con las organizaciones terroristas que operaban en Siria; y que se dedicaron a enviar yihadistas para cometer acciones terroristas, incluidas las inmolaciones, a dicho país principalmente, integrándolos en organizaciones vinculadas a *Al Qaeda*, tales como *Jabhat Al Nusrah* y *Estado Islámico de Iraq y Levante (Islamic State of Irak and the Levant - Isil)*. En concreto, se demuestra que estas personas realizaban tareas de captación y adoctrinamiento tendentes a la radicalización de los candidatos a hacer la *Yihad* y la preparación física previa al desplazamiento. Asimismo, organizaban los viajes desde España y/o Marruecos a ciudades de Turquía, próximas a Siria y en donde cruzaban clandestinamente la frontera, pasando a los campos de entrenamiento de la organización terrorista y después a la lucha armada. También se encargaban de supervisar y controlar los viajes y las comunicaciones entre los miembros; efectuaban el posterior seguimiento de la situación de los desplazados y se ocupaban de la transmisión de información y comunicaciones entre los yihadistas sirios y los ceutíes y marroquíes ya incorporados y sus familiares y entre aquellos y los miembros de la célula pendientes de desplazarse en futuros viajes o encargados de las próximas captaciones y envíos de voluntarios y/o de fondos; proveían también la asistencia económica a las viudas, y la recaudación y el envío de dinero a los desplazados. Finalmente, difundían en Ceuta los designios de la organización terrorista y de sus ideólogos y transmitían a las familias de los fallecidos, a los integrantes de la célula y a jóvenes en proceso de captación los vídeos y documentación de los denominados «actos de martirio» y de los ataques perpetrados por los desplazados y reivindicados por *Jabhat Al Nusrah* o el *Isil*.

3. El Ministerio Fiscal calificó los hechos como constitutivos de un delito de integración en organización terrorista del art. 571.1 y 2 del CP y de un delito de tenencia ilícita de armas de fuego del art. 564.1.2 en relación con el art. 564.2.3 del CP, y sin

que concurrieran circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. En la sentencia, la ponente lista los hechos probados, basados mayormente en intervenciones de las comunicaciones y registros efectuados en los domicilios de los acusados, condenando a dos de ellos a doce años de prisión e inhabilitación absoluta por veinte años, en concepto de dirigentes de una organización terrorista; a los nueve restantes, diez años de prisión e inhabilitación absoluta por dieciocho años, por integración en organización terrorista; y a uno de estos últimos, además, a un año y seis meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, por tenencia ilícita de armas de fuego (art. 564.1 y 2 en relación con el art. 564.2.3 del CP).

4. Varias son las cuestiones que afectan al Derecho internacional en esta extensa sentencia. En efecto, el mismo concepto de organización terrorista permite un afianzamiento de la jurisprudencia del TS al respecto, y a partir de normativas internacionales y europeas en la materia, máxime cuando sigue sin concretarse una definición consensuada de terrorismo en Derecho internacional. Igualmente, la propia labor de Naciones Unidas a través del denominado Comité 1267, que ha establecido y actualiza un listado donde se recogen tanto personas físicas como entidades vinculadas al terrorismo internacional. Se acude, igualmente, a la jurisprudencia comparada, en concreto una sentencia de un tribunal de la ciudad belga de Amberes para justificar la no aplicación del Derecho internacional humanitario a los componentes yihadistas que luchan en Siria. Y finalmente, la actual regulación de los delitos de terrorismo, recogida a partir de la LO 2/2015, de 30 de marzo, que, entre otras cuestiones, recoge la participación a través de células para la captación y radicalización, así como el fenómeno de los denominados «lobos solitarios» que no pertenezcan necesariamente a una entidad terrorista *stricto sensu*.

5. Ya en los fundamentos preliminares se aborda una cuestión de suma importancia para la lucha contra el terrorismo internacional, cual es la cooperación policial entre los Estados. Ello se trata en cuanto que la defensa de los acusados, sin una clara especificación ni motivación, según la ponente, impugnó las pruebas documentales así como las intervenciones telefónicas y los registros efectuados. En este orden de cosas, la AN, y en relación con las investigaciones policiales realizadas por agentes extranjeros, recuerda la jurisprudencia marcada por las SSTS 202/2012, de 20 de marzo, y 251/2014, de 13 de abril. En las mismas, se establece la no obligación de acreditar la forma de obtención del número de teléfono de un sospechoso cuando no hay indicios de ilegitimidad en el proceso de obtención de la información, y dado que debe presumirse que los poderes públicos actúan siempre dentro de la legalidad (igualmente, SSTS 509/2009, de 13 de mayo; 309/2010, de 31 de marzo; y 862/2010, de 4 de octubre). Y es que, según la STS 575/2013, de 28 de junio, en la lucha contra la criminalidad organizada, debe regir el principio de reciprocidad y cooperación internacional entre las autoridades, incluidas las policiales, actuando en el marco de los principios de confianza y reconocimiento mutuo (véase STS 884/2012, de 8 de noviembre).

6. Como elemento central de la presente sentencia, debemos destacar el análisis que se hace sobre el concepto y alcance de «organización terrorista», toda vez que la normativa existente es bastante poco clara respecto a las células, que no son, por otra parte, propiamente un entramado organizado desde un punto de vista tradicional de dicho concepto. En efecto, la Audiencia considera que en la célula condenada concurren las características exigidas en el párr. 2.º del art. 570.1 bis del CP, a fin de calificarlo como organización criminal, y dada que su finalidad es subvertir el orden constitucional y alterar gravemente la paz pública, mediante la perpetración de delitos

de terrorismo. Así, para la AN, los acusados formaban una organización de carácter estable desde abril de 2012, realizando todas las actividades delictivas anteriormente descritas, incluyendo la ejecución de acciones que causaron centenares de víctimas en Siria e Iraq. Por tanto, no podrían ser considerados como un mero grupo de radicales religiosos que compartían o difundían sus ideas. Sus actividades cesaron en el momento en el que se produjeron las detenciones a partir de junio de 2013. Así, en la STS 338/2015, de 2 de junio, se indica con claridad, y así lo recuerda la propia AN, que el delito de asociación terrorista no se consuma cuando en el desenvolvimiento de su actividad se cometen determinadas infracciones, sino desde que se busca una finalidad ya inicialmente delictiva, bastando con que se acredite alguna clase de actividad de la que se pueda deducir que los integrantes de la asociación han pasado del mero pensamiento a la propia ejecución de sus objetivos (véase STS 503/2008, de 17 de julio, citando a su vez las SSTS 802/2001, de 3 de mayo, y 50/2007, de 19 de enero).

7. Es más, la AN recuerda la STS 50/2007, de 19 de enero, la cual, y a fin de identificar cuándo nos encontramos ante una asociación terrorista, remite al Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas cometidos con Bombas, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 17 de diciembre de 1997 (BOE núm. 140, de 2 de junio de 2001), y en cuyo art. 2 dispone que comete delito quien ilícita e intencionadamente entrega, coloca, arroja o detona un artefacto explosivo u otro artefacto mortífero con el propósito de causar daños de cualquier tipo, personales o materiales, así como la tentativa, participación, contribución y organización en dicho acto (véanse SSTS 977/2012, de 30 de octubre, y 789/2014, de 2 de diciembre). Por su parte, y más concretamente la STS 503/2008, de 17 de julio, considera que las denominadas células islamistas constituyen bandas armadas, grupos u organizaciones terroristas, siendo suficiente la existencia de un grupo de personas con carácter permanente y mínimamente estructurado; y que tiene como finalidad las propias del terrorismo, esto es, la provocación de terror en la sociedad mediante actos violentos contra personas o bienes, orientados a la destrucción del sistema de vida occidental, o a la eliminación de sus opositores, y acudiendo a todo tipo de medios, desde la captación y adoctrinamiento de personas, la obtención de los medios materiales adecuados para su ejecución, la ayuda a los integrantes y la ejecución de atentados. En conclusión, y recordando nuevamente la jurisprudencia de la STS 50/2007, de 19 de enero, el concepto de terrorismo, organización o grupo terrorista no siempre se identifica con el de banda armada, sino que es la naturaleza de la acción cometida, la finalidad perseguida con esta actuación, la que determina el carácter terrorista o no de la misma.

8. Respecto al reconocimiento de organizaciones terroristas por parte de Naciones Unidas, el Consejo de Seguridad creó por Resolución 1267 (1999), de 15 de octubre, un Comité (Comité 1267) con la competencia de supervisar las sanciones impuestas a *Al Qaeda* y las personas y entidades asociadas, y a partir de una Lista que se va actualizando periódicamente. Según los párrs. 1 y 2 de la Resolución del Consejo de Seguridad 2161 (2014), de 17 de junio, se entenderá que una persona, un grupo, una empresa o una entidad están asociados con *Al Qaeda* cuando participe en la financiación, planificación, facilitación, preparación o comisión de actos o actividades ejecutados por *Al Qaeda* o por una célula, entidad afiliada o grupo escindido o derivado de ella, o realizados en o bajo su nombre, junto con ella o en su apoyo; suministre, venda o transfiera armas y material conexo a *Al Qaeda* o a una célula, entidad afiliada o grupo escindido o derivado de ella; reclute para *Al Qaeda* o una célula, entidad afiliada o grupo escindido o derivado de ella; o apoye por otros medios de actos o actividades ejecutados por ellos. Con todo, desde 1999 Naciones Unidas considera como orga-

nizaciones terroristas a *Al Qaeda* y a todas sus filiales o ramas. De forma expresa, *Al Qaeda* fue incluida como organización terrorista en el Listado de Naciones Unidas el 6 de octubre de 2001; *Al Qaeda Iraq* y su denominación *Estado Islámico de Iraq* lo fueron el 18 de octubre de 2004. De esta forma, Naciones Unidas considera denominaciones de la misma organización a *Jabhat Al Nusra*, *Jabhet Al-Nusra*, *Al-Nusra Front*, *Frente de la Victoria*, *Frente Al Nusra para el Pueblo de Levante* y *Estado Islámico de Iraq y Levante (Isil)*. En abril de 2013 el Ministerio de Relaciones Exteriores de Siria solicitó a Naciones Unidas la inclusión de *Jabhat Al Nusra* en la lista de organizaciones terroristas, siendo incluida por el Comité 1267 el 31 de mayo de 2013. Incluso se han adoptado medidas de embargo en el seno de Naciones Unidas por medio de la Resolución del Consejo de Seguridad 2199 (2015), de 12 de febrero [véase igualmente, la Resolución del Consejo de Seguridad 2249 (2015), de 20 de noviembre].

9. En el procedimiento ante la AN, se analiza el hecho de que las detenciones y acusaciones se realizaron con anterioridad al reconocimiento como organizaciones terroristas y su inclusión en la Lista correspondiente por parte de Naciones Unidas, el 31 de mayo de 2013. Con ello, podría intuirse que, al no tener un reconocimiento internacional las organizaciones a las cuales pertenecen los acusados, no podrían ser considerados, por tanto, como miembros de grupos terroristas internacionales. Para la AN, esto no es argumento suficiente, dado inicialmente que la inmensa mayoría de los enviados ceutíes y marroquíes se integraban en las filas del *Isil*, ya declarado como organización terrorista en 2004. Además, la inclusión formal de *Jabhat Al Nusra*, o de cualquier otra organización, en el Listado de la ONU o de cualquier otro organismo internacional no constituye un requisito necesario para su consideración como terrorista ni para reputar a los integrantes de la red como participantes o integrantes de una organización terrorista, con independencia de que los primeros enviados se integrasen en *Jabhat Al Nusra* pasando después a incorporarse al *Isil*. Con todo, la Audiencia concluye, vistas las pruebas periciales, que *Jabhat Al Nusra* es la franquicia oficial de *Al Qaeda* en Siria, no siendo determinante los nombres, ya que, si un grupo cambia de nombre, ello no significa que deje de ser organización terrorista, dado que son las mismas personas, con la misma ideología y con los mismos fines.

10. A esta consideración trae a colación la STS 338/2015, de 2 de junio (respecto de *Herri Batasuna*, *Euskal Herrikarroka* y *Batasuna*), la cual sostiene que la previa declaración de ilicitud de una organización no es presupuesto normativo para la subsunción en los tipos de integración terrorista. Señala dicha STS que cuando las organizaciones funcionan siguiendo las consignas impuestas por una organización terrorista, son dirigidas por personas designadas ya pertenecientes a la organización terrorista y son alimentadas, material o intelectualmente desde aquella, y además le apoyan y complementan para sus fines por medio de actos violentos, debemos entender que forman parte, irremediadamente, de la organización terrorista, y ello a pesar de que sus miembros no hayan participado directamente en ningún acto violento. Concluye la STS citada que «las organizaciones son terroristas en la medida en que sus finalidades rellenan los requisitos contemplados en los numerosos Instrumentos Internacionales de la ONU que se refieren al terrorismo y, en el ámbito europeo, y de modo específico en la Decisión Marco 2002/475/JAI del Consejo, de 3 de junio» (DO L núm. 164, de 22 de junio de 2002). Esta última Decisión marco, en su art. 1, y tomando como referencia el art. 2.1.b) del Convenio de Naciones Unidas para la Represión de la Financiación del Terrorismo, de 9 de diciembre de 1999 (BOE núm. 123, de 23 de mayo de 2002), y la Posición común 2001/931/PESC del Consejo, de 27 de diciembre (DO L núm. 344, de 28 de diciembre de 2001), conceptúa el delito de terrorismo en razón de su finalidad, y de forma, en nuestra opinión, excesivamente genérica. De

este modo, habrá una acción terrorista cuando se pretenda intimidar gravemente a una población; obligar indebidamente a los poderes públicos o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo o desestabilizar gravemente o destruir las estructuras fundamentales políticas, constitucionales, económicas o sociales de un país u organización internacional. Y por grupo terrorista, se entiende toda organización estructurada de más de dos personas, establecida durante cierto periodo de tiempo, que actúa de manera concertada con el fin de cometer delitos de terrorismo. Por otra parte, la Decisión marco 2002/475/JAI exige a todos los Estados miembros que adopten las medidas necesarias para tipificar como delitos los actos intencionales consistentes en la dirección y participación de un grupo terrorista. En la misma línea, la STS 977/2012, de 30 de octubre, recuerda que en el concepto «terrorismo» es más esencial la finalidad, esto es, las acciones cometidas o que se pretenden cometer, la que determina el carácter terrorista o no de la misma; concluyendo que este concepto de terrorismo —y consecuentemente de organización o de grupo terrorista— es el que prevé el art. 571 del CP, refiriéndose a los que pertenecen, actúan al servicio o colaboran con bandas armadas, organizaciones o grupos cuya finalidad sea la de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública.

11. Otra cuestión de interés que podemos observar en la sentencia de la AN es la remisión que se hace a la jurisprudencia comparada, en concreto a una Sentencia de un Tribunal de la ciudad belga de Amberes, de 11 de febrero de 2015, sobre la aplicación del Derecho internacional humanitario en actos terroristas (FJ 2). Y es que en el caso belga, los acusados pretendían alegar que se encontraban en una guerra a fin de liberar a Siria del presidente sirio, exigiendo que se les aplicase la normativa establecida en los Convenios de Ginebra. Para el órgano judicial, estaba claramente demostrado que los acusados querían llevar a cabo una guerra yihadista salafista violenta en cualquier lugar del mundo y en cualquier zona en guerra. Además, estos últimos, integrados en *Jabhat Al Nusra*, eran conscientes de que estaban participando en una organización terrorista, por lo que no podía considerarse como acciones de las fuerzas armadas durante un conflicto armado, y dado que el Derecho internacional humanitario exige que las fuerzas armadas se describan como fuerzas, grupos y unidades organizadas bajo una cadena de mando «militar», responsable de las acciones de sus subordinados y tiene que existir un conjunto de normas que pueda asegurar que dichas «fuerzas armadas» cumplen con el Derecho internacional humanitario; precisando que las mismas deben ser reconocibles a distancia, llevar sus armas abiertamente y respetar las leyes y usos de la guerra. El Tribunal belga sigue indicando que los integrantes de *Jabhat Al Nusra* eran más bien «un grupo grande de rebeldes armados que lucha por el establecimiento de un estado islámico mundial y por la expansión del conflicto interno de Siria y que es responsable de casi seiscientos ataques, incluyendo más de treinta ataques suicidas»; añadiendo que las armas no se llevan abiertamente y que sus miembros no pueden ser reconocidos, y que «*Jabhat Al Nusra* no ejecuta acciones militares, en el sentido que les da el Derecho internacional humanitario sino que lleva a cabo actos de terrorismo (internacionales), tales como ataques suicidas, expolios, bandidaje, ejecuciones aleatorias, asesinatos y homicidios, que son claramente delitos de terrorismo». En definitiva, cometen actos indiscriminados sin diferenciar a la población civil de las fuerzas armadas.

12. Finalmente, la AN considera no aplicable al caso el art. 575 del CP en su redacción dada por la LO 2/2015, de 30 de marzo (BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015), adoptada a partir de la Resolución del Consejo de Seguridad 2178 (2014), de 24 de septiembre, toda vez que no había entrado en vigor en el momento en el que fue invocada su aplicación, además que no sería más favorable para los acusados.

Además que dicha Ley Orgánica no destipifica el delito de integración en organización terrorista como sostenía la defensa (FJ 2). Según la Audiencia, la modificación acaecida por dicha Ley Orgánica busca dar un carácter sistémico a los delitos de terrorismo, además de incluir una nueva definición del mismo, inspirada en la ya citada Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo, de 13 de junio, modificada por la Decisión marco 2008/919/JAI del Consejo, de 28 de noviembre (*DO L* núm. 330, de 9 de diciembre de 2008), y dar cabida necesaria al fenómeno del terrorismo individual, más conocido como «lobos solitarios». En este contexto, debemos recordar que la Resolución del Consejo de Seguridad 2178 (2014) aborda la amenaza actual que representan las actividades de captación, adoctrinamiento, formación y radicalización que de forma individual o por medio de las nuevas tecnologías, hacen grupos de personas, a veces sin vínculos organizativos entre ellos. Igualmente, la Resolución analiza el fenómeno de los combatientes terroristas desplazados, considerado ya una de las mayores amenazas a la seguridad de toda la comunidad internacional, y de la UE en particular. De este modo, la Resolución lo que pretende, y así hace la LO 2/2015, es solicitar que los Estados miembros adopten medidas legales para prevenir y reprimir el reclutamiento, la organización, el transporte o el equipamiento de las personas que viajan a un Estado distinto de sus Estados de residencia o nacionalidad para cometer, planificar o preparar actos terroristas o participar en ellos, o para proporcionar o recibir adiestramiento con fines de terrorismo, y la financiación de sus viajes y actividades. De este modo, en el ordenamiento español se mantiene y actualiza la tipificación de las conductas centrales articuladas en torno a organizaciones o grupos terroristas, incluidas las células de captación y radicalización, y se añade el terrorismo individual, y el preocupante fenómeno de los combatientes terroristas desplazados.

13. En conclusión, estamos ante una sentencia que viene a afianzar la jurisprudencia del TS sobre la concepción y alcance de terrorismo y organizaciones terroristas, además de abordar el nuevo fenómeno del terrorismo individual y la acción ilícita de células de radicalización y captación que ya representan una grave amenaza para la seguridad en el mundo actualmente. La adopción de normas en todos los niveles, nacional, europeo e internacional, así como una necesaria y requerida cooperación multilateral, deben constituir la piedra angular en la lucha contra el terrorismo en todas sus vertientes. Y la labor de interpretación y aplicación de la norma de los jueces y tribunales en estos ámbitos es esencial para asegurar el Estado de Derecho y los principios básicos de convivencia.

Miguel Á. ACOSTA SÁNCHEZ  
Universidad de Cádiz

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.68.1.2016.3a.03>

### **3.4. El derecho a la educación post-obligatoria de los extranjeros en España**

#### **DERECHO A LA EDUCACIÓN.—Educación post-obligatoria de los extranjeros mayores de edad.**

**Sentencia del Tribunal Constitucional 155/2015, de 9 de julio (BOE núm. 194, de 14 de agosto de 2015).** Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos.

1. El presente comentario trata sobre un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Navarra con relación al art. 9.2 de la LO 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEx), en

la redacción dada por la LO 2/2009, de 11 de diciembre. El TC desestima el recurso por entender que el precepto impugnado no prohíbe en modo alguno el acceso a la educación post-obligatoria de los extranjeros mayores de edad.

2. Para analizar la sentencia resulta obligado recoger el tenor literal del precepto impugnado. En concreto, el art. 9.2 de la LO 2/2009, de 11 de diciembre, dispone lo siguiente: «Los extranjeros mayores de dieciocho años que se hallen en España tienen derecho a la educación de acuerdo con lo establecido en la legislación educativa. *En todo caso*, los extranjeros *residentes* mayores de dieciocho años tienen el derecho a acceder a las demás etapas educativas post-obligatorias, a la obtención de las titulaciones correspondientes, y al sistema público de becas *en las mismas condiciones que los españoles*» (cursivas añadidas). La inconstitucionalidad del precepto reside, según el recurso, en que solo garantiza el derecho a la educación post-obligatoria a los extranjeros mayores de dieciocho años si son residentes en España. Así, el problema se suscita por la contradicción existente entre el art. 27.1 de la CE («Todos tienen derecho a la educación») y el art. 9.2 de la LO 2/2009 que reserva el acceso a la educación post-obligatoria a los mayores de dieciocho años que sean «residentes».

3. En el plano sustantivo, y a juicio del Parlamento de Navarra, que actúa como demandante, el tenor literal del precepto impugnado no prohíbe expresamente el derecho a la educación post-obligatoria de los extranjeros mayores de edad en situación de irregularidad, pero sí que lo hace indirectamente dado que incorpora un inciso relativo a la residencia. Es decir, aquel extranjero mayor de edad que no goce de la autorización de residencia se encuentra con la «sutil y eficaz prohibición» de acceder a la educación post-obligatoria. De esta manera, allí donde el legislador pretendía regular el derecho a la educación con vocación universal, cercena su ámbito de aplicación personal al vincular la titularidad del derecho a la residencia.

4. La demanda se apoya en la interpretación que el propio TC efectuó sobre el art. 27 de la CE con relación con el art. 13 de la CE (STC 236/2007, de 7 de noviembre). Tal sentencia declaró inconstitucional y nulo el inciso que reservaba la educación no obligatoria a los extranjeros residentes del art. 9.3 de la LO 4/2000, de 11 de enero, en la redacción dada por el art. 1.7 de la LO 8/2000, de 22 de diciembre. Desde entonces, según doctrina constitucional, el derecho del niño a ser escolarizado cubre tanto la enseñanza obligatoria como la no obligatoria, y ambas forman parte del contenido esencial del derecho a la educación.

5. A su vez, la demanda apela al derecho a la educación de toda persona que se halle bajo la jurisdicción del Estado, independientemente de su condición nacional o extranjera (en situación regular o irregular) y de la distinción entre los menores y los mayores de edad. Esto se deduce de la lectura del art. 27 de la CE interpretado a la luz del art. 26 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, del art. 2 del Protocolo adicional al CEDH y del art. 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).

6. Como tercer argumento, la Letrada del Parlamento de Navarra no encuentra fundamento constitucional alguno que permita excluir de la enseñanza post-obligatoria a los extranjeros no residentes dado que precisamente el derecho a la educación es considerado indispensable para el desarrollo de la dignidad (arts. 10.1 y 13 de la CE).

7. El Abogado del Estado solicita la desestimación del recurso de inconstitucionalidad sobre la base de dos grandes consideraciones. Critica que la base jurídica del recurso se reduzca casi exclusivamente a la citada STC 236/2007 dado que la LO 2/2009, de 11 de diciembre, cuyo precepto se pretende impugnar, se dicta, precisamente, con

la finalidad de adaptar los preceptos anulados a la jurisprudencia del TC. Pero no solo la apelación a la doctrina constitucional es desacertada por este motivo, sino que a ello se añade que la reforma de 2009 también tiene como fin acomodar la Ley de extranjería a varias Directivas europeas, entre ellas, la 2004/114/CE, de 13 de diciembre, que entre otras cuestiones, exige la autorización de estancia para acceder a los estudios post-obligatorios (Directiva del Consejo 2004/114/CE, de 13 de diciembre, relativa a los requisitos de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado).

8. Por todo ello, el Abogado del Estado considera que la residencia no condiciona la solicitud de acceso a los estudios post-obligatorios, sino que es una consecuencia de ello. La residencia se concede para estudiar, el propio acceso a los estudios post-obligatorios lleva a ella. El concepto de «residencia» del artículo impugnado responde a esta comprensión. En modo alguno se concibe como condición prohibitiva para quien no goza de ella.

9. Como advertimos al inicio, el TC desestima el recurso de inconstitucionalidad. Para empezar, la sentencia desmonta el primer argumento presentado por la parte recurrente en el que considera que es de aplicación directa la jurisprudencia iniciada con la STC 236/2007, de 7 de noviembre. En contra de la demanda, el TC estima inaplicable la doctrina constitucional referida dado que aquella se centra en el derecho a la educación no obligatoria de los extranjeros menores de edad. Es distinto el caso que ahora ocupa al Tribunal, es decir, el de los *mayores de edad* que pretenden realizar estudios *post-obligatorios*.

10. Una parte importante de la sentencia se dedica a analizar sintéticamente las sucesivas redacciones del artículo impugnado, y a explicar la tendencia legislativa en materia de educación y extranjería, lo que *a posteriori* resulta clave para entender la decisión tomada. Así las cosas, la LO 4/2000, de 11 de enero, aporta una doble diferenciación. Por un lado, distingue entre el derecho a la educación de los extranjeros menores y mayores de edad, y por otro lado, diferencia entre la enseñanza básica (obligatoria) y la educación no obligatoria (educación infantil y enseñanzas superiores a la básica). Posteriormente, la LO 8/2000 disgrega la educación infantil de la educación no obligatoria y respecto de los menores de seis años prevé que las Administraciones públicas garantizarán la existencia de plazas suficientes para asegurar la escolarización de la población que lo solicite (art. 9.2). La misma LO 8/2000 reserva el derecho a la educación de naturaleza no obligatoria a los «extranjeros residentes» en las mismas condiciones que los españoles (art. 9.3). Este último precepto fue el que el TC declaró inconstitucional por estimar que el término «residentes» incluido en el mismo vulneraba el art. 27.1 de la CE (STC 236/2007, de 7 de noviembre).

11. La vigente LO 2/2009 suprime la referencia a la educación infantil, que queda incluida en la regla general sobre el derecho a la educación de los menores de dieciséis años. Al mismo tiempo, reconoce el derecho a la enseñanza post-obligatoria de los extranjeros menores de dieciocho años (art. 9.1 de la LOEx). Con relación a los *extranjeros mayores de edad* que se hallen en España, en primer orden, la LOEx se remite a la legislación educativa, sin hacer alusión alguna a su situación de regularidad (art. 9.2 primer inciso). A continuación, establece que «en todo caso» los extranjeros residentes mayores de dieciocho años y los españoles pueden acceder a la educación post-obligatoria, a la obtención de sus titulaciones y al sistema público de ayudas «en las mismas condiciones» (art. 9.2 segundo inciso). La lectura que hace el TC pone el foco en los elementos alusivos a la no distinción entre españoles y extranjeros, sin detenerse en las implicaciones que la residencia pudiera tener (FJ 3).

12. En esta línea, el TC retoma un conjunto de sentencias (SSTC 86/1985, de 10 de julio; 212/2005, de 21 de julio, y la referida 236/2007, de 7 de noviembre) a la luz de las cuales la dimensión prestacional del derecho a la educación consagrado en el art. 27.1 de la CE no se limita a la educación básica, sino que se extiende a los niveles superiores. Esta interpretación viene acompañada, además, de la jurisprudencia del TEDH sobre el derecho a la educación (art. 2 del Protocolo adicional al CEDH), que lo identifica con aquel que abarca las distintas etapas de la enseñanza hasta alcanzar los estudios universitarios, en cuyo ámbito los poderes públicos disponen de un mayor margen de actuación (FJ 5) (podía haberse citado como ejemplo ilustrativo la STEDH *Leyla Sahin c. Turquía*, núm. 44774/98, de 29 de junio de 2004, párrs. 136-137).

13. En la dimensión internacional, la argumentación podría complementarse con una referencia a la Observación General núm. 13 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que a la hora de interpretar el art. 13.2 del PIDESC relativo al derecho a la educación («la enseñanza superior debe hacerse, igualmente, accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno»), insiste en el principio de no discriminación e igualdad de trato (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General núm. 13, *El derecho a la educación*, 8 de diciembre de 1999, E/C.12/1999/10, párrs. 6 y 31-37).

14. El FJ 6 de la sentencia es el más tajante en la medida en que desecha la interpretación efectuada por la parte recurrente y explica que del art. 9.2 de la LOEx no se desprende una exclusión directa del derecho a la educación post-obligatoria de los extranjeros mayores de edad no residentes. Al contrario, cuando el art. 9.2 de la LOEx prevé que «en todo caso los extranjeros residentes mayores de dieciocho años tienen el derecho a las demás etapas educativas», equipara de manera plena a extranjeros y españoles.

15. El TC aporta un argumento definitivo inspirado en la coherencia entre el precepto impugnado y otros artículos de la misma LOEx. Así, esta prevé que los extranjeros pueden encontrarse legalmente en España en situación de «residencia» o en situación de «estancia» (Capítulo II de la LO 2/2009, de 11 de diciembre). Añade el TC que, precisamente, los extranjeros que se hallan en España por estudios habitualmente tienen un permiso de «estancia» sin ser residentes (art. 33 de la LOEx).

16. A lo sumo, el art. 9.2 de la LOEx admite que una eventual legislación educativa podría incluir condiciones diferenciadas para los extranjeros mayores de edad que pretendan acceder a las enseñanzas post-obligatorias. Si esto ocurriera, entonces sí que el TC entraría a analizar la constitucionalidad de la nueva ley. Ahora bien, dado el vacío legislativo en la vigente normativa educativa, el TC no puede acreditar por el momento que existan condiciones legales para declarar la inconstitucionalidad del precepto (FJ 6).

17. La sentencia cuenta con dos Votos concurrentes, uno de ellos formulado por el Magistrado don Andrés Ollero y el otro formulado por el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos, al que se adhieren la Magistrada doña Adela Asúa y el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré.

18. En lo que se refiere al primer voto concurrente, en palabras del Magistrado Andrés Ollero, la argumentación del Tribunal adolece de una «notable sobrecarga normativista» que ignora el papel de los principios en la interpretación de la CE. Defiende que la ausencia de desarrollo legislativo no implica necesariamente que el régimen adolezca de defectos, sino que puede responder a una postura adoptada voluntariamente por el legislador. Rechaza la idea de que la «legislación negativa» se

transforme en un «derecho con contenido positivo». En esta línea, el magistrado apela al empleo de los principios para interpretar la CE y para delimitar los perfiles de los derechos económicos, sociales y culturales, entre ellos, el derecho a la educación. Esta lectura le lleva a resaltar la dimensión prestacional del derecho, más que en su rasgo universal.

19. El segundo voto concurrente es el aportado por el Magistrado Xiol Ríos, que a su vez es el ponente de la resolución examinada. En primer término, explica que la sentencia es el resultado del consenso alcanzado en el seno del TC como «mínimo irrenunciable» para dar salida a la petición solicitada por el Parlamento de Navarra. En sus palabras, la sentencia salvaguarda el derecho a la educación post-obligatoria de los extranjeros mayores de dieciocho años no residentes. Esto se debe a que no existe legislación educativa que establezca condiciones diferenciadas de trato, de ahí que sean de aplicación *directa* los arts. 27 y 14 de la CE en virtud de los cuales el trato dispensado a los extranjeros no residentes debe ser el mismo que aquel otorgado a los españoles y extranjeros residentes. Solo en el caso de que se desarrollaran normativamente las condiciones diferenciadas de trato, estas podrían presentarse ante el TC para que determine si son acordes con el orden constitucional (se remite al FJ 6 de la sentencia). Por el momento, no existe desarrollo normativo y, en consecuencia, no pueden observarse limitaciones ni prohibiciones. El voto no puede ser más pragmático y elocuente.

20. Ahora bien, cabe añadir que, si finalmente se desarrollara una normativa educativa estableciendo condiciones de trato diferentes y esta fuera recurrida, la presente sentencia ofrece la respuesta cuando afirma que el término «en todo caso» del art. 9.2 de la LOEx quiere expresar también «con independencia de lo regulado en las leyes educativas» (FJ 6). La sentencia toma en consideración la referencia explícita del legislador a la expresión «en todo caso» para priorizar tal extremo frente a posibles regulaciones del legislador sectorial del ámbito educativo, con lo cual consigue blindar el derecho a la educación como bien jurídico a proteger frente a cualquier otra contingencia de ámbito menor, como pudiera ser el de la residencia. La hipótesis que plantea el TC sirve fundamentalmente para sortear una respuesta más tajante, más directa y más clara o para aplazarla si se diera el caso.

21. Por otro lado, de acuerdo con la argumentación del magistrado, se admite que desde el momento en el que existiera una legislación educativa al respecto, prevalecería esta sobre los arts. 27 y 14 de la CE. *A sensu contrario*, ¿queda relegada la aplicación de los arts. 27 y 14 de la CE ante la ley orgánica? ¿O la CE sería de aplicación *indirecta* dado que en la sentencia se refiere de manera expresa a su «aplicación *directa*»?

22. La línea argumental, a nuestro juicio, no ha de centrarse tanto en la existencia o no de una eventual legislación educativa que regule el derecho de los extranjeros mayores de edad. La cuestión planteada es si el inciso relativo a la «residencia» figura en la LO 2/2009 como condición previa al acceso a los estudios post-obligatorios, o como referencia genérica en alusión a la entonces vigente LO 2/2006, de 3 de mayo, de educación, y a las Directivas europeas, entre ellas, la 2004/114/CE, de 13 de diciembre. Del propio precepto impugnado se pueden hacer interpretaciones no tan minimalistas como la efectuada, que solo se explica por las opiniones «encontradas» en el seno del TC y la tensión que se trasluce de la sentencia y de los votos particulares. El derecho a la educación puede ser observado por el TC como un derecho en su máxima expresión, accesible, disponible y adaptable [ABRISKETA, J., «El derecho a la educación y los derechos en la educación en España», en REY, F. (dir.), *Los Derechos Humanos*

en España: un balance crítico, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 309-340]. La tarea, en este caso, no es solo del legislador, sino también del juzgador, que elude incidir con rotundidad en la función de tutela que le corresponde. Aún subsiste la pregunta: ¿hasta qué punto el derecho a acceder a la educación post-obligatoria está desligado del previo permiso de residencia? ¿Es la residencia una condición previa, posterior o simultánea al acceso a la educación?

23. En cualquier caso, la LO 8/2013, de 9 de diciembre, para la Mejora de la Calidad Educativa (LOMCE) no hace alusiones a este respecto. Los recursos pendientes ante el TC obedecen a otro tipo de razones: la invasión de competencias de las Comunidades Autónomas, la contradicción entre el carácter aconfesional del Estado y lo dispuesto en la LOMCE y la eliminación de la asignatura Educación para la Ciudadanía, entre otros motivos.

24. La forma y la honda significación de la sentencia reflejan las contradicciones internas entre quienes sencillamente no encuentran razones suficientes para declarar inconstitucional el precepto y quienes querrían haber ido más allá en la interpretación del derecho a la educación post-obligatoria de los extranjeros mayores de edad.

25. En conclusión, la sentencia analizada no solo aporta una clave de interpretación «en diferido» sobre el alcance del derecho a la educación post-obligatoria para los extranjeros mayores de edad, sino que también representa un instrumento sobre el que formularse preguntas a las que la misma no ha podido dar respuesta al objeto de alcanzar un consenso de mínimos en el seno de nuestro Tribunal Constitucional.

Joana ABRISKETA

Universidad de Deusto

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.68.1.2016.3a.04>

### 3.5. Delito de injurias a la Corona: los límites al ejercicio legítimo de la libertad de expresión y la libertad ideológica

**INJURIAS A LA CORONA.—Derecho a la libertad de expresión.—Derecho a la libertad ideológica.—Jurisprudencia del TEDH.—«Discurso del odio».**

**Sentencia del Tribunal Constitucional 177/2015 (Pleno), de 22 de julio (BOE núm. 200, de 21 de agosto de 2015).** Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos. Votos Particulares: Adela Asúa Batarrita con adhesión de Fernando Valdés Dal-Ré; Encarnación Roca Trías; Juan Antonio Xiol Ríos.

1. La sentencia dictada por el Pleno del TC, en fecha 22 de julio de 2015, resuelve un recurso de amparo presentado contra la Sentencia de la Sala de lo Penal de la AN, de 5 de diciembre de 2008, la cual desestimaba el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia del Juzgado Central Penal de la AN, de 9 de julio de 2008, por el que se condenaba a los recurrentes por un delito de injurias a la Corona, tipificado en el art. 490.3 del CP. En la sentencia de cuyo comentario nos ocuparemos en las páginas siguientes, se examina la posible vulneración de los derechos fundamentales a la libertad de expresión y a la libertad ideológica de los recurrentes, a fin de determinar si la conducta enjuiciada —la quema pública de una fotografía de los reyes en el curso de una concentración antimonárquica que tuvo lugar, en 2007, en Gerona— constituye un ejercicio legítimo de tales derechos o bien sobrepasa los límites amparados por los derechos mencionados, lesionando, por tanto, el honor de la institución de la Corona.

2. La relevancia del Derecho internacional en el pronunciamiento objeto de atención es patente al invocarse disposiciones del CEDH referidas a los derechos fundamentales cuya violación se examina, y fundamentar extensamente el TC su argumentación en un amplio número de sentencias del TEDH en relación con los mismos, argumentación que conduce al Tribunal a desestimar el amparo solicitado. La sentencia se acompaña de tres Votos Particulares que consideran la conducta de los recurrentes amparada por la Constitución española y, más específicamente por el derecho a la libertad de expresión (en el caso de los Votos presentados por Adela Asúa y Juan Antonio Xiol) y por la libertad ideológica (en el caso del Voto particular formulado por Encarnación Roca), los cuales se fundamentan también en jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo.

3. Los hechos que dan lugar a la condena de los recurrentes parten de la manifestación celebrada el 13 de septiembre de 2007 con motivo de la visita del Rey Don Juan Carlos a la ciudad de Gerona, que iba encabezada por una pancarta en la que se leía «300 años de Borbones, 300 años combatiendo la ocupación española». En el curso de la concentración que siguió a dicha manifestación, los dos recurrentes, portando el rostro tapado, quemaron una fotografía de los reyes, colocada boca abajo en el centro de la plaza del Vino de la ciudad, tras rociarla con líquido inflamable. Como se ha indicado, el Juzgado Central de la AN condenó a los acusados, por un delito de injurias a la Corona (art. 490.3 del CP), previsto en el Capítulo II «Delitos a la Corona» del Título XXI del CP relativo a los «Delitos contra la Constitución», a una pena de 15 meses de prisión, sustituida por multa de 30 meses que ascendió a 2.700 euros. Los recurrentes interpusieron un recurso de apelación contra dicha sentencia por vulneración de la libertad de expresión en relación con la libertad ideológica, consagradas en los arts. 20.1.a) y 16.1 de la CE, respectivamente, recurso que fue desestimado por la Sala de lo Penal de la AN. En su sentencia, la AN entendió que los hechos enjuiciados excedían del ejercicio legítimo de la libertad de expresión, constituyendo la conducta una acción innecesaria para defender la opinión de los concentrados y formalmente injuriosa por el contexto en el que se había producido.

4. Los demandantes denuncian, en su recurso de amparo, la vulneración de sus derechos fundamentales a la libertad ideológica (art. 16.1 de la CE) y a la libertad de expresión [art. 20.1.a) de la CE]. Respecto de la primera, alegan que no tiene más limitación que la necesaria para el mantenimiento del orden público y que las sentencias recurridas se han apartado de la doctrina constitucional para detenerse más en los límites de los derechos fundamentales que en el contenido constitucionalmente protegido de los mismos y así sancionar su opción ideológica contraria a la Monarquía. En relación con la libertad de expresión, entienden que su conducta no implicó ningún menosprecio vejatorio contra los reyes, menos aún «si se tiene en cuenta el contexto de reivindicación o contestación política en contra de la Monarquía en el que se produjo y la condición político-pública de la institución monárquica que resulta, en consecuencia, más permeable a la crítica». Invocan, en este sentido, soluciones seguidas por otros Tribunales Constitucionales, como el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América en sentencias dictadas en casos como *Texas v. Johnson* de 1989, por la que se anuló la condena penal impuesta por la quema de una bandera americana al considerar la conducta amparada por la libertad de expresión. El Ministerio Fiscal, por su parte, se opone a la estimación del amparo, particularmente porque la condena penal de los recurrentes no se fundó en su ideología antimonárquica, sino en el modo en que la manifestaron externa y públicamente, excediendo los límites del ejercicio de la libertad de expresión.

5. En la fundamentación jurídica de su pronunciamiento, el TC decide partir del contenido de la libertad de expresión, recordando su jurisprudencia previa y refiriéndose ampliamente a sentencias del TEDH relativas al art. 10 del CEDH. Así, se recuerda que la libertad de expresión no solo sirve para difundir ideas u opiniones «consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que contrarían, chocan o inquietan al Estado o a una parte cualquiera de la población» (STEDH de 24 de febrero de 1997, *De Haes y Gijssels c. Bélgica*). Dado que nuestro sistema no es el de un modelo de «democracia militante» que imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento constitucional, el TC recuerda que la libertad de expresión resulta especialmente valiosa cuando es ejercida por una persona elegida por el pueblo en representación de sus electores, permitiéndosele, sin perjuicio del deber de respetar la dignidad, reputación y derechos de terceros, «recurrir a una cierta dosis de exageración, o incluso de provocación, es decir, de ser un tanto inmoderado en sus observaciones», tal y como afirmó el TEDH en el caso *Otegi c. España*.

6. En efecto, la STEDH de 15 de marzo de 2011, dictada en el caso *Otegi c. España*, es profusamente citada en la sentencia objeto de nuestro comentario. Para el TC, dicho asunto, en el que el TEDH entendió que la conducta del recurrente quedaba amparada por el derecho a la libertad de expresión, no es comparable al caso que ahora enjuicia. En aquel asunto, Otegi era un representante electo, formaba parte de un grupo parlamentario —concretamente, portavoz del grupo parlamentario *Sozialist Abertzaleak*, antiguo EH, del Parlamento Vasco— y expresó su opinión sobre un asunto sujeto al debate político, refiriéndose, aunque de manera provocativa y exagerada, a una cuestión de interés público en el País Vasco —como eran las declaraciones realizadas por el Sr. Otegi en las que consideraba al rey responsable de las torturas supuestamente producidas en la detención de los responsables del diario *Euskalunon Egunkaria*—, circunstancias que, según el TC, no se dan en el presente caso. Procede hacer notar, no obstante, que el TC no parece apartarse de manera relevante de los principios que inspiran la jurisprudencia de Estrasburgo en relación con la libertad de expresión en general y respecto del caso *Otegi c. España* en particular, sino que las grandes diferencias se aprecian más bien en la interpretación de los elementos fácticos y circunstanciales de los asuntos, lo que puede conducir a decisiones contrapuestas (en un sentido similar y para un comentario, véase SOTO GARCÍA, M., «TEDH - Sentencia de 15.03.2011, *Otegi Mondragón c. España*, 2034/07. Los límites de la libertad de expresión en el debate político», *RDCE*, vol. 42, 2012, pp. 575-591).

7. El derecho a la libertad de expresión no es, sin embargo, absoluto, como queda puesto de manifiesto tanto en el art. 20.4 de la CE como en el art. 10.2 del CEDH. Conforme a este último, nótese que las injerencias permitidas al ejercicio de la libertad de expresión deberán estar previstas por la ley y ser necesarias, en una sociedad democrática, para proteger intereses legítimos tales como, por ejemplo, la defensa del orden, la prevención del delito, la protección de la reputación o de los derechos ajenos; excepciones que, en todo caso, deben ser interpretadas restrictivamente. A estos efectos, el TC recuerda, remitiéndose nuevamente a la jurisprudencia de Estrasburgo, que puede resultar necesario, en atención a la tolerancia y respeto a la dignidad como fundamentos de una sociedad democrática, «sancionar e incluso prevenir todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia» (STEDH de 16 de julio de 2009, *Féret c. Bélgica*). De este modo, el TC introduce en su sentencia el denominado «discurso del odio» como límite de la libertad de expresión que justificará la desestimación del recurso de amparo. En todo caso, la exigencia de extremo rigor resulta indispensable en la ponderación de los límites a la libertad de expresión, de tal modo que el Derecho penal no se convierta

en un factor de disuasión de su ejercicio, algo indeseable en un Estado democrático (STEDH de 23 de abril de 1992, *Castells c. España*).

8. Pues bien, el TC entra a valorar si la quema de una fotografía de los reyes en el contexto en que esta se produjo constituye un ejercicio legítimo de la libertad de expresión o si, por el contrario, la conducta enjuiciada presenta un contenido intrínsecamente injurioso y vejatorio que excede de los límites de dicha libertad. Para ello, parte de subrayar la protección jurídica reforzada que recibe la Corona en nuestro Código Penal, al constar el delito de injurias contra la misma entre los delitos contra la Constitución y no entre los delitos contra el honor, de modo que el bien jurídico protegido —señala el TC— sea el mantenimiento del orden político, además del honor y dignidad del monarca siempre que la ofensa se relacione con el ejercicio de sus funciones. En este sentido, se recuerda, no obstante, como hacía el TEDH en el caso *Otegi c. España*, que el hecho de que el monarca ocupe una posición de neutralidad y «no esté sujeto a responsabilidad» no implica un obstáculo al debate sobre su posible responsabilidad institucional o simbólica.

9. En este punto relativo a la crítica política hacia las instituciones públicas, cabe destacar —como hiciera la STEDH en el caso *Otegi c. España*— otros textos internacionales, particularmente del Consejo de Europa, tales como la Declaración sobre la libertad del discurso político en los medios de comunicación, adoptada el 12 de febrero de 2004 por el Comité de Ministros, en la que se afirma que las instituciones y órganos del Estado «pueden ser objeto de críticas en los medios de comunicación. Debido a su posición preeminente, estas instituciones no deberían ser protegidas como tales por el Derecho penal contra las declaraciones difamatorias o que insultan. No obstante, cuando estas instituciones se beneficien de tal protección, esta protección debería aplicarse de manera muy restrictiva evitando, en todos los casos, que pudiera utilizarse para que se limite la libertad de crítica». Asimismo, la Resolución núm. 1577 (2007) de la Asamblea Parlamentaria «Hacia una despenalización de la difamación» invita a los Estados «a excluir de su legislación relativa a la difamación cualquier protección reforzada de las personalidades públicas, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal». Precisamente en relación con el art. 490.3 del CP, se ha pronunciado el TEDH, considerando que una disposición que concede al jefe del Estado un nivel de protección más elevado que a otras personas o instituciones respecto de la difusión de información u opiniones y que prevé sanciones más graves para los autores de declaraciones injuriosas no se ajusta, en principio, al espíritu del Convenio (*Otegi c. España*, párr. 55), como ya había afirmado el TEDH en su Sentencia *Colombani* respecto de jefes de Estado extranjeros (STEDH de 25 de junio de 2002, caso *Colombani c. Francia*) y en *Artun y Givener* respecto del jefe de Estado propio (STEDH de 26 de junio de 2007, *Artun y Givener c. Turquía*). En todo caso, cabría cuestionar la pertinencia de este reproche a nuestro ordenamiento jurídico por cuanto que el nivel de protección del jefe del Estado no es superior en la medida en que la definición de los elementos del tipo no varían entre el art. 490.3 y los arts. 208 y ss. del CP, aplicables a cualquier ciudadano, si bien la sanción penal sí resulta un tanto más elevada por lo que se refiere específicamente a las injurias a la Corona. Las anteriores consideraciones, aunque acogidas en cierta medida en los Votos Particulares (especialmente en el formulado por el Magistrado Juan Antonio Xiol) no son, sin embargo, tomadas en cuenta por la sentencia del Pleno. En su lugar el TC entiende que, si bien las críticas a las instituciones públicas reflejan la participación política de los ciudadanos, la inmunidad frente a restricciones del poder público «no resulta predicable cuando lo expresado, aun de forma simbólica, solamente trasluce ultraje o vejación», incitando incluso al odio hacia la institución en cuestión y la persona que la representa.

10. Precisamente en relación con el «discurso del odio», es de destacar cómo el TC asume que sus manifestaciones son las relacionadas con las condiciones étnicas, religiosas, culturales o sexuales de las personas, pero considera que el discurso fóbico también se muestra en los casos en que se pretende «fomentar el rechazo y exclusión de la vida política, y aun la eliminación física, de quienes no comparten el ideario de los intolerantes». Por ello, para la mayoría del Pleno, la quema de la fotografía «traslada la idea de que los monarcas deben ser ajusticiados» y «comporta una incitación a la violencia contra la persona y la institución que representa, fomenta sentimientos de agresividad contra la misma y expresa una amenaza», lo que se ve agravado por el carácter premeditado del comportamiento y la orientación a mostrar el mayor grado de hostilidad hacia la Corona.

11. Es precisamente la argumentación del TC relativa al «discurso del odio» la que suscita, en gran medida, la discrepancia de los magistrados que formulan Votos Particulares a la sentencia aquí comentada. En efecto, resulta relevante destacar, a nuestro entender, cómo los Magistrados Asúa y Xiol centran su argumentación en rechazar la argumentación del TC basada en el «discurso del odio» por considerar que lo banaliza, distorsionando de modo peligroso su alcance. A estos efectos, encontramos en sus Votos discrepantes referencias abundantes a la jurisprudencia del TEDH, en gran parte previamente citada en la sentencia, pero también a otros instrumentos internacionales como la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial de 1965 o la Recomendación núm. R (97) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, en las que pueden hallarse las primeras referencias al «discurso del odio» como límite de la libertad de expresión. Esta última define el «discurso del odio» como toda «forma de expresión que propague, incite, promueva o justifique el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia, incluida la intolerancia expresada por agresivo nacionalismo y el etnocentrismo, la discriminación y la hostilidad contra las minorías, los inmigrantes y las personas de origen inmigrante». En consecuencia, argumenta la Magistrada Adela Asúa en su Voto Particular que equiparar el discurso antimonárquico con el «discurso del odio» revela «una lamentable utilización de conceptos acuñados sobre realidades dramáticas que en modo alguno admiten comparación con los insultos a una institución»; mientras que, para el Magistrado Juan Antonio Xiol, se produce una banalización del «discurso del odio», al no darse las notas que, según la jurisprudencia del TEDH y del propio TC, permiten calificar un acto como tal, esto es, que suponga una incitación directa a la violencia y que se dirija contra los ciudadanos en general o contra determinadas razas, creencias o actitudes vitales en particular (SSTEDH de 4 de diciembre de 2003, *Günduz c. Turquía*, y de 6 de julio de 2006, *Erbakan c. Turquía*, citadas en la STC 235/2007). Este último Voto Particular se refiere también a la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, dictada en los casos *Fáber c. Hungría*, de 24 de julio de 2011; *Murat Vural c. Turquía*, de 21 de octubre de 2014; o *Christian Democratic People's Party c. Moldavia*, de 2 de febrero de 2010, en los que el TEDH estimó que las conductas enjuiciadas no podían considerarse manifestaciones del discurso del odio; el último de los casos citados se relacionaba precisamente también con la quema de retratos de representantes políticos institucionales y banderas.

12. Una vez descartado por el TC que nos halleemos ante el ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión, la sentencia aquí comentada prosigue con el análisis de la posible vulneración de la libertad ideológica de los recurrentes (art. 16.1 de la CE), dado que estos entienden que la condena penal implica un castigo por la expresión pública de sus convicciones antimonárquicas. Tras recordar que este

derecho fundamental no se agota en su dimensión interna sino que comprende una importante dimensión externa de manifestación cuyas únicas limitaciones se refieren a las necesarias para el mantenimiento del orden público, el TC entiende que el reproche penal de las sentencias recurridas no provoca el efecto disuasorio respecto de la exteriorización de un credo político, sino que la condena se relaciona exclusivamente con el «tratamiento de incitación al odio y a la exclusión de un sector de la población mediante el acto de que fueron objeto los retratos oficiales de los reyes». En cuanto a la limitación relativa al mantenimiento del orden público, se vuelve a remitir a la jurisprudencia de Estrasburgo para afirmar que la acción enjuiciada pudo generar reacciones violentas «incompatibles con un clima social sereno y minar la confianza en las instituciones democráticas» (STEDH, *Feret c. Bélgica*, ya citada) o avivar el sentimiento de desprecio o incluso de odio hacia la Monarquía exponiendo a los reyes «a un posible riesgo de violencia» (STEDH de 8 de julio de 1999, *Sürek c. Turquía*), teniendo en cuenta que «la incitación al odio no requiere necesariamente el llamamiento a tal o cual acto de violencia ni a otro acto delictivo» (STEDH, *Feret c. Bélgica*). A este respecto, se pronuncia también en contra el Magistrado Juan Antonio Xiol, pues afirma que, al defenderse en la sentencia que la incitación a la violencia y la expresión de una amenaza al rey legitiman la injerencia en las libertades de los recurrentes, no sería de aplicación el delito de injurias a la Corona del art. 490.3 del CP, sino más bien el art. 490.2 del CP que castiga las amenazas al rey y sus familiares.

13. Por último, en la sentencia que comentamos, se hace especial mención también a la doctrina del TEDH (de nuevo, principalmente por remisión a *Otegi c. España*) en relación con la pena concreta a la que se condena a los recurrentes. Así, la imposición de penas de prisión solo resultaría compatible con la libertad de expresión del art. 10.1 del CEDH en circunstancias excepcionales, tales como el caso de autos en que, según el TC, se lesionan gravemente otros derechos fundamentales como consecuencia del discurso de odio o de incitación a la violencia (esta salvedad a la no aplicación de penas de prisión por difamaciones o insultos consta también en la Declaración sobre la libertad de discurso político en los medios de comunicación, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, antes citada). El hecho de que la pena de prisión fuera sustituida por una multa es considerado proporcionado por el TC, ya que esta última, si bien no elimina la inscripción de la condena penal en el Registro de antecedentes penales, sí mitiga los efectos de la condena.

14. En suma, nos hallamos ante una sentencia no exenta de controversias, en la que se aborda, una vez más, el ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión y sus delicados límites, especialmente los relacionados con el «discurso del odio» o la incitación al uso de la violencia. Tanto la mayoría del Pleno como los magistrados que suscriben los Votos Particulares parecen estar de acuerdo en los principios bien asentados que rigen en la materia, incluyendo la trascendental doctrina emanada de Estrasburgo que sirve de fundamento a sus argumentaciones. Son, sin embargo, la complicada subsunción de los hechos y la interpretación del contexto las que generan importantes discrepancias sobre las que probablemente se pronuncie nuevamente el TEDH.

Paula GARCÍA ANDRADE  
Universidad Pontificia Comillas  
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.68.1.2016.3a.05>

### 3.6. Denegación de acercamiento de presos que no vulnera derechos fundamentales reconocidos en normas internacionales, especialmente el derecho a la vida familiar

**ACERCAMIENTO DE PRESOS.—Derecho a la vida familiar.—Reeducación y reinsertión social.—Convenio Europeo de Derechos Humanos.—Jurisprudencia del TEDH.**

**Auto de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 1.ª), de 29 de octubre de 2015 (ROJ: AAN 199/2015 - ECLI: ES:AN:2015:199A).** Ponente: Fernando Grande-Marlaska Gómez. Voto particular: Ramón Sáez Valcárcel.

**Referencia Centro de Documentación Judicial (Id. Cendoj) 28079220012015200002.**

1. El auto de la Sala de lo Penal de la AN que nos ocupa se refiere a una denegación de traslado de centro penitenciario a un preso perteneciente a la banda terrorista ETA. Se ubica dentro de la petición hecha en los últimos meses por varios de estos presos, quienes buscan acercarse a cárceles de País Vasco y Navarra tras la política de dispersión carcelaria aplicada sobre este colectivo. En concreto, el auto al que nos referimos resuelve un recurso de apelación contra un auto del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria que desestimaba un recurso de reforma formulado por un interno contra un Acuerdo de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias que, a su vez, denegaba su traslado a un centro penitenciario alavés. Tanto el recurrente como los magistrados que dictan el auto y el voto particular se refieren e interpretan varias normas internacionales relativas a los derechos de los internos penitenciarios y, en especial, el CEDH y la jurisprudencia del TEDH relativos al derecho a la vida familiar de tales internos.

2. El preso fundamenta su recurso en la vulneración de varios derechos fundamentales: el derecho de comunicaciones y visitas, el derecho de defensa y asesoramiento jurídico, el derecho de asistencia médica, y el derecho a la cultura y a la educación. Ante ello, la AN examina la competencia del juez de Vigilancia Penitenciaria en materia de traslados, la posible vulneración de tales derechos y la relación entre la finalidad de las políticas de alejamiento de presos y su reinserción social a la luz de la normativa y jurisprudencia nacional e internacionales aplicables.

3. En cuanto a la competencia del juez de Vigilancia Penitenciaria en materia de traslados, el auto recuerda, a través de la cita de sentencias del TC (STC 138/1986), del TS (STS de 5 de diciembre de 1986) y del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción (4/1995, 18/1998, 3/2002, 4/2004 y 10/2012), que la Administración Penitenciaria es la competente para resolver tanto sobre el destino inicial como por traslado de los internos [art. 79 de la Ley Orgánica General Penitenciaria (LOGP) y art. 31 del Reglamento Penitenciario], sin perjuicio del control jurisdiccional ordinario —contencioso-administrativo— al que están sometidos los actos administrativos. Del mismo modo, el juez de Vigilancia Penitenciaria no puede interferir en el ejercicio de esa competencia, pero sí y de forma excepcional, anteponer a ella su jurisdicción para salvaguardar los derechos fundamentales y beneficios penitenciarios del interno afectado (art. 76 de la LOGP).

4. Sobre la alegada vulneración de los derechos fundamentales, el auto sostiene en primer lugar y sobre la base del art. 76 de la LOGP, el art. 25.2 de la CE y su interpretación realizada por sentencias como la STC 28/1998, de 23 de febrero y la STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 8 de marzo de 2013, que: «No

se reconoce en nuestro ordenamiento jurídico un derecho subjetivo a favor de los internos y presos para el cumplimiento de sus condenas en centros penitenciarios cercanos a la localidad de su entorno familiar y afectivo; corresponde a la Administración Penitenciaria decidir en cada caso atendiendo a las circunstancias concretas de la organización penitenciaria y personales del penado, pues no puede olvidarse que el cumplimiento de la condena impone un tratamiento individualizado». En relación con las otras violaciones de derechos fundamentales alegadas por el recurrente y teniendo en cuenta las pruebas que existen en el caso sobre las comunicaciones mantenidas con familia, amigos y letrados, la asistencia médica recibida y las actividades formativas tomadas, la sala considera que no se han afectado tales derechos que el preso estima violados.

5. El auto reflexiona a continuación sobre la finalidad de reinserción de las penas, que puede motivar un traslado si el cumplimiento de la pena en un centro penitenciario favorece o se dirige a tal fin. Sin embargo, señala que puede darse también la situación inversa, especialmente en el caso de los internos condenados por delitos de terrorismo o relacionados con ETA sobre quienes, como en este caso, no consta su desvinculación con dicha organización, de modo que la rotura de tales vínculos es precisamente la que persigue o conlleva su reinserción. Destaca además que en los convenios internacionales en materia de terrorismo no se prevé nada en relación con el acercamiento de presos condenados por estos delitos. Tampoco considera violado el principio 20 de la Resolución 43/173 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 9 de diciembre de 1988, alegada expresamente por el recurrente. Este principio establece que, si lo solicita la persona detenida o presa, será mantenida, en lo posible, en un lugar de detención o prisión situado a una distancia razonable de su lugar de residencia habitual. Sin embargo, no habría sido vulnerado en este caso porque la imposibilidad del acercamiento en casos como el que nos ocupa tiene, en opinión de la sala, una «base legal ampliamente consolidada».

6. En relación con la jurisprudencia del TEDH, dicho Tribunal ha abordado en varias ocasiones el derecho a la vida familiar de los internos penitenciarios (véanse, entre otras, SSTEDH de 18 de abril de 2006 y 4 de diciembre de 2007: casos *Dickson c. Reino Unido*; y STEDH de 20 de mayo de 2008: *Ferla c. Polonia*). En el caso concreto que nos ocupa, el recurso se refiere a dos sentencias —SSTEDH de 25 de octubre de 2013, *Khodorkovshiy y Lebedev c. Rusia*; y de 23 de octubre de 2014, *Vintman c. Ucrania*— que señalan que la determinación del destino de los internos en prisión debe respetar su derecho fundamental a la vida privada y familiar; existiendo el derecho de los presos a cumplir la condena cerca de sus domicilios porque así lo exige el derecho a la vida familiar. En este sentido, cabe recordar que el art. 8 del CEDH contiene un derecho a la vida familiar con un contenido «notablemente ampliado» respecto al derecho más tradicional a la intimidad familiar tal y como se configura en la mayoría de las constituciones nacionales, incluida la española [véase SANTOLAYA MACHETTI, P., «El derecho a la vida privada y familiar (un contenido notablemente ampliado del derecho a la intimidad)», en GARCÍA ROCA, J. y SANTOLAYA MACHETTI, P. (coords.), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, 3.<sup>a</sup> ed., Instituto de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, pp. 429-449]. No obstante, para los magistrados que subscriben este auto, existen motivos que pueden justificar que se asignen presos a otros destinos, como la necesidad de evitar hacinamientos o garantizar la disciplina adecuada y que también han sido reconocidos en la citada jurisprudencia del TEDH. Argumentan, además, que a ellas habría que añadir, cuando se trata de delincuencia organizada o de terrorismo, como en este caso, otras derivadas de la necesidad de evitar una excesiva concentración de miembros de la misma orga-

nización en un mismo centro penitenciario, cuando ello pueda servir para que se siga ejerciendo desde la organización un control de sus miembros; el respeto a la dignidad de las víctimas; la seguridad de los funcionarios de las instituciones penitenciarias; o el propio derecho a la resocialización de los internos que manifiestan una voluntad de apartarse de la organización terrorista. En este sentido recuerdan que la política de dispersión de presos tiene como finalidad principal, precisamente, la de romper los lazos de los miembros con la organización terrorista y con los colectivos afines, facilitando el abandono de tal organización y, eventualmente, su reinserción social. Concluyen así de forma tajante que «la opción relativa al acercamiento de los presos de la banda terrorista ETA a centros penitenciarios de País Vasco y Navarra, es una alternativa de política criminal que en último caso corresponde decidir al Gobierno de la Nación, en el ámbito de su discrecionalidad reglada, no teniendo este Tribunal competencia al respecto, al no haberse producido vulneración alguna de derechos fundamentales del interno recurrente», por lo que desestiman el recurso.

7. Por el contrario, el Magistrado Ramón Sáez Valcárcel considera en su voto particular que la sala debió estimar el recurso y reconocer el derecho del interno a ser ubicado en centro penitenciario lo más próximo posible a su domicilio familiar. Para ello argumenta, en primer lugar, que el cumplimiento de las penas de prisión lo más cerca posible del domicilio familiar forma parte de los derechos del recluso y se encuentra íntimamente relacionado con el principio resocializador. En segundo lugar, que la Administración Penitenciaria no cuenta, al contrario de lo que sostiene la mayoría de la sala, con cobertura legal para alejar de manera sistemática a una categoría de reclusos en atención a la naturaleza de delito. Se sirve en su argumentación en este sentido del principio de reinserción reconocido con carácter general en el art. 25.2 de la CE, de lo dispuesto tanto en la LOGP (arts. 12, 59.2 y 63) y el Reglamento Penitenciario (art. 3.3), como en instrumentos jurídicos internacionales como el art. 8 del CEDH; el apartado 17.1 de la Recomendación REC (2006) 2 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre reglas penitenciarias europeas; el art. 20 del Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, aprobados por la Resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988, de la Asamblea General; o el apartado 9 de las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos de las Naciones Unidas, aprobadas por las Resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977, del Consejo Económico y Social. En tercer lugar, el magistrado incide especialmente en la vulneración del derecho a la vida familiar de ese alejamiento de acuerdo con el CEDH y la jurisprudencia del TEDH y al que considera un auténtico «estándar mínimo europeo de un derecho fundamental del que es titular el condenado internado en un establecimiento penitenciario». Finalmente, considera al alejamiento incompatible con la libertad de la persona al estarse utilizando una noción de reinserción social que la Administración puede imponer contra la voluntad del condenado. Además, ese planteamiento obviaría también que, en ocasiones, el acercamiento a la familia y amigos puede convertirse en un mecanismo de conexión con una realidad social cambiante que rechace la violencia y favorezca efectivamente la reeducación y reinserción social.

8. Por tanto y paradójicamente, el CEDH y la jurisprudencia del TEDH han servido en este caso para fundamentar ambas posturas, la del auto y la del voto particular; es decir, a favor y en contra del acercamiento de presos etarras a cárceles de País Vasco y Navarra. Ambas posturas discrepan, al fin y al cabo, sobre si existe o no una base legal suficiente, incluida la proveniente del Consejo de Europa, que justifique tal política penitenciaria y que la mayoría de la sala interpreta de forma positiva al considerar que prevalece la interpretación que hacen de la finalidad de reeducación y

reinserción social del alejamiento sobre el derecho a la vida familiar de los internos. En cualquier caso, conviene señalar que las sentencias del TEDH citadas en el caso no se refieren a presos por causas terroristas.

Laura MOVILLA PATEIRO

Universidade de Vigo

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.68.1.2016.3a.06>

### 3.7. El principio de no regresión en el estándar de protección ambiental

**DERECHO INTERNACIONAL DEL MEDIO AMBIENTE.—Principio de no regresión en el estándar de protección ambiental.—Protección medioambiental.—Ley de Costas.—Zona marítimo-terrestre.—Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible («Río+20»).**

**Sentencia del Tribunal Constitucional 233/2015 (Pleno), de 5 de noviembre de 2015 (BOE núm. 296, de 11 de diciembre de 2015).** Ponente: Fernando Valdés Dal-Ré.

1. El 5 de noviembre de 2015, el Pleno del TC adoptó, por unanimidad, la sentencia mediante la cual ha resuelto estimar de forma parcial el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por 106 diputados del Grupo Parlamentario Socialista del Congreso de los Diputados contra determinadas disposiciones de la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de protección y uso sostenible del litoral y de modificación de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas.

2. En la sentencia objeto de atención en el presente comentario se cuestionaba la constitucionalidad de aquellos apartados de la Ley 2/2013 de protección y uso sostenible del litoral que habían modificado la Ley de Costas 22/1988 (BOE núm. 129, de 30 de mayo de 2013), y que suponían las innovaciones jurídicas introducidas por la reforma de la Ley de Costas realizada en el año 2013. En concreto, las disposiciones impugnadas eran: en primer lugar, el art. 1, apartados 2, 3, 10-12, y 39-41; en segundo lugar, el art. 2; en tercer lugar, las DDAA 2.<sup>a</sup>, 4.<sup>a</sup>, 5.<sup>a</sup>, 6.<sup>a</sup>, 7.<sup>a</sup> y 9.<sup>a</sup>; en cuarto lugar, la DT 1.<sup>a</sup>; y en quinto lugar, el Anexo de la Ley 2/2013. Con ello, se denunciaba la violación de tres preceptos constitucionales, a saber: el art. 132.2 de la CE relativo a los bienes de dominio público (que es parte del Título VII: Economía y Hacienda), el art. 45 de la CE sobre el medio ambiente y calidad de vida (que se incorpora en el Título I: De los derechos y deberes fundamentales, Capítulo III: De los principios rectores de la política social y económica), y el art. 9.3 de la CE referido a las garantías jurídicas (que es parte del Título preliminar de la CE).

3. En relación con ello, cabe señalar que la Ley 2/2013 —como, de hecho, lo fue en su momento también la antigua Ley 22/1988— está siendo muy controvertida, suscita muchos debates doctrinales y es, también, objeto de varios pronunciamientos judiciales pues toca muy de cerca aspectos que son vitales para la sociedad y economía española. Con este acto normativo, el Gobierno de España ha intentado dar respuesta a una serie de críticas y encontrar soluciones a varios conflictos suscitados por la aplicación de las disposiciones de la antigua Ley de Costas, vigente durante cinco lustros [véase SOBRINO HEREDIA, J. M., «L'aménagement du territoire maritime et la planification en droit espagnol», en BOILLET, N. (dir.), *L'aménagement du territoire maritime dans le contexte de la politique maritime intégrée. Actes du Colloque de Brest 9 et 10 octobre 2014*, París, Pedone, 2015, pp. 182-189. Para un estudio de la Ley 2/2013 nos

remitimos, también, a: MUÑOZ AMOR, M. M., «Comentario a la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de protección y uso sostenible del litoral y de modificación de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de costas», *Práctica urbanística*, 2013, núm. 123, pp. 50-60; y PÉREZ GÁLVEZ, J. F. y ALEMÁN MONTERREAL, A. (coords.), *Costas y urbanismo. El litoral tras la Ley 2/2013, de protección y uso sostenible del litoral y de modificación de la Ley de Costas*, Madrid, La Ley, 2013].

4. A nuestro entender, el TC analiza detalladamente las disposiciones impugnadas de la Ley 2/2013 en relación con los tres artículos de la CE mencionados, que se consideran vulnerados por las disposiciones controvertidas, para, luego, desestimar la mayor parte de las presuntas vulneraciones alegadas por la parte recurrente. Y, al hilo de la lectura de los argumentos y afirmaciones utilizadas en este asunto, estimamos que la problemática de las dunas, por un lado, y el principio de no regresión en el estándar de protección ambiental, por otro lado, representan las dos cuestiones que mayor interés despiertan a efectos de este comentario de la STC 233/2015.

5. En primer lugar, por lo que se refiere a la cuestión de las dunas, hay que mencionar que el art. 3 de la Ley 22/1988, de Costas, modificado por la Ley 2/2013, estipula que son considerados «bienes de dominio público marítimo-terrestre», en virtud del art. 132.2 de la CE, la ribera del mar y de las rías, el mar territorial y las aguas interiores, así como los recursos naturales de la zona económica exclusiva y la plataforma continental de España. Si bien en el caso del mar territorial, de las aguas interiores, y de los recursos naturales de la zona económica exclusiva y de la plataforma continental existe una legislación específica en el ámbito nacional que refleja, en su inmensa mayoría, el marco jurídico internacional existente al respecto en la materia —en el que destacan las disposiciones de la CNUDM— a la que se puede acudir para poder conocer los límites de la soberanía y la jurisdicción de España en este campo, consideramos que, respecto de la ribera del mar y de las rías, esta modificación legislativa arroja claridad al contener una definición amplia de la noción de «la ribera del mar y de las rías» en tanto que bien de dominio público previsto por el art. 132.2 de la CE.

6. Así, en esta categoría se incluyen, por un lado, «[l]a zona marítimo-terrestre o espacio comprendido entre la línea de bajamar escorada o máxima viva equinoccial, y el límite hasta donde alcancen las olas en los mayores temporales conocidos» —como pueden ser, por ejemplo, las marismas, las albuferas, las marjales, los esteros, y, como regla general, «las partes de los terrenos bajos que se inundan como consecuencia del flujo y reflujo de las mareas, de las olas o de la filtración del agua del mar»—, y, por otro lado, las playas o zonas de depósito de materiales sueltos —como, por ejemplo, las arenas, las gravas y los guijarros, incluyendo los escarpes, las bermas y las dunas—. Por lo que se refiere específicamente a las dunas, quisiéramos indicar que se tendrá en cuenta el límite de las mismas, que fuese estimado necesario a efectos de garantizar la estabilidad de la playa y la defensa de la costa. El legislador español va más allá al incidir, luego, que por «dunas» se entenderán aquellos «depósitos sedimentarios, constituidos por montículos de arena tengan o no vegetación que se alimenten de la arena transportada por la acción del mar, del viento marino o por otras causas» (art. 1.4 de la Ley 2/2013).

7. En cuanto al alcance de la noción de «dunas» en la Ley 2/2013, los recurrentes alegaban en este asunto que «al anularse la consideración demanial de todas las cadenas de dunas litorales, se limitan indebidamente el ámbito del dominio público, excluyendo espacios que forman parte de un único ecosistema, que solo quedarán protegidos *per relationem* con otros elementos del litoral [...] infringiendo con ello el principio de seguridad jurídica del art. 9.3 CE, y el art. 132.2 CE» [STC 233/2015, FJ 3.c)].

8. En respuesta a estas cuestiones planteadas, el TC recordó que el art. 4.*d*) del Reglamento de la Ley de Costas de 1989, tras incluir en la delimitación de la playa las cadenas de dunas que estén en desarrollo, desplazamiento o evolución debida a la acción del mar o del viento marino, modulaba la inclusión de las restantes dunas limitándolas a las «fijadas por vegetación hasta el límite que resulte necesario para garantizar la estabilidad de la playa y la defensa de la costa». Este acto normativo había sido objeto de impugnación ante el TS [STS (Sala de lo Contencioso) de 5 de diciembre de 2013], el cual aprovechó la ocasión para afirmar que, para que una duna fuese excluida del dominio público estatal, era necesaria una prueba específica y contundente de que la duna había sido fijada por la vegetación hasta el punto de que no resultaba necesaria para garantizar la estabilidad de la playa y la defensa de la costa [STC 233/2015, FJ 3.*c*)]. A continuación, el TC encontró que la exigencia de garantizar la estabilidad de la playa y la defensa de la costa impedía la exclusión de las dunas móviles o en evolución. Ello encuentra su fundamento en diversas consideraciones de distinta índole, en el contexto de un escenario global de calentamiento de los océanos y subida del nivel del mar. Lo que ya no está puesto en duda por parte de toda la comunidad internacional. Esta situación delicada fue advertida para varios países en el marco de diversos foros internacionales, tales como: el Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático —creado por las Naciones Unidas y la Organización Meteorológica Mundial—, la Agencia Europea de Medio Ambiente, o la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible celebrada en el año 2012 (véanse los puntos 165 y 190 del documento «El futuro que queremos», que es conocido, también, como la «Declaración de Río+20», y que fue aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución A/Res/66/288, con fecha del 11 de septiembre de 2012. Para un análisis de estas cuestiones, véase OANTA, G. A., «Protection and Preservation of the Marine Environment as a Goal for Achieving Sustainable Development on the Rio+20 Agenda», *International Community Law Review*, vol. 16, 2014, núm. 2, pp. 214-235).

9. En relación con ello, cabe recordar que, tal y como lo afirmó el propio TC en su Sentencia 227/1988, de 29 de noviembre, «la incorporación de un bien al dominio público supone no tanto una forma específica de apropiación por parte de los poderes públicos, sino una técnica dirigida primordialmente a excluir el bien afectado del tráfico jurídico privado, protegiéndolo de esta exclusión mediante una serie de reglas exorbitantes de las que son comunes en dicho tráfico *iure privato*» (FJ 14). Además, el TC estimó, en lo referido a la zona marítimo-terrestre, que la naturaleza y las características de la misma no se reducen solamente al hecho físico al tratarse de «un espacio en el que entran en contacto el mar y la tierra» [STC 149/1991, de 4 de julio, FJ 1.*c*) y *d*); STC 233/2015, FJ 2.*a*)].

10. Esta situación especial de la zona marítimo-terrestre había sido reconocida, años atrás, primero, en el marco del Consejo de Europa, y, luego, por la entonces Comunidad Económica Europea. Así, el Consejo de Europa adoptó en 1973 la Resolución (73) 29 sobre la protección del litoral, y diez años más tarde la Carta Europea de la Planificación Regional/Espacial. Por otra parte, en la Conferencia de Regiones Periféricas Marítimas de la Comunidad Económica Europea se adoptó, el 20 de octubre de 1981, la Carta Europea del Litoral (para un estudio detallado de este texto jurídico, véase SANZ LARRUGA, F. J., «La protección ambiental del litoral español. Hacia una gestión sostenible e integrada de las zonas costeras», *Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2000, núm. 4, pp. 459-485). La Carta Europea del Litoral fue seguida por la adopción de una Resolución del Parlamento Europeo en 1982 precisamente sobre estas cuestiones (JO C núm. 182, de 19 de julio de 1982).

En todos estos documentos se reconocía la escasez y la fragilidad del litoral, y, también, se incidía en la necesidad de la existencia de una planificación integrada de las zonas costeras de los Estados al comprenderse, entre otras consideraciones, que el litoral jugaba un papel esencial para la vida humana y para el mantenimiento de los equilibrios naturales que condicionan la vida humana, así como un papel estratégico para el desarrollo económico y en la reestructuración de la economía mundial, siendo un lugar donde pudiesen realizar actividades económicas y sociales generadoras de empleo para la población local. Finalmente, el TC desestimó la impugnación relativa a la nueva regulación de las dunas (STC 233/2015, FJ 3).

11. Y, en segundo lugar, respecto del principio de no regresión en el estándar de protección ambiental —conocido, también, como la «cláusula *stand-still*»—, quisiéramos señalar que los recurrentes alegaban que la Ley 2/2013 vulneraba el art. 45 de la CE relativo al medio ambiente y la calidad de vida, en relación con los arts. 53 (sobre la tutela de las libertades y derechos, y el recurso de amparo) y 132 de la CE, puesto que constituía «una rebaja arbitraria del nivel de protección del ecosistema litoral» [STC 233/2015, Antecedentes 1.b)]. Se estimaba, entre otras, que varias de las modificaciones introducidas por la Ley 2/2013 en la Ley de Costas posibilitaban una reducción significativa de la servidumbre de protección en las rías (que representan una parte de la zona marítimo-terrestre), y que estas modificaciones rebajaban el estándar de protección del ecosistema litoral, lo que era considerado injustificado, irrazonable y, por tanto, arbitrario.

12. En relación con ello, cabe mencionar que el principio de no regresión en el estándar de protección ambiental requiere que cualquier disminución del nivel de protección ambiental realizada por vía legislativa debe basarse sobre razones objetivas suficientemente fundamentadas y en cambios sobrevenidos en las circunstancias físico-geográficas del bien ambiental protegido, y no en la libre disposición del legislador. En caso contrario, dicha modificación no podría ser conforme con las disposiciones de la CE. Asimismo, se considera que este principio trata de establecer hitos mínimos del respeto a la biodiversidad (véase SAGOT RODRÍGUEZ, M., «El principio de no regresión en materia ambiental: análisis de dos casos de directrices transgresoras», *Actualidad Jurídica Ambiental*, 2013, núm. 2; para un estudio de este principio, nos remitimos a GEIS CARRERAS, G., «Cuestiones específicas de la ejecución de sentencias urbanísticas que inciden en la protección del medio ambiente: especial referencia al principio de no regresión del suelo verde urbano», *Revista Vasca de Administración Pública*, 2014, núms. 99-100, pp. 1525-1545).

13. Tal y como lo ha afirmado el propio TC en una sentencia muy reciente (STC 45/2015, de 5 de marzo, FJ 4), este principio busca la conservación y la utilización racional de los recursos naturales. Se trata de un principio ya reconocido tanto en el Derecho internacional como en el Derecho de la UE y en el Derecho nacional de varios Estados, y ha sido, también, objeto de atención por los órganos judiciales de distintos países europeos. Hoy en día, es considerado en tanto que una *lex non scripta* en el Derecho internacional medioambiental, y cada vez más se encuentra, igualmente, en la agenda internacional medioambiental. En esta línea se sitúa, por ejemplo, la Resolución del Parlamento Europeo, de 29 de septiembre de 2011, sobre la elaboración de una posición común de la UE ante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible (Río+20) (DO C núm. 56 E, de 26 de febrero de 2013). Resolución en la que se solicitaba el reconocimiento de este principio de no regresión en el contexto de la protección del medio ambiente y de los derechos fundamentales (apdo. 97).

14. Pero, entendemos que no tendría que olvidarse que el art. 45 de la CE enuncia un principio rector y no un derecho fundamental, que es el referido a la protección del medio ambiente. Es doctrina consolidada del TC que, en virtud del segundo epígrafe de este precepto constitucional, los Tribunales deben velar por el respeto del medio ambiente, de conformidad con lo que dispusiera la normativa de desarrollo de este artículo de la CE [entre otras: SSTC 32/1983, FJ 2; 149/1991, FJ 1; 102/1995, FFJJ 4-7; 199/1996, FJ 3; 233/2015, FJ 2.c)]. La norma que regulase la protección del medio ambiente no sería intangible, y, por tanto, «la apreciación del potencial impacto negativo de su modificación sobre la conservación del medio ambiente requiere una cuidadosa ponderación en la que, como uno más entre otros factores, habrá de tomarse en consideración la regulación preexistente». Ir más allá equivaldría con un alcance intangible para el derecho al medio ambiente [STC 233/2015, FJ 2.c)], el cual consideramos que no se correspondería con las disposiciones del art. 45 de la CE.

15. Por todo ello, en cuanto a la problemática de si la Ley 2/2013 constituía o no una disminución arbitraria del nivel de protección del ecosistema litoral al no respetar el principio de no regresión en el estándar de protección ambiental, el TC encontró que la solución no vendría dada por la mera comparación de la antigua Ley de Costas y la nueva ley controvertida al no representar la primera «un parámetro jurídico válido para determinar la constitucionalidad de la segunda». Tal y como afirmó el TC en su Sentencia 141/2014, de 11 de septiembre, la Ley de Costas «puede contribuir a la interpretación de la evolución legislativa y del grado de alteración del *statu quo* que supone su reforma, pero en ningún caso puede erigirse en un factor de petrificación, que en tantas ocasiones hemos rechazado por contrariar el legítimo margen de configuración del legislador democrático y el propio carácter dinámico del ordenamiento jurídico» [FJ 9; véase también la STC 233/2015, FJ 2.d)]. Como bien se apuntó por la doctrina, la Ley de Costas en 1988 introdujo un ambicioso marco reglamentario para la protección del litoral que, a pesar de los problemas ocasionados por su ejecución, supuso un cambio radical en la orientación de la gestión del litoral compatible con las propuestas hechas por distintas Organizaciones internacionales (SOBRINO HEREDIA, J. M., *op. cit.*, p. 189).

16. En definitiva, la STC 233/2015 avala la constitucionalidad de la mayoría de las disposiciones de la Ley 2/2013 relativa a la protección y uso sostenible del litoral, y que modifica la Ley 22/1988, de Costas. Disposiciones que fueron recurridas ante el TC por ser consideradas que vulneraban diversos preceptos constitucionales.

Gabriela A. OANTA

Universidade da Coruña

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.68.1.2016.3a.07>

### **3.8. Responsabilidad del Estado y prohibición de la munición de racimo**

#### **PROHIBICIÓN DE MUNICIONES DE RACIMO.—Responsabilidad del Estado.**

**Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso, Sección 6.ª), de 30 de noviembre de 2015 (ROJ STS 5006/2015).** Ponente: Juan Carlos Trillo Alonso.

**Referencia Centro de Documentación Judicial (Id. Cendoj) 28079130062015100602).**

1. El 30 de noviembre de 2015, el TS dictaba sentencia desestimando la demanda de la empresa armamentística Instalaza que exigía al Estado unos 40 millones de

euros en concepto de indemnización por daño emergente y lucro cesante por la prohibición de munición de racimo, tras la ratificación por España de la Convención de Dublín. En particular, la demandante interpuso recurso de casación contra la SAN de 28 de octubre de 2013, que rechazó la demanda de la actora contra la Orden del Ministerio de la Presidencia, de 5 de septiembre de 2011. Mediante esta Orden, se desestimó la pretensión de indemnización de la empresa por los perjuicios ocasionados como consecuencia de la aprobación de una moratoria unilateral por el Consejo de Ministros, el 11 de julio de 2008, y la ulterior ratificación de la Convención sobre Municiones de Racimo, de 30 de mayo de 2008. En efecto, España firmó la Convención el 3 de diciembre de ese mismo año, procediendo a su ratificación el 8 de junio de 2009 y publicando en el *BOE* núm. 69, de 19 de marzo de 2010, el correspondiente Instrumento de Ratificación.

2. En opinión de la empresa, la responsabilidad del Estado que daría lugar a su derecho a la indemnización derivaría de que la moratoria unilateral y la ratificación de la Convención supusieron la conversión de las granadas de mortero MAT-120 en *res extra commercium*. La empresa había alegado que la prohibición de fabricación y venta de tal munición contenida en dicho Acuerdo del Consejo de Ministros, de 11 de julio de 2008, no derivaba «de la aplicación necesaria de norma jurídica alguna» operando así «como causa eficiente de los citados perjuicios». Asimismo, consideraba que «se trata de una medida de caso único para la demandante y para otra empresa española que fabricaba y comercializaba municiones de racimo», por lo que «en modo alguno se pueden identificar como una carga u obligación general». Sin embargo, la reclamación fue desestimada al entender que el correspondiente Acuerdo se ajustaba a lo dispuesto en la Ley 53/2007, de 28 de diciembre, sobre el control del comercio exterior de material de defensa y de doble uso, así como a las funciones en materia de política exterior y de defensa atribuidas en virtud del art. 97 de la CE. En consecuencia, no procedería la indemnización al no existir la antijuridicidad del daño.

3. El TS hace suyo el razonamiento de la AN al considerar que la reclamación indemnizatoria carece de título formal de legitimación. En virtud del cual la moratoria del Gobierno «se produjo en el ejercicio de sus competencias [art. 97 CE; art. 5.1.d) y concordantes de la Ley 50/1997], una vez adoptada la Convención [...] anticipando la aplicación de la misma». A su vez, el compromiso adquirido a través de la Convención «responde al mandato parlamentario a que se hace referencia en el texto del Acuerdo, concretado en la disposición final quinta de la Ley 53/2007 [...] El Gobierno promoverá y apoyará las iniciativas nacionales e internacionales, tanto en el ámbito de Naciones Unidas como en los organismos multilaterales competentes que tengan por objetivo la restricción y, en su caso, la prohibición de las bombas de racimo, especialmente peligrosas para las poblaciones civiles». En este sentido, el Consejo de Estado había establecido en el correspondiente dictamen preceptivo que el Acuerdo del Consejo de Ministros no tenía por objeto una privación de derechos específica, sino «una modificación de un régimen existente por otro más acorde con el interés público superior de protección de la vida humana y con el Derecho internacional humanitario, modificación que era previsible y aparece configurada como una carga general».

4. Planteado el caso ante el TS, la empresa demandante centra su argumentación en la concurrencia de los elementos que permiten establecer la responsabilidad patrimonial del Estado, sobre la base de los arts. 9.3 y 106.2 de la CE, del art. 139.1 de la Ley 30/1992 y de la correspondiente jurisprudencia. En particular, considera que la Administración, a través del Acuerdo del Consejo de Ministros y de la ratificación de la Convención, le habría causado un daño real, efectivo, individualizado y antiju-

rídico, al suponer la imposibilidad de fabricar y vender el armamento MAT-120. La Sala llama la atención sobre la formulación de esta argumentación al considerar que «no guarda relación con la fundamentación de la sentencia recurrida, en la que no se cuestiona ni el funcionamiento que la recurrente, con el calificativo de normal, atribuye a la Administración [...], ni las consecuencias que de ello se derivan, en concreto, la expulsión del MAT-120 del comercio lícito, ni los perjuicios que esa expulsión pudo originar a la actividad de la recurrente, ni que esos perjuicios no se producirían si no se hubieran adoptado los acuerdos de mención».

5. La desestimación de la demanda se fundamenta, por un lado, en la inexistencia de previsiones legales en la Ley 53/2007 que sirva de base a la reclamación en los términos del art. 139.3 de la Ley 30/1992, según el cual «las Administraciones Públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que estos no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos». En segundo lugar, para la Sala también resulta evidente y determinante que el Acuerdo del Consejo de Ministros establece una «modificación del régimen existente por otro más acorde con la protección de la vida humana y el Derecho internacional humanitario, modificación que además de previsible se configura como una carga general». De este modo, no existe una privación específica de derechos de la empresa Instalaza. Además, la Sala destaca el régimen especial de sujeción que surge de la autorización propia de la industria armamentística que puede cambiar, por lo que tampoco puede la recurrente alegar imprevisión ante el cambio de régimen originado por el Acuerdo y por la ratificación de la Convención.

Jorge Antonio QUINDIMIL LÓPEZ  
Universidade da Coruña

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.68.1.2016.3a.08>

## B) JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA Y EUROPEA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO\*

Selección y coordinación a cargo de

Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ

Catedrático de Derecho internacional privado  
Universidad de Santiago de Compostela

**SUMARIO:** 1. TRIBUNAL DE JUSTICIA: ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA.—  
1.1. Competencia judicial internacional: insolvencia.—1.2. Competencia judicial internacio-  
nal. Reglamento 44/2001.—1.3. Competencia judicial internacional: Reglamento 2201/2003.—  
1.4. Competencia judicial internacional: Reglamento 4/2009.—1.5. Reconocimiento y ejecución de  
resoluciones: Reglamento 2201/2003.—1.6. Ley aplicable: Reglamento Roma II.—2. PRÁCTICA  
ESPAÑOLA: DERECHO JUDICIAL INTERNACIONAL.—2.1. Competencia judicial internacional:  
Reglamento 44/2001.—2.2. Competencia judicial internacional: Reglamento 2201/2003.—2.3. Re-  
conocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras.—3. PRÁCTICA ESPAÑOLA: DERECHO  
CIVIL INTERNACIONAL.—3.1. Determinación de la ley aplicable: filiación natural.—3.2. Deter-  
minación de la ley aplicable: *Versorgungsungleich*.—3.3. Determinación de la ley aplicable: cesión  
de créditos.—3.4. Determinación de la ley aplicable: sucesión por causa de muerte.

---

\* Esta crónica es continuación de la publicada en *REDI*, 2015-2. La selección se ha efectuado sobre resoluciones dictadas durante el año 2015. Colaboran en la presente crónica, Santiago Álvarez González, Laura Carballo Piñeiro, Clara Isabel Cordero Álvarez, Lydia Esteve González, Josep María Fontanellas Morell, Ángel Espiniella Menéndez, Carmen María García Mirete, Cristina González Beilfuss, Mónica Guzmán Zapater, Lerdys S. Heredia Sánchez, Raúl Lafuente Sánchez, Nerea Magallón Elósegui, Javier Maseda Rodríguez, Pedro A. de Miguel Asensio, Patricia Orejudo Prieto de los Mozos y Alfonso Ortega Giménez, de las Universidades de Alicante, Barcelona, Complutense de Madrid, Deusto, Miguel Hernández, Lleida, Oviedo, Santiago de Compostela y UNED. Es esta la última crónica con el presente formato y el presente coordinador, por lo que desde aquí me permito la licencia de un obligado agradecimiento a los casi 90 colaboradores de más de 25 universidades españolas y centros de investigación extranjeros que la han hecho posible durante los últimos quince años. Muchas gracias.

## 1. TRIBUNAL DE JUSTICIA: ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA

### 1.1. Competencia judicial internacional: insolvencia

2016-1-Pr

**COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.—Procedimiento principal de insolvencia.—Procedimiento secundario de insolvencia.—Conflicto de competencias.—Competencia alternativa.—Bienes afectados por el procedimiento secundario.—Localización.—Venta global de activos.**

Preceptos aplicados: arts. 3, apartado 2, y 27 del Reglamento (CE) núm. 1346/2000.

**Sentencia del TJUE (Sala 1.<sup>a</sup>), de 11 de junio de 2015, asunto C-649/13, *Comité d'entreprise de Nortel Networks SA y otros c. A. R. Bloom y otros*. Ponente: Sra. M. Berger.**

**F.: *curia.europa.eu*.**

*[...] En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala 1.<sup>a</sup>) declara:*

*Los artículos 3, apartado 2, y 27 del Reglamento (CE) n° 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia, deben interpretarse en el sentido de que los tribunales del Estado miembro en el que se ha abierto un procedimiento secundario de insolvencia son competentes, con carácter alternativo a los tribunales del Estado miembro en el que se ha abierto el procedimiento principal, para determinar los bienes del deudor sujetos a los efectos de ese procedimiento secundario.*

*La determinación de los bienes del deudor sujetos a los efectos de un procedimiento secundario de insolvencia debe realizarse conforme a las disposiciones del artículo 2, letra g), del Reglamento n° 1346/2000.*

**Nota.** 1. Un grupo multinacional de sociedades, Nortel, tiene abiertos distintos procedimientos de insolvencia en Canadá, Estados Unidos y Reino Unido. Para una mejor gestión de la crisis empresarial, se aprueba una venta global de activos y el depósito de los ingresos en unas cuentas bancarias en Estados Unidos, bloqueadas hasta que exista un acuerdo sobre el porcentaje de reparto entre los distintos concursos. Ocurre que sobre una de las sociedades filiales del grupo, concursada en el Reino Unido, se abre un procedimiento secundario en Francia, en el marco del cual el comité de empresa y antiguos empleados presentan una acción para que les sea reconocido el derecho sobre la parte proporcional de los ingresos existentes en las cuentas bloqueadas.

A estos efectos, resulta aplicable el Reglamento (CE) núm. 1346/2000, de 20 de mayo, sobre procedimientos de insolvencia, pues el eventual derecho de los trabajadores está estrechamente vinculado al procedimiento de insolvencia y se fundamenta en la legislación concursal (apdo. 30), o mejor dicho, en los acuerdos de enajenación y liquidación alcanzados por los administradores concursales. En consecuencia, los tribunales del Estado donde se ha abierto el procedimiento secundario tienen competencia para conocer de las acciones conexas que se refieran a los bienes de la masa secundaria. Dicha masa abarca los bienes que se hallen en el Estado de apertura, de conformidad con las reglas de localización de bienes del propio Reglamento, a

saber: los derechos inmateriales registrados en el Estado de apertura y los créditos del concursado contra deudores cuyo centro de intereses esté en ese mismo Estado de apertura. La interpretación del Tribunal resulta en este punto acertada. Desde una perspectiva sistemática, la referencia a las acciones conexas contenidas en el art. 25 del Reglamento se predica tanto del procedimiento principal como del procedimiento territorial (apdos. 34 y 35 de la sentencia). Aunque se trata de un precepto relativo al reconocimiento de decisiones, debe interpretarse en paralelo a la competencia judicial internacional del tribunal que conoce de un concurso territorial. Desde una perspectiva finalista, los procedimientos secundarios no solo buscan auxiliar al procedimiento principal, sino que también pretenden proteger las expectativas de los acreedores locales (apdos. 36 y 37). Son, en este sentido, procedimientos plenos (*full proceedings* en terminología inglesa bastante ilustrativa), con el mismo contenido que un procedimiento principal, salvo que se predicen de los bienes localizados en el Estado de apertura. Efectivamente, los bienes ubicados en otros países según las normas del Reglamento quedan fuera del ámbito del concurso territorial, con lo que ya es irrelevante si se encuentran en Estados miembros o en terceros países, como bien destaca el Tribunal.

2. A pesar de lo expuesto, la cuestión más polémica de la sentencia es la articulación de una competencia alternativa entre los tribunales del procedimiento principal y los tribunales del procedimiento secundario para este tipo de acciones conexas de determinación de la masa secundaria, basada en el efecto útil del Reglamento europeo de insolvencia (apdo. 41). Se trata de una solución salomónica: la competencia del juez del concurso territorial se justifica porque dicho órgano está determinando la masa activa de este concurso (competencia para la inclusión de bienes en la masa secundaria); la competencia del juez del concurso principal se justifica porque este ve excluidos ciertos bienes de su propia masa (competencia para la exclusión de bienes de la masa principal). Esta interpretación plantea dudas con carácter general, como parece formularla el Tribunal, pero también con carácter singular para la acción tan peculiar ejercitada. Con carácter general, se aprecian omisiones e imprecisiones. Así, el Tribunal no aborda el problema de que, al margen de normas materiales y conflictuales uniformes, cada tribunal aplica su propia ley (*lex fori concursus*), con lo que una competencia alternativa puede derivar de forma poco justificada en una ley aplicable alternativa. Destaca, también, el silencio del Tribunal sobre la posible litispendencia o conexidad ante los dos tribunales, respecto de las cuales el Reglamento europeo de insolvencia no dispone nada y que podrían ser muy habituales a partir de este fallo. Piénsese, por ejemplo, en el ejercicio ante el tribunal del concurso principal de una acción para la exclusión de bienes de su masa, al tiempo que en el procedimiento territorial se insta la inclusión en el inventario de tales bienes.

Además de omisiones, se observan imprecisiones. El juez de cada concurso es exclusivamente competente para determinar la inclusión de bienes en cada una de sus masas conforme a su propia ley (y a salvo de las normas uniformes del Reglamento). Se trata de una cuestión esencial del desarrollo de un procedimiento de insolvencia que solo puede ser resuelta por el juez que está tramitando ese concurso. Que ello influya en disminuir las masas de otros concursos es un efecto colateral que no puede poner a esos otros tribunales en igual posición que al juez del concurso. Especialmente dudoso resulta el Tribunal en su apartado 42, cuando declara que la competencia alternativa del tribunal del procedimiento principal se justifica porque este también es competente para conocer de las acciones conexas. Oculta el Tribunal que la competencia de los tribunales del procedimiento principal está pensada para acciones

conexas vinculadas a la masa principal, pero no para acciones vinculadas a la masa territorial, que es distinta y tiene autonomía propia.

3. Si como solución general esta interpretación no es del todo convincente, tampoco lo es para casos excepcionales como el de este asunto, referidos a la consolidación de activos o ingresos obtenidos por su enajenación. En estos supuestos, la competencia alternativa debería haber sido sustituida por una competencia cumulativa. Los tribunales de todos los concursos deben aprobar u homologar los porcentajes de distribución de los ingresos, porque todos y cada uno de ellos han consentido en la enajenación conjunta y en la consolidación de activos. Así es como este tipo de operaciones mejor ha funcionado en la práctica comparada (véase ESPINIELLA MENÉNDEZ, A., *Procedimientos de insolvencia y grupos multinacionales de sociedades*, Cizur Menor, Thomson/Civitas, 2006, p. 178). En el supuesto de que no se obtuviera la homologación de los porcentajes de distribución en todos los concursos, no debería hacerse la consolidación de activos y cada uno de los concursos debería llevar a la masa los que les pertenecieran y sobre los que tuviera posibilidad real de apoderamiento.

En el caso que nos ocupa, debe tenerse en cuenta, además, que el concurso territorial se refiere a un establecimiento o sucursal de una sociedad filial y no a la sociedad filial en sí misma considerada. De hecho, lo deseable para una cooperación eficaz sería establecer dos niveles de negociación por parte de las administraciones concursales: en un primer nivel, deben negociarse los porcentajes de reparto de activos del grupo respecto de cada sociedad miembro y ello corresponde prioritariamente a la administración del concurso principal de cada sociedad. Una vez fijada la cuota que corresponde a la sociedad concursada, y ya respecto de esta, en un segundo nivel, puede distinguirse qué porcentaje corresponde a su concurso principal y cuál al concurso territorial. Por ejemplo, la sociedad concursada puede tener derecho a 100.000 euros de un total de 1.000.000 de euros de activos del grupo, aspecto que negociaría la administración del concurso principal de esa sociedad. En un segundo momento, ya cabría negociar qué parte de esos 100.000 euros es para el concurso principal y cuál para el concurso territorial.

4. Si la sentencia plantea algunas dudas, sería injusto imputárselas exclusivamente al Tribunal de Justicia, pues el caso muestra cinco déficits estructurales del Reglamento europeo de insolvencia. En primer lugar, el Reglamento no da pauta alguna sobre la praxis de las administraciones concursales en casos de confusión de patrimonios o consolidaciones sustantivas de activos. Es recomendable que, a diferencia del caso concreto, los eventuales acuerdos de coordinación de procedimientos o de consolidación de activos regulen *ab initio* cuestiones básicas y esenciales, como el porcentaje que cada concurso recibirá de los ingresos totales, para evitar un bloqueo posterior del reparto por falta de acuerdo. En segundo lugar, la controversia surge en realidad por una situación anómala que ampara el Reglamento: la posibilidad de que se abra un procedimiento secundario a una sociedad filial (en el caso, Francia) que puede llegar a vaciar de activos y contenido al concurso principal abierto a esta en otro Estado (en el caso, Reino Unido). Ello ocurre si se abre un concurso territorial donde está el principal establecimiento de la filial, que se administra habitualmente desde otro Estado. Además, y en tercer lugar, si ya de por sí es compleja la crisis empresarial de distintas sociedades de un grupo multinacional, las dificultades aumentan notablemente si a su vez esas sociedades tienen sucursales y establecimientos secundarios en otros Estados y aparecen varios concursos territoriales. En cuarto lugar, las normas de localización de bienes del Reglamento, a las que recurre el Tribunal como solución «sencilla» para determinar la masa secundaria, no

son suficientes para decidir los porcentajes de reparto de los ingresos cuando, precisamente, los bienes se han enajenado en su conjunto por un precio global superior a su venta por separado. No se trata solo de determinar qué bienes pertenecen a un concurso territorial, sino de resolver qué porcentaje de los ingresos corresponden a cada concurso, y ambas cuestiones no son exactamente sinónimas. En quinto lugar, y ya trascendiendo al caso concreto, la competencia del juez de un concurso territorial para conocer de acciones conexas, que claramente se deduce del Reglamento y que por primera vez reconoce el Tribunal de Justicia en varios pasajes de esta sentencia, puede generar nuevas incertidumbres. Piénsese, por ejemplo, en la posibilidad de ejercitar múltiples acciones de responsabilidad de los administradores societarios por la insolvencia de la sociedad.

Ángel ESPINIELLA MENÉNDEZ  
 Universidad de Oviedo

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.68.1.2016.3b.01>

2016-2-Pr

**LEY APLICABLE A LAS ACCIONES REVOCATORIAS CONCURSALES.—Delimitación del alcance de la excepción a la *lex fori concursus*. Carga de la prueba.**

Preceptos aplicados: arts. 4 y 13 del Reglamento (CE) núm. 1346/2000, sobre procedimientos de insolvencia.

**Sentencia del TJUE (Sala 6.<sup>a</sup>), de 15 de octubre de 2015, asunto C-310/14, *Nike European Operations Netherlands BV y Sportland Oy, en liquidación*. Ponente: M. Berger.**

**F: *curia.europa.eu*.**

1) *El art. 13 del Reglamento (CE) núm. 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo, sobre procedimientos de insolvencia, debe interpretarse en el sentido de que su aplicación está sujeta al requisito de que el acto de que se trate no pueda ser impugnado sobre la base de la ley aplicable a dicho acto (lex causae), habida cuenta de todas las circunstancias del caso concreto.*

2) *Para aplicar el art. 13 del Reglamento núm. 1346/2000, y en el supuesto en que el demandado en una acción de nulidad, de anulación o de inoponibilidad de un acto invoque una disposición de la ley aplicable a dicho acto (lex causae) según la cual este acto solo es impugnabile en las circunstancias previstas por dicha disposición, incumbe a dicho demandado alegar la inexistencia de estas circunstancias y aportar prueba de ello.*

3) *El art. 13 del Reglamento núm. 1346/2000 debe interpretarse en el sentido de que la expresión «no permite en ningún caso que se impugne dicho acto» se refiere, además de a las disposiciones de la ley aplicable a dicho acto (lex causae) aplicables en materia de insolvencia, a todas las disposiciones y principios generales de esta ley.*

4) *El art. 13 del Reglamento núm. 1346/2000 debe interpretarse en el sentido de que el demandado en una acción de nulidad, de anulación o de inoponibilidad de un acto debe demostrar que la ley aplicable a dicho acto (lex causae), en su conjunto, no permite impugnar dicho acto. El tribunal nacional que conoce de tal acción solo puede considerar que incumbe al demandante aportar prueba de la existencia de una disposición o*

de un principio de esta ley en virtud de los cuales este acto puede impugnarse cuando dicho tribunal considera que el demandado, en un primer momento, ha demostrado efectivamente, a la luz de las reglas habitualmente aplicables según su Derecho procesal nacional, que el acto de que se trata es inimpugnabile en virtud de la misma ley.

**Nota.** 1. A pesar de que unas de las acciones más utilizadas en los procedimientos de insolvencia son las revocatorias concursales, los casos internacionales son escasos, también en el seno del espacio europeo de justicia. Ello ya llevó al Parlamento Europeo en 2011 a sugerir la revisión del art. 13 del Reglamento (CE) 1346/2000, de 29 de mayo, sobre procedimientos de insolvencia (RI) [2011/2006(INI)], dado que este precepto es un obstáculo a su éxito, puesto que obliga a tomar en consideración dos reglamentaciones distintas de la acción revocatoria, la de la ley rectora del concurso y la del acto impugnado, de manera que conseguir que prospere en un supuesto internacional es significativamente más complicado que en uno doméstico. El Tribunal de Justicia solo se ha pronunciado sobre este precepto en dos sentencias de 2015, siendo la primera de 16 de abril, asunto C-557/13, *Hermann Lutz v. Elke Bäuerle* (REDI 2015-28-Pr). La segunda es la que aquí se comenta, de 15 de octubre, y versa sobre la impugnación de los pagos hechos en el marco de un contrato de distribución regido por la ley holandesa entre *Sportland*, sociedad finlandesa, y *Nike*, sociedad holandesa. Cuando *Sportland* deviene judicialmente insolvente, la administración concursal busca la revocación de los pagos hechos a *Nike* de acuerdo con la ley concursal finlandesa, a lo que se opone la empresa holandesa indicando que la revocatoria concursal no puede prosperar ya que no cumple los requisitos dispuestos para ello por la ley holandesa, oposición a la operatividad de la ley concursal permitida por el citado art. 13. A continuación, se explica la lógica detrás de esta norma y los problemas que suscita a la luz de la decisión comentada, en tanto que luego se examina lo característico de esta decisión respecto a *Lutz*, la explicitación de cuál es el reparto de la carga de la prueba de acuerdo con este precepto.

2. A la hora de evaluar el art. 13 ha de tenerse en cuenta que estas acciones sirven a objetivos concursales, como indicaba el Tribunal de Justicia en su decisión de 12 de febrero de 2009, asunto C-339/07, *Seagon v. Deko Marty Belgium*, donde se explicita que es una acción que deriva directamente del procedimiento de insolvencia y guarda una estrecha vinculación con este. Esta doctrina ha pasado al art. 6.1 del Reglamento (UE) 2015/848, de 20 de mayo —cuyas normas se aplicarán a los concursos que se abran en un Estado miembro a partir del 26 de junio de 2017— que se refiere a las acciones revocatorias como un caso de *vis attractiva concursus* internacional. En la misma línea, los arts. 4.2.m) RI y 7.2.m) del Reglamento 2015/848 someten el ejercicio de las mismas a la *lex fori concursus* y, sin embargo, por mor de las expectativas de terceros y la seguridad del tráfico, el citado art. 13.16 del nuevo Reglamento, permite que el tercero beneficiado por el acto impugnado impida el éxito de la acción revocatoria arguyendo que el mismo se somete a una ley distinta y esta no permite que se impugne por medio alguno en el caso concreto. El resultado es una regla que hace depender el éxito de la revocatoria de dos leyes con las consecuentes dificultades para una acción que sirve a objetivos concursales y, en general, a evitar el perjuicio de acreedores. Es por ello que el Tribunal de Justicia puntualiza que la interpretación del art. 13 ha de ser estricta y en línea con el objetivo que lo preside, proteger las expectativas de terceros (asuntos C-557/13, apdo. 34; C-310/14, apdo. 18).

Esta interpretación estricta afecta, en particular, al ámbito de aplicación del precepto y a las obligaciones que pesan a quien se beneficia del mismo, el tercero demandado en la acción revocatoria. El precepto analizado constituye una excepción

a la aplicación de la *lex fori concursus*, de ahí que solo pueda utilizarse en aquellos supuestos en los que el acto impugnado es anterior a la apertura del concurso; si es posterior, se aplica solo la ley concursal a su revocación dado que no hay expectativas de terceros que proteger. Esta es la conclusión a la que llega el Tribunal de Justicia en *Lutz* donde se permite utilizar el art. 13 para evitar la ineficacia frente a la masa concursal de un pago realizado en el marco de un embargo constituido antes de la apertura del procedimiento de insolvencia (asunto C-557/13, apdo. 42). *Nike* acaba de perfilar cómo opera el art. 13, esto es, corresponde al tercero beneficiado por el acto impugnado alegar y probar que el mismo se rige por una ley distinta de la concursal y que esta no permite su impugnación en caso alguno.

3. La carga de la prueba recae, por tanto, en el tercero beneficiado por el acto impugnado, dato que acentúa *Nike* para evitar que se realicen inversiones de la carga sin tener en cuenta la interpretación estricta del art. 13. Con ello se evita que el administrador concursal se vea obligado a discutir en dos derechos, salvo cuando es absolutamente imprescindible. Así, el demandado ha de demostrar que el acto se somete a una ley distinta de la concursal, es decir, ha de solventar el conflicto de leyes de acuerdo con el instrumento que corresponda y probar el Derecho extranjero, incluso en aquellos países en los que el juez sea normalmente el encargado de esta prueba. Y ha de probar que el acto no es impugnabile de acuerdo con esta ley, precisando *Nike* que el tercero no puede limitarse a indicar que el acto es inatacable, es decir, la alegación no puede quedarse en un plano abstracto, sino que el demandado ha de descender a los detalles del caso para, a la luz de las circunstancias concretas, demostrar que así es (asunto C-310/14, apdo. 25). Además, la prueba no solo alcanza a las normas concursales de la *lex causae* y cómo configura esta las acciones revocatorias concursales, sino también a cualquier otro medio de impugnación previsto por las disposiciones y principios generales de la misma (asunto C-310/14, apdo. 36); este precepto tiene, por tanto, un ámbito de aplicación más amplio que el art. 4.2.m), que se ocupa solo de las acciones revocatorias concursales.

El problema de la amplitud de esta prueba es que puede comprender hechos negativos y provocar una inversión de la carga. Esta cuestión corresponde, en principio, al Derecho procesal nacional dado que no está incluida en el Reglamento. Ahora bien, el principio de efectividad de sus normas «se opone, por un lado, a la aplicación de normas procesales nacionales que harían imposible en la práctica o excesivamente difícil el recurso al art. 13 del Reglamento núm. 1346/2000, al establecer normas demasiado estrictas, en particular, en lo relativo a la prueba negativa de la inexistencia de circunstancias determinadas. Por otro lado, este principio se opone a las normas nacionales relativas a la prueba demasiado poco exigentes, cuya aplicación llevaría, en la práctica, a invertir la carga de la prueba prevista en el art. 13 del mencionado Reglamento» (asunto C-310/14, apdo. 29): no cabe exigir una prueba imposible, pero tampoco invertir sin más. En este contexto, el papel del demandante es probar que el acto es impugnabile de acuerdo con la *lex fori concursus* y solo intervenir en caso de que el tribunal entienda que el demandado «ha demostrado efectivamente, a la luz de las reglas habitualmente aplicables según su Derecho procesal nacional», que el acto es inatacable (asunto C-310/14, apdo. 44). De todos modos, el equilibrio es delicado y no parece que vaya a eximir a la administración concursal de una valoración *ex ante* de las probabilidades de éxito, aunque las consecuencias económicas se ven enjugadas por la *vis attractiva*.

4. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia se ajusta a la lógica del art. 13.16 del Reglamento 1215/2012, y es encomiable en la medida en que hace más difícil que se

impida la operatividad de la *lex fori concursus*. Lo que no obsta a que sea mucho más complicada la impugnación de un acto transfronterizo que la de uno doméstico con el consiguiente menoscabo para los intereses del concurso. De ahí que la supresión de este precepto siga siendo la solución a promover o, en su defecto, la opción por aplicar solo la *lex causae* si se entendiera imprescindible la defensa de las legítimas expectativas de terceros. Aunque estas bien podrían encontrar acomodo en una armonización puntual.

Laura CARBALLO PIÑEIRO

Universidad de Santiago de Compostela

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.68.1.2016.3b.02>

## 1.2. Competencia judicial internacional. Reglamento 44/2001

2016-3-Pr

**COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.—Reglamento 44/2001.—Acción civil en procedimiento penal.—Acción civil ante los tribunales de otro Estado miembro.—Litispendencia internacional.—Identidad de objeto, partes y causa.—Momento de presentación de la demanda.**

Preceptos aplicados: arts. 1, 27 y 30 del Reglamento (CE) núm. 44/2001.

**Sentencia del TJUE (Sala 3.<sup>a</sup>), de 22 de octubre de 2015, asunto C-523/14, *Aan-nemingsbedrijf Aertssen NV, Aertssen Terrasements SA/VSM Machineverhuur BV, Van Someren Bestrating BV, Jos van Someren*.** Ponente: Sra. C. Toader.

**F:** *curia.europa.eu*.

1) *El artículo 1 del Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, debe interpretarse en el sentido de que una denuncia con personación como actor civil presentada ante un juez de instrucción está incluida en el ámbito de aplicación de ese Reglamento en la medida en que tiene por objeto la indemnización pecuniaria del perjuicio alegado por el denunciante.*

2) *El artículo 27, apartado 1, del Reglamento n° 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que una demanda ha sido formulada, a los efectos de esta disposición, cuando se ha presentado una denuncia con personación como actor civil ante un juez de instrucción, aunque no se haya completado todavía la fase de instrucción del asunto controvertido.*

3) *El artículo 30 del Reglamento n° 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que, cuando una persona formula una denuncia con personación como actor civil ante un juez de instrucción mediante presentación de un escrito que, según el Derecho nacional aplicable, no debe notificarse antes de dicha presentación, la fecha en la que procede considerar que ese órgano judicial conoce del litigio es la fecha en la que se formuló la denuncia.*

**Nota.** 1. Uno de los primeros comentarios de urgencia que se pueden encontrar en Internet sobre la sentencia que anotamos señala que no se trata de una mera *corner piece*, sino de un elemento principal del Reglamento 44/2001. Así es. Como en buena

parte de los casos en los que las normas europeas se imbrican de forma necesaria con el Derecho procesal de los Estados miembros los problemas de interpretación y aplicación son potencialmente importantes, pues no se trata del Derecho procesal, sino de los múltiples y diferentes Derechos procesales. Y la necesidad de ofrecer una respuesta autónoma y uniforme plantea un reto de mayor envergadura. En el caso presente existe un elemento accesorio de complejidad, puesto que al heterogéneo Derecho procesal civil se le une la vertiente penal de la responsabilidad civil. El marco general del problema presenta procedimientos penales y no penales sobre, adelantémoslo, materia civil. Un puzzle en el que el demandante se «ve obligado» a plantear una demanda que no quiere plantear y a solicitar al órgano judicial ante el que la presenta que se abstenga de conocer. Curioso, pero entendible a la luz de unos hechos que adquieren singular importancia y que paso a describir de forma muy sintética (2) para valorar, a continuación, la respuesta que el TJ da a las cuestiones planteadas (3 a 5) y añadir alguna reflexión sobre el Derecho español (6).

2. Las demandantes plantearon un procedimiento penal (denuncia con personación como actor civil) contra una pluralidad de demandados ante un tribunal belga. En esta denuncia ya se incluía una evaluación provisional del perjuicio patrimonial sufrido por las acciones presuntamente delictivas de los demandados de 200.000 euros; simplificando, se ejercitaba la acción civil. A continuación, solicitaron ante un tribunal holandés un embargo preventivo contra los demandados en el procedimiento belga (o contra algunos de ellos) que se concedió en primera instancia, pero que fue levantado posteriormente ante la alegación de los demandados de que la demanda planteada en Bélgica no podría equivaler a la demanda que el Derecho procesal holandés vincula al otorgamiento de la medida provisional. La nueva solicitud de embargo, ante el mismo tribunal, fue estimada a condición de que se presentase una (la) demanda principal en el plazo de un mes. Ante este hecho, las demandantes presentaron una (la) demanda principal ante otro tribunal holandés, al tiempo que, con base en el art. 27 del Reglamento 44/2001, le pedían que se declarase incompetente puesto que un tribunal belga estaba conociendo con anterioridad del mismo asunto. Los demandados, por su parte, alegan que la denuncia con personación como actor civil planteada en Bélgica está excluida del ámbito de aplicación del citado Reglamento y que no existía la identidad exigida por su art. 27.

3. La posición del tribunal holandés es ortodoxa en cuanto a la calificación de las pretensiones y acorde con el tradicional entendimiento del Reglamento: la acción en uno y otro caso es de naturaleza civil y las partes son las mismas. Sin embargo, las dudas se suscitan en torno a si, a la luz del procedimiento penal y la fase de instrucción en la que se encuentra (inconclusa), la demanda estaría efectivamente comprendida dentro del ámbito de aplicación material del Reglamento; si es así, si puede considerarse que existe una «demanda formulada», y en caso positivo, cuándo ha de considerarse formulada (cuestiones prejudiciales primera a tercera). Para el caso de que la respuesta fuese negativa, se plantean otras varias cuestiones que el TJ obvia en función de las respuestas que da a las tres primeras y que nosotros igualmente obviamos.

4. La respuesta a la primera cuestión prejudicial es simple y previsible. Existen ya numerosos precedentes (casos *Sonntag* o *Krombach*, entre otros) y datos (arts. 1, 5.4 del Reglamento) que la avalan: inclusión de la denuncia con personación como acción civil a los efectos de obtener una indemnización pecuniaria por el perjuicio alegado. Otro tanto ocurre con la respuesta a la segunda cuestión, que el TJ reconduce a saber si concurre la triple identidad exigida por el art. 27 del Reglamento. La

tradicional jurisprudencia del citado TJ conduce claramente a afirmar la identidad de objeto, causa y partes.

5. La tercera cuestión (cuándo se considera presentada la demanda) puede ser más trascendente en función de cómo se configure el ejercicio de la acción civil en el proceso penal. De hecho el problema que subyace a la segunda cuestión prejudicial está vinculado más con el momento (dentro de la instrucción penal) que con la idea de triple identidad. Los precedentes aludidos sobre la responsabilidad civil derivada del ilícito penal eran claros y el tema se resuelve de forma simple. Sin embargo, la solución uniforme del art. 30 del Reglamento parece descansar más sobre los distintos modelos procesales de los Estados miembros previstos para los procedimientos civiles (véase punto 57 de la sentencia), que para las situaciones de acciones civiles en procedimientos penales. El TJ la interpreta de forma natural a la luz de las circunstancias del caso que, recordemos, parte de una denuncia con personación como actor civil en la que ya se detallaban los hechos, los demandados y la reclamación pecuniaria que se reclamaba. Como según el Derecho nacional aplicable (belga) no era preciso notificar el escrito a los demandados antes de la presentación, la fecha clave es la de formulación de la denuncia.

6. Nada que objetar, salvo que la cuestión puede que no esté tan clara en otros supuestos o, si lo está, puede que no responda totalmente a la finalidad de la regla. La razón de la litispendencia se cifra por el TJ en reducir al máximo la posibilidad de procedimientos paralelos y evitar que se dicten resoluciones inconciliables. Para esta última bastaría con que uno de los procedimientos no continúe o con esperar a que el primero que concluya sirva para frenar el inconcluso. Pero el elemento cronológico es algo más que una forma de decidir. Que sea el primer tribunal llamado el que tenga la prioridad es un elemento que combate los comportamientos oportunistas del demandado. En el caso, el demandante tuvo la posibilidad de elegir el momento y el tribunal y así se lo reconoce el TJ. Sin embargo, en otras ocasiones la acción civil se planteará de forma más compleja.

En el sistema procesal español puede ser ejercitada en el proceso penal por el Ministerio Fiscal o por el perjudicado; y, cuando correspondiere, será ejercitada en todo caso por el primero si el segundo no la reserva para su ejercicio en el correspondiente procedimiento civil. Esta legitimación ya nos plantea una cuestión de valorar, por ejemplo, si existe identidad de partes cuando en el proceso penal español la acción civil la ejerce el Ministerio Fiscal y en el proceso incoado en otro Estado miembro el concreto perjudicado (o el causante del daño contra el perjudicado persiguiendo una declaración de no responsabilidad). Identidad que, a mi juicio, debería negarse. Pero también abre la puerta a otro tipo de supuestos.

Cuando es el Ministerio Fiscal el que procede a su ejercicio, este tiene lugar tras la conclusión de la instrucción, en el momento de la calificación (aunque también se ha defendido que dicho momento sería cuando dicha calificación se eleva a definitiva en el acto del juicio penal). En todo caso, se trata de momentos en los que una instrucción está en curso. Cuando el procedimiento comienza por querrela o denuncia de ofendido o perjudicado (cierta analogía con el caso conocido por el TJ), tampoco puede entenderse que es ese el momento de «presentación de la demanda» a efectos de litispendencia. Se trata de un acto de activación potencial de una instrucción. Sí cabría pensar en el momento de su posterior admisión a trámite, que ha sido considerado como momento crítico en materia de prejudicialidad penal en el proceso civil. Pero tampoco es esta una conclusión que se acomode a las exigencias de la litispendencia que analizamos a la luz del contenido típico de la querrela (arts. 277 y ss. LECrim) y menos aún de la denuncia (arts. 251 y ss. LECrim).

El denominador común de las situaciones anteriores es que los momentos de ejercicio de la acción civil no son necesariamente el primer momento procesal en el que la controversia (contemplada esta en términos generales) aflora. El causante del daño, alertado por la apertura del procedimiento penal, puede plantearse buscar un distinto tribunal competente para discutir la responsabilidad civil, y ello podría paralizar su ejercicio en el procedimiento penal. Si el dañado tiene interés en que conozca el juez penal de la posible responsabilidad civil (o un juez civil, mediante la reserva de acción civil) tiene que tener en cuenta este dato y no acogerse a la tradicional comodidad que el procedimiento penal ofrece en cuanto a la proposición y práctica de prueba y los costes procesales. Tiene que estar alerta y, para curarse en salud, valorar si le conviene ya interponer la acción civil ante el tribunal competente.

Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ  
 Universidad de Santiago de Compostela  
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.68.1.2016.3b.03>

### 1.3. Competencia judicial internacional: Reglamento 2201/2003

2016-4-Pr

**COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.—Reglamento Bruselas II bis.—Responsabilidad parental.—Ámbito de aplicación material.—Sumisión expresa.—Comparecencia mediante mandatario *ad litem*.**

Preceptos aplicados: arts. 1.1.*b*) y 12.3.*b*) Reglamento Bruselas II bis.

**Sentencia TJUE (Sala 4.<sup>a</sup>), de 15 de octubre de 2015, asunto C-215/15, *Vasilka Ivanova Gogova y Ilia Dimitrov Iliev*.** Ponente: Sra. K. Jürimäe.

**F.: *curia.europa.eu*.**

[...] 1) *Está incluida en el ámbito de aplicación material del Reglamento núm. 2201/2003, del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1347/2000, la acción por la que uno de los progenitores solicita al juez que supla la falta de consentimiento del otro progenitor al viaje de su hijo menor de edad fuera del Estado miembro en que este reside y a la expedición de un pasaporte a su nombre, incluso en el caso de que la resolución judicial que se dicte al término de dicha acción deba ser tenida en cuenta por las autoridades del Estado miembro del que el menor es nacional en el procedimiento administrativo de expedición de ese pasaporte.*

2) *El artículo 12, apartado 3, letra b), del Reglamento núm. 2201/2003 debe interpretarse en el sentido de que la competencia de los tribunales para conocer de una demanda en materia de responsabilidad parental presentada ante ellos no puede considerarse «aceptada expresamente o de cualquier otra forma inequívoca por todas las partes en el procedimiento», en el sentido de dicha disposición, por el simple motivo de que el mandatario *ad litem* que representa al demandado, designado de oficio por esos tribunales ante la imposibilidad de notificar a este último el escrito de demanda, no haya alegado la falta de competencia de los citados tribunales.*

**Nota.** 1. Una mujer búlgara solicita a un juzgado del Estado de su nacionalidad autorización para expedir un pasaporte a su hija (búlgara), debido a que el padre,

también búlgaro, no la concede. Como consecuencia, el juzgado plantea tres cuestiones prejudiciales al TJUE. La primera versa sobre el ámbito material del 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 (CE) núm. 1347/2000 (DO L 228, de 23 de diciembre de 2003, en adelante Reglamento Bruselas II bis o RBII bis), esto es, sobre la aplicación de este instrumento a la determinación de la competencia judicial internacional en el supuesto (*infra* 2); las otras dos cuestiones se reducen a una, relativa a la interpretación del foro de la sumisión expresa dispuesto en el art. 12.3.b) RBII bis (*infra* 3). Interesa indicar que la menor reside en Milán con su madre, que ejerce la custodia de forma efectiva desde que se rompió la convivencia con el padre; y que las relaciones entre este, también residente en Italia, y la niña se limitan a visitas cada dos o tres semanas. Ello no obstante, el Código de Familia de Bulgaria exige acuerdo entre ambos progenitores para la expedición del pasaporte, y prevé la necesidad de acudir la autoridad judicial (búlgara) del domicilio de la menor para que decida si tal acuerdo no concurre.

2. La primera cuestión prejudicial obliga al TJUE a determinar si la solicitud dirigida a la autoridad búlgara para que autorice la renovación del pasaporte y un viaje al extranjero es «materia civil», y si forma parte de las «medidas de responsabilidad parental» a que refiere el art. 1.1.b) RBII bis. Y el Tribunal responde de forma afirmativa, en la línea de sus resoluciones previas, en las que siempre ha adoptado una interpretación amplia [véase STJUE (Gran Sala) de 27 de noviembre de 2007, asunto C-435/06, C., y Nota de RODRÍGUEZ PINEAU, E., en *REDI* 2007-19-Pr; STJUE (Sala 3.<sup>a</sup>) de 2 de abril de 2009, asunto C-523/07, A.; STJUE (Sala 2.<sup>a</sup>) de 26 de abril de 2012, asunto C-92/12, *Health Service Executive y S. C., A. C.* y Notas de ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., en *REDI*-2012-22-Pr y DURÁN AYAGO, A., en *AEDIPr*, t. 12, 2012, pp. 953-960].

Ciertamente, en atención a la necesaria interpretación autónoma del concepto «materia civil», el TJUE insiste en que este puede abarcar también cuestiones de Derecho público. No obstante, en lugar de aportar criterios que ayuden en esta calificación (¿qué son, entonces, «materias civiles» a efectos de la aplicación del RBII bis?), reconduce el concepto a «todas las demandas, medidas o resoluciones en materia de responsabilidad parental» (véase § 26). Así, parece que a juicio del TJUE lo importante es, únicamente, determinar si la medida lo es sobre «responsabilidad parental». Al respecto, recuerda que no cabe entender la enumeración del art. 1.2 RBII bis como exhaustiva (véase § 27) y que es preciso atender al objeto de la demanda (véase § 28). De esta forma, en el caso en concreto, a la luz de dicho objeto, esto es, analizando en qué consiste la medida controvertida, afirma que pertenece a la responsabilidad parental «tal y como se define en el art. 2.7 RBII bis» (véase § 29 de la sentencia). No explicita, empero, las razones que fundamentan esta aseveración, como tampoco explica por qué ignora la argumentación del AG (véanse Conclusiones del Abogado General Sr. Paolo Mengozzi, presentadas el 10 de septiembre de 2015), partidario de incluir la medida en la definición del derecho de visita contenida en el art. 2.10 RBII bis, que abarca las medidas referidas al derecho de trasladar a un menor a un lugar distinto al de su residencia habitual durante un periodo de tiempo limitado.

3. En la medida en que resulta de aplicación la normativa institucional, se ha de partir de que el art. 8 RBII bis dispone la competencia general de las autoridades del EM donde tenga su residencia habitual el/la menor. La autorización, por consiguiente, debería solicitarse, en principio, en Italia. Pero el art. 12.3 RBII bis contempla un foro alternativo, basado en la *prorogatio fori*, para demandas centradas exclusivamente en

la responsabilidad parental, esto es, no vinculadas a otra sobre el vínculo matrimonial. En virtud de este precepto, las partes podrían someter la controversia a las autoridades de otro EM (en este caso, de Bulgaria), si la menor está estrechamente vinculada a esas autoridades y siempre que la competencia sea aceptada «expresamente o de cualquier forma inequívoca por todas las partes en el procedimiento en el momento de presentar el asunto ante el órgano jurisdiccional y la competencia responda al interés superior del menor». La primera condición concurre en el supuesto, ya que la menor es nacional del EM ante el que se presenta la demanda; pero la segunda no, toda vez que, a juicio del Tribunal, no cabe deducir aceptación de la competencia por parte del padre, que no compareció en el procedimiento. En efecto, esta incomparecencia obligó a la autoridad búlgara a nombrar un mandatario *ad litem*, que no impugnó la competencia judicial internacional (véase § 41); pero, tal y como ya había afirmado el TJUE en el marco de la interpretación del Reglamento Bruselas I (Reglamento núm. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil, *DO* L 12, de 16 de enero de 2001), no cabe entender que el representante pueda someterse a una autoridad sin que el representado esté al corriente. La sumisión del mandatario, pues, no es sumisión de la parte a la que representa: véase la STJUE (Sala 5.<sup>a</sup>) de 11 de septiembre de 2014, asunto C-112/13, *A. c. B y otros* (véase, sobre esta decisión, la Nota de ORÓ MARTÍNEZ, C., en *REDI-2015-7-Pr* y el trabajo de SÁNCHEZ BARRILAO, J. F. y SÁNCHEZ LORENZO, S., «Sumisión tácita, derechos de defensa y competencia judicial internacional en las redes de la cuestión de inconstitucionalidad y de la cuestión pre-judicial», *La Ley-Unión Europea*, núm. 20, noviembre 2014, pp. 5-15).

De esta forma, por una parte, el Tribunal descarta, una vez más, que quepa determinar los efectos jurídicos de los actos procesales del representante en aplicación de la ley del EM ante el que presenta el litigio: la eficacia de los actos del representante, a efectos de determinar si existe sumisión, debe determinarse con arreglo al Reglamento. Y, por otra parte, además refuerza la interpretación restrictiva que precisa el foro del art. 12.3.b) RBII bis, al tratarse de un foro que exceptúa el criterio de proximidad basado en la autonomía de la voluntad, por lo que no caben presunciones en lo que respecta a su concurrencia.

Como no hay sumisión, el TJUE no entra en una última cuestión, cual es si, tal y como el Reglamento exige (véase *supra*), la competencia responde(ría) al interés de la menor. Pero cabe finalizar avanzando una posible respuesta. Al efecto, se ha de partir de que el art. 12.4 RBII bis dispone una presunción sobre cuándo se entiende que la competencia basada en la *prorrogatio fori* es en beneficio del/la menor, que es cuando tiene su residencia habitual en el territorio de un tercer Estado que además no sea parte del Convenio de La Haya de 1996. Pero, como quiera que esta presunción no concurre en el supuesto, resulta preciso analizar *in casu* tal interés, teniendo presente que debe funcionar como «dique de contención» (cfr. ORÓ MARTÍNEZ, C., *loc. cit.*, p. 253) esto es, para que la autoridad a la que se someten las partes decline su competencia si considera que asumirla resultaría perjudicial para el/la menor. A este respecto, no creo conveniente deducir del hecho de que el/la menor tenga su residencia en otro EM que la aceptación de la competencia por las autoridades de otro EM sea contraria al interés del/la menor [véase, sin embargo, en este sentido, RAUSCHER, T., «Parental Responsibility Cases under the new Council Regulation “Brussels IIA”», *The European Legal Forum*, I-2005, pp. 37-45, p. 41, y FD 5 SAP de Barcelona (Sección 12.<sup>a</sup>) núm. 425/2011, de 21 de julio, JUR 2011/308012], pues tal deducción convertiría en exclusiva la competencia del art. 8 RBII bis, cuando ha sido voluntad del propio legislador articular otro foro basado en la autonomía de la voluntad (de interpretación,

eso sí, restrictiva). Es preciso atender a otros datos que podrían permitir afirmar la concurrencia de interés, como, por ejemplo, el hecho de que el asunto litigioso guarde cierta relación con el ejercicio del poder público, como ocurría en este caso.

Patricia OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS  
Universidad Complutense de Madrid  
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.68.1.2016.3b.04>

#### 1.4. Competencia judicial internacional: Reglamento 4/2009

2016-5-Pr

**COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.—Crisis matrimonial, Responsabilidad parental y obligación de alimentos respecto de menores de edad.—Accesoriadad de la demanda de alimentos a la acción de responsabilidad parental.**

Preceptos aplicados: art. 3, letras *c*) y *d*) del Reglamento (CE) núm. 4/2009.

**Sentencia del TJUE (Sala 3.<sup>a</sup>), de 16 de julio de 2015, asunto C-184/14, A y B.**  
Ponente: Sra. C. Toader.

**F.: *curia.europa.eu*.**

27. [...] *habida cuenta de la conjunción «o» que figura en el artículo 3, letras c) y d), del Reglamento [...], los criterios de atribución de competencia establecidos en dichos preceptos se excluyen mutuamente o si esta conjunción significa que los jueces competentes para conocer de la acción de separación judicial y de la acción relativa a la responsabilidad parental respectivamente pueden, tanto el uno como el otro, conocer válidamente de una demanda relativa a la obligación de alimentos a favor de los hijos menores de edad.*

28. [...] *tal cuestión se plantea únicamente si se considera que la demanda relativa a una obligación de alimentos a favor de un hijo menor de edad es accesoria tanto a una «acción relativa al estado de las personas» como a una «acción relativa a la responsabilidad parental» en el sentido de estas disposiciones, y no únicamente a una de estas acciones.*

29. [...] *procede determinar el alcance del concepto «demanda accesoria» que figura en el artículo 3, letras c) y d), del Reglamento.*

32. *Esta interpretación debe buscarse teniendo en cuenta el tenor de la disposición de que se trata, así como su contexto y el objetivo perseguido por la normativa en cuestión.*

48. [...] *el artículo 3, letras c) y d), del Reglamento [...] debe interpretarse en el sentido de que, cuando un órgano jurisdiccional de un Estado miembro conoce de una acción de separación o de ruptura del vínculo conyugal entre los padres de un hijo menor de edad y un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro conoce de una acción de responsabilidad parental en relación con ese menor, una demanda relativa a una obligación de alimentos a favor de ese hijo solo es accesoria a la acción relativa a la responsabilidad parental en el sentido del artículo 3, letra d), de dicho Reglamento.*

**Nota.** 1. La sentencia que se analiza se refiere a una demanda relativa a una obligación de alimentos a favor de hijos menores de edad, concomitante a un procedi-

miento de crisis matrimonial —separación de los padres, ambos nacionales italianos—, presentada en un Estado miembro distinto de aquel en el que los hijos tienen su residencia habitual (Londres). En el asunto de referencia se encuentran pendientes entre las partes dos demandas distintas en dos Estados miembros diferentes: por un lado, una acción sobre estado de las personas —la relativa a la separación judicial— incoada en Italia en virtud del art. 3.1.b) RBII bis y, por otro lado, otra acción referente a la responsabilidad parental respecto de los hijos en común, presentada en Londres al amparo del art. 8.1 RBII bis. En este contexto se plantea el carácter accesorio de las eventuales demandas de alimentos respecto las anteriores acciones, a los efectos de determinar, entre las jurisdicciones en presencia: los tribunales ingleses y los italianos, los competentes para conocer y resolver sobre estas en virtud del art. 3, letras c) y d) del Reglamento (CE) núm. 4/2009. Dentro del ámbito de aplicación de este instrumento europeo, la cuestión controvertida en cuanto a su aplicación se circunscribe únicamente a las acciones de alimentos ejercitadas frente al progenitor no custodio respecto de los hijos, no así respecto de las eventuales demandas de alimentos entre los ex cónyuges —quedando fuera de las cuestiones prejudiciales remitidas—. Desde esta perspectiva se plantea al Tribunal de Justicia cuál es el concreto alcance del concepto «demanda accesorio» que recoge el art. 3 en sus letras c) y d) del Reglamento, para que determine si en un caso como este en el que hay dos procedimientos pendientes en dos países miembros distintos —sobre estado de las personas y responsabilidad parental, respectivamente— es posible determinar la accesoriedad de la acción de alimentos a ambas acciones indistintamente y, por tanto, otorgar competencia a las dos jurisdicciones implicadas por igual para conocer y resolver, dejando a elección del demandante tal opción; o si por el contrario, únicamente puede determinarse la accesoriedad de la demanda de alimentos respecto de una de ellas, resultando supuestos excluyentes entre sí, y en este último caso cuál sería la acción de la que resultaría accesorio.

2. En principio, el tenor literal de este precepto en un caso como el que se analiza parece que permitiría al operador jurídico considerar que una eventual demanda relativa a una obligación de alimentos a favor de un hijo menor de edad puede entenderse accesorio tanto a la acción sobre la ruptura del vínculo matrimonial —procedimiento incoado ante la jurisdicción italiana— como a la acción sobre la responsabilidad parental —pendiente ante los tribunales ingleses—. De tal manera que, al considerarse que la demanda relativa a una obligación de alimentos a favor de los menores fuera accesorio tanto a la acción sobre la responsabilidad parental, en el sentido del art. 3, letra d), del Reglamento, como a la acción sobre el estado de las personas, en el sentido del art. 3, letra c), de dicho Reglamento, cabría presentar la acción de alimentos ante cualquiera de estas jurisdicciones a elección del demandante. No obstante, en su labor interpretativa el TJUE no se puede ceñir exclusivamente al tenor literal del precepto a aplicar —que en este caso tampoco es inequívoco—, sino que existen otros referentes hermenéuticos que debe seguir según su propia jurisprudencia, como son el objeto y el contexto de la norma (véase entre otras, STJUE de 2 de abril de 2009, C-523/07, § 34); criterios estos que se deducen expresa e implícitamente del propio Reglamento.

3. En lo que respecta al ámbito de decisión del tribunal del foro para determinar el alcance del concepto «demanda accesorio» para declarar su competencia en la materia, el Tribunal de Justicia se muestra rotundo: no cabe calificación *ex lege fori* (§ 30). Una cosa es que los tribunales nacionales tengan reconocida su eventual competencia judicial internacional para conocer de la acción sobre crisis matrimonial o sobre responsabilidad parental —fundamentando su competencia en el RBII bis

aunque no se mencione expresamente, descartándose así la remisión a las reglas de competencia del Derecho nacional (véase RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M.<sup>a</sup> A., «La regulación del Reglamento 4/2009 en materia de obligaciones de alimentos: competencia judicial internacional, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de sentencias», *REEI*, 2010, núm. 19, p. 13)—, respecto de la cual pueda declararse la accesoriedad de una eventual demanda sobre alimentos en virtud de las letras *c*) y *d*) del art. 3 del Reglamento, respectivamente, y otra cosa muy distinta es entender que contiene una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar el sentido y el alcance de esta disposición. La referencia expresa a la ley del foro recogida en este precepto no significa que el alcance del concepto «demanda accesoría» pueda dejarse a la apreciación de los órganos jurisdiccionales de cada Estado miembro en función de su Derecho nacional, sino que se exige una interpretación autónoma y uniforme que debe realizarse en función del contexto y el objetivo perseguido por el instrumento en cuestión, en aras de garantizar una aplicación uniforme del Derecho de la Unión (véase entre otras, STJUE de 30 abril de 2014, C-26/13, *Kásler y Káslerné Rábai*, § 37). Por lo que a los objetivos perseguidos se refiere, la labor hermenéutica de esta norma exige la atribución de un significado autónomo e inequívoco de los términos que aparecen en ella, entre otras razones para garantizar la no discriminación entre situaciones similares, así como el respeto de los mismos derechos y obligaciones para las partes con independencia del foro, facilitando de esta manera por tanto el cobro de los alimentos, que es uno de los objetivos de este instrumento (véase ESPINOSA CALABUIG, R., «Las obligaciones alimenticias hacia el menor y su relación con la responsabilidad parental: los Reglamentos 4/2009 y 2201/2003», en BARUFFI, C. y CAFARI PANICO, R., *Le nuove competenze comunitarie. Obbligazioni alimentari e successioni*, Cedam, 2009, p. 71), junto con la buena administración de justicia (considerando 15), de la cual se deduce que el tribunal mejor posicionado para conocer en este caso sería el de residencia habitual de los menores (acreedores de alimentos). En lo que respecta al contexto, de este deviene la necesidad de tomar en consideración el interés superior del menor en la interpretación del art. 3, lo que se deduce del propio instrumento por varios motivos. En primer lugar, y en general para todo el Reglamento, por referencia expresa al Convenio de La Haya de 2007 (considerando 8) en el que este criterio tiene consideración primordial en todas las medidas concernientes a los niños (véase DUNCAN, W., «The New Hague Convention of 23 November 2007 in the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance», en *Yearbook of Private International Law*, vol. X, 2008, pp. 313-332). En segundo lugar, en concreto para este precepto, por la distinción de supuestos de hecho que el art. 3 realiza tomada directamente de las disposiciones del RBII bis (siguiendo el objetivo marcado en su considerando 5), en el que en materia de responsabilidad parental las reglas de competencia han sido concebidas en función del interés superior del menor —y la recta administración de justicia— (considerando 12).

4. La necesidad de tomar en consideración el interés superior del menor, así como los objetivos perseguidos por el art. 3 del Reglamento y del contexto en el que este se inscribe, determina que solo puede considerarse accesoría a la acción en materia de responsabilidad parental. En consecuencia, el Tribunal de Justicia sentencia que cuando un órgano jurisdiccional de un Estado miembro conoce de una acción de separación o de ruptura del vínculo conyugal entre los padres de un hijo menor de edad y un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro conoce de una acción de responsabilidad parental en relación con ese menor, una demanda relativa a una obligación de alimentos a favor de ese hijo solo es accesoría a la acción relativa a la responsabilidad parental en el sentido del art. 3, letra *d*), del Reglamento. De esta

manera, el Tribunal de Justicia determina la accesoriedad de la demanda de alimentos en función del acreedor de dicha obligación y la especial protección que ha de profesar a los menores, mediante la incorporación del criterio interés superior del menor como valor como referente hermenéutico en su jurisprudencia (fundamentando esta aproximación en la obligación derivada del art. 24, apdo. 2 de la CDFUE).

Clara Isabel CORDERO ÁLVAREZ  
 Universidad Complutense de Madrid  
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.68.1.2016.3b.05>

### 1.5. Reconocimiento y ejecución de resoluciones: Reglamento 2201/2003

2016-6-Pr

**EJECUCIÓN EN UN ESTADO MIEMBRO DE UNA MULTA COERCITIVA PARA GARANTIZAR EL DERECHO DE VISITA.—Competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.—Materias excluidas.—Derecho de familia.—Competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de responsabilidad parental.—Ejecución de la multa coercitiva.**

Preceptos aplicados: arts. 1, apdo. 2, y 49 del Reglamento (CE) núm. 44/2001; arts. 26, 28, apdo. 1, 41, apdo. 1, 47, apdo. 1, del Reglamento (CE) núm. 2201/2003.

**Sentencia del TJUE (Sala 1.<sup>a</sup>), de 9 de septiembre de 2015, asunto C-4/14, *Christophe Bohez c. Ingrid Wiertz*. Ponente: M. Berger.**

**F.: [curia.europa.eu](http://curia.europa.eu).**

1) *El artículo 1 del Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, debe interpretarse en el sentido de que ese Reglamento no se aplica a la ejecución en un Estado miembro de una multa coercitiva impuesta en una resolución, dictada en otro Estado miembro, relativa al derecho de custodia y al derecho de visita para garantizar el respeto de dicho derecho de visita por el titular del derecho de custodia.*

2) *El cobro de una multa coercitiva impuesta por el juez del Estado miembro de origen que resolvió sobre el fondo en lo relativo al derecho de visita para garantizar la efectividad de ese derecho forma parte del mismo régimen de ejecución que la resolución sobre el derecho de visita que dicha multa coercitiva garantiza y esta debe, por ello, ser declarada ejecutiva conforme a las reglas establecidas por el Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1347/2000.*

3) *En el marco del Reglamento núm. 2201/2003, las resoluciones extranjeras que condenen al pago de multas coercitivas solamente pueden ejecutarse en el Estado miembro requerido cuando su cuantía haya sido fijada definitivamente por los tribunales del Estado miembro de origen.*

**Nota.** 1. La sentencia objeto del presente comentario responde a una petición de decisión prejudicial, que afecta a la interpretación de los arts. 1, apdo. 2, y 49 del

Reglamento 44/2001 (en adelante, RBI) y de los arts. 47, apdo. 1, y 28 del Reglamento 2201/2003 (RBII bis), en el marco de un litigio sobre la ejecución en Finlandia de una multa coercitiva, impuesta por un tribunal belga, para garantizar el respeto del derecho de visita. El *Korkein oikeus* (Tribunal Supremo) de Finlandia planteó al TJUE cinco cuestiones prejudiciales exhaustivamente analizadas por el TJUE y de las cuales tres de ellas, por constituir el núcleo decisorio, son objeto del presente comentario. Esta nota analiza, en primer lugar, la cuestión prejudicial relativa al instrumento legal aplicable a la ejecución en otro Estado miembro de multas coercitivas que garantizan el derecho de visita; en segundo lugar, la cuestión sobre el procedimiento de ejecución a seguir para hacer valer la multa coercitiva en otro Estado de la UE; y, en tercer lugar, aquella relativa a la fijación de la cuantía definitiva de la multa por el juez de origen como condición imprescindible para la ejecución transfronteriza de la multa coercitiva.

2. La primera cuestión afecta a la determinación de si el art. 1 RBI debe interpretarse en el sentido de que el RBI se aplica a la ejecución en un Estado miembro de una multa coercitiva impuesta para garantizar el respeto del derecho de visita por parte del titular del derecho de custodia. El TJUE recuerda de forma didáctica y bien fundamentada las cuestiones más básicas del ámbito de aplicación material del RBI, que se limita a la «materia civil y mercantil», determinándose esta esencialmente en atención a los rasgos que caracterizan la naturaleza de las relaciones jurídicas entre las partes del litigio o el objeto de este, en definitiva, de la naturaleza del derecho subjetivo cuya violación hizo que se ordenase la ejecución (véase STJUE de 18 de octubre de 2011, *Realchemie Nederland BV c. Bayer CropScience AG*, asunto C 406/09, apdos. 39 y 42 y jurisprudencia citada, y Nota de DE MIGUEL ASENSIO, P., en *REDI*, vol. LXIV, 2012, pp. 180-184), en nuestro caso, de la condena al pago de una multa coercitiva, impuesta por un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro para garantizar el derecho de visita. Consecuente con ello, el TJUE examina la finalidad de la multa coercitiva en cuestión, entendiendo que es la de ejercer presión económica sobre la persona que tiene la custodia para que coopere en la aplicación del derecho de visita, argumentando, en consecuencia, que su naturaleza queda fuera del ámbito de aplicación del RBI [art. 1, apdo. 2, letra a)], siendo de aplicación, sin embargo, el RBII bis, cuyo ámbito material incluye expresamente el derecho de visita [art. 1, apdo. 2, letra a)]. Por esta razón básica, el TJUE declara acertadamente que la multa coercitiva cuya ejecución se solicita en el asunto principal es una medida accesoria que pretende garantizar la salvaguarda de un derecho que no forma parte del ámbito de aplicación del RBI sino del RBII bis, aclarando que este último Reglamento es el aplicable a la ejecución en un Estado miembro de una multa coercitiva fijada en una resolución de otro Estado miembro, en materia de derecho de visita, con el fin de garantizar el respeto a tal derecho.

3. En relación con el procedimiento de ejecución a seguir para el cobro de este tipo de multas coercitivas en otro Estado, para el TJUE lo esencial es determinar si la multa, impuesta por el juez del Estado miembro de origen que resolvió sobre el fondo del derecho de visita forma parte del procedimiento de ejecución del derecho de visita, rigiéndose en consecuencia por el Derecho nacional, como indica el art. 47, apdo. 1, RBII bis o, por el contrario, forma parte del mismo régimen que el derecho de visita que dicha multa garantiza, debiendo, en tal caso, declararse ejecutivo según las reglas establecidas en el RBII bis. Respondiendo a ello, el TJUE recuerda que el principio de «reconocimiento mutuo de las resoluciones relativas al derecho de visita ha sido identificado como una prioridad en el marco del espacio judicial de la UE» y que la especialidad de estas cuestiones obliga a conceder un régimen de ejecución específico,

menos estricto y automático, recogido en los arts. 28, apdo. 1, y 41, apdo. 1, que se fundamenta en el principio de confianza mutua que impide una revisión del fondo del asunto (art. 26). Esta cuestión planteada es relevante para la práctica internacional atendiendo a criterios de efectividad de estas medidas y habida cuenta del vacío legal existente hasta la fecha por no existir un precepto específico en el RBII bis sobre la ejecución de multas coercitivas que entren en su ámbito de aplicación. El TJUE clarifica adecuadamente la aplicación del RBII bis a la ejecución de este tipo de multas atendiendo a su finalidad y a los objetivos del mencionado Reglamento. Entiende el TJUE que pese a que el RBII bis no incluye una norma sobre la multa coercitiva, como sí hiciera el RBI (y hace el actual RBI bis), «no puede deducirse que la intención del legislador fuera excluir la ejecución de la multa coercitiva del ámbito de aplicación del RBII bis, dado que contribuye al respeto de las resoluciones dictadas en cumplimiento del mismo en materia de derecho de visita, y ello forma parte del objetivo de efectividad que persigue el RBII bis». A la vista de todo lo anterior, el TJUE establece de forma acertada que la multa coercitiva controvertida en el litigio principal tiene carácter accesorio respecto de la obligación principal que garantiza, siendo indudable en consecuencia que la ejecución de estas multas está directamente vinculada tanto a la existencia de la mencionada obligación principal cuanto a su incumplimiento: por tanto, la multa coercitiva impuesta no puede considerarse de forma aislada como una obligación autónoma, sino de manera indisoluble al derecho de visita que garantiza y debe regirse por el mismo régimen de ejecución que el derecho de visita, a saber, por los arts. 28, apdo. 1, y 41, apdo. 1, RBII bis.

4. La última de las cuestiones relevantes tratadas en esta sentencia, y también de gran trascendencia práctica, despeja la duda sobre si en virtud del RBII bis las resoluciones extranjeras que condenan al pago de multas coercitivas solo pueden ejecutarse en el Estado requerido cuando la cuantía haya sido fijada definitivamente por los tribunales del Estado de origen. Son bien conocidas las diferencias existentes entre las distintas legislaciones de los Estados miembros; así, como la propia sentencia subraya, entre el Derecho finlandés y el Derecho belga. Consciente de ello, el TJUE recuerda que fue precisamente para evitar las dificultades derivadas de las divergencias legislativas de los Estados miembros sobre multas coercitivas por lo que se añadió el precepto específico sobre tales multas en el Convenio de 27 de septiembre de 1968, cuyo contenido se mantiene en el RBI (y RBI bis), imponiendo que para la ejecución de tales multas la cuantía haya sido fijada definitivamente por los tribunales del Estado de origen. Ante la ausencia de un precepto similar en el RBII bis el TJUE coincide con los argumentos del Abogado General M. Szpunar en el punto 81 de sus conclusiones, afirmando que «la exigencia de solicitar, antes de la ejecución, la liquidación de la multa coercitiva está en sintonía con el carácter sensible que presenta el derecho de visita en el RBII bis». Por esta razón, afirma acertadamente el TJUE, siguiendo dichos argumentos, que, si el titular del derecho de visita reconocido en un Estado miembro solicita la ejecución en otro Estado de una multa coercitiva cuya cuantía definitiva no ha sido fijada por el juez de origen, sería contrario al sistema establecido por el RBII bis, al permitir al juez del Estado de ejecución intervenir en la fijación de la cuantía final. Y ello porque, tal y como argumenta el TJUE, dicha fijación implica un control de los incumplimientos alegados por el titular del derecho de visita, control que es de vital importancia para el interés superior del menor e implica el examen de las razones que dieron lugar a dichos incumplimientos. En consecuencia, como explica el TJUE, únicamente el juez del Estado de origen puede llevar a cabo tales apreciaciones, concluyendo que las resoluciones extranjeras que condenan al pago de multas coercitivas únicamente pueden ejecutarse en el Estado miembro

requerido cuando su cuantía haya sido fijada definitivamente por los tribunales del Estado miembro de origen. En conclusión, nos encontramos ante una sentencia bien construida que arroja luz sobre tres aspectos de gran trascendencia práctica para la aplicación del régimen de ejecución de las multas coercitivas vinculadas a materias comprendidas en el ámbito del RBII bis, clarificando el procedimiento de ejecución de estas multas, atendiendo al principio de confianza mutua y a los especiales objetivos del RBII bis, y facilitando la eficacia de las decisiones dictadas en materia de derecho de visita y de las medidas coercitivas vinculadas que lo garantizan, siempre que la cuantía haya sido fijada definitivamente por la autoridad competente del Estado de origen.

Lydia ESTEVE GONZÁLEZ

Universidad de Alicante

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.68.1.2016.3b.06>

2016-7-Pr

**RESPONSABILIDAD PARENTAL.—Traslado de menores.—Reconocimiento de sentencia extranjera estableciendo el derecho a decidir la residencia del menor.—Error en la utilización de las normas de competencia por el Tribunal de origen.—Orden público como motivo de denegación del reconocimiento.**

Preceptos aplicados: arts. 23.a) y 24 del Reglamento (CE) núm. 2201/2003.

**Sentencia del TJUE de 19 de noviembre de 2015, asunto C455/15 PPU, P y Q.**  
Ponente: Sra. A. Prechal.

**F.: *curia.europa.eu*.**

*El artículo 23, letra a), del Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1347/2000, debe interpretarse en el sentido de que, cuando no exista una violación manifiesta, habida cuenta del interés superior del menor, de una norma jurídica considerada esencial en el ordenamiento jurídico de un Estado miembro o de un derecho reconocido como fundamental en ese ordenamiento jurídico, dicha disposición no permite al órgano jurisdiccional de ese Estado miembro que se considera competente para resolver sobre la custodia de un menor denegar el reconocimiento de la resolución de un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro que ha resuelto sobre la custodia de dicho menor.*

**Nota.** 1. Los hechos que dan origen a la sentencia que anotamos son comunes en buena parte de los traslados de menores de un Estado a otro por parte de uno de sus padres (padre o madre), quedando del otro en el país de la anterior residencia. Aún así, merecen describirse para poder entender la cuestión jurídica. Padre y madre son pareja residente en Lituania desde 1997; tuvieron un hijo en 2000; se divorciaron por sentencia de un Tribunal lituano en 2003; se trasladaron a vivir a Suecia en 2005; en 2006, el mismo tribunal lituano que había decretado el divorcio decretó que la residencia del único hijo (entonces de seis años de edad) quedara fijada en el domicilio de la madre, aunque la custodia correspondía a ambos. En 2009 nació un segundo hijo ya en Suecia. Remarca el TJ que ambos niños hablan sueco y están escolarizados en Suecia donde vive la mayor parte de las personas que conocen.

En 2013 las autoridades suecas dictaron una orden de alejamiento del padre respecto de la madre y los hijos. En 2014 la madre se trasladó a Lituania con sus hijos, los inscribió en el Registro civil y solicitó ante un tribunal lituano medidas provisionales (en el marco de un procedimiento sobre el fondo) sobre la residencia, la custodia del hijo menor y alimentos para ambos. Días después el padre solicitó ante un tribunal sueco la custodia de sus hijos en exclusiva; también pidió ante las autoridades suecas la restitución de los dos hijos de acuerdo con el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Los tribunales lituanos rechazaron el retorno sobre la base del art. 13 del referido Convenio (parece que por considerar que el traslado no habría sido ilícito al no ejercer el padre de forma efectiva la custodia en el momento del traslado). El 18 de febrero de 2015, un Tribunal lituano determinó que la residencia del hijo menor debía fijarse en el domicilio de la madre y condenó al padre a pagar alimentos a los dos hijos. Esta es la resolución cuyo reconocimiento en Suecia —pendiente aún el procedimiento sueco sobre el fondo de la custodia— da origen a la cuestión prejudicial. Previamente el padre había obtenido una resolución *provisional* en Suecia atribuyéndole la custodia de su hijo menor en exclusiva. El padre se opone al reconocimiento en Suecia de la sentencia lituana por considerarla contraria al orden público sueco. Para dotar de contenido a este orden público, hace hincapié en que el tribunal lituano se habría declarado competente en virtud del art. 15 del Reglamento 2001/2003, incurriendo en un manifiesto error. Ciertamente, la alegación de contrariedad con el orden público es más genérica, aunque el «argumento» principal es este vinculado al control de la competencia del juez de origen.

2. El TJ liquida la cuestión de forma sumaria. Ciertamente la propia elevación de la cuestión prejudicial no deja de llamar la atención: un tribunal sueco se pregunta si la sentencia lituana puede ser contraria al orden público sueco cuando, tan solo se pronuncia —en lo que aquí interesa— sobre el derecho de la madre a determinar la residencia del hijo menor (el padre había desistido de cualquier pretensión sobre el hijo mayor) en un contexto en el que existía una orden de alejamiento del padre respecto de la madre y los hijos (si bien es cierto que —cosas de este tipo de asuntos— había atribuido provisionalmente al mismo padre la custodia del hijo menor). Para apuntalar lo llamativo de la cuestión, se alude a la falta de competencia del juez lituano como un elemento integrante del orden público en función de una interpretación excesivamente literal y extravagante de lo dispuesto en el art. 24 del Reglamento.

3. Respecto del orden público en general, el TJ adopta una perspectiva clásica y consistente con su práctica anterior (apdos. 37 y ss.) en la que tras recordar que no le corresponde establecer el contenido del orden público sueco, pero sí los límites dentro de los cuales este puede operar (véase sobre el alcance y operatividad de este principio ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «¿Orden público europeo versus orden público internacional de cada Estado?», *La gobernanza del interés público global, XXV Jornadas de Profesores de Derecho internacional y relaciones internacionales*, Madrid, 2015, pp. 146-181, pp. 163 y ss.) hace una descripción de lo que han de ser esos límites en relación con el art. 23.a) del Reglamento: solo será operativo el orden público cuando el reconocimiento de la sentencia extranjera suponga una «violación manifiesta, habida cuenta del interés superior del menor, de una norma jurídica considerada esencial en el ordenamiento jurídico del Estado requerido o de un derecho reconocido como fundamental en este ordenamiento». Y, continúa el TJ, de los autos no se desprende que exista ni esa norma ni ese derecho fundamental que pudieran ser menoscabadas por el reconocimiento.

4. En relación con la vinculación entre el orden público y el control de la competencia del juez lituano la respuesta del TJ es igualmente simple, si bien, en este caso, lo llamativo está en la pregunta, que parte de la alegación del padre en virtud de lo dispuesto en el art. 24 del Reglamento. Aquí se señala que no podrá procederse al control de la competencia del juez de origen y que el criterio del orden público no podrá aplicarse a las normas de competencia establecidas en los arts. 3 a 14, *pero que no se excluye al art. 15*, en el que el Tribunal lituano basó su competencia. El formalista argumento del padre es que el orden público sí podría servir para rechazar el reconocimiento de la sentencia extranjera cuando el juez que la dictó hubiese infringido dicho art. 15 (*inclusio unius, exclusio alterius*). El estrecho marco de esta nota me impide abundar en la incoherencia del argumento del padre desde el punto de vista de lo que significa realmente el control de la competencia del juez de origen (más allá o al margen de que pudiera o no constituir una razón de orden público), por lo que me permitiré remitirme a otro lugar sobre tal aspecto (ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Traslado ilícito de menores, competencia judicial internacional y orden público», *La Ley Unión Europea*, 2016, pendiente de publicación cuando se redacta esta nota). El TJ tampoco profundiza en el tema. Lo liquida de una forma igualmente formal, señalando que en realidad el art. 15 del Reglamento lo que hace es completar el sistema de los arts. 8 a 14 del mismo, sin entrar en mayores aclaraciones. Lo cierto es que habiendo afirmado, como afirmó, que no existía vulneración de norma o derecho fundamental que pudiera menoscabar el reconocimiento el tema estaba liquidado. Incluso aun considerando que pudieran existir supuestos excepcionales en los que la incompetencia del juez de origen vulnera el orden público del foro (VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2.<sup>a</sup> ed., Cizur Menor, Thomson Civitas, 2007, pp. 613-614), ello no alivia el test de contradicción o, dicho con otras palabras, la mera incompetencia no es razón bastante.

5. La sentencia resuelve de forma previsible una cuestión prejudicial cuya mayor enjundia, a mi juicio, reside en los motivos que la suscitaron: probablemente la ausencia de un sistema lo suficientemente intuitivo para resolver las relaciones entre los diferentes tipos de procedimientos que se articulan en torno a un traslado internacional (lícito o no) de un menor; probablemente la idea de que el principio de confianza comunitaria (o europea) no puede aceptar una última palabra de los tribunales del Estado al que el menor ha sido desplazado, como idea fuerza que no se deja de repetir para describir de forma simple el paso adelante del Reglamento 2201/2003 respecto del Convenio de La Haya de 1980 —algo real pero que hay que contrastar con los datos de cada caso y, sobre todo, saber qué relevancia tiene en cada momento—; probablemente el hecho de que en todos estos supuestos el «supremo interés del niño» podría acabar por diluir cualquier tipo de andamiaje procedimental más o menos articulado.

Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ  
Universidad de Santiago de Compostela  
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.68.1.2016.3b.07>

## 1.6. Ley aplicable: Reglamento Roma II

2016-8-Pr

**COOPERACIÓN JUDICIAL EN MATERIA CIVIL.—Reglamento (CE) núm. 864/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, relativo a la ley apli-**

**able a las obligaciones extracontractuales (Roma II).—Art. 4.1 Roma II.—Conceptos de país en el que se produce el daño, daños y consecuencias indirectas del hecho dañoso.—Daños sufridos personalmente por un familiar de una persona fallecida en accidente de tráfico: consecuencias indirectas del hecho dañoso.—Ley aplicable.**

Preceptos aplicados: art. 4 Roma II.

**Sentencia del TJUE de 10 de diciembre de 2015, asunto C-350/14, Florin Lazar v. Allianz SpA.** Ponente: M. Safjan.

**F.: curia.europa.eu.**

*El art. 4.1 Roma II [...], debe interpretarse, a efectos de determinar la ley aplicable a una obligación extracontractual resultante de un accidente de tráfico, en el sentido de que los perjuicios relacionados con el fallecimiento de una persona en dicho accidente ocurrido en el Estado miembro del foro y sufridos por los familiares próximos de esta que residen en otro Estado miembro deben calificarse como «consecuencias indirectas» de ese accidente, en el sentido de dicha disposición.*

**Nota.** 1. Causado por un vehículo no identificado, una ciudadana rumana residente en Italia falleció en un accidente de tráfico ocurrido el 18 de mayo de 2012 en este país. Su padre, el Sr. Lazar, nacional rumano residente en Rumanía, reclama una indemnización de daños patrimoniales y no patrimoniales supuestamente sufridos *iure proprio*. La compañía aseguradora *Allianz S.p.A.* fue demandada en el procedimiento (art. 283.1 *Codice delle assicurazioni private*), como compañía designada por el *Fondo di garanzia per le vittime della strada*, organismo responsable de la indemnización de los daños causados por la circulación de vehículos no identificados. Intervinieron también la madre y la abuela de la víctima, ambas ciudadanas rumanas residentes en Italia, solicitando la indemnización de los daños patrimoniales y no patrimoniales sufridos *iure proprio* a raíz del fallecimiento de la víctima. El 10 de julio de 2014, el *Tribunale civile* de Trieste, órgano jurisdiccional remitente, duda de la interpretación del art. 4.1 Roma II en la parte que establece que «...la ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de un hecho dañoso es la del lugar donde se produce el daño...»: de ello depende el Derecho material aplicable a la existencia y el carácter indemnizable de los daños invocados por el demandante residente en Rumanía, Derecho italiano o Derecho rumano. Desde la óptica del Derecho italiano (arts. 20143 y 2059 CC italiano), el daño resultante del fallecimiento de un familiar es sufrido directamente por el familiar, tomando, en particular, la forma de una lesión a sus derechos de la personalidad, lo que supondría, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos europeos donde ese tipo de daño no recibe la misma calificación, dar la razón a un demandante que alega un perjuicio que, sobre la base de ese Derecho nacional, le es propio y que representa la consecuencia material del fallecimiento del miembro de su familia. En vista de ello, el Tribunal de Trieste cuestiona, básicamente, si el art. 4.1 Roma II debe interpretarse, a efectos de determinar la ley aplicable a una obligación extracontractual resultante de un accidente de tráfico, en el sentido de que los perjuicios patrimoniales y no patrimoniales relacionados con el fallecimiento de una persona en un accidente de ese tipo ocurrido en el Estado miembro del foro y sufridos por los familiares próximos de la víctima que tienen su domicilio en otro Estado miembro deben calificarse como «...daño(s)...» o como «...consecuencias indirectas...» de ese accidente, en el sentido de la citada disposición.

2. Invocando la interpretación autónoma de la que debe ser objeto toda disposición de Derecho de la UE que no contenga una remisión expresa al Derecho autónomo de los Estados miembros, como es el caso del art. 4.1 Roma II, y en orden a garantizar su aplicación uniforme en todos los Estados miembros (apdo. 37 STJUE de 30 de abril de 2014, *Kásler y Káslerné Rábai*), considera el Tribunal de Justicia (FFDD 21 y 30), siguiendo tanto su tenor literal como el contexto y los objetivos perseguidos por la normativa de la que forma parte (apdo. 35 STJUE de 16 de julio de 2015, *Lanigan*), que los perjuicios relacionados con el fallecimiento de una persona en un accidente de tráfico ocurrido en el Estado miembro del foro y sufridos por los familiares próximos a la víctima residentes en otro Estado miembro deben calificarse, a efectos de determinar la ley aplicable a una obligación extracontractual resultante de este hecho *ex* art. 4.1 Roma II, como *consecuencias indirectas* de ese accidente: por tanto, no son relevantes a la hora de concretar el *locus damni* como punto de conexión determinante de la ley aplicable del art. 4.1 Roma II.

3. El daño a considerar, a efectos de ley aplicable y en orden a identificar el lugar en el que dicho daño se produce, es el *daño directo* [FD 23; considerando 16 Reglamento Roma II; Propuesta Reglamento Roma II, COM (2003) 427 final, p. 12]: tras disponer el art. 2 Roma II que «...se entenderá por *daños* todas las consecuencias resultantes de un hecho dañoso...», el art. 4.1 Roma II opta a efectos de ley aplicable por la ley del país en el que se produce el *daño*, desechando, a diferencia del art. 7.2 Reglamento 1215/2012 regulador de la competencia judicial internacional en esta materia, el país en el que ocurre el hecho generador del daño, así como el país o países en los que se sufren las *consecuencias indirectas* de tal hecho. Y este daño directo, en el supuesto de un accidente de circulación, que es el caso que nos ocupa, lo conforman las heridas que provocaron el fallecimiento de la hija del Sr. Lazar, producidas, según consta, en Italia, y no los daños morales o patrimoniales sufridos por los parientes próximos a la víctima, ocurridos en Rumanía, que solo pueden ser calificados como consecuencias indirectas del accidente que fundamenta el litigio principal (FD 25). Se ajusta lo expuesto a lo determinado por el legislador europeo en el considerando 17 Reglamento Roma II cuando estima que, en caso de lesiones personales o daño a la propiedad, el país en el que se produce el daño directo se corresponde con aquel lugar donde se haya sufrido la lesión o se haya dañado la propiedad (en el Informe relativo a la Propuesta Reglamento Roma II, precisamente en relación con los accidentes de circulación, se estima que «...el lugar del daño directo es el de la colisión, independientemente de los posibles perjuicios financieros o morales que se produzcan en otro país...», *loc. cit.*, p. 12).

Identificada la ley aplicable a partir del *locus* del daño directo, a ella corresponde la tarea de determinar quiénes son las personas que pueden alegar el daño sufrido [art. 15.f) Roma II], esto es, será la ley aplicable determinada a partir de este daño directo la que establezca si los familiares próximos de la víctima pueden alegar los daños sufridos por ellos a raíz del accidente de la víctima. O, lo que es lo mismo, la ley designada determina también las personas que tienen derecho a que se les indemnice el daño que han sufrido personalmente, en concreto, si una persona distinta de la *víctima directa* puede obtener indemnización del daño moral (por ejemplo: aflicción causada por la muerte de un pariente) o económico (por ejemplo: el causado a los hijos o al cónyuge de un difunto) que se le ha causado «de rebote...», a raíz del daño sufrido por la persona lesionada [Comisión Europea en relación con el art. 11.g) Propuesta de Reglamento Roma II, *loc. cit.*, actual art. 15.f) Roma II].

4. Esta interpretación del art. 4.1 Roma II permite combatir la fragmentación de la ley aplicable, evitando el riesgo de que el daño indemnizable pueda descomponerse

en una multiplicidad de partes sujetas a una ley diferente en función de los lugares (residencia habitual) en los que las personas distintas de la víctima directa sufran daños (considerando 16 Reglamento Roma II). Además de aportar simplicidad y objetividad a la solución, en tanto que cuanto todos los daños alegados proceden, en realidad, de un mismo origen, favorece también el objetivo de previsibilidad de la ley aplicable: la persona cuya responsabilidad se alega está en condiciones de prever las consecuencias en otros países de su comportamiento o de los comportamientos de las personas de las que debe responder, al igual que la víctima es en principio consciente del marco normativo al que ella o sus bienes quedan expuestos [VON HEIN, J., «Art. 4», en CALLIESS, G. P. (ed.), *Rome Regulations: Commentary on the European Rules of the Conflict of Laws*, 2011, p. 402], lo que no sucede de pretender la aplicación de la ley del país donde el sujeto sufre un daño indirecto o donde lo sufren víctimas indirectas, circunstancias que el causante del daño no puede prever de manera razonable. Esta interpretación refuerza, asimismo, la neutralidad de un art. 4 Roma II que no se respetaría si los perjuicios patrimoniales para los causahabientes de una persona fallecida en un accidente de tráfico siempre se localizaran en el lugar de residencia de la víctima correspondiente, así como la idea de proximidad que da base al precepto: si bien no hay duda de que el lugar del accidente presenta vínculos incuestionables con los elementos constitutivos de la responsabilidad, no puede decirse lo mismo respecto del domicilio de la víctima indirecta (apdos. 76 y 77 Conclusiones Abogado General; por analogía, apdo. 21 STJCE de 11 de enero de 1990, *Dumez*).

Fiel al objetivo de coherencia que debe presidir la aplicación e interpretación de las normativas correspondientes a ley aplicable y a competencia judicial internacional (considerando 7 Reglamento Roma II), lo expuesto se ajusta a las líneas básicas perfiladas por la jurisprudencia del TJUE en relación con el art. 7.2 Reglamento 1215/2012 (anterior art. 5.3 Reglamento 44/CB 1968) regulador de la materia relativa a obligaciones no contractuales en sede de competencia judicial internacional. Así es en lo que respecta a la fundamentación del referido precepto con base solo en los daños directos (apdos. 14 y 15 STJCE de 19 de septiembre de 1995, *Marinari*; apdo. 20 STJCE de 10 de junio de 2004, *Kronhofer*; o STJUE de 28 de enero de 2015, *Kolasa*, que no consideran *lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso* el «...lugar en el que la víctima alega haber sufrido un perjuicio patrimonial debido a un daño inicial sobrevenido y sufrido por ella en otro Estado miembro...»; especialmente, apdos. 13 y 14 STJCE 11 de enero de 1990, *Dumez*, al entender que los daños alegados por las sociedades matrices eran la consecuencia indirecta de las pérdidas económicas sufridas en un primer momento por sus filiales debido a la revocación de los créditos y posterior paro de las obras; también, *Ord. Corte Cass. italiana de 27 de diciembre de 2011, RDIPP*, 2012, p. 939; más dudoso, en cambio, *Sent. Juzgado de lo Mercantil de Madrid de 5 de julio de 2013, AC 2013/1535*, interpretando muy ampliamente el foro no contractual del anterior art. 22.3 LOPJ 1985 en materia de competencia desleal, extendiéndolo a efectos alejados del hecho ilícito), y también respecto de las víctimas indirectas: abrir el art. 7.2 del Reglamento 1215 a estas víctimas, además de generar un *forum actoris* al permitirles demandar ante los Tribunales de su domicilio, pone en riesgo no solo la idea de proximidad que debe presidir este foro al no existir necesariamente vínculos objetivos con el Estado del domicilio de la víctima indirecta, también el carácter previsible de la respuesta que ofrece esta norma (apdo. 21 STJCE de 11 de enero de 1990, *Dumez*; o STJCE de 27 de octubre de 1998, *Réunion européenne*).

5. Un apunte final. Italia no forma parte del *Convenio de La Haya de 4 de mayo de 1971 sobre ley aplicable a accidentes de circulación por carretera*, de ahí que el Tribunal de Trieste, órgano remitente, se haya cuestionado el alcance del art. 4.1 Roma II

en este caso. No hubiera sucedido lo mismo de presentarse la demanda ante los Tribunales españoles, al ser España parte del Convenio desde 1987: no siendo este Convenio un «...Convenio(s) celebrado(s) exclusivamente entre dos o más Estados miembros...», en cuyo caso primaría el Reglamento Roma II (art. 28.2 Roma II), los Tribunales españoles hubieran aplicado preferentemente el Convenio de La Haya de 1971 (y no el art. 4.1 Roma II) en tanto en cuanto el Reglamento Roma II «...no afectará a la aplicación de los Convenios internacionales en que sean parte uno o más Estados miembros [...] y que regulen los conflictos de leyes en materia de obligaciones extracontractuales...» (art. 28.1 Roma II). No obstante, y aun cuando la inaplicación en este caso del art. 4.1 Roma II por parte de los órganos jurisdiccionales españoles, la interpretación uniforme que de este precepto hace el TJUE en esta sentencia sí resulta útil en aquellos casos en los que sea necesario identificar la ley aplicable a la responsabilidad extracontractual con base en el art. 4 Roma II respecto de otras materias.

No vamos a entrar, al hilo de lo expuesto, en aquellos problemas que plantea la aplicación de este art. 28 Roma II en relación con el objetivo del legislador europeo de unificar *ex* Reglamento Roma II las respuestas de ley aplicable en materia de obligaciones no contractuales [objetivo al que tampoco contribuye el hecho de que el legislador europeo no haya conseguido incluir en el ámbito del Reglamento Roma II materias tan importantes en sede de responsabilidad extracontractual como aquellas obligaciones extracontractuales que se deriven de la violación de la intimidad o de los derechos relacionados con la personalidad, en particular, la difamación; art. 1.2.g) Roma II]. Aunque loable la idea de preservar los compromisos internacionales contraídos por los Estados miembros (considerando 36 Reglamento Roma II), la aplicación preferente, salvo denuncia (art. 29 Roma II), de los Convenios específicos con terceros Estados, combinada con el hecho de que no todos los Estados miembros son parte de todos estos Convenios específicos, lo que hace es quebrantar la unificación conflictual y uniformidad de soluciones que persigue el Reglamento Roma II: no todos los Tribunales de los Estados miembros aplicarán las mismas normas de conflicto para determinar la ley aplicable en materia de responsabilidad extracontractual, tal como sucede por daños derivados de accidentes de circulación o en sede de responsabilidad por productos defectuosos, fomentando así el *forum shopping*.

Javier MASEDA RODRÍGUEZ

Universidad de Santiago de Compostela

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.68.1.2016.3b.08>

## 2. PRÁCTICA ESPAÑOLA: DERECHO JUDICIAL INTERNACIONAL

### 2.1. Competencia judicial internacional: Reglamento 44/2001

2016-9-Pr

**COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL Y DERECHO APLICABLE.—Contrato individual de trabajo.—Reglamento 44/2001.—Cláusulas sobre jurisdicción y ley aplicable.—Lugar en el que el trabajador desempeña habitualmente su trabajo.**

Preceptos aplicados: arts. 18.2, 19 y 21 del Reglamento (CE) núm. 44/2001, art. 8 del Reglamento 593/2008.

**Sentencia del TSJ de Cataluña, Sala de lo Social (Sección 1.ª), núm. 4166/2015, de 25 de junio.** Ponente: Luis Revilla Pérez.

**F.: Aranzadi Westlaw, JUR 2015/190642.**

*Partiendo de la normativa y jurisprudencia expuesta, es lógico concluir que el lugar en que tengan los demandados su domicilio es el determinante para fijar la competencia internacional en la presente litis, pues, tratándose de empresarios domiciliados en un Estado miembro, serán competentes los tribunales del Estado donde el empresario demandado tenga el domicilio, o a elección del propio trabajador demandante, los tribunales del Estado donde desempeñare habitualmente su trabajo o ante el tribunal del último lugar en que lo hubiere desempeñado, o si el trabajador no desempeñare o no hubiere desempeñado habitualmente su trabajo en un único Estado, ante el tribunal del lugar en que estuviere o hubiere estado situado el establecimiento que hubiere empleado al trabajador, todo ello a salvo de que concurrieran competencias exclusivas (que no son de aplicación a la materia laboral) (arts. 18.1 y 19 Reglamento CE 44/2001), o que las partes hubieran comprometido expresamente su sumisión expresa a los tribunales de un determinado Estado mediante un pacto celebrado después del nacimiento del litigio o, cuando se celebre con anterioridad, permita al trabajador formular demandas ante tribunales distintos de aquellos a los que las reglas del citado Reglamento confieren la competencia (art. 21 Reglamento CE 44/2001 en su interpretación jurisprudencial). [...]*

*La ley aplicable podrá determinarse, cabe concluir así, basándose en el principio de libertad de elección aunque ello solo en el caso de que el trabajador obtenga el mismo nivel de protección que con la ley aplicable en defecto de elección. En este último caso, el contrato se regirá por la ley del país en el cual o, en su defecto, a partir del cual el trabajador realice su trabajo habitualmente.*

**Nota.** 1. El demandante, extranjero con domicilio en España, trabajó para *Ryanair*, empresa domiciliada en Irlanda, país este último en el que celebró el contrato de prestación de servicios que debían ser desempeñados en los aviones de la compañía aérea, aeronaves con pabellón irlandés y base en el aeropuerto de Girona. En el contrato se incluía una cláusula de sumisión expresa a los tribunales irlandeses y se determinaba la ley irlandesa como aplicable a la relación laboral. En cuanto al salario del trabajador, era abonado por la empresa en una cuenta bancaria de una entidad de crédito irlandesa, y tanto la cotización como las retenciones fiscales se ingresaban en Irlanda. El trabajador fue despedido por falsificar certificados de un curso de seguridad necesario para operar en el aeropuerto de Girona. Interpuesta demanda de despido improcedente ante el Juzgado de lo Social de Girona, la empresa alegó falta de jurisdicción del Juzgado español, que dictó sentencia desestimando la declinatoria, declaró el despido procedente y estimó parcialmente la reclamación de cantidad ejercitada por el actor en concepto de liquidación de la relación laboral. El Juzgado de instancia interpretó que la excepción de falta de jurisdicción no era sino una maniobra dilatoria por parte de la empresa demandada. Dicha sentencia fue objeto de recurso por la empresa cuyo motivo principal se basaba en la infracción de las normas de competencia judicial internacional.

2. Para proteger al trabajador como parte débil del contrato existen una serie de reglas más favorables a sus intereses, tal y como atestigua el considerando 13 del Reglamento (CE) 44/2001 —que resulta aplicable a los hechos, dado que la demanda se interpuso con anterioridad a la aplicación del Reglamento (UE) 1215/2012— y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (por todas, STJ de 10 de septiembre de 2015,

C-47/14, apdo. 43, *Holterman*). El TSJ comienza citando una sentencia en un caso parejo, la STS de 30 de diciembre de 2013 —cuya similitudes se señalan más adelante— para exponer estas reglas particulares que determinan la eventual competencia judicial internacional de los tribunales españoles en reclamaciones derivadas de contrato de trabajo; todo ello de acuerdo con la interpretación del Convenio de Bruselas de 1968, el Reglamento 44/2001 y el art. 25 LOPJ de 1985. Por un lado, corresponde valorar la cláusula de sumisión a los tribunales irlandeses (art. 21) y, por otro, el resto de criterios de conexión para establecer si alguno otorga competencia a los tribunales españoles (art. 19). De acuerdo con el art. 21, los acuerdos atributivos de competencia deben ser posteriores al nacimiento del litigio o permitir al trabajador formular demandas ante tribunales distintos de los indicados en el art. 19. Pues bien, dado que la cláusula se incluye en el contrato de trabajo y no permite al trabajador formular demandas ante tribunales diferentes (el acuerdo designaba los tribunales del domicilio de la empresa), sería inválida, tal y como aprecia la sentencia.

3. En este punto se debe determinar si la base de *Ryanair* en el aeropuerto de Girona resulta relevante como criterio de conexión, y para ello es necesario interpretar si la empresa irlandesa posee un establecimiento allí que pueda considerarse domicilio. Hay que partir del concepto de domicilio que recoge el art. 60 R. 44/2001 —«lugar en que se encuentre su sede estatutaria, su administración central o su centro de actividad principal»— y es fácil colegir que ninguno de esos lugares radica en España. El art. 18 indica que se considerará la «sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento en un Estado miembro» como domicilio únicamente cuando el empresario no tuviere su domicilio en un país de la Unión Europea; por tanto, el establecimiento que posee *Ryanair* en Girona tampoco puede asimilarse a este concepto, ya que la empresa tiene su domicilio en Irlanda. Así lo atestigua el TSJ, de acuerdo con la STJ de 19 de julio de 2012, C-154/11, *Ahmed Mahamdia*, con nota de MASEDA RODRÍGUEZ, J., *REDI*, 2013-1, pp. 203-208.

4. La cuestión relevante a los efectos de esta Nota es, pues, determinar el lugar en el que el trabajador habitualmente desempeñó su trabajo. Y lo es porque el TSJ de Cataluña concluye que este lugar es Girona, desvinculándose con ello de la ya citada STS de 30 de diciembre de 2013 que, en un supuesto muy similar (la parte demandada es la misma aerolínea y los trabajadores son auxiliares de vuelo despedidos que tenían su domicilio en España, la empresa impugna la competencia de los tribunales españoles y los contratos de trabajo no se suscribieron en España, existiendo una cláusula de sumisión a los tribunales irlandeses) el TS consideró que los servicios no se habían prestado en territorio español y, por tanto, declaró la falta de jurisdicción de los tribunales españoles para conocer de la demanda de despido. El TSJ fundamenta su decisión en la existencia de «un centro de operaciones que se manifiesta de modo duradero hacia el exterior como la prolongación de una casa matriz», circunstancia esta que habilita «el fuero alternativo electivo» para el trabajador (apdo. 48 del asunto *Ahmed Mahamdia* ya citado) por la adscripción del trabajador a la base de Girona. No es posible compartir este criterio por dos circunstancias, ambas curiosamente esgrimidas en la propia sentencia: la primera es que el establecimiento de la empresa a efectos del art. 18.2 del Reglamento 44/2001 opera cuando el empresario no tiene su domicilio en un país de la Unión Europea y, como ya se ha expuesto, no es el caso; la segunda es que los servicios como auxiliar de cabina no se prestaban en tierra donde se sitúa la base catalana sino a bordo de las aeronaves de pabellón irlandés, según se desprende de los antecedentes de hecho y de acuerdo con el último párrafo del FJ 5.

5. El contrato de trabajo incluía una cláusula de elección de ley que designaba el Derecho irlandés como aplicable ante cualquier controversia. Las normas de conflicto

especiales relativas a los contratos individuales de trabajo incluidas en el Reglamento Roma I limitan la libertad de elección de la ley aplicable, ya que el acuerdo de las partes no puede excluir la aplicación de las disposiciones imperativas de la ley que sería aplicable al contrato a falta de elección. La ley aplicable sería la del país en el cual el trabajador realice su trabajo habitualmente (art. 8 del Reglamento Roma I), punto de conexión que coincide con el criterio de determinación de competencia judicial internacional (art. 18 del Reglamento 44/2001). A la luz de la estrecha relación existente entre el Reglamento Roma I y el Reglamento 44/2001 y dado que los citados instrumentos normativos utilizan conceptos idénticos es preciso garantizar la coherencia y la interpretación más uniforme posible (apdo. 32 Conclusiones Abogado General en el asunto C-29/10, *Koelzsch*). Para respetar dicha coherencia es preciso que la ley española sea la aplicable, ya que el TSJ considera que el trabajo se prestó en territorio español, como así recoge la sentencia.

6. En fin, la interpretación de la conexión del lugar habitual del trabajo hubiera sido acertada si los servicios se hubiesen prestado en diversos Estados, quizás teniendo en cuenta las rutas por las que habitualmente discurría el trabajador, ya que podría haberse identificado la base de operaciones en España como el lugar en el que este organizaba sus actividades, el centro efectivo de su actividad profesional (STJCE de 9 de enero de 1997, C-383/95, *Rutten*, con nota de ZABALO ESCUDERO, E., *REDI*, 1997-2, pp. 283-286) o el lugar en el que cumplía principalmente sus obligaciones (STJCE de 13 de julio de 1993, C-125/92, *Mulox*), pero no nos encontramos ante esos supuestos.

Carmen María GARCÍA MIRETE  
 Universidad de Alicante

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.68.1.2016.3b.09>

2016-10-Pr

**COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN MATERIA DE INFRACCIÓN DE DERECHOS MORALES DE AUTOR.—Art. 22.3 LOPJ.—Determinación del lugar de la infracción.—Asimilación a los derechos de la personalidad a efectos de competencia.—Competencia de los tribunales del domicilio del demandante como lugar del centro de los intereses principales del autor.**

Preceptos aplicados: art. 22.3 LOPJ.

**Auto Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.ª), núm. 32/2015, de 12 de marzo.** Ponente: Juan F. Garnica Martín.

**F.: Aranzadi Westlaw, JUR 2015/259548.**

*(M) interpuso demanda contra... una entidad pública de nacionalidad qatari, y contra el Estado de Qatar solicitando, al amparo de lo establecido en la legislación sobre propiedad intelectual, frente a ambas demandadas que se declarara que la actora es la autora de una obra de diseño denominada farola... y que las demandadas habían vulnerado los derechos morales de divulgación, paternidad e integridad de la actora sobre su obra al encargar la construcción de referido modelo de farola y colocarlo en una de las calles de Doha (Qatar). También solicitó que se condenara a las demandadas a cesar en su conducta ilícita procediendo a la retirada a su costa de la Avenida Al Waab de Doha las farolas copiadas y falsificadas de su obra y a indemnizarle, en concepto de daños morales, con la cantidad de 100.000 euros.*

[...] 18. Pero, en cualquier caso, creemos que es razonable la alegación de la recurrente de que la norma de nuestro derecho interno, que sustancialmente es idéntica a la contenida en el artículo 5.3 RBI (actualmente en el artículo 7.2 RBI-bis), debe ser interpretada en sintonía con esos preceptos.

[...] 34. Ello nos lleva a considerar que es razonable aplicar nuestra norma interna en sintonía con la doctrina establecida en la Sentencia del Tribunal Europeo de 25 de octubre de 2011 (casos *eDate* y *Martínez*), al estimar que es la que mejor se acomoda a la naturaleza de los derechos objeto del presente proceso. En suma, estimamos que el concepto «hecho ocurrido en territorio español» incluye el supuesto de que el daño se haya «manifestado en nuestro territorio». Y a su vez, este último concepto, cuando está referido a los derechos morales de autor, permite situar como lugar de manifestación del daño el territorio español, porque es en el mismo donde se produce una doble circunstancia: i) Aquí tienen protección los derechos que se afirman infringidos. ii) Y también en nuestro territorio se produjo el proceso creativo que dio lugar al nacimiento de esos derechos, por ser el lugar en el que desarrolla la actora su actividad creativa.

**Nota.** 1. Es conocido que el Tribunal de Justicia ha puesto de relieve en varias sentencias que su jurisprudencia *eDate Advertising* en materia de derechos de la personalidad no es aplicable a las reclamaciones relativas a derechos de propiedad industrial e intelectual (véanse SSTJUE de 19 de abril de 2012, C-523/10, *Wintersteiger*; y de 3 de octubre de 2013, C-170/12, *Pinckney*). Por su parte, en relación con los derechos morales de autor resulta relevante que el Tribunal de Justicia todavía no se ha pronunciado en demandas fundadas en su vulneración, por lo que respecto de los derechos morales cabe sostener que la cuestión puede resultar controvertida. La eventual aplicación de la jurisprudencia *eDate Advertising* a estas reclamaciones resultaría de gran importancia práctica en la medida en que facilitaría la reclamación por parte de la víctima (demandante) ante los tribunales de su propio domicilio por el conjunto del daño. En este contexto, presenta un singular interés el Auto de 12 de marzo de 2015 de la Sección 15.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Barcelona, si bien en relación con la aplicación de las normas de competencia internacional de fuente interna.

2. Dicho Auto va referido a una demanda de una autora española contra una empresa qatarí y el Estado de Qatar relativa a «que las demandadas habían vulnerado los derechos morales de divulgación, paternidad e integridad de la actora sobre su obra al encargarse la construcción del referido modelo de farola» (según parece en China y Turquía) «y colocarlo en una de las calles de Doha» (Qatar) (apdo. 1 del Auto), procediendo a solicitar la retirada de las farolas en Doha así como una indemnización en concepto de daños morales.

La Audiencia Provincial de Barcelona concluye que los tribunales españoles tienen competencia judicial internacional para conocer de la demanda, básicamente por considerar razonable aplicar el art. 22.3 LOPJ —que exige que el hecho del que deriva la responsabilidad «haya ocurrido en territorio español»— en sintonía con la doctrina del Tribunal de Justicia en su Sentencia *eDate Advertising* relativa a derechos de la personalidad (apdos. 33-34 del Auto). En consecuencia, la Audiencia Provincial estima el recurso de apelación contra la resolución del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Barcelona, de 9 de octubre de 2013, que revoca, desestimando la declinatoria ejercitada por las demandadas (acerca de la resolución de primera instancia, véase HEREDIA CERVANTES, I., «Competencia judicial internacional y derechos morales de propiedad intelectual», publicado en el *Diario La Ley*, núm. 8386, de 26 de septiembre de 2014).

3. Sin entrar ahora a valorar en qué medida el criterio adoptado por el Tribunal de Justicia en su Sentencia *eDate Advertising* puede resultar relevante en relación con

la vulneración de derechos morales de autor en Internet, la argumentación del Auto reseñado de la Audiencia Provincial de Barcelona se presta a una valoración crítica. En este contexto, resulta apropiado poner de relieve ciertas carencias en su contenido, con el objetivo de evitar una mayor incertidumbre acerca de cuál es el marco jurídico del tratamiento de los aspectos de DIPr de los derechos morales de autor en nuestro ordenamiento.

A este respecto, la reciente LO 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, no altera sustancialmente la situación, si bien la norma relevante se encuentra tras la reforma en el art. 22 quinquies b) LOPJ, que en materia de obligaciones extracontractuales atribuye competencia a los tribunales españoles «cuando el hecho dañoso se haya producido en territorio español».

4. Una valoración crítica del Auto no impide apreciar que resulta razonable el enfoque adoptado por la Audiencia en lo relativo a que la norma del art. 22.3 LOPJ debe ser interpretada en sintonía con la norma del art. 7.2 RBI bis (art. 5.3 RBI), por lo que es apropiado acudir a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa al fuero del lugar del daño (apdos. 18 y ss. del Auto). Ahora bien, precisamente desde esta perspectiva llama la atención que la Audiencia pretenda fundamentar su decisión en los argumentos recogidos en los apartados 33 y 34.

Por una parte, en el apartado 33 del Auto, para extender la doctrina de la Sentencia *eDate* a los derechos morales de autor en la interpretación del art. 22.3 LOPJ, afirma la Audiencia que: «La razón por la que esa asimilación es posible creemos que radica en la similitud de los derechos morales de autor con los derechos de la personalidad en cuanto a la dificultad de situar en el espacio su infracción a efectos de determinar donde se manifiesta el daño. Es razonable situar esa manifestación del daño en el lugar en el que el proceso creativo ha tenido lugar y en el que, a su vez, tienen protección los derechos supuestamente infringidos».

Sin embargo, en la Sentencia *eDate Advertising* esa dificultad de localización derivaba de que las actividades infractoras objeto de los litigios principales se llevaban a cabo a través de Internet, de modo que en realidad excluye semejante dificultad de localización esté presente en situaciones en las que la actividad infractora se ubica de manera precisa en un lugar. Por otra parte, el contraste entre las conclusiones del abogado general y la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto *Hejduk* —que el Auto menciona—, pone de relieve cómo la dificultad —que en principio solo surge en el contexto de actividades realizadas a través de Internet— de localizar dónde se produce el daño no es motivo para una interpretación del fuero del art. 7.2 RBI bis diferente a la consolidada en relación con las infracciones de derechos de autor.

5. Por otra parte, en el apartado 34 del Auto, la Audiencia insiste en que el resultado que alcanza es producto de proyectar sobre el caso que tiene planteado la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de derechos de la personalidad en el asunto *eDate Advertising*, como se desprende del extracto del Auto reproducido al inicio de esta nota.

Ahora bien, en la Sentencia *eDate Advertising* el Tribunal de Justicia dejó claro de manera reiterada que la solución específica que permite a la víctima reclamar ante los tribunales de su centro de intereses solo resulta de aplicación cuando la actividad supuestamente infractora se produce a través de Internet (véanse los apdos. 45 y ss. así como el fallo de la Sentencia *eDate Advertising*; a modo de ejemplo, en su apdo. 48, afirmó el Tribunal de Justicia: «...Habida cuenta de que la repercusión de un contenido publicado en Internet sobre los derechos de la personalidad de una persona

puede ser apreciada mejor por el órgano jurisdiccional del lugar en el que la supuesta víctima tiene su centro de intereses, la atribución de competencia a dicho órgano jurisdiccional corresponde al objetivo de una buena administración de la justicia...»).

En consecuencia, a la luz de la jurisprudencia actual del Tribunal de Justicia la posibilidad de plantear la eventual extensión de esta doctrina a las reclamaciones relativas a derechos morales de autor parece que solo podría suscitarse en relación con actividades desarrolladas a través de Internet.

6. Por último, aunque se trata de una cuestión no abordada en el Auto, cabe recordar que el carácter territorial de los derechos de autor, incluidos los derechos morales, determina que la ley aplicable a su protección en nuestro sistema de DIPr sea la del país para el que se reclama la protección (art. 8 del Reglamento Roma II, en la medida en que desplaza al art. 10.4 CC que incorpora la misma solución), de modo que no tiene por qué coincidir con la española cuando los tribunales españoles tengan competencia para conocer de la infracción de derechos de autor en el extranjero. La territorialidad de los derechos morales de autor constituye un elemento diferenciador de gran importancia con respecto a lo que es propio de los derechos de la personalidad, pues en relación con los derechos morales de autor no será determinante para establecer la ley aplicable el art. 10.9 CC sino el art. 8 RRII. Por ejemplo, cuando la violación de los derechos de autor resulta de la fabricación o de la utilización de un producto en el extranjero, cabe entender que la ley del país para el que se reclama la protección es típicamente la ley del país en el que la fabricación o la utilización del producto han tenido lugar.

Pedro Alberto DE MIGUEL ASENSIO

Universidad Complutense de Madrid

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.68.1.2016.3b.10>

## 2.2. Competencia judicial internacional: Reglamento 2201/2003

2016-11-Pr

**COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.—Divorcio, responsabilidad parental y alimentos.—Litispendencia.—Comunicaciones judiciales directas.—Remisión del asunto al juez mejor situado.**

Preceptos aplicados: arts. 3, 8, 15 y 19 del Reglamento 2201/2003; art. 3.a) y c) del Reglamento 4/2009.

**Auto Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18.ª), núm. 161/2015, de 20 de mayo.** Ponente: Francisco Javier Pereda Gámez.

**F.: Aranzadi Westlaw, AC 2015/789.**

*[...] tenemos datos que permiten determinar el objeto y la causa de la demanda interpuesta en Polonia, pero no demuestran, en particular la competencia de ese órgano...*

*[...] el juez polaco, llamado a resolver la cuestión de competencia planteada, ha optado por suspender las actuaciones hasta el final de este proceso, cuando debería haber decidido sobre la competencia, al ser el tribunal al que se presentó la primera demanda (art. 19 del Reglamento). Ello implica una admisión inicial de su falta de competencia,*

*aunque no la haya declinado formalmente, como exige el Reglamento. A mayor abundamiento entendemos que podemos resolver sobre la competencia porque consideramos no existe litispendencia, al concurrir a favor del tribunal español los fueros del art. 3 del Reglamento.*

*[...] Del contenido de la demanda presentada en Polonia se desprende de forma manifiesta que dicha demanda no contiene ningún elemento que permita justificar la competencia..., por lo que este segundo órgano jurisdiccional puede estimar que no existe litispendencia...*

*[...] A pesar de lo expuesto, concurre la circunstancia extraordinaria del art. 15 del Reglamento: el menor vive en Polonia desde el año 2012, donde ha crecido y tiene su entorno actual, todo ello con la aquiescencia del padre, que en medidas provisionales ha aceptado esta situación y el reconocimiento de un régimen de visitas a su favor. Concurren las circunstancias contempladas en los apartados a), b) y d) del art. 15 y la remisión puede acordarse de oficio en tanto concurre el consentimiento de una de las partes que mantiene la competencia de los Tribunales polacos.*

*Ante los Tribunales polacos ya consta presentada la demanda por lo que el plazo de seis semanas que establece el art. 15.5 debe computarse desde la comunicación de la remisión.*

**Nota.** 1. El 19 de octubre de 2012 una ciudadana presenta en Lublin (Polonia) una demanda de divorcio. El 15 de noviembre el esposo plantea idéntica demanda en España, solicitando la guarda y custodia de la hija común, con visitas para la madre, prohibición de salida del territorio nacional y fijación de alimentos por el Juzgado. La familia había residido en Barcelona hasta la marcha, presuntamente ilícita, de la madre junto a la menor en marzo de 2012. Con carácter previo, en fecha que no se concreta en el Auto de la Audiencia, pero por lo que parece es anterior al 19 de octubre, el esposo había solicitado medidas provisionales previas en España.

2. La situación analizada se presenta, *prima facie*, como una situación de litispendencia. Así lo había apreciado el Auto recurrido en apelación, de 28 de noviembre de 2013, que había sobreseído el procedimiento estimando la excepción de litispendencia. Dicho auto es recurrido por el esposo, quien tomando en consideración la petición de medidas provisionales previas, sostiene que el pleito más antiguo es el pleito español.

3. Con profusa cita de la sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de noviembre de 2010 (*Purrucker I*) la Audiencia resuelve que las medidas provisionales no generan litispendencia y que, por tanto, la demanda se había planteado en primer lugar en Polonia. Surgen, sin embargo, dudas respecto a la competencia del juez polaco, pues la esposa había planteado la demanda cuando no habían transcurrido seis meses desde que dejó España. Entiende, asimismo, la Audiencia que la niña residía en esos momentos en Barcelona, pese a haber sido desplazada por su madre a Polonia. A través de la Red Judicial civil europea se pide información al juez polaco, quien en lugar de decidir acerca de su competencia, tal y como le correspondía según el art. 19 del Reglamento, decide suspender hasta que concluya el procedimiento español.

4. A raíz, presuntamente, de la demanda de información de la Audiencia, se genera una situación anómala y no prevista por el Reglamento 2201/2003, el Tribunal ante el que se ha interpuesto la demanda en primer lugar, suspende a la espera de lo que decida el Tribunal llamado en segundo término. Esto equivale, y así se desliza en el texto de la sentencia comentada, a la admisión de una suerte de cuestión de com-

petencia. El Tribunal polaco prescinde del criterio del *prior temporis* y parece ceder la decisión a quien tiene mayor fundamento para ejercer la competencia y la reclama para sí.

5. A partir de ahí el razonamiento de la Audiencia es heterodoxamente eficaz. Se llega a la conclusión de que el Tribunal polaco carece de competencia, esto es, se decide acerca de la competencia de un tribunal extranjero, lo que, en principio, podría conceptuarse como una injerencia en el funcionamiento de un poder judicial extranjero. Ello implicaría la atribución del asunto a la jurisdicción española. Pero, se corresponde a la deferencia mostrada por el juez polaco, reconociendo, a su vez, que los tribunales polacos son los mejor situados para resolver, en virtud de la proximidad, acerca de la menor. Esto es, se resuelve en atención únicamente a intereses privados, lo que, sin lugar a dudas es un fruto maduro de la filosofía que sustenta la creación de un espacio judicial común.

6. El diálogo entablado por dos tribunales europeos permite llegar a la solución que en mayor medida responde al interés superior del menor. Influye y así se resalta en la sentencia la aquiescencia del padre. Por tanto, lo que sorprende en este caso, es que no hayan sido los progenitores quienes se decidieran por los tribunales de uno u otro lugar. Salvo claro está, que la aquiescencia del padre no fuera en realidad tal, sino únicamente la aceptación de unas determinadas condiciones con tal de poder seguir viendo a su hija. Otras cuestiones dudosas son la aplicación del mecanismo de remisión del asunto al juez mejor situado respecto a la totalidad de las cuestiones planteadas cuando el Reglamento solo la prevé en materia de responsabilidad parental.

7. Pero a pesar de estas dudas y de otras que pudieren plantearse, esta sentencia sorprende por la naturalidad con la que dos tribunales de Estados distintos confían el uno en el otro y llegan a una solución ajustada al espíritu de la cooperación civil europea.

Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS  
Universidad de Barcelona

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.68.1.2016.3b.11>

### 2.3. Reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras

2016-12-Pr

**EXEQUÁTUR.—Legitimación de la actora en concepto de heredera.—Naturaleza pública o privada de la condena a Mutua de Accidentes.—Régimen de reconocimiento de la LEC: causas de denegación.—Foros exclusivos**

Preceptos aplicados: arts. 395 y 1.695 del CC; art. 954 LEC; arts. 76, 66 y 68 del Reglamento 44/2001; arts. 55 y 1.2 del Convenio de Bruselas de 1968; art. 25.3 LOPJ.

**Auto de la AP de Santander (Sección 2.ª), de 24 de septiembre de 2015.** Ponente: José Arsuaga Cortázar.

**F.: Aranzadi Westlaw, JUR 2015/269852.**

[...] *La parte recurre con un argumento —común en este punto al sostenido por la otra parte que también recurre—, como antes se ha explicado, que se relaciona con la*

*alegada infracción del orden público procesal español sobre la base de dos motivos: de un lado, la competencia exclusiva de los tribunales españoles en materia de seguridad social, de forma que el reconocimiento no sería posible por infracción de las condiciones 1.ª y 3.ª del art. 954 1881; del otro, la infracción del orden público (art. 954.3 LEC 1881) por ausencia suficiente de garantías relativas a la audiencia y defensa o a la actividad probatoria practicada. Solo la Mutua Montañesa introduce como motivos la infracción de las condiciones 2.ª y 4.ª del art. 954.*

*En consecuencia, la valoración del primer y más trascendente motivo del recurso —a la sazón «1.ª) Que la ejecutoria haya sido dictada a consecuencia del ejercicio de una acción personal» o que «3.ª) La obligación para cuyo cumplimiento se ha procedido sea lícita en España»— ha de significar, en sentido negativo, que no habrá de otorgarse el reconocimiento a la sentencia que hubiera sido dictada sobre una materia excluida del tratado internacional de aplicación —Convenio de Bruselas de 1968— por ser de competencia exclusiva de los tribunales españoles [...].*

**Nota.** 1. El AAP de Santander que nos ocupa tiene su origen en el recurso de apelación interpuesto contra el Auto del Juzgado de 1.ª Instancia núm. 3 de Santander de 2 de octubre de 2013, en el que se concede el reconocimiento y exequátur de una sentencia portuguesa dictada el 14 de diciembre de 1998, por el *Tribunal do Trabalho* de Vila Real. El recurso se interpone, por un lado, por la *Mutua Montañesa* y, por otro, por los integrantes del Consejo de Administración de *Rotella Forestal S. A.* La sentencia objeto del controvertido reconocimiento, condenaba a susodicha entidad a abonar una pensión anual y vitalicia (además de otros subsidios) en concepto de indemnización a doña Magdalena por fallecimiento en accidente laboral de su hijo (trabajador de mencionada entidad) del que dependía económicamente. Y extiende la misma condena a la *Mutua Montañesa*, en calidad de entidad colaboradora de la Seguridad Social (arts. 68 y 115 LGSS), como mutua de accidentes para disponer de las prestaciones que por ley se establezcan. Fallecida la beneficiaria, su hija, solicita su reconocimiento y ejecución en España en calidad de heredera de la titular del crédito.

2. Los recursos contra el Auto de Instancia se fundamentan en dos motivos esenciales. El primero basado en la falta de legitimación de la solicitante del exequátur para actuar en nombre y representación de la comunidad hereditaria formada al fallecimiento de doña Magdalena, no prospera y se desestima correctamente. La actora, como miembro de la comunidad hereditaria, está plenamente legitimada para actuar cuando se trate de salvaguardar la existencia o el valor del patrimonio individual o alguno de sus elementos (arts. ex 395 y 1.695.3 CC) siempre que sea en beneficio de la masa común. El segundo, compartido por ambos recurrentes, se basa en la infracción de los requisitos establecidos en el art. 954 Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (LEC) para lograr el reconocimiento.

3. Antes de analizar dichos requisitos, lo primero a dilucidar es el régimen legal que debemos aplicar a la solicitud del reconocimiento. La Audiencia aplica el régimen común de reconocimiento de la LEC (arts. 951-958) tal y como interpelan las partes, aludiendo a una argumentación que, si bien no está mal construida, carece de los cimientos básicos para sustentarse y deja entrever las lagunas que preexisten tanto a nivel europeo como interno en torno a la naturaleza pública o privada de la Seguridad Social.

En un primer momento, por razones de índole temporal, queda descartada la aplicación de la nueva Ley de Cooperación judicial en Materia civil, que se aplicará «a las demandas de exequátur que se presenten con posterioridad a la entrada en vigor

de la ley, con independencia de la fecha de la resolución extranjera» (DT única). Y la aplicación del Reglamento 44/2001 en el que las reglas de reconocimiento no serán de aplicación a las resoluciones dictadas con anterioridad a su entrada en vigor; es decir, antes del 1 de marzo de 2002 (arts. 76 y 66.1 RBI). Sin embargo, desde el punto de vista temporal se podría recurrir al Convenio de Bruselas de 1968, sustituido por el Reglamento (art. 68 RBI), pues será aplicable a las solicitudes de reconocimiento ante un Estado parte de una resolución de otro Estado parte posterior a su entrada en vigor (art. 55 CB 1968), requisito que se cumple en tanto España y Portugal se adhieren al mismo mediante el Convenio de San Sebastián de 1989.

4. Cuestión distinta es la subsunción del supuesto que nos ocupa dentro del ámbito de aplicación material del Convenio de Bruselas de 1968 (CB), y es aquí donde reside la clave para delimitar su aplicabilidad respecto del régimen común de reconocimiento estipulado en la LEC y reclamado por las partes; pero también donde afloran una serie de incógnitas bajo las que subyace un tema todavía sin resolver ni por la jurisprudencia ni por la doctrina y que se extiende tanto a nivel europeo como interno. En efecto, el ámbito material del CB, art. 1, se aplica a las cuestiones litigiosas que tengan carácter civil o mercantil, independientemente del órgano jurisdiccional del que procedan. Queda excluida, entre otras materias, de manera general la Seguridad Social. El TJUE ha tenido la ocasión de definir estos límites materiales (STJCE de 14 de octubre de 1967, asunto 29/76, *LTU/Eurocontrol*; STJCE de 16 de diciembre de 1980, asunto 814/79, *Pays Bas/Rüffer* o STJCE de 21 de abril de 1993, asunto C-172/91, *Sonntag*) pero no se ha pronunciado en lo que a la Seguridad Social respecta. Podríamos pensar que la Seguridad Social se extrae de su ámbito de aplicación en cuanto pertenece al ámbito de Derecho público y está marcada por la acción imperativa del Estado y la acción de organismos estatales. Sin embargo hay países en los que se encuentra comprendida en una zona marginal situada entre el Derecho privado y el Derecho público (véase *Informe P. Jenard* sobre el Convenio de Bruselas de 1968, versión española *DOCE* de 28 de julio de 1990, C 189, p. 133) lo que nos hace plantearnos su naturaleza híbrida, acentuado las dificultades inherentes a su delimitación.

De hecho, esa no fue la razón fundamental para su exclusión del CB sino la necesidad de sortear solapamientos con los trabajos que se desarrollaban por la Comunidad Económica Europea con origen en el art. 51 del Tratado de Roma y con los Convenios en materia de Seguridad Social, ya fueran bilaterales o fruto de otras organizaciones internacionales como la Organización Internacional del Trabajo. Al tratarse de una materia en constante evolución resultaba difícil definirla de manera expresa en el CB sobre todo cuando según el art. 117 del Tratado de Roma, la armonización de los regímenes de seguridad social figuraba entre los objetivos de la Comunidad (véase *Informe P. Jenard, op. cit.*, p. 33). A pesar de ello podría servirnos de orientación el Convenio núm. 102 de la OIT de 28 de junio de 1952 sobre normas mínimas de Seguridad Social, en tanto integra una tabla comparativa de los regímenes de la Seguridad Social de los Estados miembro de las Comunidades Europeas, entre los que se incluyen: atención médica, indemnizaciones por enfermedad, prestaciones de invalidez, prestaciones de desempleo y prestaciones como la que nos ocupa en el presente caso derivadas de accidentes de trabajo. También podría sernos útil la definición del Reglamento núm. 3 del Consejo relativo a la Seguridad social de los trabajadores migrantes, aunque se corresponde con la del Convenio 102 de la OIT.

Pero dejando de lado la controvertida cuestión sobre la naturaleza pública o privada de la Seguridad Social, al concretar el objeto de la presente sentencia vemos que se refiere a la obligación de pagar una prestación vinculada a un accidente de trabajo

y ello podría considerarse materia ligada a la Seguridad Social (en determinadas ocasiones) lo que supondría su definitiva exclusión del ámbito de aplicación del CB, y el planteamiento de la potencial aplicación de la LEC, tal y como hacen los tribunales. Tal conclusión solo sería válida en lo que a la condena de la *Mutua Montañesa* respecta, de acuerdo a la cobertura que proporciona como entidad colaboradora de la Seguridad Social, y no a la acción que de forma acumulada se ejercitó contra el empleador para obtener una indemnización por accidente; pues su relación con la beneficiaria se integrará dentro de la responsabilidad civil derivada de un contrato de trabajo. Consecuentemente, tal y como hace la AP, resultan dos regímenes distintos para resolver el recurso planteado aplicables a la *Mutua Montañesa* y al empleador respectivamente

5. De hecho se estima el recurso de la *Mutua Montañesa* pero no el del Consejo de Administración de la empresa empleadora —en el que no vamos a entrar—. Y se hace acudiendo al régimen común español de reconocimiento y exequátur contenido en el Libro II, Título VIII, Sección 2.<sup>a</sup> de la LEC para las resoluciones judiciales extranjeras dictadas en procedimientos contenciosos y en materia de Derecho privado. ¿A la sazón, no deberíamos plantearnos de nuevo el problema en torno a la delimitación material de la LEC y a la subsunción de la Seguridad Social en su ámbito de aplicación? Sabemos que el régimen contenido en la LEC se reduce a decisiones judiciales en materia civil, mercantil y laboral ¿la Seguridad Social se encuentra integrada en el orden laboral? La Audiencia no dice nada al respecto pero según el difícil camino trazado hasta el momento todo apunta a su exclusión. La Ley de Cooperación judicial civil nos da alguna pista acerca de a qué se refiere con «orden laboral» y en un interno de esclarecer el problema parece decantarse únicamente por la responsabilidad civil derivada de contratos de trabajo (art. 1 LCJC), excluyendo la Seguridad Social.

6. Dejar sin resolver el problema inicial en torno a la naturaleza de la Seguridad Social lleva a la Audiencia a adoptar una postura carente de fundamento mediante la que fuerza una interpretación amplia del régimen general de reconocimiento en el que mete con calzador como causa de posible de denegación del mismo el control de la competencia exclusiva de los Tribunales españoles en materia de Seguridad Social otorgado por el art. 25.3 LOPJ.

El régimen común de reconocimiento gira en torno al art. 954 de la LEC que diseña un régimen de condiciones mínimas vinculadas a exigencias constitucionales o sustantivas (orden público, garantías procesales; control del competencias) y/o requisitos formales y de congruencia con el sistema jurídico (cosa juzgada, autenticidad). En su enunciado no existe una reglamentación directa y específica del control de la competencia judicial internacional aunque la jurisprudencia del TS la ha venido exigiendo con el objetivo de garantizar el control y el respeto de las competencias atribuidas con carácter exclusivo a los Tribunales del foro, ahora bien refiriéndose al art. 22 LOPJ (véase FERNÁNDEZ ROZAS, J. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho Internacional Privado*, 1.<sup>a</sup> ed., Madrid, Civitas, 1999, p. 300). Sin embargo, esa es la razón en la que se basa la AP para estimar el recurso de la Mutua y dejar sin efecto el Auto de primera Instancia en lo que a ella respecta, sirviéndose de esta vía de denegación y dotando al art. 25.3 de la LOPJ de la consideración de foro exclusivo. El art. 25.3 LOPJ prevé un foro específico en materia de protección social, en concreto en lo relativo a la reclamación de las prestaciones de Seguridad Social, que podrán ser ejercitadas ante los órganos jurisdiccionales españoles cuando se interpongan frente a entidades españolas o con domicilio, agencia, delegación o cualquier otra representación en España. La determinación de la competencia de los Tribunales españoles se basa en la nacionalidad de la entidad demanda (ente gestor de la SS o empresa) que debe ser la española

(STSJ Andalucía, Málaga, de 21 de mayo de 1999). Pero no nos parece argumento suficiente para integrarlo en los foros exclusivos. El principio de libre circulación de personas se vería gravemente debilitado si los trabajadores desplazados (cada vez más) estuvieran obligados a prescindir del foro del lugar de prestación de servicios en aras a asegurar el reconocimiento de una resolución emitida en un Estado distinto al de la nacionalidad de la Entidad que les debe pagar una determinada prestación. La tendencia europea es precisamente la inversa; y así se vislumbra por ejemplo en el art. 8 de la Directiva 2008/94/CE, de 22 de octubre, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario. Muestra de todo lo anterior podemos concluir la apremiante necesidad de delimitar no solo la naturaleza de la Seguridad Social, sino también el alcance del foro integrado en el art. 25.3 de LOPJ que, a pesar del incremento de los supuestos relacionados con la movilidad de los trabajadores, no ha sido modificado por la nueva LOPJ.

Nerea MAGALLÓN ELÓSEGUI  
Universidad de Deusto

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.68.1.2016.3b.12>

### 3. PRÁCTICA ESPAÑOLA: DERECHO CIVIL INTERNACIONAL

#### 3.1. Determinación de la ley aplicable: filiación natural

2016-13-Pr

**FILIACIÓN.—Acción de reclamación de la filiación paterna.—Competencia judicial internacional de los Tribunales españoles.—Derecho aplicable: Derecho civil catalán por coincidir con la residencia habitual del menor.—Revocación sentencia de instancia: falta de impugnación de la filiación inscrita; protección incorrecta del interés del menor.**

Preceptos aplicados: arts. 9.4 y 13.2 CC; art. 235-19 CC catalán.

**Sentencia de la AP de Barcelona (Sección 12.<sup>a</sup>), núm. 477/2015, de 1 de julio.**  
Ponente: Sr. D. Pascual Ortuño Muñoz.

**F.: Aranzadi Westlaw, AC 2015/1437.**

*[...] Por lo que se refiere al segundo de los presupuestos del enjuiciamiento que invocan los recurrentes, que es el de la ley aplicable, tampoco existe norma internacional que obligue a España a aplicar el derecho extranjero. El artículo 9 del Código Civil (LEG 1889, 27) en su párrafo 4) establece que el carácter y contenido de la filiación y las relaciones paterno filiales se regirán por la ley personal del hijo y, si esta no pudiera determinarse, por la residencia habitual. En este caso y como ya se ha expresado en el párrafo precedente, no se ha acreditado de forma incuestionable la ley personal del hijo, que sería la de su nacionalidad, por cuanto consta que si bien la madre es nacional de Lituania, tiene su residencia en España desde el año 2000, y el padre es de nacionalidad española. Por otra parte el actor (que pretendió con la demanda el reconocimiento de su paternidad sobre el hijo) ostenta la nacionalidad brasileña, por lo que existiría también y eventualmente un derecho del menor a optar por la nacionalidad del mismo en caso de que prosperase la acción ejercitada, lo que determina que haya de enjuiciarse este caso con arreglo a la ley de la residencia habitual, que es la española.*

*Al existir en España diferentes leyes que regulan esta materia, por el principio de territorialidad establecido en el artículo 13.2 del Código Civil español y en lo que dispone el artículo 14.1 del Estatuto de Autonomía de Catalunya, corresponde aplicar las normas del Código Civil de esta Comunidad Autónoma. En concreto es de aplicación la normativa recogida en la Sección I del Capítulo V del Título III del Libro II del CCCat [...].*

**Nota.** 1. La SAP de Barcelona (Sección 12.<sup>a</sup>) objeto de esta nota presenta el interés de resolver con pulcritud un litigio en el que en un litigio sobre determinación de filiación con elemento extranjero lo que se enmascara tal vez es un intento del demandante en instancia de acogerse a las ventajas que ofrece el ordenamiento español a nacionales de países terceros para entrar y residir en España. En el sustrato fáctico se trataba de un menor nacido en Barcelona e inscrito en Registro civil español como hijo biológico de una nacional lituana y un nacional español, todos residentes en Barcelona. En instancia un nacional brasileño había planteado una acción de reclamación de dicha filiación sin solicitar la impugnación de la filiación paterna inscrita. Habiendo prosperado la reclamación por Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Manresa, los demandados en instancia son los recurrentes ante la Audiencia de Barcelona. Como fundamento del recurso invocan infracción de las normas de DIPr español al cuestionar la competencia judicial de los Tribunales españoles; al tiempo solicitan que no se declare aplicable la ley española sino la de Lituania —en el que el plazo de prescripción de las acciones se extiende a un año frente a la imprescriptibilidad en el ordenamiento español—; la ausencia de impugnación de la filiación paterna inscrita en el registro y, por último la vulneración del derecho del menor al no haber sido oído en una decisión que le afecta la competencia judicial de los tribunales lituanos, son los motivos que fundamentan el recurso.

2. Desde la óptica del DIPr la SAP de 1 de julio de 2015 es didáctica sobre el sistema instaurado en cuanto a las acciones de filiación por el juego conjunto de los arts. 22... LOPJ 1985 y el art. 9.4 CC la regla de conflicto en la versión consolidada tras la reforma operada por LO 1/996, de 15 de enero, de Protección jurídica del menor. Recuerda, en primer lugar, la competencia judicial internacional de los Tribunales españoles cuando el hijo posea la residencia habitual en España al tiempo de la interposición de la demanda, descartando que puedan ser competentes los de Lituania aunque el menor posea dicha nacionalidad. Advierte, de paso, que la aplicación de las normas lituanas requiere la residencia de la madre en aquel país, no siendo así, además de que el menor posee en todo caso la nacionalidad española transmitida por el padre registral.

3. En el plano del Derecho aplicable sí tienen interés dos elementos de la argumentación. En primer lugar, resulta interesante el salto de la primera a la segunda conexión: pese a que el menor posee la nacionalidad española, al estar condicionada la nacionalidad por el resultado de la acción de filiación y dado que el reclamante posee la nacionalidad brasileña que eventualmente transmitiría al menor, decide la AP no comprometer la primera conexión y proponer la aplicación de la ley española por ser la coincidente con la residencia habitual del menor. Es una solución correcta habida cuenta de la implicación de la nacionalidad en las acciones de estado. Confirma así —como se interpretaba en la legislación anteriormente vigente— que la segunda conexión debía entrar en escena cuando no pudiera determinarse la ley nacional en aras de la consecución del objetivo material —el establecimiento de la verdad biológica—. Esto ha cambiado con la Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, no solo al invertirse el orden de las conexiones colocando en primer término la residencia habitual del menor; también al

subordinar expresamente la aplicación de la segunda y tercera conexiones al dato de la imposibilidad de determinar la filiación conforme a la ley anterior.

En segundo lugar, sirve de ejemplo para ilustrar cómo un conflicto «internacional» puede verse involucrado con un conflicto «interno». Dado que la residencia del menor en Cataluña provoca la aplicación del Código Civil catalán con normas en esta materia, la SAP rebate la mal orientada pretensión de los demandantes al reclamar la aplicación del Derecho lituano, y va más allá al proponer la aplicación del Derecho civil catalán con fundamento en el art. 13.2 CC que acoge el principio de la territorialidad de los derechos. Desde ese subsistema la sentencia de instancia es revocable al no haber sido solicitada por el actor la impugnación de la filiación inscrita en el registro junto a la reclamación (art. 235-19 CCCat conforme al cual «La determinación de la filiación no tiene ningún tipo de efecto mientras exista otra contradictoria»), prescripción que respondiendo a la coherencia, no es tan evidente en el Derecho civil común.

4. Finalmente, el caso tiene interés en la medida en que sobre él se cierne la duda de si el demandante en instancia ocultaba una intención fraudulenta. Son varios los datos del sustrato fáctico —conocimiento por parte del actor del nacimiento del menor pero inacción hasta transcurridos seis años del nacimiento, falta de cumplimiento de obligaciones afectivas, o económicas, como tampoco ofrece asistencia económica o material con la interposición de la demanda en instancia, y sobre todo no consta residencia habitual en España alejando el supuesto de la posesión de estado— los que conducen a la AP a criticar la ausencia de intervención de un defensor judicial del menor. Esos mismos datos nos llevan a sospechar que el demandante buscaba tal vez por esta vía acogerse a alguno de los supuestos que posibilitan la residencia en España a nacionales de países terceros, es decir, dirigido a obtener la tarjeta de familiar de ciudadano de la Unión (conforme a los arts. 1, 2 y 4 del RD 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la UE y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo). Visto así es un excelente ejemplo de la relación de vasos comunicantes que ofrecen las normas reguladoras de los conflictos de leyes y el Derecho de Extranjería.

Mónica GUZMÁN ZAPATER  
UNED

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.68.1.2016.3b.13>

### 3.2. Determinación de la ley aplicable: *Versorgungsausgleich*

2016-14-Pr

**DIVORCIO.—Ley aplicable.—Cónyuges de nacionalidad alemana residentes en España.—Derecho a percibir parte de la pensión de jubilación del marido (*Versorgungsausgleich*).—Calificación.**

Preceptos aplicados: art. 3 del Reglamento 4/2009; art. 22.3 LOPJ; Convenio sobre la Ley aplicable a las obligaciones alimenticias hecho en La Haya el 2 de octubre de 1973; art. 9.2 CC; art. 1.587 del *BGB* alemán.

**Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12.<sup>a</sup>), núm. 308/2015, de 12 de mayo.** Ponente: Elena Farré Trepát.

**F.: Aranzadi Westlaw, JUR 2015/186407.**

*El § 1587 del BGB alemán... regula una institución que no encuentra un paralelismo exacto en la legislación española —aunque en la sentencia de divorcio y en este procedimiento se haya asimilado a la pensión compensatoria— pues se orienta hacia el desequilibrio económico que se produce en el momento de la jubilación de los cónyuges, tomando en consideración las respectivas expectativas de cobro de una pensión de jubilación o de obtener una pensión procedente del servicio público de pensiones que han tenido ambas partes.*

*[...] una finalidad alejada del concepto de los alimentos como institución tendente a paliar las necesidades económicas más inmediatas del alimentista... no es abarcada por el R. 4/2009, debiendo quedar al margen de las normas del mismo. En este caso deberíamos acudir a la norma de conflicto prevista en el art. 9.2 CC conforme al cual los efectos del matrimonio se regirán por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo...*

**Nota.** 1. La presente sentencia resuelve un recurso de apelación contra una sentencia de primera instancia sobre modificación de medidas acordadas en una anterior sentencia de divorcio dictada en 1996. Se había solicitado la reducción de un 75 por 100 de las cantidades a percibir por la esposa, en virtud de un cambio sustancial de la situación económica y problemas de salud del marido. Ambos cónyuges eran de nacionalidad alemana, si bien residían en el municipio barcelonés de Esplugues de Llobregat desde 1972.

2. El interés de la sentencia radica en que en la misma se plantean dificultades relativas a la calificación de las prestaciones económicas objeto de litigio. Se trataba del derecho a percibir una parte de las cantidades devengadas al esposo en concepto de pensión de jubilación, lo que conforme al Derecho alemán (§ 1587 BGB) se conoce como el *Versorgungsanspruch*. Tanto en la sentencia de divorcio, como con posterioridad, la participación de la esposa en la pensión de jubilación del marido se había asimilado a la pensión compensatoria del Derecho español. Sin embargo, la Audiencia Provincial señala, con razón, que el *Versorgungsanspruch* se orienta hacia el desequilibrio económico que se produce en el momento de jubilación de los cónyuges y no puede, por tanto, asimilarse a la prestación compensatoria.

3. La cuestión controvertida es la ley aplicable a dichas prestaciones dinerarias, que dependía de si se podían o no calificar como obligaciones de alimentos. La parte actora sostenía que era aplicable el Derecho español en virtud del Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1993 (*sic*), mientras que la parte demandada consideraba aplicable el Derecho alemán y al respecto alegaba los arts. 9.2 y 107 CC así como al Reglamento 4/2009 del Consejo en materia de alimentos.

4. Si bien en ningún momento la sentencia comentada menciona el concepto de calificación, la magistrada ponente plantea muy correctamente los términos del debate. Analiza, teniendo en cuenta el Preámbulo del Reglamento 4/2009 (considerando 11) y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (Sentencia *Farell/Long*), el concepto de alimentos, partiendo de la premisa de que es un concepto autónomo que incluye a las pensiones compensatorias entre cónyuges, cuestión, por cierto, sobre la que podría haber dudas. En un primer momento, parece que se decanta por considerar que el concepto de alimentos es un concepto amplio que englobaría a las prestaciones dinerarias objeto de debate. Sin embargo, con posterioridad un análisis del contenido del Derecho alemán la lleva a poner en cuestión la operación realizada, pues señala que la finalidad de la institución alemana se aleja del concepto de alimentos como institución tendente a paliar las necesidades más inmediatas del alimentista, en tanto surte efectos a partir de la jubilación y, por consiguiente, se refiere al futuro.

5. Se puede reprochar a la sentencia comentada que no se decante por una de las alternativas, incompatibles entre sí. Se concluye, en un primer momento, que es aplicable el Derecho alemán en virtud del art. 5 del Protocolo de alimentos, entendiéndose que ha de excepcionarse la aplicación de la ley de la residencia habitual del acreedor de alimentos, pues la ley alemana tiene una relación más estrecha con el matrimonio. Para llegar a esta conclusión se manejan varios elementos, relacionados con el supuesto de hecho (cónyuges de nacionalidad alemana, celebración del matrimonio en Alemania y adopción de los hijos comunes en Alemania) así como relativos al iter procesal (divorcio conforme a la ley alemana y establecimiento de la obligación litigiosa conforme al Derecho alemán), siendo estos últimos los que en mi opinión acaban decantando la decisión. Conforme a la calificación alternativa se concluye asimismo que es aplicable el Derecho alemán en virtud del art. 9.2 CC (ley aplicable a los efectos del matrimonio). Por tanto, la Audiencia no se halla frente a la necesidad de decantarse por una u otra opción para la resolución del caso concreto.

6. En opinión de quien suscribe la calificación correcta es la segunda. La institución del *Versorgungsausgleich* del Derecho alemán no depende las necesidades de uno de los cónyuges, sino que tiene como finalidad compensar a aquel cónyuge (habitualmente la mujer), que, en virtud de una mayor dedicación al cuidado de los hijos y de la familia, ha tenido un menor desarrollo profesional, ha cotizado en menor medida a la Seguridad Social o adoptado menos medidas de ahorro para la vejez y, como consecuencia, percibe menores rentas dinerarias una vez transcurrida la edad laboral. La institución tiene finalidades distintas a las de la institución de alimentos y parecería forzado aplicar el Protocolo de La Haya de 2007.

Podría pensarse que se trata de una obligación subsumible en el régimen económico matrimonial y, de hecho, durante el proceso de negociación del Proyecto de Reglamento sobre la ley aplicable al régimen económico matrimonial su inclusión en el ámbito de aplicación del Reglamento se debatió ampliamente. Finalmente se optó por su exclusión, que se justifica en el considerando 12.a) de la última versión del texto cerrado en noviembre de 2014 haciendo referencia a la variedad de sistemas existentes en los Estados miembros.

7. En Alemania la cuestión de la calificación del *Versorgungsausgleich* no es tampoco pacífica. Tradicionalmente se había aplicado la ley rectora del divorcio, lo que en el momento actual implicaría la aplicación del Reglamento Roma III sobre la ley aplicable a la separación y el divorcio (RAUSCHER, T., *Internationales Privatrecht*, Heidelberg, 4.<sup>a</sup> ed., 2012, p. 214). Desde el punto de vista de quien suscribe esta interpretación no se sostiene, pues el Reglamento se aplica únicamente a la disolución o relajación del vínculo matrimonial y no a sus efectos sobre el patrimonio de los esposos (considerando 10). El Reglamento Roma III nada dice acerca de los efectos personales del matrimonio y podría defenderse que estos se incluyen dentro del ámbito de aplicación del Reglamento. Pero incluso si así fuere resulta artificial considerar a un derecho de contenido esencialmente económico como un efecto personal del matrimonio.

8. Entiendo, por tanto, que acierta la Audiencia de Barcelona al aplicar a la materia el art. 9.2 CC. Lo único que posiblemente haya que lamentar es la ya citada ambigüedad de la sentencia y que no se haya aprovechado para plantear un recurso prejudicial respecto a una cuestión en la que son muchas las dudas. La exclusión de la ley aplicable al *Versorgungsausgleich* del ámbito de aplicación de las normas de conflicto europeas no deja, por otra parte, de ser incongruente y puede conducir a

resultados diferentes, según donde se plantee la demanda. Ello parece incompatible con los objetivos de la cooperación civil.

Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS  
Universidad de Barcelona

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.68.1.2016.3b.14>

### 3.3. Determinación de la ley aplicable: cesión de créditos

2016-15-Pr

**CESIÓN DE CRÉDITOS.—Contratos de préstamo celebrados en Holanda.— Contrato de cesión del crédito con base en los referidos contratos de préstamo sujeto al Derecho holandés.—Ley aplicable a la cesión de créditos.—Prueba del Derecho extranjero.**

Preceptos aplicados: art. 10.5 CC; art. 4 Convenio de Roma de 19 de junio de 1980, aplicable a las obligaciones contractuales; art. 12.6 CC; art. 281 LEC.

**Sentencia del TS, Sala de lo Civil, núm. 198/2015, de 17 de abril.** Ponente: Rafael Saraza Jimena.

**F.: Aranzadi Westlaw, RJ 2015/1350.**

*Los antecedentes de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación resueltos por la Sala 1.ª del Tribunal Supremo son los siguientes: Por el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Figueras, con fecha 1 de septiembre de 2006, se dictó sentencia desestimando la demanda interpuesta por D. Alfonso Octavio, solidariamente contra Fluvia Parc, S. L. U., D. Jon Pelayo y D.ª Julia Guillerma, en reclamación de la cantidad de 1.311.912,99 euros, en concepto de principal, intereses ordinarios y de demora en virtud de dos contratos de préstamo suscritos en Holanda. Contra dicha Sentencia D. Alfonso Octavio interpuso recurso de apelación que fue admitido a trámite y se formuló oposición al mismo por la parte contraria. La Audiencia Provincial de Girona estimó el recurso de apelación, revocó la sentencia del Juzgado de Primera Instancia y estimó plenamente la demanda. D.ª Julia Guillerma, en su propio nombre y como sucesora procesal de la sociedad Fluvia Parc, S. L. U., y D. Jon Pelayo interponen contra la sentencia de la Audiencia Provincial recursos extraordinario por infracción procesal y de casación.*

**Nota.** 1. Los hechos que dan lugar a esta sentencia fueron los siguientes: D. Alfonso Octavio interpuso demanda contra Fluvia Parc, S. L. U., D. Jon Pelayo y D.ª Julia Guillerma Fluvia Parc, S. L. U., D. Jon Pelayo y D.ª Julia Guillerma alegando ser cesionario del crédito que el cedente (D. Ricardo Gustavo) tenía contra los demandados en virtud de dos contratos de préstamo. Ambos préstamos fueron suscritos en Holanda. Con el dinero prestado los demandados adquirieron una serie de fincas en las que desarrollar un proyecto urbanístico en San Pere Pescador (Girona). Con posterioridad, suscribieron un contrato de cesión del crédito que el primero alegaba tener contra los demandados con base en los referidos contratos de préstamo, que sometieron al Derecho holandés. El proyecto inmobiliario no llegó a desarrollarse por los demandados. En la demanda se reclamaba 1.311.912,99 euros (431.000 euros de principal y 880.912,99 euros de intereses devengados). Consideraba aplicable el Derecho holandés y aportaba un documento notarial que recogía la regulación prevista en

el Derecho holandés para las cuestiones suscitadas en la demanda. Los demandados se oponen y, entre otros argumentos, esgrimen que el Derecho aplicable no es el holandés, sino el español, por lo cual no se pueden calcular intereses sobre los intereses vencidos y los tipos de interés pactados hacen que la cláusula deba ser considerada nula por aplicación de la Ley española de Usura. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda porque estimó la falta de legitimación pasiva de los demandados, pues los mismos no habían intervenido en el negocio de cesión del crédito al efecto de prestar su consentimiento, por lo que no les era oponible. Como argumento de refuerzo, el Juzgado consideró que al existir en el documento de cesión del crédito una cláusula de sumisión expresa a los juzgados de s-Hertogenbosch, en los Países Bajos, y la sujeción del mismo a la legislación holandesa, eran competentes territorialmente los juzgados de dicha localidad holandesa. El demandante apeló la sentencia. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación, revocó la sentencia del Juzgado de Primera Instancia y estimó plenamente la demanda. La Audiencia Provincial entendió que los demandados no habían alegado la falta de competencia internacional, por lo que los tribunales españoles eran competentes por existir una sumisión tácita de los demandados. Consideró que el Derecho aplicable era el holandés, por determinarlo así el art. 10.5 del Código Civil y el art. 4 del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980, aplicable a las obligaciones contractuales. En el caso de la cesión del crédito, porque las partes se habían sometido expresamente al Derecho holandés. En el caso de los préstamos, porque se habían celebrado en Holanda.

2. Ley aplicable a la cesión de créditos. La parte recurrente, con una mezcla de alegaciones, atinentes a cuestiones muy diversas, que infringe la exigencia de precisión y claridad propia del recurso de casación, plantea que el Derecho holandés ha sido aplicado incorrectamente. La sentencia de la Audiencia Provincial resulta imprecisa en lo que a la aplicación de las normas de conflicto que determinan la aplicación del Derecho holandés se refiere. En el caso que nos ocupa la Audiencia Provincial debió aplicar el Derecho holandés al contrato de cesión del crédito, no en virtud del art. 4 del CR sino del art. 3 (ley elegida por las partes). Además, resulta curioso el recurso al art. 10.5 CC (aplicación de la ley nacional común de los contratantes). Más que las partes se hubieren «sometido expresamente al Derecho holandés», fueron las mismas quienes eligieron de forma expresa a la totalidad del contrato de cesión del crédito el Derecho holandés. En el supuesto de que las partes no hubieran realizado tal elección, entonces sí, el art. 4 del CR hubiese sido de aplicación y nos hubiera llevado a la determinación como ley aplicable la de la residencia habitual del cedente del crédito (que es el prestador característico de este contrato). Entonces, quizá, el Derecho aplicable hubiera sido otro, pues del cedente solo conocemos su nacionalidad holandesa, pero nada se indica en la sentencia acerca de su residencia habitual.

3. Prueba del Derecho extranjero. Para abordar esta cuestión, el TS nos recuerda cuál es el régimen de prueba y de carga de la prueba del Derecho extranjero (véase comentario de CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Breves reflexiones sobre la STS 17 abril 2015. Principio de adquisición procesal y prueba del Derecho extranjero y muchas cosas más», disponible en <http://accursio.com/blog/?p=288>) poniendo el acento en cinco cuestiones: i) el tribunal español debe aplicar de oficio las normas de conflicto del Derecho español (art. 12.6 CC), que pueden ser de origen interno, comunitario o convencional internacional; ii) como consecuencia lógica de que los jueces españoles no tienen obligación de conocer el Derecho extranjero, se ha exigido históricamente la prueba del mismo, de forma que en este extremo el Derecho recibe un tratamiento similar al que reciben los hechos, pues debe ser objeto de alegación y prueba, siendo necesario acreditar no solo la exacta entidad del Dere-

cho vigente, sino también su alcance y autorizada interpretación (véase comentario de RODRÍGUEZ PINEAU, E., en *REDI*, 1997-24-Pr); iii) si de acuerdo con la norma de conflicto española es aplicable el Derecho extranjero, la exigencia de prueba del mismo no transforma el Derecho extranjero, en cuanto conjunto de reglas para la solución de conflictos, en un simple hecho. Esto trae consigo varias consecuencias. La primera, que la infracción del Derecho extranjero aplicable para resolver las cuestiones objeto del proceso es apta para fundar un recurso de casación, por lo que las reglas de la carga de la prueba son normas procesales reguladoras de la sentencia y su infracción debe ser denunciada por el cauce del art. 469.1.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La segunda, que es la que aquí nos interesa, que el tribunal no queda constreñido, como en la prueba de hechos en los litigios sobre derechos disponibles, a estar al resultado de las pruebas propuestas por las partes, sino que puede valerse de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación; iv) el empleo de los medios de averiguación del Derecho extranjero es una facultad, pero no una obligación del tribunal, y v) la consecuencia de la falta de prueba del Derecho extranjero no es la desestimación de la demanda, o la desestimación de la pretensión de la parte que lo invoca, sino la aplicación del Derecho español. Ahora bien, llama poderosamente la atención que el TS no haya valorado la posible contrariedad del Derecho holandés con el orden público español, que dé por buena la ley holandesa que avala intereses del 24 por 100 y del 31 por 100 y que no confronte esta ley extranjera con la ley española de Usura.

En definitiva, más sombras que luces nos deja esta sentencia. Por una parte, se trata de otra ocasión perdida: una vez más, el TS hace una incorrecta lectura de la doctrina del TC sobre la prueba del Derecho extranjero [véase ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Aplicación judicial del Derecho extranjero: la desconcertante práctica judicial, los estériles esfuerzos doctrinales y la necesaria reforma legislativa», *La Ley*, año XXIV, núm. 6.287, de 4 de julio de 2005; GARAU SOBRINO, F., «La no-doctrina constitucional sobre la aplicación y prueba del Derecho extranjero», en FORNER DELAYGUA, J. J., GONZÁLEZ BEILFUSS, C. y VIÑAS FARRE, R. (coords.), *Entre Bruselas y La Haya. Liber amicorum Alegría Borrás*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, Marcial Pons, 2013, pp. 429-443]. Por otra, es cuanto menos poco ejemplar observar la incorrecta aplicación de algunas fuentes de Derecho internacional privado español por parte de los Tribunales. En tercer lugar, resulta alarmante como los operadores jurídicos llamados a representar y defender los intereses de las partes siguen sin estar familiarizados con las fuentes de Derecho internacional privado español aplicables a un conflicto privado internacional como el que da lugar a la sentencia objeto de esta Nota.

Alfonso ORTEGA GIMÉNEZ

Universidad Miguel Hernández de Elche

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.68.1.2016.3b.15>

### 3.4. Determinación de la ley aplicable: sucesión por causa de muerte

2016-16-Pr

**LEY APLICABLE A LA SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE.—Sucesión testamentaria.—Reenvío.—Condiciones para su aplicación: solución prevista por el art. 12.2 CC.—Solución aplicable según el Reglamento 650/2012.**

Preceptos aplicados: arts. 9. 8 y 12.2 del CC.

**Sentencia AP Alicante (Sección 6.<sup>a</sup>), núm. 105/2015, de 27 de mayo.** Ponente: José María Rives Seva.

**F.: Aranzadi Westlaw, JUR 2015/202046.**

*[...] que siendo de aplicar la ley británica, nacionalidad del causante, existe libertad de testar, siendo intrascendente que se les declare o no herederos legítimos, por cuanto en nada afectaría a sus legítimas. Se trata la cuestión debatida de una mera interpretación jurídica acerca de la Ley aplicable, teniendo en cuenta que el causante era de nacionalidad británica (como es el caso que ahora nos ocupa) y en el Derecho inglés existe una libertad de testar absoluta no existiendo la institución de la legítima, cuestión esta, la del derecho extranjero, que se trata de una cuestión de hecho cuya existencia y vigencia no ha sido discutida por las partes en el procedimiento.*

*Dispone el artículo 9.1 del Código Civil 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 y la sucesión por causa de muerte. En virtud de este precepto, como el padre de la demandante es de nacionalidad británica, su sucesión por causa de muerte se debe regir por el derecho inglés. Refuerza esta postura el mismo artículo 9.8: La sucesión por causa de muerte se regirá por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren.*

*[...] En el testamento otorgado en España por Don... en fecha..., y atendiendo a su ley nacional, la inglesa, se dice que instituye heredera universal de todos sus bienes, derechos y acciones en España, a su esposa Doña... Con el mismo no se está respetando la legítima de la hija que, por otra parte, no debe hacerlo por cuanto en el derecho inglés existe la total libertad de testar, pero la norma que rige la sucesión por causa de muerte en el derecho inglés escinde la sucesión hereditaria en dos regímenes jurídicos: la herencia de los bienes inmuebles estará sometida a la ley aplicable por razón de su situación, y la de los muebles será regulada por las normas de aplicación en el lugar donde el causante hubiere tenido su última residencia.*

*En el caso presente solamente se hace referencia al bien inmueble situado en España..., por lo que la sucesión se rige, en cuanto a las legítimas, por la remisión que se hace a la ley española. Y así nos encontramos con el artículo 12 del Código Civil, que en su núm. 1 dice que la calificación para determinar la norma de conflicto aplicable se hará siempre con arreglo a la ley española; y en su núm. 2, que la remisión al derecho extranjero se entenderá hecha a su ley material, sin tener en cuenta el reenvío que sus normas de conflicto puedan hacer a otra ley que no sea la española...*

**Nota.** 1. La sentencia comentada se pronuncia sobre el recurso interpuesto contra la resolución dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Denia, de 16 de septiembre de 2014, la cual tiene un amplio contenido: por un lado, reconoce a dos hijos preteridos de un fallecido de nacionalidad británica y, en consecuencia, los efectos registrales de dicha filiación paterna. Por otro, reconoce la condición de herederos forzosos de estos hijos no instituidos como herederos por el fallecido. Y, por último, como efectos de dicho reconocimiento, declara la reducción de las instituciones de herederos y los legados ordenados por el finado, en el testamento otorgado ante notario español, así como la nulidad de cuantos actos, documentos y negocios jurídicos se opongan al contenido de dicha resolución judicial.

El fallo de primera instancia es recurrido por la esposa, junto a otra hija del causante —que antes tuvieron la condición de demandadas y no comparecieron, por lo

que fueron declaradas en rebeldía procesal—, las cuales consideran que, siendo aplicable la ley británica, ley nacional del causante, y bajo la libertad de testar que la misma recoge, no se afectarían las legítimas de los hijos reconocidos con posterioridad al fallecimiento del padre. La AP de Alicante desestima el recurso y confirma íntegramente la Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Denia.

2. El caso que nos ocupa es bastante frecuente en la práctica procesal española: resolver la sucesión de un nacional británico que tiene como último domicilio el Estado español y que, mediante testamento, instituye como heredera universal de todos sus bienes, derechos y acciones localizados en España a su esposa (véase, sobre un supuesto que guarda gran similitud, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., Nota a la STS, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 12 de enero de 2013, REDI, 2015, pp. 235-238).

Tanto los datos de hecho como los fundamentos jurídicos del caso hacen referencia a un tema clásico de DIPr: el reenvío en materia sucesoria. Y dado que se trata de un procedimiento respecto a un causante fallecido antes de la fecha de efectiva aplicación del Reglamento 650/2012, de 4 de julio, 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 (DOUE, L 201, de 27 de julio de 2012, en adelante, Reglamento 650/2012), las normas aplicadas corresponden a nuestro DIPr interno, arts. 9.8 y 12.2 CC, que, de manera recurrente, la AP de Alicante interpreta y aplica en coherencia con otras sentencias adoptadas por esta misma sección (véanse por todas, SSAP 124/2003, de 10 de marzo; 282/2012, de 28 de mayo, y 498/2012, de 31 de octubre).

3. Así pues la Audiencia retoma el análisis de las condiciones de aplicación del art. 9.8 CC y, atendiendo a que el punto de conexión sitúa la solución en el Derecho inglés y tiene en cuenta que el mismo divide el derecho aplicable a la sucesión hereditaria según se trate de bienes muebles o inmuebles. En el caso que nos ocupa solo se hace referencia a bienes inmuebles situados en España, cosa que no se discute. Por tanto, la herencia estará sometida a ley aplicable por razón de su situación: la ley española del CC y esta con clara protección de las legítimas. De este modo, el reenvío no fragmenta el derecho aplicable a la sucesión y mantiene la unidad de la ley aplicable, cuestión en la que jurisprudencia es unánime y la AP sigue la misma dirección (véanse, por todas, SSTS de 15 de noviembre de 1996 y de 23 de septiembre de 2002, SAP Murcia, de 13 de noviembre de 2011, SAP de Granada de 19 de julio de 2004 y SAP de Asturias de 1 de septiembre de 2005).

4. Para finalizar, conviene hacer una breve referencia al impacto que tendría en un supuesto como este la aplicación del Reglamento 650/2012. Si situamos temporalmente este procedimiento con posterioridad al 17 de agosto de 2015, el resultado sería exactamente el contrario al que nos conduce el CC: la aplicación de la ley inglesa. En efecto, en el presente caso el causante eligió mediante disposición *mortis causa* la ley inglesa —ley del Estado de su nacionalidad—, con lo que tal elección es válida de acuerdo con el art. 22 Reglamento 650/2012. Y no cabría el reenvío, ya que, aunque el Reino Unido deba ser considerado Estado tercero a efectos del Reglamento, su art. 34.2 excluye expresamente el reenvío en el supuesto de que la aplicación de la ley venga determinada por una elección de ley.

Lerdys S. HEREDIA SÁNCHEZ  
Universidad de Alicante

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.68.1.2016.3b.16>

2016-17-Pr

**DERECHOS REALES.—Problema de calificación.—Reconocimiento testamentario de un derecho real.—Derecho real sobre bienes inmuebles.—Bienes inmuebles sitos en España.—Aplicación de la ley española.**

Preceptos aplicados: arts. 10.1 y 12.1 CC; y art. 4.2 RRI.

**Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil (Sección 1.ª), núm. 342/2015, de 23 de junio.** Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno.**F.: Aranzadi Westlaw, RJ 2015/4484.**

*En este contexto, la interpretación de la citada cláusula cuarta del testamento, conforme a la voluntad declarada por el testador, no ofrece duda al respecto pues nos encontramos ante un claro reconocimiento del derecho alegado por la parte demandante. En efecto, solo en este sentido puede interpretarse el reconocimiento fiduciario que el testador realiza sobre la titularidad dominical de los inmuebles adquiridos con anterioridad a su matrimonio, declarando que «no son suyos únicamente» por haberlos adquirido conjuntamente con capital de todos ellos (madre y hermanos). Este reconocimiento del derecho de los demandantes, que no se integra en la naturaleza y alcance de las disposiciones testamentarias, resulta clave para la determinación de la norma de conflicto aplicable que vira, necesariamente, del artículo 9.8 del Código Civil y, por ende, de la ley nacional del causante (Derecho hebreo), hacia el artículo 10.1 del citado Cuerpo legal y, por tanto, a la ley territorial donde se hallen los bienes inmuebles en cuestión, esto es, la legislación española.*

*Idéntica conclusión se obtiene si se interpreta, como también resulta posible, el citado reconocimiento del derecho en el plano obligacional derivado de un reconocimiento de deuda (artículo 10.5 del Código Civil), en donde la remisión al Reglamento «Roma I» (CE - Núm. 593/2008) conduce, por aplicación analógica, a la ley del país donde el deudor tenga la residencia habitual (artículo 4.2 de dicho Reglamento).*

**Nota.** 1. La STS objeto del presente comentario casa una decisión de la AP de Madrid que tuvimos ocasión de anotar en esta misma revista [*REDI*, LXVI (2014-2), pp. 280-285], haciendo hincapié en sus graves deficiencias técnicas. Una fugaz mirada retrospectiva al caso permite ponerse en antecedentes: habiéndose requerido por parte de los beneficiarios del testamento otorgado por un ciudadano marroquí de confesión judía el cumplimiento de una cláusula testamentaria que les era favorable, el juez, en primera instancia, desestima la demanda por la falta de prueba del Derecho extranjero aplicable, siendo este veredicto confirmado en apelación, luego de descartar la audiencia el recurso al Derecho español, bien a título subsidiario, bien a consecuencia de la intervención de correctivos funcionales como el reenvío de retorno o la excepción de orden público.

2. De manera sorprendente, el TS aborda el litigio bajo una nueva perspectiva, la de la calificación, que en ningún momento había asomado en el razonamiento de los tribunales inferiores. Manifiesta la sentencia al respecto que «la determinación de la concreta norma de conflicto exige un previo proceso de interpretación de las categorías o conceptos jurídicos incardinados en el supuesto de hecho a considerar. En nuestro sistema, por aplicación del art. 12.1 del Código Civil esta calificación que encierra la interpretación conceptual del supuesto de hecho se realiza de acuerdo a

lo dispuesto en la ley española». Dicho esto, en esencia correcto, el TS no está tan acertado en el párrafo siguiente de su exposición, cuando añade que, «[e]n el presente caso, de acuerdo con la cuestión debatida, resulta imprescindible entrar en el análisis de la naturaleza y del alcance que realmente presenta la cláusula cuarta del referido testamento, pues del resultado del mismo va a depender la determinación de la norma de conflicto que va a dirimir la normativa objeto de aplicación». Consecuente con este planteamiento, el Alto Tribunal apela al contraste entre el contenido típico y el contenido atípico del testamento para justificar el desplazamiento de la controversia desde el terreno sucesorio, en el que lo habían ubicado los juzgadores precedentes, hasta el ámbito de los derechos reales —o, incluso, de los derechos de crédito— que es la opción calificatoria por la que se decanta el TS al afirmar que «la interpretación de la citada cláusula cuarta del testamento [...] no ofrece duda al respecto, pues nos encontramos ante un claro reconocimiento del derecho alegado por la parte demandante». El principal reproche que puede hacerse a esta línea argumental es que no atiende debidamente a una de las claves del asunto: el «objeto de la calificación». Para los especialistas, no es ningún secreto la dificultad de la cuestión y la diversidad de opiniones que suscita (para un compendio de las mismas, véase KROPHOLLER, J., *Internationales Privatrecht einschließlich der Grundbegriffe des Internationalen Zivilverfahrensrechts*, 6.ª ed., Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, pp. 117-121), pero la publicación de importantes estudios [paradigmático: ANCEL, B., «L'objet de la qualification», *JDI*, 107 (1980), pp. 227-268] ha contribuido a arrojar luz sobre la misma. Entre nosotros, quien ha sentado con extrema lucidez las premisas para una adecuada comprensión del problema ha sido ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. [«Artículo 12, apartado 1», en ALBALADEJO, M. y DÍAZ ALABART, S. (dir.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. I, vol. 2, *Artículos 8 a 16 del Código Civil*, 2.ª ed., Madrid, Edersa, 1995, pp. 874-877], al que seguimos cuando concluye que el objeto de la calificación lo constituye el binomio integrado por las pretensiones de las partes y su fundamentación —o, al menos, su contextualización—, de suerte que la falta de uno de estos dos componentes imposibilita la identificación de la norma de conflicto a la que ha de acudir el juez para determinar el Derecho aplicable (p. 875). Lo que se acaba de exponer no concuerda con el modo de proceder del TS a la hora de calificar, como pasamos a desarrollar.

3. Acogiendo el motivo de casación aducido por los recurrentes —el de que «la resolución impugnada interpretó erróneamente el suplico del escrito de demanda»—, el TS corrige este defecto desplazando el foco de su interpretación de las pretensiones de los actores —que deja en un segundo plano— a la disposición *mortis causa* en las que aquellas se asientan. Es evidente que, al obrar así, el Alto Tribunal centra su atención en la realidad jurídica (la cláusula testamentaria) que sirve de fundamento a la solicitud de los demandantes, relegando el examen del tenor de esa solicitud. Si una calificación correcta exige una evaluación conjunta —y simultánea— de *lo que se pide* y *sobre qué base se pide*, el hecho de prescindir en gran medida del primer elemento de la ecuación no puede conducir más que a un resultado deficiente, como se constata en el litigio que nos concierne. Efectivamente, a partir de la ambigua cláusula en cuestión, en la que el causante «[d]eclara que los bienes inmuebles que figuran actualmente como suyos propios e inscritos a su nombre en el Registro de la Propiedad respectivo, con fecha anterior a su matrimonio, no son suyos únicamente, sino la nuda propiedad de todos ellos y el veinte por ciento del usufructo de los mismos, pues el ochenta por ciento del usufructo de dichos bienes corresponde a partes iguales y proindiviso a su madre [...] y a sus hermanos [...], por haberlos adquirido conjuntamente con capital de todos ellos y en la proporción y forma dichas, por lo que para evitar toda clase de dudas lega a su madre [...] y a sus hermanos [...], por partes

iguales y proindiviso, el usufructo vitalicio del ochenta por ciento», se abrían ante los destinatarios de la misma varias fórmulas —sustantivas y procesales— de reclamación, sin embargo, en el *petitum* de su demanda, aquellos solicitan al tribunal que «[i]nterprete la cláusula 4.<sup>a</sup> en el sentido de que: A) Declare que la cláusula 4.<sup>a</sup> supone el legado del 80% del usufructo de los inmuebles a los que se refiere la cláusula, en pago de una deuda contraída con los legatarios, conforme el artículo 873 del Código Civil. B) Subsidiariamente, declare que la cláusula 4.<sup>a</sup> supone un reconocimiento de deuda a favor de su madre y los hermanos [del causante] y que ese reconocimiento se concreta en el resultado de la valoración del 80% del usufructo de los inmuebles a los que se refiere la cláusula calculado a la fecha de adquisición de la propiedad de los inmuebles respecto al valor actual de los mismos, y, subsidiariamente, declare el legado a favor de la madre y los hermanos [del causante] del 80% del usufructo de los inmuebles a los que se refiere la cláusula. C) Subsidiariamente, declare que la cláusula 4.<sup>a</sup> supone el reconocimiento de un derecho a favor de la madre y los hermanos [del causante] del 80% del usufructo de los inmuebles a los que se refiere la cláusula desde la fecha de adquisición de la propiedad de los mismos, con todo ello que por derecho les corresponda, y, subsidiariamente, declare el legado a favor de la madre y los hermanos [del causante] del 80% del usufructo de los inmuebles a los que se refiere la cláusula. D) Subsidiariamente, declare el legado a favor de la madre y los hermanos [del causante] del 80% del usufructo de los inmuebles a los que se refiere la cláusula». Cabría entrar a discutir las bondades de la fundamentación y articulación del suplico, pero de lo que no hay duda es de que en él se recogen las pretensiones de los actores que el TS no puede soslayar con el argumento, esgrimido por estos al recurrir, de su interpretación errónea por parte de los órganos jurisdiccionales inferiores. Primero, porque no es verdad, pues tanto en la primera instancia como en la segunda se califica correctamente la cuestión jurídica —principal— como de índole sucesoria. Segundo, porque, aun cuando se hubiera producido una equivocación previa en dicha caracterización, el Alto Tribunal estaba obligado, de querer enmendarla, a hacerlo ajustándose al papel que, en la operación de calificación, le incumbe al juez, y que el TS no parece tener claro.

4. En un proceso civil como el español, inspirado en el principio de justicia rogada, es indiscutible que, al dirigirse a los tribunales en busca de tutela jurisdiccional, es el demandante el que, por medio de la pretensión —fundamentada o contextualizada— que les formula, fija el «objeto del proceso» —esto es, aquello sobre lo que va a versar el litigio—; noción que, para lo que aquí interesa, puede equipararse a la de «objeto de la calificación» (BATIFFOL, H. y LAGARDE, P., *Traité de droit international privé*, t. I, 8.<sup>a</sup> ed., Paris, LGDJ, 1993, p. 477). Por tanto, es el actor el que, al concretar su solicitud y la justificación de la misma, determina tanto el objeto del litigio como el de la calificación. Ahora bien, este «poder» del demandante no quita que sea únicamente al juez a quien compete realizar propiamente la calificación, pues la que hubiere efectuado aquel al enunciar su pretensión no vale más que para *informar jurídicamente* al tribunal (BATIFFOL, H. y LAGARDE, P., *ibid.*), sin vincularle en absoluto. En el caso que nos ocupa, el TS diluye este reparto de funciones, ya que no solo lleva cabo la calificación de lo que se le pide, sino que, excediéndose en sus atribuciones, *altera* la petición misma; circunstancia que se llega a plantear por las características del suplico de la demanda, que incorpora un cúmulo subsidiario de acciones —o pretensiones—. Estas hipótesis, que reciben el nombre de acumulaciones eventuales o subsidiarias se admiten en nuestro Derecho siempre que las peticiones «se ha[ga]n constar por su orden y separadamente» (art. 399.5 LEC), «con expresión de la acción principal y de aquella otra u otras que [se] ejercita[n] para el solo evento de que la principal no

se estime fundada» (art. 71.4 LEC). En ellas, el demandante *jerarquiza* con esmero sus pretensiones, porque «le interesa y solicita sobre todo obtener una tutela jurídica concreta (la que solicita en primer lugar), y solo en el caso de que se le deniegue dicha tutela, pide el otorgamiento de la solicitada en segundo lugar» [TAPIA FERNÁNDEZ, I., «Artículo 71», en CORDÓN MORENO, F. *et al.* (coords.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. I, Arts. 1 a 516, 2.<sup>a</sup> ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2011, p. 611]. El orden de preferencia establecido por el actor en el *petitum* de su demanda es, como resulta obvio, de gran trascendencia, puesto que la primera pretensión, adjetivada de «principal» (art. 73.1.1.º LEC; sobre las «acumuladas», véanse las reflexiones de GASCÓN INCHAUSTI, F., *La acumulación de acciones y de procesos en el proceso civil*, Madrid, La Ley, 2000, pp. 28-30), es la que, además de servir para sustentar la competencia judicial internacional de nuestros tribunales (¿hubiera tenido el TS la misma percepción del pleito si, domiciliado el difunto en España, los inmuebles litigiosos radicaran en Marruecos?), integra el objeto de la calificación en tanto que dicha pretensión no haya sido desestimada. A fin de actuar correctamente, el Alto Tribunal tenía que haberse limitado a categorizar la petición *primordial* de los actores (la reclamación del legado de deuda ordenado por el causante en su testamento), que, con toda probabilidad, le hubiera merecido —al igual que al juez de instancia y a la audiencia— una calificación sucesoria; y, solamente después de haber rechazado esta pretensión, hubiera podido el TS descender gradualmente los restantes escalones del suplico para, de modo idéntico, ir sometiendo cada una de las solicitudes de los demandantes al veredicto de su estimación o desestimación. Sin embargo, la Sala de lo Civil no lo hace así, sino que, pretextando una supuesta mala interpretación del *petitum* por parte de los tribunales inferiores —en realidad, una crítica al enfoque de la parte actora—, dedica sus esfuerzos a otras pretensiones contenidas en el mismo —la tercera (reconocimiento de un derecho real) y la segunda (reconocimiento de una deuda), ¡por este orden!—, que, en su opinión, reflejan más fielmente la voluntad del *de cuius* expresada en la cláusula testamentaria controvertida. El corolario de este proceder calificadorio del TS es el recurso al art. 10.1 CC y, parece que defectivamente, al art. 4.2 RRI (aunque, para una obligación reconocida en un testamento otorgado en diciembre de 1975, debería haberse invocado el art. 10.5 CC); normas de conflicto, ambas, que conducen a la aplicación del Derecho material español. A la postre, la sentencia transmite la impresión de que, al tratarse de un litigio relativo a bienes inmuebles sitos en España, la principal preocupación de nuestro más Alto Tribunal era la de acabar observando la ley del foro, lo cual podía haberse logrado, sin tantos juegos malabares, apelando resignadamente a su competencia residual en ausencia de prueba del Derecho extranjero.

Josep M. FONTANELLAS MORELL\*

Universidad de Lleida

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.68.1.2016.3b.17>

2016-18-Pr

**SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE Y TRUST.—Sucesión intestada.—Ley aplicable a la sucesión.—Trust constituido por el causante.—Bienes aportados al trust como parte de la herencia.—Nulidad de los actos del trustee.—Extinción y disolución del trust.—Competencia exclusiva de los tribunales de Jersey.—Litispendencia internacional.—Inhibición a favor del tribunal inglés.—Ley inglesa aplicable al trust.**

\* Esta colaboración se inserta en el Proyecto de investigación MINECO DER2012-36920 y en el Grupo de investigación consolidado de la Generalitat de Catalunya 2014SGR483.

Preceptos aplicados: art. 9.8 CC; Convenio de La Haya de 1985, sobre la ley aplicable al *trust* y a su reconocimiento; arts. 5.6, 23.4, 27 y 60.3 del Reglamento 44/2001.

**Sentencia AP Granada (Sección 3.ª), núm. 202/2015, de 30 de junio.** Ponente: José Requena Paredes.

**F.: Aranzadi Westlaw, JUR 2015/223196.**

*El segundo motivo, atinente al fondo, cuestiona la aplicación de la ley española cuando no es la aplicable a la sucesión, por ser la italiana conforme a las normas de conflicto de nuestro Código Civil (art. 9.8) y respecto al trust la aplicación de la ley inglesa de la Isla de Jersey como domicilio del mismo, así como el carácter vinculante, que ahora se alega también «ex novo», al margen de la escueta contestación a la demanda del Convenio de La Haya de 1980 [...] que, a diferencia del Reino de España, se dice que sí en el recurso fue ratificado por el Estado Italiano [...], pero con las matizaciones de irrelevancia por afectar a bienes y sociedades afincadas en España que se expresan en ese escrito.*

*Dicho de otro modo, la sentencia apelada sigue la secuencia y la Doctrina expuesta por nuestro Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 30 de abril de 2008, que poco tiene que ver con los hechos enjuiciados en este procedimiento cuya compleja estructura jurídica se simplificaba por los actores, por un lado, a una mera cuestión sucesoria de igualdad de cuotas hereditarias entre herederos legítimos de igual derecho [...] y por otro a eliminar el trust del debate, ignorarlo porque nuestro ordenamiento nacional no lo reconoce y entender que las 13 fincas aportadas a Agreste no son de la sociedad sino del causante y como tal deben heredarse por todos los hijos en igualdad.*

*[...] No es solo que por la ley de la Isla de Jersey sobre fideicomisos (trust) de 1984 se rija el mismo por la ley de esa Corte y territorio (arts. 3 a 5), sino que la normativa comunitaria, Reglamento núm. 44/2001 [...] en su artículo 5.6 señala que las personas con domicilio en un estado miembro podrán ser demandadas, tratándose de un trust, si tienen la «condición de fundador, trustee o beneficiario de un trust constituido ya en aplicación de la ley, ya por escrito o por un acuerdo verbal confirmado por escrito, ante los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio estuviere domiciliado el trust», lo que, enlazado con las reglas de la litispendencia del propio Reglamento, también podía determinar la inhibición a favor del Tribunal inglés que conoció de la propuesta de venta y división [...]*

*Así las cosas, cualquiera que sea la decisión final en el ámbito del trust [...], desconociendo si alcanzó firmeza aquella sentencia, no compete a este Tribunal corregir las decisiones de otro Tribunal ni [...] anular el proceso inglés al que, además, las propias partes se sometieron a la vista de la Sentencia de 14 de mayo de 2014 [...].*

**Nota.** 1. Esta sentencia permite comentar un supuesto que pone de manifiesto las dificultades que han de afrontar nuestros tribunales cuando tienen que abordar conflictos en los que interviene una institución como el *trust*, desconocida en nuestro ordenamiento jurídico, en el ámbito sucesorio. La sentencia trae causa de un procedimiento iniciado en primera instancia en el que se solicitaba por los demandados: a) la declaración de su condición de herederos forzosos del causante, un ciudadano de nacionalidad italiana que falleció intestado en el año 2005; b) la inclusión en la herencia yacente de los bienes aportados por el causante a un *trust* en el año 1995 del que eran beneficiarios, además de los demandantes —hijos de su segundo matrimonio— otros hermanos de vínculo sencillo —hijos de su primer matrimonio—, y c) la declaración de nulidad de los actos del *trustee* que pudiesen perjudicar los derechos de los deman-

dados como herederos forzosos. Simultáneamente a la demanda se plantearon medidas cautelares con el fin de impedir actos de disposición al *trustee* o terceros sobre los bienes que integraban el *trust*. Si bien en primera instancia se estimó íntegramente el *petitum* planteado por la parte demandada la decisión fue recurrida en apelación ante la Audiencia Provincial de Granada que revocó la misma.

A mi juicio, tres son los aspectos que han de ser objeto de comentario en esta sentencia: en primer lugar, la distinción entre la sucesión hereditaria y la institución del *trust* (inter vivos, pues se había constituido y entrado en vigor en vida del causante) que nos permita afirmar que el patrimonio aportado al *trust* no forma parte del caudal hereditario del causante; en segundo lugar la determinación de los tribunales competentes para conocer de ambas cuestiones y, finalmente, la ley aplicable tanto a la sucesión cuanto al *trust*.

2. En relación con los bienes aportados al *trust* y su posible consideración como patrimonio del causante hay que afirmar que el *trust* constituye un patrimonio diferente y diferenciado y, consecuentemente, los bienes aportados al mismo durante la vida del causante no formarán parte de su herencia yacente en el momento del fallecimiento.

La Audiencia critica la errónea decisión del tribunal de instancia al considerar que los bienes del *trust* deben integrarse en la herencia yacente y, para ello, se refiere a la doctrina de nuestro TS y a la ausencia de un debate jurídico adecuado en esta materia. Sin embargo, pasa de puntillas y no se pronuncia sobre esta cuestión que, en mi opinión, está relacionada con la ley aplicable a sendas instituciones: de una parte, la ley italiana aplicable a la sucesión —ley nacional del causante en el momento del fallecimiento (art. 9.8 del CC)— y, de otra, la ley inglesa aplicable al *trust* —ley determinada por el causante (*settlor*) en el momento de su constitución o, en su defecto, la del país con el que presente el vínculo más estrecho (Convenio de La Haya sobre la ley aplicable al *trust* y a su reconocimiento).

Pues bien, aun cuando el causante dispone de libertad para establecer un *trust* inter vivos, en cuyo caso los bienes aportados al mismo no pasarán a formar parte de su herencia yacente, resulta esencial considerar si en el momento de constituir el *trust* respetó los derechos de legítima de sus hijos previstos en la ley italiana aplicable a su sucesión. Considerando que los beneficiarios del *trust* eran todos sus hijos, herederos legítimos y titulares con los mismos porcentajes —a excepción de una hermana— y que la finalidad del mismo era evitar los impuestos sucesorios en España podría concluirse que no afecta a los derechos legitimarios de sus hijos si bien se trata de una cuestión que desconocemos.

3. Por el contrario, la sentencia sí aborda la acción de nulidad de futuro planteada en relación con los actos de disposición del *trustee* con la finalidad de preservar los bienes aportados por el causante al *trust*, desarrollando, así, los aspectos relacionados con la competencia judicial internacional.

Si bien los jueces y tribunales españoles no pueden dejar de resolver aquellos supuestos en los que intervenga la institución del *trust* considero que, tal y como plantea la Sala, en el pronunciamiento de primera instancia se produce una incorrecta aplicación de las normas de competencia judicial internacional. Esta circunstancia solamente puede entenderse, aunque no justificarse, por el desconocimiento de la institución del *trust* en nuestro ordenamiento jurídico lo que conduce en ocasiones a nuestros tribunales a ignorarla en lugar de buscar posibles soluciones coherentes con nuestro Derecho. Resulta pues evidente la confusión que genera la sentencia de ins-

tancia al decidir sobre una acción de nulidad de futuro —los actos dispositivos del *trustee*— sobre la que no resultan competentes los tribunales españoles considerando que, en ausencia de prórroga de la competencia, el *trustee* puede ser demandado «...ante los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio estuviere domiciliado el *trust*» (arts. 23.4 y 5.6 del Reglamento 44/2001), es decir, ante los tribunales de la isla de Jersey.

En este sentido, procede recordar que la extinción y disolución del *trust* y el posterior reparto entre sus beneficiarios se había planteado con anterioridad ante los tribunales de Jersey, siendo autorizada por el mencionado tribunal mediante sentencia de fecha 14 de mayo de 2014. De este modo, parece obvio que la posterior demanda ante el tribunal de primera instancia español tenía por objeto, al socaire de la determinación del caudal hereditario del causante, la declaración de nulidad de los actos del *trustee* sobre el patrimonio del *trust*, cuestión que ya había sido objeto de litigio ante el Tribunal de Jersey.

La Sala, por su parte, manifiesta que es inviable solicitar la nulidad de los actos del *trustee* sin traer al proceso a los verdaderos titulares afectados por esa nulidad. Sin embargo, al tratarse de una demanda con el mismo objeto, causa e identidad de partes ha de operar el instituto de la litispendencia y el tribunal de primera instancia debió inhibirse a favor del tribunal de Jersey que ya se había declarado competente en relación a la disolución y liquidación del *trust* (art. 27.2 del Reglamento 44/2001). De otro modo, se asumía por el juzgado de instancia un litigio incompatible e irreconciliable con el que paralelamente se seguía ante los tribunales de Jersey.

4. Finalmente, por lo que respecta a la ley aplicable, en la sentencia de instancia se produce una errónea determinación de la ley aplicable a ambas instituciones. En relación al *trust* resultaría de aplicación la ley inglesa si esta hubiese sido la elegida por el constituyente (*settlor*), cuestión que desconocemos. En su defecto, sería de aplicación la ley con la que el *trust* se encuentre más estrechamente vinculado (arts. 6 y 7 del Convenio de La Haya). En este sentido, si bien los bienes que forman parte del *trust* se encuentran localizados en España hemos de considerar aplicable la ley inglesa en virtud del domicilio (isla de Jersey) del *trust*. La Sala así lo reconoce, teniendo en cuenta que el tribunal de Jersey ya había resuelto la extinción y resolución del *trust* con arreglo a la ley inglesa (art. 8 del Convenio de La Haya) y así, aunque de manera implícita, reconoce la errónea decisión del tribunal de instancia que declaraba la nulidad de los acuerdos y actos de disposición del *trustee*, entre ellos, la extinción y distribución de los bienes del *trust*, con arreglo a la ley española.

Raúl LAFUENTE SÁNCHEZ  
Universidad de Alicante

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.68.1.2016.3b.18>

## IV. INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN

### A) DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y RELACIONES INTERNACIONALES

Selección y coordinación a cargo de

Luis M. HINOJOSA MARTÍNEZ

Catedrático de Derecho internacional público  
Universidad de Granada

**SUMARIO:** 1. PLATAFORMA CONTINENTAL AMPLIADA AL OESTE DE LAS ISLAS CANARIAS: PRESENTACIÓN ESPAÑOLA ANTE LA COMISIÓN DE LÍMITES DE LA PLATAFORMA CONTINENTAL.—2. EL INFORME DE LA FISCALÍA DEL TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL SOBRE LA SITUACIÓN EN HONDURAS: LA INQUIETANTE CONCLUSIÓN DEL EXAMEN PRELIMINAR.—3. BOMBARDEOS EN SIRIA E IRAQ: LA APARICIÓN DE NUEVOS COMPONENTES NORMATIVOS PARA LA LICITUD O ILICITUD DEL USO DE LA FUERZA EN EL ORDEN INTERNACIONAL.—4. DELIMITACIONES MARÍTIMAS Y TERRITORIALES EN EL ÁRTICO: DESARROLLO Y TENDENCIAS.—5. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN EL CASO *VASILIAUSKAS C. LITUANIA* (GS): EL GRUPO PROTEGIDO EN EL CRIMEN DE GENOCIDIO Y SU LESIÓN EN EL MARCO DEL ART. 7 DEL CONVENIO EUROPEO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS Y DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES.—6. LA CRISIS MIGRATORIA Y LA REINSTITAURACIÓN DE LOS CONTROLES DE LAS FRONTERAS INTERIORES EN EL ESPACIO SCHENGEN.

#### 1. PLATAFORMA CONTINENTAL AMPLIADA AL OESTE DE LAS ISLAS CANARIAS: PRESENTACIÓN ESPAÑOLA ANTE LA COMISIÓN DE LÍMITES DE LA PLATAFORMA CONTINENTAL

1. La cuestión de la delimitación del borde exterior de la plataforma continental sigue revestida de cierta incertidumbre jurídica y siendo objeto de consideración doctrinal, muy en especial en relación con la posibilidad de su extensión más allá de las 200 millas marinas [cfr., por ejemplo, FARAMIÑÁN GILBERT, J. M., «Consideraciones jurídicas sobre la extensión de la plataforma continental más allá de las 200 millas marinas (algunas referencias a la plataforma continental española)», en SÁNCHEZ PA-

TRÓN, J. M. y JUSTE RUIZ, J. (coords.), *Derecho del mar y sostenibilidad ambiental en el Mediterráneo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 59-86; ARMAS PFIRTER, F., «El límite exterior de la plataforma continental», *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, 2000, pp. 235-256; J. M. TASSIN, V., *Les défis de l'extension du plateau continental - La consécration d'un nouveau rapport de l'État à son territoire*, París, Pedone, 2011; PRES-COTT, V. y SCHOFIELD C. (dirs.), *The Maritime Political Boundaries of the World*, Martinus Nijhoff, 2.<sup>a</sup> ed., 2005, especialmente pp. 183-211 («The Continental Margin»)]. Es además una cuestión de controversia creciente, pudiéndose recordar a título de mero ejemplo el actual contencioso entre Nicaragua y Colombia, en el que el reciente pronunciamiento del Tribunal Internacional de Justicia (TIJ) de 17 de marzo de 2016 sobre su competencia da buena muestra de ello. En el caso español, pese al conocido hecho geológico de una reducida extensión de la plataforma continental, la cuestión ha cobrado también renovado protagonismo como consecuencia de las tres presentaciones realizadas durante los últimos años ante la Comisión de Límites de la Plataforma Continental (en adelante, CLPC) para lograr una prolongación más allá de las 200 millas marinas. La última de ellas ha correspondido a la solicitud de extensión al oeste de las Islas Canarias (Presentación CLPC, núm. 77), cuya presentación formal (oral) ante la CLPC tuvo lugar el pasado 26 de agosto de 2015. Parece, por ello, momento adecuado para revisar brevemente el régimen iusinternacional existente en la materia (2 y 3), de forma que, una vez precisados el papel de la CLPC (4), el procedimiento establecido al respecto (5) y los antecedentes que afectan a España (6), nos detengamos en el concreto caso de la plataforma continental al oeste de las Islas Canarias (7), prestando atención particular a los aspectos de índole jurídica, muy en especial a las dos cuestiones a las que mayor relevancia presta la Comisión, a saber, la ausencia de controversias jurídicas con otros Estados ribereños (8) y la prestación de seguridades de que la presentación no prejuzga la situación de la delimitación con otros Estados concernidos (9). Con ello, se podrán extraer, finalmente, algunas conclusiones (10).

2. El régimen iusinternacional en materia de plataforma continental extendida ha conocido en las últimas décadas un notable desarrollo que afecta tanto al plano convencional, como al consuetudinario y jurisprudencial. En este sentido, en el *plano convencional*, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CNUDM), siguiendo un criterio diferente al adoptado en su momento por el art. 1 del Convenio de Ginebra sobre Plataforma Continental de 1958 (criterios de la profundidad y la explotabilidad), define la plataforma continental como el espacio marino que «comprende el lecho y el subsuelo de las áreas submarinas que se extienden más allá de su mar territorial y a todo lo largo de la prolongación natural de su territorio hasta el borde exterior del margen continental, o bien hasta una distancia de 200 millas marinas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial, en los casos en que el borde exterior del margen continental no llegue a esa distancia» (art. 76.1); es decir, se siguen los *criterios geológico y de la distancia* [cfr. JIMÉNEZ PIERNAS, C., «Régimen jurídico de los espacios marinos (III): plataforma continental, zona económica exclusiva y Estados sin litoral», en DÍEZ DE VELASCO, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Madrid, 18.<sup>a</sup> ed., Tecnos, 2013, pp. 527-551, especialmente p. 529]. No obstante, para dar satisfacción a los Estados con una plataforma geológica muy amplia, la Convención optó por una fórmula de equilibrio, de manera que esa distancia máxima pueda verse ampliada hasta las 350 millas marinas (art. 76.5 CNUDM), siempre que el margen continental se extienda más allá de las 200 millas y concurran las detalladas condiciones fijadas por la propia Convención (art. 76.2 en relación con el art. 76.4 a 6 CNUDM) (véase HUTCHINSON, D. N., «The Concept of Natural Prolongation in the Jurisprudence Concerning Delimitation of Conti-

mental Shelf Areas», *British Yearbook of International Law*, vol. 55, 1984, pp. 133-187). Ello resulta de enorme relevancia práctica para los Estados ribereños, ya que estos ostentarían sobre la plataforma continental ampliada (o también llamada residual) los derechos de exploración y explotación de los recursos naturales con idéntico alcance que en cualquier otro área de la plataforma continental (art. 77.1 CNUDM).

3. En el *plano consuetudinario*, parece poder defenderse que el criterio de las 200 millas es ya expresión de Derecho consuetudinario. De hecho, la doctrina constata incluso una tendencia a la generación de una norma consuetudinaria conformada por lo esencial del contenido recogido en el (detallado) art. 76 CNUDM (REMIRO BROTONS, A. *et al.*, *Derecho Internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, p. 942). A la par, en el *plano jurisprudencial*, el TIJ ha ido elaborando todo un cuerpo doctrinal en el que, de entrada, queda claro que del concepto de plataforma continental como «prolongación natural de su territorio bajo el mar» se derivan derechos para el Estado ribereño «*ipso facto* y *ab initio* en virtud de la soberanía del Estado sobre dicho territorio y por una extensión de esa soberanía en forma de ejercicio de derechos soberanos» (Sentencia de 20 de febrero de 1969, casos de la *Plataforma continental del Mar del Norte, República Federal de Alemania c. Holanda* y *República Federal de Alemania c. Dinamarca*, apdo. 19). Igualmente, se constata que en materia de delimitación el particularismo y la equidad cobran un protagonismo fundamental, que va a resultar particularmente relevante en relación con la exigencia de negociación entre los Estados concernidos por una ampliación de plataforma continental (p. ej., Sentencia de 24 de febrero de 1982, asunto de la *Plataforma continental, Túnez c. Jamahiriya Arabe Libia*; Sentencia de 12 de octubre de 1984, *Delimitación de la frontera marítima en la región del Golfo de Maine, Canadá c. Estados Unidos*; Sentencia de 10 de octubre de 2002, *Frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria, Camerún c. Nigeria*; Sentencia de 3 de febrero de 2009, asunto sobre la *Delimitación marítima del Mar Negro, Rumanía c. Ucrania*, etc.). Incluso el Tribunal Internacional de Derecho del Mar se ha visto confrontado con esta materia en su único asunto pronunciado hasta el momento sobre delimitación de espacios marinos [véase al respecto, en tono crítico, HUANG, Y. y LIAO, X., «Natural Prolongation and Delimitation of the Continental Shelf Beyond 200 nm: Implications of the Bangladesh/Myanmar Case», *Asian Journal of International Law*, vol. 4, 2014, pp. 281-307, igualmente, ELFERINK, A. G. O., «ITLOS's Approach to the Delimitation of the Continental Shelf Beyond 200 Nautical Miles in the Bangladesh/Myanmar Case: Theoretical and Practical Difficulties», en WOLFRUM, R. *et al.* (eds.), *Liber amicorum Budslav Vukas*, Martinus Nijhoff Publishers, en prensa]. A mayor abundamiento, aunque ciertamente en el ámbito de la Unión Europea la soberanía de sus Estados miembros sobre la plataforma continental es funcional y en parte se puede ver limitada por la aplicación del Derecho de la Unión (STJUE de 17 de enero de 2012, *Salemink*, ECLI:EU:C:2012:17), sigue correspondiendo a los Estados (y no a la Unión) la determinación de la extensión y límites de su territorio, incluida la plataforma continental (STJUE de 29 de marzo de 2007, *Aktiebolaget*, ECLI:EU:C:2007:195). En todo caso, para materializar esta ampliación de la plataforma continental, el Estado ribereño ha de someterse al correspondiente procedimiento ante la CLPC.

4. La CLPC es un órgano integrado en la División de Asuntos Oceánicos y de Derecho del Mar de la Secretaría General de las Naciones Unidas (DOALOS), cuya regulación específica se encuentra en el Anexo II de la Convención. Está compuesta por 21 miembros, que han de ser expertos en geología, geofísica o hidrografía y son elegidos por los Estados parte de la Convención teniendo en cuenta la necesidad de asegurar una representación geográfica equitativa, prestando sus servicios a título personal (art. 2.1 del Anexo II CNUDM). Desempeñan su labor por cinco años y pue-

den ser reelegidos (art. 2.4 del Anexo II CNUDM). Su forma de trabajo habitual es en subcomisiones de siete miembros (art. 5 del Anexo II CNUDM). La función básica de la Comisión, dejando al margen la posibilidad de prestar asesoramiento al Estado ribereño interesado durante la preparación de los datos necesarios para elaborar la información requerida, es la de emitir las recomendaciones pertinentes sobre la pretendida plataforma continental ampliada a partir del examen de las informaciones que reciba de los Estados (art. 3.1 del Anexo II CNUDM). El procedimiento para la presentación de estas informaciones se regula en el citado Anexo de la Convención y en el Reglamento de la propia CLPC (CLCS/40/Rev.1, de 17 de abril de 2008), si bien es completado por las Directrices Científicas y Técnicas, también adoptadas por ella misma (CLCS/11, de 13 de mayo de 1999 y Corrs. 1 y 2; CLCS 11/Add 1 y Corr. 1), así como por algunas decisiones de la Reunión de los Estados parte de la Convención. Resulta, además, de utilidad el *Manual de capacitación sobre el trazado de los límites exteriores de la plataforma continental más allá de las 200 millas y para la preparación de presentaciones de información a la Comisión de Límites de la Plataforma Continental*, que, a petición de la Comisión, redactó DOALOS en 2006.

5. El procedimiento se iniciará por el Estado ribereño que, conforme a lo previsto en el art. 76 CNUDM, se proponga establecer el límite exterior de su plataforma continental más allá de las 200 millas marinas. Este presentará a la Comisión las características de ese límite exterior, junto con toda la información científica y técnica de apoyo que estime oportuna con arreglo a lo establecido en las Directrices Científicas y Técnicas. El Reglamento de la CLPC deja a los Estados la opción de realizar bien una presentación global conteniendo toda la información sobre la plataforma continental extendida a la que aspiran o bien presentaciones parciales sobre determinadas áreas concretas (apdo. 3 del Anexo I del Reglamento de la CLPC). En todo caso, el plazo fijado para realizar la presentación es de diez años a contar desde la entrada en vigor de la Convención para el Estado en cuestión (art. 4 del Anexo II CNUDM). No obstante, comoquiera que las Directrices Científicas y Técnicas para la presentación de la información no fueron aprobadas por la CLPC hasta el 13 de mayo de 1999, la Reunión de Estados parte de la Convención decidió que «en el caso de un Estado parte para el cual la Convención entró en vigor antes del 13 de mayo de 1999, se entendería que el plazo de diez años mencionado en el art. 4 del Anexo II de la Convención había empezado el 13 de mayo de 1999» (SPLOS/72, de 29 de mayo de 2001). Aun así, la práctica establecida por la Reunión de Estados parte es realizar dentro del plazo previsto una presentación preliminar (la llamada Información Preliminar y Descripción del Estado de Preparación), con el compromiso de llevar a cabo posteriormente la presentación definitiva (SPLOS/183, de 20 de junio de 2008). Una vez efectuada la presentación, tanto de forma escrita como en el acto de exposición formal oral, corresponde a las subcomisiones de la CLPC estudiar la información recibida y elaborar sus propuestas de recomendaciones a la Comisión, que finalmente las aprobará por una mayoría de dos tercios de los miembros presentes y votantes. A continuación, la Comisión remitirá la recomendación tanto al Secretario General de las Naciones Unidas como al Estado interesado (art. 6 del Anexo II CNUDM). La decisión de la Comisión tiene carácter de mera recomendación a los Estados ribereños sobre las cuestiones relacionadas con la determinación de los límites de exteriores de su plataforma continental; por tanto, la fijación definitiva de los límites de dicha plataforma continental ampliada corresponde al Estado concernido, tomando, eso sí, como base las recomendaciones de la Comisión (art. 76.8 CNUDM). Y, en ningún caso, esta recomendación de la Comisión prejuzga la cuestión de la delimitación de la plataforma continental entre Estados con costas adyacentes o situadas frente a frente (art. 76.10 CNUDM).

6. En el caso de España, al margen de que la Convención entrara en vigor para nuestro país el 14 de febrero de 1997, el plazo de presentación de información concluyó, conforme a la decisión citada de la Reunión de Estados parte, el 13 de mayo de 2009. Durante ese periodo, España optó por realizar tres presentaciones parciales. La primera se hizo el 21 de agosto de 2006 (Presentación CLPC, núm. 6), afectaba al área del Golfo de Vizcaya y Mar Céltico y se realizó de manera conjunta con Francia, Reino Unido e Irlanda (en lo que se conoce como zona FISU a partir de las siglas en inglés de los cuatro Estados concernidos). Una vez materializada la presentación formal ante el plenario (CLCS/52, de 6 de octubre de 2006, apdos. 26 a 34), la CLPC emitió sus recomendaciones el 24 de marzo de 2009 (CLCS/62, de 20 de abril de 2009, apdos. 8 a 14), estando aún pendiente la conclusión de la negociación entre los cuatro Estados ribereños para proceder a la delimitación interna. La segunda tenía por objeto el área de Galicia (Presentación núm. 47), habiéndose depositado la presentación parcial en DOALOS el 11 de mayo de 2009 y realizado la exposición oral ante el plenario el 7 de abril del año siguiente (CLCS/66, de 30 de abril de 2010, apdos. 66 a 70), si bien aún no ha sido examinada por la Comisión (se encuentra en trámite de estudio por la subcomisión competente). Cabe destacar, en todo caso, que tanto España como Portugal, que realizó su correspondiente presentación el mismo día, han indicado expresamente la ausencia de controversias en el área; no en vano, se realizaron campañas oceanográficas conjuntas e incluso existe ya un Área de Interés Común (AIC). Ambos países han indicado, igualmente, la intención de efectuar la delimitación bilateral conforme a las exigencias del Derecho internacional. Y por lo que afecta a la que aquí nos ocupa, España depositó la información preliminar el 11 de mayo de 2009. Posteriormente, la presentación definitiva se materializó el 17 de diciembre de 2014 y el pasado 26 de agosto de 2015 tuvo lugar su presentación formal (oral) ante el pleno de la Comisión, en la sede de Naciones Unidas en Nueva York.

7. En efecto, por lo que específicamente concierne al área situada al oeste de las Islas Canarias, con la presentación formal realizada en agosto de 2015 concluía un largo y complejo proceso de recopilación de información para demostrar, conforme a las detalladas indicaciones recogidas en las Directrices Científicas y Técnicas de la Comisión, que la prolongación natural de la masa continental sumergida en el área al oeste de las Islas Canarias se extiende más allá de las 200 millas marinas establecidas con arreglo al criterio de la distancia, cumpliendo con la prueba de la pertenencia. De esta forma, España «considera que tiene el derecho para definir el límite exterior de su plataforma continental en el área al oeste de las Islas Canarias mediante la aplicación de las reglas descritas en los párrafos 4 a 10 del art. 76 de la Convención». Y ello es así porque España estima que «con la información científica y técnica aportada en esta Presentación parcial, puede demostrar a la Comisión que, tanto las líneas trazadas a una distancia de 60 millas marinas desde el pie del talud continental, como las líneas trazadas a una distancia en que el espesor de las rocas sedimentadas es de por lo menos el 1 por 100 de la distancia más corta desde ese punto hasta el pie del talud, se extienden más allá de las 200 millas marinas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial». La preparación de la referida presentación se hizo bajo la coordinación del MAEC (Comisión Internacional de Límites con Francia y Portugal y Asesoría Jurídica Internacional) y con la participación tanto de la Secretaría de Estado de Investigación del Ministerio de Economía y Competitividad (Instituto Geológico y Minero de España, Instituto Español de Oceanografía, Unidad de Tecnología Marina y Comisión de Coordinación y Seguimiento de las Actividades de Buques Oceanográficos) como del Ministerio de Defensa (Instituto Hidrográfico de la Marina). A título de ejemplo, para poner de manifiesto la entidad de

los trabajos necesarios para la preparación de la posición española, puede indicarse que fueron precisas seis campañas oceanográficas de investigación entre 2010 y 2014, la disposición de tres buques oceanográficos españoles (Hespérides, Sarmiento de Gamboa y Miguel Oliver) y la realización de 68.338 km de batimetría con ecosondas.

8. Por lo que específicamente concierne a las cuestiones de índole jurídica, es de gran relevancia acreditar ante la Comisión dos elementos fundamentales, a saber, la ausencia de controversias jurídicas con otros Estados ribereños, así como dejar bien establecido que la presentación no prejuzga en modo alguno cuestiones relativas a la fijación de límites entre Estados (Anexo 1 del Reglamento de la Comisión). En relación con el primero de ellos, en los supuestos en que exista una controversia respecto de la delimitación, la Comisión «será informada de esa controversia por los Estados ribereños que hayan hecho la presentación» [apdo. 2.a) del Anexo I del Reglamento de la Comisión]. En el caso de la presentación sobre los límites de la plataforma continental de España al oeste de las Islas Canarias, España dejó constancia de la ausencia de controversias en la Presentación Parcial de Datos e Información (apdo. 5.1 del Resumen Ejecutivo). Además, como también es habitual en la práctica, se produjo un doble intercambio de notas verbales, todas ellas publicadas en la página web de DOALOS. Con respecto a Portugal, de igual forma a como ocurrió con la presentación de Galicia (véase *supra*, 6), ha quedado bien patente que no existe controversia alguna entre ambos países. Así, mediante Nota Verbal de 1 de abril de 2005, presentada por la Misión Permanente de Portugal ante Naciones Unidas, se hizo constar que «*the Portuguese Government does not object to the Commission considering the submission made by the Kingdom of Spain concerning the outer limits of the continental shelf to the West of the Canary Islands*». De forma paralela, la Misión Permanente de España ante Naciones Unidas envió el 10 de junio de 2009 otra Nota Verbal, en la que igualmente se afirmaba que el Gobierno de España no plantea ninguna objeción a la solicitud realizada por Portugal para que la Comisión considere la documentación de su presentación relativa al área de las islas de Madeira. Este contenido fue plenamente reiterado en otra Nota Verbal española de 7 de abril de 2015, enviada para deshacer cualquier posible malentendido provocado por una desafortunada Nota Verbal anterior. Por otro lado, en relación con Marruecos, su Gobierno presentó a DOALOS el 10 de marzo de 2015 una Nota Verbal, en la que, sin llegar a objetar la presentación española, planteaba reservas. En esencia, además de recordar la ausencia de delimitación de espacios marinos entre ambos Estados y reafirmar su posición respecto a la regla de la equidad en materia de delimitación, introducía reparos a propósito de la Ley 44/2010, de 30 de diciembre, sobre las aguas de Canarias (BOE núm. 318, de 30 de diciembre de 2010), por considerar que la «*distance est mesurée en partant des lignes établies par la Loi 44/2010 sur les eaux canariennes*». España, por su lado, contestó a través de otra Nota Verbal de 22 de abril de 2015, aclarando que «las líneas de base utilizadas para medir la anchura de la plataforma continental en la Presentación parcial sobre los límites de la Plataforma Continental de España al oeste de las Islas Canarias son las definidas en el Real Decreto 2510/1977, de 5 de agosto», como, de hecho, se especificaba en el punto 7.9 de la presentación. Ello no podía ser de otra forma a la vista de que la Ley 44/2010 no define líneas de base, con independencia de que algunos aspectos de la misma puedan resultar jurídicamente controvertidos. Finalmente, a raíz de ello, Marruecos volvió a enviar *in extremis*, apenas un mes antes del inicio de la presentación formal en Naciones Unidas, una nueva Nota Verbal de 29 de julio de 2015, enfocada en esta ocasión, de forma conjunta, a las pretensiones de ampliación de la plataforma continental de España, Portugal, Mauritania y Cabo Verde. En ella se omite cualquier referencia a las reservas sobre la Ley 44/2010 y se limita a reiterar la ausencia de delimitación entre

los Estados concernidos y a solicitar a la Comisión que tenga en cuenta tal situación («à tenir dûment compte de cette situation dans l'examen des soumissions des extensions des Plateaux continentaux de l'Espagne, du Portugal, de la Mauritanie et du Cap vert»). Esta Nota no fue objeto de contestación por España, si bien lógicamente su contenido fue ampliamente respondido en la intervención oral ante la CLPC.

9. En este mismo orden de cuestiones jurídicas, resulta, en segundo lugar, también relevante dejar claro ante la Comisión que la presentación no prejuzga en modo alguno las cuestiones relativas a la fijación de límites entre Estados (cfr. COLSON, D. A., «The Delimitation of the Outer Continental Shelf between Neighboring States», *The American Journal of International Law*, vol. 97, 2003, pp. 91-107; LILJE-JENSEN, J. y THAMSBORG, M., «The Role of Natural Prolongation in Relation to Shelf Delimitation Beyond 200 Nautical Miles», *Nordic Journal of International Law*, vol. 64, 1995, pp. 619-645; MEESE, R., «La délimitation du plateau continental au-delà des 200 Miles», en *Le plateau continental étendu aux termes de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982*, París, Pedone, 2004, pp. 181-229). Ello es consecuencia tanto de la propia CNUDM, como del Reglamento de la Comisión. La primera deja patente que las decisiones de la CLPC tienen la naturaleza de recomendación (art. 76.8 CNUDM) y «no prejuzgan la cuestión de la delimitación de la plataforma continental entre Estados con costas adyacentes o situadas frente a frente» (art. 76.10 CNUDM). Y el segundo, además de reiterar que la competencia sobre las cuestiones relativas a las controversias que surjan en cuanto a la determinación del límite exterior de la plataforma continental reside en los Estados, recoge la exigencia de que la Comisión reciba «seguridades, en la medida de lo posible, por parte de los Estados ribereños que hayan hecho la presentación de que esta no prejuzga cuestiones relativas a la fijación de los límites entre Estados» [apdo. 2.b) del Anexo I del Reglamento de la Comisión]. En el caso que nos ocupa, así quedó oportunamente reflejado, en primer término, en la presentación depositada (apdo. 5 del Resumen Ejecutivo de la Presentación Parcial de Datos e Información), al preverse expresamente que esta no «prejuzga cuestiones relativas a la fijación de límites entre Estados». Es más, la propia presentación preliminar reconoció explícitamente que «[l]a extensión de la plataforma continental en el área de las Islas Canarias presenta dos polígonos de solapamiento con las potenciales extensiones de las plataformas continentales de terceros más allá de sus respectivas 200 millas». Así, en primer lugar, por lo que respecta al polígono norte, «el área de 350 millas marinas de las Islas Canarias se solapa con la posible determinación más allá de las 200 millas marinas de Portugal en el área de las Islas de Madeira. España y Portugal están de acuerdo en que sus respectivas presentaciones no prejuzgan el resultado final ni la delimitación lateral de sus respectivas plataformas ampliadas, que deberá ser acordada por los dos Estados en un momento ulterior». En segundo lugar, en relación con el polígono meridional, se estableció que «la posible extensión de la plataforma continental española podría superponerse con una eventual ampliación más allá de las 200 millas marinas de la plataforma continental del margen continental saharauí», añadiéndose de manera clara que la presentación «que se propone realizar España no prejuzga ni perjudica los derechos de terceros que puedan ser reclamados en su día». Nótese que, dada la delicada situación jurídica del Sáhara Occidental, se hace alusión genérica a «los derechos de terceros que puedan ser reclamados en su día», sin mayor especificación. En segundo término, esta posición se manifestó igualmente en todas las Notas Verbales enviadas por España en contestación a las previamente presentadas ante DOALOS por Portugal y Marruecos (véase *supra*, 7). Así, a nuestro entender, estas afirmaciones encuentran plena concordancia con lo previsto en el art. 5 del Anexo I del Reglamento de la CLPC.

10. En suma, con la presentación formal oral del pasado 26 de agosto se ha dado un importante paso adelante en el camino hacia una posible ampliación de la plataforma continental ampliada más allá de las 200 millas marinas al oeste de las Islas Canarias. Se está, empero, aún lejos de su plena materialización. De entrada, pasarán (bastantes) años hasta que la Comisión emita las recomendaciones previstas en el art. 76.8 CNUDM, ya que se sigue el orden de recepción de las presentaciones y hay bastantes por delante de la nuestra. De momento, según comunicó formalmente la CLPC con fecha de 2 de septiembre de 2015, la presentación ha sido remitida a la subcomisión para el correspondiente estudio. A partir de ahí, cuando en su momento se cuente con las recomendaciones de la Comisión, corresponderá emprender las oportunas negociaciones con los Estados ribereños con costas adyacentes o enfrentadas para alcanzar un acuerdo sobre la delimitación final. Negociación esta que, en el caso del solapamiento con el polígono meridional, podría no resultar sencilla y, probablemente, tendría que insertarse dentro de un paquete negociador más amplio, que incluyera también otros espacios marinos diferentes aún pendientes de delimitación. Sobre esa base, España estará en situación de determinar de manera definitiva y obligatoria los límites externos de la plataforma, teniendo presentes las recomendaciones que emita la Comisión.

José MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES

Catedrático de Derecho internacional público de la Universidad de Salamanca

Jefe de la Asesoría Jurídica Internacional del MAEC

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.68.1.2016.4a.01>

## **2. EL INFORME DE LA FISCALÍA DEL TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL SOBRE LA SITUACIÓN EN HONDURAS: LA INQUIETANTE CONCLUSIÓN DEL EXAMEN PRELIMINAR**

1. La Oficina del fiscal de la Corte Penal Internacional (CPI) dirigida por la jurista de Gambia, Fatou Bensouda, en su informe del pasado 28 de octubre de 2015 con arreglo al art. 5 del Estatuto de Roma finiquitó el examen preliminar de la situación en Honduras concluyendo que no se reunían los requisitos legales para poder abrir una investigación. Las 31 comunicaciones remitidas por distintas asociaciones de derechos humanos y las tres visitas a Honduras no han bastado para poder calificar los hechos relativos al golpe de Estado de 2009 y los acaecidos en la región del Bajo Aguán, como crímenes contra la humanidad; y todo ello aun habiendo admitido la gravedad de los hechos denunciados.

2. Habida cuenta de la ratificación por Honduras del Estatuto de Roma el 1 de julio de 2002, y como es bien sabido, al amparo de lo dispuesto en su art. 13.c), el fiscal ostenta la potestad de iniciar unas investigaciones por propia iniciativa sobre la base de cualquier información que haya llegado a su conocimiento. En este asunto distintas organizaciones de derechos humanos hicieron llegar a la Oficina del fiscal de la CPI diferentes comunicaciones, siendo la primera de fecha septiembre de 2009. Atendiendo a estas denuncias el 18 de noviembre de 2010, la Fiscalía indicó que procedía a realizar un examen preliminar, el cual quedó archivado casi cinco años después. Curiosamente un día antes de la conclusión de la investigación, el 27 de octubre de 2015, la misma Oficina de Bensouda acusaba recibo de una nueva comunicación de la coordinadora general del Comité de Familiares Detenidos, en la que se comprometía a efectuar un «análisis independiente, imparcial y exhaustivo». Es más, en esa última comunicación se aportaban nuevas evidencias que venían a acreditar la comisión de

crímenes de lesa humanidad y concurrencia de elementos para la admisibilidad y competencia de la Corte, que no han podido ser investigados con la debida diligencia.

3. Al margen de estas vicisitudes procesales, el fondo del examen preliminar que ahora queda concluso venía investigando en dos grandes apartados las graves violaciones de derechos humanos cometidas en Honduras desde 2009, distinguiendo entre lo acontecido durante el golpe de Estado en todo el país y la específica situación que padece la región del Bajo Aguán.

4. En cuanto al primer elemento contextual, el Informe de la Fiscalía ha procedido a evaluar tanto los hechos relativos al golpe de Estado de 28 de junio de 2009, como el periodo post-electoral desde la toma del poder por parte de Porfirio Lobo. Con independencia de este examen preliminar, llama poderosamente la atención el tratamiento desigual que han otorgado las Naciones Unidas (ONU) a este tipo de situaciones. Así, por ejemplo, si bien el derrocamiento de Aristide en Haití fue calificado por el Consejo de Seguridad como una amenaza a la paz y seguridad internacionales autorizando incluso el uso de la fuerza bajo el paraguas del Capítulo VII mediante la Resolución 841 (1993), las reacciones en Honduras han sido mucho más tibias. En este caso pese a que el ejército de Honduras comete un golpe de Estado, bendecido por la Corte Suprema que acaba dictando una orden de detención contra el Presidente democráticamente electo Manuel Zelaya Rosales, que es trasladado a Costa Rica, el Consejo de Seguridad no toma las mismas medidas drásticas para restablecer el orden constitucional. Ni el reconocimiento por parte de la Asamblea General de la ONU a Zelaya como Presidente legítimo, ni la suspensión de Honduras como miembro de la Organización de Estados Americanos (OEA), lograron ni la restauración del gobierno que fue elegido democráticamente, ni la responsabilidad de los golpistas y sus colaboradores.

Y es precisamente la impunidad del golpe de Estado la que provoca directamente los crímenes que son «comunicados» a la Fiscalía de La Haya. De esta forma, el nuevo ilegítimo poder ejecutivo al decretar de forma arbitraria el estado de excepción, encargando a la policía y fuerzas armadas «el velar por su observancia», acaba posibilitando la violenta y desproporcionada represión de las manifestaciones pacíficas, que se traduce en ejecuciones extrajudiciales, detenciones arbitrarias, torturas, violaciones sexuales y persecuciones. Ante la manifiesta inoperancia y apatía del poder judicial hondureño, se inicia la remisión de comunicaciones a la CPI, que finalmente abre un examen preliminar.

5. En este contexto pasa la Fiscalía a analizar si los hechos examinados integran todos aquellos elementos para que puedan ser constitutivos de crímenes contra la humanidad, lo cual anuncia debe interpretarse «de forma estricta» (párr. 76). Señala en su informe que los opositores al régimen, como tales, podían integrar el concepto de «población civil». Este grupo perfectamente distinguible de los ciudadanos partidarios del nuevo gobierno golpista presidido por Roberto Micheletti y que «no fueron objeto de represión», se puede diferenciar de las víctimas y manifestantes calificados oficialmente de «disidentes, rebeldes, alborotadores, comunistas, izquierdistas» (párr. 96), para así justificar su hostigamiento.

Asimismo, de conformidad con el art. 7 del Estatuto de Roma, los actos descritos como crimen contra la humanidad, al margen de dirigirse contra la población civil, deben cometerse como parte de un «ataque generalizados o sistemático». Y sobre este extremo, el art. 7.2.a) enuncia que: «Por “ataque contra una población civil” se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados

en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política». En este sentido, desde sus inicios el informe reconoce de nuevo que la represión golpista constatada en casos de homicidios, torturas, violaciones, detenciones y atentados graves contra la integridad física «tomados en su conjunto, podrían constituir una “línea de conducta” que implicase la comisión múltiple de actos mencionados en el art. 7.1 contra una población civil» (párr. 13).

Aun así el ataque a la población civil debe poder calificarse de «generalizado o sistemático» y, en este sentido, la Fiscalía trae a colación los distintos pronunciamientos de las Salas de Cuestiones Preliminares para afirmar que esos ataques deben darse como parte de una política de Estado o de una organización siguiendo un «patrón regular» (párr. 82). Ahora bien al trasladar estos criterios al caso concreto de Honduras, los apartados preambulares del informe y sus conclusiones, estiman que no puede constatarse el carácter generalizado o sistemático de la represión golpista (párr. 141), y que «si bien parece que el régimen *de facto* elaboró un plan para tomar el poder y ejercer control sobre el país, el diseño de este plan y la implementación de las medidas adoptadas conforme a este no conllevó o implicó una política de cometer un ataque contra la población civil en cuestión» (párr. 14). Dicho esto parece que la Fiscalía se contradice al considerar en algunos puntos del informe que hubo una «línea de conducta» en la comisión de las graves violaciones de derechos humanos, incluso con el «establecimiento de una “sala de crisis” diseñada para planificar operaciones dirigidas a reprimir a la oposición», para más tarde asegurar que «no hubo un patrón consistente de atacar a los opositores al régimen *de facto* fuera del contexto de las manifestaciones» (párr. 17). Todo lo cual impide, según su criterio, la calificación de tales violaciones de un ataque de naturaleza sistemática.

A idéntica conclusión llega la Oficina de la Fiscalía en relación con el resto de hechos denunciados relativos al post-golpe y tras las elecciones de enero de 2010. Ignorando de nuevo la mencionada «línea de conducta» ya apuntada, se siguió el criterio gubernamental de la Comisión de la Verdad y Reconciliación impulsada por el gobierno de Lobo, que distingue entre dos tipos de homicidios: unos derivados del «uso excesivo y desproporcionado» por parte de las fuerzas de seguridad «en la represión de las manifestaciones»; y un segundo «vinculado a los asesinatos selectivos», realizados contra opositores destacados, defensores de derechos humanos y activistas políticos (párr. 87). Distinción que fue rechazada por las organizaciones de derechos humanos y por la otra Comisión de Verdad constituida por la sociedad civil, puesto que dicho argumentario estaba abocado a que la Fiscalía acabara concluyendo que: «La información disponible sugiere que los homicidios en cuestión podrían ser producto de la criminalidad común y el alza de las organizaciones dedicadas al narcotráfico» (párr. 119). Sin embargo el informe efectúa esta consideración final, sin determinar el origen de tal apreciación, toda vez que ni siquiera reseña el resultado de las actuaciones judiciales, de la autoría de los homicidios, de sus posibles cooperadores necesarios y otros hechos delictivos relevantes. Simplemente se expresa que antes del golpe de Estado el índice de criminalidad era alto en Honduras, debido a la debilidad de la administración de justicia; situación que se acentuó tras la quiebra constitucional y que por ello es difícil encontrar un nexo de unión entre la criminalidad y una «línea de conducta» en los términos del art. 7.2.a) del Estatuto de Roma.

6. El otro gran bloque temático que analiza el examen preliminar es el relativo a los crímenes cometidos en la región del Bajo Aguán. En este territorio la violencia se exacerbó con ocasión de las protestas campesinas y se constata que se produjeron

asesinatos selectivos, severos castigos físicos que pudieran ser calificados como torturas, desapariciones forzadas y desalojos. En todo caso, considera la Fiscalía que tales actos tuvieron origen tanto en actuaciones de las fuerzas de seguridad del Estado, como en grupos armados privados a la orden de los grandes terratenientes.

En un ejercicio propio de la llamada «fertilización cruzada», el informe va invocando las investigaciones ya efectuadas sobre el caso por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para poner de manifiesto el grave problema del acaparamiento de tierras [ZAMORA CABOT, F. J., «El acaparamiento de tierras (*land grabbing*) y empresas multinacionales: el caso *Mubende-Neumann*», *Papeles El Tiempo de los Derechos*, 2013, núm. 5]. Se apunta a la plena participación de las personas jurídicas en la disputa sobre el derecho de las tierras que viene intensificado a su vez por la contratación de empresas de seguridad privada (párr. 51). Ahora bien, la Fiscalía precisa que el conflicto rebasa la cuestión de la disputa por las tierras, ya que las violaciones de derechos humanos en la región también vienen conectadas con actuaciones de bandas criminales pertenecientes al narcotráfico y saqueadores de plantaciones de palma africana. Siendo así el informe determina que: «Aun cuando algunos de los crímenes alegados podrían estar relacionados con disputas de tierras entre grupos campesinos, grandes terratenientes y empresas privadas, ante la falta de suficiente información sobre la existencia de nexos y rasgos comunes entre los múltiples crímenes alegados, la Fiscalía consideró que no existe fundamento razonable para creer que estos crímenes constituyen una “línea de conducta” en los términos del apartado a) del párr. 2) del art. 7 del Estatuto» (párr. 139). Por todo ello concluye que los hechos alegados no constituyen un ataque contra la población civil y consecuentemente no son constitutivos de crímenes contra la humanidad (párr. 140).

Sorprende esta conclusión que deja en una situación de total desamparo a las víctimas de toda esta región donde prosigue el conflicto. Y más aún, cuando el mismo informe ha admitido las denuncias sobre la ejecución de una «campana de estigmatización contra los movimientos campesinos». A todo ello debe añadirse que se ha procedido a la militarización del Bajo Aguán por parte no solo de las fuerzas de seguridad hondureñas, sino que se han desplegado en la zona efectivos militares de los Estados Unidos bajo el propósito común «de proteger los intereses de las empresas privadas» (párr. 127 y nota 165 del informe). Siendo así, distintos informes comunicados a la Oficina de la Fiscalía han constatado tanto la comisión de crímenes por parte de las fuerzas de seguridad estatales (párr. 134), como «la existencia de un patrón de violencia que puede identificarse como ejecuciones del estilo de los escuadrones de la muerte» (párr. 136).

7. Como es más que obvio, las organizaciones de derechos humanos de Honduras en modo alguno están de acuerdo con esta conclusión y en una carta abierta de 30 de octubre de 2015 dirigida a la Fiscalía de la Corte Penal Internacional señalan que el informe «no es imparcial ni independiente». Se considera que los crímenes denunciados obedecen a un plan del ejecutivo hondureño y que resulta constatable una causalidad directa entre la declaración del estado de excepción y el despliegue de una política oficial represiva, cuyas medidas tuvieron por finalidad el establecer un mecanismo de control sobre la sociedad civil y, en especial, contra los opositores al régimen. Por ello estas organizaciones van a proceder a impugnar el informe de la Fiscalía al no apreciar esta evidente conexión.

En conexión con esta interpretación puede invocarse el llamado «Resumen Ejecutivo del Documento de Política General sobre Exámenes Preliminares de la Corte Penal Internacional» de noviembre de 2013, que señala en su párr. 1, que si bien las

jurisdicciones nacionales deben poner fin a la impunidad de los crímenes previstos en el Estatuto, «la fiscalía procurará asegurarse de que se haga justicia» respecto de tales crímenes. Añade que «el examen preliminar de la información disponible debe llevarse a cabo de manera completa y exhaustiva» (punto 90). El que se haga justicia implica evitar la impunidad, lo que obliga a realizar una actividad completa que supone ante meros indicios que fundamentan la apertura de una investigación, presentar el asunto ante la Sala de Cuestiones Preliminares. Y de esta forma, conforme al art. 15.3 del Estatuto de Roma, las víctimas podrán participar en el proceso aportando observaciones ante la Sala, pudiendo así disipar las dudas ahora planteadas bajo el argumento de falta de información que continuamente esgrime el informe de la Fiscalía.

Es más, no cabe olvidar que la Fiscalía de la CPI ejerce las funciones tanto de instructor del procedimiento, dada la ausencia de un juez instructor, como de parte acusadora, lo que limita sobremanera la intervención de terceros y obliga a efectuar actuaciones exquisitas [GÓMEZ GUILLAMÓN, R., «El fiscal en la Corte Penal Internacional», en RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L. (coord.), *El Derecho Internacional Humanitario ante los retos de los conflictos armados actuales*, Madrid, Marcial Pons, 2006, pp. 205-210]. A mayor abundamiento, el mencionado Documento de Política General sobre Exámenes Preliminares (DPGEP) reafirma que el objetivo es «poner fin a la impunidad» (párr. 22) y que la evaluación no puede «predeterminarse exclusivamente bajo criterios excesivamente formalistas» (párr. 60). De esta forma, como factores a tener en cuenta en dicho análisis, se encuentran el número de víctimas directas e indirectas (párr. 62), la naturaleza de los crímenes (párr. 63), los medios empleados, existencia de un plan o abuso de poder (párr. 64) y el terror instalado (párr. 65).

Pues bien, pudiera estimarse que el presente archivo del examen preliminar en el caso de Honduras no cumple con estos mandatos, y más aún cuando otra de las líneas directrices de la razón de ser de la CPI es la de «prevenir la comisión de crímenes» (párr. 16 del DPGEP). Desde el 2009 en que se recibieron las primeras comunicaciones, hasta octubre del 2015 ha transcurrido un excesivo lapso de tiempo para que el informe resulte incompleto y no se haya dirimido con claridad el nexo de conexión causal directo entre los golpistas y los responsables de la mencionada «sala de crisis», con los hechos constitutivos de crímenes de lesa humanidad ante la total y manifiesta inactividad del poder judicial en Honduras.

En definitiva, este caso nos muestra el lado más oscuro de la *real-politik* en la que los grandes poderes fácticos no perdonaron al Presidente José Manuel Zelaya su política de izquierdas a nivel interno y sus alianzas exteriores manifestadas en su ingreso en el ALBA y su adhesión a la alianza regional de PetroCaribe. Lo trágico reside en que la política de los hechos consumados iniciada por el golpe de Estado ha desplegado todos sus efectos más adversos para la población civil, sin que se haya derivado responsabilidad alguna por las graves violaciones de derechos humanos. Impunidad, a la que ahora se suma la Corte Penal Internacional. Lamentablemente, la Oficina de la Fiscalía no ha aprovechado la oportunidad de este asunto con graves implicaciones de empresas privadas para dar un golpe de autoridad legal y moral, y así poder ganar un poco de crédito perdido por las reiteradas acusaciones de ser una Corte al servicio de un nuevo «colonialismo jurídico», que únicamente puede perseguir y condenar a líderes africanos.

José Elías ESTEVE MOLTÓ  
Universitat de València

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.68.1.2016.4a.02>

### 3. BOMBARDEOS EN SIRIA E IRAQ: LA APARICIÓN DE NUEVOS COMPONENTES NORMATIVOS PARA LA LICITUD O ILICITUD DEL USO DE LA FUERZA EN EL ORDEN INTERNACIONAL

1. Desde hace algún tiempo, la práctica internacional se empeña en modificar las normas que, a lo largo del siglo xx, se configuraron en el marco de la prohibición del uso de la fuerza en las relaciones internacionales. A partir del bombardeo por parte de las fuerzas de la OTAN en el asunto de Kosovo, en marzo de 1999, se abrió el camino para que los Estados desdibujasen los límites de algunas de las excepciones a la prohibición, no siendo casual que, precisamente en ese periodo, apareciese, con intensidad, el concepto de «responsabilidad de proteger» en el orden jurídico internacional (véase, por todos, DÍAZ BARRADO, C. M., «La responsabilidad de proteger en el Derecho internacional contemporáneo: Entre lo conceptual y la práctica internacional», *REEI*, 2012, núm. 24). Los bombardeos por parte de las fuerzas armadas de ciertos Estados que están teniendo lugar en Siria e Iraq, sobre todo en 2015, son una prueba más de la voluntad de una parte de la comunidad internacional por recomponer las normas que regulan el uso de la fuerza en las relaciones internacionales o quizá son la expresión fidedigna de que la realidad internacional y normativa en este campo se están haciendo cada vez más complejas y diferentes al pasado.

2. La descomposición iraquí que encuentra sus orígenes, aunque no solo, en la desafortunada y, sobre todo, ilícita decisión de invadir Iraq en 2003; la guerra en Siria, que se prolonga desde 2011; y, muy en particular, la proclamación del Califato por parte del denominado Estado Islámico, en junio de 2014, están en la base de los bombardeos sobre el territorio de Siria e Iraq y condicionan mucho las posiciones tanto políticas como jurídicas que deben mantenerse en relación con las causas que legitimarían o no el uso de la fuerza. Los bombardeos sobre el territorio sirio e iraquí tienen, al menos, tres orígenes diferentes que mantienen una autonomía propia.

Por un lado, los Estados Unidos, al frente de una coalición internacional (o coaliciones), llevan a cabo la operación *Resolución Inherente* que «pretende reflejar la voluntad inquebrantable y el profundo compromiso de los Estados Unidos (*sic*) y los países aliados en la región y en todo el mundo para eliminar a los terroristas de ISIS y la amenaza que suponen para Iraq, la región y la comunidad internacional en general» (Comunicado del Mando Central estadounidense, de 15 de octubre de 2014). En el seno de esa coalición, aunque a veces con cierta autonomía, ha venido actuando también el Reino Unido con acciones armadas muy puntuales y, más en concreto, a partir de diciembre de 2015, una vez que el Parlamento británico autorizó esas acciones. Por otro lado, Rusia también decidió proceder al bombardeo del territorio sirio, lo que se ha extendido, con el tiempo, al territorio iraquí para combatir al Estado Islámico, aunque, en ocasiones, dichos bombardeos hayan tenido lugar bajo la sospecha, por parte de algunos Estados, de que los ataques rusos no tenían tan solo como objetivo el *Daesh* sino, también, algunos bastiones de los «rebeldes» que luchan contra el régimen de Bachar al-Asad. Por último, Francia, más allá de su colaboración con la coalición internacional, emprendió de manera autónoma bombardeos sobre el territorio sirio que se vieron incrementados una vez que se produjo, en 48 horas, la reacción del ejército francés a los atentados que tuvieron lugar en París el 13 de noviembre de 2015, y que fueron reivindicados por el Estado Islámico.

3. Si nos centramos en los bombardeos que tienen lugar *con el fin de frenar el avance del Estado Islámico y de combatirlo*, más allá de otros intereses que habiten en

las decisiones que adoptan los Estados que ejecutan los bombardeos, debemos partir de dos consideraciones previas.

Primera, ninguno de los bombardeos que han tenido lugar se realizó *con la autorización del Consejo de Seguridad* de las Naciones Unidas. Por ello, no estamos en presencia de una de las causas que legitiman, con toda seguridad, el uso de la fuerza en las relaciones internacionales. Ni los bombardeos de Estados Unidos, ni los de Rusia ni los de Francia han contado con la autorización de este órgano y no existe, por tanto, resolución alguna que habilite el uso de la fuerza armada. No obstante, el 20 de noviembre de 2015, el Consejo de Seguridad adopta la Resolución 2249 (2015) en la que se «*exhorta a los Estados miembros que tengan capacidad para hacerlo a que adopten todas las medidas necesarias, de conformidad con el derecho internacional, en particular la Carta de las Naciones Unidas y el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional de los refugiados y el derecho internacional humanitario, sobre el territorio que se encuentra bajo el control del EIIL [...] redoblen y coordinen sus esfuerzos para prevenir y reprimir los actos terroristas cometidos específicamente por el EIIL [...]».*

Convendría aclarar, sucintamente, si la Resolución 2249 (2015) supone una autorización del uso de la fuerza para los bombardeos posteriores a su adopción y qué efectos produciría jurídicamente respecto a los hechos anteriores. Aunque esta reflexión desborda esta nota, está claro que antes de su adopción no produciría efecto alguno en el plano jurídico aunque pudiera ser utilizada políticamente para excusar el conjunto de los comportamientos de los Estados que llevan a cabo los bombardeos. Lo que resulta difícil determinar es si permite los bombardeos posteriores a los atentados que tuvieron lugar en París. Nada parece indicar que esta Resolución autorice el uso de la fuerza y, sobre todo, el hecho de que los Estados que llevan a cabo los bombardeos en el territorio controlado por el *Daesh* no alegan esta Resolución a la hora de justificar su comportamiento. El texto de la Resolución está redactado de manera ambigua, no se coloca en el marco del Capítulo VII de la Carta y, sobre todo, la práctica ulterior no confirma que los Estados la consideren como una causa que legitime el uso de la fuerza.

En esta línea, se recordaba un artículo publicado en *Le Monde*, en el que se decía que: «*Concrètement, la Résolution 2249 ne donne pas d'autorisation légale à agir militairement en Syrie et en Irak, puisqu'elle n'est pas placée sous le chapitre VII de la Charte des Nations Unies qui prévoit l'usage de la force. Mais le langage employé dans le texte, qui stipule que "toutes les mesures nécessaires" sont permises pour combattre l'EI, laisse la place à l'interprétation, selon les diplomates français*» (BOEGLIN, N., «Francia en guerra: breves apuntes desde la perspectiva del Derecho internacional», <http://www.dipublico.org/103176>).

Segunda, *ninguno de los bombardeos que han tenido lugar puede ser enmarcado en la noción de «responsabilidad de proteger»*, con independencia de que los Estados, o algunos de ellos, aleguen razones humanitarias a la hora de bombardear posiciones del Estado Islámico. Con rotundidad, la acción en «responsabilidad de proteger» solo es posible si se cuenta con la autorización del Consejo de Seguridad, de tal modo que, de no ser así y en el caso de que se aleguen motivos humanitarios, estaríamos ante un supuesto clásico de *las denominadas intervenciones de humanidad*. Los bombardeos no han contando con dicha autorización por lo que la comunidad internacional no ocupó el lugar de ningún Estado que no protegía los derechos de su población. «En definitiva: nos inclinamos a descartar una afirmación rotunda respecto a que el Derecho internacional positivo permita un uso de la fuerza por razones de humanidad; ni

siquiera en aquellos supuestos a los que responde la RP, sin una autorización previa del Consejo» (GUTIÉRREZ ESPADA, C., «Responsabilidad de proteger y el derecho de veto en el Consejo de Seguridad: algunos ejemplos recientes», *Revista del IEEE*, 2014, núm. 3).

4. En ausencia de una autorización del Consejo de Seguridad, solo quedarían *dos eventuales causas que legitimarían el uso de la fuerza* en el territorio controlado por el *Daesh* en Siria e Iraq, al hilo de los bombardeos que se han producido en ese territorio.

Primero, habría que comprobar si concurre o no *la legítima defensa*. El Gobierno francés ha alegado, en varias ocasiones, que los ataques armados contra el *Daesh* eran una expresión de la legítima defensa. «*Nous avons frappé, il y a quelques jours et nous continuerons à le faire dans le cadre de la légitime défense de l'article 51 de la Charte des Nations unies*» (BOEGLIN, N., *op. cit.*). A juicio del Gobierno francés, existiría una agresión armada contra Francia que coloca a este país en estado de legítima defensa. De ser así, poco cabría decir ya que la legítima defensa es, con toda seguridad, una de las causas que, en el ordenamiento jurídico internacional, legitiman el uso de la fuerza. La cuestión central es determinar si se dan o no los requisitos necesarios tanto para que el Estado francés se encuentre en estado de legítima defensa como si se cumplen las condiciones para un ejercicio apropiado de este derecho, sin entrar, como es lógico, a analizar con todo detalle las condiciones de su ejercicio.

Las claves, en el asunto que nos ocupa, radican en determinar si se produjo antes del bombardeo por parte de Francia del territorio controlado por el Estado Islámico *una agresión armada* contra el Estado francés, siendo así que corresponde, *prima facie*, a cada Estado calificar si se encuentra o no en estado de legítima defensa y que no ha habido, al respecto, ninguna intervención del Consejo de Seguridad. A la luz de la práctica, cabe apreciar que no se han producido reacciones relevantes en la comunidad internacional en contra de la intervención francesa llevada a cabo bajo la alegación del estado de legítima defensa. Esto es así, tanto antes de los atentados ocurridos en París en noviembre de 2015 como, sobre todo, con posterioridad a dichos atentados. Otra cosa distinta es afirmar, con rotundidad y en todos los casos, que *la comisión de actos terroristas* supone la comisión de *un ataque armado o agresión armada*. Nada impediría sostener que, por su envergadura y gravedad, así como por las circunstancias de su realización, determinados actos terroristas pudieran ser calificados como agresión armada pero no necesariamente cualquier acto de esta naturaleza daría lugar al estado de legítima defensa. Apreciamos en esto, un nuevo campo para la reflexión al hilo de la práctica internacional y, sobre todo, respecto a la definición como ataque armado o acto de agresión de comportamientos que, hasta ahora, no eran considerados como tales.

A ello debería añadirse si cabe la legítima defensa en respuesta a *comportamientos de un ente no estatal*. Sin duda, un Estado puede estimarse agresor si envía o participa con grupos irregulares en la comisión de actos que se califiquen de agresión conforme a la Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de 1974. La respuesta no sería la misma si se tratase de grupos irregulares o grupos terroristas que actuasen sin la connivencia de un Estado (SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I., «Una cara oscura del Derecho internacional: legítima defensa y terrorismo internacional», *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz 2002*, Vitoria, Servicio de Publicaciones de la Universidad del País Vasco, 2002, pp. 217-266). En el caso que nos ocupa, la realidad es, en esencia, inédita, pues se trata de un grupo terrorista con base territorial, lo que nos desvelaría un nuevo caso de reacción en legítima defensa.

Aunque el *Daesh* no fuera considerado un Estado, sí cabría afirmar que cabe actuar en legítima defensa cuando se trata de un grupo terrorista que, habiendo cometido actos de esta naturaleza en el territorio de otro Estado y considerados ataque armado o acto de agresión, dispone de una base territorial.

Segundo, no hay duda de que *el consentimiento de un Estado* legitima el uso de la fuerza por parte de otro u otros Estados cuando tiene lugar en el territorio del primero y, siempre y cuando, ese consentimiento sea válido (DÍAZ BARRADO, C. M., *El consentimiento, causa de exclusión de la ilicitud del uso de la fuerza, en Derecho internacional*, Zaragoza, Prensas Universitarias, 1989). Buena parte de los bombardeos que se producen en el territorio de Siria e Iraq se llevan a cabo por Estados que alegan contar con el consentimiento bien de Siria o bien de Iraq según del lugar en el que se produzcan los ataques o bien de los dos Estados. En carta de 20 de septiembre de 2014 al Consejo de Seguridad, el Gobierno iraquí decía que «de conformidad con el derecho internacional y lo dispuesto en los acuerdos bilaterales y multilaterales pertinentes, y respetando debidamente la soberanía nacional más absoluta y la Constitución, hemos solicitado a los Estados Unidos de América que ataque los lugares donde se encuentra el EIIL y sus bastiones militares, con nuestro expreso consentimiento. El objetivo de esos ataques es poner fin a la amenaza constante para el Iraq, proteger a los ciudadanos iraquíes y, en última instancia, armar a las fuerzas iraquíes y permitirles recuperar el control de las fronteras del Iraq».

Estados Unidos y el resto de los miembros de la coalición han llevado a cabo sus acciones en territorio iraquí sobre la base del consentimiento del Gobierno de Iraq, mientras que Rusia actúa preferentemente en Siria con el consentimiento del régimen de Bachar al-Assad, como Gobierno sirio, aunque también ha actuado en territorio iraquí con el consentimiento de las autoridades de Iraq. No caben dudas de que han existido «esos consentimientos» y que, por tanto, las acciones armadas en Siria e Iraq, en esos casos, han sido autorizadas por los Gobiernos de los dos países árabes. En principio se trataría de acciones lícitas por contar con el consentimiento de las autoridades de Siria e Iraq y no sería una invención como ha sucedido en otros supuestos de la práctica internacional.

Ahora bien, la cuestión central a resolver es *si se pueden considerar válidas esas autorizaciones al uso de la fuerza* en un determinado territorio emitidas por Gobiernos que no controlan efectivamente el territorio en cuestión. Es decir, ¿los Gobiernos de Siria e Iraq son los Gobiernos legales, legítimos y efectivos en el territorio que está bajo el control del Estado Islámico? La respuesta a esta cuestión nos llevaría a suscitarse la condición o no de Estado por parte del Califato. Políticamente, el asunto se podría despachar sosteniendo que el Estado Islámico es una «banda de criminales y terroristas» y que, por tanto, no podría ser considerado un Estado a los efectos del ordenamiento jurídico internacional. Pero lo cierto es que el *Daesh* tiene los atributos de un Estado por lo que una cosa sería si ostenta o no la condición de Estado y otra si debe o no ser reconocido por los Estados que conforman la comunidad internacional.

El Califato no es reconocido en la comunidad internacional y, como mucho, podría ser considerado como un grupo irregular que actúa en el territorio de dos Estados. Aún así, siempre se puede señalar que los Estados están obligados a no reconocer al Califato ya que ha surgido como consecuencia de la violación grave, masiva y sistemática de los derechos humanos y por la violación de la prohibición del uso de la fuerza en las relaciones internacionales, por lo que su creación respondería al incumplimiento de *normas imperativas* del Derecho internacional (MARIÑO MENÉNDEZ, F., *Derecho Internacional Público: Parte General*, Madrid, 4.ª ed., Trotta, 2005, pp. 172 y ss.). No

obstante, por lo que nos interesa, dos cuestiones parecen ciertas: Primera, el *Daesh* no ha dado su consentimiento a que se realicen los bombardeos en el territorio que controla. Segunda, el consentimiento a esos bombardeos proviene de Gobiernos que no controlan efectivamente el territorio donde se producen. Con base en ello, la práctica internacional revelaría que no se puede estimar válido el consentimiento que emane de un Gobierno que no tenga el control efectivo del territorio en el cual se lleva a cabo el uso de la fuerza.

Otro enfoque distinto sería sostener que, en ningún caso, se puede estimar que el Califato es un Estado ni que tiene los atributos del mismo pues se trata, en realidad, de un mero grupo terrorista que, provisional y transitoriamente, ha ocupado parte del territorio de dos Estados que están inmersos en situaciones de conflicto interno o guerra civil. Por tanto, en el marco de la lucha contra el terrorismo internacional *sería posible sostener la validez del consentimiento* de los Estados en cuyos territorios (a pesar de que no los controlen efectivamente) se llevan a cabo las acciones armadas que suponen los bombardeos sobre las posiciones del Estado Islámico. Solo la práctica ulterior nos revelará si esta opción ha sido la acogida por la comunidad internacional.

5. En definitiva, aunque no pueda profundizar en cada una de las consideraciones anteriores, queda claro que se están perfilando las causas que legitiman el uso de la fuerza en las relaciones internacionales y que la lucha contra el Estado Islámico va a servir, y mucho, para determinar los límites dentro de los cuales cabría el uso lícito o ilícito de la fuerza para el ordenamiento jurídico internacional. Nuevos componentes están apareciendo en las consideraciones relativas a la licitud e ilicitud del uso de la fuerza en las relaciones internacionales.

Elena C. DÍAZ GALÁN

Universidad Rey Juan Carlos

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.68.1.2016.4a.03>

#### 4. DELIMITACIONES MARÍTIMAS Y TERRITORIALES EN EL ÁRTICO: DESARROLLO Y TENDENCIAS

1. Como punto de partida, es necesario poner de manifiesto que los Estados árticos han venido resolviendo sus controversias marítimas —solo queda pendiente una pequeña disputa territorial, relativa a la pequeña isla de Hans y próxima a su solución final— con base en el respeto del Derecho del Mar en vigor, concretamente a la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de 1982 (CNUDM), de la que todos los Estados árticos son parte a excepción de Estados Unidos quien, no obstante, observa sus prescripciones por considerarlas parte del Derecho internacional consuetudinario. Prueba de ello es la tan mencionada Declaración de Ilulissat (2008), en la que los cinco Estados ribereños del Ártico, proclaman su compromiso político firme con el respeto a las premisas del Derecho del Mar en vigor.

2. En la región ártica solo queda pendiente una controversia territorial, que afecta a una pequeña isla situada en el Canal de Kennedy, en el Estrecho de Nares, que se disputan Canadá y Dinamarca. Ambos Estados han realizado actos de reivindicación del territorio. Las pretensiones canadienses se fundamentan en el título de la cesión de las islas del Norte Ártico —excepto Groenlandia— por Gran Bretaña en 1880, así como en el «uso y ocupación de la isla»; las danesas se basan en el descubrimiento por parte de los daneses de la isla, en 1853, así como el uso histórico que de la misma han venido haciendo las poblaciones inuit de Groenlandia. La controversia, sin embargo,

es reciente en el tiempo, pues se remonta al momento —1973, fecha crítica— en que Canadá y Dinamarca estaban tratando de delimitar sus respectivas plataformas continentales entre Groenlandia y Canadá. En ese momento y para no parar las negociaciones, ambos Estados decidieron trazar la línea de delimitación en la zona de bajamar de la zona sur de la isla continuando en la zona de bajamar de la zona norte de la isla. Lo que significa que cualquiera que sea la solución a la controversia, esta no afectará al fondo marino adyacente, ya dividido por tratado entre los dos Estados, ni tendrá consecuencias con respecto a las aguas, pues ambos países han utilizado la misma línea de delimitación para determinar sus respectivas áreas de pesca.

3. Por lo que se refiere a las delimitaciones marítimas, la casuística es mucho mayor. Requisito necesario para establecer los diversos espacios marítimos a que un Estado ribereño tiene derecho por aplicación de la CNUDM o del Derecho consuetudinario en la materia, es la determinación de las correspondientes líneas de base. Todos los Estados árticos excepto los Estados Unidos se han servido en la mayor parte de sus costas o en todas ellas, de líneas de base recta, haciendo uso de lo dispuesto en el art. 7 de la CNUDM. La fijación de esas líneas de base rectas ha generado, no obstante, algunas reacciones por parte de los Estados Unidos y otros Estados no árticos, que objetan las líneas de base rectas trazadas por Canadá y Rusia —las reacciones en este segundo caso, son mucho más modestas— para considerar como aguas interiores el Paso Noroeste (Canadá) y el Paso Norte (Rusia). Partiendo de las líneas de base:

— Canadá, Islandia, la Federación de Rusia y los Estados Unidos han reclamado 12 millas marinas (en adelante, m.m.) de mar territorial y 200 m.m. de Zona Económica Exclusiva (ZEE) en sus costas árticas.

— Noruega ha proclamado 12 m.m. de mar territorial en el territorio continental, Svalbard y Jan Mayen. 200 m.m. de ZEE en torno al territorio continental. 200 m.m. de Zona Exclusiva de Pesquerías alrededor de Jan Mayen y 200 m.m. de Zona de Protección de Pesquerías de Pesquerías alrededor de Svalbard. La Zona de Protección de Pesquerías alrededor de Svalbard es contestada por Estados parte en el Tratado de París de 1920 —entre ellos, España—, que regula el peculiar régimen de las Islas Svalbard.

— Dinamarca estableció una ZEE de 200 m.m. en torno a Groenlandia y en torno a las Islas Feroe.

— Canadá tiene una Zona de Prevención de la Contaminación Marina de 200 m.m. en aplicación de la denominada «excepción ártica» del art. 234 de la CNUDM.

4. Se pueden considerar resueltas en el Ártico, las siguientes delimitaciones marítimas:

— Delimitación entre Canadá y Dinamarca. En 1973 ambos países acordaron dividir sus respectivas plataformas continentales y zonas de pesca utilizando la línea de equidistancia y dejando un espacio sin definir relativo a la isla de Hans, como se ha mencionado.

— Delimitación entre Rusia y Estados Unidos. En el Tratado del Mar de Bering de 1990 los dos países ribereños —Estados Unidos y Rusia— acordaron la delimitación de sus respectivos espacios marítimos en el Mar de Bering, en el Mar de Chukchi y en el Estrecho de Bering. La línea está basada en la trazada en el Tratado por el que Estados Unidos adquiere Alaska de Rusia en 1867. En la opinión pública soviética, el Tratado fue ampliamente rechazado pues se negoció en un momento de debilidad de la política exterior soviética, lo que determina que la línea de demarcación en el Mar de Bering se oriente hacia el oeste de lo que debería ser la línea de equidistancia, atribuyendo más espacios a Estados Unidos. Ello ha determinado que el Tratado no esté en vigor entre ambos Estados, pues nunca fue ratificado por la Federación de Rusia,

si bien ambas partes se atienen a lo dispuesto en el mismo —como así lo hizo constar la Federación de Rusia en su solicitud de plataforma continental extendida ante la Comisión de Límites de la Plataforma Continental (CLPC), en 2001—. El Tratado de Bering introduce algunas novedades interesantes como las «áreas especiales», zonas en las que se combina la jurisdicción de ambos países en sus respectivas ZEE, un ejemplo de cooperación entre Estados.

— Dinamarca-Islandia-Noruega (Jan Mayen): el Gobierno de Noruega incorporó formalmente la Isla de Jan Mayen a su soberanía en 1930. En 1993, en el *asunto de la delimitación entre Groenlandia y Jan Mayen (Dinamarca c. Noruega)*, la Corte Internacional de Justicia (CIJ) consideró, a instancias de Dinamarca, que para determinar la delimitación marítima entre ambos Estados había que tener en cuenta circunstancias especiales para lograr un resultado equitativo: la mayor magnitud de la costa de Groenlandia era una circunstancia especial que obligaba a trazar la frontera marítima más cercana a Jan Mayen. Ya en 1981, Noruega e Islandia habían concluido un tratado donde se reconocía que la ZEE y la plataforma continental de Islandia se extendía en toda su amplitud a las 200 m.m. entre Jan Mayen e Islandia. Asimismo otorgaba a Noruega derechos para participar en un 25 por 100 en la exploración de los depósitos de gas y petróleo de la plataforma continental islandesa y viceversa por lo que se refiere a los derechos de Islandia en la plataforma continental noruega de Jan Mayen. Asimismo, el Tratado ya preveía un sistema novedoso por el que se necesitaban acuerdos conjuntos para explotar los recursos de gas o petróleo que se encontraban repartidos entre las plataformas de ambos Estados. En 2008 los dos países adoptaron marcos de cooperación más extensos, sobre todo por lo que se refiere a la explotación de los hidrocarburos.

— Tratado de Delimitación del Mar de Barents entre la Federación de Rusia y Noruega, de 2010. Durante alrededor de tres décadas, Noruega y Rusia discutieron su soberanía sobre una parte del Mar de Barents. En 1996 y 1997 primero Noruega y luego Rusia, ratificaron la CNUDM. Ya en 1975, ambos países concluyeron un Acuerdo sobre Cooperación de sus Industrias Pesqueras que establecía una Comisión Conjunta de Pesquerías. En 1976, mediante otro acuerdo bilateral, se afirmaba que ambos países tenían jurisdicción pesquera hasta las 200 m.m. y se reconocían acceso mutuo a sus respectivas ZEE. En 1978, ambos países concluyen el denominado «Acuerdo de la Zona Gris», para regular las pesquerías allí donde sus reclamaciones se solapaban, reconociéndose jurisdicción recíproca sobre sus buques y los de los terceros Estados a los que respectivamente hubieran autorizado a faenar allí. Quedaba una zona de alta mar por delimitar y en 1999, Noruega, Rusia e Islandia concluyen el «Acuerdo de *Loophole*», por el que se reconoce el derecho de pesca a Islandia en las ZEE noruegas y rusas. A cambio, Noruega obtenía acceso a la ZEE de Islandia y Rusia obtenía un pago económico. Noruega y Rusia acordaron posponer toda actividad en la zona en conflicto relativa a la explotación de gas o petróleo, pero en 2010 ambos países logran acordar una delimitación marítima única para la ZEE y la plataforma continental. Especialmente novedoso en el Tratado es el régimen de cogestión de los depósitos de hidrocarburos repartidos en una misma bolsa en las plataformas continentales de ambos países, asimismo se establece un régimen de cogestión de las pesquerías tal y como se venía desarrollando.

— Como se señalará más adelante, Noruega presentó su solicitud de plataforma continental extendida ante la CLPC en 2006 y, desde abril de 2009, ha sido el primer país en obtener recomendaciones de la CLPC, que está implementando.

5. Son delimitaciones en curso pero no completadas, las siguientes:

— Tratado de delimitación de 2006 entre Dinamarca (Groenlandia) y Noruega en las Islas Svalbard. Este Tratado de delimitación usa la línea de equidistancia. Al con-

cluir el tratado, Dinamarca reconoce implícitamente la pretensión noruega de que las Svalbard generan una ZEE y plataforma continental, algo que disputan algunas otras de la partes en el Tratado de París de 1920. El Tratado de delimitación, por lo demás, prevé formas de cooperación entre ambos países por lo que se refiere a los depósitos minerales existentes en ambas plataformas continentales. Existe una zona de plataforma continental más allá de las 200 m.m. donde las pretensiones de ambas partes se solapan, pero estas, en sus respectivas solicitudes ante la CLPC, han acordado que serán resueltas por negociaciones entre las partes.

— Norte del Mar de Lincoln (Canadá-Dinamarca). En noviembre de 2012 ambos países anunciaron un acuerdo tentativo sobre la zona de plataforma continental más allá de las 200 m.m. basado en el principio de equidistancia, sin embargo será necesario el acuerdo entre las partes teniendo en cuenta que Dinamarca incluyó el Polo Norte en su solicitud de plataforma continental extendida de 2014 ante la CLPC, lo que sin duda se solapará con la petición canadiense cuando esta tenga lugar.

— Mar de Beaufort (Canadá-Estados Unidos). La controversia se plantea en la plataforma continental de la costa de Alaska adyacente a la costa de la región canadiense de Yukon y del archipiélago canadiense. Canadá sustenta su reclamación en el Tratado de 1825 entre Rusia y Gran Bretaña, que establecía el meridiano 141 de longitud Oeste como criterio de delimitación. Estados Unidos alega que la línea divisoria debe de ser perpendicular a la costa hasta una distancia de 200 m.m., siguiendo una línea equidistante de la costa. Esta diferencia crea una cuña que es reclamada por ambas naciones y en la que parecen existir importantes reservas de petróleo. Sin embargo, la postura respectiva de cada Estado es beneficiosa para recíprocamente en lo que se refiere a sus respectivas plataformas continentales extendidas en la zona.

6. En aplicación del art. 76 de la CNUDM, los Estados ribereños que logren probar con datos científicos ante la CLPC que el borde exterior de su plataforma continental se extiende más allá de las 200 m.m., pueden reclamar derechos de soberanía para la exploración y explotación de los recursos existentes en dicho espacio. Dadas las previsiones relativas a la existencia de múltiples riquezas escondidas en los fondos del Océano Ártico, así como la fecha límite para la reclamación de tales plataformas extendidas, no es de extrañar que todos los Estados ribereños de este océano se hayan lanzado a solicitar ampliaciones de sus respectivas plataformas. Ahora bien, la delimitación de las respectivas plataformas continentales de los Estados árticos en dicho océano resulta un tanto compleja en la medida en que hay múltiples peticiones que se solapan o que es previsible que lo hagan:

— Canadá, la Federación de Rusia y Dinamarca consideran que las cordilleras sumergidas de Lomonosov y Alpha Meneleyev son parte de su plataforma continental extendida, lo que da lugar a solapamientos inevitables en sus peticiones de plataforma continental extendida.

— Rusia fue el primer país del mundo en presentar su solicitud ante la CLPC, en 2001, incluyendo en la misma, dichas cordilleras. En su solicitud revisada de 2015, Rusia sigue reclamando una parte sustancial de plataforma continental frente a los otros Estados.

— En su solicitud de 2014 ante la CLPC, Dinamarca hace constar que las eventuales recomendaciones de la CLPC serán sin perjuicio de la delimitación negociada que en su momento se haga con Rusia y señala asimismo la posibilidad de solapamiento con la de Canadá en su día y una hipotética de los Estados Unidos (al no ser aún parte de la CNUDM, tendría que pasar por el trámite largo y complejo de serlo para llegar a la CLPC).

— Canadá solo ha presentado una reclamación parcial de plataforma continental extendida relativa al Océano Atlántico el 6 de diciembre de 2013. Dados sus ambiciosos objetivos, todo hace sospechar que su solicitud de plataforma continental extendida en el Ártico será muy extensa y lo más probable es que se solape con la de la Federación de Rusia, Dinamarca y Estados Unidos.

— En un Acuerdo Provisional de 2006 (*Agreed Minutes*) concluido entre Islandia, Noruega y Dinamarca (Islas Feroe), los tres Estados establecen un principio de acuerdo sobre cómo proceder en el Mar de Noruega con sus peticiones solapadas de plataforma continental extendida, estableciendo un acuerdo tripartito que, para culminarse, precisa que la labor recomendatoria de la CLPC se termine.

— Noruega presentó su solicitud de plataforma continental extendida ante la CLPC en 2006, relativa al *Loophole* en el Mar de Barents, la Cuenca Nansen Oeste en el Océano Ártico y el *Banana Hole* en el Mar de Noruega, y desde abril de 2009 ha sido el primer país en obtener recomendaciones de la CLPC.

— Estados Unidos no es parte de la CNUDM y, por tanto, no puede entrar en el proceso de la CLPC. No obstante, la política norteamericana respeta los fundamentos del art. 76 de la CNUDM. Caben varias posibilidades: *a)* si los Estados Unidos delimitan su plataforma continental extendida sin el beneplácito de la CLPC, pueden encontrarse con la oposición de terceros que no respeten tal acto unilateral como válido; *b)* ante tal contingencia, los Estados Unidos se plantean pasar a ser parte de la CNUDM; *c)* cabría la posibilidad de llegar a un acuerdo negociado de límites con sus contrapartes (tal y como prevé en último término los arts. 76.8 y 76.10 de la CNUDM).

7. Las escasas controversias territoriales en el espacio ártico, los múltiples acuerdos, soluciones consensuadas o respeto a decisiones judiciales en lo que se refiere a las controversias marítimas, revelan que el Ártico ha funcionado como un espacio de cooperación pacífica. Por el momento, la actividad política que rodea a las reclamaciones de plataforma continental extendida en el Ártico, hace pensar más en invitaciones a la negociación conjunta de límites en zonas de solapamiento de dichas plataformas, que a agresivas proclamas soberanistas.

Elena CONDE PÉREZ

Universidad Complutense de Madrid

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.68.1.2016.4a.04>

## **5. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN EL CASO VASILIAUSKAS C. LITUANIA (GS): EL GRUPO PROTEGIDO EN EL CRIMEN DE GENOCIDIO Y SU LESIÓN EN EL MARCO DEL ART. 7 DEL CONVENIO EUROPEO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS Y DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES**

1. Previo a cualquier análisis sobre la Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en el caso *Vasiliauskas c. Lituania* [GS] (núm. 35343/05, Sentencia de 20 de octubre de 2015), es importante recordar que la trágica historia de las Repúblicas Bálticas a partir de la Segunda Guerra Mundial permite comprender, en gran parte, el modo en que recogieron en sus Códigos Penales el delito de genocidio tras su independencia de la Unión Soviética. Aunque la concreta regulación en estos tres Estados no ha sido idéntica, a grandes rasgos puede afirmarse que han compartido un carácter expansivo que favorecía la calificación de genocidio de los crímenes cometidos en aquella época, y muy especialmente de los perpetrados durante la ocupación soviética. En el asunto que ahora interesa, de hecho y por si pudiera quedar

alguna duda, la primera norma lituana al respecto, de 9 de abril de 1992, indicaba expresamente en su art. 2 que los asesinatos, torturas y deportaciones de habitantes de Lituania cometidos en la ocupación nazi y soviética se considerarían un crimen de genocidio tal y como lo define el Derecho internacional. En otros casos, como el Código Penal estonio de 2001, se optó por incluir junto a los grupos protegidos que figuran en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, a quienes «resisten la ocupación»; previsión que no existía como tal en el posterior Código Penal lituano de 2003, que no obstante y de forma similar a la normativa letona, sí incluía en su art. 99 a los grupos «sociales o políticos» entre ellos.

2. Esta breve introducción nos dirige, en primera instancia, hacia uno de los temas más intensamente debatidos desde la misma redacción de la Convención contra el Genocidio y hasta la fecha, cual es, el conocido como «genocidio político». Es decir, si el exterminio de grupos políticos constituye, o no, un crimen de genocidio. De hecho, el demandante en el caso que examinamos —miembro del Ministerio de Seguridad del Estado y después de la no menos funesta KGB— había sido condenado por el tribunal regional de Kaunas, en febrero de 2004, por haber participado en 1953 en el exterminio de los habitantes de Lituania que pertenecían a «un grupo político separado» que se resistía a la ocupación soviética; crimen que fue calificado como genocidio. Ahora bien, poco después el tribunal de apelaciones precisó sobre lo anterior que los miembros de ese grupo tenían al mismo tiempo la condición de representantes de la nación lituana, es decir, de un «grupo nacional»; concluyendo, en suma, que los partisanos lituanos debían entenderse como un grupo no solo político, sino también a nacional y/o étnico. Es decir, dos de los grupos protegidos que expresamente figuran en la Convención contra el Genocidio. Por su parte y en lo que aquí nos ocupa, en febrero de 2005 el Tribunal Supremo sostendría que los partisanos encarnaron la resistencia de la «nación lituana» contra la ocupación soviética. Años después, el Tribunal Constitucional (re)formularía lo resumido indicando que, de acuerdo con las normas internacionales universalmente reconocidas, las acciones llevadas a cabo contra ciertos grupos políticos y sociales lituanos podían ser consideradas genocidio si tenían como objeto la destrucción de quienes representaban una parte importante de la nación lituana, amenazando así a la misma supervivencia de toda ella [*Vasiliauskas c. Lituania* (GS), párrs. 30-40 y 56-63].

De este modo, de la mano de los conceptos de «grupo político» y de exterminio «parcial o en parte» de un «grupo nacional», fueron dos las cuestiones que debió enfrentar la Gran Sala del TEDH en el caso *Vasiliauskas*. No atendiendo a su configuración o contenido actuales, sino a la consideración del genocidio en 1953; esto es, como ya dijimos, el año en que se cometieron los hechos concretos. Y es que a juicio del demandante, en cualquiera de los dos casos lo resumido había supuesto una violación del art. 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos y de las Libertades Fundamentales (CEDH); en tanto que en esencia, se le había aplicado una tipificación del genocidio que excedía de lo que el Derecho internacional considerada como tal en aquel entonces. A este respecto, valga adelantar entonces que además de lo dicho, sería un elemento clave la general exigencia mantenida por el TEDH bajo lo que ha venido denominando «condiciones cualitativas», como las de accesibilidad y previsibilidad. Expresado en términos básicos, se trataría de que la aplicación del delito en cuestión ha de ser previsible para el sujeto [véase, por ejemplo, *Korbely c. Hungría* (GS), núm. 9174/02, Sentencia de 19 de septiembre de 2008, párr. 70].

3. Como es sabido, no ha sido esta la primera vez en que el TEDH ha abordado la delimitación del crimen de genocidio (véase *Jorgic c. Alemania*, núm. 74613/01,

Sentencia de 12 de julio de 2007); tampoco la aplicación del art. 7.2 del CEDH a escenarios posteriores a la Segunda Guerra Mundial (consúltense, *Kolk y Kislyiy c. Estonia*, núms. 23052/04 y 24018/04, Decisión de 17 de enero de 2006, y *Penart c. Estonia*, núm. 14685/04, Decisión de 24 de enero de 2006). Sobre este segundo particular, tras estas dos decisiones, ciertamente la Gran Sala asumió una postura más restrictiva [véase especialmente, *Kononov c. Letonia* (GS), núm. 36376/04, Sentencia de 17 de mayo de 2010]; pero, en cualquier caso, en la Sentencia *Vasiliauskas* este asunto tuvo un protagonismo insignificante, siendo ventilado en apenas unos párrafos (en general, párrs. 187-190, que en realidad solo refieren a la posición anterior de la Gran Sala). Por ello, en esta oportunidad no entraremos en esta interesante cuestión general.

4. Analizando entonces el examen que realizó el TEDH sobre el crimen de genocidio, cabe también hacer una distinción a efectos expositivos, siguiendo lo señalado *supra*. En primer lugar, en lo que respecta al «genocidio político», la posición de la Gran Sala se apoyó singularmente en decisiones cercanas como la del Tribunal Internacional de Justicia, esto es, en la afirmación de que ya en el mismo proceso de redacción de la Convención contra el Genocidio, fue capital la identificación positiva de los grupos con características específicas para decidir qué grupos se iban a incluir y cuáles, como los grupos políticos, quedarían excluidos [*Caso Relativo a la Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia-Herzegovina c. Serbia y Montenegro)*, *ICJ Reports 2007*, párr. 194]. Agregando que todas las normas convencionales posteriores —hasta el Estatuto de la Corte Penal Internacional— no se habían separado de lo anterior; con lo que aunque algunos Estados hubieran decidido criminalizar el genocidio de un grupo político en sus leyes nacionales, no cabía entender en ningún caso que en 1953 ello fuese así de conformidad al Derecho internacional —convencional o general— [*Vasiliauskas c. Lituania* (GS), párrs. 170-175].

En este punto y en el asunto de fondo, entre las diversas posiciones críticas siempre cabría recordar, a modo de síntesis, interrogantes como aquel que entre nosotros se formulase en 1951; esto es: «¿Por qué [...] los grupos políticos de un país pueden ser exterminados sin que los autores de tales hechos aparezcan inculpatos como genocidas?» (MIAJA DE LA MUELA, A., «El genocidio, delito internacional», *REDI*, 1951, núm. 2, pp. 376-377). No obstante, la conclusión ofrecida por el TEDH fue la generalmente admitida, y de hecho y a tenor de los votos particulares a la sentencia, no planteó discrepancia mayor.

5. Muy diferente fue lo que podemos considerar como segunda cuestión, no solo singularmente más compleja sino especialmente polémica en lo particular del caso, pues puede decirse que partió al tribunal casi en dos bloques. En lo jurídico, su esencia cabe dirigirla al debate acerca de los criterios que permitan fijar los límites de la parte del grupo cuya destrucción se pretende (FERNÁNDEZ PACHECO, C., *El genocidio en el Derecho Penal Internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, pp. 179-193). Particular que enlaza con el mismo sentido de la formulación «destruir en todo o en parte» (SCHABAS, W. A., *Genocide in International Law: The Crime of Crimes*, Cambridge, 2.ª ed., Cambridge University Press, 2009, pp. 273 y ss.); y que conduce hasta la propia concepción general del bien jurídico protegido y de su lesión; es decir, hasta el debate acerca de si la destrucción del grupo debe ser entendida en una dimensión física o biológica (GIL GIL, A., *Derecho penal internacional. Especial consideración del delito de genocidio*, Madrid, Tecnos, 1999, pp. 160 y ss.) o también social como mantiene, por ejemplo, parte de la doctrina alemana remitiéndose a la idea original de Lemkin (WERLE, G. y JESSBERGER, F., *Principles of International Criminal Law*, Oxford, 3.ª ed.,

Oxford University Press, 2014, p. 318). En lo más concreto y de su lado, nos enfrentaríamos también a lo que se ha calificado como la «mayor controversia» en este ámbito: la interpretación del elemento normativo «grupo nacional» (OLLÉ SESÉ, M., *Justicia universal para crímenes internacionales*, Madrid, La Ley, 2008, p. 491).

6. Con todo, la tesis sostenida por nueve de los 17 jueces de la Gran Sala vino a mantener que, en atención a los trabajos preparatorios y a la finalidad de la Convención contra el Genocidio, la mención de su art. II (la intención de destruir en parte a un grupo nacional, en este caso) solo cabía entenderla como referida a criterios cuantitativos, esto es, a la voluntad de exterminar una parte sustancial de grupo —en términos numéricos—. En este punto, obviamente el TEDH era consciente del conjunto de decisiones judiciales —cuya gran parte cita— que han puesto el acento en los criterios cualitativos, esto es, en lo que se suele conocer como la intención de destruir a una «parte prominente o significativa» del grupo. Al respecto, conviene apuntar que, al menos en mi opinión, parte de esta jurisprudencia es un tanto confusa en lo que se refiere a la distinción y/o relación entre la parte del grupo —o subgrupo significativo o prominente— y el grupo en su totalidad, pero dentro del espacio ahora disponible, baste ilustrar esta segunda postura con un par de referencias.

7. La primera, muy similar a la que suele considerarse como su inicial plasmación escrita (Doc. ONU S/1994/674), la del Tribunal *ad hoc* para la *ex* Yugoslavia. A saber: si no se cumple el criterio cuantitativo, la intención de destruir «en parte» puede establecerse si hay pruebas de que la destrucción se ha dirigido a una parte significativa del grupo, tal como sus líderes; siendo importante en este sentido, que la eliminación de estas personas tenga un impacto sobre la supervivencia del grupo como tal (*Fiscalía c. Sikirica*, IT-95-8, Sentencia de 3 de septiembre de 2001, párrs. 76-77). La segunda, más reciente y seguramente algo más matizada, la del Tribunal Internacional de Justicia, que recordó en lo que nos ocupa que: «*Account must also be taken of the prominence of the allegedly targeted part within the group as a whole*» [*Caso Relativo a la Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Croacia c. Serbia)*, ICJ Reports 2015, párr. 142].

Ahora bien, para la mayoría del TEDH lo determinante fue que esta interpretación, sobre cuyo acierto no se manifestó expresamente, era muy posterior a 1953. De tal suerte que a su juicio no resultaba posible entender que el exterminio de aquellos lituanos que se oponían a la ocupación soviética fuera encuadrable como una serie de hechos dirigidos a destruir (parcialmente) al grupo nacional lituano. Resultando que el demandante no podría haber previsto entonces que el asesinato de los partisanos lituanos podría constituir un genocidio de los nacionales de Lituania; ni siquiera con la ayuda de un abogado, aclaró. A todo ello se añadió que además y en cualquier caso, incluso si la posterior interpretación cualitativa de los tribunales internacionales estuviera ya establecida y fuera previsible en 1953, los tribunales lituanos no habían demostrado suficientemente en lo fáctico, porqué o sobre qué base en aquel año los partisanos lituanos constituían una parte importante del «grupo nacional» [*Vasiliauskas c. Lituania* (GS), párrs. 165-186].

Esta última valoración fue singular y duramente criticada en votos disidentes como el del Juez Kuris. Pero en la cuestión jurídica general, la minoría reconocería que en 1953 no existía un desarrollo jurisprudencial acerca del significado de la frase «destruir en parte», si bien, esgrimió algo cuyo sustento fundamental conviene citar: «*The fact that judicial interpretation of the 1948 Genocide Convention took time to develop cannot in itself mean that genocide did not occur prior to such interpretation*» (voto disidente de los Jueces Villiger, Power-Forde, Pinto de Albuquerque y Kuris,

párr. 18). La idea capital, que como tal aparece en el voto disidente de la Juez Ziemele (párr. 17), podría resumirse en que las decisiones judiciales que vinieron a explicitar lo antes dicho, no se corresponderían con nuevas interpretaciones de la Convención contra el Genocidio, en el sentido de incorporar nuevos elementos que no estaban presentes en ella, sino que se dieron en aquellos años porque, en fin, fue entonces cuando se abordó este crimen en sede judicial. Y a partir de ello, consideraron también infundada la conclusión de que resultase imposible para el demandante prever que estaba cometiendo un crimen de genocidio. Es decir, en lo más concreto, la posición fue que en tanto que en aquel mismo 1953 el demandante había declarado que como agente del Ministerio de Seguridad del Estado compartía el objeto de exterminar a los miembros de la resistencia nacionalista lituana [*Vasiliauskas c. Lituania* (GS), párr. 18], era probable que «un asesor legal independiente» le hubiera advertido de que ello tenía las características esenciales del crimen de genocidio (voto disidente de los Jueces Villiger, Power-Forde, Pinto de Albuquerque y Kuris, párr. 30).

8. Algunos autores han sostenido que la posición defendida por la mayoría del TEDH responde a una suerte de «evaluación estricta» sobre el requisito de la previsibilidad, avanzando que de ello pueden derivarse diversos problemas en otros casos o instancias (SKANDER GALAND, A., «The Strasbourg Court Destroys “in part” The Hague’s Case Law on Genocide», en <https://kuremer.ku.edu.tr/en/strasbourg-court-destroys-part-hagues-case-law-genocide>). Ciertamente, no cabe referir la crítica hacia la defensa de interpretaciones excesivamente expansivas cuando se trata de las importantes garantías que implica el art. 7 del CEDH, pero la postura del tribunal plantea no pocas cuestiones espinosas. Sin duda, desde una dimensión histórica y/o política (véase, por ejemplo, HUMAN RIGHTS MONITORING INSTITUTE, «Is Killing Freedom Fighters Genocide? Lithuania Fails to Prove Claim», en <http://www.liberties.eu/en/news/lithuania-genocide-political-group>), aspecto que no se debe minusvalorar si se presta atención al modo en que esta sentencia ha sido interpretada por algunos medios de comunicación rusos (véase, por ejemplo, SHAMSHIEV, A., «The European Court is Against the Lithuanian National Myth», en <http://www.rubaltic.ru/articles/lithuanian-national-myth-27102015/>); pero también y especialmente en lo jurídico. Limitémonos ahora a destacar una de ellas: Si en 1953 aún no estaban establecidos los criterios cualitativos en lo que al genocidio respecta, ¿cuándo quedaron así determinados? Pues si la respuesta fuera que no hasta finales de la década de los noventa del siglo pasado, parece evidente que a todas las personas a las que se les hubiesen aplicado por crímenes cometidos con anterioridad, se les habría violado el mismo derecho que al demandante en el caso *Vasiliauskas*...

Javier CHINCHÓN ÁLVAREZ

Universidad Complutense de Madrid

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.68.1.2016.4a.05>

## 6. LA CRISIS MIGRATORIA Y LA REINSTITAURACIÓN DE LOS CONTROLES DE LAS FRONTERAS INTERIORES EN EL ESPACIO SCHENGEN

1. La denominada crisis de los refugiados ha implicado el traslado de centenares de miles de personas desde zonas en conflicto, especialmente, aunque no exclusivamente, procedentes de Siria, Iraq, Afganistán y Libia hacia la Unión Europea (UE) en busca de protección internacional. Este desplazamiento se realiza sorteando innumerables obstáculos, en condiciones lamentables y con grave riesgo para las vidas de los participantes. La magnitud de esta marea humana está afectando seriamente a la

libre circulación de personas en el espacio Schengen (que en la actualidad comprende un total de 26 países: Islandia, Noruega, Liechtenstein y Suiza, además de todos los miembros de la UE excepto Reino Unido, Irlanda, Chipre, Croacia, Rumanía y Bulgaria). Es conocido que desde su entrada en vigor el 26 de marzo de 1995, el Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen (CAAS) ha supuesto, para aquellos países que son parte contratante, la supresión de las inspecciones fronterizas a las personas que cruzan las fronteras interiores entre los Estados participantes y las ha trasladado a las fronteras exteriores.

Desde su creación se han planteado problemas respecto a la capacidad de algunos países para gestionar los flujos migratorios y se ha hecho patente la desconfianza respecto al control eficiente de las fronteras exteriores por determinados Estados miembros (en teoría Bulgaria y Rumanía reúnen los requisitos para integrarse completamente en el espacio Schengen, pero el Consejo no se ha puesto de acuerdo para eliminar las inspecciones fronterizas con el resto de participantes). De todas formas, la dimensión del movimiento de personas es incomparable con cualquier situación anterior y no resiste analogía alguna. En efecto, según los datos suministrados por FRONTEX (<http://frontex.europa.eu/trends-and-routes/migratory-routes-map/>) entre los meses de enero y octubre de 2015, más de un millón de personas han cruzado la frontera exterior del espacio Schengen de forma irregular. De las cuales, 581.640 por la denominada ruta del Mediterráneo Oriental (provenientes de Turquía y con destino a Grecia, Bulgaria y Chipre); 502.018 que utilizan la denominada ruta de los Balcanes Occidentales (que tiene su origen por un lado, en los propios movimientos migratorios de los países balcánicos y, por otro, de migrantes de origen asiático que inicialmente entraron en la UE por Bulgaria y Grecia, provenientes de Turquía y cuyo destino es, principalmente, Hungría); y 140.705 por la ruta del Mediterráneo Central (desde el Norte de África, especialmente Libia, hacia Italia y Malta).

2. Esta corriente humana no se ha distribuido homogéneamente entre los países de la UE sino que se ha dirigido específicamente hacia un grupo concreto de Estados, aquellos que conceden unas mejores condiciones de acogida a los solicitantes de asilo; entre estos destacan los siguientes: Alemania (entre el 1 de enero y el 13 de octubre de 2015 ha registrado como solicitantes de asilo a, aproximadamente, 641.500 nacionales de terceros Estados) y Suecia (que, aproximadamente, en el mismo periodo de tiempo ha acogido 112.264 peticiones de asilo). El caso sueco es especialmente significativo atendiendo a su peso demográfico. Así para datos de 2014, Suecia, que acogió el 12,98 por 100 del total de las demandas en la UE, registraba una tasa de solicitudes de asilo de 8.432 por cada millón habitantes. Para contextualizar las cifras, Alemania en el mismo año, acogió un 32,36 por 100 del total, que significaba una tasa de 2.511 solicitudes por cada millón; Italia un 10,31 por 100, con una tasa de 1.063 por millón; Francia un 10,26 por 100, con una tasa de 977 por millón y Hungría que recibiendo un 6,83 por 100 del total, también realizaba un esfuerzo mayúsculo al tener una tasa de 4.331 solicitantes por millón de habitantes. En el otro extremo se encuentran países que tienen una tasa de solicitudes de asilo por millón de habitantes extremadamente reducida, como España que acogiendo al 0,90 por 100 del total de solicitantes, le correspondía una tasa de 121 o Estonia, con una tasa de 118 por millón de habitantes. Cierra la lista Portugal con tan solo 43 solicitudes por millón de habitantes... ([http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/e-library/multimedia/infographics/index\\_en.htm#0801262488c180fa/c\\_9](http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/e-library/multimedia/infographics/index_en.htm#0801262488c180fa/c_9)).

Esta desproporción entre los Estados miembros y esta heterogeneidad de tratamiento de las solicitudes puede derivar (y de hecho parece ser que así se está produ-

ciendo) en una reducción de la protección concedida por los países más generosos y solidarios.

3. La normativa comunitaria que regula el derecho de asilo no está satisfaciendo las necesidades actuales. El Reglamento Dublín (Reglamento 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio, aplicable desde el 1 de enero de 2014) que establece los criterios y los mecanismos para determinar el Estado miembro responsable del examen de la solicitud de protección internacional, y que, en esencia, implica que la responsabilidad de examinar las solicitudes recaiga en el Estado miembro que haya desempeñado el papel más preponderante en la entrada del solicitante en la UE no está funcionando adecuadamente. Adicionalmente, los Estados no están contribuyendo a la correcta aplicación de la normativa comunitaria. La Comisión ha iniciado una batería de recursos contra los Estados miembros por el incumplimiento de la normativa comunitaria que regula Sistema Europeo Común de Asilo (SECA). Efectivamente, entre el 23 de septiembre y el 10 de diciembre de 2015, ha interpuesto una cuarentena de recursos contra Estados miembros por una errónea, o por ausencia de, transposición de la normativa comunitaria que integra el SECA (que se añaden a la treintena de asuntos pendientes de resolución ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea). En concreto, merece destacarse que la Comisión se ha dirigido contra 19 Estados (todos menos Finlandia, Italia, Países Bajos, Portugal, Eslovaquia y Croacia, ya que Irlanda, Reino Unido y Dinamarca no están vinculados por la misma) por la posible infracción de la Directiva que regula las condiciones de acogida de los solicitantes de protección internacional (Directiva 2013/33 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio, exigible desde el 21 de julio de 2015); y ha emitido decisiones de incumplimiento contra 18 Estados (con excepción de Austria y los anteriormente mencionados) por la posible contravención de la Directiva sobre los procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional (Directiva 2013/32 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio, aplicable desde el 21 de julio de 2015).

4. La imposibilidad de regular los flujos y de asumir proporcionalmente el volumen de refugiados ha provocado que algunos Estados miembros hayan reinstaurado las inspecciones fronterizas internas restableciendo los obstáculos al cruce de personas en las fronteras entre los países Schengen. Esta posibilidad está prevista tanto en el CAAS como en el denominado Código de Fronteras Schengen (el Reglamento 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo, por el que se instituye un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras, modificado en diversas ocasiones, la última de las cuales mediante el Reglamento 1051/2013, de 22 de octubre).

La reintroducción de obstáculos físicos a la libre circulación de personas requiere la satisfacción y el cumplimiento de varias condiciones. En primer lugar, el restablecimiento de los controles fronterizos tiene un carácter excepcional, es un recurso que debe invocarse como última instancia, y su ejercicio está limitado en el tiempo, se concede por un plazo máximo de treinta días, susceptible de ser ampliado. En segundo lugar, el motivo de la restauración de los controles debe obedecer a la existencia de una amenaza grave para el orden público o para la seguridad interior del Estado miembro, y la duración de las restricciones no puede exceder a la estrictamente necesaria para responder la amenaza grave.

En la práctica, durante los veinte años de funcionamiento del espacio Schengen, los países han acudido de forma extraordinaria a esta posibilidad. En pocas ocasiones se han impuesto los controles fronterizos; y cuando se ha hecho, en la inmensa mayo-

ría de las ocasiones, se ha justificado por motivos relacionados con manifestaciones de carácter político (reuniones de altos mandatarios en diversos foros internacionales como las celebradas por el Consejo Europeo o reuniones de un nivel de participación equivalente, visitas de representantes políticos...) y siempre que ello ha tenido lugar se han reintroducido por periodos cortos de tiempo y para unos puestos precisos y concretos. De hecho, y a título ilustrativo, desde la entrada en vigor del Código de Fronteras Schengen en 2006 hasta el año 2014, inclusive, tan solo se recuperaron los controles en 35 oportunidades. En la actualidad esta situación ha variado drásticamente, durante el segundo semestre del 2015 se han restituido en once ocasiones y media docena de países del espacio Schengen han repuesto las inspecciones fronterizas por motivos relacionados con un flujo excesivo de personas transitando sus fronteras. Tal es el caso de Noruega (desde el 26 de noviembre hasta el 26 de diciembre de 2015), Austria (desde el 16 de septiembre, que ha ido renovando y hasta el 15 de febrero de 2016), Alemania (desde el 13 de septiembre y que ha ido renovando periódicamente, y en la actualidad se mantiene hasta el 13 de febrero de 2016), Suecia (desde el 12 de noviembre hasta el 11 de diciembre de 2015) y Malta (desde el 9 de noviembre hasta el 31 de diciembre de 2015) que lo imponen en todos los puestos fronterizos con otros Estados participantes. Hungría (desde el 17 al hasta 26 de octubre de 2015) y Eslovenia (desde el 17 de septiembre hasta el 16 de octubre de 2015) solo lo restablecieron en determinados puestos fronterizos terrestres comunes. A esta situación de obstaculización de la libre circulación de personas, se debe de añadir el aumento y la generalización de los controles policiales en Francia. Estos, que evidentemente, están permitidos en el espacio Schengen (siempre y cuando no sean equivalentes a una inspección fronteriza), han adquirido un carácter sistemático en los alrededores de numerosos puestos fronterizos terrestres de Francia con sus vecinos europeos, tras los terribles atentados ocurridos el 13 de noviembre en París.

Este cúmulo de circunstancias ha proyectado una visión pesimista sobre el mantenimiento de la libre circulación de personas y está planeando la posibilidad de suspender la aplicación del espacio Schengen, por la manifiesta incapacidad de sus Estados participantes para gestionar la crisis migratoria. En este sentido, cabe recordar que el Código de Fronteras Schengen (tras la revisión operada por el Reglamento 1051/2013) permite a la Comisión recomendar la restitución de las inspecciones en las fronteras interiores de un Estado miembro con el resto de los países del espacio Schengen cuando observe insuficiencias en el control de las fronteras exteriores, detecte deficiencias graves y persistentes en su vigilancia o en la aplicación correcta de los procedimientos de retorno, y ello suponga una amenaza grave para el orden público o para la seguridad interior de la Unión Europea o de un Estado miembro. En principio el plazo máximo de la excepción se circunscribe a seis meses, que pueden ser prorrogados si las carencias no se han solucionado hasta una duración máxima de dos años (art. 26).

5. A todo ello la UE ha empezado dar pasos para intentar mitigar la tensión migratoria, centrándose en fortalecer las relaciones que se mantienen con terceros Estados, origen o tránsito del movimiento de personas. En este sentido, especialmente significativo es la (re)intensificación y relevancia que han adquirido las relaciones con Turquía, y que han cristalizado en la aprobación de un Plan Conjunto de Acción que, entre otras cuestiones, conducirá en un futuro inmediato a la liberalización de visados entre la UE y Turquía y a la plena aplicación del acuerdo de readmisión entre ambos para el mes de junio de 2016 (Doc. EUCO 26/15, de 16 de octubre de 2015). En este contexto de acentuación de las relaciones, se celebró, el 29 de noviembre de 2015, una reunión informal con los jefes de Estado o de Gobierno de la UE con Turquía, donde se reiteraba la necesidad de cooperación mutua en diversos ámbitos y de

forma especial se declaraba la reactivación de las negociaciones con Turquía para su adhesión a la Unión; todo ello con el compromiso europeo de proveer de asistencia humanitaria de «forma continua e inmediata» a Turquía para ayudar a los sirios que, temporalmente, se encuentran desplazados en territorio turco (*European Union, Statements and Remarks*, núm. 870/15, de 29 de noviembre de 2015).

Turquía no ha sido el único país al cual dirigirse para intentar reducir el continuo flujo de personas; la UE también está dando pasos para disminuir la corriente migratoria mediante la articulación de un conjunto de actuaciones dirigidas a los países africanos. Un buen ejemplo lo constituye la reunión de los jefes de Estado o de Gobierno de África y de la UE sobre migración celebrada en La Valetta (Malta) el 12 de noviembre de 2015. En esta se adoptó un Plan de Acción que incluía, entre otras acciones, la creación de un Fondo de Emergencia, que debería financiar proyectos en los países africanos más frágiles y vulnerables. Todo ello debería confirmar que la mejor estrategia para reducir la presión migratoria es la que incluye el diálogo y la cooperación con los países de origen y de tránsito.

6. En definitiva, la denominada crisis de los refugiados ha puesto de manifiesto la endeblez de las estructuras del SECA y la dificultad de articular una política de asilo común entre los Estados miembros de la UE. La crisis ha constatado también que la solidaridad dentro de la UE no es un valor en alza, y que el diferente trato que conceden los Estados miembros a los solicitantes de asilo ponen en riesgo el funcionamiento de la libre circulación de personas comunitaria. Paralelamente, esta diferencia de trato está generando, lamentablemente, una «competencia a la baja» en la prestaciones concedidas y un endurecimiento en las condiciones de concesión; todo ello en un contexto político, en muchos países miembros, que no favorece la solidaridad con los migrantes originarios de países del Oriente Medio y el Norte de África. En cualquier caso, la existencia de la libre circulación de personas sin inspecciones fronterizas entre los Estados miembros tal y como la entendemos en la actualidad, podría estar en serio peligro.

Andreu OLESTI RAYO

Universidad de Barcelona

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.68.1.2016.4a.06>



## B) DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

### **25.<sup>a</sup> REUNIÓN DEL GRUPO EUROPEO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO (LUXEMBURGO, 18 A 20 DE SEPTIEMBRE DE 2015)**

1. La 25.<sup>a</sup> Reunión del Grupo Europeo de Derecho internacional privado (en adelante, GEDIP) tuvo lugar en Luxemburgo, los días 18 a 20 de septiembre de 2015, mencionándose expresamente por el Presidente, M. Fallon, el hecho de constituir un importante aniversario. En esta ocasión, la organización de la reunión corrió a cargo de Ch. Kohler y P. Kinsch. Las reuniones se celebraron en el edificio que comparten la Universidad de Luxemburgo y el Max Planck Institute contando con la colaboración, respectivamente, del Prof. G. Cuniberti y de los Profs. B. Hess y M. Requejo.

2. La reunión comenzó con dos exposiciones, una a cargo de Ch. Kohler, sobre el Dictamen 2/13 del TJUE y otra a cargo de T. Hartley sobre la Sentencia del TJUE C-536/13 *Grazprom*.

C. Kohler resumió el contenido del Dictamen 2/13, en el que el TJUE ha concluido que el Proyecto de acuerdo de adhesión de la UE al Convenio Europeo de Derechos Humanos no es compatible con el Derecho de la Unión. Según el TJUE, el Derecho de la UE es el fundamento constitucional de la Unión y por lo tanto no es posible someterlo a otra norma nacional o convencional. C. Kohler analizó con detalle el impacto de esta decisión sobre el Derecho internacional privado de la UE, en particular la importancia que la decisión del TJUE otorga al principio de confianza mutua y sus consecuencias, por ejemplo: i) que este principio prevalece sobre cualquier convenio eventualmente concluido por los Estados y, por consiguiente, no puede utilizarse el CEDH para denegar sin más el reconocimiento de una decisión dictada en otro Estado miembro; ii) que hay una presunción general favorable a que el Estado de origen de la decisión ha respetado el Derecho de la Unión. Ch. Kohler, no obstante, puso de relieve también la cierta «inconsistencia» entre esta decisión y la jurisprudencia del TJUE en aplicación del Reglamento Bruselas I, donde ha reconocido que la cláusula de orden público no excluye absolutamente esa revisión de la compatibilidad de la decisión del Estado de origen con el Derecho de la Unión. En su intervención apuntó que la Sentencia de 16 de julio de 2015, en el asunto C-681/13 *Diageo Brands BV* (en

*Revista Jurídica de Catalunya*, 2016.1, en prensa) intenta dar respuesta a esta aparente inconsistencia, ya que afirma, por un lado, la validez del control de orden público incluso cuando se alega una violación del Derecho de la Unión. Pero, por otro lado, añade que esto solo cabe cuando se trate de circunstancias extraordinarias y de una violación grave y manifiesta. En este caso, el TJUE apunta también las condiciones en las que el hecho de no plantear una cuestión prejudicial en el Estado de origen puede invocarse para denegar el reconocimiento de una decisión como parte de la cláusula de orden público. El Tribunal, en particular, exige que el interesado haya agotado los recursos disponibles en el Estado de origen. Por último, C. Kohler analizó la jurisprudencia del TJUE en los casos en los que el Derecho derivado excluye cualquier motivo de denegación (por ejemplo, en materia de restitución de menores) y concluyó que incluso en estos casos cabría una posibilidad de denegar el reconocimiento cuando la violación de los derechos fundamentales es extraordinariamente grave y manifiesta.

3. Por su parte, T. Hartley analizó el contenido de la sentencia *Grazprom* (en esta *Revista*, con comentario de ARENAS, R., 2015, 2, pp. 184 y ss., y en la *Revista Jurídica de Catalunya*, con comentario de FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., 2015.4, pp. 1115 y ss.), donde el TJUE ha considerado que las *anti-suit injunctions* dictadas en el marco de un procedimiento arbitral quedan fuera del ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas I. T. Hartley revisó la jurisprudencia del TJUE en materia de arbitraje y *anti-suit injunctions*, en particular el caso *West Tankers* (en esta *Revista*, con comentario de REQUEJO, M., 2009, 1, pp. 186 y ss., y en *Revista Jurídica de Catalunya* con comentario de REQUEJO, M., 2009.3, pp. 897 y ss.). A partir de aquí explicó con detalle la sentencia en el caso *Grazprom* y concluyó que, a su juicio, esta decisión no corrige la jurisprudencia *West Tankers* ya que el supuesto fáctico es distinto: la *antisuit* no era dictada por un tribunal estatal ni iba acompañada de multas coercitivas.

4. La última sesión del primer día y la primera del día siguiente se dedicó a presentar y discutir los trabajos del Grupo en el ámbito de la ley aplicable a las sociedades, integrado por los Profs. Stefania Bariatti, Michael Bodgan, F. J. Garcimartín, Trevor Hartley, Monika Pauknerova, Kurt Siehr y Teun Struycken. La presentación corrió a cargo de F. Garcimartín, ponente del tema, quien describió el documento preparado por el subgrupo de trabajo [véase *REDI*, 67 (2015) 1, p. 344] a raíz de los comentarios y aportaciones de la reunión anterior. El contenido del nuevo borrador de Reglamento se estructuraba sobre cuatro capítulos.

El *primero* contenía dos artículos relativos, respectivamente, a su ámbito de aplicación material (art. 1), donde se optaba por una solución muy amplia, comprendiendo tanto las sociedades mercantiles como civiles, de responsabilidad limitada o de personas, y al carácter universal del texto (art. 2). La definición del ámbito de aplicación material descansaba sobre una regla positiva, basada en fórmula del art. 1 (2) (f) del Reglamento Roma I (esto es, el Reglamento se aplica a las sociedades y demás personas jurídicas), y una regla negativa, donde se enumeraban una serie de cuestiones excluidas de su ámbito de aplicación: por ejemplo, el Derecho laboral, el Derecho público o las cuestiones relativas a la responsabilidad extracontractual de socios y directivos frente a terceros. Al margen de cuestiones de redacción, que se incorporaron a la nueva versión del texto, las discusiones se centraron en la definición del ámbito de aplicación del proyecto de Reglamento, en la exclusión de la responsabilidad de los socios y directivos frente a terceros y la exclusión de las normas de Derecho público.

El resto de los capítulos se discutió en la primera sesión del segundo día. El *segundo capítulo* del texto presentado establecía la regla general, basada en la teoría

de la incorporación (art. 4), una regla subsidiaria para los supuestos en los que las partes no habían incorporado o constituido la sociedad bajo una ley nacional particular (art. 5), una norma sobre el ámbito de cuestiones sometidas a la ley rectora de la sociedad o *lex societatis* (art. 6) y dos conexiones especiales, una para la capacidad (art. 6) y otra para la responsabilidad (art. 7). El *tercer capítulo* fijaba las reglas aplicables a los cambios de *lex societatis* y, en particular, establecía la posibilidad de proceder a dicho cambio conservando la personalidad jurídica, esto es, sin necesidad de liquidación de la sociedad anterior y constitución de una sociedad *ex novo* (arts. 8 y 9). El *cuarto capítulo* contenía algunas soluciones a los problemas de aplicación: leyes de policía, orden público, Estados plurilegislativos, reenvío, convenios internacionales y entrada en vigor.

Al margen de cuestiones de redacción, la mayor parte del debate se centró en el juego de las leyes de policía y el contrapeso que debían ofrecer a la regla de base (autonomía de la voluntad). Al final, no hubo acuerdo dentro del Grupo en relación a la aplicación de normas de policía de terceros Estados. Unos miembros defendieron limitarlas a las del Estado de la sede real, mientras que otros eran partidarios de aplicar cualquier norma de policía de cualquier Estado donde la sociedad llevase a cabo actividades. La cuestión queda abierta para la próxima reunión.

5. La reunión continuó con el análisis del proyecto de Reglamento sobre competencia judicial, ley aplicable, reconocimiento de sentencias y cooperación en materia de divorcio. La presentación de los trabajos del subgrupo constituido en la sesión anterior para preparar dicho texto corrió a cargo de E. Pataut. El subgrupo de trabajo ha estado compuesto por A. Borrás, A. Bonomi, H. Gaudement-Tallon, Ch. Kohler, P. Lagarde, H. van Loon y R. M. Moura Ramos.

El objetivo del proyecto es, fundamentalmente, incorporar en un instrumento único sobre separación y divorcio las reglas establecidas en el Reglamento Bruselas II bis y Roma III, y asimismo aprovechar la ocasión para resolver los problemas que ha planteado su aplicación hasta ahora. El texto del proyecto de Reglamento se divide en cuatro capítulos: ámbito de aplicación, competencia, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de decisiones. La discusión se centró en el ámbito de aplicación del texto y en las reglas de competencia. En primer lugar, en cuanto a su ámbito de aplicación, se acordó que se aplicará al divorcio de parejas del mismo sexo. Se plantearon dudas, no obstante, sobre la inclusión de la nulidad matrimonial en el nuevo texto y el reconocimiento de decisiones no judiciales (divorcios privados). Tanto la nulidad como la anulabilidad quedan, en principio, incluidas, salvo en lo relativo a la ley aplicable. Los divorcios no judiciales (por ejemplo, notariales) se incluyen en el ámbito de aplicación de texto aclarando que el concepto de autoridades judiciales comprende también autoridades nacionales que cumplen una función equivalente. Se plantearon dudas en relación a los divorcios puramente privados, esto es, sin intervención de autoridad alguna. También se discutió la cuestión de si debe aplicarse a las parejas registradas o figuras equivalentes, aunque en principio el acuerdo es excluirlas.

En materia de competencia se parte de las reglas de Bruselas II bis, pero se entiende que este instrumento es demasiado generoso y se plantea la necesidad de reducir el elenco de alternativas que contiene, por ejemplo el foro basado en la nacionalidad común de los cónyuges. La mayoría, no obstante, se manifiesta a favor de mantener una buena parte de los foros, incluido la nacionalidad común, y solo suprimir los basados en la residencia habitual del demandante. En cuanto al juego de la autonomía de la voluntad, la mayoría manifiesta su posición favorable, pero dentro de un elenco de opciones. Se discute también si limitar la cláusula de jurisdicción exclusiva solo en

favor de Estados miembros o también a favor de terceros y si es vinculante durante toda la vida del matrimonio. Se plantean varias objeciones a una posibilidad muy amplia. Al final, la cuestión quedó abierta. Se discutió también el juego de los foros residuales y si es preciso incluir un foro de necesidad cuando no haya ningún tribunal dentro de la UE competente. Y, por último, se debatió la posibilidad de incluir una regla de *forum more conveniens* cuando hay otro tribunal competente que está conociendo de un proceso conexo (por ejemplo, en materia de responsabilidad parental o de obligaciones alimenticias).

6. Tras el análisis del proyecto de Reglamento sobre divorcio, M. Pertegás y K. Vandekerckhove presentaron, respectivamente, las novedades y trabajos de la Conferencia de La Haya y de la Unión Europea. M. Pertegás destacó las actividades de impulso y difusión de la Conferencia, en particular en relación con los países africanos y sudamericanos. Destacó la entrada en vigor del Convenio sobre acuerdos de elección de foro y los trabajos de fomento de este instrumento. Asimismo, apuntó los trabajos en el seno de la Conferencia en relación a nuevos instrumentos: la conclusión de los principios sobre ley aplicable a los contratos internacionales, o el llamado «proyecto sentencias» y la maternidad subrogada, que son los dos proyectos prioritarios en este momento. Por su parte, K. Vandekerckhove resumió los trabajos de la Unión Europea durante el último año. En particular, señaló que la revisión del Reglamento Bruselas II bis ha recibido aprobación política y, por tanto, continúan los trabajos. Resumió los instrumentos que se habían aprobado o ratificado este último año: el Reglamento de insolvencia o el Convenio de La Haya sobre acuerdos de elección de foro, así como las consecuencias del Dictamen 1/2013 en materia de aceptación por los Estados miembros de las adhesiones al Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores. En cuanto a los trabajos en marcha señaló el instrumento sobre el reconocimiento de documentos públicos, la situación del proyecto de Reglamento sobre ley aplicable al régimen económico matrimonial, la revisión del Reglamento sobre *small claims* o anunció una futura propuesta de armonización de las normas imperativas en materia de contratos de venta de contenidos digitales y mercaderías. Por último, H. van Loon presentó un documento sobre la problemática de los refugiados y la necesidad de que el Grupo aprobase algún documento al respecto. Sobre esta propuesta se decidió constituir un subgrupo de trabajo encargado de preparar una declaración del Grupo, limitándose a los aspectos de Derecho internacional privado.

7. El último día intervino P. Kinsch para resumir la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en el ámbito de Derecho internacional privado. P. Kinsch comenzó señalando que durante el último año, el TEDH no había dictado sentencias verdaderamente relevantes en ese ámbito. No obstante, comentó algunos casos de relativa importancia. En particular, la sentencia en el asunto *Chbihi Loudoudi et autres v. Belgique* de 16 de diciembre de 2014, donde el Tribunal concluyó que el hecho de que la normativa de DIPr belga sobre adopción no permita la adopción de un nacional marroquí acogido mediante una *kafala* —ya que su ley nacional no lo permite— no contraviene el art. 8 del Convenio europeo de derechos humanos. En la sentencia en el asunto *Paradiso et Campanelli v. Italia* de 27 de enero de 2015, el TEDH analiza la negativa de las autoridades italianas a reconocer los vínculos de filiación derivados de una gestación por sustitución constituida en Rusia. El asunto tenía la complicación adicional de que la prueba de ADN practicada en Italia demostró que quien se suponía padre biológico no era tal por lo que, además de no reconocer la relación de filiación, privan a los padres de la custodia del menor y lo entregan a una institución pública. El Tribunal no reprocha a Italia el no reconocimiento de la relación

de filiación sino las medidas de alejamiento del menor y concluye que esta decisión supone una injerencia desproporcionada en la vida privada, contraria al Convenio.

8. Finalmente la reunión concluyó con la sesión administrativa, que eligió a P. Mcleavy (Reino Unido) y M. Szpunar (Polonia) como nuevos miembros del GEDIP. S. Symeonides, P. Lagarde y H. Gaudemet-Tallon anunciaron su retirada como miembros activos del Grupo y se confirmó su nombramiento como miembros honorarios. En otro orden de cosas, J. Basedow fue designado nuevo Presidente del Grupo. En cuanto a la próxima reunión se decidió que tenga lugar en Milán, entre los días 16 a 18 de septiembre de 2016, donde ya tuvo lugar la segunda reunión del GEDIP, en 1992.

Alegría BORRÁS y Francisco J. GARCIMARTÍN  
Universidades de Barcelona y Autónoma de Madrid  
*<http://dx.doi.org/10.17103/redi.68.1.2016.4b.01>*



Sección coordinada por C. ESPÓSITO (Derecho internacional público), E. ZABALO (Derecho internacional privado) e I. RODRÍGUEZ (Relaciones Internacionales)

### A) RECENSIONES

IBÁÑEZ MUÑOZ, J. y SÁNCHEZ AVILÉS, C. (dirs.), *Mercados ilegales y violencia armada. Los vínculos entre la criminalidad organizada y la conflictividad internacional*, Madrid, Tecnos, 2015, 255 pp.

La obra colectiva que es objeto de comentario en estas páginas, dirigida por el Profesor Josep Ibáñez y la Investigadora Constanza Sánchez, reúne las aportaciones de una decena de especialistas en el ámbito de las Relaciones Internacionales que se interrogan sobre las interacciones que se han establecido entre el auge contemporáneo de diversas formas de criminalidad transnacional organizada y la alteración de los modelos clásicos de la conflictividad armada. Ciertamente, ha sido señalada ya en múltiples ocasiones la relación que existe entre ambos fenómenos. Pero el valor añadido de la presente investigación radica en el elevado calado analítico de las respuestas que se dan a esa pregunta. Los autores de este libro no se limitan, en ese sentido, a agavillar un conjunto de estudios de caso sobre la cuestión para que el lector saque conclusiones por sí mismo, sino que realizan un considerable esfuerzo heurístico destinado a sintetizar las formas de interrelación entre ambos fenómenos, comprenderlas y, por último, apuntar las implicaciones que esta confluencia tiene para la seguridad internacional.

En el estudio introductorio, el Profesor J. Ibáñez presenta el marco teórico del análisis al señalar que la interacción entre conflictos armados y criminalidad organizada se puede estudiar en función de la naturaleza y del grado de influencia mutua que se da entre ambos fenómenos encontrándose, en un extremo del continuo, el supuesto de su simple coexistencia sobre un espacio geopolítico dado y, en el opuesto, la situación en la que la presencia de cualquiera de ellos es indisoluble de la existencia del otro. Dentro de esta escala de menor a mayor rozamiento, las variables que definen cada escenario son: los actores principales (que pueden ser completamente distintos o interactuar dentro de marcos colaborativos o competitivos); los objetivos y motivaciones que les guían (lucrativos, ideológicos o mixtos); las actividades tácticas, con lógicas diferenciadas o concurrentes, que desarrollan tanto las partes en un conflicto armado como los grupos criminales; y, finalmente, la clase de respuesta política (independiente o conjunta) que proporcionan las autoridades ante el desafío planteado por ambas realidades.

Las inflexiones que se producen en torno a estas cuatro variables permiten articular una tipología que ordena en cinco categorías la aproximación a las formas de confluencia entre la violencia armada y la criminalidad organizada: *coexistencia*, cuando la presencia paralela de ambos fenómenos en un territorio no implica influencia; *parasitismo*, cuando una realidad aprovecha las condiciones de la otra, desarrollándose a su costa; *dependencia*, en los casos en los que bien la criminalidad organizada depende de la pervivencia del conflicto para seguir extrayendo beneficios de las operaciones en los mercados ilegales o bien los contendientes en un conflicto recurren a estos mercados para financiar su capacidad militar; *interdependencia*, cuando se desarrolla una dinámica perversa de dependencia simétrica entre ambas realidades; y *simbiosis*, que se produce en las situaciones de fusión en el tiempo de ambos fenómenos, en un contexto de debilidad estatal, de modo que las organizaciones criminales acaban siendo contendientes en el conflicto armado y viceversa.

A partir de ese marco analítico, los autores desmenuzan varios estudios de caso en los que se observa la interacción entre las dos realidades. En el Capítulo I, Constanza Sánchez presenta una panorámica global de los mercados de drogas ilegales, en particular de los de opiáceos y cocaína, enfatizando su carácter global. En el Capítulo II, David Bewley-Taylor analiza los vínculos entre el mercado ilegal de opio y la violencia armada en Afganistán. Las conflictivas situaciones de México y Colombia y su interacción con el tráfico de cocaína son abordadas en los Capítulos III y IV, a cargo, respectivamente, de Octavio Rodríguez (que finaliza su exposición respondiendo —de manera negativa— a la pregunta de si la situación de violencia mexicana debiera ser calificada como conflicto armado) y de Erika M. Rodríguez, que problematiza la tesis que considera al narcotráfico como el principal factor explicativo del

conflicto colombiano, a fin de aportar una visión más compleja de esa interacción y señalar, incluso, que «es posible ir un paso más allá, dar otra vuelta al argumento y convertir al narcotráfico no en la causa sino en otra de las consecuencias de las deficiencias estructurales que condujeron a la confrontación armada» (p. 118).

Las referencias empíricas al continente africano, por otra parte, se abren con un Capítulo V en el que Pablo Pareja analiza los patrones de relación entre la delincuencia pirática y la conflictividad armada en Somalia, advirtiendo sobre la práctica inexistencia de lazos entre los actores de ambas realidades. En el Capítulo VI, Marta Abegón examina los vínculos existentes entre el comercio ilícito de diamantes y los conflictos armados que se han desarrollado en países como Sierra Leona, Liberia, Angola, República Democrática del Congo o Zimbabue, poniendo énfasis sobre las estrategias de cooperación internacional que han sido diseñadas para limitar el tráfico de diamantes de sangre. Y, por último, en el Capítulo VII, Jordi Quero se sirve de un enfoque regional para aproximarse a la relación recursiva que se entabla en el Sahel entre el conflicto armado existente y diversas modalidades de criminalidad organizada, entre las que se cuentan los tráfico ilegales de armas, drogas o migrantes y los secuestros de extranjeros.

Respecto a Europa, Ignasi Torrent trata en el Capítulo VIII el caso balcánico, destacando el rol desempeñado por los grupos criminales en el espacio posbélico de países como Croacia y Serbia (en los que se produce una considerable inserción de las redes delictivas en las propias estructuras estatales), Bosnia y Kosovo (donde la criminalidad organizada presenta una génesis más ligada a grupos bélicos paramilitares) o Albania y Montenegro, en los que prima la existencia de un tejido criminal transnacional que está articulado sobre una base clánica o familiar. Por último, el libro se

cierra con un interesante trabajo de Caterina García sobre el papel de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNDOC) que para la autora «es reconocida como la autoridad de referencia en el ámbito multilateral de la lucha contra la criminalidad transnacional organizada» (p. 219); resulta elocuente que se haya seleccionado para el estudio de caso la UNDOC —frente a la opción operativa que hubiese brindado, por ejemplo, INTERPOL— puesto que parece reflejar la voluntad de la autora, y diría que también del resto de los participantes en la obra, de llevar a cabo un análisis de discurso sobre el relato construido, en este caso por las instituciones multilaterales, en torno al crimen transnacional a fin de cuestionar cómo se le define, cómo se decide entrelazarlo (o no) con otras formas de violencia y, a la postre, cómo se combate.

A partir de los análisis empíricos se concluye —aunque esta sea una síntesis de trazo muy grueso— que la coexisten-

cia entre los fenómenos objeto de estudio predomina en Somalia, que las relaciones parasitarias se observan en algunas regiones de Colombia y en países como Ghana, Mali y Liberia, que la dependencia se aprecia en el Sahel, Sierra Leona, Costa de Marfil, Angola y en los Balcanes, que la interdependencia resulta paradigmática en Afganistán y que los elementos propios de la relación simbiótica se muestran, sobre todo, en algunos momentos históricos del caso colombiano.

Como señalaba al principio, esta es una obra de notable aliento teórico, bien escrita, homogénea en sus partes pese a ser polifónica y de recomendable lectura. Ha sido fruto de una ayuda para la investigación del *Institut Català Internacional per la Pau* donde, imagino, se habrá evaluado satisfactoriamente el resultado obtenido.

Carlos TEIJO GARCÍA

Universidad de Santiago de Compostela  
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.68.1.2016.5.01>

MÉNDEZ SILVA, R., *El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y los casos de Afganistán e Irak*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 276 pp.

La obra que presenta el Profesor Doctor Ricardo Méndez Silva, prestigioso Profesor de Derecho internacional en la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales e investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional de México, constituye una aportación práctica importante en lo que atañe a la materia global elegida: el tratamiento del uso legítimo de la fuerza en el sistema de la Carta de las Naciones Unidas. Este objeto tan complejo en su análisis teórico y en su aplicación práctica, ofrece al autor la posibilidad de revisarlo desde diversas perspectivas: *una perspectiva histórica*, ofreciendo al lector un repaso cronológico, bastante exhaustivo, sobre la aplicación del mismo desde los inicios del funcionamiento

de la ONU hasta la actualidad; *una perspectiva doctrinal*, analizando todas las corrientes interpretativas del mencionado concepto, desde su determinación conceptual hasta su relación con figuras conexas y derivadas del mismo y, por último, *una conclusión final, inducida de la praxis efectiva* de este mecanismo de hacer cumplir el entramado estructural del Derecho internacional como sistema normativo en sí mismo.

El estudio que se nos presenta ofrece al lector una asimilación asequible de conceptos y de análisis, en un contexto de intereses estatales tan políticos como estratégicos, derivado, con toda lógica, de una sociedad compuesta de relaciones interestatales.

De esta suerte, la Primera parte de la monografía (Capítulo I) analiza la historia de la progresiva limitación y ulterior prohibición del uso de la fuerza en las relaciones entre Estados, haciendo referencia expresa a su primaria previsión por los Pactos previos y de la Sociedad de Naciones y, posteriormente, de manera más expresa, al marco jurídico recogido ya en la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, como sabemos, previsto en los Capítulos VI y VII de la misma, así como su conexión con el resto de Principios Estructurales. Es relevante señalar cómo en la presente monografía también se hace referencia a las sanciones internacionales, como respuesta a un incumplimiento de la prohibición, así como a los efectos negativos que las mismas han ocasionado al ser aplicadas a determinados Estados incumplidores. Analiza, cronológicamente, como ejemplos de intervención del Consejo de Seguridad (con sus respectivos problemas) los asuntos de Corea (1950), Malvinas (1981) e Irak-Kuwait (1981), deteniéndose en la Resolución del Consejo de Seguridad 678 de 1990, al considerarla como la primera aplicación verdadera del Capítulo VII desde la creación de la Carta de la ONU, en concreto, como una situación de legítima defensa colectiva, tras una situación de guerra fría que, teóricamente, concluyó con la desaparición de la antigua URSS.

Los atentados del 11-S de 2001 constituyen un episodio importante dentro de este análisis. Son catalogados por el autor como el fundamento que utilizaron ciertos Estados y parte de la doctrina para justificar una situación de «legítima defensa colectiva». Al tratarse de un enfrentamiento armado internacional, no convencional, ya que una de las partes no está identificada (pues se trata de un grupo terrorista y no de un Estado), el hecho de protegerse de posibles y futuras agresiones legitimaría un ataque previo sobre los territorios de los Estados sospechosos de encubrir, financiar y soste-

ner a este tipo de actores internacionales transfronterizos. De ahí que los Estados que han justificado este tipo de autodefensa, la encubran bajo las previsiones de la Resolución 678, junto a otras, del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

En la segunda parte de este Capítulo I el Profesor Méndez aborda un estudio sobre las funciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en materia de paz y seguridad mundiales. Este estudio le va a facilitar llegar a abordar una nueva cuestión, conexas, eso sí, a la anterior, como es la imperante necesidad de reformar de la Carta de las Naciones Unidas, en especial, del Consejo de Seguridad, clave en el control legítimo del uso de la fuerza en el propio marco de la Carta. El autor se replantea el número de Estados miembros de este Órgano y su identidad. Considera que tanto Japón como la República alemana, como segundo y tercer mayores contribuyentes de los gastos de la ONU, deberían constituirse como miembros permanentes del Consejo de Seguridad. Por otra parte, en la Cumbre de las Naciones Unidas de 2005, ya se puso de manifiesto el problema del derecho de veto de los Estados permanentes del Consejo de Seguridad, y lo que había supuesto su ejercicio, por lo que se llegó a ofrecer dos alternativas de solución (las denominadas A y B), que en realidad, sin alterar la composición de los miembros permanentes del Consejo, sí que modificaba los supuestos de utilización legítima del veto. A estas dos alternativas se añadió una tercera formulada por el denominado Grupo de los 4 (Estados como Alemania, Brasil, India y Japón se autoseleccionaban como legitimados por representar diferentes Continentes con ninguna representación en el órgano sometido al estudio de revisión —salvo Alemania— para formar parte del Consejo de Seguridad con el apoyo de otros Estados). Otras propuestas fueron protagonizadas por el Grupo «Unidos por el Consenso», por la Unión Africana o por

Estados Unidos de América. La Cumbre no dio lugar a ninguna propuesta seria de modificación de la Carta. Concluyó que la modificación orgánica del Consejo de Seguridad no tenía prioridad por el momento. Posteriormente, la realidad fáctica nos demostraría otra cosa muy diferente.

El Profesor Ricardo Méndez en esta misma primera parte de su trabajo se introduce en un nuevo sector del Derecho internacional, *el de los Derechos Humanos*, y lo hace cuando al estudiar «Las funciones ampliadas del Consejo de Seguridad» se adentra en *las operaciones de mantenimiento de la paz*. Tras realizar un análisis de las mismas desde lo que el autor denomina «un universo de expansión», diferencia entre las misiones clásicas (18 en total) desde 1948 a 1989 y las misiones actuales (en número de 49) desde 1989 a 2012. Estas últimas constituyendo una amalgama de actividades destinadas a más de una finalidad, aparte del restablecimiento de la paz y su consolidación (creación de la Comisión de Consolidación de la Paz, en diciembre de 2005, compuesta por 31 Estados), adentrándose asimismo en la intervención de carácter o con carácter humanitario sin dejar de invocar y respetar el principio estructural de no injerencia interna en los Estados y, por tanto, el necesario consentimiento de los mismos para este tipo de operaciones internacionales, de iniciativa onusiana.

Para terminar esta primera parte, como ya expusimos, destinada a elaborar un discurso institucional sobre el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y dentro de lo que denomina las funciones ampliadas del mismo, examina el papel del Consejo como creador de Tribunales internacionales destinados al conocimiento y atribución de la responsabilidad internacional derivada de graves situaciones de crisis que han puesto en peligro la paz y seguridad mundiales. Sin obviar la cuestión del terrorismo y el problema que ha supuesto para la Comunidad internacional alcanzar una definición consen-

suada del mismo, así como la búsqueda de mecanismos de control y prevención para atajar su existencia. Por supuesto que la piratería también queda configurada como una práctica ilícita que atenta contra la paz y seguridad mundiales y el autor la incluye como justificación para la creación de estos órganos jurisdiccionales. Desde esta última perspectiva el Consejo de Seguridad, como órgano de la ONU, se ha investido de poder normativo suficiente como para crear Resoluciones que definen actos ilícitos muy graves y Tribunales Internacionales, capaces de enjuiciar a Estados y a individuos por actos de terrorismo, genocidas y contra la humanidad en su conjunto.

En el Capítulo II, segunda y última parte de esta monografía, el Profesor Méndez Silva ilustra su estudio comentando los casos de Afganistán e Irak. Lo redacta en clave de política-jurídica ofreciéndonos, por un lado, una visión estadística de los hechos acaecidos y las distintas reacciones de determinados personajes muy influyentes en el ámbito internacional que adoptan posiciones y decisiones sin consenso internacional. Asimismo, y por otra parte, analiza las paulatinas resoluciones del Consejo de Seguridad en la adopción de sanciones internacionales, devastadoras para la población de los Estados afectados. Este análisis, hasta cierto punto ingenuo desde la perspectiva de la subjetividad internacional, nos ofrece una propuesta llamando la atención sobre la cada vez más necesitada, humanización del orden jurídico internacional y, por ello, la necesidad de modificar una institución que, tal como se encuentra configurada en la actualidad, difícilmente funciona por consenso y que cuando lo hace, olvida la existencia de los seres humanos afectados por las duras medidas de ataque y de sanción dirigidas a ese sujeto internacionalmente pleno y soberano como es «el Estado».

M.<sup>a</sup> Ángeles RUIZ COLOMÉ  
Universidad Complutense de Madrid  
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.68.1.2016.5.02>

ORIHUELA CALATAYUD, E., *Las víctimas y la Corte Penal Internacional. Análisis de la participación de las víctimas ante la Corte*, Cizur Menor, Aranzadi, 2014, 275 pp.

La irrupción de la Corte Penal Internacional (CPI) supuso y está suponiendo un importante revulsivo en las estructuras del Derecho internacional tanto desde la perspectiva de la «inter-estatalidad» como eje vertebrador de la actuación normativa y judicial internacional (véase por ejemplo, la problemática suscitada respecto a las inmunidades soberanas y las obligaciones de cooperación con ocasión de la orden de arresto del Presidente al Bashir de Sudán, cuyo último incidente, a favor de la no detención contraviniendo incluso decisiones judiciales internas, se produjo en junio de 2015 en Sudáfrica, por cierto Estado fundador y parte de la CPI), como desde la correlativa vertiente comunitaria que sitúa al individuo y sus derechos como elementos estructurales del reiterado (aunque en curso) *proceso* de humanización del Derecho internacional. El Estatuto de Roma, concebido como un régimen convencional con potencialidades objetivas, constituye un escenario perfecto para el análisis de este proceso, pues vendría a conformar la tercera fase en la evolución del Derecho internacional de los derechos humanos hacia las nuevas alternativas de justicia que presenta el orden penal internacional. Tanto el Estatuto de la CPI como los *Principios y directrices básicos de las Naciones Unidas sobre el derecho de las víctimas* hacen alusión a esta doble dimensión al constatar el compromiso de la comunidad internacional respecto del sufrimiento no solo de las víctimas, sino también de los supervivientes y las generaciones futuras, esto es, la humanidad.

Pero no solo es una cuestión de tensión entre lo estatal y lo humano, sino también entre lo colectivo (o comunitario) y lo individual. Y aquí es donde se sitúa el excelente y oportuno trabajo de la Profesora Orihuela Calatayud que des-

de el pormenorizado análisis de la regulación de los derechos de participación de la víctima previstos en el Estatuto de la CPI y su normativa de desarrollo (en particular, las Reglas de Procedimiento y Prueba, RPP) confluye sosegadamente en un anhelado Capítulo V relativo a la valoración del sistema de participación así como a la presentación de propuestas de mejora. En este recorrido, como no podría ser de otro modo, se nos da cuenta de cómo, en el breve periodo de vigencia de actuación de la Corte, se han resuelto las pretensiones alegadas en las solicitudes de participación de las víctimas en atención a la normativa existente y los criterios interpretativos adoptados por la Fiscalía y las distintas Salas jurisdiccionales de la CPI. La autora, consciente del estadio aún incipiente de la novedosa regulación del Estatuto de Roma sobre la condición de las víctimas, ha optado por una exposición más pragmática que crítica situando en el texto de su trabajo el escenario procesal y vital originado por esta reglamentación y práctica judicial.

A lo largo del estudio está sobrevolando el *leitmotiv* de la justicia encomendada a la Corte respecto de las víctimas. No en vano, la Profesora Orihuela Calatayud introduce, valora y concluye su monografía reflexionando sobre la concepción y naturaleza retributiva (punitiva) o restaurativa del sistema de justicia que ha de impartir la CPI en función de la potencialidad legitimadora prevista en el art. 68.3 del Estatuto, que garantiza en toda fase del juicio la participación de las víctimas en defensa de sus intereses personales afectados de manera que no redunde en detrimento de los derechos del acusado o de un juicio justo e imparcial ni sea incompatible con estos. Como indica la autora, el Estatuto de Roma no se limitó a asumir una función exclusi-

vamente punitiva de su función jurisdiccional y una *concepción utilitarista* de las víctimas que reduce el papel de las mismas al de meros testigos (p. 21), sino que «los negociadores del Estatuto quisieron añadir a la Corte una función diferente e íntimamente conectada con el reconocimiento de los derechos de participación y reparación de las víctimas, una *función restaurativa*, hasta ese momento ajena a los tribunales penales internacionales existentes [...] La valoración del sistema de participación de las víctimas establecido en las normas de la Corte debe efectuarse, por tanto, teniendo en cuenta esta doble finalidad y, en el caso de que la misma denote alguna carencia o inconveniente, ser un acicate para la reflexión y la presentación de propuestas de mejora que resulten viables aunque ello suponga la necesidad de poner en marcha reformas en el sistema normativo de la Corte Penal internacional» (p. 196).

El lector que se acerque a esta obra sobre *Las Víctimas y la Corte Penal Internacional* va a poder, de nuevo, constatar el buen hacer investigador, científico y literario de la Profesora Orihuela Calatayud. A través de una brillante y contenida prosa, que apuesta por la crónica normativa y jurisprudencial de la materia tratada jalonada de una exhaustiva bibliografía, la monografía se estructura en cinco capítulos, flanqueados por una introducción y los correspondientes apartados de conclusiones, bibliografía y documentación, al que se incorporan unos didácticos anexos sobre los derechos y prerrogativas de las víctimas en las distintas fases del proceso en que participan, el listado de decisiones de la Corte citadas y un esquema sobre las fases del procedimiento.

En los distintos Capítulos se procede al examen de los medios jurídicos y materiales destinados a facilitar la participación de las víctimas ante la Corte. Entre los distintos temas de interés destacan las reflexiones sobre el papel que han de desempeñar la Oficina Pública de

Defensa de las Víctimas y otras dependencias de la Secretaría (resaltándose además que para que las víctimas conozcan plenamente sus derechos y posibilidades de acción, será necesario crear un sistema de proyección exterior con las organizaciones locales y una red de información *inclusiva* entre la Corte y las comunidades y colectivos afectados); la problemática acerca de las medidas especiales previstas en las Reglas 87 y 88 RPP cuya finalidad es proteger la identidad e integridad de las víctimas, previéndose el controvertido *supuesto excepcional y condicionado del anonimato absoluto frente al acusado*; y el análisis de la definición de la condición de víctima de acuerdo con las previsiones de la Regla 85 RPP, de los presupuestos necesarios para la presentación de la solicitud de intervención *ex* Regla 89.1 RPP, así como de las condiciones impuestas a la participación al amparo del art. 68.3 del Estatuto. En torno a estas cuestiones, el Capítulo II incide sobre la posibilidad de la participación de las *víctimas indirectas* y de las *personas jurídicas o morales perjudicadas*; si el daño ocasionado por las víctimas directas a otras personas puede convertir a estas en víctimas indirectas (el caso de los niños soldados); la prueba de la identidad de la víctima y la posibilidad de solicitudes colectivas y simplificadas; el alcance procedimental de la condición de víctimas y, en particular, el tratamiento jurisprudencial otorgado a la *afección de los intereses personales* de la víctima tanto respecto de las situaciones generales como de los casos concretos planteados ante la Corte.

En el Capítulo III, eje nuclear de la obra, se sistematiza el régimen general de la participación de las víctimas, desde la fase preliminar y de investigación hasta la fase de apelación y solicitud de reparación. En este Capítulo se muestran las tensiones derivadas del no reconocimiento de legitimación activa ni del estatuto de parte a las víctimas y la necesidad de proteger el derecho de defensa de los

acusados. Tomando como referencia las observaciones presentadas por la Jueza Steiner, se precisan, entre otros, los derechos que integran el estatuto de la víctima y las condiciones requeridas para restringir tales derechos o someter su ejercicio a solicitud y autorización específica por la Sala correspondiente, como es el caso de su participación en los interrogatorios de los testigos o la presentación de pruebas en principio reservada a las partes. El esquema capitular de la obra concluye con la presentación de propuestas de mejora en atención a la valoración de la condición de la víctima reconocido por la Corte, entre las que destacan la posibilidad de presentar solicitudes parcial o totalmente colectivas (sin modificar el carácter individual del daño); la previsión de reforzar el papel de la Secretaría en la tramitación de las solicitudes y la limitación del plazo de presentación; así como la oportunidad de considerar que las decisiones sobre las solicitudes de las víctimas sean adoptadas por las Salas sin que las partes tengan la posibilidad de presentar observaciones (*decisiones judiciales no litigadas*). Igualmente, y en aras a alcanzar

una función restaurativa por parte de la Corte, se propone que esta pueda llegar a asumir capacidades y procedimientos de carácter «transicional», en particular respecto de crímenes perpetrados por niños soldados o en relación con aquellos crímenes cuya persecución la Fiscalía no considere prioritarios en un momento dado. Según la autora, «esta función educativa y preventiva de los procedimientos restaurativos, podría hacer de la Corte un instrumento al servicio de la paz y seguridad internacionales» (p. 220).

A la espera de conocer cuál será la dinámica futura de la CPI, la monografía de la Profesora Orihuela Calatayud constituye una parada obligada para todos aquellos que se interesen por el devenir no solo del estatuto jurídico de las víctimas de los atroces crímenes internacionales, sino del grado de humanización que la comunidad internacional permite que su sistema jurídico asuma en este nuevo milenio.

Francisco JIMÉNEZ GARCÍA  
 Universidad Rey Juan Carlos  
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.68.1.2016.5.03>

PONS RAFOLS, X., *Cataluña: Derecho a decidir y Derecho internacional*, Madrid, Reus Editorial, 2015, 334 pp.

Es esta una obra ejemplar. Pero no solo por el rigor de la argumentación, la exhaustividad de las fuentes utilizadas y la solidez del análisis urdido, sino también por la franqueza con la que el autor, catedrático de Derecho internacional público y relaciones internacionales que ejerce este oficio en la Facultad de Dret de la Universitat de Barcelona, enuncia el propósito que persigue.

En un momento en el que España vive uno de los conflictos internos más graves, la amenaza de secesión de Cataluña, un conflicto que alterna el estado larvario con el adulto, y que, quizás no por casualidad, se manifiesta con estrépito en los momentos en que las crisis socia-

les y políticas alcanzan en nuestro país el estado agudo —¿hay que recordar hitos como los de 1917, la Segunda República o la Transición?—, en un momento como ese, Xavier Pons Rafols, por si no hubiera quedado claro con el título del libro, confiesa sus propósitos en la Introducción: «El objeto de este estudio es el de ofrecer una revisión amplia y fundamentada de los principios y normas del Derecho internacional relacionados con el derecho de autodeterminación y, especialmente, procurar un análisis de todas aquellas normas y principios del Derecho internacional que pueden relacionarse con lo que en los últimos años ha venido en denominarse como el derecho a decidir».

Ni que decir tiene que el juicio de la razón al que somete el Profesor Pons las «pretensiones secesionistas» de fundamentar el «difuso concepto» del «derecho a decidir» «en principios y normas del Derecho internacional o en los pronunciamientos de instituciones internacionales» constituye un discurso polémico. Pons construye y expresa una opinión jurídica, pero sabedor de que toda opinión es (casi) siempre una opinión contra alguien o contra algo, no lo oculta: identifica pronto y con elegancia al adversario intelectual. La obra se dirige contra la tesis que postula que las normas internacionales, o la Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia en el asunto de Kosovo, amparan directamente un proceso de secesión o separación del Estado como el emprendido por algunos partidos en Cataluña con el apoyo electoral de un sector relevante de la ciudadanía.

A ese campo polémico sale el Profesor Pons —porque no parece que, como decía Cervantes, «ningún peligro (le ponga) miedo» aunque no sabemos si recelo— con las armas de la razón y las letras de su libro a batallar con esas confusas o difusas tesis, a combatir esas ideas, pero siempre con miramiento y consideración a quien las defienda. Porque esa es otra de sus premisas: se critican las ideas pero se respeta al adversario, que expresa una aspiración política legítimamente democrática —«hacer un referéndum o una consulta o, incluso, la misma independencia de Cataluña»—, aunque ha de postularla y ejercitarla —recuerda y sentencia el autor— «sobre la base del principio democrático y en el marco del Estado de Derecho y respetando la legalidad; y España es un Estado democrático y de Derecho».

En esta querrela y con este talante o disposición se aventura Pons Rafols en la polémica. Sometiéndolo, como se hace en toda querrela jurídica, pero en este caso no al juez, sino al Tribunal de la razón, argumentos objetivos, pruebas y razona-

mientos sólidamente fundados, y luego que el lector juzgue y, si lo tiene a bien, que el político escuche y lo lleve con paciencia. Sabiendo además que la conclusión aprovecha, como se dice en las Partidas, «a todos los hombres de la tierra comunalmente», pues igual que en un juicio con la sentencia «se escarmienta derechamente el malhechor», diríamos que aquí se ajustan las cuentas al contrabandista intelectual.

Con estas armas sale Xavier Pons de la torre de marfil y del ámbito aséptico de la reflexión a querrellarse intelectualmente, pero lo hace *sine ira et studio*, sin abandonar en la andadura la condición y el rigor académicos. En el siglo pasado esta actitud se identificaba con la propia de un «intelectual comprometido»; hoy quizás el Profesor Pons, con la elegancia argumental que practica a lo largo de su estudio, se limitaría a recordar al clásico, con voz queda, sin énfasis ninguno: Soy hombre, nada humano me es ajeno, menos aún si soy ciudadano en Cataluña.

En esta batalla, el autor no está en soledad, aunque tampoco en compañía nutrida. A vuela pluma, cabe recordar ahora, entre los iusinternacionalistas, la aportación breve, clara y precisa, del Profesor Carrillo Salcedo («Sobre el pretendido “derecho a decidir” en el Derecho internacional contemporáneo», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 33, enero de 2013), las de la Profesora Mangas Martín («Cataluña: ¿No habrá independencia?», *ibid.*, núm. 42, febrero de 2014, y «La secesión de territorios en un Estado miembro: efectos en el Derecho de la Unión Europea», *RDUE*, núm. 25, 2013, así como frecuentes colaboraciones en la prensa), o las muy recientes del Profesor Martín y Pérez de Nanclares («Reflexiones jurídicas a propósito de una eventual declaración unilateral de independencia de Cataluña: un escenario político jurídicamente inviable», disponible desde septiembre de 2015 en las páginas web del Ministerio de Asuntos Exteriores y de

Cooperación y del Real Instituto Elcano, y «Legal considerations regarding a hypothetical unilateral declaration of independence by Catalonia: A legally unfeasible political scenario», *SYBIL*, núm. 19, 2015). Al debate se sumó también el Profesor Medina Ortega con su monografía *El derecho de secesión en la Unión Europea* (Madrid, Fundación Alfonso Martín Escudero, Marcial Pons, 2014), en la que, pese a su carácter en apariencia genérico, no se ahorran las referencias al caso catalán, y de la que en 2013 había ofrecido un anticipo en «Los ciudadanos europeos y la secesión de territorios en la Unión Europea» (*RDUE*, núm. 25). A la formación de este corpus analítico contribuyeron asimismo constitucionalistas, administrativistas y aun consejeros de Estado, algunos con el ánimo de un jurisconsulto que sale al campo, con mano samaritana, a ayudar a encontrar un camino (que no sea el de salida) al caminante. Recordemos aquí hoy a F. Rubio Llorente, y a S. Muñoz Machado, J. Tornos Mas o M. Herrero y Rodríguez de Miñón.

Quizás mucho esfuerzo individual disperso ante una actuación institucional tenaz y planificada del Gobierno de la Generalitat, que alentó, estableció y financió un «Consejo Asesor para la Transición Nacional» para alumbrar, ante la pasividad del Gobierno del Estado, los varios estudios e informes que configuran el denominado Libro Blanco para la Transición Nacional. Precisamente con esos planteamientos doctrinales polemiza el Profesor Pons Rafols caballerosa y denodadamente a lo largo del libro, no sin antes lamentar su soledad y echar en falta una actitud como la del Gobierno del Reino Unido con ocasión del referéndum en Escocia: «Para que los ciudadanos de Cataluña y del resto del Estado pudieran disponer de mayor información y pudieran contrastarla, quizás hubiera sido necesario que el Gobierno español, como se hizo en el Reino Unido de manera previa al referéndum en Escocia, hubiera elaborado Informes, también de impecable

factura técnica, sobre las consecuencias de las hipótesis contempladas en el proceso político catalán, [...] solo el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación hizo público y distribuyó entre las embajadas de España un Informe sobre Cataluña y el Derecho internacional, en mayo de 2014». Quien haya leído un escrito tan breve como claro y combativo con los molinos de viento como el de J. Borrell y L. Llorach, *Las cuentas y los cuentos de la independencia* (Madrid, Catarata, 2015) se preguntará si no podía haber hecho algo igualmente riguroso, con distintos tono y estilo, el Ministerio de Hacienda. ¿Pensaba el Gobierno de la Nación que tenía enfrente solo algarabía digna de silencio solemne y campanudo?

El «derecho a decidir», invocado profusamente en Cataluña (sin que quepa descartar que, por repetida, esa voz tenga eco en otras partes de España), y el proceso que desencadena, pretenden anclarse en el Derecho internacional. Como señala Xavier Pons Rafols, «se vinculan argumentalmente, de una parte, al derecho de autodeterminación, es decir, al derecho inalienable de todos los pueblos a determinar libremente su futuro y condición política, económica y social; y, de otra parte, a un también inalienable principio de carácter democrático asociado a la expresión de la voluntad popular. Ambos aspectos han experimentado importantes desarrollos en el Derecho internacional contemporáneo por lo que —añade— creo imprescindible explorar su exacto alcance y la medida de su pertinencia en el actual contexto político catalán».

Y a esto se dedican los seis capítulos del libro. En el primero se estudia cómo eclosiona en la política catalana el famoso «derecho a decidir» (locución importada en territorio español por nacionalistas vascos y traducción, por cierto, del «*right to decide*», con clara raigambre y amplio desarrollo en el derecho a la inclusión social de las personas con discapacidad, aunque no hay prueba de que

estemos ante un caso de estraperlo intelectual), se explora la incidencia que tuvo en su germinación la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña, y se expone el desarrollo del «*procés*» tras las elecciones autonómicas de noviembre de 2012 y de la «consulta» de noviembre de 2014; por último, se acota el significado y efectos de ese dichoso derecho.

En el capítulo segundo se expone la posición del Tribunal Constitucional ante tal derecho mediante el estudio de sus pronunciamientos sucesivos, ya fueran con ocasión de Declaraciones «de soberanía y del derecho a decidir del pueblo de Cataluña», efectuadas por el Parlament, o de la aprobación de instrumentos que lo facilitan o encauzan, como la Ley de consultas populares no referendarias y otras formas de participación ciudadana.

Fijado este marco, el capítulo tercero analiza y acota el alcance del principio de libre determinación de los pueblos en el Derecho internacional y el de su desarrollo efectivo en el ámbito de las Naciones Unidas, exponiendo el proceso de aparición de los nuevos Estados independientes que propicia y la ineffectividad de las pretensiones secesionistas una vez ejercida la libre determinación, para terminar con el análisis de la vinculación entre dicho principio y el democrático, y con el examen de la dimensión interna de la libre determinación de los pueblos y los límites que tiene su ejercicio: la integridad territorial y la cláusula democrática sobre el gobierno representativo.

El capítulo cuarto se centra en el estudio del régimen en el Derecho internacional de la separación de una parte del territorio de un Estado. Para ello, en él se estudia el desarrollo y evolución de los procesos de separación y disolución de Estados en la Europa central y oriental, la integridad territorial de esos nuevos Estados y los límites a las secesiones recursivas; se analiza también

cómo se abordaron en algunos Estados democráticos las tensiones secesionistas, en concreto cómo se encauzó en Canadá la demanda secesionista de Quebec y en el Reino Unido la de Escocia. Termina este capítulo con el estudio del supuesto de Kosovo y del alcance de la Opinión Consultiva de la CIJ; en definitiva, con el análisis de la compatibilidad con el Derecho internacional de una declaración unilateral de independencia, la vía por la que parecen haber optado decididamente algunas organizaciones políticas en Cataluña.

El capítulo quinto examina la formulación y desarrollo de los derechos humanos, la democracia y el Estado de derecho en el Derecho internacional y en el Derecho español, y cómo interaccionan esos tres factores, dedicando una especial atención a las obligaciones en materia de derechos humanos, democracia y Estado de Derecho en el ámbito europeo, específicamente en el Consejo de Europa y en la Unión Europea.

En el capítulo sexto se aplican los anteriores desarrollos al caso catalán, es decir, se efectúa un pronunciamiento sobre el «derecho a decidir» la independencia de Cataluña y su legitimación internacional. Para ello se estudia el alcance de los criterios internacionales sobre procesos electorales y referendarios, las garantías democráticas reconocidas internacionalmente y se contrastan con las actuaciones de ejercicio del derecho a decidir en Cataluña. Finalmente, se enjuician las pretensiones secesionistas en ese territorio a la luz del Derecho y la práctica internacionales, y tras exponer los argumentos de base que pretenden sustentar un amparo internacional al derecho a decidir la independencia, se concluye en la inconsistencia con la legalidad internacional de una secesión de carácter unilateral en un contexto democrático, exponiendo igualmente los efectos del reconocimiento internacional de Estados y del principio de la no intervención en los asuntos internos de otros países.

La conclusión acerca de la ilegalidad de algunas de las vías que se postulan para encauzar las pretensiones secesionistas en Cataluña no lleva al autor del libro, sin embargo, a erigirla en un «muro infranqueable u obstáculo al desarrollo y al ejercicio de la voluntad democrática de una sociedad», de modo que «un Estado democrático no puede permanecer silente frente a la voluntad claramente expresada por una amplia mayoría de la población —ya sea del conjunto del Estado o de un territorio concreto— a través de procesos democráticos, como unas elecciones o un referéndum o consulta: debe darle una respuesta y una solución política». Pero el marco en que se desarrolla y el modo de encauzarla es uno y solo uno: «Desde la perspectiva de la legalidad internacional [...] la respuesta a los importantes cambios políticos, económicos y sociales que estamos presenciando a escala internacional, así como la respuesta a las elevadas expectativas políticas respecto del denominado derecho a decidir y del proceso soberanista que se han generado en Cataluña —tan legítimas y posibles como cualesquiera otras opciones políticas y democráticas—, deben basarse en el Estado de Derecho y en el imperio de la ley, la base sobre la que se construyen sociedades justas y equitativas».

Tras culminar esta obra, tras culminar esta aventura, mediado abril de 2015, cuando firma la Introducción, el Profesor Pons podría haberse retirado a descan-

sar un tiempo. Pero en ese tiempo, como prueba de que convencer es cosa distinta de convencerse, celebráronse en Cataluña elecciones autonómico-plebiscitarias, y vencieron-perdieron en ellas unas fuerzas políticas que entretanto proclamaron solemnemente en el Parlamento de Cataluña «el inicio del proceso de creación del Estado catalán independiente en forma de república; [...] el comienzo de un proceso constituyente ciudadano, participativo, abierto, integrador y activo para preparar las bases de la futura Constitución catalana», y reiteraron «que este Parlamento y el proceso de desconexión democrática no se supeditarán a las decisiones de las instituciones del Estado español, en particular del Tribunal Constitucional, al que considera deslegitimado y sin competencia desde la Sentencia de junio de 2010 sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña votado previamente por el pueblo en referéndum, entre otros».

Y en esas estamos. Como dijo el jurista Joseph Reinach con ocasión de un sonado *«affaire»*: «*Ce ne sont plus les faits contrôlés, les choses examinées avec soin qui forment la conviction; c'est la conviction souveraine, irrésistible, qui déforme les faits et les choses*». Vale.

Paz ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA  
Catedrática de Derecho internacional  
público

Universidad de Oviedo

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.68.1.2016.5.04>

YTURRIAGA BARBERÁN, J. A., *Los órganos del Estado para las relaciones exteriores. Compendio de Derecho Diplomático y Consular*, Madrid, Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, Colección Escuela Diplomática, 2015, 549 pp.

La última publicación del Embajador Yturriaga, cuyo origen se encuentra estrechamente relacionado con la participación del autor como profesor en el Máster propio en Derecho internacional y Relaciones internacionales de la Universidad Complutense de Madrid, se

distingue de otras obras sobre la misma temática que la han precedido en la doctrina española y extranjera por su carácter exhaustivo, pues, junto a los capítulos relativos al estudio de las misiones diplomáticas y consulares, incluye también otros dedicados al análisis de las funcio-

nes y el estatuto jurídico internacional de los órganos centrales del Estado para las relaciones exteriores, de las representaciones permanentes de los Estados ante las Organizaciones internacionales, de las misiones especiales y de la diplomacia de conferencia.

Con un enfoque esencialmente didáctico, orientado a servir de apoyo a la actividad docente y discente en cursos de cualquier nivel académico sobre Derecho internacional público o sobre Derecho diplomático y consular, esta monografía se beneficia de la dilatada experiencia del autor en el ejercicio de numerosos, variados e importantes puestos en el Servicio Exterior español, habiéndose desempeñado como embajador ante distintos Estados, como representante permanente ante Organizaciones internacionales, como delegado en Conferencias internacionales, como embajador en Misión Especial y como cónsul, lo que le permite redactar muchos de los párrafos en primera persona, constituyendo sus vivencias uno de los aspectos más interesantes y una de las aportaciones más relevantes del estudio, pues, al ir más allá de la mera descripción de las normas internas e internacionales aplicables a cada cuestión examinada, permite conocer la realidad de las relaciones exteriores no solo en el aspecto meramente teórico de su regulación formal, sino también desde el punto de vista de la realidad práctica, lo que, además de enriquecedor, resulta ameno y en ocasiones hasta divertido, gracias a las muchas anécdotas que oportunamente se van intercalando en el texto, si bien en otros casos las enseñanzas derivadas de la experiencia han resultado bastante amargas, destacando en este apartado los lamentables sucesos vividos con ocasión del asalto a la Embajada de España en Portugal en 1975.

Además de ese significativo bagaje, otros hitos no menos importantes en la carrera profesional del Embajador Yturriaga que han dejado también poso en esta obra son su puesto al frente de la

Asesoría Jurídica Internacional del Ministerio de Asuntos Exteriores y, en el ámbito académico, su actividad docente como profesor en las Facultades de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Complutense de Madrid —con la que sigue colaborando en la actualidad—, en la Escuela Diplomática y en la Academia de Derecho Internacional de La Haya, que le permite tener siempre presente el fin último de la misma como herramienta de trabajo para profesores y alumnos y le lleva a adoptar un estilo muy pedagógico y de fácil comprensión, que huye del tratamiento docto y erudito de los problemas sin renunciar por ello a la profundidad y el rigor en el análisis.

Por otra parte, al margen de la elevada calidad del resultado final, que es sin duda el aspecto más relevante de esta monografía, llama la atención tanto el intenso ritmo de trabajo del autor, como la gran productividad obtenida de la dedicación y el esfuerzo intelectual aplicados en su elaboración, cuestiones que no necesariamente van unidas. Prueba de ello es que el Embajador Yturriaga se propuso preparar el presente *Compendio* cuando terminaba el curso académico 2014-2015 y ha logrado concluirlo antes de que finalizara ese último año natural, a pesar de la ingente cantidad de referencias bibliográficas y jurisprudenciales, así como de materiales de la práctica internacional, que ha manejado para su redacción. Ello no impide, sin embargo, que cada capítulo se perciba por el lector como fruto de una sosegada reflexión.

En cuanto al contenido de la obra, tras un primer capítulo de carácter introductorio, en el que se expone el concepto y la evolución histórica de la diplomacia, su relación con la política exterior, los efectos que sobre la misma han tenido la globalización y la creciente importancia otorgada por la comunidad internacional al respeto de los derechos humanos y de los principios democráticos, así como los presupuestos necesarios para el establecimiento de las relaciones internacion-

les; los siguientes capítulos reproducen una misma estructura, que resulta clara y esclarecedora, por bien organizada. Así, el segundo de ellos se dedica al estudio de los jefes de Estado y/o de Gobierno y los ministros de Asuntos Exteriores, centrándose en la evolución del papel que desempeñan tan altas autoridades en las relaciones internacionales del Estado al que representan, así como en el análisis de las funciones que les corresponden en dicho ámbito y del alcance y contenido de los privilegios e inmunidades que les reconoce el Derecho internacional.

A continuación, en el capítulo tercero, sobre las misiones diplomáticas —que es el más extenso de la obra, junto con el siguiente, dedicado a las misiones consulares, como resulta comprensible, pues se trata de los sectores donde rige una regulación jurídica más antigua, detallada y ampliamente aceptada por los Estados y en los que la práctica resulta más abundante—, el autor describe el origen y la evolución histórica de las mismas; expone y comenta las reglas que rigen su establecimiento y el nombramiento y la acreditación de su jefe, así como la terminación de aquella y el cese de las funciones de sus miembros; analiza sus funciones; describe su estructura; enumera sus medios de acción, aportando información para identificarlos y distinguirlos entre sí, muy útil para los profanos; y estudia sus inmunidades y privilegios y los del personal que las integran, con especial referencia a algunos supuestos de la práctica bien conocidos en los que fueron gravemente violados.

Siguiendo un esquema similar, el cuarto capítulo repasa las profundas transformaciones que ha experimentado la institución consular a lo largo de su evolución histórica; el concepto de cónsul; el procedimiento y los requisitos para el inicio de las misiones consulares, con especial referencia a la figura del exequátur, y las causas y consecuencias de su terminación; las funciones de naturaleza política, administrativa, jurídica y asis-

tencial que desempeñan —centrándose en las principales, pues, en la práctica, la relación completa de las mismas supera las enumeradas por la Convención de Viena de 1963, tal y como la misma prevé— y cómo estas han ido variando para adaptarse a las necesidades de cada momento; sus clases, su estructura y organización y sus medios de acción; así como los privilegios e inmunidades que disfrutaban tanto la propia oficina consular como el personal consular que desempeña sus funciones en ella.

Por su parte, el capítulo quinto se dedica al estudio de las representaciones permanentes de los Estados ante las Organizaciones internacionales, cuya regulación trasciende la bilateralidad, en la medida en que las funciones de estas representaciones se ejercen y los privilegios e inmunidades se disfrutaban en el territorio del Estado sede de la organización, lo que da lugar a una especie de relación triangular. A ello se une el hecho de que estas representaciones no se rigen por ninguna Convención internacional de carácter general, pues la adoptada con tal fin en Viena en 1975 no ha entrado en vigor, de modo que los aspectos fundamentales de su funcionamiento se regulan por las normas establecidas al respecto en los tratados constitutivos de cada Organización internacional, en los convenios sobre privilegios e inmunidades de las mismas y en los acuerdos de sede, si las hubiere, así como por las reglas relativas a las misiones diplomáticas, añade el Embajador Yturriaga, que resulten aplicables en virtud del Derecho consuetudinario. En tal normativa, variada y particularista y en la práctica sobre la materia se basa el análisis del fin de la representación permanente, sus funciones, su estructura y medios de actuación y sus privilegios e inmunidades.

Para terminar, el autor dedica los dos últimos capítulos de la obra al examen de la denominada diplomacia *ad hoc*, y en especial a las misiones especiales y a la diplomacia de conferencia, a las que

se refieren los capítulos sexto y séptimo, respectivamente. En ambos casos se analizan, siguiendo la estructura conocida, que otorga homogeneidad a la obra en su conjunto, las reglas sobre el principio y fin de dichas representaciones, su estructura y los medios de acción con los que cuentan, sus funciones y sus privilegios e inmunidades, codificadas, por lo que se refiere a las primeras, en la Convención sobre la materia adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1969 y, en cuanto a la segunda, en la Convención de Viena de 1975 sobre representación de los Estados ante las Organizaciones internacionales universales, cuando se trate de Conferencias convocadas por dichas organizaciones o bajo sus auspicios.

Cierra la obra una extensa y útil bibliografía, organizada por temas, junto con un índice de materias y otro onomástico.

A modo de valoración final, este *Compendio* constituye un estudio extenso y en profundidad, concebido para destacar su aspecto didáctico, que va mucho más allá de la mera transcripción de las normas jurídicas aplicables a cada cuestión examinada, pues aporta elementos que sirven para contextualizarlas e indaga en su razón de ser, además de que ilustra acerca del modo en que son aplicadas en la práctica, acercando la diplomacia, entendida en sentido amplio, a cualquier lector interesado en las relaciones internacionales y, especialmente, a los profesores y alumnos que se dedican a su enseñanza y estudio, tanto en el marco de titulaciones oficiales, como en el de los cursos no reglados organizados al margen de las mismas.

Rubén CARNERERO CASTILLA  
Universidad Complutense de Madrid  
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.68.1.2016.5.05>



## REGLAS EDITORIALES

1. La publicación de trabajos y contribuciones en la *Revista* está abierta a todos los 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 trabajos. Para asegurarlos existe un proceso anónimo de evaluación científica por pares.

Todas las contribuciones deberán ser originales e inéditas. No se aceptarán trabajos ya publicados en otras revistas o en libros o en actas de congresos. Si un autor desea que un trabajo previamente publicado en la *Revista Española de Derecho Internacional* vuelva a serlo en otra revista española o extranjera o en algún libro colectivo deberá hacer constar en nota que el trabajo se publicó previamente en la *Revista Española de Derecho Internacional*, indicando el número, año y páginas.

2. **Estudios.** Los trabajos destinados a la sección de *Estudios* se enviarán en lengua castellana siguiendo las normas de estilo que se precisan en [http://revista-redi.es/biblioteca/items/14\\_A/Normas\\_de\\_publicaci\\_\\_n\\_en\\_REDI.pdf](http://revista-redi.es/biblioteca/items/14_A/Normas_de_publicaci__n_en_REDI.pdf).

Los interesados podrán remitir sus aportaciones por correo electrónico a la Secretaria de la *Revista*, Prof.<sup>a</sup> Dra. Marta Requejo ([marta.requejo@mpi.lu](mailto:marta.requejo@mpi.lu)) o a la Directora de la *Revista*, Prof.<sup>a</sup> Dra. Araceli Mangas ([amangas@der.ucm.es](mailto:amangas@der.ucm.es)). Se acusará recibo de todos los originales en el plazo de treinta días desde su recepción.

La Dirección decidirá la publicación de los trabajos sobre la base de dos informes de evaluación emitidos por sendos especialistas ajenos a la organización editorial de la *Revista* aplicándose el método doble ciego. Se valorarán la creatividad, rigor, metodología, propuestas y aportaciones de los trabajos. Se dará preferencia a los estudios que tengan en cuenta las líneas editoriales del Consejo de Redacción, que serán adoptadas y publicación con suficiente antelación para cada número.

El proceso interno de evaluación garantizará el anonimato. La publicación podrá quedar condicionada a la introducción de cambios con respecto

a la versión original. Igualmente se requerirá, en su caso, al autor para que realice las modificaciones formales necesarias de acuerdo con las reglas de estilo.

La comunicación de la decisión sobre la publicación, la publicación previa revisión o la no publicación, será motivada y no excederá de seis meses. Los autores de trabajos aceptados para publicación podrán ser requeridos para la corrección de pruebas de imprenta, que habrán de ser devueltas en el plazo de una semana. No se permitirá la introducción de cambios sustanciales en las pruebas, quedando estos limitados a la corrección de errores o datos puntuales con respecto a la versión aceptada.

## **Líneas editoriales 2016**

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

- Instrumentos jurídicos internacionales en la lucha contra el terrorismo.
- El Derecho internacional humanitario ante los desafíos que plantean los actores no estatales.
- Ciberseguridad y derechos humanos.
- Refugiados y Derecho internacional.
- La nueva generación de acuerdos internacionales sobre inversiones. El desafío del TTIP para el Derecho europeo e internacional.
- La aplicación del Derecho internacional del medioambiente. El cambio climático y el Derecho internacional tras el acuerdo de París.
- La diplomacia en la era de *Wikileaks*: transformaciones, riesgos, consecuencias.
- El nuevo tablero geopolítico en Oriente Medio: rivalidad Irán, Arabia Saudí, Turquía.
- Elecciones presidenciales en Estados Unidos y consecuencias para su política exterior.
- Implementación de la Agenda 2030 sobre desarrollo sostenible.

### ***DIPr***

- Estudios relativos a las novedades legislativas recientes o aspectos específicos de las mismas, tanto a nivel interno como de la UE o de otros foros, en particular:
  - Reglamento 1215/2012, sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución en materia civil y mercantil.
  - Reglamento 650/2012, sobre sucesiones.

- Reglamento 606/2013, sobre reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil.
- Reglamento 655/2014, sobre preservación de cuentas bancarias.
- Reglamento 2015/848 sobre procedimientos de insolvencia.
- Ley 15/2015, de jurisdicción voluntaria.
- Ley 29/2015, de cooperación jurídica internacional.
- Convenio de La Haya sobre cláusulas de elección de foro.

Responden a esta línea editorial los trabajos que realicen un seguimiento de la interpretación y aplicación de estos textos (jurisprudencia del TJUE, práctica nacional y comparada tanto judicial como de registros y notarial), así como de las relaciones entre ellos (por ejemplo, Reglamento 1215/2012 y Acuerdo TUP; Reglamento de insolvencia y Ley concursal y sus reformas) o con otra normativa (por ejemplo Reglamento 606/2013 y Directiva 2012/29/UE).

— Estudios relativos a áreas temáticas no específicas con trascendencia en las relaciones transfronterizas, en particular:

- Protección de consumidores.
- Protección de datos.
- Propiedad intelectual e industrial.
- Derecho de la competencia y acciones privadas.
- Derecho de las nuevas tecnologías.

**3. Foro.** Esta Sección, no fija, incluirá contribuciones en forma de debate entre dos o más autores de cualquiera de las áreas de interés de la *Revista*, sobre temas de actualidad identificados durante el semestre previo a la publicación del número de que se trate. En principio la participación en el foro será por invitación de la *Revista*; no obstante, la propuesta a la Dirección de un asunto actual, acompañada de posibles autores para la misma, será tomada en consideración.

Son coordinadores de la Sección:

— Derecho internacional público: Prof. Dr. Luis Hinojosa (*hinojosa@ugr.es*).

— Derecho internacional privado, Prof.<sup>a</sup> Dra. Blanca Vilà (*blancavila-costa@gmail.com*).

— Relaciones internacionales, Prof. Dr. José Luis de Castro (*jose Luis.decastro@ehu.eus*).

Los trabajos destinados a la sección de *Foro* se enviarán en lengua castellana siguiendo las normas de estilo que se precisan en la página web de la *Revista*.

**4. Práctica española en materia de Derecho internacional.** Esta Sección, no fija, incluirá la práctica nacional (decisiones judiciales, práctica administrativa o diplomática) más relevante en las tres áreas (Relacio-

nes internacionales, Derecho internacional público y Derecho internacional privado). Las normas de estilo se encuentran en la página web de la *Revista*.

Son coordinadores de la Sección:

— Derecho internacional público: Prof. Dr. José Manuel Sobrino ([j.sobrino@udc.es](mailto:j.sobrino@udc.es)).

— Derecho internacional privado, Prof. Dr. Federico Garau ([fgaraus@uib.es](mailto:fgaraus@uib.es)).

— Relaciones internacionales, Prof.<sup>a</sup> Dra. Irene Rodríguez ([irene.rodri-guez@usc.es](mailto:irene.rodri-guez@usc.es)).

**5. Bibliografía.** En principio, solo se publicarán las reseñas, reseñas o comentarios encargados por el coordinador respectivo. Las colaboraciones para esta sección tendrán un máximo de 6.000 caracteres y la presentación se hará a espacio y medio en papel formato DIN A4 (tipo de letra Times New Roman, tamaño 12) con notas entre paréntesis en el texto. No obstante, en casos excepcionales podrán aceptarse reseñas o reseñas hechas sin encargo previo, enviándolas al coordinador respectivo para que pueda tomar una decisión. Respecto de esta sección, los libros enviados a la *REDI* (a los coordinadores, a la secretaria o a la directora, con indicación de que van destinados a esta sección) se incluirán en todo caso en una lista de libros recibidos.

Son coordinadores de esta Sección:

— Derecho internacional público: Prof. Dr. Carlos Espósito ([carlos.esposito@uam.es](mailto:carlos.esposito@uam.es)).

— Derecho internacional privado: Prof. Dr. Federico Garau ([fgaraus@uib.es](mailto:fgaraus@uib.es)).

— Relaciones internacionales: Prof. Dr. José Luis de Castro ([jose Luis.decastro@ehu.eus](mailto:jose Luis.decastro@ehu.eus)).

Los trabajos destinados a la sección de *Práctica* se enviarán en lengua castellana siguiendo las normas de estilo que se precisan en la página web de la *Revista*.

**6.** Para garantizar la adecuada periodicidad semestral de la *Revista*, los originales de todas las secciones tendrán que estar en poder de la Dirección o de la Secretaría antes del 15 de diciembre y del 15 de abril de cada año, respectivamente.

**7.** Cualquier incumplimiento de las presentes normas constituirá motivo para el rechazo del original remitido.

**8. Información.** Cualquier otra información puede obtenerse en la dirección en Internet: <http://revista-redi.es/ES/10/menu-superior/inicio.html> o dirigiéndose

— a la Secretaria, Marta Requejo Isidro, Senior Research Fellow, Max Planck Institute, 4, rue Alphonse Weicker, L-2721 Luxembourg, correo-e: *marta.requejo@mpi.lu*

— o a la Directora de la *Revista*, Araceli Mangas Martín, Departamento de Derecho internacional público y privado, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 28040 Madrid, España, correo-e: *amangas@der.ucm.es*.



## EDITORIAL RULES

**1.** Both Spanish and foreign experts —the latter including in particular members of the Latin American Community and the European Union— are welcome to submit their papers and other contributions to the journal for publication. Eligibility criteria are the interest of the topic and the scientific quality of the work; an anonymous process of scientific peer review guarantees both.

All contributions must be original and not yet published, hence no paper already printed in another journal, book or conference reports will be accepted. A work already published in the *Revista Española de Derecho Internacional* will only be allowed replica in another periodical or book provided a note is included referring to the previous publication in the *Revista*, with the number, year and pages of release.

**2. Studies.** Works intended to be published as «Studies» shall be written in Spanish and adjust to the common style guidelines (to be found under [http://revista-redi.es/biblioteca/items/14\\_A/Normas\\_de\\_publicaci\\_n\\_en\\_REDI.pdf](http://revista-redi.es/biblioteca/items/14_A/Normas_de_publicaci_n_en_REDI.pdf)).

Contributions will be submitted by email to the senior managing editor of the *Journal*, Prof.<sup>a</sup> Dra. Marta Requejo ([marta.requejo@mpi.lu](mailto:marta.requejo@mpi.lu)) or to the editor-in-chief, Prof.<sup>a</sup> Dra. Araceli Mangas ([amangas@der.ucm.es](mailto:amangas@der.ucm.es)). Receipt of all originals will be acknowledged within thirty days.

The final decision on the publication of the originals submitted will be made on the basis of the evaluation reports issued by two scholars not belonging to the Editorial Board of the *REDI*; a double-blind method is applied. The evaluation will assess the originality, thoroughness, methodology, proposals and contributions of the paper to the state of the art in the area under exam. Preference will be given to studies taking into account the editorial lines defined by Editorial Board, adopted and made public in advance on the journal website.

The publication may be conditional on the amendment of the original version following the peer evaluation. If necessary the author may be required as well to introduce formal changes in order to meet the rules of style referred to above. The final decision on the acceptance or not of

the original, or on acceptance subject to modifications, will not exceed six months from receipt and will be motivated. Authors of the papers accepted for publication may be asked to correct the proofs; should this be the case the documents shall be returned within one week. The introduction of substantial changes at the stage is not allowed.

## **Editorial lines 2016**

### ***In the fields of Public International Law and International Relations***

- International legal instruments in the fight against terrorism.
- International humanitarian law in the face of the challenges posed by non-state actors.
- Cybersecurity and human rights.
- Refugees and international law.
- The new generation of international investment agreements. The challenge of TTIP for European and International law.
- The application of international environmental law. Climate change and international law after the Paris agreement.
- Diplomacy in the age of *Wikileaks*: changes, risks, consequences.
- The new geopolitical chessboard in the Middle East: the conflict among Iran, Saudi Arabia and Turkey.
- The US presidential election and its implications for foreign policy.
- The implementation of the Agenda 2030 on sustainable development.

### ***In the field of Private International Law***

— Studies on the recently enacted legal measures, be it at the internal, European or conventional level, in particular:

- Regulation 1215/2012.
- Regulation 650/2012.
- Regulation 606/2013.
- Regulation 655/2014.
- Regulation 2015/848.
- The Hague Convention on the choice of court agreements.
- Ley 15/2015, de jurisdicción voluntaria.
- Ley 29/2015, de cooperación jurídica internacional.

Studies tracking the interpretation and application of these texts (ECJ case law, national and foreign judicial or other authorities' practice), the relationships between them (for instance, Regulation 1215/2012 and the Unified Patent Court Agreement; the insolvency regulation 2015 and the Spanish insolvency act 2003 as amended), or with other pieces of legislation (for

example Regulation 606/2013 and Directive 2012/29/EU), fall under this editorial line.

— Studies touching upon issues of relevance for cross-border relations, in particular:

- Consumer Protection.
- Data Protection.
- Intellectual property.
- Competition law and private actions.
- Law of the new technologies.

**3. Forum.** The Forum section provides a platform for open discussion between scholars in an area within the scope of the Journal, on newsworthy topics identified in the six-month-period prior to the release of each issue. Contributions to the Forum will be made upon invitation; however, proposals to address a specific subject matter and the names of suitable writers to elaborate on it will be taken into consideration.

Coordinators:

- Public International Law: Prof. Dr. Luis Hinojosa (*hinojosa@ugr.es*).
- Private International Law: Prof.<sup>a</sup> Dra. Blanca Vilà (*blancavilacosta@gmail.com*).
- International Relations : Prof. Dr. José Luis de Castro (*jose Luis.decastro@ehu.eus*).

Contributions for this section shall be written in Spanish in the form of a short paper, and follow the rules of style published at the Journal's website (see above, under «Studies»).

**4. Spanish practice in International law.** This section includes significant national practice (judicial decisions, administrative or diplomatic practice), if any, within the six-month-period prior to the release of each issue of the *Journal*, concerning International Relations, Public International Law or Private International Law.

See above, under «Studies», for the rules of style.

Coordinators:

- Public International Law: Prof. Dr. José Manuel Sobrino (*j.sobrino@udc.es*).
- Private International Law, Prof. Dr. Federico Garau (*fgaraus@uib.es*).
- International Relations, Prof. Dra. Irene Rodriguez (*irene.rodriguez@usc.es*).

**5. Book reviews.** As a rule only book reviews or comments asked for by the coordinators of the section will be published. However, in exceptional cases book reviews made independently of any request may also be accepted. All books sent to the *REDI* (be it to the coordinators, the senior

managing editor or the editor-in-chief) with an indication that they are intended for this section will be included in a list of books received.

Coordinators:

— Public International Law: Prof. Dr. Carlos Esposito (*carlos.esposito@uam.es*).

— Private International Law: Prof. Dr. Federico Garau (*fgaraus@uib.es*).

— International Relations: Prof. Dr. José Luis de Castro (*jose Luis.decastro@ehu.eus*).

Book reviews shall be sent in Spanish and not exceed 6,000 characters. Further rules of style can be found at the *Journal* website (see above, under «Studies»).

**6.** To guarantee the biannual periodicity of the *Journal* all originals must be with the senior managing editor or the editor-in-chief no later than December 15 (for the first issue) and April 15 (second issue) of the ongoing year, no matter whether they have been sent to the coordinators of the sections or directly to the above-mentioned persons.

**7.** Any breach of these rules constitutes a ground for rejection of the original submitted.

**8. For further information** click here <http://revista-redi.es/ES/10/menu-superior/inicio.html> or address your query to

— the senior managing editor, Marta Requejo Isidro, Senior Research Fellow, Max Planck Institute, 4, rue Alphonse Weicker, L-2721 Luxembourg  
E-mail: *marta.requejo@mpi.lu*)

— the editor-in-chief, Araceli Mangas Martin (Department of Public and Private International Law, Faculty of Law, Universidad Complutense de Madrid, 28040 Madrid, Spain, email: *amangas@der.ucm.es*).

## RÈGLES ÉDITORIALES

1. La *Revista Española de Derecho Internacional* est ouverte aux auteurs espagnols et étrangers, y compris en particulier les membres de la communauté latino-américaine et de l'Union européenne. Seuls critères d'éligibilité, garantis par une évaluation anonyme collégiale, sont l'intérêt du sujet traité et la qualité scientifique des travaux.

Toutes les contributions à la *REDI* doivent être originales et non encore publiées; des articles déjà parus dans un autre journal, dans un livre ou dans des rapports de conférence seront rejetés. En outre, la publication d'un travail déjà paru dans la *REDI* dans un autre magazine ou livre est possible pour autant qu'une note soit y incluse renvoyant à la publication précédente dans la *REDI*, avec l'indication précise de l'année et des pages correspondantes.

2. **Études.** Les travaux soumis pour publication comme «études» seront rédigés en espagnol et suivront les règles de style communes à trouver sous [http://revista-redi.es/biblioteca/items/14\\_A/Normas\\_de\\_publicaci\\_\\_n\\_en\\_REDI.pdf](http://revista-redi.es/biblioteca/items/14_A/Normas_de_publicaci__n_en_REDI.pdf).

Les contributions seront envoyées par courriel au Secrétaire de rédaction, Prof.<sup>a</sup> Dra. Marta Requejo ([marta.requejo@mpi.lu](mailto:marta.requejo@mpi.lu)), ou au Directeur, le professeur Dra. Araceli Mangas ([mangas@der.ucm.es](mailto:mangas@der.ucm.es)). Un accusé de réception sera remis dans les trente jours.

La décision finale concernant la publication des originaux soumis sera faite sur la base des rapports d'évaluation émis par deux chercheurs ne faisant pas partie du Comité de Rédaction de la *REDI*; une méthode en «double aveugle» est appliquée. L'évaluation portera sur l'originalité, la rigueur, la méthodologie, les propositions et les contributions à l'état de l'art dans la matière. Les études dans le cadre des lignes éditoriales définies par le Comité de Rédaction, adoptées et publiées à l'avance sur le site du journal, auront priorité sur le reste.

La publication pourra être subordonnée à la modification de la version originale suite à l'évaluation ci-dessus mentionnée. Si nécessaire, l'auteur devra aussi introduire des changements formels afin d'adapter son travail aux règles de style communes.

La décision finale sur l'acceptation ou le refus d'un travail original, ou de l'acceptation sous réserve de modifications, ne dépassera pas les six mois à

compter de la réception et sera motivée. Les auteurs des articles acceptés pour publication peuvent être appelés à corriger les épreuves, qui devront être retournés dans la semaine en tout état de cause. L'introduction de modifications substantielles n'est plus possible à ce stade.

## **Lignes éditoriales 2016**

### ***Dans les domaines du droit international public et relations internationales***

- Les instruments juridiques internationaux dans la lutte contre le terrorisme.
- Le droit international humanitaire face aux défis posés par les acteurs non étatiques.
  - La *cybersécurité* et les droits de l'homme.
  - Réfugiés et droit international.
  - La nouvelle génération d'accords d'investissement internationaux. Le défi de TTIP pour le droit européen et international.
  - L'application du droit. Changement climatique de l'environnement et du droit international suite à l'accord de Paris.
  - Diplomatie à l'ère de Wikileaks: les changements, les risques, les conséquences.
  - Le nouvel échiquier géopolitique au Moyen-Orient: la rivalité Iran- Arabie Saoudite-Turquie.
  - L'élection présidentielle américaine et ses implications pour la politique étrangère.
  - La mise en œuvre de l'Agenda 2030 sur le développement durable.

### ***Dans le domaine du droit international privé***

— Des études sur des règles juridiques adoptées récemment, que ce soit au niveau interne, européenne ou conventionnel, en particulier:

- Le règlement 1215/2012.
- Le règlement 650/2012.
- Le règlement 606/2013.
- Le règlement 655/2014.
- Le règlement 2015/848.
- La Convention Élection de for 2005.
- Ley 15/2015, de jurisdicción voluntaria.
- Ley 29/2015, de Cooperación Internacional jurídica.

Des études sur l'interprétation et l'application de ces textes (jurisprudence de la CJUE, pratique judiciaire nationale et comparée), sur les relations entre eux (par exemple, le règlement 1215/2012 et de l'Accord de juridiction unifiée du brevet, le règlement sur l'insolvabilité 2015 et la Loi espagnole sur l'in-

solvabilité de 2003 telle que modifiée), ou avec d'autres textes (par exemple, le règlement 606/2013 et la directive 2012/29/UE), sont comprises dans cette ligne éditoriale.

— Des études touchant à des questions d'intérêt pour les relations transfrontalières, en particulier:

- La protection des consommateurs.
- La protection des données.
- La propriété intellectuelle.
- Le droit de la concurrence et demandes privés.
- Le droit des nouvelles technologies.

**3. Forum.** La section Forum offre une plateforme de discussion ouverte pour les chercheurs sur des sujets dignes d'intérêt identifiés dans les six mois précédant la sortie de chaque numéro. Les contributions au Forum seront faites sur invitation. Cependant, les propositions concernant un sujet spécifique et indiquant les auteurs estimés appropriés seront prises en considération.

Coordinateurs:

- Droit international public: Prof. Dr. Luis Hinojosa (*hinojosa@ugr.es*).
- Droit international privé: Prof.<sup>a</sup> Dra. Blanca Vilà (*blancavilacosta@gmail.com*).
- Relations internationales: Prof. Dr. José Luis de Castro (*jose Luis.decastro@ehu.eus*).

Les contributions pour cette section seront rédigées en espagnol et suivront les règles de style publiées sur le site web de la *Revue* (voir ci-dessus, sous la rubrique «études»).

**4. La pratique espagnole du droit international.** Cette section comprend la pratique (que ce soit des décisions judiciaires, administratives ou diplomatiques) nationale la plus significative sur les relations internationales, le droit international public ou le droit international privé et rapportée dans les six mois précédant la publication d'un numéro du Journal.

Pour les règles de style voir ci-dessus sous la rubrique «études».

Coordinateurs:

- Droit international public: Prof. Dr. José Manuel Sobrino (*j.sobrino@udc.es*).
- Droit international privé: Prof. Dr. Federico Garau (*fgaraus@uib.es*).
- Relations internationales: Prof.<sup>a</sup> Dra. Irene Rodriguez (*irene.rodriguez@usc.es*).

**5. Recensions.** En principe seulement les recensions ou les commentaires faits sur demande des coordinateurs de la section seront publiés. Toutefois, dans des cas exceptionnels les recensions produites indépendamment de toute requête pourront également être acceptées. Tous les livres envoyés à la *REDI* (que ce soit aux coordinateurs, au secrétaire de rédaction ou au direc-

teur) avec l'indication qu'ils sont destinés à cette section seront inclus dans la liste de «livres reçus».

Coordinateurs:

— Droit international public: Prof. Dr. Carlos Esposito (*carlos.esposito@uam.es*).

— Droit international privé: Prof. Dr. Federico Garau (*fgaraus@uib.es*).

— Relations internationales: Prof. Dr. José Luis de Castro (*joseluis.decastro@ehu.es*).

Les critiques des livres seront rédigées en espagnol et ne dépasseront pas les 6.000 caractères. Pour d'autres règles de style veuillez visiter le site web de la *REDI* (voir ci-dessus, sous la rubrique «études»).

**6.** Pour assurer la périodicité semestrielle de la *REDI* les originaux de toutes les sections doivent parvenir au secrétaire de rédaction ou au directeur le 15 Décembre (premier numéro) et 15 Avril (deuxième numéro) de l'année en cours au plus tard, que ce soit directement ou par l'intermédiaire des coordinateurs de chaque section.

**7.** Toute méconnaissance de ces règles constitue un motif de rejet du travail soumis pour publication.

**8.** Pour de plus amples informations veuillez cliquer ici <http://revista-redi.es/ES/10/menu-superior/inicio.html> ou adresser votre demande par mail à

— le secrétaire, Marta Requejo Isidro, Senior Research Fellow, Max Planck Institute, 4, rue Alphonse Wecker, L-2721 Luxembourg E-mail: *marta.requejo@mpi.lu*

— le directeur, Araceli Mangas Martin, Department of Public and Private International Law, Faculty of Law, Universidad Complutense de Madrid, 28040 Madrid, Spain, email: *amangas@der.ucm.es*.