





REVISTA ESPAÑOLA
DE
DERECHO INTERNACIONAL



REVISTA ESPAÑOLA
DE
DERECHO
INTERNACIONAL

VOLUMEN 67
2015, NÚM. 1
ENERO-JUNIO

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE PROFESORES DE DERECHO INTERNACIONAL
Y RELACIONES INTERNACIONALES

—
MARCIAL PONS

MADRID-2015

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

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: VIRO, SERVICIOS GRÁFICOS, S. L.

C/ Puerto de Guadarrama, 48

Polígono Industrial Las Nieves - 28935 Móstoles (Madrid)
MADRID, 2015

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO INTERNACIONAL

DIRECTORA

Alegría BORRÁS
Universidad de Barcelona

CONSEJO DE REDACCIÓN

Francisco ALDECOA LUZURRAGA
Universidad Complutense de Madrid

Jorge CARDONA LLORENS
Universidad de Valencia

Carlos ESPÓSITO MASSICCI
Universidad Autónoma de Madrid

Joaquim J. FORNER DELAYGUA
Universidad de Barcelona

LUIS M. HINOJOSA MARTÍNEZ
Universidad de Granada

Irene RODRÍGUEZ MANZANO
Universidad de Santiago de Compostela

José Manuel SOBRINO HEREDIA
Universidad de A Coruña

Elena ZABALO ESCUDERO
Universidad de Zaragoza

CONSEJO ASESOR

Paz ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA
Universidad de Oviedo

Celestino DEL ARENAL MOYÚA
Universidad Complutense de Madrid

Antonio A. CANÇADO TRINDADE
Universidad de Brasilia

José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS
Universidad Complutense de Madrid

José Antonio PASTOR RIDRUEJO
Universidad Complutense de Madrid

Elisa PÉREZ VERA
Universidad Nacional de Educación
a Distancia

Fausto POCAR
Universidad de Milán

Antonio REMIRO BROTONS
Universidad Autónoma de Madrid

Gil Carlos RODRÍGUEZ IGLESIAS
Universidad Complutense de Madrid

Linda SILBERMAN
New York University

Christian TOMUSCHAT
Humboldt Universität

Tullio R. TREVES
Universidad de Milán

SECRETARÍA DE LA REVISTA

Antonio PASTOR PALOMAR
Universidad Rey Juan Carlos de Madrid

Redactoras

Maria Álvarez Torné - Georgina Garriga Suau

Suscripciones

MARCIAL PONS
San Sotero, 6 - 28037 Madrid
Tel.: (91) 304 33 03 - Fax: (91) 327 23 67
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, no sólo por lo que se refiere a los miembros de la Asociación, sino también por la valiosa colaboración de otros especialistas extranjeros, especialmente iberoamericanos y europeos.

Es preciso destacar que, junto a los contenidos doctrinales, esta publicación consta de otras secciones que hacen referencia a la práctica, información y documentación, jurisprudencia y bibliografía españolas, las cuales tienen como objetivo transmitir a la comunidad científica internacional información sobre lo que sucede en España y en su entorno.

Véanse las instrucciones sobre presentación de originales en las páginas finales.

The origin of the Revista Española de Derecho Internacional (REDI) goes back to 1948. There have been over one hundred issues, each one published every semester.

The Spanish Association of Professors of International Law and International Relations owns the Revista and determines its general guidelines in terms of content and scientific quality. The multidisciplinary nature of the members of the Association explains why the Revista publishes works on subjects related to Public International Law, Private International Law and International Relations.

The Revista has a great scientific tradition, supported by the competence and academic and professional work of all those who have contributed to it over the last six decades, not only the members of the Association, but also the valuable collaboration of other foreign specialists, particularly from Latin America and Europe.

It is important to note that, together with the doctrinal contents, this publication has other sections, covering Practice, Information and Documentation, Spanish Jurisprudence and Bibliography, which aim to offer the international scientific community information on what is happening in Spain and its surroundings.

See instructions on the presentation of originals in the final pages.

L'origine de la *Revista Española de Derecho Internacional (REDI)* remonte à 1948. Son contenu actuel se trouve dans plus d'une centaine de numéros, chacun d'entre eux de périodicité semestrielle.

C'est l'Association Espagnole des Professeurs de Droit International et de Relations Internationales qui est titulaire de la *Revista* et détermine ses lignes générales quant au contenu et à la qualité scientifique. Le caractère multidisciplinaire des composantes de l'association justifie le fait que la *Revista* publie des travaux sur des thèmes relatifs au Droit international public, au Droit international privé et aux Relations internationales.

La *Revista* jouit d'une grande tradition scientifique grâce au prestige et au travail académique et professionnel de tous ceux qui y ont contribué au cours de ces six décennies, non seulement en ce qui concerne les membres de l'Association mais aussi les inestimables collaborations d'autres spécialistes étrangers, et tout spécialement ibéro-américains ou européens.

Il faut préciser que, conjointement aux contenus de doctrine de cette publication, celle-ci dispose d'autres sections, qui font référence à la pratique, à l'information et à la documentation, à la jurisprudence et à la bibliographie espagnoles, et qui ont comme objectif de transmettre à la communauté scientifique internationale de l'information sur ce qui se passe en Espagne et dans son entourage.

Voir instructions sur la présentation des originaux dans les pages finales.

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

SUMARIO/CONTENTS/SOMMAIRE

	Pág.
I. ESTUDIOS/STUDIES/ÉTUDES	
MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., <i>La ley de tratados y otros acuerdos internacionales: una nueva regulación para disciplinar una práctica internacional difícil de ignorar</i>	13
— The Law of Treaties and other International Agreements: A New Legal Framework to Discipline an International Practice Hard to Ignore	
— La Loi des traités et autres accords internationaux: une nouvelle régulation pour une pratique internationale difficile d'ignorer	
GÓMEZ ISA, F., <i>Los ataques armados con drones en Derecho internacional</i>	61
— Armed attacks with drones under International Law	
— Les attaques armées avec des drones en Droit international	
ESPALIÚ BERDUD, C., <i>El jus cogens, ¿salió del garaje?</i>	93
— <i>Jus cogens</i> , did it leave the garage?	
— <i>Le jus cogens</i> , est-il sorti du garage?	
JULIA BARCELÓ, M., <i>El factor tiempo en el proceso de planificación, creación y despliegue de las misiones de paz de la Unión Europea</i>	123
— The time factor in the planning, creation and deployment of European Union peacekeeping missions	
— Le facteur temps dans la planification, la création et le déploiement des missions de paix de l'Union Européenne	
II. NOTAS/NOTES	
CERVERA VALLTERRA, M., <i>Avances y mejoras del marco normativo para la asistencia y protección de los desplazados internos en África</i>	157

	Pág.
— Progress and improvement of the legal framework for the protection of internally displaced persons in Africa	
— Avances et améliorations du cadre réglementaire pour l'assistance et la protection des déplacés internes en Afrique	

III. JURISPRUDENCIA/CASE LAW/JURISPRUDENCE

A) <i>Jurisprudencia en materia de Derecho internacional público</i>	179
Jurisprudence in Matters of Public International Law	
Jurisprudence en matière de Droit international public	
B) <i>Jurisprudencia española y comunitaria de Derecho internacional privado</i>	231
Spanish and Community Jurisprudence of Private International Law	
Jurisprudence espagnole et communautaire de Droit international privé	

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

A) <i>Derecho internacional público</i>	289
Public International Law	
Droit international public	
1. <i>Las dificultades de la Corte Penal Internacional para el enjuiciamiento de Jefes de Estado y de Gobierno: los casos Al Bashir y Kenyatta</i> , por Gloria Fernández Arribas	289
2. <i>La responsabilidad financiera y la participación en el arbitraje de inversiones de la Unión Europea y sus Estados Miembros a la luz del Reglamento (UE) núm. 912/2014</i> , por Francisco Pascual Vives	294
3. <i>Los juicios argentinos sobre los crímenes del franquismo</i> , por Ángel Sánchez Legido	298
4. <i>Un nuevo cortocircuito legislativo en Naciones Unidas: la Resolución 2178 (2014) del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas relativa a los combatientes terroristas extranjeros</i> , por Asier Garrido Muñoz	303
5. <i>Las iniciativas europeas de reconocimiento de Palestina como Estado: ¿estímulo para la paz entre judíos y palestinos?</i> , por Eugenia López-Jacoiste	307
6. <i>¿Enterrando a Bankovic? La eficacia extraterritorial del Convenio Europeo a la luz de la Sentencia TEDH (Gran Sala) de 20 de noviembre de 2014 en el asunto Jaloud c. Países Bajos</i> , por Javier A. González Vega	312
7. <i>La Ley de la Acción y del Servicio Exterior del Estado. Un intento fallido</i> , por Juan Pablo de Laiglesia	317
8. <i>España en el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas durante el Bienio 2015-2016: retos y responsabilidades</i> , por Césareo Gutiérrez Espada	322
B) <i>Derecho internacional privado</i>	329
Private International Law	
Droit international privé	

	Pág.
1. <i>El Reglamento 655/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por el que se establece el procedimiento relativo a la orden europea de retención de cuentas a fin de simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil</i> , por Maria Font i Mas.....	329
2. <i>Responsabilidad financiera resultante de los arbitrajes de inversión constituidos sobre la base de los futuros acuerdos de inversión de la Unión Europea</i> , por Íñigo Iruretagoiena Aguirrezabalaga	335
3. <i>Las relaciones de la Unión Europea con los países de pequeña dimensión territorial. Especial referencia al Principado de Andorra</i> , por Ramon Viñas Farré	339
4. <i>La nueva Ley 14/2014 de Navegación Marítima desde la óptica del Derecho internacional privado</i> , por Unai Belintxon.....	340
5. <i>24.ª reunión del Grupo Europeo de Derecho internacional privado (Florenia, del 19 al 21 de septiembre de 2014)</i> , por Alegría Borrás y Francisco J. Garcimartín Alférez.....	344
6. <i>Celebración del 50.º aniversario de la Rivista di diritto internazionale privato e processuale (Milán, 23 de octubre de 2014)</i> , por Alegría Borrás.....	348
7. <i>Decisión de la High Court de Londres, Family Division, relativa a la atribución fraudulenta de competencia a los tribunales ingleses en ciento ochenta casos de divorcio</i> , por M.ª Ángeles Sánchez Jiménez	352

V. BIBLIOGRAFÍA/BIBLIOGRAPHY/BIBLIOGRAPHIE

A) <i>Recensiones</i>	357
Book reviews	
Recensions	
BARBÉ, E. (dir.), <i>La Unión Europea en las relaciones internacionales</i> , por Jaume Ferrer Lloret	357
ESTRADA ADÁN, G. E. y FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C. (coord.), <i>Manual de Derecho internacional de los derechos humanos</i> y FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C. (dir.), <i>Nuevos desarrollos en el Derecho internacional de los derechos humanos: los derechos de las víctimas</i> , por Fernando M. Mariño ...	359
GANDÍA SELLENS, M. A., <i>El arbitraje frente a los litigios internacionales en materia de propiedad intelectual: la arbitrabilidad y la adopción de medidas cautelares</i> , por Enrique Fernández Masía	361
MANGAS MARTÍN, A., <i>Humanización, Democracia y Estado de derecho en el Ordenamiento internacional</i> , por Paz Andrés Sáenz de Santamaría	364
PÉREZ GONZÁLEZ, M. (dir.), CONDE PÉREZ, E. (coord.), <i>Lucha contra el terrorismo, Derecho internacional humanitario y Derecho penal internacional</i> , por J. A. Pastor Ridruejo.....	367
B) <i>Libros recibidos</i>	368
Books received	
Livres reçus	



LA LEY DE TRATADOS Y OTROS ACUERDOS INTERNACIONALES: UNA NUEVA REGULACIÓN PARA DISCIPLINAR UNA PRÁCTICA INTERNACIONAL DIFÍCIL DE IGNORAR*

José MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES

Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad de Salamanca
Actualmente, Jefe de la Asesoría Jurídica Internacional
del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: LA NECESIDAD DE UNA LEY ADAPTADA AL NUEVO CONTEXTO INTERNO E INTERNACIONAL.—2. EL PROCESO DE ELABORACIÓN: EL LARGO CAMINO RECORRIDO DESDE EL DECRETO 801/1972 HASTA LA LEY 25/2014.—3. OBJETO DE LA LEY: UNA TIPOLOGÍA TRIPARTITA DE ACUERDOS INTERNACIONALES QUE INCLUYE LA ACTUACIÓN DE LAS CCAA.—3.1. La tipología tripartita de acuerdos internacionales.—3.2. Inclusión de disposiciones sobre CCAA.—4. ESTRUCTURA DE LA LEY: UNA ARTICULACIÓN ADAPTADA A SU ALCANCE MATERIAL.—5. LOS TRATADOS INTERNACIONALES: UN INSTRUMENTO JURÍDICO BIEN ASENTADO EN LA PRÁCTICA Y POCO NECESITADO DE (GRANDES) CAMBIOS.—5.1. Los tratados como elemento central de la ley.—5.2. Denominación del Estado como *Reino de España*.—5.3. La aplicación provisional de los tratados.—5.4. Rango jerárquico y eficacia directa de los tratados.—5.5. La diferenciación entre tratados de enmienda y enmiendas simplificadas.—6. LOS ACUERDOS INTERNACIONALES ADMINISTRATIVOS: UN INSTRUMENTO JURÍDICO DE IMPORTANCIA CRECIENTE.—6.1. Inclusión en la ley de otro tipo de acuerdos internacionales asentados en la práctica española.—6.2. Alcance material del concepto de acuerdo internacional administrativo.—6.3. Tramitación simplificada de los acuerdos internacionales administrativos.—6.4. Otros problemas derivados de la incierta naturaleza jurídica de los acuerdos internacionales administrativos.—7. LOS ACUERDOS INTERNACIONALES NO NORMATIVOS: UN TIPO DE ACUERDO INTERNACIONAL EN BOGA (EXCESIVA).—7.1. Controvertida inclusión en la ley y problemática sobre su deno-

* Este trabajo se inserta dentro de un proyecto de investigación financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad del que el autor es su investigador principal (DER 2012-36703). Las opiniones vertidas en este estudio corresponden a título personal al firmante y en modo alguno comprometen al Ministerio para el que actualmente trabaja.

minación.—7.2. La ausencia de obligaciones jurídicamente exigibles como señal de identidad de este tipo de acuerdos.—8. EL PAPEL DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN LA CELEBRACIÓN DE ACUERDOS INTERNACIONALES: LA BÚSQUEDA DE UN DIFÍCIL EQUILIBRIO ENTRE LA LABOR DE COORDINACIÓN DEL ESTADO Y EL RESPETO DE LAS COMPETENCIAS AUTONÓMICAS.—9. LOS ACUERDOS INTERNACIONALES CELEBRADOS POR LA UNIÓN EUROPEA: LA NECESIDAD DE MANTENER CIERTA FLEXIBILIDAD.—10. EL PAPEL DE LA ASESORÍA JURÍDICA INTERNACIONAL DEL MAEC EN EL PROCESO DE CELEBRACIÓN DE ACUERDOS INTERNACIONALES: UNA ACTIVIDAD DE CONTROL JURÍDICO *EX ANTE*.—11. CONSIDERACIONES FINALES: UNA LEY NECESARIA Y RAZONABLE.

1. INTRODUCCIÓN: LA NECESIDAD DE UNA LEY ADAPTADA AL NUEVO CONTEXTO INTERNO E INTERNACIONAL

El 18 de diciembre de 2014 entró en vigor la Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales (en adelante, LTOAI)¹. Se alcanzaba, con ello, el objetivo de sustituir el Decreto 801/1972, que hasta ese momento había sido la regulación interna en la materia². Con independencia de la indudable calidad técnica del Decreto preconstitucional y la utilidad del mismo durante las más de sus cuatro décadas de vigencia, no parece preciso explayarse en exceso en la conveniencia de adoptar una nueva regulación adaptada a las exigencias del contexto actual. Sí conviene, empero, tener en cuenta algunos de los principales rasgos característicos del citado contexto (interno y externo), porque sin duda han incidido de forma directa en la necesidad de adoptar una ley de esta índole y también en su contenido.

a) Desde la *perspectiva interna*, la adopción de la Constitución de 1978 trajo consigo cambios muy sustanciales. Por lo que respecta al Estado, supuso, obviamente, que las disposiciones del Decreto de 1972 que resultaban incompatibles con aquella se entendieran derogadas³; y ese vacío fue rellenándose a través de otras leyes que tenían incidencia puntual en materia de tratados⁴,

¹ Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, *BOE* núm. 288, de 28 de noviembre de 2014.

² Decreto 801/1972, de 24 de marzo, relativo a la ordenación de la actividad de la Administración del Estado en materia de tratados internacionales, *BOE* núm. 85, de 25 de junio de 1972.

³ Era, al menos, el caso de sus títulos V y VI, relativos a la ratificación y la adhesión.

⁴ Son, por ejemplo, la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, cuyo art. 5.1 atribuye al Consejo de Ministros en sus apartados *d)* y *e)* la competencia de acordar la negociación, firma y aplicación provisional de los tratados internacionales, así como remitir los tratados a las Cortes Generales en los términos previstos en los arts. 94 y 96.2 de la Constitución (*BOE* núm. 285, de 28 de noviembre de 1997); la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, cuyo art. 22.1 establece la competencia de la Comisión Permanente del Consejo de Estado en materia de consulta en todos los tratados o convenios internacionales a propósito de la necesidad o no de autorización de las Cortes Generales con carácter previo a la prestación del consentimiento (*BOE* núm. 100, de 25 de abril de 1980); Reglamento del Congreso de los Diputados, de 19 de febrero de 1982, que en sus arts. 154 a 160 regula todo lo relativo a la participación de esta Cámara en materia de tratados internacionales (*BOE* núm. 55, de 5 de marzo de 1982); Reglamento del Senado, de 3 de mayo de 1994, que en sus arts. 144 a 147 establece la regulación sobre tratados y convenios internacionales (*BOE* núm. 114, de 13 de mayo de 1994); Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional que en su art. 78 regula el control previo de constitucionalidad de los tratados internacionales y en

diversas circulares y órdenes ministeriales⁵, así como de la labor interpretadora ejercida por el Tribunal Constitucional (TC), el Consejo de Estado y los propios jueces ordinarios. Existían, con todo, aspectos que reclamaban una regulación *ad hoc* para su adaptación a las previsiones de la Constitución sobre la actividad exterior del Estado en materia de tratados internacionales establecidas en los arts. 56, 63.2 y 93 a 96. Igualmente, el Decreto mostraba lagunas evidentes, por ejemplo, en materias como la aplicación provisional, las enmiendas simplificadas de los tratados que se consienten por el silencio o la no objeción e incluso el control por jueces y tribunales sobre los tratados celebrados por España⁶. Y, por lo que respecta a las Comunidades Autónomas (CCAA), parecía también bastante razonable adaptar el ejercicio de las competencias de acción exterior de que disponen por mor de sus respectivos Estatutos de Autonomía a la interpretación que el Tribunal Constitucional ha realizado de la competencia exclusiva del Estado derivada de los arts. 97 y 149.1.3 de la Constitución. Por lo demás, desde una perspectiva de pura técnica legislativa, era más que recomendable que el rango de la norma reguladora fuera de ley⁷.

b) En relación con la *dimensión internacional*, la sociedad internacional y, con ella, el actual Derecho internacional contemporáneo (o postcontemporáneo, si se prefiere) están experimentando profundas transformaciones que, al margen de afectar al propio fundamento del Derecho internacional⁸, hacen que el contexto internacional sea también notablemente diferente al

el art. 27.1.c) la declaración de inconstitucionalidad de los tratados internacionales (BOE núm. 239, de 3 de octubre de 1979).

⁵ En este sentido, destacan la Orden Circular núm. 3.173, de la Secretaría General Técnica, de 14 de marzo de 1992, que reproduce la Orden comunicada por el Sr. ministro, de 17 de febrero de 1992, por la que se establecen normas para la tramitación de tratados internacionales por parte de los órganos de este departamento; Instrucción de Servicio núm. 74, de la Secretaría General Técnica, de 29 de julio de 2009, sobre el procedimiento de petición de plenipotencias; Instrucción de Servicio núm. 75, de la Secretaría General Técnica, de 28 de julio de 2009, sobre firma *ad referendum* y aplicación provisional de los tratados internacionales; Instrucción de servicio núm. 97, de la Secretaría General Técnica, de 3 de noviembre de 2009, sobre tramitación de expedientes para Consejo de Ministros, en aplicación de la Orden Circular núm. 3173, de 14 de marzo de 1992, sobre tramitación de tratados internacionales; Orden Circular núm. 2.882, de la Secretaría General Técnica, de 28 de noviembre de 1977, sobre utilización de la lengua española en los tratados que se celebren o suscriban por España; Orden Circular núm. 3.049, de la Secretaría General Técnica, de 8 de octubre de 1984, sobre denominación del Estado español en los tratados internacionales.

⁶ Véase, por todos, DIEZ HOCHLEITNER, J., «Antecedentes y líneas generales de una eventual ley de tratados», en VVAA, *La celebración de tratados internacionales por España: problemas actuales*, Madrid, Biblioteca Diplomática Española, 1990, pp. 185-201, en pp. 186-188.

⁷ Así lo había reclamado expresamente el Consejo de Estado en diversos dictámenes. En realidad, ya lo hizo de modo baldío cuando se preparaba el Decreto 801/1972; Dictámenes núms. 37.248 y 37.068, de 19 de noviembre de 1971. Y, después, volvió a reiterarlo con renovado ímpetu, una vez en vigor la Constitución, al hilo del Anteproyecto de Ley de Tratados de 1985; Dictamen núm. 47.392, de 21 de febrero de 1985. Ello se deriva claramente de la reserva de ley prevista en el art. 63.2 de la Constitución en relación con la manifestación del consentimiento del Estado para obligarse internacionalmente por medio de tratados, de conformidad con la Constitución y las leyes. Pero también lo hace porque la materia afecta a relaciones entre órganos constitucionales y entre los ordenamientos interno e internacional.

⁸ CARRILLO SALCEDO, J. A., «El fundamento del Derecho internacional: algunas reflexiones sobre un problema clásico», *REDI*, 1998, vol. L, pp. 13-32. ESPÓSITO MASSICCI, C., «Soberanía e igualdad en

que existía cuando se elaboró el Decreto 801/1972. No en vano, en los últimos tiempos han aflorado al menos cuatro fenómenos de nuevo cuño que afectan de manera sustancial al Derecho internacional, a saber, la globalización⁹, la fragmentación¹⁰, el desplazamiento del modelo basado en la institucionalización de la sociedad internacional por otro modelo nuevo sustentado en elementos informales¹¹ y el progresivo abandono de exigencias elementales de legalidad internacional a favor de criterios de mera legitimidad y efectividad¹². Así las cosas, el sistema de fuentes del Derecho internacional en general y los tratados internacionales en particular no se escapan a este nuevo escenario¹³, constatándose relevantes novedades que afectan tanto a los sujetos creadores de las normas, como también al modo de creación y tipología¹⁴. Ahora bien, pese a todas las mutaciones que está experimentando el ordenamiento internacional, la voluntad de asumir (y cumplir) compromisos entre los sujetos de Derecho internacional sigue siendo pilar fundamental de la

el "Derecho Internacional", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2010, vol. 13, pp. 291-310.

⁹ Véase, por ejemplo, REMIRO BROTONS, A., «En torno a la globalización y la crisis mundial», en HINOJO ROJAS, M. (coord.), *Derecho internacional y Derecho de la Unión Europea - Liber Amicorum Profesor Peláez Marón*, Córdoba, Universidad de Córdoba, 2012, pp. 699-716; CEBADA ROMERO, A., «El Derecho internacional global: una retórica útil para una transformación necesaria», *REDI*, 2013, vol. LXV, pp. 15-42, en opinión de ORTEGA CARCELÉN, M., desde 1990 «se han observado nuevos consensos políticos básicos que posibilitan la expansión de un nuevo Derecho Global» y que incluso «justifican una reflexión con respecto al nombre de la disciplina», *Derecho Global*, Madrid, APRYO, 2012, p. 25.

¹⁰ Entre nosotros fue Oriol CASANOVAS el primero que, con gran visión, se encargó de estudiar esta cuestión antes de la eclosión bibliográfica conocida en las dos décadas pasadas; «Unidad y pluralismo en Derecho internacional Público», en CARDONA LORENS, J. (coord.), *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho internacional*, Valencia, 1999, pp. 35-268 (también disponible en inglés). A la vista de la relevancia que ha alcanzado la cuestión de la fragmentación, no es de extrañar que, con razón, la doctrina se interroge a propósito de la unidad sistémica del Derecho internacional; ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., «El principio de integración sistémica y la unidad del Derecho internacional», en RODRIGO HERNÁNDEZ, A. J. y GARCÍA I SEGURA, C. (coords.), *Unidad y pluralismo en el Derecho internacional Público y en la comunidad internacional*, Madrid, Tecnos, 2011, pp. 356-374; AZNAR GÓMEZ, M. J., «En torno a la unidad sistémica del Derecho internacional», *REDI*, 2007, vol. LIX, pp. 563-594. Véase, igualmente, MARTÍN RODRÍGUEZ, P. J., «Sistema, fragmentación y contencioso internacional», *REDI*, 2008, vol. LX, pp. 457-489.

¹¹ Véase ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., «Las dinámicas del Derecho internacional en el siglo XXI: acordes y desacordes», en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (coord.), *Estados y organizaciones internacionales ante las nuevas crisis globales*, Madrid, Iustel-AEPDIRI, 2010, pp. 81-101, en particular pp. 87-89 («La creación de las normas internacionales: la tendencia a la informalidad»). Cfr. esta visión con ARENAL MOYUA, C. DEL, «La creciente interdependencia como factor de institucionalización de la sociedad internacional», en TORRES BERNÁNDEZ, S. (coord.), *El Derecho internacional en el mundo multipolar del siglo XXI: obra homenaje al profesor Luis Ignacio Sánchez Rodríguez*, Madrid, Iprolex, 2013, pp. 889-912.

¹² Un tratamiento más amplio de esta cuestión lo hemos hecho en nuestra contribución «El Derecho internacional público ante los interrogantes de una sociedad internacional en cambio permanente: ¿Hacia una cierta relativización de su carácter jurídico, internacional y público?», en *id.* (coord.), *Estados y organizaciones internacionales ante las nuevas crisis globales*, Madrid, Iustel-AEPDIRI, 2010, pp. 29-56.

¹³ DO AMARAL JÚNIOR, A., «El diálogo de las fuentes: fragmentación y coherencia en el Derecho internacional contemporáneo», *REDI*, 2010, vol. LXII, pp. 61-88.

¹⁴ SOBRINO-HEREDIA, J. M. y ABAD-CASTELOS, M., «Reflexiones sobre la formación del Derecho internacional en un escenario mudable», *Anuario Español de Derecho internacional*, 2001, vol. XVII, pp. 195-238, en particular pp. 214-218.

práctica internacional, aunque se haya ampliado el espectro de instrumentos para articular la manifestación de voluntades concordantes de las que puedan deducirse obligaciones o compromisos. Sin duda, el tratado mantiene un protagonismo indudable y el marco jurídico básico en la materia siguen siendo las Convenciones de Viena de Derecho de los Tratados de 1969 y 1986¹⁵. Pero, en este nuevo contexto internacional, el llamado (con cierta indeterminación) *soft law* está experimentando desde hace ya algún tiempo un desarrollo muy notable¹⁶. Con el elemento añadido de que, en un Estado territorialmente descentralizado como España, también los órganos y organismos de los entes subestatales pueden celebrar este tipo de acuerdos internacionales diferentes a los tratados. Incluso de manera muy prolífica. A mayor abundamiento, sin saliros de este nuevo contexto internacional, se ha asentado (y multiplicado) el papel de las organizaciones internacionales en materia de tratados, sea indirectamente como foro para la preparación de tratados entre Estados o sea directamente a través de un *treaty making power* propio¹⁷. En este sentido, la Unión Europea puede considerarse su máximo exponente. En suma, mucho ha cambiado el mundo de los acuerdos internacionales desde 1972.

Por tanto, como menciona la propia ley que fundamenta el objeto de este estudio, resultaba del «todo punto necesario reemplazar el Decreto por una nueva regulación que, de forma sistemática y actualizada, regule la actividad del Estado en materia de tratados y otros acuerdos internacionales»¹⁸. Así, una vez considerado *grosso modo* el contexto de la elaboración de la LTOAI,

¹⁵ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969, en vigor de forma general y para España desde el 27 de enero de 1980 (BOE núm. 142, de 13 de junio de 1980), teniendo en la actualidad 114 Estados parte (incluida Palestina desde abril de 2014); Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales, de 21 de marzo de 1986, aún no en vigor; a la que España ya ha prestado el consentimiento por adhesión el 24 de julio de 1990. Al respecto, puede verse, con carácter general, DÖRR, O. y SCHMALENBACH, K. (eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties – A Commentary*, Berlín-Heidelberg, Springer, 2012; VILLIGER, M. E., «The 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties: 40 years after», *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 2009, vol. 344, pp. 9-192.

¹⁶ A principios de la década de los noventa del siglo pasado, el profesor Remiro Brotons consideraba que «aumentaban el número y la frecuencia de los acuerdos entre sujetos de Derecho internacional que determinan, a lo sumo, el nacimiento de obligaciones no jurídicas entre las partes» por motivos tan diversos como «salvaguardar el secreto sin incurrir en denuncia de inconstitucionalidad; mantener formalmente el respeto de tratados, en su caso con terceros, más o menos violentados; conservar en todo momento la libertad de acción» u otros. De hecho, este mismo autor consideraba, con palabras perfectamente asumibles en la actualidad, que «[e]n última instancia, y hablando en términos generales, la observancia efectiva de un acuerdo no depende decisivamente de que las obligaciones que incorpora se consideren jurídicas (*tratado*) o no (*gentlemen's agreement*), sino de su acierto para traducir continuamente intereses comunes, complementarios o recíprocos de las partes. Si la observancia voluntaria de una obligación no jurídica es seguida por un eficaz mecanismo de control que revise, pregunte o pida explicaciones periódicas, su efectividad tenderá a ser mayor que la de una obligación establecida por un tratado carente de tales mecanismos»; REMIRO BROTONS, A., *Derecho internacional público - 2. Derecho de los Tratados*, Madrid, Tecnos, 1990, p. 32. Sobre esta cuestión puede verse el valioso trabajo de MAZUELOS BELLIDO, A., «Soft law: ¿mucho ruido y pocas nueces?», *REEI*, 2004, vol. 8, pp. 1-40 (www.reei.org).

¹⁷ Véase, entre otras, las relevantes obras DÍEZ DE VELASCO, M., *Organizaciones Internacionales*, 16.ª ed., Madrid, Tecnos, 2010; ÁLVAREZ, J. E., *International Organizations as Law-makers*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

¹⁸ Así se expresa la Exposición de motivos de la Ley, apartado I, *in fine*.

en las siguientes páginas trataremos de ofrecer un primer análisis de los aspectos fundamentales de esta ley, empezando por su largo proceso de elaboración (2). A partir de ahí, una vez descritos su objeto (3) y estructura (4), se aportarán algunas reflexiones a propósito de cada una de las tres categorías de acuerdos previstos en la ley, a saber, los tratados internacionales (5), los acuerdos internacionales administrativos (6) y los acuerdos internacionales no normativos (7). Finalmente, una vez reseñado el papel de las CCAA (8) y la UE (9), aportaremos también unas leves pinceladas sobre el papel que la ley deja a la Asesoría Jurídica Internacional del MAEC en esta materia (10), antes de concluir con unas sucintas consideraciones finales de carácter valorativo (11).

2. EL PROCESO DE ELABORACIÓN: EL LARGO CAMINO RECORRIDO DESDE EL DECRETO 801/1972 HASTA LA LEY 25/2014

Con la aprobación de la LTOAI concluyó un largo camino, abierto con la aprobación de la Constitución de 1978, que había tenido como principales hitos los intentos fallidos de 1979, 1985, 1989, 1999 y 2011¹⁹. En realidad, todos los gobiernos de la democracia tuvieron la intención de aprobar una Ley de Tratados, a la vez que la doctrina más solvente había defendido al unísono la conveniencia de la misma²⁰ y hablaba de «una necesidad largamente sentida»²¹, así como de la «existencia de razones sobradas para asumir el reto de la elaboración de una Ley de Tratados»²² o de «un objeto de deseo tantas veces aplazado»²³.

¹⁹ En 1979, bajo la dirección del ministro Marcelino Oreja, se realizaron en el seno del Ministerio de Asuntos Exteriores trabajos serios para elaborar un Anteproyecto de Ley, primero, y un Real Decreto, después, que adaptase el Decreto de 1972 a las exigencias de la Constitución. Sin embargo, nunca llegó a ser aprobado por el Consejo de Ministros. Pero, sin duda, el intento de 1985 fue el que más lejos llegó de cuantos se han acometido desde la entrada en vigor de la Constitución. De hecho, se aprobó como Anteproyecto de Ley y fue enviado al Consejo de Estado para la emisión del correspondiente dictamen, Dictamen 47.392, *op. cit.* Su contenido, limitado a los tratados internacionales, tenía factura técnica impecable y en los trabajos preparatorios habían participado activamente profesores de prestigio como Antonio Remiro Brotons y Gregorio Garzón Clariana. Sin embargo, nunca se convirtió en proyecto. Su texto se encuentra publicado en VVAA, *op. cit.*, nota 6 (*La celebración de...*), pp. 353-363. Posteriormente, en 1989, se recuperó el proyecto de 1985 y se volvió a encargar al profesor Remiro Brotons un nuevo borrador que, por unos motivos u otros, no logró salir del Ministerio de Relaciones con las Cortes. Igual suerte corrieron diversos intentos posteriores, al menos en 1999 y 2011, que no sobrepasaron los confines de la preparación interna en el seno del MAEC.

²⁰ Para Antonio Remiro Brotons, era «conveniente adecuar su contenido [Decreto 801/1972] al nuevo bloque de la constitucionalidad, confiriéndole rango legal a una regulación que sólo por consideraciones de oportunidad y urgencia, ahora inoperantes, había carecido de él»; REMIRO BROTONS, A., RIQUELME, R., DIEZ-HOCHLEITNER, J., ORIHUELA, E. y PÉREZ-PRAT, L., *Derecho internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, p. 317.

²¹ Cfr., por ejemplo, PASTOR RIDRUEJO, J. A., «La necesidad de una ley de tratados y otros acuerdos internacionales», en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (coord.), *España y la práctica del Derecho internacional - LXXV Aniversario de la Asesoría Jurídica Internacional*, Madrid, MAEC, 2014, pp. 55-60, en p. 55.

²² DIEZ-HOCHLEITNER, J., *loc. cit.*, nota 6 («Antecedentes...»), p. 187.

²³ ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., «Formación y aplicación de los tratados internacionales en España: algunas cuestiones», en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (coord.), *op. cit.*, nota 21 (*España y la práctica...*), pp. 61-75, en p. 75.

En esta ocasión, el proceso que ha permitido la elaboración de la LTOAI se abrió en el plano interno con unos trabajos previos en el seno del MAEC, que sirvieron de base para elaborar un primer borrador de Anteproyecto de Ley, que lógicamente fue sometido a consideración (y modificación) del resto de Ministerios²⁴ y recibió el Informe del Consejo de Ministros sobre el Anteproyecto de Ley el 19 de julio de 2013. El Ministro de Asuntos Exteriores y de Cooperación remitió ese mismo día el Anteproyecto de Ley al Consejo de Estado²⁵, emitiendo éste su dictamen por unanimidad del Pleno el 3 de octubre de 2013²⁶. Sobre esa base, se incorporaron al texto algunas modificaciones en el sentido sugerido por el Consejo de Estado²⁷, de forma que el Consejo de Ministros lo convirtió en Proyecto de Ley en su reunión de 25 de octubre de 2013. Éste entró de inmediato en la Secretaría del Congreso de los Diputados y la Mesa de la Cámara, en su reunión de 29 de octubre, acordó encomendar su aprobación con competencia legislativa plena a la Comisión de Asuntos Exteriores²⁸. Durante la tramitación parlamentaria²⁹, en el Congreso de los Diputados se presentaron dos enmiendas a la totalidad³⁰, que fueron rechazadas por el Pleno del 12 de diciembre de 2013³¹. En dicho Pleno intervino el Ministro

²⁴ Concretamente, la Asesoría Jurídica Internacional del MAEC preparó un primer borrador (12 de diciembre de 2012), que, tras un estudio conjunto con la Secretaría General Técnica y el asesoramiento externo de algunos destacados catedráticos de la disciplina iusinternacionalista, fue elevado al Sr. Subsecretario (13 de marzo de 2013) para su consideración como primer borrador de Anteproyecto de Ley. A partir de ahí, el texto fue sometido durante varios meses a las (nutridas) observaciones del resto de Ministerios, buena parte de las cuales fueron consideradas e introducidas en el texto del borrador.

²⁵ El expediente remitido al Consejo de Estado incluía, además de la versión definitiva del anteproyecto, una extensa *Memoria del análisis de impacto normativo del anteproyecto de ley de tratados y otros acuerdos internacionales*, así como las versiones previas elaboradas a lo largo del proceso interno de preparación. A través de ellas pueden observarse las variaciones que el borrador inicialmente surgido en el MAEC fue experimentando hasta la redacción final de 19 de julio de 2013.

²⁶ Dictamen del Consejo de Estado 808/2013, de 3 de octubre.

²⁷ Entre ellas se incluyen modificaciones en las definiciones, en la denominación del Estado o en la formulación de buen número de preceptos del Anteproyecto.

²⁸ *Diario Oficial de las Cortes Generales - Congreso de los Diputados*, de 5 de noviembre de 2013, Serie A, núm. 72-1, pp. 1-17.

²⁹ Este periodo de enmiendas fue inicialmente fijado en quince días hábiles (esto es, hasta el 23 de noviembre de 2013), si bien fue ampliado posteriormente hasta el 3 de diciembre de 2013.

³⁰ Estas enmiendas de devolución al Gobierno fueron presentadas por los grupos parlamentarios EAJ-PNV e Izquierda Plural. La primera se basaba en que el Proyecto de Ley «ejerce su competencia de coordinación con vocación centralizadora y extendiendo su competencia del art. 149.1.3 más allá de las facultades de coordinación que en esta materia le viene reconociendo la doctrina del Tribunal Constitucional», además de «no reconocer las singularidades derivadas del régimen foral». En el segundo caso, también se consideraba con carácter general que el Proyecto «plantea en su redacción algunas disposiciones manifestamente contrarias a la Constitución» y «asesta un duro golpe a la autonomía en el ámbito de la acción exterior no convencional de la que disfrutaban las Comunidades Autónomas», a la vez que planteaba críticas profundas a aspectos como las definiciones, la tipología de acuerdos planteada, las disposiciones sobre aplicación provisional de los tratados o que el rey no necesitara plenipotencia para negociar, adoptar y autenticar actos internacionales que vinculen a España.

³¹ *Diario de Sesiones, Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente*, núm. 165, de 12 de diciembre de 2012, pp. 5 a 21. Las enmiendas a la totalidad fueron rechazadas por 36 votos a favor, 281 en contra y 100 abstenciones. En esa misma fecha se presentó, igualmente por el Grupo Parlamentario Socialista, una solicitud de avocación por el Pleno del Proyecto de Ley que también fue rechazada por 142 votos a favor y 175 en contra (sin abstenciones); el debate al respecto puede verse en *Diario de Sesiones - Congreso de los Diputados*, núm. 165, de 12 de diciembre de 2013, p. 85.

de Asuntos Exteriores y de Cooperación para justificar la pertinencia política y jurídica del proyecto de ley presentado por el Gobierno³². Además, insertó dicho proyecto dentro de un programa legislativo más general en materia internacional, que incluía también una Ley de la Acción y del Servicio Exterior del Estado, que ya se estaba tramitando en ese momento³³, y una futura ley de inmunidades, que en este momento está siendo objeto de estudio en el MAEC³⁴. Tras la defensa por parte del ministro en el Congreso de los Diputados, se inició su trámite de Comisión y el proyecto recibió 166 enmiendas³⁵, de las que, tras la ponencia, se aceptaron (total o parcialmente) 58³⁶, la mayor parte de las cuales tenían carácter técnico-jurídico o de mejora de la redacción³⁷.

Posteriormente, en el trámite parlamentario del Senado³⁸ se presentaron una enmienda de veto, que fue posteriormente retirada³⁹, y 194 enmiendas al texto⁴⁰, si bien buen número de ellas eran repetidas y con un contenido idéntico⁴¹. En

³² *Ibid.*, pp. 5 a 10.

³³ Finalmente fue aprobada tres meses más tarde: Ley de la Acción y del Servicio Exterior del Estado, de 26 de marzo de 2014, *BOE* núm. 74, de 26 de marzo de 2014. También se hizo referencia a la conveniencia de elaborar un anteproyecto de ley de inmunidades.

³⁴ *Diario de Sesiones, Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente*, núm. 165, *op. cit.*, p. 6.

³⁵ *Boletín Oficial de las Cortes Generales - Congreso de los Diputados*, Serie A, núm. 72-2, de 17 de febrero de 2014.

³⁶ *Boletín Oficial de las Cortes Generales - Congreso de los Diputados*, Serie A, núm. 72-3, de 7 de mayo de 2014. En este sentido, destaca el elevado número de enmiendas del Grupo Izquierda Plural que fueron admitidas; en concreto, 21 de carácter íntegro y tres de forma parcial. Entre éstas, se incluían modificaciones en materias tan variadas como las definiciones (art. 2), competencias (arts. 3 y 7), adopción de tratados (art. 12), manifestación del consentimiento (art. 17), información a las Cortes Generales (arts. 18 y 19), reservas (art. 22), contenido de la publicación (art. 25), registro (art. 26), ámbito territorial (art. 34), otros aspectos sobre tratados internacionales (art. 35), reglas de interpretación (art. 37), denuncia y suspensión (art. 39), derecho de información de las CCAA (art. 52.3), comunicación a otros sujetos de Derecho internacional (disposición adicional 1.ª), tratados de doble imposición (disposición adicional 5.ª) o desarrollo normativo (disposición final 3.ª). En nuestra opinión, las enmiendas presentadas por este grupo parlamentario revestían un elevado nivel técnico-jurídico y contribuyeron de manera notable a mejorar la redacción de la ley. Las enmiendas también aceptadas de otros grupos fueron siete del Grupo Popular, seis del Grupo Socialista, tres del Grupo Catalán, cuatro del Grupo UPyD y 13 del Grupo Vasco.

³⁷ Sin entrar en un estudio detallado al respecto, que no procede en esta sede, baste recordar que en este trámite se aceptó, por ejemplo, la enmienda del Grupo EAJ-PNV que proponía añadir al proyecto de ley una disposición *ad hoc* que recogiera la especificidad del régimen foral vasco y en virtud de la cual se prevé expresamente la participación en la delegación española que negocie un tratado internacional que tenga por ámbito derechos históricos. Y lo propio se hizo también respecto al régimen foral navarro por aceptación de una enmienda transaccional *in voce* (véase *infra*, 7). Se trata de enmiendas que difícilmente pueden calificarse de carácter técnico.

³⁸ *Boletín Oficial de las Cortes Generales - Senado*, núm. 375, de 1 de julio de 2014, p. 2.

³⁹ La presentó el Grupo EAJ-PNV; *Boletín Oficial de las Cortes Generales - Senado*, *op. cit.*

⁴⁰ *Boletín Oficial de las Cortes Generales - Senado*, núm. 397, 15 de septiembre de 2014, p. 54 y núm. 410, de 3 de octubre de 2014, p. 2. De ellas, dos afectaban al título (números. 1 y 36 del Grupo Mixto y Entesa respectivamente) y tres a la exposición de motivos (números. 112, 113 y 114 del Grupo Catalán).

⁴¹ El Grupo Parlamentario Entesa pel Progrés de Catalunya presentó 76 enmiendas (números. 36 a 111), de las que las 35 primeras (números. 36 a 70) reproducen exactamente las 35 enmiendas presentadas por el Grupo Mixto (números. 1 a 35), mientras las 41 siguientes (números. 71 a 111) reproducen exactamente las 41 enmiendas presentadas por el Grupo Socialista (números. 128 a 168). Por otro lado, de las 194 enmiendas un elevado número de ellas volvieron a presentarse en el Senado con el mismo contenido con el que se habían presentado en la tramitación en el Congreso y fueron rechazadas.

esta ocasión, se aceptaron 31 enmiendas⁴², de carácter eminentemente técnico⁴³. Estas enmiendas del Senado⁴⁴ se votaron conjuntamente en el Pleno del Congreso de los Diputados de 20 de noviembre de 2014⁴⁵, quedando así finalmente aprobada la ley que fue firmada por el Rey y refrendada por el Presidente del Gobierno el 27 de noviembre de 2014 y publicada en el *Boletín Oficial del Estado* al día siguiente.

3. OBJETO DE LA LEY: UNA TIPOLOGÍA TRIPARTITA DE ACUERDOS INTERNACIONALES QUE INCLUYE LA ACTUACIÓN DE LAS CCAA

A diferencia de lo que ocurría con el Decreto 801/1972, que trataba únicamente la actividad de la Administración del Estado en materia de tratados internacionales, la LTOAI tiene una aspiración de regulación más general. Desde la perspectiva material, la ley regula, junto a los clásicos tratados internacionales, otras dos categorías de instrumentos perfectamente asentados en la práctica española, como son los acuerdos internacionales administrativos (AIA) y los acuerdos internacionales no normativos (AINN)⁴⁶. Por otro lado, desde la perspectiva del ámbito de aplicación subjetivo, la ley no sólo regula la actividad de la Administración del Estado en la materia, sino que se ocupa también del papel de las CCAA en los procesos de celebración de los tres tipos de acuerdos internacionales previstos en la ley, ya sea para participar en la celebración de tratados por parte del Estado o para firmar por sí mismas AIA o AINN. Ambas cuestiones han resultado controvertidas. Muy controvertidas, en verdad. Merece, pues, la pena, detenerse en la referida tipología tripartita (3.1), antes de tratar también la inclusión de disposiciones sobre CCAA (3.2).

⁴² *Boletín Oficial de las Cortes Generales - Senado*, núm. 415, de 13 de octubre de 2014, pp. 2-19 (Informe de la Ponencia). En concreto, se aceptaron 14 enmiendas del Grupo parlamentario Popular, seis del Grupo Parlamentario Entesa pel Progrès de Catalunya y cinco del Grupo Parlamentario Socialista. Igualmente se aprobaron dos enmiendas transaccionales.

⁴³ Estas enmiendas aceptadas afectaron a los entonces artículos reguladores de las definiciones [art. 2.s) y 2.u)], competencias del Consejo de Ministros (art. 3), competencias de las CCAA (art. 7), firma *ad referendum* (art. 14.2), manifestación del consentimiento (art. 16.1), remisión del expediente del tratado a las Cortes Generales (art. 17), información al Congreso de los Diputados y al Senado (art. 18.1), aceptaciones u objeciones de reservas (art. 21.3), contenido de la publicación de los actos posteriores que afecten a la aplicación de tratados (art. 24.2), observancia de los tratados (art. 29), declaración de inconstitucionalidad (art. 31), reglas de interpretación (art. 35.1 y 5) y ratificación de la suspensión por las Cortes (art. 38.5) que conllevaron una remuneración a partir del (anterior) art. 34, como consecuencia de su acertada supresión.

⁴⁴ *Boletín Oficial de las Cortes Generales - Senado*, núm. 431, de 6 de noviembre de 2014, p. 4.

⁴⁵ *Boletín Oficial de las Cortes Generales - Congreso de los Diputados*, Serie A, núm. 72-6, de 25 de noviembre de 2014, p. 1. Se realizó una votación conjunta de las enmiendas y el resultado fue de 295 votos a favor de las enmiendas, cinco en contra y diez abstenciones. Los debates al respecto se recogen en el *Diario de Sesiones - Congreso de los Diputados*, núm. 242, de 20 de noviembre de 2014, p. 25.

⁴⁶ En este sentido, el art. 1 LTOAI precisa que la ley «tiene por objeto regular la celebración y aplicación por España de los tratados internacionales, los acuerdos internacionales administrativos y los acuerdos no normativos».

3.1. La tipología tripartita de acuerdos internacionales

En efecto, la propia tipología tripartita (tratados, AIA y AINN) prevista en la ley fue objeto de crítica en el plano parlamentario tanto por los grupos que presentaron una enmienda a la totalidad⁴⁷, como por los que hicieron enmiendas concretas, bien fuera para proponer que la ley se ocupara sólo de los tratados internacionales⁴⁸ o bien de los tratados internacionales y los acuerdos AIA⁴⁹. Por otro lado, en el plano académico, esta tipología también ha merecido la crítica de un relevante sector doctrinal⁵⁰. El propio Consejo de Estado, más audaz que los redactores de la ley, consideró que se trataba de una tipología incompleta por dejar fuera algunos acuerdos con elementos internacionales que se sustraen expresamente al Derecho internacional y se someten al ordenamiento interno⁵¹. Se trata, sin duda, de una crítica seria y bien fundada. Precisamente por eso, siguiendo al dictamen del Consejo de Estado, se modificó el borrador de anteproyecto de ley y se incluyó en la definición de AIA recogida en el art. 2.b) un nuevo inciso en el que, en el sentido sugerido por el alto órgano consultivo, se concretaba que «[n]o constituye acuerdo internacional administrativo el celebrado por esos mismos órganos, organismos o entes cuando se rige por un ordenamiento jurídico interno». Tal incorporación podría, qué duda cabe, considerarse innecesaria por poder deducirse indirectamente del espíritu y de la letra de la definición inicialmente propuesta⁵². Pero, ciertamente, contribuye a clarificar una cuestión delicada, así como a dilucidar la duda expresamente manifestada por el

⁴⁷ Fue el caso de las enmiendas a la totalidad presentadas en el Congreso de los Diputados del Grupo EAJ-PNV y del Grupo Izquierda Plural; véase *supra*, puntos 30 y 39.

⁴⁸ Fue el caso de las enmiendas presentadas por el Grupo Izquierda Plural (núms. 4, 6, 7 y 38 a 50).

⁴⁹ Así hicieron tanto el Grupo Socialista (enmiendas núms. 107, 109 y 139) como el Grupo Catalán (enmiendas núms. 149, 150 y 157).

⁵⁰ Véase, en tono particularmente duro, FERNÁNDEZ TOMÁS, A., «Parliamentary Control of “Other International Agreements” in the New Spanish Treaties and Other International Agreements Act», *Spanish Yearbook of International Law*, vol. 18, 2014, pp. 61-86. También fue muy crítica, en este sentido, la intervención de la profesora Mangas Martín en la Comisión de Asuntos Exteriores del Congreso de los Diputados con ocasión de la tramitación de la ya citada Ley 2/2014, considerando esta tipología un «error jurídico»; *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados - Comisiones*, núm. 395, de 17 de septiembre de 2013, p. 29. En tono también crítico, aunque algo más matizado, se pronunció el profesor Díez Hochleitner en su intervención ante la misma Comisión; *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados - Comisiones*, núm. 395, *op. cit.*

⁵¹ El Consejo de Estado consideraba que esta trilogía de acuerdos internacionales dejaba fuera «otros muchos acuerdos que pueden celebrarse entre sujetos internacionales o con sujeción o sometimiento al Derecho internacional, como son, a título ejemplificativo, los acuerdos celebrados por escrito entre un sujeto de Derecho internacional y un ente u organismo que carece de subjetividad internacional (que no pueden calificarse de tratados por sus sujetos, de tal modo que si contienen derechos u obligaciones jurídicas y se celebran al margen de cualquier tratado previo, carecen de encaje en las categorías del anteproyecto), o los acuerdos suscritos entre sujetos de Derecho internacional que se sustraen expresamente de dicho ordenamiento jurídico» (p. 20).

⁵² En ella se expresaba (y sigue recogiendo la versión final) que se trata de «un acuerdo de carácter internacional no constitutivo de tratado que se celebra por órganos, organismos o entes de un sujeto de Derecho internacional competentes por razón de la materia, cuya celebración está prevista en el tratado que ejecuta o concreta, cuyo contenido habitual es de naturaleza técnica cualquiera que sea su denominación y que se rige por el Derecho internacional».

Consejo de Estado. Resulta, además, acorde con la práctica española, dado que efectivamente existen casos en los que tales acuerdos se someten a un ordenamiento jurídico interno y quedan *expressis verbis* sustraídos del Derecho internacional⁵³.

No conviene, empero, ignorar que la rica práctica internacional de los últimos años nos suministra también algún atípico ejemplo de tratados internacionales que contienen cláusulas de sometimiento al ordenamiento interno de un Estado, que levanta dudas razonables acerca de su naturaleza de tratado internacional⁵⁴. En este mismo orden de cosas, como bien indicaba el Consejo de Estado, existen algunos acuerdos entre sujetos de Derecho internacional y un ente u organismo «que carece de subjetividad internacional», lo que impediría su calificación como tratado si atendemos a las Partes que lo celebran, pero sí contienen derechos u obligaciones jurídicas asumidas al margen de cualquier tratado previo. Son, en todo caso, supuestos realmente excepcionales y revestidos normalmente de peculiaridades muy específicas. Sería, verbigracia, el singular caso de la Organización Internacional de Comisiones de Valores (IOSCO), con la que en noviembre de 2011 se celebró un acuerdo de sede, que tiene naturaleza de tratado internacional, aunque el Derecho español la califica como una Asociación de Utilidad Pública⁵⁵. También existen tratados celebrados por ministerios⁵⁶. Esta panoplia de situaciones pueden tener, a nuestro juicio, encaje en las categorías de la ley y ser con-

⁵³ Véase *infra*, 6, 2.

⁵⁴ El Acuerdo entre Acreedores suscrito por quince Estados de la Unión Europea, entre los que se encuentra España, de 8 de mayo de 2010, prevé en el párr. 1 de su art. 14 que «[e]l presente Acuerdo y cualesquiera obligaciones no contractuales derivadas o relativas al mismo se regirán y se interpretarán de conformidad con el Derecho inglés», a la vez que en el párr. 2 establece que cualquier controversia sobre el mismo que no pueda resolverse de manera amistosa «se someterá a la jurisdicción exclusiva del Tribunal de Justicia de la Unión Europea» (BOE núm. 117, de 13 de mayo de 2010). En parecido sentido, el paralelo Acuerdo de Servicio de Préstamo entre, por una parte, 14 Estados de la UE, entre los que se incluye España, y el KfW de Alemania, que actúan como prestamistas, y la República helénica y el Banco de Grecia, que actúan como prestatario y agente del prestatario respectivamente, por otro lado, prevé igualmente en su art. 14.1 que «[e]l presente Acuerdo y toda obligación no contractual dimanante o relacionada con el mismo se regirán e interpretarán con arreglo al Derecho inglés», mientras que en el art. 14.2 «[l]as partes se comprometen a someter cualquier controversia que pueda surgir respecto de la legalidad, validez, interpretación y cumplimiento del presente Acuerdo a la jurisdicción exclusiva del Tribunal de Justicia de la Unión Europea» (BOE núm. 117, de 13 de mayo de 2010).

⁵⁵ IOSCO se constituyó originariamente como persona jurídica sin ánimo de lucro al amparo de la legislación canadiense (Ley del Parlamento de Quebec que entró en vigor el 1 de enero de 1987) y un acuerdo con el Gobierno de Quebec (18 de marzo de 1991). En mayo de 1999 fue reconocida en España como Asociación de Utilidad Pública, estando su sede desde ese año en Madrid por acuerdo de su Comité de Presidentes. A través de la disposición adicional tercera de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social se revistió a IOSCO de régimen jurídico específico de inviolabilidad de sus locales y de regulación fiscal y de seguridad social, si bien a los efectos de la Ley Orgánica 4/2000, de derechos y libertades de los extranjeros en España, no tiene la consideración de organización internacional. No obstante, el 23 de noviembre de 2011 se firmó el citado Acuerdo de sede entre España e IOSCO (BOE núm. 303, de 17 de diciembre de 2011).

⁵⁶ Memorando de Entendimiento sobre Forma de Banda Ancha para la Conexión en Red en Calificación, de 9 de abril de 2010 (BOE núm. 101, de 27 de abril de 2012).

siderados verdaderos tratados internacionales en el sentido del art. 2.d)⁵⁷. En el citado caso de IOSCO, podría considerarse que existía un estatuto jurídico internacional singular del que se deduce una cierta personalidad jurídica internacional de carácter funcional. Por tanto, dispone de capacidad jurídica para celebrar tratados internacionales (o, al menos, así lo considera España) y la voluntad de las partes es que la naturaleza jurídica del acuerdo que celebran sea la de un tratado internacional, nada impediría que pueda considerarse, a los efectos que nos ocupan, como tal tratado. De hecho, el Consejo de Estado no tuvo en su momento inconveniente alguno en que así fuera⁵⁸. Y en la práctica pueden concurrir casos muy concretos en los que puedan surgir dudas acerca de la naturaleza exacta de algunos acuerdos o de otros elementos propios de los mismos⁵⁹. Baste recordar que en la práctica puede darse el supuesto de un acuerdo en el que la voluntad de las partes sea someterse a un concreto Derecho interno, mientras que éste podría excluir en sus normas tal posibilidad. En tal caso, no resulta descabellado plantearse si debería ser el Derecho internacional el que resolviera la cuestión. Tampoco pueden excluirse casos en los que surjan dudas sobre si la remisión al Derecho interno lo es en su integridad o únicamente limitada a las normas de Derecho sustantivo. Por último, resultan imaginables incluso supuestos extremos de tratados que contengan disposiciones específicas de naturaleza contractual sometidas a un Derecho interno, en una suerte de naturaleza mixta.

Con todo, las principales críticas doctrinales no derivan tanto de las omisiones de la ley como de la inclusión de los AIA y los AINN en su regulación, lo cual merecerá atención expresa más adelante⁶⁰.

3.2. Inclusión de disposiciones sobre CCAA

Otra de las principales novedades de la LTOAI respecto a los borradores elaborados en otros momentos históricos es la inclusión de un título propio dedicado a las CCAA. En este sentido, cabe plantearse, de entrada, si realmente resulta pertinente que una ley de estas características se ocupe de la cuestión⁶¹. En nuestra opinión, creemos que sí lo es. Resulta más que eviden-

⁵⁷ El precepto mencionado define a los sujetos de Derecho internacional como «una organización internacional u otro ente internacional que goce de capacidad jurídica para celebrar tratados internacionales».

⁵⁸ Véase Dictamen del Consejo de Estado 1931/2011, de 28 de diciembre. El Consejo de Estado consideró que el Acuerdo de sede con IOSCO era un tratado que, conforme al art. 94.1.e) de la Constitución, requería la previa autorización de las Cortes Generales.

⁵⁹ Cfr., al respecto, el clásico trabajo de WIDDOWS, K., «What is an Agreement in International Law?», *BYBIL*, 1979, vol. 50, p. 117, en especial pp. 145-146; igualmente HOLLIS, D. B., «Defining Treaties», en *id.* (ed.), *The Oxford Guide to Treaties*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 11-45, en p. 35.

⁶⁰ Véase *infra*, 5 y 6.

⁶¹ De hecho, durante la tramitación parlamentaria de la ley hubo buen número de enmiendas que reclamaban la no inclusión de este tipo de disposiciones sobre CCAA, aunque por motivos diferentes. En algunos casos, esta posición se sustentaba en que esta regulación suponía «una vulneración de las reglas de distribución de competencias establecidas en el bloque de constitucionalidad» (Enmienda de veto en el Senado del Grupo Vasco, posteriormente retirada). Por el contrario, hubo otros grupos que,

te que las CCAA no pueden celebrar por sí mismas tratados internacionales por constituir, conforme a una jurisprudencia del TC bien conocida y asentada, parte del núcleo duro de la competencia exclusiva del Estado en materia de relaciones internacionales derivada del art. 149.1.3 de la Constitución⁶². El *ius ad tractatum* es, por tanto, competencia exclusiva del Estado y abarca la integridad del proceso de celebración (desde el inicio de las negociaciones hasta la prestación del consentimiento en obligarse)⁶³.

Ahora bien, de ello no se colige en modo alguno que las CCAA no puedan participar en este proceso. En primer lugar, el TC ha puesto de manifiesto que esta competencia del Estado no excluye por completo toda participación de las CCAA en el proceso de elaboración de los tratados y, obviamente menos aún, en su aplicación. Y, en segundo lugar, resulta imprescindible tener presente que los Estatutos de Autonomía de las CCAA han ido incluyendo en su articulado potestades específicas en la materia, que no han sido consideradas por el TC como contrarias a la Constitución⁶⁴. En coherencia con ello, en

en el lado contrario y sobre la base de la competencia exclusiva del Estado en materia de relaciones internacionales, respaldaron la regulación con la argumentación de que las CCAA «no son Estado, son Estado en sentido político, pero no lo son en sentido jurídico, por tanto no son sujetos, insisto, de Derecho internacional»; intervención de la Sra. Lozano Domingo en el pleno del Congreso de los Diputados en contestación al Sr. ministro; *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados - Pleno y Diputación permanente*, núm. 165, *op. cit.*, p. 14.

⁶² STC 165/1994, de 26 de mayo; STC 31/2010, de 28 de junio, etcétera.

⁶³ Con todo, no conviene olvidar que ello es así por mor de nuestra concreta opción constitucional, no porque derive de una exigencia de Derecho internacional. El Derecho internacional general no atribuye a los entes federales capacidad propia para celebrar tratados internacionales, pero tampoco se la niega. De hecho, la versión inicial de la propuesta emanada de la CDI (1966) preveía expresamente que «los Estados miembros de una unión federal podrán tener capacidad para celebrar tratados si esta capacidad está admitida por la Constitución federal y dentro de los límites indicados por ésta». Este precepto fue finalmente eliminado a petición de la delegación canadiense, pero en modo alguno se incluyó en el Convenio finalmente resultante ningún elemento que matizara o limitara esta posición, simplemente omitía su inclusión expresa. Como ha afirmado Remiro Brotons, «la supresión no se debió, en cualquier caso, a desacuerdo con el contenido de la norma, sino a la oportunidad de recordarla expresamente en un texto como el que se estaba elaborando»; «La actividad exterior del Estado y las Comunidades Autónomas», en RAMÍREZ JIMÉNEZ, M. (dir.), *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, Zaragoza, Pórtico, 1979, pp. 353-377, en p. 355, nota 1. Y, en todo caso, la doctrina consideró acertada tal supresión; CASANOVAS I LA ROSA, O., «La acción exterior de las Comunidades Autónomas y su participación en la celebración de tratados internacionales», en PÉREZ GONZÁLEZ, M. (coord.), *La acción exterior de los Länder, Regiones, Cantones y Comunidades Autónomas*, Oñate, IVAP, 1994, pp. 43-64, en pp. 45-46. Véase, en este mismo sentido, las discusiones existentes en el seno de la CDI con ocasión de la discusión a propósito del precepto sobre capacidad para celebrar tratados internacionales (art. 3), *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, vol. 1, 1965, pp. 24-44, en especial, pp. 27 y ss. Más bien, un eventual *treaty making power* de los entes federales depende, por tanto, de que el Estado en el que se insertan así lo autorice constitucionalmente y de que la contraparte con la que se pretende celebrar el tratado esté dispuesta a celebrarlo. De cualquier forma, en el caso que nos ocupa, si una Comunidad Autónoma llegase a celebrar un tratado en violación de la Constitución podría concluirse con Hersch LAUTERPACHT que «it follows that a treaty concluded by a member state in disregard of the constitution of the Federation must also be considered as having been concluded in disregard of the limitations imposed by international law upon its treaty making power. As such it is not a treaty in the contemplation of international law. As a treaty, it is void»; *Yearbook of the International Law Commission*, vol. II, 1953, p. 139.

⁶⁴ En concreto, con dispares redacciones y niveles de intensidad, los Estatutos de Autonomía prevén la participación de las CCAA a través de la posibilidad de proponer al Estado la celebración de tratados, la posibilidad de participación en las delegaciones de negociación de tratados que afecten a las

términos competenciales, la ley se funda en el art. 149.1.3 de la Constitución (disposición final primera LTOAI) y no entra para nada a regular (ni para ampliar ni para restringir) las competencias que las CCAA han asumido en la materia a través de los Estatutos de Autonomía. Aspira, en los términos fijados por el TC, a establecer únicamente medidas de coordinación de la actividad de las CCAA con potencial efecto exterior para evitar consecuencias irreparables en la adecuada ejecución de la política exterior por parte del Estado⁶⁵. Por ello, a nuestro juicio, resulta pertinente abordar el papel de las CCAA en la LTOAI.

4. ESTRUCTURA DE LA LEY: UNA ARTICULACIÓN ADAPTADA A SU ALCANCE MATERIAL

La estructura de la LTOAI responde a la recién descrita tipología de acuerdos y articula sistemáticamente sus 66 disposiciones⁶⁶ en torno a cinco títulos, precedidos de una exposición de motivos, que se dedican respectivamente a cuestiones generales (I), tratados (II), AIA (III), AINN (IV) y CCAA (V).

El título I contiene en su capítulo primero disposiciones de carácter general en las que se precisa el objeto de la ley (art. 1) y se definen una veintena larga de conceptos empleados a lo largo de la misma (art. 2), mientras su capítulo segundo se consagra a precisar las competencias del Consejo de Ministros (art. 3), del MAEC (art. 4), del resto de departamentos ministeriales (art. 5) y de las CCAA (art. 7), así como a la creación de una Comisión interministerial de coordinación en la materia, concebida como órgano colegiado de intercambio de información y coordinación de los departamentos ministeriales (art. 6).

El título II configura el eje central de la ley y, a lo largo de cinco capítulos, se ocupa de la regulación de los tratados internacionales (arts. 8 a 37). El capítulo primero se dedica a la representación internacional de España (arts. 8 a 10), estableciendo la denominación del Estado español como «Reino de España» (art. 8), el nombramiento de representantes de España para la ejecución de cualquier acto internacional relativo a un tratado (art. 9) y los

CCAA y el deber de información del Gobierno sobre la negociación de tratados que afecten a las CCAA. También recogen la capacidad de celebrar determinados acuerdos internacionales por ellas mismas. En este sentido resulta particularmente reseñable la Sentencia del Tribunal Constitucional emitida a propósito del Estatuto de Autonomía de Cataluña; STC 31/2010, *op. cit.*

⁶⁵ El propio TC ha establecido que «dentro de esa competencia exclusiva estatal se sitúa la posibilidad de establecer medidas que regulen y coordinen las actividades con proyección externa de las CCAA, para evitar o remediar eventuales perjuicios sobre la dirección y puesta en ejecución de la política exterior que, en exclusiva, corresponde a las autoridades estatales»; STC 110/2012, de 23 de mayo (BOE núm. 147, de 20 de junio de 2012), FJ 3. Esta misma sentencia se remite a la anterior STC 165/1994, de 26 de mayo (BOE núm. 161, de 25 de junio de 1994), FJ 6.

⁶⁶ En concreto, 53 artículos, ocho disposiciones adicionales, una disposición derogatoria y cuatro disposiciones finales. En realidad, el borrador inicial salido del MAEC contenía 16 disposiciones menos. Su número fue incrementándose tanto en la fase previa de consensuación con otros Ministerios, como en la fase de tramitación parlamentaria propiamente dicha.

plenos poderes (art. 10). El capítulo segundo establece todo lo relativo al proceso de celebración (arts. 11 a 22), siguiendo un orden sistemático de carácter temporal y diferenciando entre negociación (art. 11), adopción (art. 12), autenticación (art. 13), autorización de firma y actos similares (art. 14), la aplicación provisional (art. 15), la manifestación del consentimiento en obligarse por un tratado (art. 16), los trámites internos previos a la manifestación del consentimiento (art. 17), la información al Congreso de los Diputados y el Senado (art. 18), la posibilidad de control previo de constitucionalidad (art. 19), el canje o depósito de instrumentos (art. 20), las reservas y declaraciones (art. 21) y la firma del instrumento de manifestación del consentimiento por el rey (art. 22). El capítulo tercero (arts. 23 a 27), por su parte, se dedica a las cuestiones propias de publicación y registro, como son la consabida exigencia de publicación de los tratados (y de la aplicación provisional si existiera) en el *Boletín Oficial del Estado* como paso previo a su consideración como parte del ordenamiento jurídico interno (art. 23), el contenido de la publicación (art. 24), el cumplimiento de la exigencia de registro en la Secretaría de las Naciones Unidas (art. 25), la custodia y depósito en el MAEC (art. 26) y la previsión de publicaciones periódicas de los tratados por el MAEC (art. 27). A continuación, el capítulo cuarto trata los aspectos propios de la aplicación e interpretación de los tratados (arts. 28 a 35), ocupándose en concreto de las capitales cuestiones de la eficacia (art. 28), la observancia (art. 29), la aplicación directa (art. 30), la prevalencia de los tratados (art. 31) y la posibilidad de declaración de inconstitucionalidad (art. 32), así como las reglas de las reservas en materia de efectos jurídicos (art. 33), retirada de las mismas (art. 34) y las reglas de interpretación previstas en los arts. 31 a 33 de la Convención de Viena sobre Derecho de los tratados (art. 35). Por último, el capítulo quinto de este nutrido título II trata las cuestiones propias de la enmienda, la denuncia y la suspensión (arts. 36 y 37).

Los títulos III y IV, por su parte, constituyen una novedad manifiesta respecto al Decreto 801/1972 y se ocupan respectivamente de AIA (arts. 38 a 42) y AINN (arts. 43 a 48). En el primer caso, la ley se ocupa de definir los requisitos para su celebración (art. 38), la exigencia de informe previo por parte de la Asesoría Jurídica Internacional del MAEC y del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas (art. 39), la tramitación interna simplificada respecto a la de los tratados internacionales (art. 40), la exigencia de publicación en el *Boletín Oficial del Estado* (art. 41) y la previsión de elaboración de recopilaciones periódicas por parte del MAEC (art. 42). Y, en el segundo caso, se fija la naturaleza peculiar de este tipo de acuerdos (art. 43), la competencia para establecerlos (art. 44), la exigencia de informe jurídico previo por parte de los servicios jurídicos del órgano que lo celebre y del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas (art. 45), su tramitación interna (art. 46), la exigencia de mención expresa del Estado (art. 47) y la exigencia de registro en el MAEC (art. 48).

En sentido parecido, el título V también constituye una notable novedad respecto al Decreto de 1972 y a los borradores anteriores, ya que regula el

papel de las CCAA, diferenciando en dos capítulos entre su participación en la celebración de tratados internacionales (arts. 49 a 51) y la realización por sí mismas de acuerdos internacionales administrativos y acuerdos internacionales no normativos (arts. 52 y 53).

Finalmente, en las disposiciones que cierran la ley se regulan cuestiones de muy dispar naturaleza. Junto a las exigidas disposiciones derogatoria (del Decreto 801/1972 y de cuantas disposiciones de igual o inferior rango que se opongan a la ley), de fijación del título competencial sobre el que se funda la ley (art. 149.1.3 de la Constitución), de desarrollo normativo (por el Gobierno y los titulares de los departamentos ministeriales) y de entrada en vigor (a los veinte días de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*), se recogen algunas otras previsiones de desigual relevancia. En efecto, se prevén, en primer término, cuestiones de cortesía internacional como la comunicación de la presente ley a todos los sujetos de Derecho internacional (disposición adicional primera). En segundo lugar, se regulan algunas cuestiones de importancia en materia de transparencia y acceso, como es la exigencia de que las colecciones de tratados y acuerdos internacionales a los que se refiere la ley (arts. 27 y 42) sean accesibles a través de la página web del MAEC (disposición adicional 8.^a) o la exigencia de que el MAEC adopte las medidas necesarias para la puesta en marcha del registro de acuerdos internacionales no normativos previsto en el art. 48 de la ley (disposición final 2.^a). En tercer lugar, se recoge una disposición de enorme importancia y repercusión en materia de acción exterior de la UE. A través de ella se garantiza la necesaria flexibilidad en relación con las peculiaridades que en materia de acuerdos internacionales puedan derivarse para España como consecuencia de la obligación de cumplimiento del Derecho de la UE (disposición adicional 2.^a). En cuarto lugar, la ley incluye dos disposiciones adicionales que se hacen eco de las peculiaridades que el régimen foral vasco (disposición adicional 6.^a) y navarro (disposición adicional 7.^a) implican en materia de negociación de tratados internacionales que tengan por ámbito los derechos históricos. Por último, en quinto lugar, la ley recoge también tres previsiones más atípicas de naturaleza presupuestaria y fiscal (disposiciones adicionales 3.^a, 4.^a y 5.^a) que probablemente se expliquen a la luz de la situación de crisis en la que se elabora la ley y que conducen, básicamente, a recordar la vigencia del principio de estabilidad presupuestaria y el régimen de las contribuciones a organismos o programas internacionales mediante instrumentos diferentes a los regulados en esta ley.

5. LOS TRATADOS INTERNACIONALES: UN INSTRUMENTO JURÍDICO BIEN ASENTADO EN LA PRÁCTICA Y POCO NECESITADO DE (GRANDES) CAMBIOS

5.1. Los tratados como elemento central de la ley

La regulación de los tratados internacionales conforma el núcleo central de la ley, tanto cuantitativa (29 de los 53 preceptos de la ley) como cualitati-

vamente (la mejor resuelta). En términos generales, ésta es también la parte de la ley que menos críticas de fondo ha recibido a lo largo de su tramitación parlamentaria. Y ello no es de extrañar porque, en lo sustancial, retoma la asentada práctica española en la materia. Así, de entrada, no parece que la definición de tratado internacional por la que ha optado la LTOAI plantee grandes dificultades [art. 2.a)]⁶⁷, ya que es fiel al concepto recogido por las dos Convenciones de Viena sobre Derecho de los Tratados [art. 2.1.a)]⁶⁸, que a su vez ha sido perfectamente asumido por el TIJ como reflejo de Derecho internacional consuetudinario⁶⁹ e incorporado también, con mayor o menor literalidad, por buen número de Estados a sus respectivas regulaciones internas sobre tratados internacionales⁷⁰ con plena aceptación por parte de la doctrina iusinternacionalista⁷¹. No se opta, por tanto, por un concepto «nacional» que, como pueda ocurrir en Francia o Estados Unidos, establezca diferentes denominaciones entre tratados según sean las exigencias internas para su celebración⁷². Y no se hace porque el art. 94 de la Constitución no establece diferenciación alguna en su definición según se trate de tratados que exijan previa autorización de las Cortes Generales para la prestación del consentimiento (art. 94.1) o baste con la inmediata información del Gobierno al Congreso de los Diputados y el Senado (art. 94.2). Tampoco ha habido práctica alguna en este sentido.

Aunque no resulta posible abordar en este trabajo un estudio detallado de toda la regulación de la ley en la materia, sí parece pertinente recordar que ésta incluye algunas novedades relevantes en relación con el Decreto 801/1972⁷³. Por lo que específicamente concierne a este trabajo, nos pare-

⁶⁷ Por tratado internacional se entiende un «acuerdo celebrado por escrito entre España y otro u otros sujetos de Derecho internacional, y regido por el Derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación».

⁶⁸ Se define como «un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho internacional, ya conste en un instrumento único en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular».

⁶⁹ Véase, por ejemplo, Sentencia de 10 de octubre de 2002, *asunto relativo a la frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria (Camerún c. Nigeria)*, ICJ Reports 249 (263).

⁷⁰ Cfr. HOLLIS, D. B., «A Comparative Approach to Treaty Law and Practice», en *id.*, BLAKESLEE, M. R. y EDERINGTON, L. B. (eds.), *National Treaty Law and Practice*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2005, p. 9.

⁷¹ Cfr., por ejemplo, KLABBERS, J., *The Concept of Treaty in International Law*, La Haya, Kluwer Law International, 1996.

⁷² En efecto, existen Estados que a efectos internos establezcan diferencias en la terminología de los tratados según sea la exigencia de intervención interna para su celebración. Los dos casos más conocidos por todos son la diferenciación entre *treaties* e *international agreements* existente en Estados Unidos, según se exija o no la autorización del Senado por 2/3 de sus miembros y posterior ratificación por el presidente, o la existente en Francia entre *traités* y *accords internationaux* según requieran o no ratificación presidencial. Pero existen otros muchos ordenamientos (p. ej., Chile, Países Bajos, etc.) que también establecen diferenciaciones semejantes. Lo realmente relevante es que ambas categorías encajan en el concepto de tratado previsto en la Convención de Viena.

⁷³ Los ejemplos más relevantes podrían ser las siguientes: la ineficacia (salvo posterior confirmación) de los actos internacionales relativos al proceso de celebración de un tratado efectuados sin la plenipotencia prevista en el art. 8 de la Convención de Viena (art. 10.3); la regulación de la aplicación provisional (art. 15); la inclusión expresa del principio de libertad, pluralidad e igualdad de las formas en la manifestación del consentimiento (art. 16.1); el desarrollo del art. 63.2 de la Constitución al regular la firma del instrumento de manifestación del consentimiento por el Rey poniendo fin a posibles in-

ce oportuno centrarnos simplemente en los aspectos que consideramos más relevantes, ya sea por su novedad o por la existencia de cierta polémica al respecto. Nos referiremos, así, a la denominación del Estado (5.2), a la aplicación provisional (5.3), al rango jerárquico y la eficacia directa (5.4) y a la diferenciación entre tratados de enmienda y enmiendas simplificadas (5.5), aun a sabiendas de que quedan fuera otras cuestiones que también reclamarían atención como podría ser la problemática de las reservas⁷⁴, las declaraciones interpretativas y otras muchas⁷⁵.

5.2. Denominación del Estado como *Reino de España*

En relación con la denominación oficial del Estado, el anteproyecto de LTOAI en su versión originaria se hacía eco de la práctica habitual de utilizar indistintamente los términos *España* y *Reino de España*, si bien este último se solía reservar para los tratados revestidos de mayor solemnidad⁷⁶. Sin embargo, a la luz de las sugerencias realizadas por el Consejo de Estado⁷⁷, el proyecto de ley finalmente aprobado por el Gobierno y convertido en ley sin modificación alguna en este extremo, prevé que «[l]a denominación oficial del Estado español en los tratados internacionales será Reino de España» (art. 8). La LTOAI extiende al resto de acuerdos la exigencia de una «mención a “Reino de España” junto con la mención del órgano, organismo o ente que celebre» el AIA (art. 38.4) o del signatario de un AINN (art. 47), resultando también aplicable a los AIA y AINN de las CCAA (arts. 52.2 y 53.2).

interpretaciones excesivamente amplias del precepto constitucional (art. 22); la concreción del régimen de publicación de los tratados (arts. 23 a 24); la previsión de que la retirada de reservas y declaraciones de tratados de los arts. 93 y 94.1 requiera autorización de las Cortes (art. 34.2); la diferenciación entre tratado de enmienda y enmienda simplificada (art. 37.1); o la regulación de los trámites de la denuncia y la suspensión de un tratado (art. 37).

⁷⁴ No sin razón la mejor doctrina se ha referido a ellas como una cuestión «*of unusual—in fact baffling—complexity*». Así lo hacía hace ya más de medio siglo LAUTERPACHT, H., «Report on the Law of the Treaties», *Yearbook of the International Law Commission*, vol. II, 1953, p. 124. Y tal afirmación, al menos desde la perspectiva práctica, creemos que sigue siendo perfectamente válida en nuestros días al margen de la concreta formulación de la Convención de Viena y de las leyes nacionales en la materia. Basta un somero seguimiento de los inacabables trabajos realizados por Alain Pelllet como Relator Especial en la materia dentro de la CDI para corroborar tal afirmación; *Guía Práctica sobre reservas a los tratados internacionales*, A/66/10, apartado 75 y A/66/10 Add. 1; *Anuario de la Comisión de Derecho internacional*, vol. II, 2011. No en vano, una de las tareas más complejas a las que se enfrentan los asesores jurídicos de los Ministerios de Asuntos Exteriores es el seguimiento de las reservas y, de hecho conforma una de las actividades más relevantes que realizan los grupos de asesores de Derecho internacional que se han conformado tanto en el seno de la UE (COJUR) como del Consejo de Europa (CAHDI).

⁷⁵ Para un estudio en profundidad del articulado de la ley, nos remitimos a la obra colectiva coordinada por ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., DÍEZ HOCHLEITNER, J. y MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *Comentario a la Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales*, Pamplona, Thomson Reuters, en prensa.

⁷⁶ La Orden circular 2/1984, *op. cit.*, se ocupaba de esta cuestión y dejaba abierta la posibilidad de emplear indistintamente ambas denominaciones.

⁷⁷ El Consejo de Estado consideró que «son igualmente admisibles las denominaciones “España” y “Reino de España” para designar al Estado español en los Tratados internacionales en que sea parte, si bien la segunda es preferible y tiene mayor entidad individualizadora»; Dictamen 808/2013, *op. cit.*, apartado 2, subapartado VII, punto D. Cfr. en igual sentido su anterior Dictamen 46.208, de 9 de julio de 1984.

Ciertamente, cabe plantearse en términos pragmáticos la utilidad real de esta previsión (muy especialmente en el caso de los AINN), aunque no entraremos en ello. Sí conviene, en todo caso, dejar bien claro que su incumplimiento en modo alguno puede suponer una causa de nulidad del tratado ni puede considerarse tampoco motivo para un recurso de inconstitucionalidad, no pudiendo ser considerado el art. 8 LTOAI como una norma interna de importancia fundamental en el sentido del art. 46 de la Convención de Viena. Es más, la mera publicación del tratado en el *Boletín Oficial del Estado* debería entenderse, en el sentido del art. 96.1 de la Constitución y 23 de la LTOAI, como una suerte de convalidación del defecto en la denominación. El art. 8 ha de entenderse, pues, por encima de todo, como una llamada directa a los negociadores españoles para emplear, siempre que resulte posible en el marco de la negociación de un tratado, la denominación sugerida. No faltan, con todo, casos en los que en la práctica no se emplea ninguna de esas denominaciones⁷⁸.

5.3. La aplicación provisional de los tratados

Bastante más relevante es la controvertida cuestión de la aplicación provisional, la cual desde el inicio de la tramitación parlamentaria se erigió en uno de los principales caballos de batalla. No en vano, buena parte de las enmiendas presentadas tuvieron precisamente como diana la regulación prevista en el art. 15 LTOAI⁷⁹. Y ciertamente tiene su lógica. En cierto modo, la doctrina más autorizada viene llamando la atención sobre la problemática intrínseca de este mecanismo⁸⁰. De otro lado, porque, cuando nos encontramos ante

⁷⁸ En efecto, no son escasos los tratados que, bien por exigencia negociadora de la otra parte o bien por motivos de otra índole, se celebran entre el Gobierno de España y el Gobierno del otro Estado parte. Ejemplos al respecto, son, entre los más recientes, el Acuerdo de coproducción entre el Gobierno del Reino de España y el Gobierno de la República Popular de China, hecho en Beijing el 25 de septiembre de 2014 (*BOE* núm. 268, de 5 de noviembre de 2014); Convenio entre el Gobierno del Reino de España y el Gobierno de la República de Austria acerca de las relaciones en el campo audiovisual, hecho en Madrid el 18 de abril de 2012 (*BOE* núm. 201, de 22 de agosto de 2013); Convenio de Cooperación Cultural, Educativa y Científica entre el Gobierno de España y el Gobierno de la República de Armenia, hecho en Madrid el 17 de junio de 2013 (*BOE* núm. 284, de 27 de noviembre de 2013); Convenio entre el Gobierno del Reino de España y el Gobierno de la Federación de Rusia sobre el tránsito de equipos militares y personal a través de su territorio con motivo de la participación de las FFAA españolas en los esfuerzos de estabilización y reconstrucción de Afganistán (*BOE* núm. 308, de 24 de diciembre de 2012).

⁷⁹ En concreto, en el trámite parlamentario del Congreso de los Diputados se presentaron ocho enmiendas de modificación a este precepto. En ellas se proponía, por ejemplo, la limitación de la aplicación provisional por un tiempo determinado (enmienda núm. 115 del Grupo Socialista), si bien el centro de atención principal fue la propuesta de excluir la misma en los tratados de los apartados *c)* y *e)* del art. 94.1 CE (enmiendas núm. 23 del Grupo Izquierda Plural y núm. 62 del Grupo UpyD) y respecto de los apartados *c)* y *d)* (enmienda núm. 116 del Grupo Socialista). En términos no muy diferentes, durante la tramitación en el Senado se presentaron también diversas enmiendas para evitar la aplicación provisional por tiempo indeterminado (enmiendas núm. 82 del Grupo Entesa y núm. 139 del Grupo Socialista) y limitar igualmente su uso en los tratados del art. 94.1 CE ya indicado (enmiendas núms. 49 y 83 del grupo Entesa), parcialmente contradictorias entre sí al referirse la primera a los apartados *c)* y *e)* y la segunda a los apartados *c)* y *d)* (enmienda núm. 140 del Grupo Socialista idéntica a la núm. 83 recién citada). La discusión acaparó también un papel protagonista en los Plenos de ambas cámaras.

⁸⁰ A propósito de esta cuestión siguen siendo particularmente útiles dos excelentes trabajos clásicos de nuestra doctrina; ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., «La aplicación provisional de los tratados

tratados cuya prestación del consentimiento requiere la previa autorización de las Cortes (los tratados previstos en los arts. 93 y 94.1 CE), es perfectamente comprensible que la aplicación provisional pueda ser vista como una suerte de prerrogativa del ejecutivo en detrimento del legislativo. Probablemente, no será excepción quien sostenga la existencia de una cierta tendencia al uso excesivo de un instrumento que debe ser, por definición, excepcional.

Ahora bien, no desdeñando la perfecta compatibilidad de lo previsto en la ley con la previsión recogida en el art. 25 de la Convención de Viena de 1969⁸¹ y dejando de lado las posibles controversias doctrinales a propósito de la tensión latente entre ese precepto y el art. 28 de la misma Convención relativo a la irretroactividad de los tratados⁸², no pueden obviarse algunos elementos relevantes que podrían avalar tanto la razonabilidad como la oportunidad de la regulación dada por la LTOAI a la aplicación provisional. Permítasenos escoger cuatro argumentos diferentes para sostener cada una de las dos dimensiones. Así, por lo que concierne a la razonabilidad de la regulación, en primer lugar, de entrada, la ley no concede un «cheque en blanco» al Gobierno en materia de aplicación provisional ya que, para empezar, la excluye de plano en aquellos tratados que impliquen una atribución del ejercicio de competencias derivadas de la Constitución (art. 15.2 LTOAI), como sería el caso de los tratados de reforma de los tratados relativos a la pertenencia a la Unión Europea o los tratados sobre la Corte Penal Internacional⁸³, basados en el art. 93 CE⁸⁴. En segundo lugar, como no podía ser de otra manera, las Cortes Generales son informadas de inmediato (a través del Ministerio de la Presidencia) de la aplicación provisional autorizada por el Gobierno (art. 15.2 LTOAI). En tercer lugar, la autorización de la aplicación provisional requiere una motivación suficiente sobre las causas que justifiquen su conveniencia, empezando por las exigencias de urgencia que la justifican. En cuarto lugar, y más relevante en relación con la preservación de las competencias del poder legislativo en la materia, cuando se trate de tratados comprendidos en alguno

internacionales en el Derecho español», *REDI*, vol. 34, 1982, pp. 31-78; ORIHUELA CALATAYUD, E., *Los tratados internacionales. Su aplicación en el tiempo*, Madrid, Dykinson, 2004. Por lo demás, puede verse igualmente GUESLIN, A., *La mise en application provisoire des traités*, Paris, Pedone, 2005; DALTON, R. E., «Provisional Application of Treaties», en HOLLIS, D. B. (ed.), *The Oxford Guide to Treaties*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 220-247; MONTAG, F., *Völkerrechtliche Verträge mit vorläufigen Wirkungen*, Berlin, Duncker & Humblot, 1985.

⁸¹ En realidad, bien puede considerarse que esta disposición de la Convención de Viena refleja Derecho internacional consuetudinario; véase, al respecto, VILLIGER, M. E., *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2009, p. 357. DÖRR, O. y SCHMALLENBACH, K. (eds.), *op. cit.*, nota 15, p. 408.

⁸² Véase, por todos, ORIHUELA CALATAYUD, E., *op. cit.*, nota 80 (*Los tratados internacionales...*), especialmente pp. 53-62 y 245-265.

⁸³ Tanto la ratificación del Estatuto de Roma (*BOE* núm. 126, de 27 de mayo de 2002), como la de las Enmiendas de Kampala relativas a los crímenes de guerra y al crimen de agresión (*BOE* núm. 227, de 18 de septiembre de 2014) se hicieron de acuerdo con lo previsto en el art. 93 de la Constitución.

⁸⁴ Ciertamente cabe plantearse excluir también los tratados del art. 94.1 de la Constitución o, al menos, los de algunos de sus apartados. De hecho, así lo ha hecho parte de nuestra doctrina más solvente. Véase, por ejemplo, ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., *loc. cit.*, nota 80 («La aplicación provisional...»), pp. 42-43.

de los cinco supuestos del art. 94.1 CE, las Cortes Generales pueden rechazar (obviamente) tal aplicación provisional, en cuyo caso el ministro de Asuntos Exteriores y de Cooperación deberá notificar de inmediato al otro (u otros contratantes) la terminación inmediata de dicha aplicación provisional⁸⁵; las Cortes Generales preservan, por tanto, la potestad última de decisión en la materia (incluida la de revocar la autorización decidida por el Consejo de Ministros y no autorizar la prestación del consentimiento por parte de España).

Por otro lado, por lo que se refiere a la oportunidad de la regulación, puede considerarse, en primer lugar, que en el fondo la regulación no constituye novedad alguna en la práctica (gubernamental y también parlamentaria) española. Antes al contrario. Si algo muestra esa práctica es que, desde la entrada en vigor de la Constitución en 1978, todos los Gobiernos, sin excepción alguna, han venido haciendo un uso creciente de este mecanismo. De hecho, desde la década de los noventa del siglo pasado, no son excepción los años en los que no se autoricen al menos dos decenas de aplicaciones provisionales⁸⁶. En segundo lugar, buena parte de las aplicaciones provisionales, en realidad, no son decisiones propias del Gobierno, sino que vienen exigidas por la UE, que es especialmente proclive a su empleo en el caso de los acuerdos mixtos⁸⁷ y, en ocasiones, con previsiones bastante llamativas⁸⁸. En tercer lugar, en verdad,

⁸⁵ Ciertamente, la ley vincula la cesación de la aplicación provisional a la «intención de España de no llegar a ser parte en el mismo» y no prevé el supuesto en el que las Cortes Generales no autorizaran la aplicación provisional y, sin embargo, sí estuvieran dispuestas a prestar el consentimiento a la celebración del tratado en sí mismo. Pero lo cierto es que la práctica parlamentaria española no muestra hasta el momento precedentes semejantes.

⁸⁶ El número de aplicaciones provisionales de tratados se ha asentado especialmente desde 1992. Fueron 12 en 1992 (diez bilaterales y dos multilaterales), nueve en 1993 (todas en tratados bilaterales), 14 en 1994 (diez bilaterales y cuatro multilaterales), 16 en 1995 (nueve bilaterales y siete multilaterales), 19 en 1996 (15 bilaterales y cuatro multilaterales), 22 en 1997 (14 bilaterales y ocho multilaterales), 14 en 1998 (diez bilaterales y cuatro multilaterales), 20 en 1999 (15 bilaterales y cinco multilaterales), 13 en 2000 (ocho bilaterales y cinco multilaterales), 16 en 2001 (13 bilaterales y tres multilaterales), 18 en 2002 (17 bilaterales y uno multilateral), 26 en 2003 (24 bilaterales y dos multilaterales), 26 en 2004 (19 bilaterales y siete multilaterales), 11 en 2005 (diez bilaterales y uno multilateral), 36 en 2006 (28 bilaterales y ocho multilaterales), 26 en 2007 (20 bilaterales y seis multilaterales), 18 en 2008 (12 bilaterales y seis multilaterales), 23 en 2009 (15 bilaterales y ocho multilaterales), 20 en 2010 (11 multilaterales y nueve bilaterales), 20 en 2011 (15 bilaterales y cinco multilaterales), 17 en 2012 (diez bilaterales y siete multilaterales), 11 en 2013 (siete bilaterales y cuatro multilaterales) y 11 en 2014 (siete bilaterales y cuatro multilaterales).

⁸⁷ Así, se recurre, por ejemplo, a esta aplicación provisional «en la medida que abarquen asuntos que sean competencia de la Unión, incluidos los asuntos comprendidos en la competencia de la Unión en lo que respecta a la definición y aplicación de una política exterior y de seguridad común». Ésta es, por ejemplo, la previsión recogida en el art. 3.1 de la Decisión del Consejo de 16 de junio de 2014 a propósito de la cláusula de aplicación provisional («La Unión y Georgia acuerdan aplicar provisionalmente el presente Acuerdo en lo que se refiere a las partes que indica la Unión») recogida en el apdo. tercero del art. 464 del Acuerdo de Asociación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica y sus Estados miembros, por una parte, y Georgia, por otra (DOUE L 261, de 30 de agosto de 2014, p. 1). Pero, en términos muy semejantes, aparece también en otros Acuerdos recientes en la materia, como por ejemplo, en el art. 486.3 del (accidentado) Acuerdo de Asociación con Ucrania (DOUE L 278, de 20 de septiembre de 2014), el art. 464.3 del Acuerdo de Asociación con Moldavia (DOUE L 259, de 30 de agosto de 2014, p. 1), el Acuerdo sobre la participación de la República de Croacia en el Espacio Económico Europeo (DOUE L 170, de 11 de junio de 2014, p. 3) o el Acuerdo de cooperación con Suiza sobre los programas europeos de navegación por satélite (DOUE L 101, de 4 de abril de 2014).

⁸⁸ Véase *infra*, 7.

no terminamos de estar convencidos de que el argumento de que existe un uso abusivo de este mecanismo tenga un fundamento realmente consistente; ni en términos cuantitativos⁸⁹ ni en términos materiales⁹⁰ ni tampoco en términos comparativos⁹¹. Y, en último lugar, quizá convenga tener presente que, junto a la urgencia, existen otras causas que también coadyuvan a justificar en determinados casos la aplicación provisional. Entre ellas, como bien ha identificado A. Michie, están la certeza de la ratificación, la continuidad jurídica de un tratado para evitar *gaps* temporales en su aplicación, la coherencia jurídica en la aplicación respecto a otras partes de un tratado multilateral e incluso la intención de soslayar cuanto antes posibles obstáculos a la entrada en vigor de un tratado o transmitir un mensaje de confianza en determinadas prohibiciones o, incluso, en la puesta en marcha de determinadas instituciones internacionales de nuevo cuño⁹². De ahí, probablemente, se deriva el hecho de que la LTOAI no se refiera expresamente a la exigencia de «urgencia».

En suma, a nuestro entender, la ley consolida en el plano legislativo una práctica parlamentaria asentada y mantiene un razonable equilibrio entre

⁸⁹ En el plano internacional, del estudio realizado por Albane Gueslin de la base de datos de Naciones Unidas concluía que alrededor del 3 por 100 de los tratados internacionales (la mayor parte de ellos bilaterales) contenían una previsión de aplicación provisional; GUESLIN, A., *op. cit.*, nota 80 (*La mise...*), p. 347.

⁹⁰ De un análisis de las aplicaciones provisionales autorizadas en los últimos años se pueden extraer fácilmente dos conclusiones que, en nuestra opinión, respaldan el uso razonable que se hace en la práctica de este mecanismo. En primer lugar, por lo que respecta a los tratados bilaterales, la aplicación provisional tiene un empleo predominante en los acuerdos de sede y/o de aplicación de privilegios e inmunidades, donde ciertamente su empleo tiene lógica. En segundo lugar, en relación con los tratados multilaterales, el uso de la aplicación provisional resulta particularmente útil en el caso de los acuerdos financieros (p. ej., asistencia técnica) y, por supuesto, de los ya aludidos acuerdos celebrados en el marco de la Unión Europea. Para ser concretos, por lo que se refiere a 2014, de las siete aplicaciones provisionales de tratados bilaterales tres eran acuerdos de sede (Acuerdo entre el Reino de España y la Unión Europea sobre la Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo, *BOE* núm. 119, de 16 de mayo de 2014; Acuerdo entre el Reino de España y la Organización Mundial del Turismo para la celebración de la 98.ª Reunión del Consejo Ejecutivo, *BOE* núm. 133, de 2 de junio de 2014; Acuerdo entre el Gobierno del Reino de España y la Organización Conjunta de Cooperación en Materia de Armamento para el establecimiento de una oficina satélite del programa A400M en territorio español, *BOE* núm. 188, de 4 de agosto de 2014), otras dos lo fueron en materia de inmigración o visados (Acuerdo entre el Gobierno del Reino de España y el Gobierno de Granada sobre supresión recíproca de visados para titulares de pasaportes diplomáticos, *BOE* núm. 256, de 22 de octubre de 2014; Convenio entre el Reino de España y la República de Senegal sobre el traslado de personas condenadas, *BOE* núm. 114, de 10 de mayo de 2014) y los dos restantes conciernen temas de movilidad de jóvenes (Acuerdo entre el Gobierno del Reino de España y el Gobierno de Australia relativo al programa de movilidad para jóvenes, *BOE* núm. 228, de 19 de septiembre de 2014) y coproducción cinematográfica (Acuerdo entre el Reino de España y el Gobierno de la República Popular China de coproducción cinematográfica, *BOE* núm. 268, de 5 de noviembre de 2014).

⁹¹ Es una práctica también existente en el resto de Estados. Desde luego, dentro de la UE, donde hasta los Estados más reticentes a su uso (como es el caso de Portugal o Rumanía) han tenido que ir ideando mecanismos en su legislación interna para permitir los efectos propios de la aplicación provisional de los tratados, al menos en relación a los de la Unión Europea. Por otro lado, si existe aplicación provisional es porque el tratado en cuestión lo permite y, por ende, la contraparte (en el caso de tratados bilaterales) o contrapartes (si es un tratado multilateral) lo han aceptado.

⁹² MICHIE, A., «The Provisional Application of Treaties in South African Law and Practice», *South Africa Yearbook of International Law*, vol. 30, 2005, pp. 8-10; igualmente DALTON, R. E., *loc. cit.*, nota 80 («Provisional Application...»), pp. 220-221 y 234-238.

la potestad del Gobierno de autorizar aplicaciones provisionales de tratados cuando lo considere pertinente en ejercicio de su competencia exclusiva para dirigir la política exterior del Estado (art. 97 CE), y el correlativo poder de las Cortes Generales de adoptar la decisión final a propósito de aquellos tratados que requieran su autorización para la prestación del consentimiento (arts. 93 y 94.1 CE).

5.4. Rango jerárquico y eficacia directa de los tratados

a) Merece también la pena detenernos en el precepto de la ley que establece expresamente la *prevalencia* de los tratados internacionales «sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional» (art. 32). No tanto porque encarne una verdadera novedad, ya que en realidad el rango *infraconstitucional* se desprende implícitamente de la formulación del art. 95.1 de la Constitución y el carácter *supralegal* del inciso segundo del art. 96.1, así como de la interpretación jurisprudencial de ambos preceptos constitucionales⁹³. La ley, y ello es lo relevante, arroja claridad sobre la delicada cuestión de la aplicación interna y ofrece una respuesta directa al juez español⁹⁴, en el sentido reclamado anteriormente por la doctrina más solvente⁹⁵.

La ley no concreta, sin embargo, si la prevalencia sobre la ley incluye también a los tratados concluidos sobre la base del art. 94.2 de la Constitución, alimentando una posible discusión al respecto con argumentos de entidad en un sentido y otro. En coherencia con esta previsión sobre prevalencia, se hace mención en la ley a las posibilidades de control previo de constitu-

⁹³ No es, en todo caso, momento de detenerse en la ya bien estudiada (y discutida) cuestión sobre la posición del Derecho originario y derivado de la Unión Europea dentro del sistema de fuentes interno, así como la concreta incidencia de los principios de primacía y eficacia directa. En la actualidad, la discusión doctrinal se enfoca más bien hacia el tema de los límites de la atribución competencial derivada del art. 93 de la Constitución y la delicada cuestión de la «última palabra» en situaciones de posible conflicto interpretativo entre los Tribunales Constitucionales y el TJUE; véase, por todos, Díez HOCHLEITNER, J., «El derecho a la última palabra: ¿Tribunales Constitucionales o Tribunal de Justicia de la Unión?», en VVAA, *Tribunal Constitucional y diálogo entre tribunales: XVIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, CEPC, 2013, pp. 57-130.

⁹⁴ No en vano, coincidiendo temporalmente con la tramitación de esta ley, se ha planteado la cuestión de la existencia de una suerte de control de convencionalidad (Convenciones de Ginebra de 1949) respecto a leyes como la de reforma de la jurisdicción universal (Ley Orgánica 1/2014, de modificación de la LOPJ, relativa a la justicia universal, BOE núm. 63, de 14 de marzo de 2014), sobre la que el TC está llamado a pronunciarse en el marco del recurso de inconstitucionalidad (recurso de inconstitucionalidad núm. 3754/2014, admitido a trámite por Providencia del Pleno del TC de 22 de julio de 2014).

⁹⁵ Puede recordarse la propuesta realizada en este sentido por Luis Ignacio Sánchez Rodríguez en sus observaciones al anteproyecto de ley de 1985; «Problemas básicos de la práctica española en materia de celebración de tratados: propuestas legislativas», en VVAA, *op. cit.*, nota 6 (*La celebración de tratados internacionales...*), pp. 75-94, en p. 93. Véase, igualmente, ROLDÁN BARBERO, J., «El juez español y el Derecho internacional», en SANZ CABALLERO, S. y ABRIL STOFFLES, R. (coords.), *Retos de la jurisdicción internacional*, Pamplona, Civitas, 2012, pp. 155-200; IGLESIAS VELASCO, A. J., «Reflexiones sobre la implementación de los tratados internacionales por los tribunales domésticos: especial referencia a España», *Anuario Español de Derecho Internacional*, 2013, núm. 29, pp. 165-216.

cionalidad de un tratado (art. 19)⁹⁶ y de declaración de inconstitucionalidad por parte del TC (art. 32)⁹⁷ en los términos regulados en su Ley Orgánica⁹⁸. *Stricto sensu* podrían considerarse disposiciones innecesarias, pero, insisto, resulta didáctica y clarificadora su inclusión, sin que ello lógicamente altere en modo alguno los problemas de toda índole (conceptual y práctica) que conllevaría cualquier declaración de inconstitucionalidad de un tratado válidamente celebrado en relación con el art. 46 de la Convención de Viena («violación manifiesta» que «afecte a una norma de importancia fundamental en su derecho interno»). La LTOAI, por el contrario, no hace mención alguna a la posibilidad de un control indirecto de un tratado internacional a través de un recurso de amparo, probablemente por coherencia con la LOTC y con el carácter no orgánico de la ley, si bien parece obvio que tal posibilidad pervive en la práctica⁹⁹.

b) En este mismo orden de cosas, también resulta digna de mención la regulación de la *ejecución* de los tratados. De entrada, es relevante la mención expresa a que «[l]os tratados internacionales serán de aplicación directa, a menos que de su texto se desprenda que dicha aplicación queda condicionada a la aprobación de leyes o disposiciones reglamentarias pertinentes» (art. 30.1). El principio general de *aplicación directa* de los tratados queda, pues, claramente formulado, aunque en la práctica no suponga cambio alguno respecto a la situación existente antes de la ley¹⁰⁰. Y, respecto a la ejecución,

⁹⁶ Como es sabido, hasta el momento tan sólo en dos ocasiones el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse en el marco del control previo de constitucionalidad y ambos casos han tenido como marco proyectadas reformas de los tratados constitutivos de la UE; Declaración 1/1992 (BOE núm. 177, de 24 de junio de 1992) y Declaración 1/2004 del Tribunal Constitucional, de 13 de diciembre de 2004 (BOE núm. 3, de 4 de enero de 2005). Véase, en relación con la primera de esas declaraciones, MANGAS MARTÍN, A., «La Declaración del Tribunal Constitucional sobre el art. 13.2 CE: una reforma constitucional innecesaria o insuficiente», *REDI*, vol. XLIV, 1992, pp. 381-394; y, por lo que se refiere a la segunda, MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., «Hacia una nueva concepción del art. 93 de la Constitución: comentario a la Declaración 1/2004 del Tribunal Constitucional», *REDI*, 2005, pp. 799-818.

⁹⁷ Más escasa aún es la jurisprudencia constitucional existente al amparo de este precepto, que se limita en realidad a la inconstitucionalidad (sin efecto de anulación) del Decreto-ley 14/1998, de 9 de octubre (posteriormente Ley 13/1999, de 21 de abril), de adhesión de España a diversos acuerdos del FMI; STC 155/2005, de 9 de junio (BOE núm. 162, de 8 de julio de 2005). Véase, por ejemplo, SALINAS DE FRÍAS, A., «La reafirmación del necesario control parlamentario de la actividad convencional del ejecutivo. Comentario a la Sentencia 155/2005, de 9 de junio, del Tribunal Constitucional», *REDI*, vol. LVII, 2005, pp. 121-143; URREA CORRES, M., «La autorización parlamentaria en la celebración de tratados internacionales: una reserva orgánica y de procedimiento: comentario a la STC 155/2005», *RGDE*, núm. 10, 2006 (www.iustel.com).

⁹⁸ Véase el art. 161.1.a) de la Constitución puesto en conexión con los arts. 31 y 32.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional en relación con posibles recursos de inconstitucionalidad contra tratados internacionales. Y los arts. 78 y 79 de la Ley Orgánica por lo que concierne a la declaración sobre la constitucionalidad de los tratados internacionales.

⁹⁹ Baste recordar a este respecto la reciente STC 26/2014, de 13 de febrero, recaída en el asunto *Stefano Melloni* (BOE núm. 60, de 11 de marzo de 2014), bien conocido por haber sido el marco en el que nuestro Tribunal Constitucional planteó por primera vez una cuestión prejudicial al TJUE (Sentencia de 26 de febrero de 2013, C-399/11). Véase, por todos, IZQUIERDO SANS, C., «Sobre lo que opina el TJ en relación con la definición del nivel de protección de un derecho fundamental por parte de la legislación de la Unión», *La Ley y Unión Europea*, 2013, núm. 4, pp. 3-10.

¹⁰⁰ No es momento de detenernos en viejas disquisiciones a propósito de si nuestro sistema respondería a un modelo dualista moderado (PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho internacional Público*

es tarea del Gobierno, conforme al art. 97 de la Constitución, la función ejecutiva y la potestad reglamentaria respecto de los tratados, salvo que corresponda a las CCAA por encajar dentro de su ámbito competencial (art. 30.3). Si el tratado en cuestión requiriese para su ejecución la aprobación de una ley, corresponderá al Gobierno remitir a las Cortes Generales los pertinentes proyectos de ley (art. 30.2), a los cuales lógicamente se les aplica la exigencia de dictamen del Consejo de Estado¹⁰¹. Esta disposición, al margen de la consideración que se pueda tener sobre su conveniencia por ir más allá de las exigencias derivadas del art. 26 de la Convención de Viena, no parece ser una inclusión casual. Más bien trasluce una clara invitación al Estado a ser particularmente meticuloso a la hora de negociar la formulación de los tratados internacionales y a realizar, en su caso, las declaraciones pertinentes¹⁰².

5.5. La diferenciación entre tratados de enmienda y enmiendas simplificadas

También resulta digna de mención la diferenciación que hace la ley entre tratados de enmienda (art. 36.1) y enmiendas simplificadas (art. 36.2). Así, la enmienda de un tratado se llevará a cabo, conforme a lo previsto en el art. 39 de la Convención de Viena, y si nada establece el tratado al respecto, mediante la conclusión de un nuevo tratado entre las partes (art. 36.1), que lógicamente exigirá el cumplimiento de todas las formalidades internas recogidas en el título II de la ley. Ahora bien, la ley da acogida también a una práctica realmente frecuente, en virtud de la cual cabe una enmienda adoptada conforme a un procedimiento previsto en el tratado que no exija ninguna decisión adicional por parte del Estado parte [art. 36.2.a)]¹⁰³ o una enmienda

y *Organizaciones Internacionales*, Madrid, Tecnos, 12.ª ed., 2008, p. 179) o, más bien, a un modelo de *monismo moderado* (CASANOVAS, O. y RODRIGO, A. J., *Compendio de Derecho Internacional Público*, Madrid, Tecnos, 3.ª ed., 2014, p. 137; MANGAS MARTÍN, A., «La recepción del Derecho internacional por los ordenamientos internos», en Díez de Velasco, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Madrid, Tecnos, 18.ª ed., 2013, pp. 247-271). Sí parece, con todo claro, que los tratados producen efectos jurídicos plenos desde su publicación íntegra en el *BOE*, resultando susceptibles de crear derechos y obligaciones invocables por los particulares si se encuentran recogidos en disposiciones de tratados que no exijan medidas de ejecución previas. Acaso, en aras de una mayor coherencia y precisión, hubiera sido recomendable que la redacción de este apartado primero del art. 30 hubiera hecho referencia explícita al requisito de «válidamente celebrados», como acertadamente hacen los arts. 28.1 y 31.

¹⁰¹ Recuérdese que el art. 21.2 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado prevé la consulta al Pleno respecto de los «anteproyectos de leyes que hayan de dictarse en ejecución, cumplimiento o desarrollo de tratados, convenios o acuerdos internacionales». Lo propio cabe afirmar también en relación con la ejecución reglamentaria, correspondiendo en ese caso a la Comisión Permanente del Consejo de Estado la emisión de dictamen, conforme a lo previsto en el art. 22.2 de la ya citada Ley Orgánica.

¹⁰² Véase ESPÓRTO, C., «Sobre la ley de tratados y otros acuerdos internacionales», 19 de diciembre de 2014, <http://aquiescencia.net> (última entrada, 12 de enero de 2015). Para este autor, esta disposición ha «ido más allá de lo exigido por el Derecho internacional general» y resulta excesiva e innecesaria. Subraya, igualmente, que «esa presunción le obligará [al Estado] a ser más cuidadoso con el efecto de los tratados en el ordenamiento interno, teniendo que expresar sus intenciones de manera explícita con declaraciones en los tratados».

¹⁰³ Entre los más recientes, es, por ejemplo, el caso de las Modificaciones al Reglamento del Tratado de Cooperación en Materia de Patentes (PCT), adoptadas en la 44.ª sesión de la Unión del PCT

adoptada, cuya entrada en vigor se hace una vez transcurrido un determinado plazo de tiempo sin oposición expresa del Estado [art. 36.2.b) LTOAI]¹⁰⁴. Estamos ante una suerte de manifestación del consentimiento mediante silencio o no objeción¹⁰⁵. Ambas enmiendas requieren, en todo caso, toma de conocimiento por parte del Consejo de Ministros.

6. LOS ACUERDOS INTERNACIONALES ADMINISTRATIVOS: UN INSTRUMENTO JURÍDICO DE IMPORTANCIA CRECIENTE

6.1. Inclusión en la ley de otro tipo de acuerdos internacionales asentados en la práctica española

La ley regula los AIA como un segundo tipo de acuerdo internacional que, al igual que los tratados internacionales, se rigen por el Derecho internacional [art. 2.b)], son susceptibles de generar obligaciones jurídicas internacionales y, una vez publicados en el *Boletín Oficial del Estado*, forman parte del ordenamiento jurídico español (art. 41.4). A efectos materiales, los AIA disponen de idéntico efecto que los tratados regulados en el art. 96 de la Constitución, si bien su celebración exige cobertura formal y material en un previo tratado [arts. 2.b) y 38.3 LTOAI]. No son, empero, tratados en sentido estricto (art. 2b), ya que pueden ser celebrados por órganos, organismos o entes de las administraciones públicas [arts. 2.b) y 38.1 LTOAI], incluidas en su caso las CCAA (art. 52 LTOAI)¹⁰⁶; y la tramitación interna no exige cumplir con los procedimientos propios de los tratados (art. 40). En realidad, la definición y regulación de los AIA no tiene tampoco mucho de original, ya que se basa en la doctrina establecida por el propio Consejo de Estado desde 1990¹⁰⁷ y

(19.^a ordinaria), que tuvo lugar del 23 de septiembre al 2 de octubre de 2013 (BOE núm. 189, de 5 de agosto de 2014).

¹⁰⁴ De la práctica reciente, puede citarse, como botón de muestra, las enmiendas de 2012 al Convenio Internacional para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar, 1974, adoptadas el 24 de mayo de 2012 mediante la Resolución MSC.325 (90) (BOE núm. 133, de 2 de junio de 2014); las Enmiendas de 2012 al Código de 2012 al Código Internacional de Seguridad para la navegación de gran velocidad, 2000 (Código NGV 2000) adoptadas en Londres el 24 de mayo de 2012 mediante Resolución MSC 326 (90) (BOE núm. 131, de 30 de mayo de 2014); enmiendas de 2012 al Código Internacional de sistemas de seguridad contra incendios (Código SSCI) mediante Resolución MSC.327 (90) (BOE núm. 76, de 29 de marzo de 2012); enmiendas de 2012 al Protocolo de 1988 relativo al Convenio Internacional sobre Líneas de Carga, 1966 enmendado, adoptadas en Londres el 24 de mayo de 2012 mediante la Resolución MSC 329 (90) (BOE núm. 131, de 30 de mayo de 2014); enmiendas de 2012 al Código Internacional para la construcción y el equipo de buques que transporten productos químicos peligrosos a granel (Código CIQ), Resolución MSC.340 (91) (BOE núm. 147, de 18 de junio de 2014).

¹⁰⁵ A propósito de las reglas que rigen el silencio como forma de manifestación del consentimiento en obligarse por tratados, véase PASTOR PALOMAR, A., *Las formas de manifestación del consentimiento para obligarse por tratados internacionales: análisis de la práctica española*, Madrid, Biblioteca Diplomática Española, 2001, pp. 379-380 y 399-407.

¹⁰⁶ Véase, igualmente, el art. 11.4 de la Ley 2/2014, de Acción y del Servicio Exterior el Estado, *op. cit.*

¹⁰⁷ En este sentido, el Dictamen núm. 55.253, de 22 de noviembre de 1990, aborda con claridad la cuestión y entabla un interesante debate conceptual en relación con la tesis que había sosteni-

asumida hace tiempo por la práctica española como una de las modalidades posibles para la ejecución de un tratado internacional¹⁰⁸. Es, además, una denominación que ha sido aceptada plenamente por otras partes con las que España ha celebrado tratados internacionales que incluyan tal posibilidad¹⁰⁹ y, de hecho, su uso es comúnmente asumido tanto por Estados¹¹⁰ como por organizaciones internacionales¹¹¹.

Varios son los problemas que plantea este tipo de acuerdos. Así, el Consejo de Estado ha considerado que el concepto empleado por la ley resulta excesivamente restrictivo (6.2) y un sector de la doctrina estima que puede ser susceptible de «escamotear» competencias de las Cortes Generales (6.3). En nuestra opinión, no son esos, empero, los problemas más sobresalientes, al menos desde una perspectiva conceptual relativa a su verdadera naturaleza jurídica (6.4).

do la Asesoría Jurídica Internacional en su informe de calificación a propósito de la existencia de «acuerdos de ejecución» que quedarían fuera del concepto de tratado internacional. El Consejo de Estado rechaza, en lo sustancial, esa tesis, pero acepta que «no todos los actos de ejecución de un tratado realizados de común acuerdo por órganos de las partes constituyen convenios internacionales». Consideró que «existen numerosos tratados cuya ejecución no se realiza unilateralmente por cada uno de los Estados contratantes, sino que se confía a la constante colaboración de los órganos de las Administraciones públicas de dichos Estados competentes en la materia sobre la que recae el tratado». Y el Consejo de Estado concluía que «estos acuerdos entre los órganos administrativos de las Partes que sean competentes por razón de la materia pueden venir previstos en el tratado principal correspondiente, que normalmente designará por su nombre a los órganos que hayan de contratar y delimitará el contenido del futuro acuerdo». Es más, por lo que aquí más interesa, el Consejo de Estado reflexionaba *de lege ferenda* y consideraba que «una futura ley reguladora de la Administración en materia de tratados podría atribuir al ministro de Asuntos Exteriores la competencia para autorizar la firma de acuerdos de ejecución y otros acuerdos de carácter subordinado». Y eso es precisamente lo que hace la LTOAI.

¹⁰⁸ Lógicamente, la ejecución puede hacerse también por instrumentos diferentes al AIA. Cabe, sin duda, hacerlo mediante un tratado o incluso mediante un acuerdo sometido al Derecho interno.

¹⁰⁹ Por su relevancia y dificultad intrínseca en la negociación de esa concreta cláusula, puede ponerse como botón de muestra el II Protocolo de Enmienda del Convenio de Cooperación para la Defensa entre España y Estados Unidos de América, de 1 de diciembre de 1988, hecho el 10 de octubre de 2012 (BOE núm. 138, de 10 de junio de 2013). Su art. 3 prevé que las «Partes podrán celebrar acuerdos administrativos en desarrollo del presente Segundo Protocolo de Enmienda, según sea necesario, siempre que esos acuerdos sean conformes con el Convenio y con las respectivas legislaciones nacionales de las Partes». En la versión inglesa, se hace alusión a ellos como *administrative agreements*, con lo que queda claramente establecida la distinción respecto a los tratados en sentido propio, ya se trate de *treaties* o de *executive agreements*, según concurren o no poderes del Senado para autorizar la prestación del consentimiento.

¹¹⁰ Aunque quizá algo desfasada ya en algunos aspectos, una excelente referencia doctrinal para conocer el Derecho comparado en la materia sigue siendo CONSEIL DE L'EUROPE/INSTITUT BRITANNIQUE DE DROIT INTERNATIONAL ET DE DROIT COMPARÉ (ed.), *Conclusion des traités - Expression par les États du consentement à être liés par un traité*, La Haya, Kluwer Law International, 2001, especialmente pp. 103-290.

¹¹¹ En el caso de la UE, también se ha hecho distinción entre *administrative arrangements* («between the Commission —or Commission's services— or the EEAS and administrations of third countries or international organizations [...] frequently concluded on technical/administrative matters») y *political commitments* [«of the EU towards third countries, a third country's administration, an international organization or other international for [...] adopted in various forms: Memoranda of understanding (MoUs), Declarations, Joint (Press) Statements, Codes of Conduct, Arrangements, letters of intent, etc.»]; Comisión Europea, *Vademecum on the External Action of the European Union*, SEC (2011) 881/3, p. 52. Ciertamente que en el caso de la UE considera ambos instrumentos como *non binding instruments*.

6.2. Alcance material del concepto de acuerdo internacional administrativo

En efecto, el Consejo de Estado sostuvo en su Dictamen de 3 de octubre de 2013 que el concepto de AIA establecido por la ley resulta excesivamente restrictivo por no incluir algunos tipos de acuerdos que no tienen cobertura material y formal en un tratado internacional, pero regulan aspectos que pueden hacer las administraciones por propia autoridad y sin afectar a normas con rango legal ni requerir medidas legislativas para su ejecución¹¹².

A este respecto, resulta evidente que efectivamente también existen acuerdos de naturaleza administrativa que tratan aspectos que en el Derecho interno están regulados «por vía reglamentaria y no de rango legal, sin afectar ni modificar, por tanto, la normativa legalmente establecida ni exigir medidas legislativas para su ejecución *por los Estados que lo suscriben*». Para empezar, si, como sostiene el Consejo de Estado, esos acuerdos están suscritos por Estados, nada impide que puedan ser considerados verdaderos tratados internacionales en el sentido del art. 94.2 de la Constitución. De hecho, la única diferencia con otros tratados internacionales que pudieran versar sobre cuestiones que en el Derecho interno sí estén reguladas por normas de rango legal, se centraría en la exigencia de tramitación conforme a las previsiones del art. 94.1.e) de la Constitución, pero para nada afectaría a su naturaleza de tratado internacional; y si dicho acuerdo no tiene naturaleza jurídica de tratado internacional y no se funda en ningún tratado previo, los derechos y obligaciones que pudiera generar no son propios del Derecho internacional (la práctica invita a sostener que se remitiría al ordenamiento interno). Además, en nuestra opinión, los ejemplos que cita el Consejo de Estado para sustentar su posición no terminan de ser adecuados¹¹³. Por lo demás, a este respecto, en nada cambia la ley la posibilidad de que, sin autorización de las

¹¹² En concreto, el Consejo de Estado se refería a acuerdos «en los que se tratan cuestiones propias de la actividad administrativa, que se ocupan de materias que la Administración puede regular por propia autoridad, versando sobre cuestiones que en el Derecho interno están reguladas por vía reglamentaria y no de rango legal, sin afectar ni modificar, por tanto, la normativa legalmente establecida ni exigir medidas legislativas para su ejecución por los Estados que los suscriben» (p. 21).

¹¹³ En este caso, el Consejo de Estado cita tres dictámenes que, en realidad, se refieren a verdaderos tratados internacionales, basados en el art. 94.2 de la Constitución, y no a AIA en sentido propio. Además, en lo relativo a la calificación, el Consejo de Estado se limitó en los dictámenes aludidos a establecer que «la prestación del consentimiento del Estado para obligarse por medio del Acuerdo consultado no requiere la previa autorización de las Cortes Generales» en el sentido exigido por el art. 94.1 de la Constitución.

El Dictamen 826/1992 tiene como fundamento el Reglamento núm. 56 sobre Prescripciones uniformes relativas a la homologación de los proyectos para ciclomotores y vehículos tratados como tales (Revisión 1), anejo al Acuerdo de Ginebra, de 20 de marzo, sobre cumplimiento de condiciones uniformes de homologación y reconocimiento recíproco de la homologación de equipos y piezas de vehículos de motor. El Consejo de Estado en un dictamen muy breve —en el fondo es un dictamen reiterativo de otros muchos de carácter previo en los que ya se había pronunciado sobre Reglamentos anejos al Acuerdo de Ginebra citado— se limita a establecer que este tipo de Reglamentos técnicos «no quedan comprendidos en ninguno de los apartados del art. 94.1 de la Constitución, ya que están dedicados a la homologación de objetos y actividades y la homologación es una función típica de la policía administrativa para cuyo ejercicio no necesita el Gobierno autorización parlamentaria» (Dictamen 826/1992,

Cortes, se puedan seguir celebrando tratados internacionales en cuestiones propias de la actividad de policía administrativa con base en el art. 94.2 de la Constitución. Cuestión diferente, y a la que en realidad se refiere la ley, es que, si existe cobertura formal y material en un tratado previo, se pueden celebrar acuerdos internacionales distintos al tratado que la ley caracteriza como un AIA.

En realidad, en este particular, el Dictamen del Consejo de Estado se funda en un Informe de la Abogacía General del Estado de 2003 en el que los acuerdos internacionales administrativos son definidos como «acuerdos concluidos por órganos de la Administración o entes infraestatales y cuyo ámbito característico es la cooperación técnica, cultural, económica y la ayuda humanitaria»¹¹⁴. A nuestro entender, esta definición resulta excesivamente amplia e incluye modalidades muy diversas de acuerdos internacionales. De hecho, aglutina, en realidad, tanto a los AIA *stricto sensu*, susceptibles de generar verdaderas obligaciones internacionales, como también los acuerdos no normativos¹¹⁵, y los acuerdos con elementos internacionales sometidos al Derecho interno¹¹⁶. Por tanto, a nuestro juicio, en relación con los acuerdos

de 10 de septiembre, apdo. 3 *in fine*). Este Dictamen recoge, en realidad, lo ya establecido poco antes en su anterior Dictamen 1601/1991.

En términos similares, el Dictamen 1401/1992 se refiere, por su parte, a la Revisión 3 del Reglamento núm. 16 sobre prescripciones uniformes relativas a la homologación de cinturones de seguridad y dispositivos de retención para los ocupantes adultos de vehículos automóviles, anejo al Acuerdo de Ginebra de 20 de marzo de 1958 en el que, en realidad, el Consejo de Estado en un dictamen igualmente breve se limita a establecer que este tipo de Reglamentos «no dan lugar a la aplicación de ninguno de los apartados del art. 94.1 de la Constitución», por lo que «no necesita el Gobierno autorización de las Cortes» (Dictamen 1401/1992, de 3 de diciembre, apdo. 2 *in fine*).

En muy parecido sentido, el Dictamen 1738/1994 examina el Acuerdo Multilateral relativo al transporte de sólidos inflamables de la clase 4.1 que deroga parcialmente los Anejos del Acuerdo Europeo de 30 de septiembre de 1957 sobre Transporte Internacional de Mercancías Peligrosas por Carretera. El Consejo de Estado consideró, en el mismo sentido que había propuesto el MAEC, que «los acuerdos internacionales del género del que ahora se despacha no requieren autorización de las Cortes, en cuanto que se ocupan de cuestiones propias de la actividad de policía administrativa (como la homologación de características técnicas a efectos de autorización) y ésta es materia que el Gobierno puede regular por propia autoridad» (Dictamen 1738/1994, de 3 de noviembre, apdo. 4).

¹¹⁴ Informe de la Abogacía General del Estado-Dirección de Servicio Jurídico del Estado, de 15 de octubre de 2003.

¹¹⁵ En este sentido, Antonio PASTOR PALOMAR ha llegado a considerar que «la Abogacía General del Estado confunde los acuerdos no normativos o políticos con los acuerdos internacionales administrativos, sometiéndolos al mismo régimen por comparación al régimen de los tratados internacionales»; en «Tipos de acuerdos internacionales celebrados por España: al hilo del proyecto de ley de tratados internacionales y otros acuerdos internacionales de noviembre de 2013», *REDI*, vol. LXVI, 2014, pp. 331-337, en p. 332.

¹¹⁶ A este respecto, conviene aclarar finalmente que el objeto de la ley no incluye todos los acuerdos internacionales con algún tipo de dimensión internacional. Como expresaba desde su primera versión la *Memoria de Análisis de impacto normativo del anteproyecto de ley de tratados y otros acuerdos internacionales* que el Gobierno remitió a las Cortes Generales junto al proyecto de ley, quedan fuera de la ley acuerdos cuyo régimen jurídico se rija por el Derecho interno. En concreto, la Memoria establece que «no entrarían en el ámbito de aplicación material del Anteproyecto de Ley los siguientes instrumentos jurídicos: los acuerdos con sujetos de Derecho internacional cuyos efectos jurídicos no son regidos por este Derecho, sino por el Derecho interno; las obligaciones internacionales de España originadas por una fuente distinta a la de los tratados, por ejemplo, por la costumbre internacional o por los actos de las organizaciones internacionales, salvo que estos actos institucionales requieran un

que sí encajan en el objeto de la LTOAI conviene diferenciar claramente entre las modalidades de los AIA y los AINN, aunque ello pueda conllevar definiciones algo más farragosas en su formulación de lo deseable. Y, en relación con los acuerdos con elementos internacionales sometidos al Derecho interno, dada su naturaleza bien diferente y dada también la heterogeneidad posible existente entre ellos (convenios de colaboración, acuerdos interadministrativos e incluso algunos contratos), consideramos, con el legislador, que lo más recomendable es dejar su regulación fuera de la LTOAI. Una adecuada ubicación sería la legislación administrativa en la materia, probablemente en la Ley de Régimen Jurídico del Estado y de Procedimiento Común¹¹⁷.

6.3. Tramitación simplificada de los acuerdos internacionales administrativos

La regulación de los AIA ha sido criticada también por sus carencias en relación con el control parlamentario como consecuencia de la falta de información de las Cortes Generales sobre estos acuerdos¹¹⁸. Cabe, sin embargo, recordar que este tipo de acuerdos no sólo reclama publicación en el *BOE*

consentimiento de factura convencional; los acuerdos verbales; los acuerdos, convenios o contratos de Derecho administrativo no regidos por el Derecho internacional público y previstos en el art. 4.1.c) del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, así como los previstos en las normas administrativas específicas, como el Real Decreto-Ley 191/2012, de 25 de mayo, de medidas urgentes de liberalización del comercio de determinados servicios. Dichos acuerdos o convenios «administrativos», que pueden celebrar las Administraciones Públicas de España con otras extranjeras, con base en tales normas administrativas y en materias de su competencia, se rigen por una fuente de Derecho distinta al Derecho internacional público y son independientes de los tratados internacionales». Por supuesto, también quedan fuera del ámbito de aplicación de la ley los «acuerdos con una posible dimensión internacional regidos por el Derecho privado, los contratos laborales, los contratos de prestación de servicios, los contratos regulados en la Ley de Contratos del Sector Público, los negocios y las relaciones jurídicas excluidos de la Ley de Contratos del Sector Público relacionados con su art. 4 [letras a) a r)], los contratos regulados por el Real Decreto-Ley 19/2012, de 25 de mayo, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios, los convenios de colaboración administrativa del art. 6 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y el art. 57 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local».

¹¹⁷ Se podría ubicar, en concreto, en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, cuya elaboración anunció el Gobierno tras el Consejo de Ministros de 30 de abril de 2014 y cuyo informe de Anteproyecto de ley fue recibido por el Consejo de Ministros de 9 de enero de 2015. Así, a la hora de regular las técnicas funcionales de cooperación, se puede incluir, junto a los convenios interadministrativos firmados entre dos o más administraciones y los convenios firmados entre una administración pública y un sujeto privado, una previsión *ad hoc* para este tipo de acuerdos. Una formulación adecuada podría ser la siguiente: «Convenios no constitutivos ni de tratado internacional ni de acuerdo internacional administrativo ni de acuerdo internacional no normativo, firmados entre las Administraciones Públicas y los órganos, organismos o entes de un sujeto de Derecho internacional que queden sometidos al ordenamiento jurídico interno que determinen las partes». Con ello, se lograría colmar cualquier laguna posible, existiría plena coherencia entre ambas leyes y se acabaría con posibles contradicciones que pudieran surgir entre la Abogacía del Estado y la Asesoría Jurídica Internacional del MAEC a la hora de calificar en la práctica algunos acuerdos con elementos internacionales cuya calificación no siempre es sencilla.

¹¹⁸ Véase FERNÁNDEZ TOMÁS, A., *loc. cit.*, nota 50 («Parliamentary control...»), especialmente pp. 79-80.

(art. 41.1), sino que serán informados previamente por la Asesoría Jurídica Internacional del MAEC para verificar que no encubran en realidad un tratado internacional (art. 39.1). Mal puede alegarse, pues, falta de conocimiento o inexistencia de control parlamentario. Antes al contrario. Caso de fundarse el AIA en un tratado que exija previa autorización parlamentaria para la manifestación del consentimiento en el sentido exigido por los arts. 93 y 94.1 de la Constitución, las Cortes habrán de haber autorizado *ex ante* que el tratado en cuestión contenga la aludida posibilidad de celebrar AIA a su amparo; si, por el contrario, el tratado de cobertura es de los previstos en el art. 94.2 de la Constitución —aunque en la práctica raros son los tratados que no terminen encajando en uno o varios de los apartados del art. 94.1—, no dejará de ser potestad del Gobierno la aceptación en su contenido de una cláusula sobre la que fundar los AIA y, en todo caso, habrá informado puntualmente a las Cortes de su celebración. Por otro lado, nada impide, por supuesto, que las Cortes Generales ejerzan *ex post* el correspondiente control respecto del Gobierno a propósito del uso dado a la posibilidad prevista (y previamente autorizada) en el tratado de cobertura. Como tampoco impide la ley que regularmente el Gobierno pueda informar a las Cortes Generales a propósito de los AIA que celebre. Sería, por cierto, una práctica muy deseable.

Con todo, creemos que algunas de las críticas y de las reticencias frente a los AIA podrían derivar de los controvertidos acuerdos que se celebraron en el verano de 2012 para regular la asistencia financiera España¹¹⁹. Más allá de este caso concreto y absolutamente excepcional, la realidad es que cada año se celebran decenas de AIA en las más variadas materias sin que la cobertura material y formal en un tratado internacional previo plantee dificultad alguna. Esta rica práctica encuentra cobertura formal tanto en tratados bilaterales¹²⁰ como multilaterales¹²¹, incluidos los celebrados por una organización internacional con competencia propia para ello¹²². Cabe incluso plantearse

¹¹⁹ Acuerdo Marco de Asistencia Financiera entre la Facilidad Europea de Estabilización Financiera y España, el FROB y el Banco de España, de 24 de julio de 2012, *BOE* núm. 296, de 10 de diciembre de 2012; Memorando de Entendimiento sobre condiciones de política sectorial financiera entre España y la Comisión Europea, de 23 de julio de 2012, *BOE* núm. 296, de 10 de diciembre de 2012. Ambos acuerdos encuentran cobertura en el previo Acuerdo Marco de la Facilidad Europea de Estabilización Financiera (FEEF), suscrito entre 16 Estados del Euro y la FEEF, de 10 de junio de 2010 (*BOE* núm. 164, de 11 de julio de 2011). La publicación de estos instrumentos en el *Boletín Oficial del Estado* podría haberse hecho con mayor celeridad y el contenido de aquéllos es ciertamente amplio, pero creemos que, al margen de la excepcionalidad manifiesta del caso, resultan perfectamente calificables como AIA.

¹²⁰ Es, por ejemplo, el caso del Acuerdo administrativo entre España y Estados Unidos, de 30 de septiembre de 1986, para la aplicación del Convenio sobre Seguridad Social acordado sobre la base del art. 21 de éste (*BOE* núm. 76, de 29 de mayo de 1988). Entre los más recientes, puede verse, por ejemplo, el Acuerdo Administrativo entre el Programa Mundial de Alimentos y el Reino de España, representado por la Secretaría General de Cooperación Internacional para el Desarrollo y el Organismo Público Puertos del Estado, relativo al uso por el Programa Mundial de Alimentos de oficinas e instalaciones ubicadas en las Palmas de Gran Canaria, hecho en Madrid el 10 de abril de 2014 (*BOE* núm. 186, de 1 de agosto de 2014).

¹²¹ Probablemente son los tratados sobre concesión de privilegios e inmunidades de organizaciones internacionales los más dados a contener autorizaciones expresas para la celebración de AIA.

¹²² Sin duda, la Unión Europea es el ejemplo por antonomasia y el sector de los acuerdos de readmisión con Estados terceros un ámbito particularmente abonado para este tipo de acuerdos. Véase,

si un acto de una organización internacional puede dar cobertura suficiente a la celebración de un AIA. Así, en la práctica se ha planteado, dentro del peculiar ámbito de la UE, la controvertida cuestión de si un acto de Derecho derivado, como un Reglamento¹²³, una Decisión¹²⁴ o incluso una Directiva¹²⁵ podrían servir de cobertura suficiente para un AIA. También se ha planteado esta cuestión en relación con actos de otras organizaciones internacionales, como puede ser sobre todo el caso de Resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas¹²⁶. Y la tendencia, ciertamente, es a aceptarlo.

por ejemplo, el Acuerdo entre la Federación Rusa y la Comunidad Europea sobre readmisión, de 25 de mayo de 2006 (art. 20), *DOUE* L 129, de 17 de mayo de 2007, p. 40. Su art. 20 prevé expresamente la celebración de Protocolos de aplicación del Acuerdo entre la Federación rusa y los Estados miembros, en materias de autoridades competentes, modalidades de readmisión, condiciones aplicables a la escolta, etc. Véase *in extenso* sobre este Acuerdo, COM (2006) 191 final, de 27 de abril. El Protocolo de Ejecución entre España y la Federación rusa se hizo en Kazán el 26 de mayo de 2010, *BOE* núm. 199, de 20 de agosto de 2012.

¹²³ Los Reglamentos (CEE) 1408/71 y 574/72 prevén, en materia de aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena (y sus familiares) que se desplazan dentro de la Unión, un sistema de reembolso de los gastos por las prestaciones en especie que exige acuerdos entre Estados. Sobre esta base, se ha celebrado, por ejemplo, el Acuerdo entre las Autoridades competentes del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y la Autoridad competente del Reino de España sobre el reembolso de los gastos por prestaciones en especie con arreglo a las disposiciones de los Reglamentos (CEE) 1408/71 y 574/72, hecho el 18 de junio de 1999, *BOE* núm. 93, de 18 de abril de 2001. De naturaleza semejante son también, por ejemplo, los acuerdos para la aprobación de los estatutos de los consorcios europeos de infraestructuras de investigación (conocidos por sus siglas en inglés ERICs) que regulan su estructura, funcionamiento e incluso contienen pequeñas exenciones fiscales y están basados en el art. 5.1.b) del Reglamento 723/2009, del Consejo, de 25 de junio, relativo al marco jurídico comunitario aplicable a los Consorcios de Infraestructuras de Investigación Europeas, ERICs; *DOUE* L 206, de 8 de agosto de 2009, p. 1. Puede, igualmente, citarse los acuerdos constitutivos de agrupaciones europeas de cooperación territorial, cuyos estatutos se aprueban conforme al Reglamento (CE) 1082/2006, modificado posteriormente por el Reglamento (UE) 1302/2013.

¹²⁴ La Decisión 2002/187/JAI del Consejo, por la que se crea Eurojust, modificada por Decisión 2009/426/JAI del Consejo, por la que se refuerza Eurojust, permite, por mor de sus arts. 12.5.a), 12.6, 13.1 y 13 bis, la celebración, por ejemplo, de un Memorándum de entendimiento sobre establecimiento de una conexión segura entre Eurojust y España por el que se regule el establecimiento, puesta en funcionamiento y operación de una conexión segura con Eurojust que permita la transmisión de información entre las Partes.

¹²⁵ La Directiva 2006/67/CE, del Consejo, de 24 de julio, por la que se obliga a los Estados miembros a mantener un nivel mínimo de reservas de petróleo crudo y productos petrolíferos prevé en su art. 7.1 la posibilidad de constitución de dichas reservas mediante acuerdos entre Gobiernos (*DOUE* L 217, de 8 de agosto de 2006). A su amparo se ha celebrado, por ejemplo, el Acuerdo entre el Reino de España y la República Portuguesa sobre el mantenimiento recíproco de reservas de crudo y productos del petróleo, hecho en Lisboa el 8 de marzo de 2007, *BOE* núm. 171, de 16 de julio de 2008. Otros acuerdos semejantes se han celebrado con Irlanda (*BOE* núm. 37, de 12 de febrero de 2013) o con Malta (*BOE* núm. 184, de 2 de agosto de 2013).

¹²⁶ Es, por ejemplo, el caso de los diversos Memorandos de Entendimiento celebrados entre el Gobierno de España y la ONU para regular la participación de la Guardia Civil en MINUSTAH (Haití), que encuentran su fundamento en la Resolución 1542 (2004) del Consejo de Seguridad y, posteriormente, en la Resolución 1908 (2010) del Consejo de Seguridad por la que se aumentan las capacidades de la misión tras el terremoto de 12 de enero de 2012. También podrían encajar en esta categoría los Memorandos de entendimiento entre el Gobierno de España y la ONU por los que se regula la participación del contingente militar español en la Fuerza Provisional de las Naciones Unidas en el Líbano (FPNUL), que autorizó el Consejo de Ministros el 8 de septiembre de 2006 y que encuentran acomodo en las Resoluciones 425 (1978) y 426 (1978), de 19 de marzo, del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, y en la posterior Resolución 1701 (2006), de 11 de agosto, también del Consejo de Seguridad, por la que se incrementa la fuerza hasta un número máximo de efectivos de 15.000 soldados.

Sea como fuere, el valor añadido de la ley radica en que aporta como garantía la lógica exigencia de publicación en el *BOE*, que en la práctica anterior distaba largo trecho de ser realidad. La LTOAI permitirá, así, poner coto, *a futuro*, a una criticable práctica anterior de ausencia de publicación que entrañaba serios déficits en términos de seguridad jurídica. Ello no es óbice, empero, para reconocer que la redacción final del art. 41 hubiera debido «pulirse» algo más.

6.4. Otros problemas derivados de la incierta naturaleza jurídica de los acuerdos internacionales administrativos

En realidad, en nuestra opinión, el verdadero problema de fondo radica en fijar la posición de los AIA dentro del sistema de fuentes interno. Como ya se ha visto, la ley predica el carácter supralegal (e infraconstitucional) de los tratados internacionales, pero nada dice sobre la posición jerárquica de los AIA. Desde la perspectiva externa, parece claro que los AIA se rigen por el Derecho internacional, pueden generar obligaciones jurídicas internacionales y su incumplimiento es susceptible de generar responsabilidad del Estado. Hasta aquí no les diferencia con los tratados. Pero, desde la perspectiva interna, no parece sencillo sostener respecto a su rango normativo el carácter supralegal, cuando su tramitación interna ha quedado fuera del *iter* parlamentario derivado de los arts. 93 y 94.1 de la Constitución. Con todo, este aspecto, siendo importante, parece más una cuestión dogmática que práctica, ya que el AIA tiene en realidad fundamento (material) en un previo tratado internacional que sí goza de carácter (interno) supralegal que sirve de cobertura (formal) para generar obligaciones internacionales de idéntico grado de obligatoriedad (internacional); al menos si se trata de un tratado de los presentes en los arts. 93 y 94.1 de la Constitución. Se supone, por tanto, que si el AIA se ha celebrado de forma correcta dentro de los límites (formales y materiales) marcados por el tratado en el que se funda, sería en todo caso ese tratado el que pudiera entrar en colisión con una norma interna de carácter legal y, respecto a él, no hay duda de su aceptado rango supralegal.

En parecido orden de cosas, se plantea también la interesante cuestión de si un AIA podría ser objeto de un recurso de inconstitucionalidad ante el TC. Nada dice la ley al respecto y, ciertamente, aunque teóricamente sea un problema interesante, carece también de relevancia práctica, pues presume que el tratado que sirvió de base (formal y material) para el AIA no fue recurrido en su momento. En cualquier caso, si se llegara a dar tal supuesto, probablemente nada impediría que el TC pudiera hacer una interpretación extensiva de la competencia derivada del art. 79 de su Ley Orgánica.

7. LOS ACUERDOS INTERNACIONALES NO NORMATIVOS: UN TIPO DE ACUERDO INTERNACIONAL EN BOGA (EXCESIVA)

7.1. Controvertida inclusión en la ley y problemática sobre su denominación

Frente a los acuerdos de voluntades celebrados con la intención de crear derechos y obligaciones jurídicas entre las partes que acabamos de considerar (tratados y AIA), existe un uso creciente de acuerdos celebrados con la voluntad expresa de *no* generar obligaciones jurídicas ni provocar responsabilidad internacional en caso de incumplimiento, aunque pueden ser de enorme trascendencia política. No se trata, en modo alguno, de un tema nuevo¹²⁷, pero en las últimas décadas estos acuerdos están cobrando un protagonismo inusitado, a la vez que su regulación internacional sigue envuelta en una cierta nebulosa. Resulta obvio que estos acuerdos quedan fuera de la Convención de Viena y los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) tan sólo han tratado la cuestión de forma muy tangencial. Por otro lado, los sujetos de Derecho internacional han comenzado una tarea de acotación del fenómeno e intento de regulación, si bien esta labor se encuentra aún en un estadio muy embrionario¹²⁸. En este contexto, la LTOAI ha optado por una opción vanguardista e incluye en su regulación este tipo de acuerdos en el mismo sentido que ya había intentado, por ejemplo, el fallido borrador de anteproyecto de ley de 2011; y ello ha merecido no pocas críticas, tanto en el plano político, con numerosas enmiendas durante su tramitación parlamentaria¹²⁹, como en el plano jurídico, con diversas observaciones críticas del Consejo de Estado. Estas críticas afectan, de entrada, a su propia denominación como AINN¹³⁰.

¹²⁷ Desde el mismo momento de elaboración de la Convención de Viena de 1969 la doctrina se planteó esta cuestión; véase MÜNCH, F., «Comments on the 1968 Draft Convention on the Law of the Treaties: Non-binding Agreements», *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 29, 1969, pp. 1-12; SCHACHTER, O., «The Twilight Existence of Nonbinding International Agreements», *American Journal of International Law*, vol. 71, 1977, pp. 296-304.

¹²⁸ La UE se refiere a ellos como *political commitments* y los concibe, como uno de los *non binding instruments*, «of the EU towards third countries, a third country's administration, an international organization or other international fora [...] adopted in various forms: Memoranda of understanding (MoUs), Declarations, Joint (Press) Statements, Codes of Conduct, Arrangements, letters of intent, etc.»; Comisión Europea, *Vademecum on the External Action of the European Union*, SEC (2011) 881/3, p. 52. Como ya se ha indicado *ut supra*, dentro de los *non binding instruments*, la UE trata también los *administrative arrangements*.

¹²⁹ De hecho, el objeto de las dos enmiendas a la totalidad presentadas por los grupos parlamentarios de La Izquierda Plural y EAJ-PNV tuvieron por objeto los AINN, si bien su crítica estaba orientada a la regulación de los mismos cuando los firmantes fueran CCAA. También el Grupo Socialista presentó enmiendas de supresión de la regulación de la ley sobre AINN (*Diario de Sesiones, Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente*, núm. 165, *op. cit.*, p. 18). En consecuencia, se plantearon también buen número de enmiendas concretas de supresión de los preceptos de título IV de la LTOAI, tanto en el Congreso de los Diputados (enmiendas núms. 44, 139, 157), como en el Senado (enmiendas núms. 22, 57, 120).

¹³⁰ En este sentido, el Consejo de Estado sostenía que la denominación acuerdos no normativos «hace referencia al hecho de que el acuerdo no contiene prescripciones que puedan incorporarse al ordenamiento, es decir a su carácter no ordinamental, cuando, sin embargo, su definición se centra en una circunstancia diferente como lo es que no comporten derechos ni obligaciones o que no vinculen

En nuestra opinión, en el marco de un debate teórico, puede aceptarse que la denominación escogida por la ley para referirse a este tipo de acuerdos no resulta óptima¹³¹. Ciertamente, no parece ofrecer dificultad la referencia a su carácter de *acuerdo* ni su calificativo como *internacional*, dada la concurrencia de voluntades subyacentes y su consustancial dimensión internacional. Sin embargo, en relación con los efectos, la alusión a su carácter *no normativo* puede efectivamente considerarse discutible. Ahora bien, pudiendo estar de acuerdo con esta consideración, el problema real surge al tratar de buscar una alternativa a la empleada por la ley en una cuestión en la que no existe consenso¹³², ya que el Consejo de Estado no suministra en su dictamen propuesta alguna y la doctrina está lejos de ofrecer una denominación suficientemente consolidada. Podría, acaso, pensarse en el término *acuerdos políticos*, pero no nos parece pertinente porque, aunque la característica común a buena parte de ellos sea la voluntad de realizar declaraciones de naturaleza meramente política, existen también otros muchos acuerdos de este tipo que tienen, por ejemplo, contenido técnico o logístico. Resulta igualmente insatisfactoria, por insuficiente, su reconducción a los «pactos de caballeros» (*gentlemen's agreements*), ligados a las *personas* que los acuerdan, o de acuerdos *de facto* o de acuerdos informales, por excesivamente indeterminados. Tampoco parece satisfactorio decantarse por la terminología más habitual en la práctica, MOUs, ya que el empleo del término original en una lengua diferente de la española (*Memorandum of Understanding*) no parece lo más recomendable y, además, en la práctica internacional bajo la denominación MOUs, traducible como Memorando de Entendimiento, se incluyen instrumentos jurídicos de naturaleza enormemente dispar¹³³. Finalmen-

ni jurídica ni económicamente, propiedad ésta de difícil verificación en muchos casos ya que es normal que, en última instancia, los acuerdos comporten algún tipo de compromiso, político, técnico o incluso económico». E insiste en que la referencia en la definición a que este tipo de acuerdos no se rijan por el Derecho internacional ni por ningún otro ordenamiento jurídico «puede entenderse poco ajustada a la realidad ya que la actividad convencional de cualquier tipo puede suponerse sujeta cuanto menos a principios generales de común aceptación y de naturaleza jurídica como el de buena fe en la negociación y aplicación de lo convenido a título de ejemplo» (p. 22).

¹³¹ A este respecto, puede verse el ya citado trabajo de MAZUELOS BELLIDO, A., *loc. cit.*, nota 16 (Soft law...), especialmente pp. 16-20.

¹³² En la práctica, ha sido la terminología en inglés la que está imponiendo el paso utilizando denominaciones como *de facto agreements*, *gentleman's agreements*, *non-legal agreements*, *political agreements*, *non-binding agreements*, *non-legally binding agreements*, etc. En todo caso, un elemento común que la doctrina anglosajona que más ha estudiado esta cuestión hace de todos ellos, es su consideración como «*non-legally binding agreements*»; AUST, A., *Modern Treaty Law and Practice*, 2.^a ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2007; *id.*, «Alternatives to Treaty-Making: MOUs as Political Commitments», en HOLLIS, D. B. (ed.), *op. cit.*, nota 59 (*The Oxford Guide...*), pp. 46-72, en p. 46.

¹³³ En la práctica existen acuerdos cuya denominación formal es la de *Memorandum of Understanding* (o en algún caso *Memorandum of Agreement*), mientras que su naturaleza real es la de un tratado internacional, dado que a la luz de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados lo son «cualquiera que sea su denominación particular» [art. 2.1.a)]; cfr. AUST, A., *loc. cit.* («Modern Treaty...»), pp. 26-27. Y hay otros que, aunque ciertamente el núcleo de los mismos equivalga a lo que la ley considera AINN, serían AIA; cfr., por ejemplo, Memorando de Entendimiento sobre condiciones de política sectorial financiera entre España y la Comisión Europea, de 23 de julio de 2010, *op. cit.* Es más, si se examina el Registro de la Secretaría General de las Naciones Unidas, se observará que existen algunos instrumentos registrados con el nombre de Memorándum que, en realidad, son verdaderos tratados internacionales.

te, como alternativa nominal más clara se podría optar por la de *acuerdos internacionales no jurídicos*. Pero, a nuestro juicio, esta opción no resulta tampoco adecuada, porque no parece óptimo identificar la ausencia de obligaciones jurídicas con el carácter no jurídico del texto en cuestión, ya que la *juridicidad* de un acto no puede identificarse directamente con la producción de obligaciones jurídicamente exigibles. Tampoco lo sería, a mayor abundamiento, porque su plasmación por escrito con una formulación precisa de compromisos por ambas partes, que se acompaña además de una formalidad como la firma (y la publicidad), conlleva ciertos elementos *jurídicos*, aunque obviamente su intención no sea la de generar obligaciones de naturaleza jurídica¹³⁴. Además, desde el mismo momento en que estos acuerdos están regulados por una ley y presumen ciertas formalidades (mínimas) ya disponen de cierto carácter jurídico; y resulta, además, evidente, que la formulación de muchos de esos acuerdos denota claramente una cierta aspiración de juridicidad¹³⁵. Por tanto, aunque el término escogido pueda no resultar óptimo, en nuestra opinión, sí es perfectamente defendible su utilización; y es, por lo que más interesa, perfectamente compatible con los Convenios de Viena de Derecho de los Tratados, ya que sus respectivos arts. 2.2 dejan bien claro que los términos empleados en las citadas Convenciones «se entenderán sin perjuicio del empleo de esos términos o del sentido que se les pueda dar en el derecho interno de cualquier Estado»¹³⁶. Es, pues, labor del Derecho interno decantarse por uno u otro término y la LTOAI ha escogido uno entre todos los posibles. Además, doctrina bien reconocida en la materia había utilizado esta denominación como la más adecuada¹³⁷. A la postre, la ley en el fondo no hace sino cristalizar la denominación que se emplea en la práctica por parte del MAEC¹³⁸ desde hace ya décadas¹³⁹.

¹³⁴ En un sentido, en parte, no coincidente con el aquí sostenido, véase VIRALLY, M., «La distinction entre textes internationaux de portée juridique et textes internationaux dépourvus de portée juridique», *Annuaire de l'Institut de Droit International*, vol. 60, 1983, pp. 166-374.

¹³⁵ Nadie dudará seriamente del carácter jurídico de, por ejemplo, el Acta Final de Helsinki o de los Acuerdos de Córdoba de 2004 sobre Gibraltar o de buena parte de los acuerdos que celebran con frecuencia creciente las CCAA al amparo de sus respectivos Estatutos de Autonomía (véase *infra*, 7).

¹³⁶ En parecido sentido, el art. 102 de la Carta de las Naciones Unidas, de 26 de junio de 1945, deja bien clara la existencia de acuerdos diferentes de los tratados cuando en su apartado primero establece que «[t]odo tratado y todo acuerdo internacional concertado por cualesquiera Miembros de las Naciones Unidas...»; cursiva añadida por nosotros.

¹³⁷ Es el caso de Antonio REMIRO BROTONS, si bien en el temprano trabajo en el que lo hacía dejaba establecido que empleaba esa denominación «según una preferencia de autor que sigue abierta a nuevas obtenciones terminológicas»; «De los tratados a los acuerdos no normativos», en VVAA, *La celebración de tratados internacionales por España: problemas actuales*, Madrid, Escuela Diplomática-MAE, 1990, pp. 23-48, en p. 41. Ciertamente con posterioridad todo indica a que al propio autor le han podido surgir dudas al respecto ya que en realidad en las últimas ediciones del manual por él coordinado ya no se encuentra esta referencia.

¹³⁸ Al margen de innumerables informes jurídicos de la AJI, puede verse, por ejemplo, la Orden Circular 2/2010, de 13 de julio, del MAEC sobre las normas para la tramitación de los acuerdos no normativos por parte de los órganos de este departamento, así como en lo relativo al seguimiento y colaboración con otras administraciones públicas en esta materia.

¹³⁹ A este respecto, es de justicia reconocer el enorme valor de un pionero informe de la AJI de 23 de abril de 1986, elaborado por el entonces jefe de la misma y al que la doctrina dio publicidad en su momento, en el que se realizaban valiosas reflexiones a propósito de la naturaleza de tales acuerdos

7.2. La ausencia de obligaciones jurídicamente exigibles como señal de identidad de este tipo de acuerdos

Más allá del debate terminológico recién suscitado, que en realidad no nos lleva muy lejos, el elemento característico de los AINN es que «no constituye fuente de obligaciones internacionales ni se rige por el Derecho internacional» [arts. 2.c) y 43 LTOAI]¹⁴⁰. Por tanto, no son susceptibles de generar responsabilidad internacional del Estado en caso de incumplimiento, si bien sí están sometidos a las exigencias de la buena fe y generan una suerte de obligación política o moral, cuyo incumplimiento puede tener consecuencias para el Estado incumplidor¹⁴¹. Tampoco puede, en modo alguno, servir para modificar lo previsto en un tratado internacional previo. Y, desde luego, será su contenido jurídico y la voluntad de las partes de crear (o no) obligaciones jurídicas internacionales lo que determine, finalmente, su consideración como AINN o como tratado y no su nombre o su forma¹⁴². De ahí que resulte capital que la formulación que se dé a este tipo de acuerdos deje meridianamente clara la voluntad de los firmantes de excluir la generación de obligaciones jurídicas internacionales y la intención expresa de no quedar regidos por el Derecho internacional (ni por ningún otro ordenamiento

y en el que se trataban de fijar algunos límites materiales a su uso; PÉREZ GIRALDA, A., «España y la práctica del Derecho internacional: los acuerdos no normativos», en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (coord.), *op. cit.*, nota 21 (*España y la práctica...*), pp. 77-91, en pp. 82-83; *id.*, «La sectorialización del Derecho internacional y de la Diplomacia», en *id.*, *Prudencia jurídica y poder exterior*, Madrid, Biblioteca Diplomática Española-MAE, 2010, pp. 101-128; el contenido del citado informe jurídico de la AJI de 1986 se reproduce en pp. 249-262. Para la práctica posterior, véase ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., «Los memorandos de entendimiento: consideraciones prácticas a la luz del Derecho de los tratados», en VVAA, *Informes del MAEC a los memorandos de entendimiento de las Comunidades Autónomas con instituciones extranjeras (2002-2006)*, Madrid, MAEC, 2006, pp. 607-611.

¹⁴⁰ A juicio de José Antonio PASTOR RIDRUEJO, hubiera sido preferible «que se dijese que esos acuerdos no son fuente de obligaciones jurídicamente exigibles, porque al amparo del principio cardinal de la buena fe, sí que generan obligaciones en los planos moral y político»; «La necesidad de una ley de tratados y otros acuerdos internacionales», en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (coord.), *op. cit.*, nota 21 (*España y la práctica...*), pp. 55-60, en p. 59.

¹⁴¹ Un relevante sector doctrinal considera, con buen criterio, que hubiera sido más adecuado añadir expresamente que no generan obligaciones *jurídicas* internacionales; ESPÓSITO, C., *loc. cit.*, nota 102 («Sobre la nueva ley...»); PASTOR RIDRUEJO, J. A., *loc. cit.*, nota 140 («La necesidad...»). PÉREZ GIRALDA, A., *loc. cit.*, nota 139. A nuestro juicio, tal consideración de no generar obligaciones *jurídicas* internacionales es la que cabe deducir de una interpretación sistemática de la definición de AINN [art. 2.c)] y de su regulación en la ley (art. 43). Con todo, quizá el motivo de no haber incluido el calificativo sugerido derive más de la intención de buscar cierta coherencia con la propia terminología escogida para denominar a este tipo de acuerdos *no normativos* (por contraposición a la posible denominación de acuerdos *no jurídicos*) que de motivos de otra índole. A mayor abundamiento, al considerarse que no generan obligaciones y que no quedan sometidos al Derecho internacional, no parece complicado colegir que la exclusión de obligaciones internacionales a las que se refiere el art. 43 no puede ser sino de carácter *jurídico*.

¹⁴² El Tribunal Internacional de Justicia ha mantenido a este respecto una jurisprudencia garantista tendente a evitar que los Estados puedan ampararse en la forma del acuerdo celebrado, por ejemplo un comunicado conjunto para desentenderse de verdaderas obligaciones jurídicas internacionales (Sentencia de 19 de diciembre de 1978, *asunto sobre la plataforma continental del Mar Egeo*, CIJ Recueil 1978, p. 44) o un *procès verbal* (Sentencia de 16 de marzo de 2001, *sobre delimitación marítima y otras cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein*, CIJ Recueil 2001, p. 120).

jurídico). Es, de hecho, una cuestión a la que habrá de prestarse particular atención en la labor de calificación que se haga al respecto, sea por la Asesoría Jurídica Internacional del MAEC o sea por los servicios jurídicos de cada departamento ministerial¹⁴³. No puede ignorarse que, pese a su ya aludida ausencia de obligaciones jurídicas internacionales, un mal uso de los AINN podría encubrir en algún caso la intención de eludir los trámites parlamentarios exigidos por los arts. 93 y 94.1 de la Constitución¹⁴⁴. En realidad, el verdadero riesgo de los AINN, con independencia de su denominación y definición, radica en su creciente utilización y en la posibilidad (no meramente hipotética) de acabar convirtiéndose en *el* instrumento internacional para articular jurídicamente, gracias a su flexibilidad evidente, las relaciones entre sujetos de Derecho internacional. Existe un riesgo cierto de arrinconamiento progresivo del uso de los tratados (y los AIA) a los estrictos supuestos en los que resultase inevitable. No en vano, las ventajas que los AINN ofrecen en las relaciones diplomáticas a los Estados son evidentes respecto de los tratados: mayor versatilidad, posibilidad de confidencialidad, soslayo de los requisitos formales de tramitación interna de los tratados, etc.¹⁴⁵. Precisamente por ello, para encauzar el uso de los AINN a su ámbito natural de actuación (asunción de compromisos de naturaleza netamente política) y evitar un uso inadecuado (AINN que encubran verdaderos tratados internacionales) o abusivo (recurso a un AINN valiéndose de su no exigencia de publicación), resulta particularmente relevante que la LTOAI regule su empleo y prevea la novedosa exigencia de registro. Como también es esencial, en idéntico sentido al expresado *ut supra* a propósito de los AIA, la exigencia de informe previo por parte de los servicios jurídicos del órgano de que se trate. De cualquier forma, con independencia de la formulación concreta de la ley, la prudencia y la medida deberían ser los criterios rectores en el uso de este tipo de acuerdos por las administraciones públicas.

¹⁴³ En diversas ocasiones, anteriores jefes de la AJI han puesto de relieve la importancia que reviste una adecuada formulación de los AINN y la relevancia que se concede a este aspecto en los informes de la AJI. Véase, por todos, PÉREZ GIRALDA, A., *loc. cit.* («España y la práctica...»), p. 83; *id.*: *op. cit.*, nota 138 (*Prudencia jurídica...*), especialmente pp. 249-262. De hecho, en el seno de la AJI existe una suerte de «guía informal» sobre recomendaciones para la adecuada formulación de un AINN, de la que no es en absoluto ajena una importante contribución, ya citada, del profesor Remiro Brotons en la que establecía diez recomendaciones al respecto; *loc. cit.*, nota 139 («De los tratados a los...»), pp. 47-49. Así, a título de ejemplo, se trata de evitar en su redacción los términos que denotan obligatoriedad jurídica por otros que pongan en evidencia el carácter no vinculante. Conviene, pues, no utilizar títulos como Protocolo o Acuerdo sin más en favor de otros como AINN o simplemente MOU (si, como es muy habitual, lo reclama el otro firmante involucrado); es igualmente preferible utilizar apartados en lugar de artículos o firmantes en lugar de partes; y, por supuesto, resulta capital evitar la formulación de cualquier tipo de obligación jurídica.

¹⁴⁴ Véase, al respecto, la interesante contribución de GONZÁLEZ VEGA, J. A., «¿Tratados ocultos? Sobre ciertas manifestaciones de la acción concertada “no convencional” en el marco de las competencias “reservadas” a los tratados internacionales», en TORRES BERNÁNDEZ, S. (coord.), *El Derecho internacional en el mundo multipolar del siglo XXI. Obra homenaje al profesor Luis Ignacio Sánchez Rodríguez*, Madrid, Iprolex, 2013, pp. 75-101.

¹⁴⁵ Véase, al respecto, LIPSON, C., «Why are Some International Agreements Informal?», *International Organizations*, vol. 45, 1995, pp. 495-538.

8. EL PAPEL DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN LA CELEBRACIÓN DE ACUERDOS INTERNACIONALES: LA BÚSQUEDA DE UN DIFÍCIL EQUILIBRIO ENTRE LA LABOR DE COORDINACIÓN DEL ESTADO Y EL RESPETO DE LAS COMPETENCIAS AUTONÓMICAS

Como ya se ha indicado al tratar el objeto de la LTOAI¹⁴⁶, una de las principales novedades de la ley respecto a anteriores borradores de anteproyecto es la inclusión de un título propio dedicado a las CCAA (título V)¹⁴⁷, en el que se diferencia entre la participación en la celebración de tratados internacionales (arts. 49 a 51) y la celebración de AIA o AINN por sí mismas (arts. 52 y 53).

El punto de partida de la regulación lo configura un doble hecho. En primer lugar, los Estatutos de Autonomía —especialmente los de segunda generación, con el de Cataluña como paradigma (arts. 192 a 200)¹⁴⁸— han incluido en su articulado determinadas potestades de las CCAA en materia de celebración de tratados internacionales por parte del Estado, si bien esta regulación se ha hecho de manera dispersa y heterogénea¹⁴⁹. Y, en segundo lugar, las CCAA celebran con frecuencia creciente acuerdos de dimensión internacional de naturaleza y contenido muy dispar¹⁵⁰.

En coherencia con ello, la LTOAI regula, en primer lugar, el derecho de las CCAA a solicitar al Gobierno la apertura de negociaciones para la celebración de tratados que tengan por objeto materias de su competencia o interés

¹⁴⁶ Véase *supra*, 3.

¹⁴⁷ Pese a que el fallido anteproyecto de ley de ordenación de la actividad del Estado en materia de tratados, que se elaboró en 1985, no contenía regulación alguna en relación con las CCAA, más allá de una referencia al regular la ejecución de los tratados (art. 23), la doctrina más autorizada en la materia advirtió de la incidencia que la participación de las autonomías territoriales tenía en la concertación convencional del Estado, así como la posibilidad de concertación transnacional de las CCAA. En ese temprano momento previo a la jurisprudencia definitiva del TC a propósito del alcance del art. 149.1.3 de la Constitución y recién dictada la STC 137/1989, de 20 de julio, véase el interesante trabajo de PÉREZ GONZÁLEZ, M., «Acción de las Comunidades Autónomas en el exterior y su participación en la celebración de tratados por España», en VVAA, *op. cit.*, nota 6 (*La celebración de tratados internacionales por España...*), pp. 127-145. Posteriormente, el borrador de 2011 incluía un título propio en materia de CCAA, si bien se limitaba a regular la participación de éstas en la celebración de tratados.

¹⁴⁸ Véase GARCÍA PÉREZ, R. (dir.), *La acción exterior de las Comunidades Autónomas en las reformas estatutarias*, Madrid, Tecnos, 2009; PONS RAFOLS, X. y SAGARRA TRÍAS, E., *La acción exterior de la Generalitat en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña*, Barcelona, Universidad de Barcelona, 2006.

¹⁴⁹ Esta cuestión la estudiamos de manera detallada en nuestro trabajo «El derecho de información de las CCAA en el proceso de celebración de los tratados internacionales: evolución a la luz de la práctica y de las recientes reformas de los Estatutos de Autonomía», en *Informe Comunidades Autónomas 2007*, Barcelona, Institut de Dret Públic, 2008, pp. 83-108.

¹⁵⁰ Véase BELTRÁN GARCÍA, S., *Los acuerdos exteriores de las CCAA. Marco jurídico actual y perspectivas de futuro*, Barcelona, Institut d'Estudis Autonòmics, 2001; FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C., *La acción exterior de las Comunidades Autónomas. Balance de una práctica consolidada*, Madrid, Dilex, 2001; PONS RAFOLS, X., CAMPINS ERITJA, M., CASTELLÓ ANDREU, J. M. y MARTÍN NÚÑEZ, E., *La acción exterior y europea de la Generalitat de Cataluña. Desarrollo normativo e institucional*, Madrid, Centro de Estudios Internacionales-Marcial Pons, 2012.

específico, debiéndose motivar en todo caso la resolución final que se adopte (art. 49). En segundo lugar, la ley establece el deber de Gobierno de informar a las CCAA sobre los tratados que afecten a sus competencias o intereses específicos (art. 50.1), así como el correlativo derecho de las CCAA a remitir las pertinentes observaciones si lo consideran oportuno, que a su vez generan el deber del Estado de informar sobre el destino final de esas observaciones (art. 50.2); se incluye también un deber general de información sobre la conclusión de cualquier tratado que sea de interés para las CCAA o incida en su ámbito territorial de manera especial (art. 50.3). Y, en tercer lugar, la ley prevé la posibilidad de que las CCAA soliciten al Gobierno formar parte de la delegación española que negocie un tratado internacional que afecte a materias de su competencia o interés específico, debiéndose motivar la decisión que se adopte (art. 51). Tampoco debería pasar desapercibido, finalmente, que la ley incluye también una disposición adicional que se hace eco de la peculiaridad foral de los territorios históricos vascos y Navarra, estableciendo la participación en la delegación del Estado cuando se negocie un tratado que afecte a derechos históricos (disposiciones adicionales sexta y séptima)¹⁵¹. A nuestro juicio, tal disposición es conforme con las previsiones constitucionales y estatutarias, a la vez que recibe amparo por la jurisprudencia del TC¹⁵². Plantea, sin embargo, incógnitas respecto a su aplicación práctica.

Por otro lado, la ley recoge igualmente la posibilidad de celebración de AIA por parte de las CCAA cuando tengan por ámbito materias propias de su competencia y respeten lo previsto en el tratado de cobertura (art. 52.1), en lo que ya es una práctica asentada. Su tramitación, publicación y entrada en vigor se hace de conformidad con el régimen previsto en la ley con carácter general para los AIA (título III), si bien se introduce la exigencia de informe previo por la AJI para cuya emisión se cuenta con un plazo de diez días (art. 52.2)¹⁵³.

Finalmente, en relación con la potestad de las CCAA para firmar por sí mismas AINN (art. 53.1), conforme al procedimiento previsto con carácter general en la ley (título IV), se exige también el informe previo de la Asesoría Jurídica Internacional del MAEC en el mismo plazo de diez días (art. 53.3). En este sentido, la celebración de AINN por parte de las CCAA resulta plena-

¹⁵¹ Como ya se ha expresado anteriormente (*supra*, 2), ello es consecuencia de la aceptación durante el trámite parlamentario de una enmienda del Grupo EAJ-PNV de añadir una disposición *ad hoc* que recogiera la especificidad del régimen foral vasco. Y lo propio se hizo también respecto al régimen foral navarro.

¹⁵² STC 214/1989, de 21 de diciembre, FJ 26; STC 76/1983, de 5 de agosto (LOAPA), FJ 42, etcétera.

¹⁵³ El ámbito de la cooperación transfronteriza ha sido particularmente fértil en celebración de acuerdos de esta naturaleza por parte de las CCAA. Así, durante 2014 la AJI informó cuatro AIA de este tipo, procedentes de cuatro CCAA diferentes. El Tratado entre el Reino de España y la República Francesa sobre Cooperación Transfronteriza entre Entidades Territoriales, hecho en Bayona el 10 de marzo de 1995 (BOE núm. 59, de 10 de marzo de 1997) da cobertura formal y material para ello (art. 3). A título de ejemplo, de entre los últimos celebrados, puede verse el Convenio de Cooperación transfronteriza entre el Consejo Regional de Aquitania y el Gobierno de Aragón, suscrito el 13 de septiembre de 2013 (BOE núm. 42, de 18 de febrero de 2014).

mente conforme con la jurisprudencia del TC¹⁵⁴. Como también lo resulta que el Estado considere inserta dentro de su competencia exclusiva *ex art.* 149.1.3 de la Constitución «la posibilidad de establecer medidas que regulen y coordinen las actividades con proyección exterior de las CCAA, para evitar o remediar eventuales perjuicios sobre la dirección y puesta en ejecución de la política exterior que, en exclusiva corresponde a las autoridades estatales»¹⁵⁵. No nos parecen, por tanto, fundadas las críticas vertidas durante la tramitación parlamentaria de la ley a propósito de la inconstitucionalidad de las disposiciones del título V¹⁵⁶, ni tampoco las que consideran los mecanismos de informe previo por parte del MAEC como una fiscalización e intromisión del Estado en competencias de las CCAA; y tampoco se lo pareció, por cierto, al Consejo de Estado¹⁵⁷.

9. LOS ACUERDOS INTERNACIONALES CELEBRADOS POR LA UNIÓN EUROPEA: LA NECESIDAD DE MANTENER CIERTA FLEXIBILIDAD

La UE es un sujeto de Derecho internacional cuya práctica convencional es rica, variada y compleja¹⁵⁸. A lo largo de sus seis décadas de existencia, la Unión ha ido intensificando progresivamente su acción exterior como consecuencia de la existencia de generosas bases competenciales en los tratados constitutivos¹⁵⁹, del reconocimiento expreso de competencia para celebrar tratados internacionales por sí misma¹⁶⁰ y de una jurisprudencia del Tribunal de Justicia particularmente *europafreundlich*¹⁶¹. En este contexto, la UE ha desplegado una práctica convencional, con la peculiar categoría de los *acuer-*

¹⁵⁴ Véase, por ejemplo, STC 165/1994, de 26 de mayo, FJ 6; STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 114.

¹⁵⁵ STC 165/1994, *op. cit.*, FJ 6.

¹⁵⁶ Véase *supra*, 3.

¹⁵⁷ Esta cuestión la analizamos *in extenso* en nuestra contribución a la obra colectiva *ut supra* mencionada en la nota 75.

¹⁵⁸ Sin duda, es un sujeto de Derecho internacional particularmente prolífico en la «producción» de tratados internacionales. En concreto, conforme a la información proporcionada por la base de datos de la Oficina de Tratados de la Comisión, en el momento de redactar estas líneas la UE era parte de 797 tratados bilaterales y 251 tratados multilaterales; <http://europa.eu/world/agreements/default.home.do> (última entrada el 27 de diciembre de 2014).

¹⁵⁹ Ello deriva de la existencia de competencias exteriores propias de la UE que gozan de carácter exclusivo en el ámbito de la política comercial común [art. 3.1.e) TFUE], así como para celebrar acuerdos internacionales «cuando dicha celebración esté prevista en un acto legislativo de la Unión, cuando sea necesaria para permitirle ejercer su competencia interna o en la medida en que pueda afectar a normas comunes o alterar el alcance de las mismas» (art. 3.2 TFUE).

¹⁶⁰ La Unión dispone de competencia propia para celebrar un acuerdo internacional con otras organizaciones internacionales o Estados terceros cuando así se prevea en los tratados constitutivos, sea preciso para conseguir alguno de los objetivos de la Unión, se establezca en un acto jurídicamente vinculante de la Unión o pueda afectar el alcance de normas comunes (art. 216.1 TFUE). Estos acuerdos internacionales, una vez celebrados conforme al procedimiento establecido al efecto (art. 218 TFUE), vinculan tanto a las instituciones como a los Estados miembros (art. 216.2 TFUE).

¹⁶¹ Un último ejemplo de *vis expansiva* (esperable) de la acción exterior de la UE con consecuencias notables en la competencia de los Estados miembros para celebrar tratados internacionales (o, mejor dicho, para realizar actos propios de los tratados, como la aceptación de la adhesión de Estados

dos mixtos a la cabeza¹⁶², que pone a prueba hasta los elementos más asentados de las Convenciones de Viena¹⁶³, así como a veces también otros ámbitos del Derecho internacional ajenos al Derecho de los Tratados¹⁶⁴.

Desde esta perspectiva, la LTOAI establece en su disposición adicional 6.^a que lo «dispuesto en la presente ley se entiende sin perjuicio de las peculiaridades que en materia de acuerdos internacionales puedan derivarse para España como consecuencia de la obligación de cumplimiento del Derecho de la Unión Europea, en especial de las disposiciones del TUE y del TFUE que regulan la acción exterior de la Unión». Se trata, a nuestro entender, de una disposición capital. Con independencia de que su adecuado análisis requeriría de una atención que ahora no podemos prestar, sí conviene mencionar, al menos, tres cuestiones relativas a su ubicación, su paso desapercibido durante la tramitación parlamentaria y su generoso alcance material.

En efecto, una primera cuestión a considerar sería la de valorar si no hubiera sido más pertinente ubicar la disposición señalada en el cuerpo de la ley y dotarla incluso de detallada regulación en un título propio. Sin duda, desde una estricta perspectiva técnico-jurídica esa solución probablemente hubiera sido óptima. Pero, dada la imposibilidad de prever todos los supuestos posibles, la enorme dificultad técnica de la materia y, sobre todo, el carácter dinámico de la misma, quizá no resulte tan desacertado que la ley se limite a contemplar los medios necesarios para cumplir con el objetivo material perseguido.

En segundo lugar, sorprende sobremanera que, a pesar de las obvias y profundas repercusiones jurídicas (y extrajurídicas) de esta disposición —a las que hacen sobrada referencia la exposición de motivos y también la memoria

terceros a un tratado internacional del que él es parte y la Unión no), es el importante Dictamen 1/2013, de 14 de octubre de 2014.

¹⁶² Cfr., por todos, HELIKOSKI, J., *Mixed Agreements as a Technique for Organizing the International Relations of the European Community and its Member States*, La Haya, Kluwer Law International, 2001.

¹⁶³ A título de ejemplo, puede citarse entre la práctica más reciente la celebración de un tratado con *aplicación provisional retroactiva*. Es el caso del reciente Protocolo del Acuerdo de Estabilización y Asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la antigua República Yugoslava de Macedonia, por otra, para tener en cuenta la adhesión de la República de Croacia a la Unión Europea (DOUE L 276, de 18 de septiembre de 2014, p. 3). De conformidad con su art. 13.1, dicho Protocolo «entrará en vigor el primer día del primer mes siguiente a la fecha de depósito del último instrumento de aprobación». No obstante, en el apartado 2 ese mismo art. 13 prevé su aplicación provisional «con efectos a partir del 1 de julio de 2013» (*sic!*) si en esa fecha no se hubieran depositado todos los instrumentos de aprobación. Parece obvio que esa previsión nunca podía darse en la práctica ya que la Decisión del Consejo para autorizar la firma del Protocolo (en nombre de la Unión y de sus Estados miembros) es de 18 de febrero de 2014, mientras que la aplicación provisional se retrotraería al 1 de julio de 2013.

¹⁶⁴ A este respecto, no puede pasar desapercibido que el 28 de octubre de 2013 comenzaron en Pristina las negociaciones entre la UE y Kosovo para la celebración de un tratado de estabilización y asociación, pese a que cinco de los 28 Estados miembros de la UE (entre ellos España) no reconocen a Kosovo como Estado. En todo caso, a diferencia de otros acuerdos de asociación, se tratará de un acuerdo celebrado sólo por la Unión (arts. 238.3 y 4 TFUE), con lo que los Estados no reconocedores evitarán, al menos, el inaceptable trámite de tener que aprobar en sus respectivos Parlamentos la autorización de celebración del acuerdo; véase documento COM (2013) 200 final, de 22 de abril de 2013; documento COM (2014) 700 final, de 8 de octubre de 2014.

explicativa del proyecto de ley—, el texto pasara absolutamente desapercibido durante el largo proceso de tramitación parlamentaria. De hecho, esta disposición no se vio afectada por ninguna enmienda ni fue tampoco objeto de atención alguna durante los diversos debates en Pleno y en Comisión, lo que resulta inaudito.

Pero, en tercer lugar, parece claro que esta disposición dota al Estado de la máxima flexibilidad en materia de tratados y otros acuerdos internacionales cuando entre en colación la interacción con la actividad convencional exterior de la Unión, a la vez que facilita también una adecuada canalización jurídica interna de los compromisos internacionales derivados de la pertenencia de España a la Unión (incluida la celebración de AIA y AINN). Y, lo que es más relevante aún, garantiza el cumplimiento de las obligaciones derivadas del Derecho de la UE, que no por bien conocido y claramente derivado del art. 93 de la Constitución, está de más que se recoja expresamente en una ley de esta naturaleza.

10. EL PAPEL DE LA ASESORÍA JURÍDICA INTERNACIONAL DEL MAEC EN EL PROCESO DE CELEBRACIÓN DE ACUERDOS INTERNACIONALES: UNA ACTIVIDAD DE CONTROL JURÍDICO *EX ANTE*

La LTOAI encomienda a la Asesoría Jurídica Internacional del MAEC competencias de control jurídico *ex ante* a través de la exigencia (o posibilidad, según los casos) de emitir informes de calificación de acuerdos internacionales¹⁶⁵. En relación con los tratados internacionales, en consonancia con la práctica ya existente, la ley le atribuye el papel de emitir un informe preceptivo antes de la firma acerca de su naturaleza y formalización, debiéndose dictaminar en particular si el proyecto de acuerdo en cuestión debe articularse como tal tratado o, si por el contrario, se trata de un instrumento de otro tipo (art. 17.2). Lo propio se establece en relación con los AIA (arts. 39 y 52.3¹⁶⁶)¹⁶⁷. Sin embargo, no ocurre lo mismo con los AINN, ya que, como hemos visto, éstos serán informados por el Servicio Jurídico respectivo del

¹⁶⁵ Hasta ahora, la exposición de motivos de la Ley de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas, modificada posteriormente en diversas ocasiones, se refiere a la atribución al Servicio Jurídico del Estado de la competencia sobre asistencia jurídica del Estado y de los organismos autónomos, «sin perjuicio de las competencias consultivas que corresponden [...] a la Asesoría Jurídica Internacional del Ministerio de Asuntos Exteriores en materia de Derecho internacional». Idéntica referencia se hace después en el art. 1, apartado 1, párr. 3; *BOE* núm. 285, de 28 de noviembre de 1997.

¹⁶⁶ El texto de la ley se refiere expresamente a que se dictaminará «si dicho proyecto debería formalizarse como tratado internacional o como acuerdo internacional no normativo» (*sic!*). Parece evidente que el precepto contiene un *lapsus linguae* y, de una interpretación sistemática en relación con el art. 39, lógicamente el informe de la AJI podrá dictaminar si se trata de un tratado, un acuerdo internacional no normativo o un *acuerdo internacional administrativo*.

¹⁶⁷ Del medio millar largo de informes emitidos cada año por la AJI (644 en 2014, 558 en 2013, 516 en 2012) una parte muy sustancial de los mismos la constituyen informes sobre calificación de acuerdos internacionales. Y de éstos un buen número provienen de las CCAA (en 2014 hubo 57 informes solicitados por las CCAA). Véase, *in extenso*, nuestra reciente contribución, «La labor de asesoramiento

órgano u organismo que pretendan su celebración (art. 45), salvo en el caso de los AINN de las CCAA o ciudades de Ceuta y Melilla o Entidades Locales (art. 53.3).

Desde la perspectiva de quien escribe estas reflexiones, hubiera resultado planteable atribuir a la Asesoría Jurídica Internacional del MAEC la tarea de dictaminar *todos* los AINN. Podrían aducirse cuatro posibles argumentos. En primer lugar, porque *a priori* no siempre resulta sencillo diferenciar si el acuerdo sometido a informe se trata de un AINN o de otro instrumento de Derecho internacional y se supone que la unidad óptima para realizar esta tarea es el «órgano asesor de la Administración General del Estado en materia de Derecho internacional»¹⁶⁸. Para concluir que efectivamente se trata de un AINN, y no de un tratado o un AIA, se precisa la aplicación de técnicas propias del Derecho internacional y, en todo caso, es obvio que dicha calificación se realiza tras un minucioso proceso que, indirectamente, conlleva la exclusión de los instrumentos internacionales diferentes del AINN. No en vano, si la voluntad de las partes de sustraer el acuerdo del ámbito del Derecho internacional no quedara suficientemente clara, la firma del (erróneamente) pretendido AINN podría acarrear responsabilidad del Estado¹⁶⁹. Piénsese que algo tan común como un intercambio de Notas o un (denominado) MOU puede ser un AINN o un tratado dependiendo de su formulación¹⁷⁰ y, al final, será esa formulación dada al acuerdo en cuestión la que servirá de elemento central para pronunciarse acerca de su verdadera naturaleza¹⁷¹.

En segundo lugar, entendemos que esta labor podría haber correspondido a la Asesoría Jurídica Internacional del MAEC porque al mantener ese mecanismo de dictamen en relación con los AINN suscritos por las CCAA (art. 53.3) —lo cual resulta perfectamente consecuente con los principios de coordinación de la política exterior y de unidad de acción del Estado— el

jurídico internacional al Gobierno: el papel de la AJI», en *id.* (coord.), *op. cit.*, nota 21 (*España y la práctica del Derecho internacional...*), pp. 11-52, especialmente pp. 21-22.

¹⁶⁸ Así define a la AJI el art. 13.3.c) del Real Decreto 1748/2010, de 23 de diciembre, por el que se desarrolla la estructura orgánica del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, *BOE* núm. 12, de 14 de enero de 2011.

¹⁶⁹ Como ha afirmado Aurelio PÉREZ GIRALDA, «si la voluntad de sustraer el acuerdo no normativo al ámbito del Derecho internacional no queda clara en su texto, sus disposiciones pueden acarrear responsabilidad del Estado frente a la otra parte, ya que “el hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su Derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento a menos que esa violación sea manifiesta” (art. 46.1 Convención de Viena). Por si fuera poco recordemos que “se considera hecho del Estado según el Derecho internacional el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central o a una división territorial del Estado” (Proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado, Resolución de la AG 56/83, de 12.12.2001)»; («España y la práctica...»), *loc. cit.*, nota 139, p. 78.

¹⁷⁰ Véase AUST, A., *loc. cit.*, nota 132 («Alternatives...»), p. 49; *id.*: *op. cit.*, nota 131 (*Modern Treaty Law...*), pp. 23-26 y apéndice G.

¹⁷¹ Ciertamente, es la intención de las partes el elemento clave para la determinación de su naturaleza, pero en la práctica, transcurrido algún tiempo desde su firma y ante la frecuente ausencia de elementos suficientes para discernir sin duda la voluntad de las partes, es la formulación dada al acuerdo en cuestión la que se convierte en el elemento clave para la calificación.

texto podría incurrir en cierta incoherencia, ya que también las CCAA disponen de servicios jurídicos propios¹⁷². En este sentido, resulta pertinente traer a colación que el propio TC ha constatado que acuerdos aparentemente firmados por las CCAA como acuerdos no normativos pueden encubrir en realidad verdaderos tratados internacionales reservados al Estado por mor de la reserva de competencia exclusiva derivada del art. 149.1.3 de la Constitución¹⁷³.

En tercer lugar, se trata de una actividad que, en la práctica, ya venía desempeñando la Asesoría Jurídica Internacional y, de hecho, ha ocupado buena parte de su quehacer diario. En este sentido, Pérez Giralda ha advertido que esta nueva regulación podría representar una modificación deliberada del actual art. 12.3.e) del Real Decreto 342/2012 que, como ya se ha indicado, define a la AJI como «el órgano asesor de la Administración del Estado en materia de Derecho internacional»¹⁷⁴.

Y, en cuarto lugar, el Consejo de Estado en su Dictamen sobre el anteproyecto de LTOAI consideró, al referirse a los informes de la Asesoría Jurídica Internacional, «necesaria la intervención del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación en relación con cualquier tipo de acuerdo para informar acerca de su naturaleza, procedimiento y adecuada instrumentación según el Derecho internacional»¹⁷⁵.

En cualquier caso, el resultado por el que opta la ley resulta también perfectamente entendible. Se impone, empero, una cooperación leal entre los servicios jurídicos de los órganos u organismos concernidos y la Asesoría Jurídica Internacional del MAEC para lograr, a la postre, tanto una interpretación armónica de la ley, como el desarrollo de una adecuada labor de calificación de todos los acuerdos internacionales previstos en la LTOAI.

¹⁷² No obstante, en relación con los AINN celebrados por las CCAA, a nuestro entender, resulta perfectamente defendible la exigencia de informe por parte de la AJI. Además, de los ya citados principios de coordinación de la política exterior y de unidad de acción del Estado, parece capital para el Estado una adecuada calificación jurídica. No parece necesario recordar casos en los que la ausencia de una calificación jurídica pertinente puede conducir no sólo a excesos competenciales, sino incluso a situaciones internacionalmente muy incómodas para el Estado. Un anterior jefe de la AJI, conocedor como pocos de los acuerdos internacionales no normativos, recordaba recientemente dos ejemplos extremos, pero reveladores. «El primero, el de una comunidad autónoma que había concertado un acuerdo con un cierto Estado... antes de que España lo hubiera reconocido diplomáticamente. Y el segundo, el de otra comunidad autónoma que pretendía concertar con un gobierno estatal extranjero un acuerdo de comercio e industria... después de que estas competencias habían sido transferidas por España a las instituciones europeas»; PÉREZ GIRALDA, A., *loc. cit.*, nota 139 («España y la práctica...»), p. 78.

¹⁷³ Es, por ejemplo, el caso de una reciente sentencia dictada por el TC en el marco de un conflicto positivo de competencias a propósito del Acto del Sr. consejero de Agricultura y Pesca del Gobierno Autónomo del País Vasco por el que suscribió un acuerdo —formalmente denominado *procès verbal*— en materia de pesca con Mauritania. A juicio del TC, el acto del consejero autonómico «al suscribir el Acuerdo de 21 de septiembre de 2003, ha vulnerado las competencias que atribuye al Estado el art. 149.13 CE al haber celebrado un tratado internacional [...] pues la exclusiva titularidad estatal sobre el *ius contrahendi* se proyecta sobre cualquier materia»; STC 198/2013, de 5 de diciembre, FJ 6.

¹⁷⁴ PÉREZ GIRALDA, A., *loc. cit.*, nota 139 («España y la práctica...»), p. 89.

¹⁷⁵ Dictamen 808/2013, *op. cit.*, p. 29 *in fine*. Cursiva añadida por nosotros.

11. CONSIDERACIONES FINALES: UNA LEY NECESARIA Y RAZONABLE

La LTOAI es una de esas escasas leyes, si no la única, que todos los gobiernos de la democracia han intentado impulsar y sacar adelante sin lograrlo. Desde la década de los ochenta del siglo pasado, la preparación de un borrador de ley de tratados se convirtió en tarea asegurada para cuantos se fueron instalando sucesivamente en el Palacio de Santa Cruz, fuera en el primer piso (con la aureola que ello imprime) o fuera en la buhardilla (con el carácter más académico que le es propio). Sin embargo, por motivos fácilmente identificables por quien haya participado en cualquiera de los intentos de elaboración de esta norma, todos fueron fracasando uno tras otro, sin que la mayoría de ellos alcanzara siquiera la mesa de la Comisión de Subsecretarios y Secretarios de Estado. El último intento ha corrido mejor suerte por un cúmulo de circunstancias que no procede tratar en un trabajo de esta índole, pero que, en todo caso, han permitido sacar adelante una norma de rango legal que debería haber visto la imprenta del *Boletín Oficial del Estado* hace ya varias décadas. Sin duda, el resultado ofrece flancos para la crítica jurídica, como los ofrece en realidad cualquier ley; pero, a nuestro juicio (acaso no el más objetivo imaginable), resulta razonable.

La nueva ley configura un nuevo marco legislativo que contribuye a dar carta de naturaleza a la realidad actual de los instrumentos jurídicos empleados en la práctica internacional. Sienta, igualmente, las bases para intentar garantizar en un Estado descentralizado como el nuestro, ese difícil equilibrio entre la competencia del Estado para fijar la política exterior y la legítima aspiración de las CCAA de contar con instrumentos jurídicos adecuados para desplegar la acción exterior propia que les permite la Constitución y sus respectivos Estatutos de Autonomía. La ley opta, así, por una tipología de acuerdos internacionales acorde con la práctica internacional actual y los regula de manera perfectamente compatible con los Convenios de Viena en materia de tratados.

Sin duda, no faltará quien piense que hubiera resultado preferible que la ley hubiera renunciado a cierta ambición en su ámbito material y se hubiese limitado a regular los tratados internacionales (y, a lo sumo, los AIA) de la forma más cercana posible al Decreto de 1972. Y, desde luego, desde una perspectiva estrictamente técnico-jurídica, hubiera resultado tarea bastante más sencilla y menos arriesgada. Pero ello hubiera significado cerrar los ojos a una realidad jurídica difícil de ignorar que, guste o no, está presente en el Derecho internacional contemporáneo y reclama una regulación interna que la discipline de la forma más razonable posible.

RESUMEN

LA LEY DE TRATADOS Y OTROS ACUERDOS INTERNACIONALES: UNA NUEVA REGULACIÓN PARA DISCIPLINAR UNA PRÁCTICA INTERNACIONAL DIFÍCIL DE IGNORAR

El 18 de diciembre de 2014 entró en vigor la Ley 25/2014, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales. Esta nueva regulación era necesaria para adaptar el contenido del Decreto 801/1972 a las exigencias internas derivadas de la Constitución de 1978, así como al nuevo contexto internacional existente en la actualidad. La ley regula los tratados internacionales, como principal instrumento jurídico para articular la voluntad de los sujetos de Derecho internacional de asumir y cumplir obligaciones jurídicas. Pero regula también otros dos tipos de acuerdos internacionales que han cobrado en la práctica internacional gran relevancia. Se trata, en primer lugar, de los acuerdos internacionales administrativos, que disponen de idéntico efecto que los tratados internacionales, pero son celebrados por órganos o entes de las administraciones públicas cuando existe una cobertura formal y material en un tratado previo. Y regula también los controvertidos acuerdos internacionales no normativos (conocidos como *Memorandum of Understanding*), cuya característica fundamental es que no son susceptibles de crear obligaciones jurídicas ni de generar responsabilidad internacional en caso de incumplimiento. Finalmente, la ley incluye también disposiciones sobre la participación de las CCAA en la celebración de tratados por el Estado, así como la celebración por sí mismas de acuerdos internacionales administrativos y acuerdos internacionales no normativos. Así, la ley configura un razonable marco legislativo nacional en materia de acuerdos internacionales, a la vez que busca un equilibrio entre la competencia exclusiva del Estado para fijar la política exterior y la competencia de las CCAA para desplegar la acción exterior que les permiten sus Estatutos de Autonomía.

Palabras clave: Tratados internacionales, acuerdos internacionales administrativos, acuerdos internacionales no normativos, memorandos de entendimiento, acción exterior de CCAA, Asesoría Jurídica Internacional.

ABSTRACT

THE LAW OF TREATIES AND OTHER INTERNATIONAL AGREEMENTS: A NEW LEGAL FRAMEWORK TO DISCIPLINE AN INTERNATIONAL PRACTICE HARD TO IGNORE

On 18 December 2014 Law 25/2014 on Treaties and other International Agreements entered into force. This new legal framework was necessary in order to adapt the content of Decree 801/1972 to the internal requirements arising from the Constitution of 1978, as well as to the new international context currently in place. The Law regulates international treaties, as the main legal instrument to articulate the will of the subjects of international law to be bound and to fulfill legal obligations. But it also regulates two further types of international agreements that have gained great relevance in the international practice. Firstly, it covers international administrative agreements, which are identical on their effects to international treaties, but which are concluded by bodies or entities belonging to public administrations in cases when formal and substantive coverage derives from a previous treaty. The new piece of legislation also regulates the controversial non-binding international agreements (also known as *Memoranda of Understanding*), which are characterized by their inability to create legal obligations nor to compromise the state's international responsibility in cases of violation. Finally, the Law includes provisions on the participation of the Autonomous Communities in the conclusion of treaties by the State, as well as on the conclusion by Autonomous Communities of administrative international agreements and non-binding international agreements. Thus, the Law sets a reasonable national legal

framework regarding international agreements, while seeking a balance between the exclusive competence of the State to determine its foreign policy and the competence of the Autonomous Communities to carry out the external action to the extent allowed by their Statutes of Autonomy.

Keywords: International treaties, international administrative agreements, non-binding international agreements, Memoranda of Understanding, external action of the Autonomous Communities, International Law Division.

RÉSUMÉ

LA LOI DES TRAITÉS ET AUTRES ACCORDS INTERNATIONAUX: UNE NOUVELLE RÉGULATION POUR UNE PRATIQUE INTERNATIONALE DIFFICILE D'IGNORER

Le 18 Décembre de 2014 a marqué l'entrée en vigueur de la Loi 25/2014 des traités et autres accords internationaux. Cette nouvelle régulation était nécessaire afin d'adapter l'ancien Décret 801/1972 même aux exigences internes découlant de la Constitution de 1978, aussi qu'au nouveau contexte international. Cette Loi règle les traités internationaux, en tant qu'instrument juridique principal pour articuler la volonté des sujets de Droit international d'assumer et de remplir obligations juridiques. Cette nouvelle Loi porte aussi sur d'autres types d'accords internationaux qui ont acquis une importance croissante dans la pratique internationale. On parle notamment, en premier lieu, des accords administratifs internationaux, disposant d'effets juridiques identiques aux ceux des traités internationaux, mais conclus par des organes ou des entités des administrations publiques sous la couverture formel et matérielle d'un traité antérieur dans la matière. La Loi règle également les très controversés engagements non contraignants (en anglais, *Memorandum of Understanding*), caractérisés, pour l'essentiel, par le fait qu'ils ne sont pas susceptibles de créer obligations juridiques contraignants et, par conséquent, d'engager la responsabilité internationale de l'état en cas de leur violation. Finalement, la Loi contient des dispositions relatives à la participation des Communautés autonomes dans la conclusion des traités internationaux par l'état, aussi que portant sur la conclusion en tant que telles d'accords administratifs internationaux et d'engagements non contraignants. De ce fait, la nouvelle Loi crée un encadrement normatif raisonnable en ce qui concerne les accords internationaux, en essayant au même temps de trouver un équilibre entre la compétence exclusive de l'état pour gérer sa politique extérieur et la compétence des Communautés autonomes de déployer leur action extérieur comme prévu par leurs Statuts d'autonomie.

Mots-clés: Traités internationaux, accords administratifs internationaux, engagements non contraignants, protocoles d'entente, action extérieure des Communautés autonomes, Direction des affaires juridiques internationaux.

LOS ATAQUES ARMADOS CON DRONES EN DERECHO INTERNACIONAL*

Felipe GÓMEZ ISA

Profesor Titular de Derecho Internacional Público
Universidad de Deusto

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LOS DRONES EN LA LUCHA CONTRA EL TERRORISMO.—2.1. Creciente utilización de los drones.—2.2. Argumentos a favor de los drones.—2.3. Limitaciones de la utilización de los drones.—3. LOS DRONES ANTE EL DERECHO INTERNACIONAL.—3.1. Legalidad de los drones como arma de guerra.—3.2. Los ataques con drones ante el *ius ad bellum*.—3.2.1. La legítima defensa.—3.2.2. El consentimiento del Estado.—3.3. Los drones ante el *ius in bello*.—3.3.1. La existencia de un «conflicto armado».—3.3.2. Los principios de distinción, proporcionalidad, necesidad militar y humanidad.—3.4. Los drones ante el DIDH.—4. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

Los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001 en Estados Unidos y la respuesta por parte del gobierno norteamericano y de alguno de sus aliados han venido a poner en cuestión el alcance y la aplicación de algunas categorías básicas tanto del Derecho internacional público en general como del Derecho internacional humanitario (DIH) y del Derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) en particular¹. La proclamación por parte de

* La investigación en la que se basa este artículo se ha desarrollado gracias a una estancia de investigación en Fordham Law School (Nueva York) entre agosto y septiembre de 2013. Agradezco a Joana Abrisketa y a María Luisa Sánchez Barrueco por los oportunos comentarios sobre una versión anterior de este artículo.

¹ BHUTA, N., «States of Exception: Regulating Targeted Killing in a “Global Civil War”», en ALSTON, P. y MACDONALD, E. (eds.), *Human Rights, Intervention and the Use of Force*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 245. Véase también CASSESE, A., «Terrorism is Also Disrupting Some Crucial

la Administración de George W. Bush de que nos encontramos en un escenario de «guerra contra el terrorismo»² (*war on terror*) ha hecho tambalearse alguno de los cimientos del Derecho internacional contemporáneo trabajosamente contruidos desde 1945. Desde la creación del centro de detención de Guantánamo hasta la utilización sistemática de la tortura como forma de interrogar a presuntos terroristas, pasando por el empleo de asesinatos selectivos como medio para interceptar a militantes de la red terrorista Al-Qaeda, lo cierto es que todas estas prácticas suscitan serias dudas tanto desde el punto de vista jurídico como desde un plano estrictamente ético. Es en este contexto de lucha contra el terrorismo donde se enmarca la creciente utilización de aparatos aéreos no tripulados³, conocidos popularmente como *drones*⁴, tanto para labores de vigilancia como para la eliminación de terroristas de Al-Qaeda. Debemos reconocer que los drones se han convertido en un elemento estratégico clave dada la naturaleza asimétrica de la mayor parte de los conflictos contemporáneos y dadas las ventajas asociadas a su utilización. Todo ello apunta a que la extensión del uso de drones con fines militares es un proceso de carácter irreversible. Tal y como ha señalado el Relator Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, Christof Heyns, «los drones están aquí para quedarse»⁵.

El presente artículo tiene por objeto analizar las principales cuestiones jurídico-internacionales planteadas por la utilización de los drones por parte de Estados Unidos en teatros de operaciones tan distintos como Afganistán, Irak, Pakistán, Yemen o Somalia. Mientras que la primera parte del artículo

Legal Categories of International Law», *European Journal of International Law*, vol. 12, 2001, núm. 5, pp. 993-1001.

² Tan sólo tres días después de los atentados del 11 de septiembre, el Congreso y el Senado norteamericanos en sesión conjunta aprobaron la que se conoce como *Authorization to Use Military Force* (AUMF). En ella, sobre la base del derecho a la legítima defensa y a proteger a los ciudadanos de Estados Unidos tanto dentro del país como fuera, establecieron «that the President is authorized to use all necessary and appropriate force against those nations, organizations, or persons he determines planned, authorized, committed, or aided the terrorist attacks that occurred on September 11, 2001, or harbored such organizations or persons, in order to prevent any future acts of international terrorism against the United States by such nations, organizations or persons», S. J. Res. 23, September 14, 2001 (la redonda es nuestra). Donde quedan claramente delimitados los contornos de la guerra contra el terrorismo es en el documento estratégico elaborado por el gobierno norteamericano, *National Strategy for Combating Terrorism*, Washington D. C., February 2003.

³ La terminología utilizada es muy variada, pero básicamente podemos distinguir entre «*unmanned aerial vehicles*» (UAV), para aquellos aviones no tripulados que tienen como propósito básicamente labores de vigilancia y de obtención de información, y «*unmanned combat aerial vehicles*» (UCAV), para aquellos que pueden llevar misiles y, por tanto, ser utilizados en labores de combate. Véase al respecto MELZER, N., *Implications of the Usage of Drones and Unmanned Robots in Warfare*, Directorate-General for External Policies of the Union, European Union, Brussels, May 2013, p. 6. Sobre la creciente automatización de los métodos de guerra, véase SINGER, P. W., *Wired for War: Robotics Revolution and Conflict in the 21st Century*, Nueva York, Penguin Press, 2009.

⁴ No se sabe a ciencia cierta de dónde proviene el término «*drone*», pero algunos apuntan a que su origen se encuentra en el zumbido («*buzzing*») constante de estos aparatos cuando están sobrevolando una determinada zona de manera continua, en BENJAMIN, M., *Drone Warfare. Killing by Remote Control*, Brooklyn, Verso, 2013, p. 13.

⁵ HEYNS, C., *Informe del Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias*, Doc. ONU A/68/382, 13 de septiembre de 2013, p. 4.

está destinada a describir los pros y los contras de la creciente utilización de drones en los conflictos armados contemporáneos, en la segunda abordamos los principales interrogantes de carácter jurídico-internacional. Así, analizamos la legalidad de los drones como arma de guerra *per se*, su legalidad desde el punto de vista del *ius ad bellum* y del *ius in bello* para, por último, entrar de lleno en su consideración desde la óptica del DIDH. Si bien los drones no constituyen un arma prohibida por el DIH debido a su carácter indiscriminado, su utilización en el marco de un conflicto armado se debe regir en todo momento por los principios de distinción, proporcionalidad, necesidad militar y humanidad. Lo cierto es que los datos que resultan de la práctica de la utilización de los drones nos hacen acercarnos a este artefacto bélico con notables precauciones. Si el uso de los drones se produce, en cambio, en una situación en la que no nos encontramos en un conflicto armado, las normas del DIDH hacen que sea prácticamente imposible su justificación legal.

2. LOS DRONES EN LA LUCHA CONTRA EL TERRORISMO

2.1. Creciente utilización de los drones

El uso de los aparatos aéreos no tripulados pilotados por control remoto no es un fenómeno nuevo en el marco de los conflictos armados. Existen antecedentes de utilización de drones con fines de vigilancia tanto durante la Primera como durante la Segunda Guerra Mundial, así como en la guerra de Corea. El paso de labores de vigilancia a tareas de combate llega con la guerra de Vietnam, las operaciones del ejército israelí en Líbano en 1982 y con las guerras de los Balcanes en los años noventa, en particular con las operaciones de la OTAN en Kosovo⁶. Ahora bien, la explosión en la utilización de drones equipados con armamento pesado ha venido de la mano de la lucha contra el terrorismo tras los atentados del 11 de septiembre.

Se calcula que actualmente más de setenta Estados cuentan con drones para ser utilizados en labores de vigilancia doméstica o en operaciones militares, o están desarrollando la tecnología apropiada para su construcción, e incluso hay evidencias de que algunos grupos armados de carácter no estatal también han accedido a este tipo de artefactos⁷. Estamos asistiendo, en opinión del Instituto Internacional de Estudios Estratégicos, a un claro ejemplo de proliferación a escala global de este tipo de tecnología⁸. Es por ello que

⁶ GERTLER, J., «U.S. Unmanned Aerial Systems», *Congressional Research Service Report for Congress*, Washington D. C., 3 January, 2012, pp. 1-2.

⁷ En octubre de 2012 Hezbollah asumió el lanzamiento de un dron de reconocimiento y de combate Shahed-129 desarrollado por Irán. Este aparato aéreo fue derribado por Israel tras haberse adentrado 25 millas en su territorio y haber filmado el reactor nuclear de Dimona, en «Iran admits Hezbollah's drone over Israel used Iranian technology», *Israel Hayom*, Sunday 14 October, 2012, en http://www.israelhayom.com/site/newsletter_article.php?id=6075.

⁸ *The Military Balance 2014*, Londres, The International Institute for Strategic Studies, 2014, pp. 13-18.

observamos una creciente atención al fenómeno de los drones tanto por parte de las fuerzas armadas como por parte de los Ministerios de Defensa y de Interior, así como por parte de la industria militar, la opinión pública y los medios de comunicación. La investigación y el desarrollo de estos aparatos pilotados por control remoto mueve un negocio en franca expansión, que ha pasado a formar parte de lo que el presidente Eisenhower denominó el «complejo militar-industrial», una alianza de intereses que se retroalimenta entre altos sectores del Ministerio de Defensa y de las fuerzas armadas y las grandes empresas del sector aeronáutico y del sector militar. Según estimaciones de la industria dedicada a la fabricación de los drones, entre 2011 y 2020 se invertirán solamente en Estados Unidos alrededor de 94 billones de dólares⁹. Hasta ahora, el liderazgo lo han llevado empresas norteamericanas e israelíes, pero hay otros países como China, Gran Bretaña¹⁰, Irán, Sudáfrica o Colombia que están promoviendo la inversión en un sector con un gran futuro económico¹¹.

Como hemos puesto de manifiesto, la actual escalada en la utilización de los drones con fines militares se ha producido tras los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001 en Estados Unidos. El mantra de la «guerra contra el terrorismo» se ha convertido en el caldo de cultivo idóneo para la justificación de un uso cada vez más frecuente de los aparatos no tripulados para llevar a cabo asesinatos selectivos de militantes de la red terrorista Al-Qaeda. Fue la Administración Bush la que comenzó a utilizar asiduamente

⁹ BENJAMIN, M., *op. cit.*, nota 4, p. 32.

¹⁰ En Europa, el 75 por 100 de la producción en este sector le corresponde a Gran Bretaña y a Francia, en *2013 Worldwide Roundup*, Virginia, The American Institute of Aeronautics and Astronautics, 2013. Es por ello que países como España, que representa un escaso 6 por 100 del total de la producción europea, están tratando de hacerse un hueco en este floreciente mercado, como lo demuestra la celebración de un Congreso sobre el tema de los drones en Madrid en marzo de 2014 en el que se reunieron el sector de la industria relacionado con los drones y miembros de diferentes Ministerios de Defensa y de Interior de varios países, «El “dron” español vuela bajo», *El País*, 9 de marzo de 2014, p. 43.

¹¹ Buena prueba de que los países de la Unión Europea (UE) no se quieren quedar atrás en este sector estratégico es que el Consejo Europeo decidió en diciembre de 2013 mejorar las capacidades en «el desarrollo de los sistemas de aeronaves pilotadas a distancia de gran autonomía y altitud media de la próxima generación», para lo que se habilitará «financiación adecuada de las actividades de I+D a partir de 2014», Consejo Europeo, «Conclusiones del Consejo Europeo (19 y 20 de diciembre de 2013)», EUCO 217/13, Bruselas, 20 de diciembre de 2013, p. 5. Es uno de los proyectos emblemáticos del impulso que la UE quiere dar a la política de defensa europea y a la industria militar para no depender como hasta ahora de la tecnología desarrollada en Estados Unidos, «Europa desarrollará sus “drones” para no depender de Estados Unidos», *El Periódico*, 20 de diciembre de 2013, en <http://www.elperiodico.com/es/noticias/internacional/europa-desarrollara-sus-drones-para-depender-eeuu-2944194>. En este contexto, siete Estados miembros (Francia, Alemania, Grecia, Italia, Holanda, Polonia y España) acaban de firmar una carta de intenciones con la Agencia Europea de Defensa (AED) para elaborar un estudio sobre la producción conjunta de drones de altitud media y gran autonomía. Esta posición de varios países miembros y del Consejo Europeo favorable al desarrollo de drones en territorio europeo contrasta con una resolución aprobada por el Parlamento Europeo el 27 de febrero de 2014 en la que expresa una postura bastante crítica con el componente militar del uso de los drones. En este sentido, el Parlamento Europeo «manifiesta su grave preocupación en relación con el empleo de drones armados fuera del marco jurídico internacional» e «insta a la UE a que desarrolle una respuesta política adecuada a nivel europeo y mundial que respete los derechos humanos y el Derecho humanitario internacional», 2014/2567(RSP).

los drones en el marco de operaciones militares en Afganistán e Irak. En este contexto, la guerra contra el terrorismo se configura como un conflicto armado en el que no existen limitaciones ni espaciales ni temporales; nos encontramos ante una guerra sin fin contra los terroristas, se encuentren donde se encuentren, en la que rigen las reglas del DIH¹². Contra todo pronóstico, ha sido bajo la Administración del presidente Barack Obama cuando se ha intensificado el programa de asesinatos selectivos con drones y se ha ampliado notablemente el ámbito geográfico donde se utilizan los citados aparatos bélicos para incluir países como Pakistán, Somalia o Yemen, donde no está tan claro que Estados Unidos se encuentre en una situación de conflicto armado con los grupos terroristas que operan en esos territorios. La Administración Obama trató de distanciarse desde la misma toma de posesión del presidente en enero de 2009 de la retórica de la «guerra contra el terrorismo»¹³. En palabras del propio Obama, «debemos definir nuestro esfuerzo no como una “guerra global contra el terrorismo” sin ningún tipo de límite, sino más bien como una serie de esfuerzos persistentes dirigidos a dismantelar redes de extremistas violentos que amenacen a América»¹⁴. Ahora bien, en el mismo discurso, en un pronunciamiento que parece contradecir su afirmación anterior, Obama señala que «Estados Unidos está *en guerra* con Al-Qaeda, los talibanes y fuerzas asociadas»¹⁵ (la cursiva es nuestra). Y finaliza su discurso con una referencia al elemento temporal de la lucha contra el terrorismo, señalando que «nuestro esfuerzo sistemático para dismantelar organizaciones terroristas debe continuar. Pero esta guerra, como todas las guerras, debe tener un final»¹⁶. Por tanto, a pesar de los proclamados intentos de alejarse de la doctrina de la «guerra contra el terrorismo», lo cierto es que este contradictorio discurso de Obama y, sobre todo, las prácticas desplegadas en la utilización de los drones en el marco de la lucha contra el terrorismo, revelan cambios más cosméticos y de retórica que transformaciones reales en las grandes líneas de la política antiterrorista. Como ha puesto de relieve Robert Barnidge a este respecto, «Guantánamo sigue abierto, Estados Unidos no ha ratificado el Estatuto de la Corte Penal Internacional, y muchas de las políticas contra el terrorismo

¹² STERIO, M., «The United States' Use of Drones in the War on Terror: The (Il)legality of Targeted Killings Under International Law», *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 45, 2012, pp. 201-202.

¹³ Ante las críticas vertidas desde determinados sectores en el sentido de que la política antiterrorista del Presidente Obama refleja una gran continuidad con la de su predecesor, Harold Hongju Koh, asesor jurídico del Departamento de Estado, ha manifestado que «la diferencia más importante es su enfoque y su actitud hacia el Derecho internacional». Lo que nos hace más fuertes y más seguros como nación es «respetar las normas tanto de Derecho interno como de Derecho internacional; cumplir con estándares de carácter universal, sin dobles raseros», KOH, H. H., «The Obama Administration and International Law», Speech to the Annual Meeting of the American Society of International Law, 25 March 2010, p. 3, en <http://www.state.gov/s/l/releases/remarks/139119.htm>.

¹⁴ OBAMA, B., «Remarks by the President at the National Defense University», National Defense University, Fort McNair, Washington, D. C. 23 May 2013, p. 4, en <http://www.whitehouse.gov/the-press-office/2013/05/23/remarks-president-national-defense-university>.

¹⁵ *Ibid.*, p. 5.

¹⁶ *Ibid.*, p. 10.

de la Administración Bush siguen en pie, aunque sin utilizar el lenguaje de la “guerra contra el terrorismo”»¹⁷.

En lo relativo al programa de drones bajo la Administración Obama, observamos una enorme escalada en el número de ataques selectivos desde que Obama asume la Presidencia¹⁸. Aunque no podemos contar con datos totalmente fiables, dado el secretismo que rodea todo lo relacionado con las operaciones militares con drones y dada la dificultad del acceso a la información en el terreno por cuestiones de seguridad, se calcula que los ataques selectivos con drones se han multiplicado por más de cinco desde 2009¹⁹. Asimismo, otra de las características del programa de drones bajo la Administración Obama es el incremento de los denominados «*signature strikes*»²⁰, ataques basados en las características y en los patrones de comportamiento de las personas y grupos, y no en la demostrada identidad y en la participación de las personas que van a ser eliminadas en actividades terroristas («*personality strikes*»). Como veremos más adelante, estos ataques basados en presunciones de pertenencia a un grupo terrorista y de participación directa en las hostilidades basadas en patrones de comportamiento suscitan una seria preocupación desde la óptica de principios básicos del DIH como son los principios de distinción entre civiles y combatientes, de humanidad, de proporcionalidad y de precaución²¹, ya que amplían notablemente las personas que pueden convertirse en objetivos legítimos de un ataque con drones²².

2.2. Argumentos a favor de los drones

El principal argumento que utilizan los defensores de los drones como arma legítima en la lucha contra el terrorismo de Al-Qaeda es su extraordinaria efec-

¹⁷ BARNIDGE, R. P., «A Qualified Defense of American Drone Attacks in NorthWest Pakistan Under International Humanitarian Law», *Boston University International Law Journal*, vol. 30, 2012, p. 411.

¹⁸ SANGER, D. E., *Confront and Conceal. Obama's Secret Wars and Surprising Use of American Power*, Nueva York, Broadway Paperbacks, 2013, p. 243. Véase también MAZZETTI, M., *The Way of the Knife. The CIA, a Secret Army, and a War at the Ends of the Earth*, Nueva York, Penguin Press, 2013.

¹⁹ Los datos más fiables, dado que están basados en fuentes desplegadas en los teatros de operaciones donde se producen los ataques con drones, los proporciona la organización no gubernamental de periodistas basada en Londres *The Bureau of Investigative Journalism*. Según sus datos, solamente en el primer año de la Presidencia de Obama, 2009, se produjeron más ataques selectivos con drones en Pakistán (51) que en los cinco años anteriores de George Bush (2004-2008). 2010 fue el año con más ataques selectivos con drones (128), mientras que asistimos a un descenso paulatino desde 2011 (75), 2012 (50), hasta 2013 (27). Véase al respecto su programa de investigación «Covert Drone War», en <http://www.thebureauinvestigates.com/category/projects/drones/>. Hay otras fuentes a las que se puede acudir, subrayando que hay una elevada coincidencia en los datos generales del programa de drones de Estados Unidos. Véase *The Long War Journal. A Project of the Foundation for the Defense of Democracies*, en <http://www.longwarjournal.org/>.

²⁰ INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS AND CONFLICT RESOLUTION CLINIC AT STANFORD LAW SCHOOL AND GLOBAL JUSTICE CLINIC AT NEW YORK UNIVERSITY SCHOOL OF LAW, *Living Under Drones: Death, Injury, and Trauma to Civilians from US Drone Practices in Pakistan*, 2012, p. 12, en <http://livingunderdrones.org/>.

²¹ AMNESTY INTERNATIONAL, «Will I Be Next?». *US Drone Strikes in Pakistan*, Londres, 2013 (ASA 33/013/2013), p. 28.

²² HUMAN RIGHTS WATCH, *Between a Drone and Al-Qaeda. The Civilian Cost of US Targeted Killings in Yemen*, Nueva York, 2013, p. 86.

tividad. Los aparatos aéreos pilotados por control remoto se han convertido en un medio extremadamente eficiente para eliminar terroristas que suponen una amenaza para Estados Unidos y, además, previenen la organización de futuros ataques contra intereses norteamericanos. De acuerdo con datos recogidos por la New America Foundation, desde que Obama se instala en la Casa Blanca se han eliminado con drones más de 3.000 militantes talibanes y de Al-Qaeda, entre los cuales se encontraban más de 50 destacados líderes de estos grupos, líderes que no se reemplazan fácilmente²³. Además, lo hacen «con un costo relativamente pequeño, sin riesgo para tropas norteamericanas y con menos bajas civiles que las que otros medios alternativos hubieran ocasionado»²⁴. Es fundamentalmente la ausencia de riesgos para pilotos y soldados norteamericanos, que no se tienen que desplegar sobre el terreno, la que explica la alta popularidad que continúan teniendo los drones entre la opinión pública norteamericana²⁵.

La efectividad de los drones va acompañada de su enorme precisión en tareas de vigilancia durante largos períodos de tiempo a personas sospechosas de llevar a cabo acciones terroristas²⁶, lo que redundaría en beneficio de la garantía del principio de distinción entre combatientes y civiles²⁷. Es más, esa precisión se extiende al ataque en sí, que se va a poder dirigir con una exactitud casi quirúrgica únicamente a las personas que son consideradas como objetivos legítimos, limitando al máximo los daños colaterales. Esta precisión quirúrgica contribuiría a un mayor respeto de otro de los principios esenciales del DIH, el principio de proporcionalidad entre los beneficios militares conseguidos por el ataque y los daños causados. Como afirma en este sentido Laurie Blank, los drones parecen estar «especialmente bien diseñados para el cumplimiento de estas obligaciones»²⁸.

²³ NEW AMERICA FOUNDATION, *Drone Wars Pakistan: Analysis*, Washington, D. C., 2013, en <http://natsec.newamerica.net/drones/pakistan/analysis>.

²⁴ BYMAN, D., «Why Drones Work. The Case for Washington's Weapon of Choice», *Foreign Affairs*, July/August 2013, p. 32.

²⁵ Según una encuesta llevada a cabo en octubre de 2013 por el Pew Research Center, un 61 por 100 de la opinión pública norteamericana aprueba los ataques selectivos con drones (este porcentaje solamente es superado por Israel, con un 64 por 100 de apoyo), mientras que tan sólo un 30 por 100 los desaprueba. La principal preocupación que genera el uso de los drones son los daños causados a la población civil. En cambio, a nivel global, la utilización de drones es un fenómeno crecientemente impopular, con tan sólo cuatro países (Israel, Estados Unidos, Kenya y Sudáfrica) en los que los partidarios de los drones superan a los detractores. Véase al respecto PEW RESEARCH CENTER, *Report questions drone use, widely unpopular globally, but not in the U.S.*, Washington, D. C., October 23, 2013, en <http://www.pewresearch.org/fact-tank/2013/10/23/report-questions-drone-use-widely-unpopular-globally-but-not-in-the-u-s/>.

²⁶ LEWIS, M. W., «Drones and the Boundaries of the Battlefield», *Texas International Law Journal*, vol. 47, Issue 2, 2012, p. 297. Como señala este autor, que tiene experiencia militar pilotando aviones F-14, la mayor ventaja que ofrecen los drones es la cada vez más larga duración del sobrevuelo, llegando a las treinta horas con el Predator B y a las veinte horas con el Predator C, es decir, más de diez veces la autonomía de vuelo de los aviones de combate tripulados. Haciéndonos eco de sus palabras, «esto convierte a los drones en un arma especialmente diseñada para labores de vigilancia y de ataque en operaciones antiterroristas».

²⁷ KRAMER, C., «The Legality of Targeted Drone Attacks as US Policy», *Santa Clara Journal of International Law*, vol. 9, Issue 2, 2011, p. 381.

²⁸ BLANK, L. R., «After "Top Gun": How Drone Strikes Impact the Law of War», *University of Pennsylvania Journal of International Law*, vol. 33, 2012, p. 697.

2.3. Limitaciones de la utilización de los drones

Si bien debemos reconocer que la tecnología ofrece avances muy relevantes para el desarrollo de las hostilidades en el marco de un conflicto armado, obviamente también hay algunas sombras que planean sobre el uso de los drones. En primer lugar, la decisión de llevar a cabo un ataque con un dron contra un determinado objetivo debe estar basada en información muy precisa y muy fiable recogida por los servicios de inteligencia. A pesar de que los avances tecnológicos, incluyendo la utilización de aparatos aéreos no tripulados, han mejorado sensiblemente las capacidades de los servicios de inteligencia para recabar información antes de realizar un ataque, debemos reconocer que siguen existiendo fallos y lagunas que nos exigen aproximarnos a esta cuestión con ciertas precauciones. De hecho, nos enfrentamos ante uno de los principales problemas detectados en el uso de los drones: la escasa fiabilidad de algunas de las fuentes de inteligencia²⁹, sobre todo en contextos tan complejos y tan alejados de los patrones occidentales como los que se dan en Afganistán, Pakistán³⁰, Yemen o Somalia, donde los yihadistas se entremezclan con la población civil como parte de su estrategia. Según un informe reciente de la Universidad de Columbia y del Center for Civilians in Conflict (CIVIC), la supuesta precisión milimétrica de los ataques con drones está muy condicionada por «fallos sistemáticos en la inteligencia sobre la que se basan dichos ataques, entre los que destacan las limitaciones técnicas de la propia video-vigilancia,... la comprensión cultural y la fiabilidad de los informantes locales y de los propios gobiernos con los que se coopera»³¹.

Otro aspecto que cuestiona la precisión de los drones es lo que técnicamente se conoce como «latencia», que se refiere a «la diferencia entre el mo-

²⁹ INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS AND CONFLICT RESOLUTION CLINIC AT STANFORD LAW SCHOOL AND GLOBAL JUSTICE CLINIC AT NEW YORK UNIVERSITY SCHOOL OF LAW, *op. cit.*, nota 20, p. 37. Uno de los casos más dramáticos expuestos en este exhaustivo informe (pp. 57-62) acerca de la utilización de los drones en Waziristán del Norte, la zona fronteriza entre Pakistán y Afganistán, se produjo el 17 de marzo de 2011, cuando dos misiles lanzados desde un dron impactaron de lleno en un depósito de autobuses en el que se había convocado una *Jirga*, es decir, una reunión comunitaria convocada por los líderes locales (*Maliks*) para resolver una disputa acerca de una mina de cromita. Los *Maliks* incluso habían tomado la precaución de alertar al puesto local del Ejército acerca de la celebración de la *Jirga*. Según las fuentes consultadas por los investigadores que realizaron este informe, 42 personas fallecieron como consecuencia del ataque, la mayor parte de ellas civiles, y 14 resultaron heridas. Ninguno de los ancianos que acudió a la *Jirga* sobrevivió al ataque. Las autoridades norteamericanas siguen insistiendo en que todos los que fallecieron eran «insurgentes». En cambio, el Gobierno de Pakistán ofreció una compensación a las familias de las víctimas, lo que fue rechazado por la mayor parte de ellas. Este es tan sólo uno de los ejemplos en los que la falta de fuentes de inteligencia totalmente fiables puede llegar a ocasionar errores fatales. Desgraciadamente, casos similares aparecen documentados en diversas fuentes: AMNESTY INTERNATIONAL, *op. cit.*, nota 21; HUMAN RIGHTS WATCH, *op. cit.*, nota 22.

³⁰ Para un interesante intento de explorar la compleja pero rica realidad que se esconde en la frontera entre Afganistán y Pakistán, y que, «resulta opaca a las cámaras instaladas en drones que sobrevuelan a miles de metros por encima», véase BASHIR, S. y CREWS, R. D. (eds.), *Under the Drones. Modern Lives in the Afghanistan-Pakistan Borderlands*, Cambridge, Harvard University Press, 2012.

³¹ COLUMBIA LAW SCHOOL HUMAN RIGHTS CLINIC AND CENTER FOR CIVILIANS IN CONFLICT, *The Civilian Impact of Drones: Unexamined Costs, Unanswered Questions*, Nueva York, 2012, p. 2.

vimiento en el terreno y la llegada de la imagen de video vía satélite al piloto del dron»³². Esta diferencia puede hacer que el ataque no sea tan preciso como supuestamente debería ser. Además, el radio de acción de la explosión de un misil Hellfire de los que se lanzan desde los drones puede llegar a los quince o veinte metros, lo que, junto a la metralla que se proyecta en cada explosión, puede hacer que las consecuencias del impacto se extiendan bastante más allá del objetivo inicialmente identificado³³.

El impacto en la población civil de la utilización de los drones no se limita tan sólo a las personas que se ven directamente afectadas por las consecuencias físicas y socioeconómicas de un ataque, sino que la vida y la conducta de poblaciones enteras se van a ver muy condicionadas por el sobrevuelo constante de estos aparatos y el temor ante un ataque en cualquier momento. El sobrevuelo de los drones veinticuatro horas al día en determinadas zonas de Pakistán y los ataques previos en casas, vehículos o espacios públicos sin ningún tipo de advertencia previa, han generado una sensación de terror entre hombres, mujeres y niños, dando lugar a fenómenos de ansiedad y estrés post-traumático entre la población³⁴. El temor ante un nuevo ataque con drones ha afectado hasta tal punto la sensación de seguridad que «ha acabado minando la voluntad de la población de participar en actividades sociales como reuniones comunitarias, funerales o el simple hecho de enviar a sus hijos al colegio»³⁵.

Otro riesgo asociado a la creciente utilización de drones en la lucha contra el terrorismo es lo que se conoce como la «mentalidad Play-Station»³⁶. Este fenómeno alude al riesgo de que el manejo de los drones para ataques selectivos se acabe convirtiendo en una especie de juego virtual³⁷, con una clara disociación física entre una decisión con consecuencias fatales que se toma desde un lugar que se encuentra a miles de kilómetros de la realidad sobre el terreno. Ello tendría como consecuencia que la decisión de «eliminar» a una persona se convierte en una decisión mucho más sencilla y aséptica, dada la distancia tanto física como emocional entre el operador del dron a miles de kilómetros de distancia y el presunto terrorista que va a ser eliminado³⁸. Algunos apuntan a que esta disociación tanto física como emocional pue-

³² INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS AND CONFLICT RESOLUTION CLINIC AT STANFORD LAW SCHOOL AND GLOBAL JUSTICE CLINIC AT NEW YORK UNIVERSITY SCHOOL OF LAW, *op. cit.*, nota 20, p. 9.

³³ BENJAMIN, M., *op. cit.*, nota 4, p. 27.

³⁴ INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS AND CONFLICT RESOLUTION CLINIC AT STANFORD LAW SCHOOL AND GLOBAL JUSTICE CLINIC AT NEW YORK UNIVERSITY SCHOOL OF LAW, *op. cit.*, nota 20, p. 55.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ ALSTON, P., *Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions. Study on Targeted Killings*, Doc. ONU A/HRC/14/24/Add.6, 28 May 2010, p. 24.

³⁷ Véase al respecto la interesante reflexión acerca de cómo los videojuegos afectan a las percepciones de sus usuarios en torno a lo que se puede y no se puede hacer en un conflicto armado y cómo los videojuegos se podrían convertir en una herramienta muy útil para ampliar el conocimiento de las normas del DIH y modificar la actitud hacia ellas, CLARKE, B., ROUFFAER, C. y SÉNÉCHAUD, F., «Beyond the Call of Duty: why shouldn't video game players face the same dilemmas as real soldiers?», *International Review of the Red Cross*, vol. 94, 2012, núm. 886, pp. 711-737.

³⁸ STERIO, M., *op. cit.*, nota 12, p. 213.

de conducir a una cierta des-sensibilización y a una «mayor propensión a matar»³⁹. En cambio, desde otros ángulos se señala que este supuesto efecto psicológico de la mentalidad Play-Station no deja de ser un mito que no ha sido contrastado científicamente⁴⁰. Al contrario, la distancia física, la calma, la ausencia de estrés y de cualquier tipo de peligro con la que se toman las decisiones en una sala con aire acondicionado a miles de kilómetros del campo de batalla pueden permitir decisiones mucho más racionales y consistentes con los principios básicos del DIH y del DIDH, que cuando esas decisiones se toman desde un avión de combate⁴¹.

Consideraciones estratégicas también pueden estar en la base del cuestionamiento del uso sistemático de los drones en operaciones antiterroristas. El propio John O. Brennan, asesor del presidente de Estados Unidos en asuntos de seguridad y política antiterrorista, ha manifestado que, a la hora de tomar la decisión de eliminar a un terrorista mediante un ataque con drones, se tienen en cuenta las «implicaciones estratégicas de cada acción»⁴². A pesar de este claro pronunciamiento, algunos ponen de relieve que «el problema para Washington es que el programa de drones ha cobrado vida propia, hasta tal punto que la táctica acaba dominando a la estrategia»⁴³. La principal crítica vertida al programa de drones de Estados Unidos es que los ataques selectivos y el sobrevuelo constante de estos aparatos pilotados por control remoto no gozan de apoyo popular en los países en los que se utilizan, lo que puede contribuir a dañar las relaciones estratégicas con esos países que son clave en la lucha contra el terrorismo, como ha ocurrido claramente en el caso de Pakistán. En última instancia, los drones «fomentan sentimientos anti-americanos y acaban minando la credibilidad de Estados Unidos no sólo en Pakistán sino en toda la región»⁴⁴. La encuesta ya citada del Pew Research Center sobre la opinión acerca del uso de los drones revela que Pakistán cuenta con uno de los niveles de apoyo popular más bajo, con un escaso 5 por 100 (solamente superado en falta de apoyo por Jordania y Palestina)⁴⁵. Este desencuentro entre la población a la que supuestamente se va a ayudar y la política de uso de drones por parte de Estados Unidos puede acabar teniendo

³⁹ ANDERSON, D. E., «Drones and the Ethics of War», *Religion & Ethics News Weekly*, 14 May 2010, en <http://www.pbs.org/wnet/religionandethics/2010/05/14/drones-and-the-ethics-of-war/6290/>.

⁴⁰ ADVISORY COMMITTEE ON ISSUES OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW, *Main Conclusions of Advice on Armed Drones*, La Haya, July 2013, p. 1. Además, como subraya este informe del Comité Asesor sobre Cuestiones de Derecho internacional del Gobierno holandés, aunque se demostrara la existencia de este fenómeno Play-Station, la cuestión de su relevancia jurídica sigue siendo «poco clara».

⁴¹ MCCLOSKEY, M., «The War Room: Daily Transition between Battle, Home Takes a Toll on Drone Operators», *Stars and Stripes*, 27 October 2009, en <http://www.stripes.com/news/the-war-room-daily-transition-between-battle-home-takes-a-toll-on-drone-operators-1.95949>.

⁴² BRENNAN, J. O., «The Ethics and Efficacy of the President's Counterterrorism Strategy», Address at the Woodrow Wilson Center for Scholars, 30 April 2012, p. 11, en <http://www.wilsoncenter.org/event/the-ethics-and-ethics-us-counterterrorism-strategy>.

⁴³ CRONIN, A. K., «Why Drones Fail. When Tactics Drive Strategy», *Foreign Affairs*, July/August 2013, p. 44.

⁴⁴ INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS AND CONFLICT RESOLUTION CLINIC AT STANFORD LAW SCHOOL AND GLOBAL JUSTICE CLINIC AT NEW YORK UNIVERSITY SCHOOL OF LAW, *op. cit.*, nota 20, p. 125.

⁴⁵ PEW RESEARCH CENTER, *op. cit.*, nota 25.

el efecto contraproducente de fomentar actitudes de revancha y de simpatía hacia los grupos terroristas⁴⁶. Como se ha señalado a este respecto, «los drones han reemplazado a Guantánamo como herramienta de reclutamiento de nuevos terroristas»⁴⁷.

Por último, el programa de drones también suscita dudas al poder convertirse en un peligroso precedente tanto para otros países como para actores no estatales que quieran seguir la senda iniciada por Estados Unidos e Israel, abriendo una caja de Pandora de imprevisibles consecuencias⁴⁸. La creciente percepción de los drones como una estrategia exitosa en la lucha contra el terrorismo puede hacer que se conviertan en «la norma y desplacen otras alternativas que podrían ser mucho más respetuosas con la población civil»⁴⁹. El mismo Obama es consciente del poder que tienen los drones para sentar un precedente cuando admite que su uso «definirá el tipo de nación (y de mundo) que dejamos a nuestros hijos»⁵⁰.

3. LOS DRONES ANTE EL DERECHO INTERNACIONAL

3.1. Legalidad de los drones como arma de guerra

Una de las reglas fundamentales que regulan los métodos de guerra en el marco del DIH es que dichos medios tienen límites⁵¹. Como dispone al

⁴⁶ La siguiente cita es extremadamente reveladora de los efectos contraproducentes que puede acabar teniendo la estrategia de los drones en la lucha contra el terrorismo: «Los drones están haciendo que cada vez más yemeníes odien a Estados Unidos y se unan a los militantes radicales; no se mueven por ideología sino por sentimientos de venganza y desesperación... Más que ganar los corazones y las mentes de los civiles yemeníes, Estados Unidos los aliena cuando mata a sus parientes y amigos. De hecho, el programa de drones está conduciendo a la talibización de vastas áreas tribales y a la radicalización de gente que bien podría ser aliada de Estados Unidos en la lucha contra el terrorismo en Yemen», MOTHANA, I., «How Drones Help Al Qaeda», *New York Times*, 13 June 2013, en <http://www.nytimes.com/2012/06/14/opinion/how-drones-help-al-qaeda.html>.

⁴⁷ BECKER, J. y SHANE, S., «Secret "Kill List" Proves a Test of Obama's Principles and Will», *New York Times*, 29 May 2012, en http://www.nytimes.com/2012/05/29/world/obamas-leadership-in-war-on-al-qaeda.html?pagewanted=all&_r=0.

⁴⁸ CASEY-MASLEN, S., «Pandora's box? Drone strikes under *jus ad bellum*, *jus in bello*, and international human rights law», *International Review of the Red Cross*, vol. 94, 2012, núm. 886, pp. 624-625. Por citar tan sólo un ejemplo mencionado con ciertas dosis de preocupación por el Relator Especial Philip Alston, en 2006 el Parlamento ruso aprobó una ley que permite a los servicios secretos rusos asesinar selectivamente a supuestos terroristas fuera de Rusia con la autorización del presidente, Federal Law núm. 35-FZ on Counteracting Terrorism, en http://www.coe.int/t/dlapil/codexter/Source/country_profiles/legislation/CT%20legislation%20-%20Russian%20Federation.pdf. El problema con esta ley, como señala el Relator, es que «no hay ningún tipo de información pública acerca de salvaguardas procedimentales para asegurar que los asesinatos selectivos sean legales, los criterios para decidir quién puede ser un objetivo legítimo o mecanismos de rendición de cuentas y de revisión de las operaciones de asesinatos selectivos», ALSTON, P., *op. cit.*, nota 36, p. 9.

⁴⁹ COLUMBIA LAW SCHOOL HUMAN RIGHTS CLINIC AND CENTER FOR CIVILIANS IN CONFLICT, *op. cit.*, nota 31, p. 3.

⁵⁰ OBAMA, B., *op. cit.*, nota 14, p. 2.

⁵¹ Véase un análisis general en BOOTHBY, W., *Weapons and the Law of Armed Conflict*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

respecto el art. 35.1 del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales⁵², «en todo conflicto armado, el derecho de las Partes en conflicto a elegir los métodos o medios de hacer la guerra *no es ilimitado*» (la cursiva es nuestra)⁵³. Uno de los límites se concreta en la prohibición de aquellas armas y métodos de hacer la guerra «que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios»⁵⁴. El otro límite se refiere a la prohibición de las armas cuyo uso tiene un carácter indiscriminado, es decir, no tienen capacidad para «dirigirse contra un objetivo militar concreto»⁵⁵ o «cuyos efectos no sea posible limitar conforme a lo exigido por el presente Protocolo»⁵⁶. Estas normas, según Yoram Dinstein⁵⁷, habrían adquirido el carácter de Derecho internacional consuetudinario, obligando, por tanto, a todos los actores que intervienen en un conflicto armado.

Una de las consecuencias más relevantes de estas limitaciones a las armas y a los métodos de guerra es que cuando se está desarrollando un arma nueva, los Estados tienen que llevar a cabo un estudio en profundidad sobre su compatibilidad con las limitaciones que acabamos de mencionar⁵⁸. Éste es el sentido del art. 36 del Protocolo I Adicional que venimos comentando cuando establece que

«cuando una Alta Parte contratante estudie, desarrolle, adquiera o adopte una nueva arma, o nuevos medios o métodos de guerra, tendrá la obligación de determinar si su empleo, en ciertas condiciones o en todas las circunstancias, esta-

⁵² Adoptado el 8 de junio de 1977, entró en vigor el 7 de diciembre de 1978. A 10 de marzo de 2014 cuenta con 173 Estados parte.

⁵³ La Corte Internacional de Justicia se ha referido a esta norma como uno de los «principios cardinales» del Derecho humanitario. Para la Corte, «los Estados no tienen una libertad de elección ilimitada en cuanto a los medios y armas que utilizan», *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, ICJ Reports 1996*, p. 257, párr. 78.

⁵⁴ Art. 35.2 del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949. Al respecto, la Corte Internacional de Justicia ha reiterado que «está prohibido causar sufrimiento innecesario a los combatientes: por tanto, está prohibido el uso de armas que causen dicho sufrimiento o que agraven inútilmente su sufrimiento», *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, op. cit.*, nota 53, p. 257, párr. 78.

⁵⁵ *Ibid.*, art. 51.4.b). La Corte Internacional de Justicia también se ha referido a que «los Estados nunca deben convertir a los civiles en objeto de un ataque y, en consecuencia, nunca deben usar armas que sean incapaces de distinguir entre objetivos civiles y objetivos militares», *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, op. cit.*, nota 53, p. 257, párr. 78.

⁵⁶ *Ibid.*, art. 51.4.c).

⁵⁷ DINSTEIN, Y., *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, 2.^a ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. 126.

⁵⁸ Véase al respecto MCCLELLAND, J., «The review of weapons in accordance with Article 36 of Additional Protocol I», *International Review of the Red Cross*, vol. 85, 2003, núm. 850, pp. 397-415. El propio Comité Internacional de la Cruz Roja ha elaborado una Guía para llevar a cabo el proceso de revisión de las nuevas armas, INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS, «A Guide to the Legal Review of New Weapons, Means and Methods of Warfare: Measures to Implement Article 36 of Additional Protocol I of 1977», *International Review of the Red Cross*, vol. 88, 2006, núm. 864, pp. 931-956. Ahora bien, de manera un tanto sorprendente, el Comité Internacional de la Cruz Roja no ha considerado que el art. 36 del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra haya pasado a formar parte del Derecho consuetudinario, HENCKAERTS, J.-M. y DOSWALD-BECK, L., *Customary International Humanitarian Law*, Cambridge, ICRC and Cambridge University Press, 2005.

ría prohibido por el presente Protocolo o por cualquier otra norma de Derecho internacional aplicable a esa Alta Parte contratante»⁵⁹.

La verdad es que, como concluyen la mayor parte de los autores que han analizado esta cuestión, dadas las capacidades técnicas de los drones y sus posibilidades en cuanto a la vigilancia constante de un determinado objetivo militar, no podemos considerar que *per se* constituyan un método de guerra indiscriminado que esté prohibido por el DIH⁶⁰. Al contrario, si se utilizan adecuadamente, los drones se pueden convertir en armas que pueden discriminar con un alto grado de precisión entre objetivos militares y población civil y, en consecuencia, pueden minimizar en gran medida los daños colaterales⁶¹. Ahora bien, esta afirmación es adecuada cuando los drones se utilizan en el marco de un conflicto armado regulado por el DIH. En cambio, cuando no nos encontramos en un escenario de conflicto armado, cuando el marco

⁵⁹ A pesar de esta norma, «los más de setenta Estados que poseen drones no han hecho públicos sus análisis —si es que los han llevado a cabo— acerca de la legalidad de los drones armados», CASEY-MASLEN, S., *op. cit.*, nota 48, p. 601.

⁶⁰ POZO SERRANO, P., «La utilización de los drones en los conflictos actuales: una perspectiva del Derecho internacional», Instituto Español de Estudios Estratégicos, Documento de Opinión 37/2011, p. 7. MELZER, N., *op. cit.*, nota 3, p. 27; HEYNS, C., *op. cit.*, nota 5, p. 4; ADVISORY COMMITTEE ON ISSUES OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW, *op. cit.*, nota 40, p. 1; STERIO, M., *op. cit.*, nota 12, p. 209. La verdad es que sería difícil llegar a una solución diferente cuando la propia Corte Internacional de Justicia no ha podido llegar a una conclusión definitiva respecto de la ilegalidad de las armas nucleares. Como señaló la Corte en su polémica Opinión Consultiva de 1996, «*there is in neither customary nor conventional international law any comprehensive and universal prohibition of the threat or use of nuclear weapons as such*». La Corte prosigue su razonamiento subrayando que «*the threat or use of nuclear weapons would generally be contrary to the rules of international law applicable in armed conflict, and in particular the principles and rules of humanitarian law*». Finalmente, la Corte se ve obligada a concluir, en una votación muy ajustada (siete contra siete, con el voto de calidad del presidente) que «*however, in view of the current state of international law, and of the elements of fact at its disposal, the Court cannot conclude definitively whether the threat or use of nuclear weapons would be lawful or unlawful in an extreme circumstance of self-defence, in which the very survival of a State would be at stake*», *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, *op. cit.*, nota 53, p. 266.

⁶¹ BLANK, L. R., *op. cit.*, nota 28, p. 687. Un aspecto que sí es problemático desde el punto de vista de la prohibición de los métodos de guerra indiscriminados tiene que ver con el desarrollo de una nueva fase en la creación de drones cada vez más autónomos que permitirían tomar decisiones programadas acerca de objetivos militares legítimos sin intervención humana. Según Nils Melzer, hoy por hoy la utilización legítima de la fuerza mediante drones «siempre requiere de la implicación directa de un controlador humano», MELZER, N., *op. cit.*, nota 3, p. 11. Una opinión muy similar es compartida por Peter Asaro cuando afirma que desde un punto de vista moral y desde un punto de vista jurídico «no podemos aceptar que un sistema totalmente automatizado tome decisiones relativas a la privación de la vida humana», ASARO, P., «On banning autonomous weapon systems: human rights, automation, and the dehumanization of lethal decision-making», *International Review of the Red Cross*, vol. 94, 2012, núm. 886, p. 708. Véase en el mismo sentido GUTIÉRREZ ESPADA, C. y CERVELL HORTAL, M. J., «Sistemas de Armas Autónomas, Drones y Derecho internacional», *Revista del Instituto Español de Estudios Estratégicos*, 2013, núm. 2, pp. 27-57. Ahora bien, como señalan estos autores, «en el estado actual de su desarrollo científico y tecnológico, tampoco puede excluirse *a priori* la posibilidad de que pueda introducirse en el futuro en sus programas informáticos un «regulador ético» que elimine o minimice muy significativamente la eventualidad de una conducta contraria a los mencionados principios» del DIH y del DIDH (*op. cit.*, p. 51). Pero debemos estar alerta, ya que la investigación y el desarrollo en este campo caminan hacia la creación de sistemas con un grado de autonomía operativa cada vez mayor. Véase en este sentido BACKSTROM, A. y HENDERSON, I., «New capabilities in warfare: an overview of contemporary technological developments and the associated legal and engineering issues in Article 36 weapons reviews», *International Review of the Red Cross*, vol. 94, 2012, núm. 886, pp. 483-514.

legal aplicable es el del DIDH, la justificación de los drones resulta mucho más problemática, como vamos a ver más adelante.

3.2. Los ataques con drones ante el *ius ad bellum*

Un primer aspecto que tenemos que abordar es la caracterización jurídica de la respuesta armada, incluyendo el uso de drones, por parte de un Estado ante un ataque terrorista, sobre todo tras los ataques del 11 de septiembre de 2001 y la emergencia del terrorismo como un fenómeno de alcance global.

Como sabemos, uno de los principios estructurales del Derecho internacional contemporáneo se refiere a la prohibición del uso de la fuerza en las relaciones internacionales⁶², principio que se ha convertido en una norma de naturaleza consuetudinaria⁶³. El art. 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas establece que «los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado...». Solamente hay tres excepciones a este principio: el consentimiento del Estado en el que tiene lugar la respuesta armada, la legítima defensa y la autorización del uso de la fuerza por parte del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Si no nos encontramos ante ninguna de estas excepciones, un ataque armado constituiría un acto de agresión prohibido por el Derecho internacional. Así fue considerado por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas el asesinato selectivo de Khalil Al-Wazir, más conocido como Abu Yihad, por parte de los servicios secretos de Israel en Túnez el 16 de abril de 1988⁶⁴.

La tercera excepción a la que nos hemos referido relativa a la autorización por parte del Consejo de Seguridad es inaplicable en la mayor parte de los escenarios en los que se utilizan los drones, ya que la única operación militar que cuenta con el aval del máximo órgano de las Naciones Unidas en materia de paz y seguridad es la que ha tenido lugar en Afganistán⁶⁵. Por tanto, sola-

⁶² MÁRQUEZ CARRASCO, M. C., *Problemas actuales sobre la prohibición del recurso a la fuerza en Derecho internacional*, Madrid, Tecnos, 1998. Véase también GRAY, C., *International Law and the Use of Force*, Oxford, Oxford University Press, 2001; GUTIÉRREZ ESPADA, C. y CERVELL HORTAL, M. J., *El Derecho internacional en la encrucijada. Curso General de Derecho Internacional Público*, Madrid, Trotta, pp. 395 y ss.

⁶³ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, ICJ Reports 1986, p. 98, párr. 185.

⁶⁴ Abu Yihad era co-fundador y comandante militar de Fatah. El Consejo de Seguridad condenó «enérgicamente la agresión perpetrada... contra la soberanía y la integridad territorial de Túnez en patente violación de la Carta de las Naciones Unidas, del Derecho y de las normas de conducta internacionales», Resolución 611 (1988), de 25 de abril. Esta resolución contó con 14 votos favorables, ninguno en contra y la abstención de Estados Unidos. Para los detalles de esta operación véase BLACK, I. y MORRIS, B., *Israel's Secret Wars: A History of Israel's Intelligence Services*, Nueva York, Grove Weidenfeld, 1991.

⁶⁵ Un día después de los atentados terroristas del 11 de septiembre en Nueva York, Washington, D. C. y Pennsylvania, el Consejo de Seguridad aprobó la Resolución 1368 (2001), de 12 de septiembre, en la que, además de reafirmar «el derecho inmanente de legítima defensa individual o colectiva de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas», considera que dichos atentados «constituyen una

mente nos quedan las otras dos excepciones para poder explorar la justificación del uso de drones en la lucha contra el terrorismo.

3.2.1. *La legítima defensa*

Una de las excepciones más relevantes al principio de la prohibición del uso de la fuerza en las relaciones internacionales es la legítima defensa⁶⁶. Como establece la Carta de las Naciones Unidas en su art. 51:

«Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales...».

El principal argumento al que alude Estados Unidos para justificar la utilización de drones en la lucha contra el terrorismo es su derecho a la legítima defensa ante ataques que constituyen una amenaza y ponen en peligro su seguridad⁶⁷. Uno de los pronunciamientos más claros a este respecto ha venido de la mano de la Asesoría Jurídica del Departamento de Estado cuando afirma que «desde el punto de vista del Derecho internacional, Estados Unidos está en una situación de conflicto armado con Al-Qaeda, así como con los talibanes y fuerzas asociadas, en respuesta a los terribles atentados del 11 de septiembre, por lo que puede recurrir al uso de la fuerza basándose en su derecho inmanente a la legítima defensa»⁶⁸.

Un primer aspecto que hay que analizar es la naturaleza y el alcance de los ataques, es decir, si se puede considerar que dichos ataques han cruzado el umbral exigido para ser calificados como un «ataque armado», tal y como exige la Carta de las Naciones Unidas, que abra las puertas a la legítima defensa. Como observó la Corte Internacional de Justicia en el Caso de las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua, es necesario distinguir «las formas más graves de uso de la fuerza (aquellas que constituyen un

amenaza para la paz y la seguridad internacionales». A finales de septiembre, el Consejo aprobó la Resolución 1373 (2001), de 28 de septiembre, en la que estableció toda una batería de medidas para luchar contra el terrorismo. Por su parte, el Consejo expresó su determinación de adoptar «todas las medidas necesarias para asegurar la plena aplicación de la presente resolución» (la cursiva es nuestra). Ésta fue la base jurídica sobre la que Estados Unidos inició la intervención militar en Afganistán.

⁶⁶ En opinión de la Corte Internacional de Justicia, el derecho de legítima defensa también se ha convertido en una norma de carácter consuetudinario, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua...*, *op. cit.*, nota 63, p. 103, párr. 194.

⁶⁷ La *Authorization to Use Military Force* (AUMF) aprobada por el Congreso y el Senado norteamericanos el 14 de septiembre de 2001 establece que los atentados del 11 de septiembre «hacen necesario y apropiado que Estados Unidos ejerza su derecho de legítima defensa», *op. cit.*, nota 2.

⁶⁸ KOH, H. H., *op. cit.*, nota 13, p. 13. Véase en el mismo sentido la postura del asesor del presidente en asuntos de seguridad y política antiterrorista, BRENNAN, J. O., *op. cit.*, nota 42, p. 7. El Presidente Obama se ha referido a que esta guerra contra Al-Qaeda, los talibanes y sus fuerzas asociadas, es una guerra «justa», guiada por el principio de «proporcionalidad», como «último recurso» y «en legítima defensa», OBAMA, B., *op. cit.*, nota 14, p. 5.

ataque armado) de otras formas menos graves»⁶⁹. Hay algunos que defienden que los ataques de Al-Qaeda, incluso teniendo en cuenta el conjunto de todos los ataques lanzados por esta red terrorista desde principios de los años noventa, no constituyen una ofensiva militar a gran escala, lo que no daría lugar al ejercicio del derecho a la legítima defensa por parte de Estados Unidos⁷⁰. Sin embargo, ésta no es la postura mayoritaria ni entre la doctrina⁷¹ ni entre los Estados. Lo cierto es que, como señala Oriol Casanovas, con las Resoluciones 1368 (2001) y 1373 (2001) del Consejo de Seguridad «parece que la comunidad internacional quiso ampliar la noción de legítima defensa y considerar los ataques terroristas como susceptibles de enmarcarse en el concepto de “ataque armado” del art. 51 de la Carta»⁷². Ahora bien, esta afirmación puede servir en relación con los atentados del 11 de septiembre u otros ataques llevados a cabo por ciertos grupos terroristas desde la zona fronteriza de Pakistán con Afganistán contra intereses norteamericanos. Sin embargo, es mucho más difícil que las acciones terroristas del tipo de las que están aconteciendo en Somalia o en Yemen alcancen la intensidad y la gravedad necesarias como para constituir un ataque armado en el sentido del art. 51 de la Carta de las Naciones Unidas. Como ha señalado Philip Alston al respecto, «sólo en muy contadas ocasiones un actor no estatal que no esté vinculado con algún Estado estará en disposición de llevar a cabo el tipo de ataques armados que darían lugar al derecho a utilizar la fuerza con carácter extraterritorial»⁷³.

Otro elemento que ha suscitado una notable controversia tiene que ver con el actor del ataque armado que puede dar lugar a la legítima defensa. La interpretación tradicional establece que solamente los ataques armados llevados a cabo por Estados pueden servir de base para poner en marcha la legítima defensa. Esta postura ha sido avalada en gran parte por la Corte Interna-

⁶⁹ *Op. cit.*, nota 63, p. 101, párr. 191. Véase sobre esta cuestión RUY, T., «Armed Attack» and Article 51 of the UN Charter. *Evolutions in Customary Law and Practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

⁷⁰ SHAH, S. A., «War on Terrorism: Self-Defense, Operation Enduring Freedom, and the Legality of U.S. Drone Attacks in Pakistan», *Washington University Global Studies Law Review*, vol. 9, 2010, núm. 1, p. 119. Una postura más matizada es la expresada por PONS RAFOLS y PANIAGUA, quienes sostienen que «hay dudas, incluso en el contexto de las resoluciones del Consejo de Seguridad, sobre la identificación de los actos de terrorismo del 11 de septiembre con un ataque armado que justifique el ejercicio de la legítima defensa», PONS RAFOLS, X. y PANIAGUA REDONDO, R., «El sistema de seguridad colectiva, el terrorismo internacional y la legítima defensa», *Agenda ONU*, 2001, núm. 4, p. 41. Véase en la misma línea ABRISKETA, J., «El Derecho internacional como alternativa a la fuerza armada», en *De Nueva York a Kabul. Anuario CIP 2002*, p. 56.

⁷¹ DINSTEIN, Y., *War, Aggression, and Self-Defense*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 237; ORR, A. C., «Unmanned, Unprecedented, and Unresolved: The Status of American Drone Strikes in Pakistan Under International Law», *Cornell International Law Journal*, vol. 44, 2011, p. 737; CONDORELLI, L., «Les attentats du 11 septembre et leurs suites: Ou va le droit international?», *Revue Générale de Droit International Public*, t. 105, 2001, núm. 4, p. 843; BARNIDGE, R. P., *op. cit.*, nota 17, p. 428; BHUTA, N., *op. cit.*, nota 1, p. 262.

⁷² CASANOVAS Y LA ROSA, O., «El principio de la prohibición del uso de la fuerza tras el conflicto de Irak de 2003», en GARCÍA SEGURA, C. y RODRIGO HERNÁNDEZ, A. J. (eds.), *El Imperio Inviabile. El orden internacional tras el conflicto de Irak*, Madrid, Tecnos, 2004, p. 133.

⁷³ ALSTON, P., *op. cit.*, nota 36, p. 13.

cional de Justicia. Como puso de manifiesto la Corte en la Opinión Consultiva relativa a la Construcción de un Muro en los Territorios Palestinos Ocupados, «el art. 51 de la Carta reconoce la existencia de un derecho inmanente de legítima defensa en el caso de un ataque armado *de un Estado contra otro Estado*»⁷⁴ (la cursiva es nuestra). Ahora bien, en ese mismo párrafo, la Corte deja abierta la puerta abierta a una interpretación diferente, ya que dice que «la situación es distinta a la contemplada por las Resoluciones 1368 (2001) y 1373 (2001) del Consejo de Seguridad y, por tanto, Israel no podría invocar estas resoluciones para apoyar su pretensión de estar ejercitando su derecho de legítima defensa»⁷⁵. Parece que, *a sensu contrario*, si la situación fuera similar, Israel sí podría invocar las citadas resoluciones que, como ya sabemos, fueron aprobadas tras los ataques terroristas del 11 de septiembre, ataques cometidos por un actor no estatal como Al-Qaeda. Es esta matización de la Corte la que le permite al juez Kooijmans señalar, en una opinión separada, que nos encontramos ante «una nueva aproximación al concepto de legítima defensa»⁷⁶, postura compartida por la juez Rosalyn Higgins. Para la juez británica, «con todo el respeto, no hay nada en el texto del art. 51 que estipule que la legítima defensa solamente opera cuando el ataque armado sea cometido por un Estado»⁷⁷. En un asunto contencioso dirimido un año más tarde, en 2005, la Corte perdió la oportunidad de haber dado un paso más y haber clarificado su postura expresada en la Opinión Consultiva que acabamos de analizar⁷⁸. Dado que las circunstancias tanto jurídicas como fácticas para el ejercicio de la legítima defensa por Uganda contra la República Democrática del Congo no estaban presentes, ya que los ataques contra Uganda no provinieron de las fuerzas armadas congoleñas sino de las denominadas Allied Democratic Forces (ADF), la Corte no vio «la necesidad de responder a los

⁷⁴ *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, ICJ Reports 2004*, p. 194, párr. 139.

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ *Ibid.*, Separate Opinion of Judge Kooijmans, p. 230, párr. 36. Para un apoyo a esta postura véase CASEY-MASLEN, S., *op. cit.*, nota 48, p. 603.

⁷⁷ *Ibid.*, Separate Opinion of Judge Higgins, p. 215, párr. 33. Para un análisis en profundidad de este argumento véase HIGGINS, R., *Problems and Process: International Law and How We Use It*, Oxford, Oxford University Press, 1995, pp. 250-251.

⁷⁸ Como señaló el Juez Simma en una muy relevante opinión separada en este caso, «la Corte debería haber aprovechado la oportunidad... para clarificar el Estado del Derecho en un asunto muy controvertido que viene marcado por una gran controversia y confusión —en gran parte porque la propia Corte ha contribuido sustancialmente a esta confusión con la sentencia en el caso *Nicaragua* hace dos décadas—. La postura en torno a que el art. 51 de la Carta de las Naciones Unidas reconoce el derecho de legítima defensa exclusivamente en el caso de un ataque armado de un Estado contra otro Estado «puede haber reflejado... la interpretación que ha prevalecido sobre la legítima defensa durante mucho tiempo. Sin embargo, a la luz de desarrollos recientes no sólo en cuanto a la práctica estatal sino también en el ámbito de la *opinio iuris*, debería ser reconsiderada urgentemente, también por la Corte. Como es bien sabido, estos desarrollos han sido alentados por los atentados del 11 de septiembre, y a partir de ahí la comunidad internacional ha acogido favorablemente las pretensiones de que el art. 51 también permita medidas defensivas contra grupos terroristas... Las Resoluciones 1368 (2001) y 1373 (2001) no pueden leerse más que como afirmaciones de la postura en torno a que ataques a gran escala por parte de actores no estatales se pueden considerar como “ataques armados” según el significado del art. 51», *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, *Judgment, ICJ Reports 2005*, Separate Opinion by Judge Simma, pp. 336-337, párrs. 8 y 11.

argumentos de las Partes en cuanto a si, y bajo qué circunstancias, el Derecho internacional contemporáneo reconoce el derecho de legítima defensa frente a ataques a gran escala por parte de fuerzas irregulares»⁷⁹. En este caso, el juez Kooijmans también emitió una opinión separada en la que reiteró, con más rotundidad si cabe, la postura expresada en la Opinión Consultiva de 2004. En su opinión, «si los ataques por grupos irregulares, dados su escala y sus efectos, hubieran tenido que ser clasificados como un ataque armado si se hubieran llevado a cabo por las fuerzas armadas regulares, no hay nada en el lenguaje del art. 51 de la Carta que impida al Estado víctima ejercer su derecho *inmanente* de legítima defensa»⁸⁰. Esta interpretación evolutiva del derecho de legítima defensa frente a ataques de actores no estatales ha encontrado una acogida mayoritaria tanto entre la doctrina como entre los Estados⁸¹. Como ha señalado en este sentido Andrew C. Orr, «la aquiescencia de la comunidad internacional al uso de la fuerza armada en Afganistán por parte de Estados Unidos tras los atentados del 11 de septiembre sirve para reforzar la postura en torno a que los ataques por actores no estatales pueden justificar el uso de fuerza armada defensiva»⁸².

Una vez admitido que, en principio, los ataques lanzados por grupos terroristas que cruzan un determinado nivel de intensidad pueden llegar a ser considerados excepcionalmente como un ataque armado, y que dichos ataques de un actor no estatal pueden poner en funcionamiento la legítima defensa reconocida en el art. 51 de la Carta de las Naciones Unidas, ahora nos tenemos que detener en las condiciones del ejercicio de dicho derecho de legítima defensa.

En primer lugar, debemos preguntarnos acerca de la situación en la que se encuentra el Estado desde el que se lanzan los ataques terroristas. Todos los Estados cuentan en su patrimonio con el derecho a la inviolabilidad de su territorio, lo que excluye la utilización de la fuerza armada por parte de otro Estado en su territorio sin su consentimiento⁸³. Ahora bien, este derecho del Estado no puede convertirse en un paraguas que sirva para amparar situaciones en las que un Estado permita, aliente o incluso contribuya, a acciones de grupos terroristas contra intereses legítimos de terceros Estados.

⁷⁹ *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment, ICJ Reports 2005, p. 223, párr. 147.

⁸⁰ *Ibid.*, Separate Opinion of Judge Kooijmans, p. 314, párr. 29.

⁸¹ LUBELL, N., *Extraterritorial Use of Force against Non-State Actors*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 260; MELZER, N., *op. cit.*, nota 3, p. 22; BARNIDGE, R. P., *op. cit.*, nota 17, p. 428; DINSTEIN, Y., *op. cit.*, nota 71, pp. 229-230; SCHMITT, M. N., «Targeted Killings and International Law: Law Enforcement, Self-Defense, and Armed Conflict», en ARNOLD, R. y QUÉNIVET, N. (eds.), *International Humanitarian Law and Human Rights Law: Towards a New Merger in International Law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, p. 525. Para una opinión no tan favorable a esta evolución de la legítima defensa véase REMIRO BROTONS, A., «Terrorismo, mantenimiento de la paz y nuevo orden», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LIII, 2001, núms. 1 y 2, pp. 150-157. Como señala este autor, «lo que se propone como interpretación amplia o extensiva del concepto de *legítima defensa* acaba desnaturalizándolo» (p. 157).

⁸² ORR, A. C., *op. cit.*, nota 71, p. 740.

⁸³ Art. 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas.

Estas obligaciones de los Estados de prevenir cualquier tipo de actividad terrorista desde su territorio contra otros Estados y de luchar eficazmente contra dichas actividades han adquirido incluso carácter consuetudinario para la Corte Internacional de Justicia⁸⁴. Este planteamiento conduce, según Melzer, a que un Estado que no pueda o no quiera («*unable or unwilling*»)⁸⁵ prevenir el uso de su territorio como base para actividades hostiles contra terceros Estados «pueda tener que tolerar una acción defensiva necesaria y proporcional dentro de su territorio soberano»⁸⁶. Esta postura ha sido criticada por algunos internacionalistas pakistaníes, que consideran que los ataques con drones en su país constituyen una clara «violación de la soberanía de una nación que proclama oficialmente ser un aliado importante en la lucha contra el terrorismo»⁸⁷. Para Dawood Ahmed, no hay ninguna norma convencional que permita una acción armada defensiva en el territorio de un Estado «simplemente porque presuntamente ese Estado no puede o no quiere prevenir potenciales ataques terroristas»⁸⁸. En esta línea, un tribunal de Pakistán ha llegado a dictaminar que

«los ataques con drones en las áreas tribales... por la CIA y por las autoridades norteamericanas constituyen una abierta violación de derechos humanos básicos y de la Carta de las Naciones Unidas... Asimismo, los ataques con drones suponen una violación absolutamente ilegal de la soberanía del Estado de Pakistán, ya que las intrusiones en su territorio y en su espacio aéreo se llevan a cabo

⁸⁴ La Corte basa su argumento en la *Declaración sobre los Principios de Derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas*, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 24 de octubre de 1970, Resolución 2625 (XXV). Como dispone esta Declaración, «todo Estado tiene el deber de abstenerse de organizar, instigar, ayudar o participar en actos de guerra civil o en actos de terrorismo en otro Estado o de consentir actividades organizadas dentro de su territorio encaminadas a la comisión de dichos actos, cuando los actos a que se hace referencia en el presente párrafo impliquen el recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza» (principio 1, relativo a la abstención de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza). Asimismo, prosigue la Declaración, «todos los Estados deberán también abstenerse de organizar, apoyar, fomentar, financiar, instigar o tolerar actividades armadas, subversivas o terroristas encaminadas a cambiar por la violencia el régimen de otro Estado, y de intervenir en las luchas interiores de otro Estado» (principio 3, relativo a la obligación de no intervenir en los asuntos que son de la jurisdicción interna de los Estados). Como establece la Corte, «estas normas son declaratorias de Derecho internacional consuetudinario», *Armed Activities on the Territory of the Congo...*, *op. cit.*, nota 79, p. 227, párr. 162.

⁸⁵ Para un intento de diferenciar estas dos categorías cuyos contornos y alcance no están siempre claramente definidos véase REINOLD, T., «State Weakness, Irregular Warfare, and the Right to Self-Defense Post-9/11», *American Journal of International Law*, vol. 105, 2011, núm. 2, pp. 244-246; DEEKS, A. S., «Unwilling or unable: toward a normative framework for extra-territorial self-defence», *Virginia Journal of International Law*, vol. 5, 2012, núm. 3, pp. 483-550.

⁸⁶ MELZER, N., *op. cit.*, nota 3, p. 22. Éste es el sentido último de las Resoluciones del Consejo de Seguridad 1368 (2001) y 1373 (2001), donde se establecen toda una batería de medidas que todos los Estados tienen que tomar para prevenir y reprimir la financiación y preparación de los actos de terrorismo. Los Relatores Especiales Alston y Heyns también aceptan esta posibilidad de que la legítima defensa se pueda utilizar cuando el Estado desde el que opera el grupo terrorista no quiere o no puede impedir la preparación y el lanzamiento de ataques contra otros Estados, ALSTON, P., *op. cit.*, nota 36, p. 12; HEYNS, C., *op. cit.*, nota 5, pp. 21-22.

⁸⁷ SHAH, S. A., *op. cit.*, nota 70, pp. 81-82.

⁸⁸ AHMED, D., «Rethinking Anti-Drone Legal Strategies: Questioning Pakistani and Yemeni Consent», *Yale Journal of International Affairs*, vol. 8, 2013, núm. 2, p. 2.

no sólo sin su consentimiento, sino contra los deseos expresados por el Gobierno de Pakistán ante Estados Unidos...»⁸⁹.

Los dos principios fundamentales que regulan el ejercicio del derecho de legítima defensa son la *necesidad* y la *proporcionalidad*⁹⁰, principios que también han adquirido carácter consuetudinario⁹¹. El principio de necesidad apunta a que el Estado que ha sido atacado, o que está a punto de serlo mediante un ataque inminente⁹², no cuenta con otros medios para repeler o evitar el ataque que el recurso a la fuerza armada. La necesidad nos lleva a otra de las características esenciales del ejercicio de la legítima defensa, como es la *inmediatez*. La respuesta armada debe ser una respuesta inmediata que pretende contrarrestar los efectos de un ataque armado previo o inminente si realmente se quiere justificar como legítima defensa. En el caso de los atentados terroristas del 11 de septiembre, Pons Rafols y Paniagua señalan que «parece más bien una forma de castigo o de represalia por los atentados sufridos que se pone en marcha tres semanas después de ocurridos los hechos»⁹³. La cuestión de la proporcionalidad de la respuesta armada defensiva también resulta problemática, ya que surgen dudas de hasta qué punto es apropiada y proporcional una respuesta de carácter armado a un ataque terrorista. Aunque la respuesta armada fuera proporcional en el caso de los atentados del 11 de septiembre, nos asaltan muchas más dudas cuando la respuesta armada se produce en casos como Yemen o Somalia, donde la gravedad y la intensidad de los ataques terroristas es infinitamente menor. En

⁸⁹ Peshawar High Court Order, 11 April 2013, Writ Petition No. 1551-P/2012, párr. 22.

⁹⁰ Para un análisis en profundidad de las condiciones para el ejercicio de la legítima defensa véase ORTEGA CARCELÉN, M. C., *La legítima defensa del territorio del Estado. Requisitos para su ejercicio*, Madrid, Tecnos, 1991.

⁹¹ Como señaló la Corte Internacional de Justicia en el caso de *las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua*, «there is a specific rule whereby self-defence would warrant only measures which are proportional to the armed attack and necessary to respond to it, a rule well established in customary international law», *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua...*, *op. cit.*, nota 63, p. 94, párr. 176. Véase en el mismo sentido *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, *op. cit.*, nota 53, p. 245, párr. 41.

⁹² La cuestión de la inminencia del ataque armado nos lleva a otro debate que no vamos a abordar en este artículo por cuestiones de espacio, como es el tema de la *legítima defensa preventiva* utilizada por la Administración Bush para justificar su polémica «guerra contra el terrorismo». Como establecía la Estrategia sobre Seguridad Nacional aprobada en 2002, «debemos adaptar el concepto de amenaza inminente a las capacidades y los objetivos de los adversarios actuales... Para abortar y prevenir los actos hostiles de nuestros adversarios, los Estados Unidos actuarán, de ser necesario, preventivamente..., incluso teniendo en cuenta la incertidumbre en cuanto a cuándo y dónde atacará el enemigo», *The National Security Strategy of the United States of America*, September 2002, p. 15, en <http://www.state.gov/documents/organization/63562.pdf>. Si bien la legítima defensa ante un ataque inminente goza de predicamento tanto en la doctrina como en la práctica de los Estados, en cambio la vaguedad de la legítima defensa preventiva ante supuestos ataques y amenazas que no son inminentes es ampliamente contestada y no cuenta con el apoyo del Derecho internacional, PÉREZ GONZÁLEZ, M., «La legítima defensa puesta en su sitio: observaciones críticas sobre la doctrina Bush de la acción preventiva», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LV, 2003, núm. 1, p. 203. Para una opinión no tan desfavorable a la legítima defensa preventiva basada en el Derecho internacional general véase RIPOLL CARULLA, S., «La nueva doctrina global de defensa preventiva. Consideraciones sobre su caracterización y fundamento», en GARCÍA SEGURA, C. y RODRIGO HERNÁNDEZ, A. J. (eds.), *op. cit.*, nota 72, pp. 141-164.

⁹³ PONS RAFOLS, X. y PANIAGUA REDONDO, R., *op. cit.*, nota 70, p. 45.

todo caso, para poder justificar la utilización de drones alegando la legítima defensa, el ataque terrorista tiene que alcanzar tal grado de intensidad que se pueda considerar como un «ataque armado», sin que sirvan actos terroristas «aislados o de alcance limitado»⁹⁴.

También existen dudas más que justificadas por lo que puede suponer la aceptación del argumento de la legítima defensa para el sistema de seguridad colectiva instaurado en la Carta de las Naciones Unidas para velar por el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. La respuesta armada defensiva supondría una reacción unilateral por parte de Estados Unidos con un papel del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas como auténtico «convidado de piedra»⁹⁵. Este ejercicio espurio del derecho a la legítima defensa puede acabar dinamitando el sistema de seguridad colectiva establecido en la Carta de las Naciones Unidas con el pretexto de luchar contra el terrorismo⁹⁶.

Podemos concluir, por tanto, que el argumento de la legítima defensa para justificar la utilización de drones en el marco de la lucha contra el terrorismo no deja de resultar problemático. Vamos a analizar a continuación la otra excepción al principio de la prohibición del uso de la fuerza en las relaciones internacionales: el consentimiento del Estado en el que se despliegan los drones.

3.2.2. *El consentimiento del Estado*

El consentimiento válido de un Estado relativo a la utilización de drones en su territorio para asesinatos selectivos en el contexto de la lucha contra el terrorismo excluye la ilicitud del uso de la fuerza armada⁹⁷. Como dispone al respecto el art. 20 del Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos⁹⁸,

«el consentimiento válido de un Estado a la comisión por otro Estado de un hecho determinado excluye la ilicitud de tal hecho en relación con el primer

⁹⁴ CASEY-MASLEN, S., *op. cit.*, nota 48, p. 605.

⁹⁵ GONZÁLEZ VEGA, J. A., «Los atentados del 11 de septiembre, la operación “Libertad Duradera” y el derecho de legítima defensa», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LIII, 2001, núm. 1, p. 270. Este papel de espectador pasivo del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas se acrecienta si tenemos en cuenta que Estados Unidos no ha informado al Consejo de los ataques con drones bajo la justificación de la legítima defensa, tal y como exige el art. 51 de la Carta de las Naciones Unidas («...Las medidas tomadas por los Miembros en ejercicio del derecho de legítima defensa serán comunicadas *inmediatamente* al Consejo de Seguridad...»), la cursiva es nuestra).

⁹⁶ Joaquín Alcaide se ha referido a la «muerte» de la acción institucional en materia de recurso a la fuerza mediante esta utilización del argumento de la legítima defensa, ALCAIDE FERNÁNDEZ, J., «La “guerra contra el terrorismo”: ¿una “OPA hostil” al Derecho de la comunidad internacional?», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LIII, 2001, núm. 1, p. 298.

⁹⁷ ADVISORY COMMITTEE ON ISSUES OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW, *op. cit.*, nota 40, p. 1. Para un análisis en profundidad de la relevancia del consentimiento en relación con el uso de la fuerza véase DEEKS, A. S., «Consent to the use of force and international law supremacy», *Harvard International Law Journal*, vol. 54, 2013, núm. 1, pp. 1-60.

⁹⁸ Resolución 56/83, Asamblea General de las Naciones Unidas, 12 de diciembre de 2001.

Estado en la medida en que el hecho permanece dentro de los límites de dicho consentimiento».

Ahora bien, el consentimiento no convierte automáticamente en legal el ataque con drones⁹⁹. En primer lugar, en ningún caso se podría consentir la violación de una norma imperativa de Derecho internacional general, como el derecho a la vida por ejemplo¹⁰⁰. Éste es el sentido del art. 26 del Proyecto de Artículos que acabamos de citar cuando establece que «ninguna disposición del presente capítulo excluirá la ilicitud de cualquier hecho de un Estado que no esté de conformidad con una obligación que emana de una norma imperativa de Derecho internacional general». Por otro lado, aunque el ataque con drones no vulnere la soberanía del Estado donde tiene lugar y, por tanto, no sea ilícito porque este consiente, habrá que analizar en cada caso concreto su legalidad desde el punto de vista bien del DIH, bien del DIDH, en función de cuál de estos dos regímenes resulte aplicable, como veremos posteriormente.

Estas limitaciones al alcance del consentimiento llevan a algunos a defender que el Estado que consiente la utilización de drones en su territorio tendría la obligación de imponer condiciones bastante estrictas a dicha utilización. Como ha señalado Philip Alston a este respecto, el Estado que consiente debería, «como mínimo, exigir al Estado que va a utilizar drones que le demuestre que la persona contra la que se va a utilizar fuerza letal es un objetivo legítimo»¹⁰¹. Además, después de cada asesinato selectivo con drones, «el Estado que dio el consentimiento debería asegurarse de que fue legal y, en caso de duda, investigar»¹⁰². Y, por último, si de esa investigación se deduce que el asesinato selectivo no cumplió con todos los requisitos legales, el Estado que consintió «debería procesar a los presuntos culpables y compensar a las víctimas»¹⁰³. Lo cierto es que todos los indicios apuntan a que el consentimiento para la utilización de drones suele ser un cheque en blanco que deja todo en manos de la discrecionalidad del Estado que los utiliza, sobre todo cuando es un Estado tan poderoso y con tanta influencia en los países que consienten como Estados Unidos¹⁰⁴.

Los casos en los que todo parece indicar que los Estados en cuyo territorio se utilizaron drones consintieron son Yemen y Pakistán. En el caso de Yemen no hay dudas, ya que hay evidencias en torno a que desde las más altas instancias gubernamentales se otorgó el consentimiento para utilizar drones por parte de Estados Unidos en la lucha contra *Al-Qaeda in the Arabian Peninsula* (AQAP), la rama local de Al-Qaeda¹⁰⁵. El propio Relator Especial sobre Te-

⁹⁹ BENJAMIN, M., *op. cit.*, nota 4, p. 143.

¹⁰⁰ HEYNS, C., *op. cit.*, nota 5, p. 9.

¹⁰¹ ALSTON, P., *op. cit.*, nota 36, p. 12.

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ Esta situación lleva a algunos incluso a afirmar que «es razonable defender que Estados Unidos puede haber coaccionado a Estados como Pakistán o Yemen, Estados muchísimo más débiles, para que consientan» (la cursiva es del autor), AHMED, D., *op. cit.*, nota 88, p. 5.

¹⁰⁵ JORDÁN, J., «La campaña de ataques con drones en Yemen», *Revista del Instituto Español de Estudios Estratégicos*, 2013, núm. 1, p. 47.

rrorismo y Derechos Humanos ha recibido confirmación oficial por parte del Gobierno de Yemen de que Estados Unidos solicita su consentimiento para cada operación letal con drones dentro de su territorio¹⁰⁶.

En el caso de Pakistán, la cuestión del consentimiento se complica ante los vaivenes y los cambios de postura adoptados por el Gobierno en relación con el uso de los drones. De nuevo hay evidencias más que suficientes para demostrar que, por lo menos hasta 2012, los sucesivos presidentes de Pakistán otorgaron su consentimiento a la utilización de drones en su territorio¹⁰⁷, aunque en ocasiones lo negaran públicamente debido a la creciente oposición a los drones por parte de la opinión pública pakistaní. Esta situación comienza a cambiar dramáticamente por dos acontecimientos que supusieron un notable enfriamiento de las relaciones bilaterales entre Estados Unidos y Pakistán. Nos referimos, en primer lugar, a la operación de las fuerzas especiales norteamericanas (JSOC, Joint Special Operations Command) en Abbottabad (Pakistán) en mayo de 2011 que puso fin a la vida de Bin Laden y, en segundo lugar, a la muerte por error de 24 soldados pakistaníes en un ataque aéreo de la OTAN¹⁰⁸. Lo cierto es que estos hechos contribuyeron no sólo a enturbiar las relaciones entre los dos países, sino que motivaron un cambio de postura radical en relación con el uso de los drones. Fruto de ello, las dos cámaras del Parlamento pakistaní aprobaron una Resolución el 12 de abril de 2012 en la que, entre otras cosas, solicitaban un cese inmediato de los ataques con drones dentro de sus fronteras¹⁰⁹. Desde entonces esta postura no ha cambiado, habiendo sido incluso confirmada por un tribunal pakistaní, como vimos¹¹⁰. Como señala al respecto el Relator Especial sobre Terrorismo y Derechos Humanos, Ben Emmerson, la nueva Administración surgida de las elecciones de mayo de 2013 sigue manteniendo que el uso de los drones en la zona de Waziristán «es contraproducente, contrario al Derecho internacional, una violación de la soberanía pakistaní y, en consecuencia, debe cesar inmediatamente»¹¹¹. Por tanto, concluye el Relator, el uso de los drones en Pakistán supondría una «violación de la soberanía pakistaní, salvo que se justifique acudiendo a la legítima defensa»¹¹².

Una vez analizados los problemas que suscita la utilización de los drones desde la perspectiva del *ius ad bellum*, ahora toca abordarlos desde la óptica del DIH.

¹⁰⁶ EMMERSON, B., *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism*, UN Doc. A/68/389, 18 September 2013, p. 15.

¹⁰⁷ CASEY-MASLEN, S., «Drone Strikes in Pakistan in 2012», en CASEY-MASLEN, S. (ed.), *The War Report 2012*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 228.

¹⁰⁸ «US admits mistakes over killings of Pakistan troops», *BBC*, 22 December 2011, en <http://www.bbc.co.uk/news/world-asia-16302197>.

¹⁰⁹ MASOOD, S. y WALSH, D., «Pakistan Gives U.S. a List of Demands, Including an End to CIA Drone Strikes», *The New York Times*, 13 April 2012, p. A6, en <http://www.nytimes.com/2012/04/13/world/asia/pakistan-demands-an-end-to-cia-drone-strikes.html>.

¹¹⁰ Peshawar High Court Order, *op. cit.*, nota 89.

¹¹¹ EMMERSON, B., *op. cit.*, nota 106, p. 15.

¹¹² *Ibid.*

3.3. Los drones ante el *ius in bello*

3.3.1. La existencia de un «conflicto armado»

Uno de los requisitos indispensables para que podamos aplicar las normas del DIH es que estemos en presencia de una situación de «conflicto armado», término cuyos contornos no están totalmente clarificados¹¹³. Si no nos encontramos ante un conflicto armado, entonces resultarán de aplicación las normas del DIDH, de carácter mucho más protector en cuanto a quién puede considerarse como un objetivo legítimo de un ataque selectivo con drones y bajo qué condiciones se puede llevar a cabo dicho ataque.

La emergencia de la denominada *guerra contra el terrorismo* tras los atentados del 11 de septiembre ha venido a trastocar alguna de las categorías básicas del DIH, como la propia definición de conflicto armado. En este sentido, tanto la Administración Bush como la Administración Obama consideran que el conflicto con la red terrorista Al-Qaeda es un conflicto armado y que, por tanto, el régimen que resulta aplicable es el DIH. Ello ha conducido a una «aplicación expansiva del DIH a cualquier operación antiterrorista, independientemente de si los requisitos exigidos para estar ante un conflicto armado se cumplen o no»¹¹⁴. Y debemos reconocer que las normas del DIH son mucho más permisivas que las del DIDH en lo concerniente a quién puede considerarse como un objetivo legítimo de un ataque con drones, lo que puede convertirse en una auténtica tentación para algunos Gobiernos. Como ha señalado Philip Alston con cierta preocupación, estamos asistiendo a una imparable tendencia «a expandir quién puede ser objetivo legítimo de un ataque y bajo qué condiciones»¹¹⁵, lo que puede acabar otorgando una «vagamente definida licencia para matar»¹¹⁶.

Uno de los puntos más polémicos de la actual lucha contra el terrorismo es la cuestión de los límites geográficos y si hemos asistido a la emergencia de lo que se denomina un «campo de batalla global»¹¹⁷. La postura oficial de Estados Unidos es que el conflicto armado con Al-Qaeda no puede contar con límites territoriales definidos, dada la ubicuidad transnacional con la que opera la red terrorista Al-Qaeda. El establecer límites territoriales estrictos a la existencia de un conflicto armado y, por tanto, a la aplicación del DIH, supondría la creación de santuarios desde los que seguir atacando y territorios seguros para los terroristas por el mero hecho de cruzar una frontera¹¹⁸. A pesar de que el concepto de «campo de batalla global» no cuenta con respaldo jurídico internacional, sí que es posible aceptar una cierta extensión de

¹¹³ O'CONNELL, M. E., «Defining Armed Conflict», *Journal of Conflict & Security Law*, vol. 13, 2008, núm. 3, p. 393.

¹¹⁴ MELZER, N., *op. cit.*, nota 3, p. 20.

¹¹⁵ ALSTON, P., *op. cit.*, nota 36, p. 3.

¹¹⁶ *Ibid.*

¹¹⁷ BLANK, L. R., *op. cit.*, nota 28, p. 711.

¹¹⁸ LEWIS, M. W., *op. cit.*, nota 26, p. 312.

los límites geográficos de un determinado conflicto armado para prevenir, precisamente, la evasión de la aplicación del DIH. Pero para que ello sea posible tiene que haber un «nexo»¹¹⁹, una «relación sustancial»¹²⁰ entre el conflicto armado original y las actividades llevadas a cabo más allá de los límites geográficos de ese conflicto. Este vínculo es un elemento esencial que hay que determinar en relación con el uso de drones en la actual lucha contra el terrorismo, ya que «no siempre está claro si los individuos asesinados selectivamente son de hecho miembros de los mismos grupos armados contra los cuales Estados Unidos está luchando en Afganistán»¹²¹. Esto nos lleva a considerar que las hostilidades entre Estados Unidos y grupos de la red terrorista Al-Qaeda en la zona fronteriza de Waziristán en Pakistán forman parte del mismo conflicto armado que tiene lugar en Afganistán, por lo que resultaría aplicable el DIH. En cambio, es mucho más dudoso que las operaciones con drones en Somalia o Yemen se puedan considerar como parte del mismo conflicto armado. Entonces habría que demostrar que las hostilidades en estos países constituyen un conflicto armado entre los grupos terroristas y Somalia o Yemen si queremos que resulte de aplicación el DIH en lugar del DIDH.

El DIH distingue entre dos tipos de conflicto armado, el *conflicto armado internacional* y el *conflicto armado no internacional*, «aunque dibujar una línea de demarcación clara entre ellos no sea una tarea tan sencilla como parece a primera vista»¹²². No existe ninguna otra categoría, aunque ha habido intentos por parte de Estados Unidos de ampliar esta tipología para incluir la guerra contra el terrorismo como conflicto armado de carácter transnacional o global, algo que ha sido desechado ampliamente por la doctrina¹²³. Como ha puesto de manifiesto Amnistía Internacional en un informe sobre los drones en Pakistán, no es aceptable la idea de que el Derecho internacional le permita a Estados Unidos «involucrarse en un conflicto armado de alcance global contra una difusa red de actores no estatales o que sea legal asesinar selectivamente individuos en cualquier lugar y en cualquier momento en que Estados Unidos lo considere apropiado»¹²⁴. Lo cierto es que no es necesaria una nueva categoría, ya que ciertos componentes de la guerra contra el terrorismo sí se podría considerar que caen bajo el paraguas de un conflicto armado no internacional, como por ejemplo las hostilidades entre Al-Qaeda y Estados Unidos en Afganistán e, incluso, en determinadas zonas

¹¹⁹ LUBELL, N. y DEREJKO, N., «A Global Battlefield? Drones and the Geographical Scope of Armed Conflict», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 11, 2013, p. 75.

¹²⁰ BARNIDGE, R. P., *op. cit.*, nota 17, p. 438.

¹²¹ LUBELL, N. y DEREJKO, N., *op. cit.*, nota 119, p. 77.

¹²² DINSTEIN, Y., *op. cit.*, nota 57, p. 26. Tradicionalmente, los conflictos armados internacionales son aquellos conflictos armados que tienen lugar entre Estados, mientras que los conflictos armados no internacionales son aquellos que tienen lugar entre Estados y grupos armados en el territorio de uno o de varios Estados.

¹²³ BHUTA, N., *op. cit.*, nota 1, p. 259; STERIO, M., *op. cit.*, nota 12, p. 204. Sin embargo, hay otros autores que defienden la pertinencia de mantener una distinción conceptual entre las guerras civiles internas y los conflictos armados transnacionales como el que supone la guerra contra el terrorismo, LEWIS, M. W., *op. cit.*, nota 26, p. 307.

¹²⁴ AMNESTY INTERNATIONAL, *op. cit.*, nota 21, p. 48.

de Pakistán¹²⁵. En cambio, las hostilidades en otros escenarios como Yemen o Somalia encajan con mayores dificultades en lo que se entiende como un conflicto armado.

Durante mucho tiempo el DIH ha sido incapaz de ofrecer una definición satisfactoria de lo que se puede considerar como un «conflicto armado». Ni las Convenciones de Ginebra ni sus Protocolos Adicionales zanjaban esta indefinición. En los últimos años hemos asistido a un interesante proceso de clarificación, siendo la culminación la definición aportada por la International Law Association (ILA) en 2010. En su cualificada opinión, «al menos dos características se encuentran presentes en todos los conflictos armados: 1) la existencia de grupos armados organizados, y 2) involucrados en una lucha de cierta intensidad»¹²⁶.

Aquí también surgen dudas en torno hasta qué punto la red terrorista Al-Qaeda es realmente un grupo armado con un suficiente grado de organización y de coordinación, y si tiene capacidad para involucrarse en ataques de una envergadura e intensidad suficientes como para considerarse ataques armados¹²⁷. Si bien hasta 2001 se puede argumentar que Al-Qaeda podía considerarse «como un grupo organizado con un claro liderazgo e incluso una localización fija»¹²⁸, la invasión de Afganistán por parte de Estados Unidos «precipitó la dispersión física del grupo y la transición hacia una red descentralizada de grupos e individuos operando sobre la base de una ideología compartida»¹²⁹. Los atentados posteriores en Bali, Madrid o Londres es mucho más difícil vincularlos y atribuirlos a un único grupo terrorista, «aunque los perpetradores parecen haberse inspirado en la ideología de Al-Qaeda»¹³⁰. Comparto la conclusión de Noam Lubell en el sentido de que «si estos incidentes han sido llevados a cabo por grupos separados sin una dirección unificada y organizada y sin una estructura de control, entonces es mucho más difícil sumarlos todos como evidencia de un conflicto armado previo»¹³¹. En consecuencia, si esas acciones no cruzan el umbral de lo que se considera

¹²⁵ LUBELL, N., *op. cit.*, nota 81, p. 120.

¹²⁶ *Final Report on the Meaning of Armed Conflict in International Law*, International Law Association, The Hague Conference, 2010, p. 2. La propia ILA se reconoce tributaria de la definición elaborada por el Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia en el famoso caso *Tadic* de 1995, una definición que ya se refería a los criterios de *organización e intensidad*, *Prosecutor v. Tadic*, caso núm. IT-94-1-T, 1995.

¹²⁷ Para un análisis en profundidad de los orígenes y la evolución de Al-Qaeda véase JONES, S. G., *Hunting in the Shadows. The Pursuit of Al Qa'ida since 9/11*, Nueva York, W. W. Norton & Company, 2013.

¹²⁸ LUBELL, N., *op. cit.*, nota 81, p. 118.

¹²⁹ *Ibid.*

¹³⁰ *Ibid.*, p. 119. En relación con el atentado en los trenes de cercanías en Madrid el 11 de marzo de 2004, Fernando Reinares cuestiona lo que él denomina las teorías de «una *yihad* sin líder». En su opinión, existen sobradas evidencias para demostrar que el atentado fue, en realidad, «una expresión temprana a la vez que compleja de las capacidades con que podía llegar a contar Al Qaeda en Europa occidental dos años y medio después del 11-S», REINARES, F., «Venganza cumplida», *El País* (monográfico «11 Miradas sobre el 11-M»), 9 de marzo de 2014, p. 6. Para un análisis mucho más profundo véase REINARES, F., *¡Matadlos! Quién estuvo detrás del 11-M y por qué se atentó en España*, Madrid, Galaxia Gutenberg, 2014.

¹³¹ LUBELL, N., *op. cit.*, nota 81, p. 120.

como un conflicto armado, su regulación no caería bajo el DIH, sino que el régimen aplicable sería el DIDH.

3.3.2. *Los principios de distinción, proporcionalidad, necesidad militar y humanidad*

Si nos encontramos en el marco de un conflicto armado, todo ataque con drones debe respetar los principios básicos del DIH como son los principios de *distinción, proporcionalidad, necesidad militar y humanidad*. Ahora bien, el análisis en torno a si los ataques con drones por parte de Estados Unidos respetan o no estos principios está muy condicionado por una absoluta falta de transparencia en cuanto a los criterios que justifican el uso de asesinatos selectivos con drones, los procedimientos que se siguen al respecto y las investigaciones que llevan a cabo las autoridades norteamericanas, si es que las llevan, para determinar si las operaciones son exitosas o, en cambio, pueden quedar empañadas por daños colaterales entre la población civil¹³². Obviamente, a ello no ayuda en absoluto que la mayor parte de las operaciones con drones sean llevadas a cabo por la CIA, con una sórdida historia de secretismo y de operaciones encubiertas bordeando, o traspasando directamente, la legalidad¹³³.

Un principio absolutamente básico que ha adquirido el carácter de norma consuetudinaria es la distinción entre población civil y población combatiente¹³⁴, siendo esta última la única que puede ser objeto legítimo de un ataque. Lo cierto es que el respeto del principio de distinción es especialmente problemático, dado que los grupos terroristas se entremezclan con la población civil como parte de su estrategia. La población civil pierde su protección especial cuando «participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación»¹³⁵. Es decir, una persona que esté participando directamente en las hostilidades puede considerarse como un objetivo legítimo de un ataque con drones. De todas maneras, no existe una definición de «participación directa en las hostilidades» en el DIH ni en la práctica de los Estados, lo que ha dado lugar a dudas y ambigüedades en relación con quiénes pueden ser un objetivo legítimo de un ataque con drones. Tal y como señala el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), la noción de participación directa en las hostilidades se refiere a «actos hostiles específicos llevados

¹³² ALSTON, P., *op. cit.*, nota 36, p. 26.

¹³³ AMNESTY INTERNATIONAL, *op. cit.*, nota 21, p. 49.

¹³⁴ Como establece el art. 48 del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, «a fin de garantizar el respeto y la protección de la población civil y de los bienes de carácter civil, las Partes en conflicto harán distinción en todo momento entre población civil y combatientes...». Por su parte, el Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional dispone en su art. 13.2 que «no serán objeto de ataque la población civil como tal, ni las personas civiles».

¹³⁵ Art. 13.3 del Protocolo II Adicional. Véase, en idéntico sentido, el art. 51.3 del Protocolo I Adicional.

a cabo por individuos como parte de la conducción de las hostilidades entre partes de un conflicto armado»¹³⁶. El requisito más importante para que se pueda considerar que una persona participa directamente en las hostilidades es que haya un vínculo (*nexo beligerante*) entre las actividades que lleva a cabo una determinada persona o un grupo de personas y el desarrollo de las hostilidades. En consecuencia, solamente se considerarían como participación directa en las hostilidades aquellas acciones que apoyan directamente el combate, mientras que «acciones más atenuadas tales como el proporcionar ayuda financiera o tareas de propaganda»¹³⁷ no entrarían dentro de esa categoría, por lo que sus responsables no podrían ser un objetivo legítimo de un ataque con drones.

Por su parte, los miembros de los grupos armados organizados dejan de ser civiles mientras sigan siendo miembros en virtud de lo que el CICR denomina «función continua de combate» (*continuous combat function*), por lo que se consideran como objetivos legítimos mientras dure su condición de miembros del grupo armado¹³⁸.

Como vimos en su momento, dada la notable precisión de los drones y su capacidad de vigilancia durante largos periodos de tiempo, pueden estar en condiciones privilegiadas para garantizar el principio de distinción y la protección debida a la población civil¹³⁹, lo cual no quiere decir que necesariamente tenga que ser así. De hecho, la práctica generalizada de los denominados *signature strikes* hace que planeen serias dudas acerca de la compatibilidad de la utilización de los drones por parte de Estados Unidos con el principio de distinción. Los ataques basados en imprecisos patrones de comportamiento, y no en la participación directa en las hostilidades o en la condición de miembro de un grupo armado, no sólo constituyen una brecha en la línea de flotación del principio de distinción, sino que quedan muy lejos «de las precauciones y presunciones que se deben aplicar en caso de duda»¹⁴⁰.

La proporcionalidad de un ataque depende de la importancia militar del objetivo. Tal y como establece el art. 51.5.b) del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra, se consideran ataques indiscriminados y, por tanto, quedan prohibidos, «cuando sea de prever que causarán incidentalmente muertos y heridos entre la población civil, o daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta

¹³⁶ ICRC, *Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law*, Ginebra, ICRC, mayo de 2009, p. 45. Para que un acto se pueda calificar como participación directa en las hostilidades debe cumplir tres criterios acumulativos: 1) *Umbral del daño*: el acto debe ser de tal naturaleza que pueda afectar a las capacidades o a las operaciones militares de una de las partes en el conflicto; 2) *Causalidad directa*: debe existir un nexo causal entre el acto y el daño que previsiblemente va a causar dicho acto, y 3) *Nexo beligerante*: el acto debe estar específicamente dirigido a causar el umbral del daño exigido, *ibid.*, p. 46.

¹³⁷ ALSTON, P., *op. cit.*, nota 36, p. 19.

¹³⁸ ICRC, *op. cit.*, nota 136, p. 72.

¹³⁹ KRAMER, C., *op. cit.*, nota 27, p. 381.

¹⁴⁰ MELZER, N., *op. cit.*, nota 3, p. 23.

y directa prevista». Por ende, como vemos, no se excluyen totalmente los daños colaterales, pero tienen que ser proporcionales con la ventaja militar que se espera conseguir. Es decir, en cada ataque con drones se deberá llevar a cabo un análisis muy cuidadoso de la ventaja militar que supone un determinado objetivo en relación con los daños incidentales que previsiblemente va a causar dicho ataque. En este punto, debemos reconocer que, a pesar de que no contamos con datos totalmente fiables, los daños colaterales asociados a algunos de los ataques con drones nos hacen dudar seriamente de que hayan sido ataques respetuosos del principio de proporcionalidad¹⁴¹.

Por último, los principios de necesidad militar y de humanidad son principios complementarios a la hora de limitar la discrecionalidad de las partes en un conflicto¹⁴². El principio de necesidad militar permite solamente el uso de aquella fuerza que sea necesaria para alcanzar los objetivos legítimos del conflicto. Y recordemos que el objetivo de un conflicto no es acabar sistemáticamente con el adversario, sino «la sumisión del enemigo de la manera más rápida posible y con el mínimo gasto de vidas humanas y de recursos»¹⁴³. Por su parte, el principio de humanidad establece la prohibición de «armas, proyectiles, materia y métodos de hacer la guerra de tal índole que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios»¹⁴⁴.

3.4. Los drones ante el DIDH

Cuando no nos encontramos en una situación de conflicto armado, el régimen que resulta de aplicación al uso de drones para ataques selectivos es el DIDH, un ordenamiento mucho más estricto y menos permisivo que el relativo a los conflictos armados. Es por ello que algunos Estados se suelen mostrar reacios a aplicar estas normas, sobre todo cuando operan fuera de su territorio¹⁴⁵, ya que consideran que restringe su margen de maniobra en la lucha contra el terrorismo¹⁴⁶.

Además del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos y de las normas de los sistemas regionales que resulten de aplicación en cada caso,

¹⁴¹ Véanse los comentarios vertidos en la sección 2.3 de este artículo.

¹⁴² ICRC, *op. cit.*, nota 136, p. 79.

¹⁴³ MINISTRY OF DEFENCE OF THE UNITED KINGDOM, *The Manual of the Law of Armed Conflict*, Oxford, Oxford University Press, 2004, section 2.2.

¹⁴⁴ Art. 35.2 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra. Este principio viene completado con las precauciones que son necesarias tener en cuenta en todo ataque armado, como señala el art. 57 del Protocolo Adicional I. Como señala el párr. 1 del art. 57 de este Protocolo, «las operaciones militares se realizarán con un cuidado constante de preservar a la población civil, a las personas civiles y a los bienes de carácter civil».

¹⁴⁵ A pesar del intenso debate tanto doctrinal como jurisprudencial acerca de la aplicación extraterritorial de los tratados de derechos humanos, lo cierto es que, como subraya Melzer, «el asesinato selectivo de individuos mediante ataques extraterritoriales con drones se considerará con toda probabilidad que pone a esos individuos dentro de la jurisdicción del Estado que lanza el ataque», MELZER, N., *op. cit.*, nota 3, p. 18.

¹⁴⁶ MELZER, N., *Targeted Killing in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 424.

hay dos normas de *soft law* que establecen un régimen específico para el uso de la fuerza armada en contextos de aplicación de la ley (*law enforcement*). Me refiero al *Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley* (1979)¹⁴⁷ y a los *Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley* (1990)¹⁴⁸. Como dispone el art. 3 del Código de Conducta, «los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley podrán usar la fuerza sólo cuando sea *estrictamente necesario* y en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas» (la cursiva es nuestra). Como vemos, a diferencia de lo que ocurría bajo el principio de la necesidad militar en el DIH, aquí el uso de la fuerza es auténticamente excepcional, se trata de la *ultima ratio* cuando no hay otra manera de detener el peligro inminente para la vida que puede suponer una determinada persona¹⁴⁹. Por tanto, el asesinato selectivo de un presunto terrorista con drones será ilegal si desde el inicio de la operación ese era el objetivo; bajo el paradigma de los derechos humanos no se puede eliminar a una persona si es posible su captura, precisamente algo que impide un ataque con drones¹⁵⁰. Lo cierto es que si el programa de drones de Estados Unidos se mira desde el prisma del DIDH, debemos llegar a la conclusión de que su legalidad es más que dudosa¹⁵¹. A este respecto, son muy significativas las palabras del anterior Relator Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, Philip Alston: «Fuera de un conflicto armado, el uso de drones para asesinatos selectivos casi nunca va a ser legal»¹⁵².

4. CONCLUSIONES

La revolución tecnológica también está afectando a la manera como se usa la fuerza por parte de los Estados. Uno de los avances tecnológicos más relevantes tiene que ver con el creciente uso de aviones no tripulados por parte de Estados Unidos para llevar a cabo asesinatos selectivos en el marco de la lucha contra el terrorismo, lo que plantea notables retos tanto desde el punto de vista ético como desde el plano estrictamente jurídico. Los drones no constituyen *per se* un arma de carácter indiscriminado, por lo que no re-

¹⁴⁷ Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 34/169, de 17 de diciembre de 1979.

¹⁴⁸ Aprobados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, La Habana, de 27 de agosto a 7 de septiembre de 1990.

¹⁴⁹ Como establecen los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza, los funcionarios «utilizarán en la medida de lo posible medios no violentos antes de recurrir al empleo de la fuerza y de armas de fuego. Podrán utilizar la fuerza y armas de fuego solamente cuando otros medios resulten ineficaces o no garanticen de ninguna manera el logro del resultado previsto» (principio 4).

¹⁵⁰ Véase al respecto KLIDMAN, D., *Kill or Capture. The War on Terror and the Soul of the Obama Presidency*, Nueva York, Mariner Books, 2012.

¹⁵¹ Para Melina Sterio, dada la naturaleza del programa de drones de Estados Unidos, utilizado para neutralizar operativos de Al-Qaeda «incluso cuando tales asesinatos no son absolutamente necesarios», es contrario al DIDH, STERIO, M., *op. cit.*, nota 12, p. 205.

¹⁵² ALSTON, P., *op. cit.*, nota 36, p. 25. Véase en la misma línea SADAT, L. N., «America's Drone Wars», *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 45, 2012, núms. 1 y 2, p. 225.

sultan prohibidos por el DIH. Ahora bien, en un contexto de conflicto armado su utilización debe estar regida en todo momento por una aplicación escrupulosa de los principios de distinción, proporcionalidad, necesidad militar y humanidad. Si bien los drones, dadas sus características técnicas relacionadas con la precisión, pueden suponer un acicate para el cumplimiento de estos principios, algunos datos resultantes de su utilización en la práctica nos obligan a acercarnos a ellos con una gran cautela. Tanto el elevado número de víctimas civiles como la mayor propensión a «eliminar» a presuntos terroristas con los ataques con drones, aunque en ocasiones no responda al criterio de la necesidad militar, arroja algunas dudas significativas respecto de su utilización. Estas dudas se acrecientan cuando no nos encontramos en el marco de un conflicto armado. Debemos reconocer que en los supuestos en los que resulta de aplicación el DIDH, un ataque con drones para eliminar a un supuesto terrorista es mucho más difícil de justificar, ya que tiene que ser un ataque estrictamente necesario y responder al criterio de la *ultima ratio*, es decir, que no existan otros medios para la captura e interceptación del supuesto terrorista.

Por tanto, si bien somos conscientes de que los drones han venido para quedarse y se van a convertir en un ingrediente común en los conflictos contemporáneos y en la lucha contra el terrorismo, su utilización no deja de plantear dilemas bastante serios. Este artículo tan sólo ha esbozado algunos de ellos.

RESUMEN

LOS ATAQUES ARMADOS CON DRONES EN DERECHO INTERNACIONAL

La creciente utilización de aparatos aéreos no tripulados, conocidos popularmente como *drones*, en el marco de la lucha contra el terrorismo, está planteando algunos serios interrogantes tanto desde el punto de vista ético como desde el prisma del Derecho internacional. Debemos reconocer que los drones se han convertido en un elemento estratégico clave dada la naturaleza asimétrica de la mayor parte de los conflictos contemporáneos y dadas las ventajas asociadas a su utilización. Todo ello apunta a que la extensión del uso de drones con fines militares es un proceso de carácter irreversible. El presente artículo tiene por objeto analizar las principales cuestiones jurídico-internacionales planteadas por la utilización de los drones por parte de Estados Unidos en teatros de operaciones tan distintos como Afganistán, Irak, Pakistán, Yemen o Somalia. Mientras que la primera parte del artículo está destinada a describir los pros y los contras de la creciente utilización de drones en los conflictos armados contemporáneos, en la segunda abordamos los principales interrogantes de carácter jurídico-internacional. Así, analizamos la legalidad de los drones como arma de guerra *per se*, su legalidad desde el punto de vista del *ius ad bellum* y del *ius in bello* para, por último, entrar de lleno en su consideración desde la óptica del Derecho internacional de los derechos humanos.

Palabras clave: drones, Derecho internacional, uso de la fuerza, legítima defensa, *ius ad bellum*, Derecho internacional humanitario, Derecho internacional de los derechos humanos.

ABSTRACT

ARMED ATTACKS WITH DRONES UNDER INTERNATIONAL LAW

The increasing use of unmanned aerial vehicles (UAVs), also known as *drones*, in the framework of the *war on terror* is posing serious challenges both from an ethical and from an international legal perspective. We must accept that drones have become a strategic tool, given the asymmetrical nature of contemporary conflicts and the advantages of their use. In fact, their use for military purposes is an irreversible process. This paper aims to explore the main legal issues raised by the United States use of drones in places such as Afghanistan, Iraq, Pakistan, Yemen and Somalia. While the first part of the paper assesses the pros and cons of the use of drones in contemporary conflicts, the second deals with the legal implications. Thus we analyze the use of drones as a weapon *per se*, their legality from the angle of both *ius ad bellum* and *ius in bello*, and, finally, from the perspective of International Human Rights Law.

Keywords: drones, International Law, use of force, self-defence, *ius ad bellum*, International Humanitarian Law, International Human Rights Law.

RÉSUMÉ

LES ATTAQUES ARMÉES AVEC DES DRONES EN DROIT INTERNATIONAL

L'utilisation d'aéronefs télécommandés (plus couramment connus sous le nom de *drones*) dans le cadre de la lutte contre le terrorisme a pris une ampleur croissante qui pose de graves questions éthiques et du point de vue du Droit international. Les drones sont devenus, il faut le reconnaître, un élément stratégique clé, et cela est dû au caractère asymétrique de la plupart des conflits actuels et aux avantages qu'entraîne leur usage. Tout signale que la propagation des drones militaires est un processus irréversible. Cet article a pour objet l'analyse des principales questions juridico-internationales posées par l'utilisation des drones par les États-Unis dans des théâtres d'opérations aussi divers que l'Afghanistan, l'Irak, le Pakistan, le Yémen ou la Somalie. Tout d'abord, l'article examine les avantages et les inconvénients de l'utilisation des drones dans les conflits armés actuels. Ensuite, il aborde les principales questions à caractère juridico-international. La légalité des drones en tant qu'arme de guerre *per se* sera d'abord remise en cause et puis, après avoir révisé leur légalité du point de vue du *jus ad bellum* et du *jus in bello*, ils seront examinés dans le cadre du Droit international des Droits de l'Homme.

Mots-clés: drones, Droit international, recours à la force, défense légitime, *jus ad bellum*, Droit international humanitaire, Droit international des Droits de l'Homme.

EL *JUS COGENS*, ¿SALIÓ DEL GARAJE?

Carlos ESPALIÚ BERDUD

Profesor Agregado de Derecho Internacional Público y de Derecho de la Unión Europea
Director del *Institut Carlemany d'Estudis Europeus*
Universitat Internacional de Catalunya

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA PRÁCTICA CONVENCIONAL.—3. LA PRÁCTICA DE LA ASAMBLEA GENERAL Y DEL CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS.—3.1. La Asamblea General.—3.2. El Consejo de Seguridad.—4. LA PRÁCTICA DE OTROS ÓRGANOS Y ORGANISMOS INTERNACIONALES.—4.1. La Comisión de Derecho internacional.—4.2. Otros organismos internacionales.—5. LA PRÁCTICA DE LAS DIVERSAS JURISDICCIONES INTERNACIONALES.—5.1. La Corte Internacional de Justicia.—5.2. Otras jurisdicciones internacionales.—6. LA PRÁCTICA ESTATAL.—7. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

La noción de normas imperativas o de *jus cogens* en el Derecho internacional hunde sus raíces en categorías jurídicas muy ancianas, retomadas en un debate doctrinal de los años del periodo de entreguerras del siglo pasado. Es probable que el espaldarazo definitivo se lo dieran autores como Alfred Verdross y Sir Hersch Lauterpacht, ambos en su doble perfil de profesores de gran renombre y, posteriormente, de miembros de la Comisión de Derecho Internacional (CDI)¹.

¹ Así lo afirma, en relación con Verdross, Karl Zemanek [véase ZEMANEK, K., «The Metamorphosis of “jus cogens”: from an Institution of Treaty Law to the Bedrock of the International Order?» en CANNIZZARO, E. (ed.), *The Law of Treaties beyond the Vienna Convention*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 382] y se deja entrever en un artículo publicado en 1966 por el propio Verdross (VERDROSS, A., «*Jus Dispositivus* and *Jus Cogens* in International Law», *AJIL*, vol. 60, 1966, núm. 1, p. 55).

Aunque la génesis de la noción se encuentre, sin ningún género de dudas, en la doctrina, su impulso proviene de la corriente humanizadora que marcó el Derecho internacional tras la Segunda Guerra Mundial. En cualquier caso, es evidente que aparece en la superficie del Derecho positivo codificado² en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 (CVDT), amparada en un amplio consenso entre los Estados, al menos en cuanto a la necesidad de proteger determinadas normas consideradas esenciales por la comunidad de Estados, de las arbitrariedades que algunos de ellos quisieran plasmar en acuerdos de voluntad. De esta forma, se llegó a definir a la normas imperativas en el art. 53 como aquellas que son aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como normas que no admiten acuerdo en contrario y que sólo pueden ser modificadas por normas ulteriores de Derecho internacional general que tengan el mismo carácter.

Menos claro resultó el consenso acerca del régimen jurídico que debía arropar a las normas de *jus cogens*, pero acabó imponiéndose uno centrado en el establecimiento de la nulidad de los tratados contrarios a las normas imperativas y en la producción de otros efectos derivados de esa nulidad. En efecto, en virtud de los arts. 53 y 64, cualquier tratado que en el momento de su celebración, o posteriormente, contravenga una norma imperativa de Derecho internacional general será nulo. Asimismo, se establece que dicha nulidad tendrá como consecuencia la imposición a las partes en el tratado nulo, no sólo de la obligación de eliminar en lo posible las consecuencias de todo acto ejecutado conforme al tratado, lo que constituye la consecuencia normal de la nulidad por cualquier otra causa, sino también la de ajustar sus relaciones mutuas a la norma de *jus cogens* (art. 71). Junto a ello, se prevé que no se admitirá en caso de nulidad de un tratado por contravención de una norma de *jus cogens* la división de las disposiciones del tratado (art. 44). Finalmente, se establece en su art. 66, cosa no revolucionaria pero bastante extraordinaria, que las controversias que se susciten entre los Estados en relación con la interpretación y aplicación de los arts. 53 y 64 serán sometidas de modo obligatorio a la Corte Internacional de Justicia.

Como se puede apreciar, la adopción del régimen jurídico de las normas imperativas deja abierta una serie de interrogantes —en particular en cuanto a la naturaleza y la determinación de las mismas— que no recibieron respuesta en su día. De hecho, cuando la CDI presentó su proyecto de artículos a la Conferencia de Viena de 1968-1969 advirtió, en relación con la definición del *jus cogens* contenida en lo que luego llegaría a constituir el art. 53 de la

² La CDI en sus comentario al art. 50 del proyecto de artículos presentados a la Conferencia de Viena de 1968-1969 ya advirtió que: «*The emergence of rules having the character of jus cogens is comparatively recent, [...]*», véase *United Nations Conference on the Law of Treaties, Documents of the Conference, (A/CONF.39/11/Add.2)*, p. 67, párr. 3. Véase también en este sentido, SUY, E., «*Commentaire de l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969*», en CORTEN, O. y KLEIN, P. (eds.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités. Commentaire article par article*, vol. II, Bruselas, Université Libre de Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 1906.

CVDT, que, desde su punto de vista, el mejor modo de proceder era limitarse en ese momento a establecer en términos generales que un tratado es nulo si entra en conflicto con una norma de *jus cogens* y dejar que la práctica estatal y la jurisprudencia de los tribunales internacionales determinara el contenido completo de esa regla³.

Entiendo que tras más de cuarenta años desde la adopción de la Convención de Viena ha transcurrido ya un tiempo prudencial como para poder seguir el consejo de la Comisión, teniendo una buena perspectiva de la evolución del ordenamiento jurídico. De esta forma, nos proponemos examinar la práctica subsiguiente a la adopción de la CVDT, con el fin de extraer conclusiones fundadas sobre la vigencia de la noción y de la institución del *jus cogens*, así como de su alcance, en el Derecho internacional contemporáneo.

Hemos de advertir, no obstante, que no nos limitaremos a la práctica estatal y la jurisprudencia de los tribunales internacionales, como apuntaba la CDI, sino que, desde el punto de vista subjetivo, bucaremos en toda la práctica internacional, incluyendo la de las organizaciones internacionales. Asimismo, desde el punto de vista objetivo, resultará del máximo interés no limitarse sólo a la práctica convencional, sino tratar de ampliar el ámbito de búsqueda, pues entendemos que a partir de la Convención de Viena de 1969, cualquier acto o norma que sea contrario a una norma de *jus cogens*, con independencia de su naturaleza o de la entidad de la que provenga, también será nulo⁴. De hecho, como lo afirma la CDI, la práctica internacional parece venir a validar este enfoque, pues «[...] diversos tribunales, tanto nacionales como internacionales, han afirmado la idea de las normas imperativas en contextos que no se limitan a la validez de los tratados»⁵. Además, la propia CDI, como veremos ulteriormente con detenimiento, advirtió en 2006, en un documento sobre los actos unilaterales de los Estados, que era nula toda de-

³ «The Commission considered the right course to be to provide in general terms that a treaty is void if it conflicts with a rule of *jus cogens* and to leave the full content of this rule to be worked out in State practice and in the jurisprudence of international tribunals», véase *United Nations Conference on the Law of Treaties*, Doc. (A/CONF.39/11/Add.2), *op. cit.*, nota 2, p. 67, párr. 3.

⁴ Al incluirse disposiciones paralelas en la Convención de Viena de 1986 sobre el Derecho de los tratados celebrados entre Estados y organizaciones internacionales y entre organizaciones internacionales entre sí, es evidente que los actos nulos pueden emanar de una organización internacional. El Profesor Robert Kolb afirma, en esta dirección, que la noción de *jus cogens* provoca que no sólo sean nulos los tratados, sino toda norma jurídica (véase KOLB, R., «Observation sur l'évolution du concept de *jus cogens*», *RGDIP*, vol. 113, 2009, núm. 4, p. 844).

⁵ Véase *Informe de la Comisión de Derecho internacional - 53.º periodo de sesiones (23 de abril a 1 de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2001)*, Asamblea General, Documentos Oficiales, 56.º periodo de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/56/10), p. 216. Es el sentido, en mi opinión, además, del art. 26 del proyecto de artículos de la CDI sobre responsabilidad internacional de los Estados, de 2001, que establece que ninguna disposición del capítulo donde se exponen las causas de exclusión de la ilicitud «[...] excluirá la ilicitud de cualquier hecho de un Estado que no esté en conformidad con una obligación que emana de una norma imperativa de Derecho internacional general». En su explicación del texto de este artículo la CDI afirmó que, «[c]uando existe una oposición aparente entre obligaciones primarias, una de las cuales se deriva para un Estado directamente de una norma imperativa de Derecho internacional general, es evidente que esa obligación imperativa prevalecerá» (véase *ibid.*, p. 215).

claración unilateral que estuviera en oposición con una norma imperativa de Derecho internacional general⁶.

La auscultación de la práctica para observar la salud del *jus cogens* reviste particular relevancia dado el alcance teórico de estas normas. Se debería poder descartar que precisamente las normas denominadas *imperativas* no vengan a ser más que una especie de *soft law*. Situación tremendamente contradictoria, que haría perder al Derecho internacional gran parte de su credibilidad, ya de por sí contestada por muchos⁷. Desde luego, se han registrado bastantes voces alzadas en contra de esta institución⁸, si bien es cierto que en los últimos años ese concierto parece que va disminuyendo en volumen, al menos en cuanto al propio concepto se refiere⁹.

No obstante, antes de pasar a analizar la práctica estimamos pertinente matizar, en cuanto a la naturaleza de las normas imperativas reflejada en la CVDT, que un examen literal de la noción de esta institución, que acabó incluyéndose en el art. 53 de la CVDT, induce a la constatación de que los legisladores se aseguraron de que figurara exclusivamente un elemento material o positivo, tendente a la exigencia de un consenso de la comunidad de Estados en su conjunto para la determinación de las normas que pasarían a integrar este selecto club. Este elemento material o positivo fue introducido para garantizar la seguridad jurídica necesaria en tan trascendente operación¹⁰. Sin embargo, un estudio de los trabajos preparatorios de la CVDT y

⁶ Informe de la Comisión de Derecho internacional de su 58.º periodo de sesiones (de 1 de mayo a 9 de junio y 3 de julio a 11 de agosto de 2006), Asamblea General, Documentos Oficiales, 61.º periodo de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/61/10), p. 419.

⁷ Véase sobre este punto: TRUYOL Y SERRA, A., «Théorie du droit international public. Cours général», *RCADI*, vol. 173, 1981, pp. 104 y ss.

⁸ Si se quiere profundizar en los argumentos de los negadores del *jus cogens*, véase KOLB, R., *Théorie du jus cogens international. Essai de relecture du concept*, París, Presses Universitaires de France, 2001, pp. 33-58.

⁹ El Profesor Caplan advierte en este sentido que: «While the existence of *jus cogens* in International Law is an increasingly accepted proposition, its exact scope and content remains an open question» (véase CAPLAN, L. M., «State Immunity, Human Rights and “*jus cogens*”: a Critique of the Normative Hierarchy Theory», *AJIL*, vol. 97, 2003, p. 742). Asimismo, véase CASSESE, A., «For an Enhanced Role of *jus Cogens*», en CASSESE, A., (ed.), *Realizing Utopia. The Future of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 163.

¹⁰ Recuérdese que el texto propuesto *ab initio* por la CDI para la Conferencia de Viena, que situaba las normas de *jus cogens* entre las de Derecho internacional general, no sufrió importantes modificaciones durante la misma. Tan sólo llegó a buen puerto una enmienda de calado, la que patrocinaron conjuntamente España, Finlandia y Grecia, para que se insertasen las palabras «reconocida por la comunidad internacional como una norma» entre las palabras «Derecho internacional general» y «que no admita acuerdo en contrario» del texto propuesto por la CDI [véase *United Nations Conference on the Law of Treaties, Documents of the Conference (A/CONF.39/C.1/L.306 and Add.1 and 2)*]. Esta enmienda, introducida hacia el fin de la primera sesión de la Conferencia de Viena [*United Nations Conference on the Law of Treaties, Documents of the Conference (A/CONF.39/11)*, p. 471, párrs. 2-7], pretendía hacer frente a las objeciones elevadas por varias delegaciones al texto propuesto en el proyecto de la CDI al estimar demasiado evanescente la referencia al *Derecho internacional general* como cuerpo donde se encuentran las normas imperativas (*ibid.*, p. 316, párr. 7). El delegado de Grecia abundó en la idea anterior a la hora de la presentación de la enmienda, advirtiendo que si el elemento esencial del *jus cogens* internacional radicaba en la universalidad de su aceptación por la comunidad internacional, era mejor explicitarlo en el texto mismo del artículo. Añadiendo, además, que las normas de esa naturaleza

de las raíces históricas¹¹ de estas normas superiores permite apreciar como, de modo implícito, en la noción de *jus cogens* coexiste también un elemento espiritual consistente en la protección de los valores esenciales de la comunidad internacional, y que estaría detrás de esa eventual iniciativa comunitaria para señalar ciertas normas como superiores e imperativas.

Finalizaremos esta introducción recordando que el Prof. Brownlie sostuvo en su día que el *jus cogens* era un vehículo que salía raramente del garaje. Por tanto, en definitiva, se puede afirmar que nuestra misión consiste, en última instancia, en comprobar si ha salido y, si lo hubiera hecho, en averiguar a dónde ha ido¹².

2. LA PRÁCTICA CONVENCIONAL

En relación con los *tratados internacionales*, salvo la excepción de la Convención de Viena de 1986 sobre el Derecho de los tratados celebrados entre Estados y organizaciones internacionales y entre organizaciones internacionales entre sí, ningún otro tratado ha incluido en su articulado referencia alguna al *jus cogens* o las normas imperativas.

En cuanto a la aceptación de la CVDT, hay que hacer notar que el art. 66 es, de largo, aquél sobre el que más reservas se han formulado¹³. Sobre los otros artículos relativos a disposiciones que versan sobre el *jus cogens* apenas se han efectuado¹⁴. La Convención de Viena de 1986 contiene cuatro artículos prácticamente idénticos a los arts. 44, 53, 64 y 71 de la Convención de 1969. Estas disposiciones reunieron un gran consenso entre los miembros de la CDI y apenas fueron objeto de observaciones específicas por parte de los Estados y de las organizaciones internacionales durante la discusión en el seno del órgano codificador¹⁵. En cuanto al art. 66 en la Convención de

debían ser aceptadas por la conciencia jurídica de la comunidad de Estados como constitutivas de un orden público internacional (*ibid.*, p. 295, párr. 20).

¹¹ Sobre este extremo véase, entre otros, GÓMEZ ROBLEDÓ, A., «Le *jus cogens* international: sa genèse, sa nature, ses fonctions», *RCADI*, vol. 172, 1981, núm. III, pp. 17-68; KOLB, R., *op. cit.*, nota 8, pp. 197-198.

¹² En sus palabras: «*I think jus cogens has become part of lex lata. At the same time, as has been pointed out, the vehicle does not often leave the garage. In other words the concept does not seem to have a lot of obvious relevance*». BROWNIE, I., «Comment», en CASSESE, A. y WEILER, J. H. H. (eds.), *Change and Stability in International Law-Making*, Berlín, Walter de Gruyter & Co., 1988, p. 110.

¹³ En la actualidad están vigentes las reservas de Alemania, Arabia Saudita, Armenia, Argelia, Belarus, Bélgica, Brasil, Canadá, China, Cuba, Dinamarca (hace una reserva en relación con la Parte V de la CVDT y el art. 66), Finlandia (también hace una reserva en relación con la Parte V de la CVDT y el art. 66), Guatemala, Reino Unido, Rusia, Tanzania (también hace una reserva en relación con la Parte V de la CVDT y el art. 66), Túnez, Ucrania y Vietnam. Además, Nueva Zelanda, Países Bajos y Portugal han emitido declaraciones sobre esta disposición. Véase al respecto: https://treaties.un.org/pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXIII-1&chapter=23&Temp=mtdsg3&lang=en.

¹⁴ Bélgica tiene una reserva vigente en relación con los arts. 53 y 64 (*ibid.*).

¹⁵ Véase, en relación con el art. 44, el *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* 1982, vol. I, p. 136, párr. 6; acerca del art. 53: *ibid.*, p. 152, párr. 28; sobre el art. 64: *ibid.*, p. 161, párr. 41; en fin, en lo concerniente al art. 71: *ibid.*, p. 171, párr. 50.

1986, destinado a resolver las controversias derivadas de la nulidad, retirada, suspensión y terminación de un tratado, necesariamente tenía que haber diferencias con el texto de 1969, causadas por el hecho de que conforme al Estatuto de la Corte Internacional de Justicia las organizaciones internacionales no poseen *ius standi* en su jurisdicción contenciosa. Para sortear ese escollo, durante la discusión del proyecto de artículos se avanzaron diversas propuestas complejas, lo que trajo consigo necesariamente un menor consenso entre los miembros de la CDI¹⁶. Además, durante la Conferencia, fue la disposición que suscitó un mayor debate¹⁷, siendo finalmente adoptada por una mayoría de 47 a favor, por 23 en contra y 21 abstenciones¹⁸. En efecto, a la postre se dio por buena una enmienda al texto inicial de la CDI patrocinada por ocho Estados¹⁹ que habilitara la posibilidad de que si la Organización de las Naciones Unidas u otra organización internacional autorizada para ello fueran parte en la controversia, se solicitaran opiniones consultivas a la Corte Internacional de Justicia de conformidad con el art. 65 de su Estatuto.

Con posterioridad, se han efectuado pocas reservas y declaraciones acerca de las disposiciones de la Convención de Viena de 1986, que todavía no ha entrado en vigor, y todas las que están vigentes a día de hoy, y se refieren a las normas de *jus cogens*, se centran en el art. 66²⁰.

Pero aún más relieve que la escasa inclusión de referencias a las normas de *jus cogens* en los tratados posteriores a la CVDT reviste el hecho de que, hasta el momento, ningún tratado haya sido declarado nulo en aplicación del régimen previsto en la Convención, o al margen de ella, por violación de una norma imperativa²¹.

No pudiendo ofrecer más que esta escasa práctica reciente y posterior a la CVDT²², y aunque se trate de un caso anterior a la Convención de Viena de

¹⁶ A este respecto, por ejemplo, véase *ibid.*, pp. 283-286.

¹⁷ Necesitó de cinco sesiones de la Comisión Plenaria [véase *Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations, Document A/CONF.129/16/Add.1* (vol. II), p. 76] y una sesión Plenaria, la séptima, celebrada el 20 de marzo de 1986 [véase *Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations, Document A/CONF.129/16* (vol. I), pp. 25-29].

¹⁸ *Ibid.*, p. 27.

¹⁹ Austria, Colombia, Irlanda, Japón, México, Nigeria, Países Bajos y Suiza (véase *Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations, Document A/CONF.29/C.1/L.69/Rev.2*).

²⁰ Mantienen reservas en relación con el art. 66 Bélgica y Dinamarca. Alemania y los Países Bajos han efectuado declaraciones sobre esta disposición. Por su parte, Senegal, es autor de una declaración de este tenor: «In signing this Convention, [the Government of Senegal declares] that the completion of this formality shall not be interpreted in so far as Senegal is concerned as a recognition of the right of international organizations to appear as parties before the International Court of Justice». Véase, a este respecto: https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtsg_no=XXIII-3&chapter=23&lang=en.

²¹ En este sentido, véase CASSESE, A., *op. cit.*, nota 9, p. 159.

²² Sin llegar a tratarse de una determinación de una norma de *jus cogens*, cobra especial relevancia, no obstante, el ejemplo de protección de una norma que se nos brinda con el párr. 6 del art. 311 de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del mar de 1982. Esta disposición se lee así: «Los Estados partes convienen en que no podrán hacerse enmiendas al principio básico relativo al

1969, conviene citar el Acta de la Conferencia de Bruselas de 1890 relativa a la trata de esclavos; ejemplo que fue traído a colación por la propia CDI en sus comentarios de artículos para la preparación de la Conferencia de Viena de 1968-1969²³. En efecto, en el art. 96 de aquel instrumento se preveía la abrogación de toda estipulación contraria que se pudiera encontrar en las convenciones concluidas entre las Potencias Firmantes²⁴.

Para acabar este apartado, y aunque no se trate estrictamente de supuestos de aplicación del régimen del *jus cogens*, sí que cabe mencionar que algunas disposiciones de los instrumentos fundamentales del Derecho humanitario recuerdan bastante al régimen jurídico previsto en la CVDT para las normas imperativas.

Nos referimos, por ejemplo, al artículo común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949²⁵ que establece que los acuerdos por los cuales los Estados trataran de restringir los derechos de las personas protegidas por los convenios no producirán efectos²⁶. No estamos sin duda, insisto, ante el escenario previsto para la nulidad de los tratados en la CVDT, pero dada la universal aceptación de los cuatro Convenios de Ginebra, se puede decir que mediante este artículo común se ha establecido, de hecho y sin nombrarlo —entre otras cosas porque los Convenios de Ginebra preceden en veinte años a la CVDT—, un régimen por el que se elevan determinadas normas a un *status* superior que las protege contra todo acuerdo en contrario²⁷.

Nos referimos, asimismo, a las disposiciones del párr. 2 del art. 1 del Protocolo I de 1977²⁸, que dispone que:

«En los casos no previstos en el presente Protocolo o en otros acuerdos internacionales, las personas civiles y los combatientes quedan bajo la protección y el

patrimonio común de la humanidad establecido en el art. 136 y en que no serán partes en ningún acuerdo contrario a ese principio». Se puede apreciar cómo el legislador va aquí más allá de una simple prohibición de derogación de una norma posterior: De hecho, como lo resalta Lauri Hannikainen, los trabajos preparatorios de la Convención dejan ver algunos intentos dirigidos a que se declarara norma imperativa el principio por el cual se consagra la Zona y sus recursos como patrimonio común de la humanidad [véase HANNIKAINEN, L., *Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law. Historical Development, Criteria, Present Status*, Helsinki, Finnish Lawyers' Publishing Company, 1988, pp. 567-572].

²³ *United Nations Conference on the Law of Treaties...*, Doc. (A/CONF.39/11/Add.2), *op. cit.*, nota 2, p. 81, párr. 1.

²⁴ *General Act of the Brussels Conference relating to the African Slave Trade*, CTS 1890, vol. 173, p. 188.

²⁵ 6/6/67.

²⁶ Véase, a este respecto, MERON, T., «The Geneva Conventions and Public International Law. British Foreign and Commonwealth Office Conference commemorating the 60th Anniversary of the 1949 Geneva Conventions, London, 9 July 2009», *International Review of the Red Cross*, vol. 91, 2009, núm. 875, p. 624.

²⁷ En el artículo común 7/7/7/8, también se prohíbe la renuncia por parte de las personas protegidas de los derechos que los convenios les reconocen. Sobre el régimen del *jus cogens* y el estatuto de los prisioneros de guerra en el Derecho humanitario, véanse SCHMAHL, S., «An Example of *Jus Cogens*: The Status of Prisoners of War», en TOMUSCHAT, C. y THOUVENIN, J. M. (eds.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus cogens and Obligations Erga omnes*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 2006, pp. 41-68, y WECKEL, Ph., «Un exemple remarquable d'application du *jus cogens*, le statut de prisonnier de guerre», *ibid.*, pp. 69-82.

²⁸ Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I).

imperio de los principios del derecho de gentes derivados de los usos establecidos, de los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública».

Es conocido que este texto es una materialización contemporánea de la cláusula Martens, incluida por decisión unánime en el preámbulo de las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907 relativas a las leyes y costumbres de la guerra terrestre²⁹. Estamos, más allá de toda duda razonable, ante un supuesto de reconocimiento convencional de que determinados principios esenciales del Derecho humanitario son inderogables, con independencia de que hayan sido codificados en tal o cual tratado o de que los actores en cualquier conflicto armado real que pueda producirse hayan prestado su consentimiento en obligarse por esos instrumentos jurídicos.

¿No recuerda esta disposición a lo que afirmó la Corte Internacional de Justicia en su opinión consultiva, de 8 de julio de 1996, en el asunto de la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, cuando se refería a que las normas esenciales de los Convenios de La Haya y de Ginebra de Derecho humanitario deben ser observadas por todos los Estados, hayan o no ratificado aquellos acuerdos, «because they constitute intransgressible principles of international customary law»³⁰? ¿No vendría también la disposición citada del Protocolo I a reforzar las opiniones que vertimos anteriormente a favor de la importancia del elemento espiritual en el *jus cogens*?

3. LA PRÁCTICA DE LA ASAMBLEA GENERAL Y DEL CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS

3.1. La Asamblea General

La práctica de la Asamblea General testimonia una progresiva permeabilización de la institución y del régimen jurídico del *jus cogens*. En efecto, durante varias décadas la Asamblea General nunca mencionó expresamente a este tipo de normas, y mucho menos se preocupó de determinar alguna de ellas. Sin embargo, sí que se podía apreciar una utilización parcial, en algunas de sus resoluciones, del régimen jurídico de la nulidad de los tratados o actos contrarios a las normas imperativas. Así, en el contexto de la problemática existente en el Oriente Medio, la Asamblea General ha ido adoptando numerosas resoluciones invocando unas normas o principios superiores y proclamando la nulidad de los actos que los infringían. Por ejemplo, en su Resolución 34/65 B³¹, de 29 de noviembre de 1979, la Asamblea condenó con

²⁹ Véase a este respecto el comentario al párr. 2 del art. 1 del Protocolo en el sitio Internet del Comité Internacional de la Cruz Roja, en <http://www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?viewComments=LookUpCOMART&articleUNID=6C86520D7EFAD527C12563CD0051D63C>.

³⁰ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, ICJ Reports 1996*, párr. 79, p. 257.

³¹ Resolución adoptada por 75 votos a favor, por 33 en contra, con 37 abstenciones (75-33-37). Las indicaciones del voto de las siguientes resoluciones que citaremos a continuación en las notas seguirán este mismo sistema.

determinación todos los acuerdos y tratados que constituyeran una violación flagrante de los derechos del pueblo palestino, los principios de la Carta y las resoluciones aprobadas en los diversos foros internacionales. Pero lo que es más importante, se declaró que los acuerdos de Camp David carecían de validez por cuanto pretendían determinar el futuro del pueblo palestino y de los territorios ocupados por Israel desde 1967³². En otras resoluciones se declaraba que todas las medidas y decisiones adoptadas por Israel, la Potencia ocupante, en violación de las disposiciones pertinentes del Convenio de Ginebra relativo a la protección de personas civiles en tiempos de guerra, de 12 de agosto de 1949, y en contravención de las resoluciones pertinentes del Consejo de Seguridad, eran ilegales y carecían de validez³³. Finalmente, mediante una larga serie de resoluciones, comenzando por la 37/123 A³⁴, la Asamblea General, reafirmando el principio fundamental según el cual la adquisición de territorio por la fuerza es inadmisible, declaraba que la decisión de Israel, de 14 de diciembre de 1981, de imponer sus leyes, su jurisdicción y su administración en el territorio sirio ocupado de los Alto del Golán y en Jerusalén —constituyendo un acto de agresión con arreglo a su Resolución 3314 (XXIX)— era nula³⁵.

Si nos fijamos en los guarismos con los que han sido adoptadas estas resoluciones, se observará que casi siempre han sido pocos los Estados que han votado en contra, aunque a veces hayan sido muy numerosos los Estados que se han abstenido. En cualquier caso, en general se aprecia un apoyo cada vez más sólido a este tipo de resoluciones.

Una acogida todavía más clara del régimen jurídico de la nulidad de los tratados, que se opongan a una norma imperativa por parte de la Asamblea General, la encontramos en la Resolución 42/22, de 18 de noviembre de 1987, adoptada por consenso, mediante la que se aprobó la «Declaración sobre el mejoramiento de la eficacia del principio de abstención de la amenaza o de la utilización de la fuerza en las relaciones internacionales». En este texto se declara solemnemente que: «[...] 2. El principio de abstenerse de recurrir a la

³² Otras Resoluciones en esta línea son: la 36/120 F (88-21-36), la 39/146 A (100-16-28), la 40/168 A (98-19-31), la 41/162 A (104-19-32), la 42/209 B (99-19-33), la 43/54 A (103-18-30), la 44/40 A (109-18-31), la 45/83 A (99-19-32) o la 46/82 A (93-37-27).

³³ Por ejemplo las Resoluciones 56/62 (145-4-2), 57/127 (148-6-6), 58/99 (150-6-19), 59/124 (149-7-22), 60/107 (148-7-17), 61/119 (157-9-14), 62/109 (156-7-11), 63/98 (165-8-4), 64/94 (162-9-5), 65/105 (165-9-2), 66/79 (159-9-4) y 67/11 (164-8-6).

³⁴ 87-22-31.

³⁵ En relación con la cuestión de los Altos del Golán y de Jerusalén, véanse las Resoluciones 38/180 C (137-1-3), 47/63 A (73-3-70), 48/59 A (141-1-11) y B (65-2-83), 49/87 A (138-2-7) y B (77-2-70), 50/22 A (133-1-13) y B (66-2-79), 51/27 (148-1-13), 51/28 (84-2-71), 52/53 (148-1-9), 52/54 (92-2-65), 53/37 (149-1-7), 53/38 (97-2-58), 54/37 (139-1-3), 54/38 (92-2-53), 55/50 (145-1-5), 55/51 (96-2-55), 55/134 (150-1-4), 56/63 (147-2-3), 57/128 (155-1-9), 58/100 (163-1-11), ES-10/14 (90-8-74), 59/32 (155-7-15), 59/33 (111-6-60), 59/125 (160-2-15), 60/40 (106-6-62), 60/41 (153-7-12), 60/108 (156-1-15), 61/26 (157-6-10), 61/27 (107-6-60), 61/120 (163-2-16), 62/84 (160-6-7), 62/85 (111-6-56), 62/110 (164-1-10), 63/30 (163-6-6), 63/31 (116-6-52), 63/99 (171-1-7), 64/20 (163-7-5), 64/21 (116-7-51), 64/95 (166-1-11), 65/17 (166-6-4), 65/18 (118-7-52), 65/106 (167-1-9), 66/18 (164-7-5), 66/19 (119-7-53), 66/80 (162-1-11), 67/24 (162-7-6), 67/25 (110-6-59) y 67/122 (168-1-11).

amenaza o al uso de la fuerza en las relaciones internacionales es universal en su carácter y es obligatorio para todos los Estados [...]». Como se puede fácilmente colegir, esta afirmación es muy cercana a lo que sería una determinación de una norma de *jus cogens*. Pero, además, la Asamblea añade que: «11. Es nulo todo tratado cuya celebración se haya obtenido por la amenaza o el uso de la fuerza en violación de los principios de Derecho internacional incorporados en la Carta». Estamos ante una transposición o asunción del art. 52 de la CVDI, que declara la nulidad de los tratados cuya celebración se haya obtenido mediante la amenaza o el uso de la fuerza; artículo que muy bien puede tratarse de una especificación de una norma de *jus cogens*.

Sin embargo, aún más determinante que lo anterior es el tratamiento que la Asamblea reserva a la norma que prohíbe la tortura; tratamiento que se puede considerar muy cercano a una determinación expresa de una norma imperativa. En efecto, en una serie de resoluciones recientes, a partir de la 59/182³⁶, la Asamblea ha señalado:

«Recordando que el derecho a no ser sometido a torturas y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes no admite excepción y debe estar protegido en todas las circunstancias, incluso en tiempos de disturbios internos o internacionales o de conflicto armado, y que todos los instrumentos internacionales en la materia afirman expresamente la prohibición de la tortura.

Recordando también que algunos tribunales internacionales, regionales y nacionales, entre ellos el Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de las violaciones graves del Derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia desde 1991, han reconocido que la prohibición de la tortura es una norma imperante del Derecho internacional» [...]»³⁷.

Adviértase cómo, por boca de la Asamblea, en una resolución adoptada por consenso, se afirma que el derecho a no ser sometido a tortura no admite excepción de ningún tipo, es universal y aplicable en toda circunstancia, incluyendo disturbios y conflictos armados internacionales o internos. ¿No sería legítimo inferir que ello equivale a emplear, sin nombrarlas, los rasgos de las normas imperativas? Además, por si fuera poco, en el segundo de los párrafos que hemos destacado, la Asamblea, si bien no afirma por sí misma que la prohibición de la tortura es una norma imperativa, sí lo pone en boca de algunos tribunales internacionales, ¡y lo recuerda!

Por último, debemos exponer que, en materia de responsabilidad internacional, la Asamblea, en relación con los proyectos de artículos preparados por la CDI, tanto sobre responsabilidad del Estado por hechos

³⁶ Con anterioridad, las resoluciones anuales de este tipo, hasta la Resolución 58/164, no afirmaban que la prohibición de la tortura es una norma imperativa.

³⁷ Estas fórmulas se repiten en las Resoluciones sucesivas: 60/148, 63/166, 64/153, 65/205, 66/150 y 67/101. Nótese que la expresión «norma imperante» es una mala traducción, pues la versión inglesa utiliza la expresión «*peremptory norm of international law*» y la versión francesa «*norme impérative*». De hecho, en la Resolución similar 63/166, de 19 de febrero de 2009, ya se emplea la expresión «norma imperativa».

internacionalmente ilícitos³⁸, como acerca de la responsabilidad de las organizaciones internacionales³⁹, ha adoptado por consenso resoluciones por las cuales se tomaba nota de los artículos presentados por la CDI y los señalaba a la atención de los Estados. A efectos de nuestro análisis, trataremos estos proyectos en sede de la práctica del órgano codificador del Derecho internacional.

3.2. El Consejo de Seguridad

El Consejo de Seguridad, en ejercicio de su responsabilidad primordial en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, que la Carta de las Naciones Unidas le atribuye, ha adoptado varias resoluciones declarando nulos ciertos actos por considerarlos contrarios a determinados principios. En efecto, en el contexto de la situación en el Oriente Medio, mediante su Resolución 252 (1968), de 21 de mayo, después de sostener que la adquisición de territorio mediante la conquista militar es inadmisibles, estimaba que todas las medidas de carácter legislativo y administrativo tomadas por Israel y los actos que había ejecutado, incluso la expropiación de tierras y bienes, que tendían a modificar el estatuto jurídico de Jerusalén, eran nulos y no podían modificar aquel estatuto⁴⁰. Esta misma condena se repitió, ante la continuación de la ocupación por Israel, en las Resoluciones 267 (1969), de 3 de julio⁴¹, 476 (1980), de 30 de junio⁴², 478 (1980), de 20 de agosto⁴³. Por la Resolución 497 (1981), de 17 de diciembre, se censura con la nulidad la decisión de Israel de imponer sus leyes, su jurisdicción y su administración en el territorio ocupado de los Altos del Golán⁴⁴. Por sus Resoluciones 452 (1979), de 20 de julio⁴⁵, y 465 (1980), de 1 de marzo⁴⁶, el Consejo de Seguridad indica que la política de asentamientos en los territorios árabes ocupados desde 1967 no tenía validez jurídica.

Del mismo modo, con ocasión de la invasión de Kuwait por Iraq, el Consejo de Seguridad tuvo ocasión de declarar en varias ocasiones la nulidad de la anexión. Así, en su Resolución 662 (1990), de 9 de agosto de 1990, adoptada por unanimidad, declaraba que la anexión de Kuwait por parte de Iraq debía de «considerarse nula y sin valor». Afirmación que reiteró en sus

³⁸ Resolución 56/83, de 12 de diciembre de 2001.

³⁹ Resolución 66/100, de 27 de febrero de 2012.

⁴⁰ Resolución adoptada por 13 votos a favor; ninguno en contra y dos abstenciones. A continuación se seguirá el mismo sistema que empleamos para referirnos a los resultados de las votaciones en la Asamblea General.

⁴¹ Adoptada por unanimidad.

⁴² (14-0-1).

⁴³ (14-0-1).

⁴⁴ Adoptada por unanimidad.

⁴⁵ (14-0-1).

⁴⁶ Adoptada por unanimidad. Asimismo, se declaran sin validez las medidas adoptadas por Israel para modificar el carácter físico, la composición demográfica, la estructura institucional, etc., de los territorios árabes ocupados.

Resoluciones 664 (1990) de 18 de agosto, igualmente adoptada por unanimidad, y 670 (1990), de 25 de septiembre, adoptada por 14 votos a favor por uno en contra.

4. LA PRÁCTICA DE OTROS ÓRGANOS Y ORGANISMOS INTERNACIONALES

4.1. La Comisión de Derecho internacional

La CDI ha jugado un papel primordial a la hora de trasladar la institución del *jus cogens* de la doctrina al Derecho internacional positivo, como se evidencia mediante la historia legislativa de las Convenciones de Viena sobre Derecho de los tratados de 1969 y 1986. Pero lejos de quedarse ahí, la CDI ha vuelto a utilizar la noción de normas imperativas, y previsto un régimen particular para ellas, en algún otro proyecto de artículos u otros textos que ha preparado por encargo de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

En efecto, en primer lugar, la CDI elaboró un proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos que fue señalada a la atención de los Estados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 56/83, de 12 de diciembre de 2001⁴⁷. En su capítulo III de la Segunda Parte, se prevé un régimen agravado de la responsabilidad de los Estados para el caso de las violaciones graves de obligaciones emanadas de normas imperativas del Derecho internacional general (arts. 40 y 41). Junto a ello, se dispone en el art. 26 que ninguna circunstancia podrá excluir la ilicitud de un acto contrario a una norma imperativa. Finalmente, se establece que las contramedidas no podrán afectar, ni a la obligación de abstenerse de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza, ni a las obligaciones establecidas para la protección de los derechos humanos fundamentales, ni a las obligaciones de carácter humanitario que prohíben las represalias, ni a «[o]tras obligaciones que emanan de normas imperativas del Derecho internacional general» (art. 50).

Además, se encuentra en el proyecto una disposición relativa a la invocación de la responsabilidad por un Estado distinto del Estado lesionado (art. 48), cuando la titularidad de la obligación violada recaiga en la comunidad internacional en su conjunto (art. 48.1); permitiéndose entonces que cualquier Estado pueda reclamar al Estado responsable la cesación del hecho ilícito, seguridades y garantías de no repetición, así como el cumplimiento de

⁴⁷ Véase A/RES/56/83. Sobre la evolución del proyecto de artículos en el seno de la CDI, véase PÉREZ GIRALDA, A., «El proyecto de la Comisión de Derecho internacional sobre responsabilidad de los Estados, al final del camino», *REEI*, 2002, núm. 4. Véase, también, sobre los artículos relativos a las normas imperativas: CEBADA ROMERO, A., «Los conceptos de *obligación erga omnes*, *ius cogens* y *violación grave* a la luz del nuevo proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos», *REEI*, 2002, núm. 4, pp. 10-14.

la obligación de reparar (art. 48.2). Esta distinción en cuanto a la capacidad de reaccionar frente a la violación, en atención a la naturaleza de la obligación violada, constituye un reflejo de la estela marcada en el Derecho internacional por la Corte Internacional de Justicia en virtud de su decisión de 1970, en el asunto de la *Barcelona Traction*, al afirmar la existencia de obligaciones *erga omnes*⁴⁸; institución que guarda una innegable conexión con la de las normas imperativas, como ha sido puesto de manifiesto reiteradamente por la doctrina⁴⁹.

En segundo lugar, en el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales que la CDI presentó a la consideración de la Asamblea General de las Naciones Unidas y del que ésta tomó nota en su Resolución 66/100, de 27 de febrero de 2012⁵⁰, se incluyen también disposiciones relativas a las normas imperativas. En esencia, hay que hacer notar que constituyen, *mutatis mutandi*, disposiciones simétricas a las incluidas en el proyecto sobre responsabilidad de los Estados⁵¹; al igual que acontece, prácticamente, con el resto del proyecto⁵².

En relación con los dos proyectos de artículos sobre responsabilidad internacional mencionados, la estrategia de la CDI en atención a su futura positividad fue la misma, a saber, recomendar a la Asamblea General que tomara nota del proyecto de artículos en una resolución e incluyera dicho texto como anexo de la resolución, y esperar a que la Asamblea estudiara, más adelante, la posibilidad de elaborar una convención basada en el proyecto de artículos.

⁴⁸ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, arrêt, CII Recueil 1970, p. 33, párrs. 33-34.

⁴⁹ Véanse, entre otros, ACOSTA ESTÉVEZ, J. B., «Normas de *ius cogens*, efecto *erga omnes*, crimen internacional y la teoría de los círculos concéntricos», *Anuario de Derecho Internacional*, vol. XI, 1995, pp. 3-22; CEBADA ROMERO, A., *op. cit.*, nota 47; PICONE, P., *Comunità internazionale e obblighi «erga omnes»*, Nápoles, Jovene, 2006; VILLALPANDO, S., *L'émergence de la communauté internationale dans la responsabilité des Etats*, París, Presses Universitaires de France, 2005.

⁵⁰ Véase A/RES/66/100.

⁵¹ En el art. 26 se establece que no existe ninguna circunstancia excluyente de la responsabilidad por violación de una norma imperativa. En los arts. 25, 33, 43 y 49 se prevé un régimen jurídico particular para las violaciones de obligaciones cuya titularidad corresponde a la comunidad de Estados en su conjunto. Se incluye, sobre todo, en el Capítulo III de la Parte Tercera (violaciones graves de obligaciones emanadas de normas imperativas de Derecho internacional general), arts. 41 y 42, un régimen agravado de la responsabilidad de las organizaciones internacionales. De esta forma, se dispone que los Estados y las organizaciones internacionales cooperarán para poner fin, por medios lícitos, a toda violación grave de tales normas y que ningún Estado y ninguna organización internacional reconocerá como lícita una situación creada por una violación grave de tales normas, ni prestará ayuda o asistencia para mantener esa situación. Finalmente, en el art. 53, se señalan determinadas obligaciones que no pueden ser afectadas por las contramedidas, como la prohibición de recurrir al uso o la amenaza de la fuerza, las establecidas para la protección de los derechos humanos, las obligaciones de carácter humanitario que prohíben las represalias u otras obligaciones que *emanen de normas imperativas de Derecho internacional general*.

⁵² Sobre el proyecto de artículos véase BLOKKER, N. y WESSEL, R., «Introduction: First Views at the Articles on The Responsibility of International Organizations», *International Organizations Law Review*, vol. 9, 2012, núm. 1, pp. 1-6; WOUTERS, J. y ODERMATT, J., «Are All International Organizations Created Equal?», *ibid.*, pp. 7-14; ASPREMON, J., «The Articles on the Responsibility of International Organizations: Magnifying the Fissures in the Law of International Responsibility», *ibid.*, pp. 15-29; AMERASINGHE, C. F., «Comments on the ILC's Draft Articles on the Responsibility of International Organizations», *ibid.*, pp. 29-31.

Pero, fuera del ámbito de la responsabilidad, la CDI también se ha ido refiriendo a las normas imperativas al hilo de su trabajo en otras materias. Así, en tercer lugar, podemos mencionar el caso de los actos unilaterales. En el informe sobre la labor realizada en su 48.º periodo de sesiones, en 1996, la CDI propuso a la Asamblea General que se incluyera, como tema apropiado para la codificación y el desarrollo progresivo del Derecho internacional, el derecho de los actos unilaterales de los Estados⁵³; a lo que la Asamblea General accedió mediante su Resolución 51/160. A tales efectos, se puso en pie un grupo de trabajo que, para 2006, había finalizado su tarea. De ese modo, en agosto de ese año, la Comisión pudo aprobar un conjunto de diez «Principios rectores» —junto con una serie de comentarios a los mismos— aplicables a las declaraciones unilaterales de los Estados capaces de crear obligaciones jurídicas, y señaló dichos Principios rectores a la atención de la Asamblea General⁵⁴. Pues bien, en su Principio rector octavo, la CDI hizo notar que «[es] nula toda declaración unilateral que esté en oposición con una norma imperativa de Derecho internacional general». La Comisión añadió en sus comentarios al mismo que tal regla se inspiraba en la norma análoga enunciada en el art. 53 de la CVDI, pues la mayoría de sus miembros estimaban que nada se oponía a trasponer esa norma al caso de las declaraciones unilaterales⁵⁵.

En cuarto lugar, podemos referirnos al famoso trabajo de la CDI sobre fragmentación del ordenamiento jurídico internacional. Es bien conocido que la CDI decidió en 2002 ocuparse de la cuestión de la jerarquía normativa en el Derecho internacional, el *jus cogens*, las obligaciones *erga omnes* y el art. 103 de la Carta de las Naciones Unidas, en el marco de un estudio más amplio sobre la fragmentación del Derecho internacional, para lo que constituyó un grupo de estudio *ad hoc* presidido por Martti Koskenniemi. Los trabajos de este grupo de estudio estuvieron finalizados en 2006, por lo que pudo entregar un informe y una serie de conclusiones a la Comisión en ese mismo 58.º periodo de sesiones. La CDI tomó nota de esos textos y los presentó a la atención de la Asamblea General en agosto de 2006⁵⁶. La CDI, de entrada, resaltó en sus conclusiones que no existe ninguna relación jerárquica entre las principales fuentes de Derecho internacional, tratados, costumbre y principios generales del Derecho, tal como se indica en el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Pero, al mismo tiempo, advirtió que «[u]na norma de Derecho internacional puede ser superior a otras por la importancia de su contenido y por la aceptación universal de su superioridad. Así ocurre con las normas imperativas de Derecho internacional»⁵⁷. Finalmente, acerca del contenido del *jus cogens*, la Comisión no declaró ro-

⁵³ Véase Asamblea General, Documentos Oficiales, 51.º periodo de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/51/10), pp. 357-359, párr. 249.

⁵⁴ Véase *Informe de la Comisión de Derecho Internacional de su 58.º periodo de sesiones (de 1 de mayo a 9 de junio y 3 de julio a 11 de agosto de 2006)*, Asamblea General, Documentos Oficiales, 61.º periodo de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/61/10), p. 405.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 419.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 444.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 461, párrs. 31-32.

tundamente cuáles son las referidas normas, limitándose a señalar los ejemplos de normas de *jus cogens* citados con mayor frecuencia. Para el órgano codificador de las Naciones Unidas, entre ellas deben contarse «las que prohíben la agresión, la esclavitud, la trata de esclavos, el genocidio, la discriminación racial, el *apartheid* y la tortura, así como las normas básicas de Derecho internacional humanitario aplicables en conflictos armados, y el derecho a la libre determinación». No las presentaba como una lista cerrada, sino que admitió que otras normas también podrían tener el carácter de *jus cogens* «en la medida en que sean aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como normas que no admiten acuerdo en contrario»⁵⁸.

En quinto lugar, en su reciente Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados, aprobado por la Comisión en su 63.º periodo de sesiones⁵⁹, se ha incluido una directriz —la 4.4.3— titulada *Falta de efecto en una norma imperativa de Derecho internacional general (jus cogens)*, dirigida a reafirmar que una reserva que se formule a una disposición convencional que refleje una norma imperativa estará desprovista de todo efecto en cuanto a la aplicación de esa norma⁶⁰. Con esta aclaración se desarrolla el alcance de las normas imperativas en materia de Derecho de los tratados, pues si según la CVDT los tratados que se opongan a estas normas serán nulos, cuanto más es inaceptable que las reservas a ciertas disposiciones de un tratado que posean rango de imperatividad puedan desplegar efectos⁶¹. En buena lógica esta aclaración no era estrictamente necesaria, pero debe ser bien acogida pues explicita un efecto propio de esta categoría normativa.

En suma, como se puede apreciar en todos estos textos, la CDI va marcando la trayectoria de una futura penetración y expansión de la institución de las normas imperativas en el ordenamiento jurídico internacional, incluso más allá del Derecho de los tratados. En efecto, en sus documentos sobre los actos unilaterales y sobre la jerarquía normativa en el Derecho internacional, la CDI extrae conclusiones muy acertadas, desde mi punto de vista, sobre la relevancia que tiene en nuestro ordenamiento la existencia de tal tipo de normas. Así es, ya que la Comisión estima que si un tratado deviene nulo por su oposición con una norma de *jus cogens*, con igual razón lo hará otro tipo de fuente jurídica, en el caso en cuestión un acto unilateral del Estado. Asimismo, con su texto sobre la jerarquía en el Derecho internacional, la CDI no hace sino manifestar el gran alcance que posee en este ordenamiento el hecho de que haya una categoría de normas, consideradas como imperativas —las que son aceptadas como tales por la comunidad de Estados en su conjunto o las que poseen un contenido particularmente relevante—, lo que

⁵⁸ *Ibid.*, p. 462, párr. 33.

⁵⁹ Véase Documento A/66/10/Add.1

⁶⁰ *Ibid.*, Comentario a la directriz 4.4.3, párr. 2.

⁶¹ En este sentido, véase también KADELBACH, S., «*Jus Cogens*, Obligations *Erga Omnes* and other Rules-The Identification of Fundamental Norms», en TOMUSCHAT, C. y THOUVENIN, J. M. (eds.), *op. cit.*, nota 27, p. 29.

las eleva sobre el resto de normas con independencia de su naturaleza convencional, consuetudinaria o de otro tipo.

Junto a ello, con la inclusión en sus proyectos de artículos sobre responsabilidad internacional, tanto de los Estados como de las organizaciones internacionales, de varias disposiciones relativas a las normas imperativas, la CDI demuestra ir proyectando las consecuencias de la existencia de normas primarias de *jus cogens* hacia el marco jurídico de las normas secundarias.

4.2. Otros organismos internacionales

En cuanto a los órganos de protección de los derechos humanos basados en la Carta de las Naciones Unidas, tanto la antigua *Comisión de Derechos Humanos*⁶², como hoy el *Consejo de Derechos Humanos* de las Naciones Unidas, al abordar la situación del pueblo palestino, han utilizado repetidamente en sus resoluciones el concepto de normas de *jus cogens* y han sostenido que el principio a la libre determinación de los pueblos constituye una de esas normas⁶³.

Asimismo, acerca de la práctica de los órganos de protección de los derechos humanos basados en tratados, también cabe hacer mención de ciertos hitos importantes. Por su parte, el *Comité contra la tortura* ha calificado en repetidas ocasiones que la prohibición de la tortura ha adquirido el rango de norma de *jus cogens* en el Derecho internacional contemporáneo⁶⁴. Por ejemplo, en una de sus recomendaciones a España advirtió, en relación con la aplicación de la Ley de Amnistía de 1977, que, «[...] en consideración al arraigado reconocimiento del carácter de *jus cogens* de la prohibición de la tortura, el enjuiciamiento de actos de tortura no se debe limitar por el principio de legalidad, ni por el efecto de la prescripción»⁶⁵.

Del mismo modo, el *Comité de Derechos Humanos*, en su opinión general núm. 24, de 4 de noviembre de 1994, en su reflexión sobre la posibilidad de emitir reservas a determinados artículos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o a sus Protocolos Facultativos, la negó en relación con aquellos artículos del Pacto que recogían «*peremptory norms*». Al mismo tiempo, puso de manifiesto que las normas que prohíben la tortura y la privación arbitraria de la vida constituyen ejemplos de normas imperativas; negando así, por tanto, entre otras cosas, que los artículos

⁶² Véase, por ejemplo, la Resolución 2005/1, Documento E/2005/23 (Part I), E/CN.4/2005/134 (Part I).

⁶³ Véase, por ejemplo, la Resolución 26/27, de 22 de marzo de 2013, Documento A/HRC/RES/22/27.

⁶⁴ *Informe del Comité contra la Tortura*, 39.º periodo de sesiones (5 a 23 de noviembre de 2007) 40.º periodo de sesiones (28 de abril a 16 de mayo de 2008), Documento A/63/44, Observación General núm. 2, Anexo VI.

⁶⁵ *Informe del Comité contra la Tortura*, 43.º periodo de sesiones (2 a 20 de noviembre de 2009) 44.º periodo de sesiones (26 de abril a 14 de mayo de 2010), Documento A/65/44, punto 55, España, párr. 21, pp. 60-61.

que las contienen en los instrumentos en cuestión pudieran ser objeto de reservas⁶⁶.

Finalmente, debemos hacer notar que, al margen de estos actos de alta relevancia jurídica, en el marco del trabajo de estos órganos y organismos de protección de los derechos humanos se han elaborado numerosos informes oficiales en los que con frecuencia aparecen referencias a las normas de *jus cogens* y se señalan alguna de ellas⁶⁷.

5. LA PRÁCTICA DE LAS DIVERSAS JURISDICCIONES INTERNACIONALES

5.1. La Corte Internacional de Justicia

En cuanto a la *Corte Internacional de Justicia*, debe destacarse que durante mucho tiempo, probablemente demasiado, este tribunal nunca había afirmado la existencia de las normas de *jus cogens*, y cuando barajaba el concepto lo hacía indirectamente, exponiendo la posición de alguna de las partes⁶⁸. Con ello, se daba pie a pensar, incluso, que se procuraba evitar la utilización de la expresión investigada. Como es lógico, durante décadas, la Corte tampoco había individualizado ninguna de esas normas.

Pero, si sorprendente era el hecho de que el órgano judicial principal de las Naciones Unidas no se hubiera jamás referido a las normas imperativas, aún más lo ha sido el que se haya referido a ellas, y señalado una en concreto, la que prohíbe el genocidio, ¡en una sentencia sobre competencia y admisibilidad! En efecto, de forma inesperada, en su Sentencia de 3 de febrero de 2006, sobre la competencia y admisibilidad de la nueva demanda del Congo contra Ruanda en el asunto de las *Actividades armadas sobre el territorio del Congo*, la Corte reiteró su jurisprudencia en lo tocante a que la naturaleza de las normas relativas al fondo de una controversia no influía en la esfera

⁶⁶ General Comment No. 24: *Issues relating to reservations made upon ratification or accession to the Covenant or the Optional Protocols thereto, or in relation to declarations under article 41 of the Covenant*: 04/11/1994, Document CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, General Comment No. 24 (General Comments).

⁶⁷ Véase, por ejemplo, entre otros, el *Informe conjunto de los relatores especiales sobre los derechos económicos, sociales y culturales. Los derechos civiles y políticos. Situación de los detenidos en la bahía de Guantánamo*, Documento E/CN.4/2006/120; *Report of the Special Rapporteur (of the Human Rights Council) on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism*, Martin Scheinin, Documento A/HRC/10/3; el *Informe del Relator Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, Juan E. Méndez, Documento A/HRC/22/53; el *Estudio temático de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre el efecto de las medidas coercitivas unilaterales en el disfrute de los derechos humanos, con recomendaciones sobre los medios de poner fin a esas medidas*, Documento A/HRC/19/33; el *Informe de la comisión de investigación internacional independiente nombrada por el Consejo de Derechos Humanos sobre la situación en la República Árabe Siria*, Documento A/HRC/S-17/2/Add.1, etcétera.

⁶⁸ En este sentido, véase también HANNIKAINEN, L., *op. cit.*, nota 22, pp. 192-194; CZAPLANSKI, W., «Concept of *jus cogens* and Obligations *erga omnes* in International Law in the light of Recent Developments», *Polish Yearbook of International Law*, 1997-1998, pp. 88-91.

de la competencia; aunque en esta ocasión mencionando también expresamente a la normas de *jus cogens*. Para la Corte, el hecho de que una norma posea tal carácter, como es probablemente el caso de la prohibición del genocidio, «[...] ne saurait en lui-même fonder la compétence de la Cour pour en connaître. En vertu du Statut de la Cour, cette compétence est toujours fondée sur le consentement des parties»⁶⁹.

Con posterioridad ya la Corte se ha referido con mayor frecuencia al *jus cogens*, y con mayor claridad, como es el caso de su opinión consultiva sobre la *Conformidad con el Derecho internacional de la declaración unilateral de independencia de Kosovo*⁷⁰, o de la reciente sentencia en el asunto de las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania c. Italia: Grecia interviniente)*, donde llega a definir a este tipo de normas como aquellas que no pueden ser derogadas⁷¹. No obstante, aquí la Corte quiso volver a reiterar y precisar que si bien las reglas que determinan el alcance y la extensión de la jurisdicción, así como las condiciones en las que esa jurisdicción puede ser ejercida, no derogan las reglas de naturaleza material que tengan rango de *jus cogens*, tampoco hay nada intrínseco a la noción de *jus cogens* que imponga la modificación o la no aplicación de aquellas reglas jurisdiccionales⁷².

Esta concepción la aplica la Corte no sólo a su propia competencia, sino también a las reglas relativas a las inmunidades jurisdiccionales de los altos cargos de los Estados acusados de crímenes internacionales en los tribunales internos de terceros Estados, pues recordando su sentencia en el asunto de la *Orden de detención*, ha advertido que, en aquel asunto, sin mencionar expresamente la noción de *jus cogens*, ella juzgó entonces que el hecho de que un ministro de Asuntos Exteriores estuviera acusado de crímenes contrarios a normas que tienen indudablemente valor de *jus cogens*, no impedía a la República Democrática del Congo solicitar que el interesado se beneficiara de la inmunidad, de conformidad con el Derecho internacional consuetudinario⁷³.

El último paso en esta dirección viene constituido por el dado en el párr. 99 de su Sentencia de 4 de julio de 2012, en el asunto de las *Cuestiones concernientes a la obligación de perseguir o extraditar*, cuando la Corte vuelve a señalar una norma de este tipo, ahora la que prohíbe la tortura. En efecto, en palabras de la Corte, «[...] l'interdiction de la torture relève du droit internatio-

⁶⁹ *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête: 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda), compétence et recevabilité, arrêt, CIJ Recueil 2006*, p. 32, párr. 64. Asimismo, en el párr. 125 de la sentencia, la Corte vuelve a insistir. En sus propias palabras: «La Cour estime enfin nécessaire de rappeler que le seul fait que des droits et obligations erga omnes ou des règles impératives du droit international général (jus cogens) seraient en cause dans un différend ne saurait constituer en soi une exception au principe selon lequel sa compétence repose toujours sur le consentement des parties (voir paragraphe 64 ci-dessus)» (*ibid.*, p. 52, párr. 125).

⁷⁰ *Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo*, Advisory Opinion of 22 July 2010, párr. 81.

⁷¹ *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie); Grèce (intervenante), arrêt, CIJ Recueil 2012*, párr. 95.

⁷² *Ibid.*

⁷³ *Ibid.*

nal coutumier et elle a acquis le caractère de norme impérative (jus cogens)»⁷⁴. La Corte sustenta su afirmación haciendo notar: que esta prohibición reposa sobre una práctica internacional extendida y sobre la *opinio iuris* de los Estados; que figura en numerosos instrumentos internacionales con vocación de universalidad; que ha sido introducida en el Derecho interno de la casi totalidad de los Estados; y que los actos de tortura son denunciados regularmente en el seno de instancias nacionales e internacionales⁷⁵.

5.2. Otras jurisdicciones internacionales

Por otro lado, podemos constatar cómo, por su parte, *otras jurisdicciones internacionales* —la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea— han empezado a referirse a este tipo de normas, y a señalar algunas de ellas.

Cabría destacar el hecho de que la primera jurisdicción internacional que empleó el concepto de *jus cogens* y aplicó el régimen contenido en el art. 64 de la Convención de Viena de 1969 fue la *Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Así, en su Sentencia de 10 de septiembre de 1993, en el caso *Aloeboetoe y otros, Reparaciones (Art. 63.1. Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, ese tribunal alegó, entre otras muchas cosas, que el Tratado de 1762, al regular el comercio de esclavos, «hoy sería nulo por ser contrario a reglas de *jus cogens superveniens*»⁷⁶. Posteriormente, este tribunal ha empleado la expresión en numerosos asuntos y ha sostenido que han alcanzado este rango las normas que prohíben la tortura⁷⁷ u otros tratamientos crueles, inhumanos y degradantes⁷⁸; el principio fundamental de equidad y no discriminación⁷⁹, así como el principio del acceso a la justicia⁸⁰.

Por su parte la *Comisión Interamericana de Derechos Humanos* ha utilizado frecuentemente el concepto de normas de *jus cogens* y ha llegado a

⁷⁴ *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, arrêt, CIJ Recueil 2012, párr. 99.

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Aloeboetoe y otros*, Sentencia de 10 de septiembre de 1993 (Reparaciones y costas), Serie C, núm. 15, párr. 57.

⁷⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de los *Hermanos Gómez Paquiyauri v. Perú*, Sentencia de 8 de julio de 2004 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C, núm. 110, párr. 112.

⁷⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Caesar v. Trinidad y Tobago*, Sentencia de 11 de marzo de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C, núm. 123, párr. 18.

⁷⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03, de 17 de septiembre de 2003, Serie A, núm. 18, párr. 101.

⁸⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Goiburú y otros v. Paraguay*, Sentencia de 22 de septiembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C, núm. 153, párr. 131. Sobre la jurisprudencia de la Corte Interamericana en materia de *jus cogens*, véase CANÇADO TRINDADE, A. A., «Some Reflections on the Reassuring Expansion of the Material Content of *jus cogens*», en VENTURINE, G. y BARIATTI, S. (eds.), *Diritti Individuali e Giustizia Internazionale, Liber Fausto Pocar*, vol. 1, Milán, Giuffrè, 2009, pp. 65-79.

identificar algunas de ellas, como el derecho a la vida⁸¹, la prohibición de la condena a muerte de menores de edad⁸², la prohibición de la tortura⁸³, el principio del *non-refoulement*⁸⁴, la prohibición de cometer crímenes contra la humanidad⁸⁵ o la prohibición de la esclavitud o prácticas similares⁸⁶.

Junto a ello, también debemos poner de relieve algunas decisiones del *Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia*. Entre ellas, la sentencia de 16 de noviembre de 1998, de la Sala de Primera Instancia II *quater* en el asunto *Prosecutor v. Delacic et al.*, donde se señaló que la prohibición contra la tortura tenía naturaleza consuetudinaria en el Derecho internacional contemporáneo y rango de *jus cogens*⁸⁷. Asimismo, en su Sentencia de 10 de diciembre de 1998, en el caso *Prosecutor v. Anto Furundžija*, la Sala de Primera Instancia II, desarrolló con más profundidad la cuestión, extrayendo además las consecuencias que tanto a nivel estatal como individual se derivaban del hecho de que la norma que prohíbe la tortura fuera una norma imperativa. Así, en opinión de la Sala, en el ámbito estatal, todo acto de naturaleza legislativa, administrativa o judicial que autorizara la tortura no sería considerado como legítimo y, en lo concerniente al plano individual, todo Estado estaría capacitado para investigar, enjuiciar y castigar o extraditar a todo individuo acusado de tortura que se encontrara en el territorio bajo su jurisdicción⁸⁸. Así, en la apelación en el asunto *Prosecutor v. Delacic et al.*, la Sala de Apelaciones también hizo notar «[...] that in human rights law the violation of rights which have reached the level of *jus cogens*, such as torture, may constitute international crimes»⁸⁹, con lo que extiende el ámbito de vigencia de las normas imperativas a la esfera de la responsabilidad internacional.

Paralelamente, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia ha afirmado que la prohibición de genocidio constituye también una norma de *jus cogens* en su Sentencia de 2 de agosto de 2001 en el asunto *Krstic*⁹⁰.

Asimismo, en el asunto *Kupreškić*, el Tribunal estimó que «most norms of international humanitarian law, in particular those prohibiting war crimes,

⁸¹ Informe núm. 47/96. Caso 11.436. *Víctimas del barco remolcador «13 de marzo» c. Cuba*, 16 de octubre de 1996, párr. 79.

⁸² *James Terry Roach and Jay Pinkerton v. United States*, Case 9647, Res. 3/87, 22 September 1987, Annual Report of the IACHR 1986-87, párr. 56.

⁸³ Quinto informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala, de 6 de abril de 2001, Documento OEA/Ser.L/V/II.111, Capítulo VI, párr. 8.

⁸⁴ *Segundo informe de progreso de la relatoría sobre trabajadores migratorios y miembros de sus familias en el hemisferio*, de 16 de abril de 2001, Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2000, Capítulo VI, párr. 97.

⁸⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Pronunciamiento de 17 de mayo de 2011, sobre el deber del Estado haitiano de investigar las graves violaciones a los derechos humanos cometidas durante el régimen de Jean-Claude Duvalier, párr. 10.

⁸⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe de 24 de diciembre de 2009 sobre la situación del pueblo indígena guaraní en la región del Chaco Boliviano, párr. 54.

⁸⁷ *Prosecutor v. Delaci and Others*, Case IT-96-21-T, Judgment, 16 November 1998, párr. 454.

⁸⁸ *Prosecutor v. Furundžija*, Case IT-95-17/1-T, Judgment, 10 December 1998, párr. 153.

⁸⁹ *Prosecutor v. Delaci and Others*, Case IT-96-21-A, Judgment, 20 February 2001, párr. 172, nota 225.

⁹⁰ *Prosecutor v. Krstic*, Case IT-98-33-T, Judgment of 02 August 2001, párr. 541.

crimes against humanity and genocide, are also peremptory norms of international law or jus cogens»⁹¹.

Por lo que concierne al *Tribunal Penal Internacional para Ruanda*, en su Sentencia de 21 de mayo de 1999, en el asunto *Kayishema y Ruzindana*, la Sala II advirtió que «*the crime of genocide is considered part of international customary law and, moreover, a norm of jus cogens*»⁹².

Quizá debería concederse, sin embargo, una especial atención por su rotundidad y alcance a cierta jurisprudencia relativamente reciente del hoy *Tribunal de Justicia de la Unión Europea*. Me refiero, en particular, a las decisiones adoptadas por las diversas instancias de la institución judicial comunitaria en relación con la compatibilidad de un Reglamento del Consejo de la Unión Europea que aplicaba, en el ámbito de la Unión, mediante la imposición de sanciones económicas y financieras contra determinadas personas y entidades ligadas a Osama Bin Laden, a la red Al-Qaida y a los talibanes, las sanciones impuestas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas tras los atentados que tuvieron lugar el 11 de septiembre de 2001⁹³. En primera instancia, el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, en sendas Sentencias de 21 de septiembre de 2005⁹⁴, desestimó la totalidad de los motivos invocados por los recurrentes, manteniendo los efectos del Reglamento. En esas decisiones el Tribunal de Primera Instancia declaró que los tribunales comunitarios no tenían, en principio, competencia alguna para controlar la validez del Reglamento en cuestión dado que la Carta de las Naciones Unidas, tratado internacional que prima sobre el Derecho comunitario, obliga a los Estados miembros a cumplir las resoluciones del Consejo de Seguridad. Junto a ello, el Tribunal reconoció que las resoluciones del Consejo de Seguridad controvertidas no estaban sometidas, en principio, a su control jurisdiccional y que, por tanto, no se consideraba autorizado a cuestionar, ni siquiera de modo incidental, la legalidad de las mismas desde el punto de vista del Derecho comunitario⁹⁵. El Tribunal estimó, por el contrario, que estaba facultado «para controlar, de modo incidental, la legalidad de las resoluciones del Consejo de Seguridad controvertidas desde el punto de vista del *ius cogens*» considerando a éste «como un orden público internacional que se impone a todos los sujetos del Derecho

⁹¹ *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, Case IT-95-16-T, Judgment, 14 January 2000, párr. 520.

⁹² *Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana*, Case ICTR-95-1-T, Judgment, 21 May 1999, párr. 88.

⁹³ Reglamento (CE) núm. 881/2002 del Consejo, de 27 de mayo, por el que se imponen determinadas medidas restrictivas específicas dirigidas contra determinadas personas y entidades asociadas con Usamah bin Ladin, la red Al-Qaida y los talibanes y por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 467/2001 (DO L 139, p. 9).

⁹⁴ Sentencias de 21 de septiembre de 2005, *Yusuf y Al Barakaat International Foundation/Consejo y Comisión* (T-306/01) y *Kadi/Consejo y Comisión* (T-315/01). Sobre estas sentencias véase ROLDÁN BARBERO, J., «Jurisprudencia en materia de Derecho internacional público: la justicia comunitaria y el control de legalidad de las resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. Comentario a las Sentencias Yusuf/al Barakaat y Kadi, de 21 de septiembre de 2005, del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas», *REDI*, vol. LVII, 2005, núm. 2, pp. 869-891.

⁹⁵ Sentencia de 21 de septiembre de 2005, *Yusuf y Al Barakaat International Foundation/Consejo y Comisión* (T-306/01), párr. 276.

internacional, incluidos los órganos de la ONU, y que no tolera excepción alguna»⁹⁶.

Pero aún llega más lejos el Tribunal, quien hace depender la misma obligatoriedad de las resoluciones del Consejo de Seguridad, en materia de mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, de su coherencia con las normas de *jus cogens*. En palabras del Tribunal:

«El Derecho internacional permite considerar, pues, que existe un límite al principio de la obligatoriedad de las resoluciones del Consejo de Seguridad: tales resoluciones deben respetar las normas perentorias fundamentales del *ius cogens*. En caso contrario, por improbable que sea dicho supuesto, no vincularían a los Estados miembros de la ONU ni, por tanto, a la Comunidad»⁹⁷.

Puede apreciarse, por tanto, el inmenso valor que otorgaba el Tribunal de Primera Instancia a la institución del *jus cogens*, que por incorporar los valores esenciales de la Comunidad internacional en su conjunto se impone incluso al propio Consejo de Seguridad. De este modo, el Tribunal de Primera Instancia consideró que su control jurisdiccional incidental podía extenderse «a la verificación de la observancia de las normas superiores del Derecho internacional que forman parte del *jus cogens*» y, en particular, continúa el Tribunal, «de las normas imperativas para la protección universal de los derechos humanos, que no toleran excepción alguna por parte de los Estados miembros ni de los órganos de la ONU»⁹⁸. Sobre esas consideraciones de Derecho procedió al examen de la posible violación de los derechos fundamentales de los demandantes, llegando a la conclusión de que el reglamento impugnado no los violaba⁹⁹.

Sin embargo, en segunda instancia, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas anuló las decisiones anteriores y el Reglamento en cuestión, al estimar que los tribunales comunitarios deben garantizar un control, en principio completo, de la legalidad de todos los actos comunitarios desde el punto de vista de los derechos fundamentales que forman parte integrante de los principios generales del Derecho de la Unión; comprendidos también aquellos actos comunitarios destinados a aplicar resoluciones aprobadas por el Consejo de Seguridad, como el Reglamento controvertido¹⁰⁰. Pero en lo tocante a las normas de *jus cogens*, el Tribunal de Justicia no modificó las decisiones emitidas en primera instancia.

El *Tribunal Europeo de Derechos Humanos* también se ha venido refiriendo a las normas de *jus cogens* y ha señalado alguna de ellas. Así, por ejemplo, en el asunto *Jorgic v. Germany*, el Tribunal afirmó que la prohibición del

⁹⁶ *Ibid.*, párr. 277.

⁹⁷ *Ibid.*, párr. 281.

⁹⁸ *Ibid.*, párr. 282.

⁹⁹ *Ibid.* párrs. 283-347.

¹⁰⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 3 de septiembre de 2008, *Kadi y Al Barakat International Foundation/Consejo y Comisión* (C-402/05 P), párr. 326. Sobre esta sentencia, véase BENLOLO-CRABOT, M., «La CJCE et la protection des valeurs fondamentales de l'ordre juridique communautaire», *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, 2009, núm. 529, pp. 380-386.

genocidio ha adquirido ese rango¹⁰¹. Posteriormente, en el asunto *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, afirmó, sobre la base de las decisiones *Furundzija* del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y *Pinochet* de la Cámara de los Lores británica, que la norma que prohíbe la tortura también ha alcanzado el rango de norma imperativa¹⁰².

6. LA PRÁCTICA ESTATAL

De entrada debemos advertir que la práctica estatal ya ha sido expuesta a los ojos del lector de forma indirecta en la medida en que se ha presentado la práctica internacional, toda vez que las instancias internacionales, al adoptar sus actos, tienen en cuenta la *opinio juris* de los Estados. De todas formas, en la medida de nuestras posibilidades, intentaremos exponer de forma sintética la práctica estatal que se puede conocer de forma más o menos sencilla.

Por ejemplo, en relación con la prohibición de la tortura, la propia Corte Internacional de Justicia ha puesto recientemente de manifiesto que se trata de una norma de naturaleza consuetudinaria universal, fundamentada en una *opinio iuris* muy sólida, pues ha sido introducida en el Derecho interno de la casi totalidad de los Estados y los actos de tortura han sido denunciados regularmente en el seno de instancias nacionales¹⁰³.

Del mismo modo, la Corte también se ha hecho eco de que numerosas jurisdicciones nacionales no han dado prioridad a las normas de *jus cogens* sobre las normas que reconocen las inmunidades, por situarse en planos diferentes del ordenamiento jurídico¹⁰⁴. En sentido contrario, se constató que únicamente las decisiones de los tribunales italianos en causa, en el asunto de las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado*, daban prioridad a las normas imperativas sobre aquellas que otorgan inmunidades de jurisdicción¹⁰⁵.

En relación con los principios esenciales del Derecho humanitario, varios tribunales internos han proclamado que aquéllos han adquirido rango de *jus*

¹⁰¹ European Court of Human Rights, case of *Jorgic v. Germany*, Judgment, 12 July 2007, párr. 68.

¹⁰² *Cour européenne des Droits de l'Homme, Affaire Al-Adsani c. Royaume-Uni*, Arrêt du 21 novembre 2001, párr. 61.

¹⁰³ *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, arrêt, *CIJ Recueil* 2012, párr. 99.

¹⁰⁴ *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie); Grèce (intervenant)*, arrêt, *CIJ Recueil* 2012, párr. 96. En ese párrafo, la Corte cita, en concreto, las decisiones del Reino Unido [*Jones c. Arabie saoudite*, Chambre des lords (2007) 1 AC 270; *ILR*, vol. 129, p. 629], Canadá [*Bouzari c. République islamique d'Iran*, Cour d'appel de l'Ontario (2004) *DLR*, 4th Series, vol. 243, p. 406; *ILR*, vol. 128, p. 586], Polonia (*Natoniewski*, Cour suprême, *Polish Yearbook of International Law*, vol. XXX, 2010, p. 299), Eslovenia (arrêt de la Cour constitutionnelle en l'affaire *no Up-13/99*), Nueva Zelanda [*Fang c. Jiang*, Haute Cour (2007) *NZAR*, p. 420; *ILR*, vol. 141, p. 702] y de Grecia (*Margellos*, Tribunal supérieur spécial, *ILR*, vol. 129, p. 525).

¹⁰⁵ *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie); Grèce (intervenant)*, arrêt, *CIJ Recueil* 2012, párr. 96. Se trata, por ejemplo, del asunto *Ferrini c. République fédérale d'Allemagne*, decisión núm. 5044/2004 (*Rivista di diritto internazionale*, vol. 87, 2004, p. 539).

cogens. A este respecto, podemos citar, por ejemplo, una decisión de la Corte Constitucional de Colombia, que manifestó con rotundidad que:

«[T]he essential principles of international humanitarian law have acquired *ius cogens* status, based on the fact that the international community as a whole has recognized their peremptory and imperative nature in the same way it has recognized this for other cardinal provisions such as [...] the prohibition of slavery»¹⁰⁶.

Paralelamente, numerosas decisiones nacionales han declarado que los crímenes internacionales constituyen violaciones de las normas de *jus cogens*¹⁰⁷.

¹⁰⁶ Colombia Constitutional Court, Constitutional Case núm. C-291/07, Judgment, 25 April 2007, p. 70. Un tribunal alemán indicó en 2005, en el asunto *Limits of Obedience to Superior Orders case*, que: «Elements of “*ius cogens*” are, inter alia, the international law prohibition on the use of force, reflected in Article 2, núm. 4 of the UN Charter, and the fundamental rules of the humanitarian international law of war» (Federal Administrative Court, *Limits of Obedience to Superior Orders case*, Judgment, 21 June 2005).

Del mismo modo, un tribunal griego sostuvo, en relación con la obligación de respetar la propiedad privada por parte de la potencia ocupante, que: «[T]he occupant is obliged to respect, during the administration of the occupied land, the legislation of the latter (article 43 of the fourth Hague Convention 1907) as well as international law, including the provisions of the Regulation of Laws and Customs of War on Land, annexed to the fourth Hague Convention (19th October 1907) [...] especially the provision of article 46, according to which “[...] private property [...] must be respected”. This rule is generally accepted as constituting peremptory international customary law (*jus cogens*)» (Greece’s Court of First Instance of Leivadia, *Prefecture of Voiotia case*, Judgment, 30 October 1997). Por su parte, en el asunto *Margellos*, el Tribunal de Apelación de Atenas, en 1999, expuso que: «The generally accepted rules of international law that govern the obligations of the occupying power in relation to the administration of the occupied land are included in the Regulation of Laws and Customs of War on Land, annexed to the fourth Hague Convention (19th October 1907). Although not ratified by Greece, this Regulation constitutes international customary law (see the judgement of the International Military Tribunal for Germany) [...] The deliberate arson and damage to property, in violation of international *ius cogens* rules, committed by the German occupation army against Greek civilians, are of a *iure gestionis* nature, because these acts do not form part of the powers that can be exercised by an occupation army. The above-mentioned rule is of a *ius cogens* nature and its violation deprives the foreign state of the right to claim immunity» (Court of Appeal of Athens, *Margellos case*, Judgment of 1999).

¹⁰⁷ A este respecto, podemos citar la decisión núm. 53/1993, del Tribunal Constitucional de Hungría, donde se señaló que: «The definition of and conditions for the punishment of war crimes and crimes against humanity are provided by international law; these crimes —directly or indirectly through the obligations assumed by the States— are prosecuted and punished by the community of nations. The regulations on the punishment of war crimes and crimes against humanity —since these crimes threaten the foundations of humanity and international coexistence— form the peremptory norms of general international law (*jus cogens*). Those States which refuse to assume these obligations cannot participate in the community of nations» (Hungary, Constitutional Court, Decision núm. 53/1993, 13 October 1993, Reasoning, Part. V, párr. 1).

Asimismo, podemos exponer una cita de la Corte Suprema de Argentina, en su sentencia de 1995 en el asunto *Priebke*, donde declaró que: «The classification of offenses as crimes against humanity does not depend on whether the requesting or requested State agrees with the extradition process, but instead on the principles of *jus cogens* of international law» (Argentina, Supreme Court of Justice, *Priebke case*, Judgment, 2 November 1995).

De la misma manera, debemos traer a colación la archiconocida decisión de 1999 de la *House of Lords* británica en el asunto *Pinochet* en la que Lord Millet advirtió que: «In my opinion, crimes prohibited by international law attract universal jurisdiction under customary international law if two criteria are satisfied. First, they must be contrary to a peremptory norm of international law so as to infringe a *jus cogens*. Secondly, they must be so serious and on such a scale that they can justly be regarded as an attack on the international legal order. Isolated offenses, even if committed by public officials, would not satisfy these criteria» (United Kingdom, House of Lords, *Pinochet extradition case*, Opinión of Lord Millett, 24 March 1999).

En lo tocante a España, cabe recordar cómo la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, afirmó en 1998, en el asunto *Pinochet*, que el Decreto-Ley de Chile, de Amnistía General, de 1978, no podía impedir el ejercicio de la jurisdicción universal por los tribunales españoles y que esa norma chilena podía ser considerada contraria al *jus cogens* internacional¹⁰⁸.

7. CONCLUSIONES

Un examen de la práctica posterior a la Convención de Viena de 1969 en busca del consenso exigido expresamente en el texto del art. 53, obliga a concluir que no se ha establecido nunca ninguna norma de este tipo, ni por vía consuetudinaria ni por vía convencional; ni tampoco se ha declarado nunca un determinado tratado nulo, ni se han utilizado las otras disposiciones relativas al régimen jurídico de la nulidad de los tratados en la Convención de Viena. De hecho, en relación con el Derecho de los tratados, tan sólo se cuenta con un tratado que haya vuelto a hacer mención de las normas de *jus cogens*, la Convención de Viena sobre Derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales y entre organizaciones internacionales entre sí de 1986.

A la postre, flotaría en el aire la sensación de que el intento de brindar seguridad y rigor a las normas de *jus cogens* en la Conferencia de Viena de 1968-1969 mediante su positivación ha provocado que el régimen jurídico de las normas imperativas en el marco del Derecho de los tratados se encuentre en la actualidad en una especie de vía muerta, pues no parece probable que a corto plazo la comunidad de Estados se ponga de acuerdo para la tarea de fijar alguna de aquellas normas.

Conviene añadir que, en su sentencia de 2006, en el asunto *Paunović*, el Panel de Apelación del Tribunal de Bosnia-Herzegovina dijo que: «*Crimes Against Humanity thus constitute an imperative principle of international law or rather jus cogens, and it is beyond dispute that in 1992 crimes against humanity were an integral part of international customary law*» (Court of Bosnia and Herzegovina, *Paunović case*, Judgment, 26 October 2006).

En el año 2007, la Corte Suprema de Perú determinó que: «*[T]he crime of enforced disappearance, just like every crime against humanity, before becoming a positive rule of criminal law already belonged to what is called "ius cogens", that is to say, it was part of common law. This is why for many scholars it was unnecessary for such crime to be incorporated into national legal frameworks. Since the crime of enforced disappearance was already part [...] of humankind, the ability to prosecute and punish such a crime is already an obligation binding every state, as has repeatedly been stated by the Inter-American Court of Human Rights in its jurisprudence*» (Supreme Court of Justice, National Criminal Chamber, *Chuschi case*, Case núm. 104-04, Judgment, 5 February 2007).

Por último, cabe citar una decisión de la Corte de Apelaciones de Santiago de Chile, que hizo notar recientemente que: «*[T]he prohibition of criminal action under domestic law with respect to crimes against humanity is null and void because the non-applicability of statutory limitations to crimes against humanity is an imperative norm of general international law, which has [...] been incorporated into constitutional law by way of an international treaties and [prior to this incorporation] was binding as a general principle of international human rights law*» (Court of Appeal of Santiago, Fifth Chamber, *María Barros Perelman case*, Case núm. 24.471-2005, Judgment, 5 September 2009).

¹⁰⁸ Una copia del Auto de 4 de noviembre de 1998 de la Audiencia Nacional se puede encontrar, junto a un comentario de la misma, en *REDI*, vol. LI, 1999, núm. 2, pp. 642-656. Sobre esta decisión véase, entre otros trabajos, MÁRQUEZ CARRASCO, M. C. y ALCAIDE FERNÁNDEZ, J., «In Re Pinochet *et al.*», *AJIL*, vol. 93, 1999, pp. 690-696.

A pesar de ello, se debe tener presente que, en alguna ocasión, los silencios son más elocuentes que las palabras y las ausencias más significativas que las presencias. En esta línea entendemos que la ausencia de positivación posterior a la Convención de Viena de 1969 no es completamente estéril en cuanto a su significado, pues el que se haya consolidado la noción de *jus cogens* en la realidad —como hemos visto a lo largo de este trabajo— sin que se haya nunca positivado ninguna norma imperativa demuestra que, en relación con la institución del *jus cogens*, el elemento espiritual o valorativo es más importante que el técnico jurídico o positivo. Es decir, que los Estados están de acuerdo en reconocer que existen determinadas normas que deben quedar por encima de la voluntad de ellos mismos por acoger los valores superiores de la comunidad internacional y que deben ser protegidas; aunque no se hayan todavía puesto de acuerdo en cómo determinar cuáles son esas normas y, mucho menos, haberlo efectuado¹⁰⁹.

Por otra parte, dejando de lado la ausencia de determinación por los Estados de las normas imperativas, si se observan otros parámetros de la práctica subsiguiente a la adopción de la Convención de Viena de 1969 se pueden llegar a otras conclusiones muy significativas.

Así, se constata, en primer lugar, que, al menos, la noción de *jus cogens* se ha ido consolidando. Ha sido empleada, definida y aplicada por numerosos órganos y organismos tanto de las Naciones Unidas como de organizaciones internacionales regionales. Destaca el amplio uso de esta categoría que han ido poco a poco haciendo las diferentes jurisdicciones internacionales, también en los últimos tiempos la Corte Internacional de Justicia. De tal manera que, como lo ha reconocido la propia CDI, «[e]l concepto de norma imperativa de Derecho internacional general se reconoce en la práctica internacional, en la jurisprudencia de las cortes y tribunales internacionales y nacionales y en la doctrina jurídica»¹¹⁰. Buena prueba de ello viene constituida por el hecho de que, ¡sorpréndanse!, el gran antagonista de la noción, el Estado francés, haya terminado por aceptarla¹¹¹.

¹⁰⁹ Como lo advierte Bruno Simma, «*It is also well-known that the articles embodied in the 1969 Convention limit themselves to a consensual concept that does not go to the heart of the matter because a substantive definition of ius cogens would have been too closely connected to natural law philosophy to be universally acceptable. However, the conception of ius cogens will remain incomplete as long as it is not based on a philosophy of values like natural law. In this regard, what Verdross's ideas offer is a natural link between the ius cogens rules now codified and one possible philosophical foundation*». Véase SIMMA, B., «The Contribution of Alfred Verdross to the Theory of International Law», *EJIL*, vol. 6, 1995, p. 53.

¹¹⁰ Véase el comentario al art. 40 del proyecto de artículos de la CDI sobre Responsabilidad Internacional de los Estados, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional - 53.º periodo de sesiones (23 de abril a 1 de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2001)*, Asamblea General, Documentos Oficiales, 56.º periodo de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/56/10), p. 305.

¹¹¹ Como lo ha manifestado recientemente el Profesor Pellet en relación con Francia, «*la gué-guerre*» qu'elle a trop longtemps livrée à la notion de normes impératives est terminée; et si, par exemple, vous lisez attentivement les interventions du Conseiller juridique du Quai d'Orsay à la Sixième Commission de l'Assemblée générale depuis quatre ou cinq ans, vous constaterez que l'expression *ius cogens* ne lui brûle plus la langue». Véase PELLET, A., «Conclusions», en TOMUSCHAT, C. y THOUVENIN, J. M. (eds.), *op. cit.*, nota 27, p. 419.

Por ello, a la postre, quizá se cuente ya con base suficiente para concluir que la noción de *jus cogens* contenida en la CVDT se ha transformado en una norma de Derecho internacional general¹¹².

Por otro lado, en segundo lugar, la práctica de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas apunta también a que los efectos jurídicos de la noción de *jus cogens* se han extendido fuera del ámbito estrictamente del Derecho de los tratados, impregnando todo el ámbito de las fuentes normativas en el Derecho internacional. Así, se debe entender que no sólo los tratados serán nulos por oponerse a una norma imperativa, sino que todo acto o norma que sea contrario a las normas de *jus cogens* también debería verse abocado a la nulidad.

La CDI allana también el camino en esa dirección al haber previsto, en sus *Principios rectores aplicables a las declaraciones unilaterales de los Estados capaces de crear obligaciones jurídicas*, que toda declaración unilateral que esté en oposición con una norma imperativa de Derecho internacional general será nula.

La influencia del *jus cogens* se deja también notar, en tercer lugar, en el ámbito de la subjetividad internacional, pues como la Convención de Viena sobre Derecho de los tratados de 1986 entre Estados y organizaciones internacionales y entre organizaciones internacionales entre sí lo demuestra, tampoco las organizaciones internacionales pueden adoptar tratados contrarios a las normas imperativas. Esta percepción ha quedado también reforzada por algún otro dato de la práctica internacional. Nos referimos, por ejemplo, a alguna decisión de los tribunales que integran la institución judicial de la Unión Europea, cuando señalaron que el propio Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas también debe atenerse a las normas imperativas en su actividad en el marco del capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. Paralelamente, y sin ánimo de ser exhaustivos, podemos referir el proyecto de artículos de la CDI sobre responsabilidad internacional de las organizaciones internacionales, que, como va dicho, contiene varias referencias a las normas de *jus cogens*, con lo que resulta evidente que éstas también deben ser respetadas por estos nuevos sujetos del Derecho internacional y su violación acarrearía consecuencias en el plano de la responsabilidad.

Junto a ello, en cuarto lugar, la práctica internacional testimonia que numerosas instancias internacionales, en particular las diversas jurisdicciones internacionales, incluida la Corte Internacional de Justicia, y numerosas jurisdicciones nacionales, además de utilizar la noción de normas imperativas o *jus cogens*, van afirmando de modo creciente que algunas normas ya han adquirido ese rango en el ordenamiento jurídico contemporáneo¹¹³. Es

¹¹² En esta línea, véase, por ejemplo, GUTIÉRREZ ESPADA, C., «Sobre las normas imperativas del Derecho internacional», en *Pacis artes: obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*, vol. I, Madrid, Eurolex, 2005, p. 273.

¹¹³ De la consolidación de la noción de *jus cogens* se pueden asimismo, legítimamente, extraer consecuencias acerca de la existencia de una jerarquía normativa en el ordenamiento jurídico interna-

el caso, sobre todo, de la prohibición de la tortura, pero también de la prohibición de genocidio, de la prohibición de la esclavitud, de otras normas esenciales del Derecho humanitario, etc. Como corolario, se deduce que la institución de las normas imperativas comienza también a impregnar el ámbito de la responsabilidad internacional, como también ha previsto la CDI en sus proyectos sobre responsabilidad internacional, tanto de los Estados como de las organizaciones internacionales.

No obstante, por el momento, la práctica internacional no permite afirmar una influencia decisiva de la existencia de las normas imperativas en otros ámbitos, como el de la competencia de los tribunales nacionales e internacionales. En efecto, la jurisprudencia de los tribunales nacionales e internacionales, y también de la Corte Internacional de Justicia, va en la línea de considerar que el hecho de que en el fondo de los asuntos se dirima la posible violación de normas de *jus cogens* no otorga competencia al tribunal de que se trate, en el sentido de excepcionar la regla de la necesidad de contar con el consentimiento de las partes en el asunto o de hacer perder su eficacia a las inmunidades jurisdiccionales reconocidas por el Derecho internacional a los Estados o a sus altos cargos¹¹⁴.

En definitiva, a la pregunta que nos hicimos en la introducción, basándonos en una afirmación del Profesor Brownlie, sobre si el *jus cogens* es un vehículo que ha salido poco del garaje, debemos acabar constatando que el *jus cogens* ha empezado a salir del garaje, y aunque no se haya movido todavía mucho, va extendiendo su radio de acción en su propio barrio (el Derecho de los tratados y el de las otras fuentes jurídicas) y comienza ya a dejarse ver en otros barrios del ordenamiento jurídico internacional, como el de la subjetividad internacional o el de la responsabilidad internacional.

RESUMEN

EL *JUS COGENS*, ¿SALIÓ DEL GARAJE?

Durante la preparación de la CVDT de 1969, la CDI advirtió, en relación con la definición del *jus cogens*, que habría que limitarse en ese momento a establecer en términos generales que un tratado sería nulo si entrara en conflicto con tales normas y dejar que la práctica estatal y la jurisprudencia de los tribunales internacionales determinara el contenido completo de esa regla. Transcurridos más de cuarenta años desde la adopción de la Convención, la práctica nos brinda ya perspectiva suficiente para poder realizar ese ejercicio con garantías. Comprobamos como la noción *jus cogens* se ha consolidado definitiva-

cional, de que la voluntad de los Estados no es la regla absoluta a la hora de la producción normativa y de que hay determinados principios que actúan como límites a la actuación de los sujetos en el ordenamiento jurídico internacional. Todo ello delinea en el horizonte una cierta madurez de la sociedad internacional que ha sabido proclamar unos valores y procurado defenderlos a través de una serie de mecanismos jurídicos; por muy imperfectos que éstos fueren.

¹¹⁴ Sobre un comentario a la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el asunto *inmunidades del Estado*, desde el punto de vista de la relación *jus cogens/inmunidades*, véase CEBADA ROMERO, A., «El Derecho internacional global: una retórica útil para una transformación necesaria», *REDI*, vol. LXV, 2013, núm. 1, pp. 34-38.

mente. Además, aunque la comunidad internacional no haya señalado todavía algunas de esas normas, las instancias internacionales lo van haciendo de forma creciente. Asimismo, los efectos jurídicos de esta institución se hacen notar fuera del ámbito estrictamente del Derecho de los tratados, impregnando todo el terreno de las fuentes normativas, y poco a poco también los de la subjetividad y la responsabilidad internacionales.

Palabras clave: *Jus cogens*, fuentes del Derecho internacional, responsabilidad internacional, subjetividad internacional, competencia de los tribunales internacionales y nacionales.

ABSTRACT

JUS COGENS: DID IT LEAVE THE GARAGE?

During the preparation of the VCLT, the ILC considered that «the right course [was] to provide in general terms that a treaty is void if it conflicts with a rule of *jus cogens* and to leave the full content of this rule to be worked out in State practice and in the jurisprudence of international tribunals». Now, more than forty years since the adoption of the Convention, practical experience has provided us with sufficient perspective to be able to apply the concept of *jus cogens* reliably and effectively. Indeed, the concept has become definitively consolidated. Besides, even though the international community has not yet recognized some of its rules, international institutions are increasingly doing so. Likewise, the legal effects of *jus cogens* are becoming established outside the strict framework of the law of treaties, impregnating the whole area of the sources of law and, gradually, the areas of both international subjectivity and international responsibility as well.

Keywords: *Jus cogens*, sources of International Law, international responsibility, international subjectivity, competence of international and municipal tribunals.

RÉSUMÉ

LE *JUS COGENS*, EST-IL SORTI DU GARAGE?

Lors des travaux préparatoires de la CVDT de 1969, la CDI a jugé, en ce qui concerne la définition du *jus cogens*, que la bonne solution consistait à stipuler en termes généraux qu'un traité est nul s'il est incompatible avec une règle de *jus cogens* et d'attendre que la pratique des États et la jurisprudence des tribunaux internationaux mettent au point la pleine teneur de cette règle. Plus de quarante ans étant passés depuis l'adoption de la Convention, la pratique nous permet maintenant d'y procéder en ayant un recul suffisant. Tout d'abord, on a constaté que la notion du *jus cogens* s'est définitivement consolidée. Par ailleurs, bien que la communauté internationale n'ait encore signalé que quelques-unes de ces normes, les instances internationales le font de plus en plus. Il est possible également de repérer des effets juridiques du *jus cogens* en dehors du Droit des traités, comme par exemple dans tout l'éventail des sources du Droit international ainsi que, petit à petit, dans le cadre de la subjectivité internationale ou celui de la responsabilité internationale.

Mots-clés: *Jus cogens*, sources du Droit international, responsabilité internationale, subjectivité internationale, compétence des tribunaux internationaux et des tribunaux nationaux.



EL FACTOR TIEMPO EN EL PROCESO DE PLANIFICACIÓN, CREACIÓN Y DESPLIEGUE DE LAS MISIONES DE PAZ DE LA UNIÓN EUROPEA

Maria JULIÀ BARCELÓ

Profesora doctora de Derecho Internacional Público y de la Unión Europea
Universitat Oberta de Catalunya

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. PROCESO DE PLANIFICACIÓN Y CREACIÓN.—2.1. Diagnóstico y planificación.—2.1.1. Monitorización, análisis de la situación internacional y alerta temprana.—2.1.2. Formulación del concepto de gestión de crisis.—2.1.3. Aprobación del concepto de gestión de crisis y desarrollo de las opciones estratégicas.—2.2. Establecimiento de la misión.—2.2.1. Procedimiento de unanimidad con abstención constructiva.—2.2.2. Decisión formal de aprobación de la misión.—2.3. El *factor tiempo* en la planificación y establecimiento de las misiones.—2.3.1. Problemas de financiación y más.—2.3.2. Creación del mecanismo ATHENA.—3. DESPLIEGUE.—3.1. Concreción de la misión y lanzamiento.—3.1.1. El concepto de las operaciones.—3.1.2. Elaboración y adopción de los acuerdos sobre el estatuto del personal/fuerza.—3.1.3. Elaboración y adopción del plan de operaciones.—3.1.4. Creación del Comité de contribuyentes y acuerdos de participación.—3.1.5. Nombramiento del jefe de misión.—3.1.6. Decisión de lanzamiento de la misión.—3.2. El *factor tiempo* en el lanzamiento y despliegue de las misiones.—3.2.1. La planificación como condicionante del despliegue.—3.2.2. Obstáculos internos y externos.—4. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

La declaración de operatividad plena de la Política Europea de Seguridad y Defensa (PESD), adoptada por el Consejo Europeo de Salónica de junio de 2003¹, supuso el punto de inflexión para el desarrollo «masivo» de las misio-

¹ Consejo Europeo de Salónica, 19 y 20 de junio de 2003, Conclusiones de la Presidencia. *Boletín UE* 6-2003, pp. 16-40.

nes de paz de la Unión Europea (UE). Para ello, la UE puso en práctica un conjunto de mecanismos institucionales previstos en los tratados o creados posteriormente por el Consejo, como el Comité Político y de Seguridad (COPS)², el Estado Mayor de la UE (EMUE)³, el Comité Militar de la UE (CMUE)⁴ y el Comité para los aspectos civiles de la gestión de crisis (CIVCOM)⁵.

Al mismo tiempo, los Estados participantes tuvieron que poner a prueba sus capacidades civiles y militares en el desarrollo de estas operaciones. La prueba de fuego para la comprobación del funcionamiento de estos mecanismos se llevó a cabo durante el primer semestre de 2003, con la creación de la misión de policía en Bosnia-Herzegovina (MPUE)⁶; y de las misiones militares: CONCORDIA en la antigua república yugoslava de Macedonia (ARYM)⁷, ARTEMIS en la RD Congo⁸ y, un poco después, ya en el 2004, EUFOR ALTHEA en Bosnia-Herzegovina⁹.

Desde el inicio de estas primeras misiones hasta las más recientes en el Chad/RCA¹⁰, Kosovo¹¹, Guinea-Bissau¹², Somalia¹³, Sudán del Sur¹⁴, Níger¹⁵, el Cuerno de África¹⁶, Mali¹⁷ y Libia¹⁸, los mecanismos institucionales y el proceso decisorio se han ido agilizando, al ritmo de las reformas de los tratados de la UE, así como al de la experiencia práctica que ha supuesto para la UE el desarrollo y ejecución de estas misiones a través de un procedimiento *no reglado* de creación y seguimiento posterior.

Este procedimiento está íntimamente vinculado al *factor tiempo*, puesto que el éxito de las misiones depende, en gran medida, de la rapidez con la que

² Decisión 2001/78/PESC del Consejo, de 22 de enero (DO L 27/1, de 30 de enero de 2001).

³ Decisión 2001/80/PESC del Consejo, de 22 de enero (DO L 27/7, de 30 de enero de 2001).

⁴ Decisión 2001/79/PESC del Consejo, de 22 de enero (DO L 27/4, de 30 de enero de 2001).

⁵ Decisión 2000/354/PESC del Consejo, de 22 de mayo (DO L 127/1, de 27 de mayo de 2000).

⁶ Acción común 2002/210/PESC del Consejo, de 11 de marzo (DO L 70/1, de 13 de marzo de 2002).

⁷ Acción común 2003/92/PESC del Consejo, de 27 de enero (DO L 34/26, de 11 de febrero de 2003).

⁸ Acción común 2003/423/PESC del Consejo, de 5 de junio (DO L 143/50, de 11 de junio de 2003).

⁹ Acción común 2004/570/PESC del Consejo, de 12 de julio (DO L 252/10, de 28 de julio de 2004).

¹⁰ EUFOR Chad/RCA (2008): Acción común 2007/677/PESC del Consejo, de 15 de octubre (DO L 279/21, de 23 de octubre de 2007).

¹¹ EULEX Kosovo (2008): Acción común 2008/124/PESC del Consejo, de 4 de febrero (DO L 42/92, de 16 de febrero de 2008).

¹² EUSSR Guinea-Bissau (2008): Acción común 2008/112/PESC del Consejo, de 12 de febrero (DO L 40/11, de 14 de febrero de 2008).

¹³ ATALANTA (2008): Acción común 2008/851/PESC del Consejo, de 10 de noviembre (DO L 301/33, de 12 de noviembre de 2008); y EUTM Somalia (2010): Decisión 2010/96/PESC del Consejo, de 15 de febrero (DO L 44/16, de 19 de febrero de 2010).

¹⁴ EUAVSEC Sudán del sur (2012): Decisión 2012/312/PESC del Consejo, de 18 de junio (DO L 158/17, de 19 de junio de 2012).

¹⁵ EUCAP SAHEL Níger (2012): Decisión 2012/392/PESC del Consejo, de 16 de julio (DO L 187/48, de 17 de julio de 2012).

¹⁶ EUCAP NÉSTOR (2012): Decisión 2012/398/PESC del Consejo, de 16 de julio (DO L 187/40, de 17 de julio de 2012).

¹⁷ EUTM Mali (2013): Decisión 2013/34/PESC del Consejo, de 17 de enero (DO L 14/19, de 18 de enero de 2013).

¹⁸ EUBAM Libia (2013): Decisión 2013/233/PESC del Consejo, de 22 de mayo (DO L 138/15, de 24 de mayo de 2013).

la UE reacciona ante el desencadenamiento de una crisis internacional, sobre todo en aquellos casos en que éstas se presentan con carácter de urgencia. Asimismo, el *factor tiempo* ha puesto de manifiesto la existencia de diversos factores —internos y externos—, que dificultan a menudo la planificación y el despliegue de estas misiones en el tiempo debido, tal y como veremos en las secciones siguientes. Pero antes es preciso analizar el proceso que ha seguido la UE para la planificación, creación y despliegue de sus misiones. Procedimiento dotado de una gran flexibilidad¹⁹, hecho que también puede influir en una respuesta más o menos rápida ante la crisis detectada.

Así pues, el presente trabajo tiene por objeto analizar los mecanismos de creación, planificación y ejecución de las misiones de paz europeas y ponerlos en relación con el *factor tiempo* para determinar la efectividad y celeridad de respuesta de la UE ante situaciones de crisis que exigen una respuesta en el tiempo más breve posible. Para ello, se ha seguido una sistemática basada en el análisis de la práctica de las misiones de paz de la UE, así como de sus decisiones de creación y ejecución hasta el 2013; de las disposiciones de los tratados sobre el procedimiento de creación de las misiones de paz en el marco de la política común de seguridad y defensa (PCSD); y también del documento interno del Consejo (2003) con las *sugerencias de actuación* para la planificación, creación y ejecución de las misiones.

2. PROCESO DE PLANIFICACIÓN Y CREACIÓN

El proceso de creación de una *misión de paz* de la Unión, y por ende sus fases posteriores de desarrollo y finalización, no cabe dentro de lo que hoy se denomina actividad legislativa ordinaria de la Unión²⁰. Sigue siendo, como antaño, un procedimiento específico de adopción de decisiones revestido de gran complejidad política y jurídica, algo que lo vuelve poco ágil e incierto, con frecuencia, en sus resultados finales. Su sofisticada configuración actual está condicionada por cuatro factores político-jurídicos:

a) El hecho ineludible de que la Política Exterior de Seguridad Común (PESC), política en la que se encuadran de modo genérico estas operaciones, está condicionada por su *carácter eminentemente intergubernamental* y, con ello, por la adopción de decisiones principalmente por unanimidad, asociadas por los Estados miembros al ejercicio de poderes *duros* muy vinculados a la soberanía e interés nacional.

¹⁹ El proceso de toma de decisiones estará influenciado por el entorno de la crisis, a menudo caótico. Como resultado, algunos pasos pueden ser añadidos o suprimidos, si la situación y la premura lo requieren. Igualmente, distintas versiones del mismo documento pueden ser enviadas y reenviadas entre el SEAE y los Estados miembros, que igualmente retienen en todo momento el control político. Véase con más detalle MATTELAER, A., «Decision making in the field of CSDP», en REHRL, J. y BERNHARD WEISSERT, H. (eds.), *Handbook on CSDP*, en http://consilium.europa.eu/media/1823176/handbook_csdp-2nd-edition_web.pdf (fecha de consulta: 11 de junio de 2013).

²⁰ Sobre el procedimiento en general, véase GONZÁLEZ SÁNCHEZ, E., «El proceso de toma de decisiones en el ámbito de la política exterior y de seguridad común», *RDCE*, 2000, núm. 8, pp. 383-415, en http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/4/RDC_008_007.pdf (fecha de consulta: 18 de abril de 2009).

b) Las *experiencias previas* extraídas de simulaciones y de la práctica en la creación y ejecución de las misiones de paz europeas.

c) La *organización institucional extremadamente compleja* de la UE. La concurrencia de distintas instituciones y órganos, con legitimidades políticas diferentes [Consejo, Comisión, COPS, CMUE, Alto Representante (AR), etc.] vuelve orgánicamente confusa la articulación de estas misiones. Es obvio que en múltiples ocasiones hay solapamiento en el ejercicio de funciones de órganos de distinta naturaleza, como entre el COREPER y el COPS²¹; además de la clásica tensión política, por ejemplo, entre el Consejo y la Comisión²².

d) La *dificultad, en sí misma, de pergeñar operaciones multifuncionales*, en contextos complejos, y con multitud de actores —dentro y fuera de la misión—, que limitan las capacidades de la Unión en la gestión rápida de las crisis. El simple hecho de que se haya distinguido, desde antiguo, entre misiones civiles del primer pilar, operaciones PESC sin carácter militar y operaciones PESD militares²³, aumentaba la dificultad para la determinación de las bases jurídicas idóneas para el establecimiento de cada operación. Aunque desde las primeras operaciones realizadas en los Balcanes, la UE intentara paliar estas dificultades con la creación de una célula civil y militar que asumiera un papel destacado en la planificación y coordinación de todos los planos de acción de las misiones en Aceh y Darfur, no parece que se haya logrado aprovechar esta capacidad en el planeamiento estratégico de la reacción ante otras crisis²⁴.

En líneas generales, éste es el proceso básico de establecimiento de las misiones de paz de la UE:

a) La *decisión* de llevar a cabo una misión de paz civil o militar (o híbrida), la toma el Consejo en su formación de ministros de asuntos exteriores (CAE) con la aprobación de una *decisión* (antes del Tratado de Lisboa, una *acción común*).

b) Antes de ese momento, son múltiples los actos preparatorios y los órganos implicados en su gestación, *fase previa* que diagnostica técnicamente sobre la situación y prefigura el plan de acción concreto.

c) Con posterioridad a su adopción, también se han acabado perfilando modos y órganos para la *evaluación y seguimiento de la misión*, con el fin de determinar su eficacia y adaptarla a un escenario siempre cambiante.

²¹ Véase SALMON, T. C. y SHEPHERD, A. J. K., «ESDP's Institutions», en *Towards a European Army. A military power in the making?*, Londres, Lynne Rienner Publishers, 2003, p. 93.

²² Véase KORSKI, D. y GOWAN, R., «Bureaucracy and in-fighting: the Brussels problem», en *Can the EU rebuild failing states? A Review of Europe's Civilian Capacities*, European Council of Foreign Relations, Londres, European Council on Foreign Relations, 2009, pp. 54-55, en http://es.scribd.com/cosmin_pacurarul/48052295-Can-the-EU (fecha de consulta: 11 de abril de 2013).

²³ Comunicación de la Comisión al Consejo y al PE, «Financiación de operaciones de gestión civil de crisis», COM(2001) 647 final, de 28 de noviembre (no publicada en el *Diario Oficial*), pp. 4-5, en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2001:0647:FIN:ES:PDF> (fecha de consulta: 6 de abril de 2009).

²⁴ GARCÍA PÉREZ, R., «Las misiones PESD como instrumento de la política exterior de la UE», en QUEROL LÓPEZ, F. J. (dir.), *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz 2009*, Bilbao, Universidad del País Vasco, 2010, pp. 8, 39, 58 y 60.

En julio de 2003, el Consejo adoptó la última versión de un documento interno titulado *Suggestions for procedures for coherent, comprehensive EU crisis management*²⁵. En él se racionalizan de modo general las fases previas y posteriores a la aprobación de la creación de una misión de paz regional. Este documento hace visible un modelo estándar para la articulación de cualquier misión europea de gestión de crisis internacional, abierto a revisión en función de las circunstancias²⁶. El protocolo de actuación establece diversos escenarios de gestión de crisis, incluyendo aquéllos de mayor complejidad²⁷. Parte de la necesidad reconocida por el propio COPS de dar flexibilidad a los procedimientos internos a seguir antes del establecimiento de una misión de la actual PCSD y después de su gestación, lo que puede llevar a la omisión de algunos procesos²⁸. La guía se basa en las disposiciones vigentes de los tratados (antes de la reforma del Tratado de Lisboa) y, al mismo tiempo, refleja los acuerdos establecidos entre la UE y la OTAN (acuerdos *Berlín Plus*) para la gestión de crisis conjuntas o de modo autónomo por parte de la UE, aunque utilizando las capacidades de la OTAN. También muestra otros aspectos políticos introducidos por el plan de acción política adaptado por el Consejo Europeo de Gotemburgo²⁹.

Así, a la luz del TUE, la práctica de la Unión y la guía elaborada por el COPS, el procedimiento de establecimiento y modulación de las misiones de paz europeas conlleva siempre tres etapas: una *fase previa*, de análisis, diagnóstico y preparación del plan de acción para la futura misión; una *fase intermedia*, propiamente de creación o establecimiento de la misión; y una *fase final* de seguimiento, evaluación, revisión continua y cierre, en su caso, de la misma. En el momento de redactar estas líneas este procedimiento está siendo objeto de revisión con el fin de:

a) Integrar el sistema de la PCSD en el extenso Servicio Europeo de Acción Exterior (SEAE);

²⁵ Doc. 11127/03, Council of the European Union, *Suggestions for procedures for coherent, comprehensive EU crisis management*, Bruselas, 3 de julio de 2003.

²⁶ KHOL, R., «Crisis Management Procedures», en NOWAK, A. (ed.), *Civilian crisis management: the EU way*, París, Chaillot Papers, 2006, núm. 90, p. 129, en <http://www.iss.europa.eu/uploads/media/cp090.pdf> (fecha de consulta: 10 de abril de 2010).

²⁷ Doc. 11127/03, *op. cit.*, nota 25, p. iii.

²⁸ *Ibid.*, p. iii. El COPS menciona entre estos procesos que pueden ser omitidos por la UE, aquéllos relativos a las recomendaciones sobre la identificación y/o nombramiento de un cuartel general de la operación y de un comandante de la operación, puesto que estas recomendaciones pueden realizarse en cualquier momento del proceso y cuando sea considerado necesario. Además, muchos de estos procedimientos, como el desarrollo del concepto de gestión de crisis, son de naturaleza repetitiva.

²⁹ Este programa se basaba en el desarrollo de las capacidades, estructuras y procedimientos de la UE, con el fin de mejorar su aptitud para asumir toda la gama de tareas de prevención de conflictos y de gestión de crisis utilizando medios civiles y militares. Los principales puntos de este plan hacen referencia al mando y control de las operaciones, la formación y los criterios de selección de personal y la interoperabilidad. Todos estos puntos deben servir para completar las operaciones internacionales de policía que tienen lugar en el marco de la ONU o la OSCE y evitar de este modo duplicaciones innecesarias. Véase Consejo Europeo de Gotemburgo, 15 y 16 de junio de 2001, Conclusiones de la Presidencia (28/43), *Boletín UE* 6-2001.

- b) Acelerar el proceso de planificación, reduciendo el número de decisiones políticas requeridas para lanzar una nueva misión, al mismo tiempo que asegurar la debida supervisión y control político de los Estados miembros;
- c) Armonizar los procesos civiles y militares;
- d) Estandarizar la documentación de planificación a través del uso de nuevos patrones; y finalmente,
- e) Acercar los niveles operacional y estratégico introduciendo un ejercicio de percepción de fuerza; así como,
- f) Involucrar antes al equipo de planificación operacional en todo el proceso³⁰.

En el plano normativo, hasta diciembre de 2009, la creación, modificación y cierre de las misiones de la UE se habían venido articulando a través de dos tipos de actos, las denominadas *acciones* comunes y las *decisiones* comunes³¹. Ahora ambas se etiquetan de modo genérico como *decisiones* (art. 25 del TUE).

2.1. Diagnóstico y planificación³²

Las actividades de la Unión en la fase *previa* al establecimiento de una misión de paz europea son muy variadas. En lo esencial, podemos distinguir dos actividades sucesivas:

- a) El funcionamiento de *mecanismos propios de monitorización y análisis de la situación* internacional y alerta temprana.
- b) En el caso de irrupción de una crisis internacional, la *formulación del concepto de gestión de crisis* y la *gestación de la propuesta de estrategia* concreta para su adopción por el Consejo.

En esta fase concurre principalmente el ejercicio de funciones por parte del Centro de Análisis de Inteligencia de la UE (EU INTCEN), el antiguo SITCEN³³; el COPS; el AR y, en su caso, el Representante especial de la UE (REUE). Este último, en el caso de las misiones militares, ha ejercido un papel importante en la región de los Grandes Lagos, en la ARYM y en Bosnia, desarrollando una notable función de diálogo con las autoridades nacionales

³⁰ El 1 de diciembre de 2011, el CAE invitó a la AR a proponer una revisión de los procedimientos de gestión de crisis. El documento de 2003 ha perdido parte de su relevancia atendiendo a los cambios en la arquitectura institucional después de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa y a la evolución en la dirección de la PCSD. En respuesta, la AR constituyó un grupo de trabajo liderado por Yves de Kermabon, ex comandante y primer jefe de misión de EULEX Kosovo, cuyas propuestas se esperaban para el 2013. Véase MATTELAER, A., «Reviewing the EU's Crisis management Procedures», *Institute for European Studies*, 2012, núm. 4, en http://www.ies.be/files/2012-04_AM_final.pdf (fecha de consulta: 5 de junio de 2013).

³¹ Antiguos arts. 14 y 23 del TUE.

³² Véase el Doc. 11127/03, «Routine phase», *op. cit.*, nota 25, pp. 5-6.

³³ El Centro de Satélites de la UE continúa sus actividades, desde su transferencia al SEAE en enero de 2011, con el nombre de EU INTCEN (Centro de Análisis de Inteligencia de la UE). Véase BERNHARD WEISSERTH, H., «The crisis management structures», en *op. cit.*, nota 19, p. 44.

y locales, e informando en todo momento al AR sobre la evolución de la situación³⁴. También la Comisión, el Centro de Satélites —junto con los servicios de inteligencia de los Estados miembros—, el EMUE, el CMUE y los grupos de trabajo del Consejo, siguen la evolución de las diferentes crisis que surgen en el contexto internacional.

2.1.1. *Monitorización, análisis de la situación internacional y alerta temprana*

En el marco de la prevención y gestión de crisis, la *alerta temprana* favorece la actuación rápida de la Unión y la articulación de mecanismos de *prevención de conflictos* antes del agravamiento de la situación identificada como potencialmente peligrosa para la paz internacional. Así, la UE ha cristalizado mecanismos propios de prevención de conflictos en el marco de la PESC³⁵.

El EU INTCEN es una de las piezas clave en ese proceso de obtención y análisis de la información pertinente, ahora integrado en el SEAE³⁶. Su principal función es el seguimiento de la situación internacional y la elaboración de análisis conjuntos de la situación exterior para el apoyo de cualquier decisión que pueda querer tomar la UE. Estos análisis sirven en un primer momento para facilitar la *alerta temprana* sobre la emergencia de cualquier crisis, aunque luego continúe como mecanismo de información permanente en apoyo de operaciones de la Unión que ya están en marcha. El EU INTCEN lidera estas valoraciones que están a disposición del COPS, del AR y del Consejo, y produce análisis estratégicos de las amenazas con base en la inteligencia ofrecida por los servicios de inteligencia de los países miembros y también según la información ofrecida por la EUROPOL.

Si fracasa la prevención de un conflicto y se produce el estallido de una crisis, la *recogida de información* previa es uno de los elementos determinantes para el correcto proceder posterior de la Unión. El COPS se ocupa del conjunto de funciones definidas en el art. 38 del TUE, siendo el encargado de seguir la situación internacional en los ámbitos correspondientes a la PESC. A través de este seguimiento contribuye a definir esta política por medio de:

³⁴ ACOSTA SÁNCHEZ, M. A., *La Política Europea de Seguridad y Defensa y la Gestión de Crisis Internacionales: Las operaciones Petersberg*, Madrid, Dykinson, 2008, p. 177.

³⁵ Esta prevención, engloba diferentes pilares: a) abordando el nexo entre seguridad y desarrollo en los países frágiles; b) mejorando el enlace de alerta temprana con la actuación temprana; c) fortaleciendo la creación de las capacidades de los Estados miembros; d) aumentando la cooperación con los socios internacionales, incluidos los agentes no estatales, y e) mediante el recurso, por parte de la Comisión, al instrumento de estabilidad para apoyar los objetivos de la PESC. Véase Consejo de la Unión Europea, «Informe anual del Consejo al Parlamento Europeo sobre los principales aspectos y las opciones fundamentales de la PESC», 2007, p. 80, en http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/ES_PESC.pdf (fecha de consulta: 18 de marzo de 2008).

³⁶ Véase Decisión 2010/427/UE del Consejo, de 26 de julio, por la que se establece la organización y el funcionamiento del SEAE (DO L 201/30, de 3 de agosto de 2010).

«[...] la emisión de *dictámenes dirigidos al Consejo*, bien a instancia de éste, del Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad o por propia iniciativa».

Una vez detectada la crisis, el COPS se encarga de preparar la propuesta de respuesta que debe dar la UE ante su aparición. Así, propondrá los objetivos políticos a seguir por parte de la Unión ante la crisis, y examinará las posiciones disponibles para contribuir a la solución de la misma. Aunque no tiene un poder formal de toma de decisiones, el COPS es determinante, pues recomienda al Consejo la línea de acción a seguir³⁷. En este sentido:

a) Examina las opciones posibles de respuesta de la UE, en el marco institucional único, sin perjuicio de los procedimientos de decisión y de aplicación propias de cada marco jurídico en el que se regulan las relaciones exteriores de la UE (el TUE o el TFUE, antes separados por pilares).

b) Propone al Consejo los objetivos políticos que deberá perseguir la Unión y recomienda un conjunto coherente de acciones que ayuden a resolver la crisis. En este sentido, el COPS podrá emitir un dictamen recomendando al Consejo la adopción de una decisión.

c) Vigila también la aplicación de las medidas acordadas y evalúa sus efectos, todo ello sin perjuicio de las competencias de la Comisión, que deberá informar al COPS de las medidas que tome o piense tomar. Igualmente, los Estados miembros también deberán comunicarle las medidas que hayan tomado o piensen tomar en el plano nacional.

d) Finalmente, también desempeña un papel esencial en la intensificación de las consultas, sobre todo con la OTAN y con los terceros Estados afectados.

Así pues, en esta fase previa de monitorización de la situación internacional los Estados miembros y la Comisión se intercambian información dentro del COPS, así como dentro de los grupos de trabajo del Consejo. También el CMUE se constituye en el foro para las consultas militares y la cooperación entre los Estados miembros en el marco de la prevención y la gestión de crisis. Es este Comité el que calcula los riesgos de potenciales crisis y proporciona consejos militares y dirige recomendaciones al COPS, a petición previa o por propia iniciativa. Igualmente, el CIVCOM proporciona información, formula recomendaciones y da consejos sobre los aspectos civiles de la gestión de crisis al COPS y a otros grupos del Consejo. Del mismo modo, el CIVCOM puede proporcionar consejo y recomendaciones, en caso necesario, sobre los aspectos civiles relacionados con potenciales crisis.

Paralelamente, en caso de ser necesario por la naturaleza de la crisis, la UE inicia consultas y coopera con la OTAN. Antes de la creación del SEAE

³⁷ MISSIROLI, A., «Cómo funciona la PESD», en GNESOTTO, N. (ed.), *Política de Seguridad y Defensa de la Unión europea. Los cinco primeros años (1999-2004)*, París, EU ISS, 2004, p. 68. Tal y como explica este autor; la toma de decisiones políticas o estratégicas depende en realidad del Consejo de Asuntos Generales y Relaciones Exteriores, mientras que para los aspectos administrativos y financieros de la PESD/PCSD el órgano principal sigue siendo el COREPER.

—que ha absorbido estas funciones—, a través de la antigua Presidencia, el AR y la Secretaría del Consejo, incluido el EMUE, actuando bajo la dirección del CMUE, se mantenían los contactos regulares con la OTAN. La UE también procede a consultar con los Estados europeos no miembros de la OTAN y otros terceros Estados. Los contactos y la cooperación, en caso necesario, son mantenidos también con la ONU y otras organizaciones regionales, así como con ONG.

Asimismo, en esta fase inicial se inicia la coordinación con el fin de avanzar en la planificación de la futura misión. Coordinación que es conducida por el EMUE para los aspectos militares, la Unidad de policía para los aspectos policiales y la Secretaría del Consejo y la Comisión para otros aspectos civiles. Los Estados miembros proporcionan el Mecanismo de coordinación para los aspectos civiles e interactúan con los servicios de la Comisión, con la información sobre las capacidades disponibles de los Estados miembros para la gestión civil de crisis, incluido su estado de preparación o despliegue y las contribuciones bilaterales.

Así pues, en esta fase inicial o de rutina, tanto la antigua Presidencia, como el SG/AR, los Estados miembros y la Comisión llevaban a cabo actividades de información³⁸, hoy en día canalizadas a través del SEAE.

2.1.2. *Formulación del concepto de gestión de crisis*

En ese momento inicial continúa y se intensifica la recogida e intercambio de información de los servicios de inteligencia, procedente de los Estados miembros y de la Comisión, pero no sólo a nivel interno, sino también de otras organizaciones internacionales, como la OTAN, la ONU o la OSCE. La Comisión informa al COPS de las medidas emprendidas o bajo preparación, y de la posibilidad de utilizar otros instrumentos; del mismo modo, los Estados miembros también le informan sobre las medidas adoptadas con base en las normas nacionales. En caso necesario, el COPS identifica las áreas específicas o temas sobre los que se requiere información adicional. En este sentido, el COPS debería tener acceso a toda la información necesaria procedente tanto de otras organizaciones internacionales, como de todas las propuestas e iniciativas relacionadas con la crisis. Asimismo, el EU INTCEN recopila toda la información disponible, la procesa e informa sobre la situación al AR y a los órganos competentes para la gestión de crisis, en particular al COPS y al CMUE.

El COPS procede a poner en discusión la situación de crisis detectada a la luz de todos los «inputs» recibidos, con el fin de desarrollar un concepto político común de la crisis y proporcionar una mayor guía política. Así, puede también requerir información a los jefes de misión diplomáticos. Y de acuerdo con los cálculos políticos preliminares, puede requerir información específica del EU INTCEN, de la Comisión y de los Estados miembros, así

³⁸ Doc. 11127/03, «Routine phase», *op. cit.*, nota 25, pp. 5-6.

como de otros órganos competentes para que le proporcionen información adicional. Además, en este momento el AR puede aportar su dirección operativa al EU INTCEN, con el fin de monitorizar de cerca la crisis identificada. Igualmente, el COPS puede acordar que se lleve a cabo una misión conjunta de exploración o recogida de datos, por parte de la Secretaría General del Consejo y de la Comisión en la región y, al mismo tiempo, empezar a considerar la posibilidad de nombrar a un REUE³⁹.

Así, la realización de las primeras misiones de la UE en los Balcanes contó con un grupo de planeamiento. En el caso concreto de la misión EUPOL PRÓXIMA en Macedonia (2003), se creó el grupo de planeamiento a cargo del jefe de la misión, que ejercía al mismo tiempo de jefe del grupo de planeamiento, con el objeto de evaluar los riesgos que comportaría la realización de la misión. En este caso, el grupo de planeamiento colaboró estrechamente con la OSCE, ya presente en la zona⁴⁰.

La misión EUPOL Afganistán (2007) nos proporciona más datos sobre este tipo de actuación, en el marco de una situación de gran inestabilidad e inseguridad. Solicitada la ayuda por parte de las autoridades afganas, la UE, antes de crear la misión de policía, envió en julio de 2006 una misión de carácter exploratorio, con la participación de los Estados miembros, para evaluar la situación. En octubre de ese mismo año, la misión presentó un informe al COPS, con el análisis efectuado, además de recomendaciones sobre cómo reforzar la contribución de la UE en este sector y lograr un impacto estratégico. El informe recomendaba específicamente que la UE considerara contribuir al apoyo del sector de la policía mediante una misión de policía y que enviase una misión de investigación para estudiar la viabilidad de la misma⁴¹.

Es en este momento, antes de la puesta en marcha de la misión, cuando las instituciones de la UE y los Estados miembros inician la planificación, a partir de la información que emana de los órganos que han monitorizado y seguido la situación de crisis, en la que se intenta evaluar los riesgos a los que puede enfrentarse la futura misión.

Esta fase exploratoria es seguida de la definición del *concepto de gestión de crisis*. Es decir, de la determinación de los objetivos político-militares, estratégicos y políticos de la misión, la estrategia de inicio y fin, las restricciones y limitaciones, los riesgos, las consideraciones sobre su duración, las tareas y la cadena de mando. Este concepto ofrece las bases para crear la decisión (antigua acción común) que proveerá el marco legal para la creación de la misión⁴². Para su elaboración, la actividad de inteligencia del EU INTCEN,

³⁹ Doc. 11127/03, «Phase 2 Crisis build-up/Elaboration of the draft CMC», *op. cit.*, nota 25, pp. 7-8.

⁴⁰ Véase el art. 2 de la Acción común 2003/681/PESC del Consejo, de 29 de septiembre (DO L 249/66, de 1 de octubre de 2003).

⁴¹ Véase el antecedente (4) de la Acción común 2007/369/PESC del Consejo, de 30 de mayo (DO L 139/33, de 31 de mayo de 2007).

⁴² SIMÓN, L., «Command and control? Planning for EU military operations», *EU ISS*, Occasional paper, 2010, núm. 81, p. 12, en http://www.iss.europa.eu/uploads/media/Planning_for_EU_military_operations.pdf (fecha de consulta: 13 de abril de 2011).

junto con los intercambios de puntos de vista entre la Comisión, el AR y el COPS, es esencial. Al COPS le corresponde su articulación.

Si en esta fase el COPS considera apropiada una acción de la UE puede iniciar el desarrollo del proyecto concreto del *concepto de gestión de crisis*. La elaboración de este proyecto la lleva a cabo «el equipo de coordinación de respuesta a una crisis». Este tipo de equipos son los instrumentos *ad hoc* para llevar a cabo la coordinación entre los distintos servicios de la Unión y tienen una composición flexible, puesto que están formados por representantes de: a) la Comisión, b) el gabinete del AR, c) el EMUE, d) la Unidad de policía, e) la Unidad política, f) el Servicio jurídico del Consejo, y g) el EU INTCE⁴³.

El AR instruye a los servicios más relevantes para participar en el equipo. De modo general, sin embargo, el análisis de las opciones militares y de policía es llevado a cabo por el EMUE y la Unidad de policía, respectivamente. Con respecto a otros instrumentos civiles, la planificación se lleva a cabo a través de las informaciones proporcionadas por los Estados miembros al «Mecanismo de coordinación de los aspectos civiles de una gestión de crisis». En esta fase el EMUE puede buscar el cuartel general apropiado para planificar y dirigir la futura operación militar. También puede consultar con los Estados miembros y recomendar un determinado cuartel general al COPS.

Ahora bien, debemos tener presente que en noviembre de 2008 una iniciativa franco-británica posibilitaría la creación de la Dirección de Gestión de Crisis y Planificación Estratégica (DGCP), que desde 2009 ha asumido la responsabilidad de la planificación a escala política y estratégica, tanto de las misiones militares como de las no militares de la UE⁴⁴. A pesar de que todavía es poco clara su organización, esta Dirección reúne en un solo departamento todas las capacidades estratégicas de planificación de la UE, hasta ahora dispersas en la estructura del Consejo (Dirección General 8, Dirección General 9, célula civil-militar, etc.)⁴⁵. Así pues, es esta Dirección la que debe ofrecer actualmente una planificación exhaustiva de las misiones de la PCSD al nivel estratégico, y es la responsable de elaborar el *concepto de gestión de crisis*⁴⁶. Así ha sucedido en las recientes misiones EUAVSEC Sudán del sur (2012) para la que desarrolló el concepto para garantizar la seguridad en el aeropuerto de Juba⁴⁷; EUCAP NÉSTOR-Cuerno de África (2012) para

⁴³ Doc. 11127/03, «Council Secretariat/Commission outline paper on the CRCT», en el anexo 2 del anexo, *op. cit.*, nota 25, pp. 31-34.

⁴⁴ Fuente: Grupo PPE en el Parlamento Europeo, «La Europa de la defensa. Pequeña guía de la PCSD 2010», julio de 2010, en http://stream.eppgroup.eu/Activities/docs/year2010/defence_europe-es.pdf (fecha de consulta: 17 de mayo de 2011).

⁴⁵ SIMÓN, L., *op. cit.*, nota 42, p. 25.

⁴⁶ SIMÓN, L., «La Presidencia española y la PESD: es hora de tomarse en serio la capacidad de la Unión para la planificación y la dirección de las operaciones militares», Real Instituto Elcano, *ARI*, 2010, núm. 55, p. 7, en http://www.realinstitutoelcano.org/wps/wcm/connect/1194d68041db0058bfabbf7ab4baf5a3/ARI552010_Simon_Presidencia_espanola_PESD.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=1194d68041db0058bfabbf7ab4baf5a3 (fecha de consulta: 12 de mayo de 2011). Véase también BERNHARD WEISERTH, H., *op. cit.*, nota 33, p. 42.

⁴⁷ Antecedente (4) de la Decisión 2012/312/PESC, *op. cit.*, nota 14.

la que creó el concepto para desarrollar las capacidades marítimas regionales⁴⁸; EUCAP SAHEL Níger (2012) para la que desarrolló el concepto de una eventual misión civil de la PCSD en el Sahel⁴⁹; EUTM Mali (2013) para la que desarrolló el concepto relativo a una eventual misión de formación militar en Mali⁵⁰; y EUBAM Libia (2013) para el que desarrolló un concepto de gestión de crisis para una eventual misión civil de la PCSD en Libia⁵¹.

2.1.3. *Aprobación del concepto de gestión de crisis y desarrollo de las opciones estratégicas*⁵²

El *concepto de gestión de crisis* contiene un análisis de los hechos, situaciones, intereses y objetivos involucrados. A través de este concepto se establece la evaluación de las distintas opciones de respuesta de la UE⁵³. El proyecto de documento con este *concepto* es presentado por el AR al COPS, quien recibirá la opinión del EMUE y del CIVCOM sobre los aspectos civiles y militares, respectivamente, fijados en este documento. En este proceso, el COPS incluirá su opinión al final del proyecto de documento y lo transmitirá al Consejo, iniciándose de este modo la tercera fase de este proceso.

Esta fase se inicia con la aprobación por parte del Consejo, sobre la base de la recomendación del COPS, del *concepto de gestión de crisis*. Este concepto es aprobado antes de la adopción de la *decisión* de creación de la misión. Sirva de ejemplo de concepto de gestión de crisis el elaborado para la misión EUPOL Afganistán (2007). En diciembre de 2006, la UE envió a Afganistán una misión de investigación, con base en cuyas conclusiones, de 12 de febrero de 2007, el antiguo Consejo de Asuntos Generales y Relaciones Exteriores (CAGRE) aprobó el *concepto de gestión de crisis* (CMC) para la misión, en el siguiente sentido:

«La misión se esforzará por establecer una fuerza de policía afgana en régimen de responsabilización local, que respete los derechos humanos y opere en el marco del Estado de Derecho. La misión deberá basarse en los esfuerzos ya en curso y adoptar un planteamiento global y estratégico en consonancia con el CMC. Para ello la misión deberá abordar cuestiones tales como la reforma de la policía a nivel central, regional y provincial, según corresponda»⁵⁴.

Asimismo, el *concepto de gestión de crisis* distingue entre elementos civiles y militares. Con relación a los *elementos civiles*, la elaboración de los elementos del proyecto que se presenta al Consejo para establecer las opciones

⁴⁸ Antecedente (3) de la Decisión 2012/389/PESC, *op. cit.*, nota 16.

⁴⁹ Antecedente (2) de la Decisión 2012/392/PESC, *op. cit.*, nota 15.

⁵⁰ Antecedente (6) de la Decisión 2013/34/PESC, *op. cit.*, nota 17.

⁵¹ Antecedente (3) de la Decisión 2013/233/PESC, *op. cit.*, nota 18.

⁵² Véase el Doc. 11127/03, «Approval of the crisis management concept and the development of strategic options», *op. cit.*, nota 25, pp. 12-15.

⁵³ *Ibid.* Véase un modelo de Concepto de gestión de crisis en el anexo 3 del anexo, pp. 36-39.

⁵⁴ Véase el Doc. 6039/07, Asuntos Generales y Relaciones Exteriores, Sesión núm. 2780, Bruselas, 12 de febrero de 2007.

estratégicas de policía y las opciones estratégicas civiles recae principalmente en la Unidad de policía y el mecanismo de coordinación para los aspectos civiles de la gestión de crisis. Estos órganos pueden recibir asistencia por parte del CIVCOM y de la Comisión (así como de expertos nacionales). A través del mecanismo de coordinación, los Estados miembros indican también su intención de contribuir o no a la posible operación. Para las operaciones de policía, la Unidad de policía incluye recomendaciones en relación con el jefe de policía de la misión y el cuartel general de operaciones. Del mismo modo que para el CMC, el borrador de las opciones militares estratégicas y de las opciones estratégicas de policía y las opciones estratégicas civiles será adoptado por el COPS después de recibir el consejo del CMUE (en relación con las opciones militares estratégicas) y del CIVCOM (en relación con las opciones estratégicas de policía y las opciones estratégicas civiles). El COPS someterá al Consejo su aprobación final.

Respecto a los *elementos militares*, el COPS requerirá al CMUE para que emita una directiva de opciones militares estratégicas al EMUE, quien se encargará de desarrollar y priorizar las opciones militares estratégicas. El EMUE también puede recibir asistencia del cuartel general designado para la operación. Por otro lado, los Estados miembros y los terceros Estados interesados también aportan al EMUE indicaciones preliminares sobre su intención de contribuir o no a la posible operación⁵⁵.

La misión militar EUTM Somalia (2010) contiene la información suficiente para seguir el orden cronológico en la actuación del Consejo, encaminada a la aprobación del *concepto de gestión de crisis* y al desarrollo de las opciones estratégicas de esta fase. Así, el 17 de noviembre de 2009, el Consejo aprobó un *concepto de gestión de crisis*, en relación con una posible misión europea de seguridad y defensa con el fin de contribuir a la formación de las fuerzas de seguridad del gobierno federal de transición de Somalia. Al mismo tiempo, pidió nuevos trabajos de planificación, lo que motivó que el COPS creara un órgano de planificación⁵⁶. Con posterioridad, el 8 de

⁵⁵ El Consejo Europeo de Niza aprobó un documento que regula los dispositivos permanentes de consulta y participación de terceros países en la gestión de crisis. En este documento se establecían dos supuestos: *a)* Las consultas fuera del periodo de crisis: se realizan con carácter periódico. En este sentido, cada país tercero puede designar a un representante para garantizar el seguimiento de la PCSD y ser interlocutor del COPS. Además, y con el fin de facilitar la asociación de terceros Estados a las actividades militares de la UE, éstos podrán designar a un oficial acreditado ante el Estado mayor que servirá de punto de contacto. Y *b)* Las consultas en periodo de crisis: durante este periodo de estudio de una hipotética operación militar de gestión de crisis, las consultas tendrán el objetivo de asegurar que los países terceros puedan contribuir a la operación y estén informados de las intenciones de la UE, en especial de las opciones militares proyectadas. Tras la decisión formal del Consejo sobre las opciones militares y el concepto de operación, se invitará formalmente a los países terceros a participar. Cuando para la operación se recurra a los medios y capacidades de la OTAN, los miembros de la OTAN no miembros de la UE podrán decidir su participación sin necesidad de ser invitados. Véase Consejo Europeo de Niza, 7, 8 y 9 de diciembre de 2000, Conclusiones de la Presidencia, anexo VI, Dispositivos relativos a los Estados europeos miembros de la OTAN no pertenecientes a la UE y otros países que son candidatos a la adhesión a la UE, *Boletín UE* 12-2000, pp. 1-36.

⁵⁶ Antecedente (4) de la Decisión 2010/96/PESC, *op. cit.*, nota 13.

diciembre de 2009, el Consejo seleccionó una opción militar estratégica para la posible misión militar. Esta opción supone, o bien llevar a cabo una operación militar de carácter autónomo, sin utilizar las capacidades y medios de la OTAN, o bien una operación militar realizada con los recursos de la OTAN puestos a disposición de la Unión. En este caso, la opción escogida fue de carácter autónomo.

En este momento anterior a la aprobación de la decisión, el Consejo también puede adoptar otro tipo de medidas, como, por ejemplo, nombrar a un REUE si la operación lo requiere, o anotar la disponibilidad de un cuartel general operacional para una posible operación militar. Además, el COPS puede identificar posibles comandantes para la operación. También establecerá el borrador de las opciones estratégicas a seguir; ya sean militares o de policía, incluida la propuesta de la cadena de mando⁵⁷.

2.2. Establecimiento de la misión

La creación de una operación en el marco de la PCSD se inicia cuando el CAE decide, por unanimidad, llevar a cabo una misión de estas características a partir de una *decisión* que contiene una acción en común. Ya hemos visto cómo, de modo previo a esta decisión, el COPS, asistido por el CIVCOM y/o el CMUE, elabora sus recomendaciones técnicas, considera las propuestas de operaciones civiles o militares y desarrolla estrategias para el despliegue de la operación. El COPS, así, ostenta un claro poder de orientación estratégica de la propuesta de operación, ahora asistido por el AR desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, puesto que es este último, bajo la autoridad del Consejo y en contacto permanente y estrecho con el COPS, quien se hará cargo de la coordinación de los aspectos civiles y militares de las misiones de paz (art. 43.2 del TUE).

El procedimiento de adopción de los actos en el marco de la PESC, previsto en el nuevo art. 31 del TUE, sigue siendo el mismo aunque con una participación mayor del AR, en tanto que preside las reuniones del Consejo de Asuntos Exteriores (art. 18.3 del TUE). Las actuales misiones de paz europeas se siguen aprobando por unanimidad, sobre la que se proyecta el mecanismo de flexibilidad de la abstención constructiva como modo para liberar a un Estado miembro de participar en la misión, sin que por ello impida su creación.

2.2.1. Procedimiento de unanimidad con abstención constructiva

La base jurídica específica para la aprobación de una decisión de creación de una misión de paz de la UE se recoge en el art. 42 del TUE. Fundamentando su actuación sobre la base de este artículo:

⁵⁷ Doc. 11127/03, «Phase 4 Formal decision to take action, development of planning documents», *op. cit.*, nota 25, p. 17.

«4. El Consejo adoptará por unanimidad, a propuesta del Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad o a iniciativa de un Estado miembro, las decisiones relativas a la política común de seguridad y defensa, incluidas las relativas al inicio de una misión contemplada en el presente artículo. El Alto Representante podrá proponer que se recurra a medios nacionales y a los instrumentos de la Unión, en su caso conjuntamente con la Comisión».

Tal y como recoge el apartado 1 del art. 31 del TUE, la regla general para aprobar una decisión de creación de una misión de paz es la unanimidad:

«El Consejo Europeo y el Consejo adoptarán por unanimidad las decisiones de que trata el presente capítulo, salvo en los casos en que el presente capítulo disponga otra cosa. Se excluye la adopción de actos legislativos».

En el mismo apartado se especifica que, en aquellos casos en los que un Estado miembro se abstenga en la votación, podrá acompañar la misma de una declaración formal por la que acepta que su posición no bloquee la adopción de la decisión propuesta. Se trata de un mecanismo que tiene cierta analogía con la práctica del Consejo de Seguridad de la ONU desde los años sesenta, por la que se alteró la regla del art. 27.3 de la Carta. En este caso, se detallan con claridad las consecuencias jurídicas de la abstención constructiva:

a) Para la UE la abstención constructiva no impide la adopción de la *decisión* de llevar a cabo una acción por parte del Consejo y que ésta sea vinculante para la Unión y los Estados que se manifiesten a favor.

b) En la esfera del Estado que se abstiene, se le excluye de tener la obligación de dar aplicación a la decisión, aunque pende sobre él una obligación accesoria. Tal y como especifica el párr. 2 de la misma disposición:

«[...] en aras de la solidaridad mutua, este Estado se abstendrá de llevar a cabo aquellas acciones que pudieran impedir o poner trabas a la acción de la UE».

La finalidad de este mecanismo radica en facilitar la flexibilidad en la entrada en vigor de parte del Derecho de la UE entre los Estados de la Unión, al permitir «una aplicación no uniforme» de las obligaciones generadas en el ámbito de la PESC⁵⁸. El procedimiento de abstención constructiva tiene una limitación. Si se abstienen un tercio de los Estados miembros, que reúnan como mínimo un tercio de la población de la Unión, la decisión no podrá ser adoptada⁵⁹.

Luis Norberto González Alonso ha señalado que el mecanismo de la abstención constructiva tiene el riesgo de favorecer la creación de alguna situación «esperpéntica»⁶⁰. Permite a un Estado fácilmente desvincularse de

⁵⁸ URREA CORRES, M., «La toma de decisiones en el ámbito de la PESC: la abstención constructiva como alternativa a la unanimidad», *REDUR*, 2002, núm. 0, p. 154. En el mismo sentido, MARTÍN MARTÍNEZ, M.^a M., «La acción exterior de la Unión Europea», en ALCAIDE FERNÁNDEZ, J. y CASADO RAIGÓN, R. (coords.) *Curso de Derecho de la Unión Europea*, 1.^a ed., Madrid, Tecnos, 2011, p. 407.

⁵⁹ URREA CORRES, M., *op. cit.*, nota 58, p. 155.

⁶⁰ GONZÁLEZ ALONSO, L. N., «La política europea de seguridad y defensa después de Niza», *RDCE*, 2001, núm. 9, pp. 227-228.

una decisión del Consejo, sin que ello impida que se impute en su conjunto a la Unión y, al hacerlo así, no tiene que soportar ninguna carga financiera derivada de la operación. Pero quizá los problemas mayores no sean éstos, sino la disociación de las opciones de acción exterior de la UE, con respecto a la posición en la misma materia de algunos Estados, que no queda suficientemente paliada por la obligación accesoria de no obstrucción. Una de las aplicaciones singulares más sorprendentes de este procedimiento nos ayuda a ver el orden de este problema. Se trata del caso *EULEX Kosovo* (2008).

La aprobación de esta misión estuvo condicionada por las divisiones que provocó en el seno de la Unión la Declaración Unilateral de Independencia de Kosovo. Su creación se facilitó con la abstención de Chipre, Grecia, Eslovaquia, España y Rumania, países que se han opuesto persistentemente al reconocimiento de la independencia de Kosovo⁶¹. La abstención constructiva permitió crear esta misión sobre la que varios miembros no querían asumir ninguna responsabilidad, generando un desapego evidente hacia la actuación política de la Unión, más allá de que estos Estados miembros se abstengan además de contribuir con personal a la misión. Por qué no quiso asumir España el coste de un voto negativo, en lugar de facilitar la creación de la misión con su abstención, es una pregunta que encuentra su respuesta en las complejidades de la diplomacia europea, y la pérdida de relevancia de España en la política internacional. La UE entró en conflicto también con la ONU, en la medida en que desde allí no se había alterado el mandato de la misión UNMIK. Rusia y Serbia bloquearon el traspaso de poderes de la UNMIK a EULEX Kosovo y a las autoridades locales, lo que hizo imposible que esta misión fuera completamente desplegada el 15 de junio de 2008, tal y como se había planeado inicialmente⁶².

Obviamente, en este proceso intergubernamental de decisión y posterior seguimiento de una misión de paz, el Parlamento Europeo tiene un papel menos relevante, al contenerse el conjunto de la acción en el marco de la PESC. El art. 36 del TUE le continúa otorgando un papel únicamente consultivo.

2.2.2. *Decisión formal de aprobación de la misión*

Fundamentado en el art. 42 del TUE, el Consejo procede primero a la adopción formal de una *decisión*, por la que autoriza la creación de la misión de paz en el marco de la PCSD, y solicita a los Estados miembros que colaboren en ella. El art. 28 del TUE (antiguo art. 14), ha sido la base jurídica habilitadora para la creación de una decisión que regula el establecimiento de una misión de carácter militar o civil. El contenido de la decisión es vinculante para los Estados miembros, tanto en las posiciones que adopten

⁶¹ EDITORIAL COMMENTS, «And the meantime... Kosovo...», *CMLR*, 2009, núm. 46, p. 378.

⁶² BLOCKMANS, S. y WESSEL, R. A., «The European Union and crisis management: Will the Lisbon Treaty make the EU more effective?», *Journal of Conflict & Security Law*, vol. 14, 2009, núm. 2, pp. 277-278.

en el futuro como en el desarrollo de su acción. El carácter vinculante de la decisión de la acción va unido a la obligación de los Estados miembros de informar al Consejo sobre los planes o las acciones nacionales que se considera necesario emprender para su aplicación⁶³. No se trata todavía, por tanto, de la constitución como tal de la misión que requiere de otras decisiones de ejecución posteriores. Esta decisión aprueba la configuración jurídica básica o primaria de una misión de la UE, antes de su despliegue sobre el teatro de operaciones.

Las decisiones por las que se establece una acción que va a realizar la Unión eran definidas por el antiguo TUE como aquellos actos de la PESC que se dirigen a situaciones específicas en las que se considere necesaria una acción operativa de la Unión, fijándose los objetivos, el alcance, los medios que deba facilitar a la Unión, las condiciones de su ejecución y, en caso necesario, su duración⁶⁴. De este modo, la decisión de acción de la Unión designa la acción operativa de la misión con el fin de lograr los objetivos fijados por el Consejo, y que toman como punto de referencia las orientaciones generales fijadas por el Consejo Europeo.

Esta decisión de creación de una misión de paz de la UE tiene variantes significativas en función del tipo de misión, militar, civil o mixta. La aprobación de la creación de la misión abre, por consiguiente, un nuevo proceso, el de la constitución en sentido propio de la misión, que incluye, en su caso, la creación del Comité de contribuyentes cuando existe una participación exterior.

2.3. El factor tiempo en la planificación y establecimiento de las misiones

Las primeras misiones iniciadas por la UE en el 2003, la MPUE en Bosnia y CONCORDIA en la ARYM, pusieron de manifiesto una serie de problemas presentes en la fase de planificación de estas misiones, con especial relevancia de los financieros, que, inevitablemente, repercutieron en una mayor lentitud en esta fase de concepción y en su posterior despliegue.

2.3.1. Problemas de financiación y más

Estos problemas vinculados en general a la financiación pueden resumirse como siguen:

1. Por un lado, el recurso a distintos mecanismos de financiación comprometió una realización eficiente de estas misiones. Puesto que cada mecanismo de financiación estaba previsto para una misión concreta, no se logró

⁶³ Art. 28.3 del TUE.

⁶⁴ Antiguo art. 14.1 del TUE.

planear una economía de escala ni el aprovechamiento de las sinergias en la gestión y la eficacia. De este modo, se duplicaba la gestión, se dificultaba la dotación de personal y el establecimiento del régimen de responsabilidades. Era necesario, pues, establecer una estructura administrativa capaz de minimizar riesgos y costes.

2. Otro factor problemático fue el de las previsiones de los costes. Las previsiones financieras establecidas en las acciones comunes tendían a subestimar el coste real de la operación. Estas previsiones se basaron en la experiencia de la ONU y no tomaban como referencia las consecuencias del mandato, el tamaño y la organización totalmente distintas. De modo que el Consejo de la Unión instó a aumentar las primeras peticiones de contribuciones en un 30 por 100 del importe de referencia.

3. Finalmente, la coordinación con los Estados terceros a través de los mecanismos financieros creados implicaba demasiado tarde a estos Estados en el proceso de toma de decisiones. Ello complicaba la obtención a tiempo de la cobertura financiera necesaria de los costes de la misión⁶⁵. La consecuencia derivada de esta falta de coordinación era la de que el Estado encargado de dirigir la operación acababa asumiendo la mayor parte de los costes de la operación. Esto le sucedió a Francia durante la operación CONCORDIA (2003), al tener que aportar 600.000 euros adicionales para cubrir los costes de los preparativos⁶⁶. El tiempo que resultó necesario para poner en marcha una operación militar relativamente pequeña, puso de manifiesto la necesidad de iniciar con mayor antelación los preparativos de cualquier operación militar que la UE pueda acometer en el futuro y el establecimiento de un mecanismo duradero y estable de financiación⁶⁷.

Asimismo, la primera misión en Bosnia y Herzegovina, la MPUE (2003), exigió nueve meses de planificación desde la adopción de la decisión de principio hasta el inicio efectivo de la misión. Previamente a su despliegue, en la fase de planeamiento durante el 2002, fueron llevadas a cabo tres breves misiones de recogida de datos en Sarajevo. Las recomendaciones de estas misiones constituyeron las bases para establecer el mandato, la estructura y el presupuesto de la misión, que no empezaría sobre el terreno hasta el 1 de enero de 2003⁶⁸. Además, la misión se encontró con otros problemas en su fase de inicio, a pesar de haberse beneficiado de este largo periodo de planeamiento. Como ejemplo, cabe citar la falta del apoyo necesario por parte de las direcciones de la Secretaría General del Consejo, o la falta de

⁶⁵ LINDSTROM, G., «Operaciones PESH en la práctica», en GNESOTTO, N. (ed.), *Política de Seguridad y Defensa de la Unión Europea...*, op. cit., nota 37, pp. 136-137.

⁶⁶ Doc. 11154/1/03, «Operaciones militares-aspectos financieros. Enseñanzas de la primera operación militar de la UE (Concordia)», Bruselas, 15 de septiembre de 2003, p. 8. Incluso la OTAN tuvo que proporcionar equipo esencial que la UE no pudo proporcionar en la fase de preparación por la falta de fondos, así como avanzar determinados pagos a cargo de la operación.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 3.

⁶⁸ Doc. 11206/03, «Lessons from the planning of the EU Police Mission in Bosnia and Herzegovina (EUPM)», 14 de julio de 2003, pp. 3-4, donde se recogen las aportaciones de estos órganos con relación a la MPUE (2003). En <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/03/st11/st11206.en03.pdf> (fecha de consulta: 22 de abril de 2011).

diligencia de los Estados miembros para facilitar la ejecución del mandato de la misión⁶⁹.

La preparación del despliegue de la siguiente misión en Macedonia, CONCORDIA (2003) —por la que la UE asumía la sustitución de las fuerzas de la OTAN—, también se encontró con obstáculos en su fase de planificación, además de los financieros, puesto que esta nueva misión militar requería el establecimiento de un acuerdo previo y definitivo de colaboración entre la OTAN y la UE, que se retrasó en el tiempo. A pesar de que la UE había manifestado su voluntad de sustituir a la OTAN en junio de 2002, la determinación de los medios y capacidades, incluidas las opciones de mando a las que la UE podía recurrir para la realización de operaciones de gestión de crisis en las que no estuviera implicada la OTAN, constituyeron un obstáculo para alcanzar un acuerdo, ante el bloqueo sistemático de Turquía del proceso negociador. Una vez superado este obstáculo, y alcanzado un acuerdo global en diciembre de 2002 con la OTAN (a través de la firma de los acuerdos *Berlín Plus*), la UE pudo adoptar a principios de 2003 las decisiones relativas para tomar el relevo de la OTAN en la ARYM, lanzando finalmente la misión el 18 de marzo de 2003⁷⁰.

2.3.2. Creación del mecanismo ATHENA

La detección de los problemas financieros comentados comportó la creación, en marzo de 2004, del mecanismo financiero ATHENA, que gestiona los costes comunes de las misiones militares de la UE con el fin de poner término a estas dificultades iniciales de financiación⁷¹. El objeto de este mecanismo es aumentar la flexibilidad y celeridad en la administración de los costes comunes, con independencia de la complejidad o urgencia de la misión. Así, se ha establecido un comité especial —formado por un representante de cada uno de los Estados miembros participantes, excepto Dinamarca— que es el encargado de aprobar todos los presupuestos de financiación de los costes comunes. Sus decisiones son vinculantes y deben tomarse por unanimidad⁷². Aunque el nuevo art. 41.3 del TUE prevé la sustitución de este mecanismo por un fondo inicial —integrado por las aportaciones de los países con mayor RNB—, que debería hacer frente a los gastos iniciales de cualquiera de los tipos de operaciones recogidos en el art. 43 del TUE, éste todavía no se ha creado. La última misión militar desplegada hasta el mo-

⁶⁹ MERLINGEN, M., «The EU Police Mission in Bosnia and Herzegovina (EUPM)», en GNESOTTO, N., (ed.), *Política de Seguridad y Defensa de la Unión Europea...*, op. cit., nota 37, p. 167.

⁷⁰ GROSS, E., «EU military operation in the former Yugoslav Republic of Macedonia (Concordia)», en *ibid.*, nota 37, pp. 175-176.

⁷¹ Véase la última modificación en la Decisión 2011/871/PESC del Consejo, de 19 de diciembre (DO L 343/35, de 23 de diciembre de 2011).

⁷² Véase LINDSTROM, G., op. cit., nota 65, pp. 134-140, en las que realiza un análisis detallado de los tres tipos de dificultades, financieras, operativas y de planteamiento que han puesto en evidencia la realización de las misiones tanto civiles como militares de la UE.

mento, EUTM Mali (2013), financia sus costes comunes de acuerdo con el mecanismo ATHENA⁷³.

Estas dificultades iniciales de financiación, unidas a la urgencia de la situación y el personal y medios requeridos, así como el contexto político de la situación, no han sido obstáculo para que, de modo general, la UE haya demostrado su capacidad para responder en un modo y tiempo adecuados a las diversas crisis planteadas.

Así, la preparación de la MAFUE en Rafah (2005) necesitó aproximadamente unas tres semanas de preparación y su fase operativa empezó el 25 de noviembre de 2005, pocos días después de que los Estados miembros decidieran su lanzamiento⁷⁴. Mientras que el lanzamiento de las misiones EUPOL RD Congo (2006) y ALTHEA en Bosnia (2004), se llevó a cabo en dos y ocho meses, respectivamente⁷⁵. Otras misiones no plantearon problemas en la planificación previa, como es el caso de EUPOL Kinshasa (2005) y su prolongación EUPOL RD Congo (2007). La primera contó con el despliegue de parte de su personal en febrero de 2005 y sería lanzada oficialmente el 12 de abril de 2005. Posteriormente, EUPOL RD Congo (2007) daría continuidad a la primera sin que mediara ningún lapso de tiempo entre ambas⁷⁶. Igualmente, la misión EUMM Georgia (2008), de considerables dimensiones y desarrollada en una zona en conflicto, fue desplegada en menos de un mes, lo que representó un logro importante para la Unión, al demostrar su capacidad para reaccionar rápidamente ante una situación de grave crisis, a pesar de que posteriormente el proceso de ejecución se encontraría con un número diverso de problemas logísticos, técnicos y políticos⁷⁷.

Para la realización de la primera operación militar de la Unión, ARTEMIS en la RD Congo (2003), de tres meses de duración, tanto el AR como el COPS adoptaron en un espacio breve de tiempo, entre una y dos semanas, el conjunto de decisiones que requerían la puesta a punto de una misión de estas características, marcada por el hecho de que era la primera fuera del continente europeo; la de mayor envergadura hasta ese momento; la más compleja en cuanto a sus funciones; y además, fue realizada de modo autónomo, sin recurrir a las capacidades y medios de la OTAN. Esta operación consiguió, pues, sus objetivos, entre los que cabe señalar un rápido despliegue en una zona remota, además de la capacidad de proteger a la población civil con un

⁷³ Art. 10.1 de la Decisión 2013/34/PESC, *op. cit.*, nota 17.

⁷⁴ BULUT, E., «The EU Border Assistance Mission at the Rafah Border Crossing Point (EUBM Rafah)», en GREVI, G., HELLY, D. y KEOHANE, D. (eds.), *European Security and Defence policy. The first 10 years (1999-2009)*, París, EU ISS, 2009, p. 302.

⁷⁵ RUYS, T., «Background Paper on EU Crisis Management Operations», Institute for International Law, *Working paper*, 2007, núm. 108, p. 27. En <http://www.law.kuleuven.be/iir/nl/wp/WP/WP108e.pdf> (fecha de consulta: 22 de marzo de 2009).

⁷⁶ VIRCOULON, Th., «The EU police mission in Kinshasa-DRC (EUPOL Kinshasa) and the EU Police mission in RD Congo (EUPOL RD Congo)», en GREVI, G., HELLY, D. y KEOHANE, D. (eds.), *European Security and Defence Policy...*, *op. cit.*, nota 74, pp. 223 y 225.

⁷⁷ FISCHER, S., «The European Union Monitoring Mission in Georgia (EUMM)», en *ibid.*, nota 74, pp. 386-390.

mínimo de bajas y la coordinación con otras organizaciones internacionales presentes en la zona⁷⁸.

Así, vemos que el *factor tiempo* en la fase de planificación de la misión viene condicionado por múltiples variables: financieras, políticas, técnicas, institucionales, etcétera.

3. DESPLIEGUE

3.1. Concreción de la misión y lanzamiento

La misión autorizada debe ser definida con claridad antes de su constitución y lanzamiento. En esta fase se deben elaborar, tal y como se prevé en la decisión de creación de la misión, el *concepto de las operaciones* (CONOPS), el Acuerdo sobre el estatuto de las fuerzas (SOFA) o el Acuerdo sobre el estatuto de la misión (SOMA), así como el *plan de misión* (OPLAN). Posteriormente, y en caso de que participen terceros Estados, el COPS deberá crear también un Comité de contribuyentes (CDC), con el fin de integrar a estos Estados en la gestión diaria de la misión, y deberán asimismo celebrarse los distintos acuerdos de participación de estos Estados.

3.1.1. *El concepto de las operaciones*

Siguiendo la previa recomendación del COPS, el comandante de la operación y la Unidad de policía desarrollarán el *concepto de las operaciones* (CONOPS) para las misiones militares y civiles. Para las operaciones militares, el COPS requiere al CMUE para que desarrolle este concepto, mientras que para las operaciones civiles el COPS, siguiendo el requerimiento del AR, requiere a la Unidad de policía para que lo elabore.

En el caso de que sea necesario el uso de otros instrumentos civiles, se seguirá un procedimiento de planificación similar al que hemos visto, con la adopción de documentos de planificación específicos.

Una vez recibida la recomendación del CMUE y del CIVCOM, el COPS envía el CONOPS militar y/o de policía, al mismo tiempo que los documentos de planificación para otros instrumentos civiles, al Consejo para su aprobación. Una vez aprobado, el COPS inicia el proceso de generación de la fuerza que es liderado por el comandante de la operación en coordinación con el EMUE para las capacidades militares⁷⁹ y por el jefe de policía (con el apoyo de la Unidad de policía) para las capacidades de policía. La generación del resto de aspectos civiles se realiza a través del Mecanismo de coordinación⁸⁰.

⁷⁸ HELLY, D., «The EU military operation in DR Congo (Artemis)», en *ibid.*, nota 74, pp. 183-184.

⁷⁹ Para las operaciones militares este proceso puede implicar también la organización de conferencias de generación de fuerzas o reuniones del COPS con el Consejo de la OTAN.

⁸⁰ Doc. 11127/03, «Phase 4 Formal decision to take action, development of planning documents», *op. cit.*, nota 25, pp. 17-20.

Siguiendo con la misión EUPOL Afganistán (2007), el CAE de abril de 2007 aprobó el Concepto de operaciones (CONOPS) para la misión y al mes siguiente el Consejo aprobaba la Acción común 2007/369/PESC por la que se establecía la base jurídica de la misión⁸¹. De este modo, el CONOPS es aprobado por el Consejo, por norma general, antes de la creación de la misión, como nos muestran los ejemplos de esta misión y también las misiones en los Balcanes occidentales⁸². Al mismo tiempo, el Consejo también invitará a la Comisión para que presente propuestas adecuadas o adopte medidas (en el ámbito de sus competencias) con la finalidad de cumplir los objetivos políticos seleccionados en este concepto. Además, invitará a los Estados miembros para que orienten su acción de acuerdo con el concepto aprobado.

3.1.2. *Elaboración y adopción de los acuerdos sobre el estatuto del personal/fuerza*

Cuando lo considerase adecuado, la Secretaría del Consejo era la encargada de preparar el borrador del Acuerdo sobre el estatuto de las fuerzas/personal (SOFA) de la misión, que era pasado al Consejo por el COPS sobre la base de los consejos sobre las cuestiones militares aportados por el CMUE. Estos consejos eran aportados por el CMUE después de la consulta previa con el comandante de la operación. En el caso de las misiones no militares, se seguía el mismo proceso. En este caso, el COPS aportaba las recomendaciones del CIVCOM sobre los aspectos civiles, y éste previamente había consultado al jefe de policía o de misión. A partir de aquí, se iniciaba el proceso de celebración del acuerdo internacional, en aplicación del art. 37 del TUE (antiguo art. 24).

3.1.3. *Elaboración y adopción del plan de operaciones*

El borrador o proyecto del *plan de operaciones* (OPLAN) —que puede incluir las normas de intervención, en caso necesario—, es preparado por el Grupo de planeamiento dirigido por el comandante de la operación para las operaciones militares, y por el jefe de policía, asistido en caso necesario por la unidad de policía, para las operaciones de policía. En el caso de otros instrumentos civiles, se sigue también un procedimiento similar. Así, para la misión EUPOL Kinshasa (2005), la Acción común 2004/847/PESC establecía, en relación con la fase de planeamiento de la operación, que:

«[...] el Grupo de Planeamiento elaborará el plan de operación (OPLAN) y desarrollará todos los instrumentos técnicos necesarios para ejecutar la EUPOL KISNHASA»⁸³.

⁸¹ Véase la Acción común 2007/369/PESC, *op. cit.*, nota 41.

⁸² Véase, como ejemplo, el art. 2.4 de la Acción común 2003/681/PESC, *op. cit.*, nota 40, para la misión EUPOL PRÓXIMA (2003).

⁸³ Art. 2.3 de la Acción común 2004/847/PESC del Consejo, de 9 de diciembre (DO L 367/30, de 14 de diciembre de 2004).

Con posterioridad, el COPS valora el proyecto, siguiendo la opinión del CMUE y del CIVCOM del OPLAN y lo transmite al Consejo. Éste se encargará finalmente de aprobar el OPLAN (o documentos equivalentes), incluidas las normas de intervención. La aprobación por parte del Consejo entendemos que no requiere la unanimidad, puesto que se trata de una decisión interna de desarrollo de la decisión principal de creación de la misión.

En todo caso, las decisiones de creación de las misiones estudiadas se limitan a establecer que: «El Consejo aprobará el CONOPS y el OPLAN». Por otro lado, cuando la misión ya esté en ejecución, el COPS estará autorizado por el Consejo a modificar el OPLAN y también el CONOPS⁸⁴.

3.1.4. *Creación del Comité de contribuyentes y acuerdos de participación*

La decisión de creación de la misión también puede establecer la autorización del Consejo al COPS para que prepare el establecimiento de un Comité de contribuyentes (CDC), que será establecido por una decisión suya. En este sentido, el COPS examinará, de acuerdo con las necesidades específicas de la operación, si debe establecerse un CDC conjunto para la operación militar y para otros elementos (de policía o de otro tipo civil). También podría establecerse un CDC para operaciones civiles, a menos que el COPS decida lo contrario. Sin embargo, esta previsión sólo está contenida en aquellas acciones que permiten la participación de terceros Estados en la operación. En concreto el COPS decide:

a) La creación del Comité de contribuyentes. Así por ejemplo, el COPS aprobó las decisiones de creación de este comité para las misiones: MPUE (2003)⁸⁵; EUFOR ALTHEA (2004)⁸⁶; CONCORDIA (2003)⁸⁷; EUPOL PRÓXIMA (2003)⁸⁸; ARTEMIS (2004)⁸⁹, con el fin de permitir la gestión diaria de estas misiones entre los terceros Estados participantes y los miembros de la UE para estas misiones realizadas en Bosnia-Herzegovina, Macedonia y la RD Congo.

b) La aceptación de contribuciones de terceros Estados, así como sus modificaciones. Como ejemplos, el COPS aceptó estas contribuciones para las misiones CONCORDIA (2003)⁹⁰; PRÓXIMA (2003)⁹¹; EUFOR ALTHEA

⁸⁴ Véase, por ejemplo, el art. 2 de la Acción común 2004/847/PESC, *op. cit.*, nota 83, para la misión EUPOL Kinshasa (2005) y su continuación EUPOL RD Congo (2007).

⁸⁵ Decisión MPUE/1/2005 del COPS, de 4 de marzo (DO L 72/23, de 18 de marzo de 2005).

⁸⁶ Decisión 2004/739/PESC, BiH/3/2004 del COPS (DO L 325/64, de 28 de octubre de 2004).

⁸⁷ Decisión 2003/C 62/1, FYRM/1/2003 del COPS, de 18 de febrero (DO L C 62/1, de 15 de marzo de 2003).

⁸⁸ Decisión 2005/230/CE, PROXIMA/3/2005 del COPS, de 4 de marzo (DO L 72/25, 18 de marzo de 2005).

⁸⁹ Decisión 2003/529/PESC, RDC/2/2003 del COPS, de 11 de julio (DO L 184/13, de 23 de julio de 2003).

⁹⁰ Decisión 2003/497/PESC, ERYM/2/2003 del COPS, de 10 de marzo (DO L 170/15, de 9 de julio de 2003).

⁹¹ Decisión 2004/190/PESC, PRÓXIMA/1/2004 del COPS, de 10 de febrero (DO L 60/54, de 27 de febrero de 2004).

(2004)⁹², y ARTEMIS (2003)⁹³. Todas estas decisiones aceptan la participación de terceros Estados en las misiones de paz de la UE, antes de la creación del CDC, y una vez obtenida la recomendación del comandante al CMUE y de éste al COPS.

Estas decisiones son adoptadas por delegación del Consejo al COPS como decisiones de desarrollo de la acción principal (en la que se prevé la posibilidad de crear este Comité o aceptar las contribuciones de terceros Estados participantes en la misión) y por ello entendemos que son aprobadas por mayoría cualificada (art. 31.2 del TUE).

Por otro lado, llegados a esta fase, la UE también debe negociar con los terceros Estados participantes los acuerdos internacionales que regirán su estatuto, así como las aportaciones, tanto en recursos humanos como financieros a la misión, en aplicación del art. 37 del TUE, excepto en el caso de que ya exista un Acuerdo marco previo⁹⁴.

3.1.5. *Nombramiento del jefe de misión*

Correspondería también al Consejo aprobar todas las decisiones relativas al nombramiento del jefe de misión/jefe de policía/jefe de la fuerza militar, tal y como sucedió, por ejemplo, con la adopción de la Decisión 2002/212/PESC para el nombramiento del jefe de misión de la MPUE (2003) en Bosnia⁹⁵.

En pocos casos, como el de las misiones EUFOR RD Congo (2006), EUTM Somalia (2010) y EUTM Mali (2013), este nombramiento está presente en la decisión de creación de la misión⁹⁶. Sin embargo, de la práctica de las misiones de la UE se desprende que el Consejo ha autorizado al COPS, bajo su autoridad, y a través de las acciones de creación de las misiones, a adoptar las decisiones sobre cuestiones relativas a:

a) El nombramiento y las prórrogas de los jefes de misión/de policía o de los jefes de la fuerza militar de la UE. Así, el COPS aprobó los nombramientos de jefes de misión/de policía para las misiones: PRÓXIMA (2003)⁹⁷; EUPAT en Kosovo (2005)⁹⁸; EUSSR Guinea-Bissau (2008)⁹⁹; y más reciente-

⁹² Decisión 2004/732/PESC, BiH/1/2004 del COPS, de 21 de septiembre (DO L 324/20, de 27 de octubre de 2004).

⁹³ Decisión 2003/500/PESC, RDC/1/2003 del COPS, de 1 de julio (DO L 170/19, de 9 de julio de 2003).

⁹⁴ Como, por ejemplo, el Acuerdo entre la Unión Europea y Canadá por el que se crea un marco para la participación de Canadá en las operaciones de la Unión Europea de gestión de crisis (DO L 315/21, de 1 de diciembre de 2005).

⁹⁵ Decisión 2002/212/PESC del Consejo, de 11 de marzo (DO L 70/8, de 13 de marzo de 2002).

⁹⁶ Art. 2 de la Acción común 2006/319/PESC del Consejo, de 27 de abril (DO L 116/98, de 29 de abril de 2006); art. 2 de la Decisión 2010/96/PESC (EUTM Somalia), *op. cit.*, nota 13, y art. 2 de la Decisión 2013/34/PESC (EUTM Mali), *op. cit.*, nota 17.

⁹⁷ Decisión 2004/846/CE, Próxima/2/2004 del COPS, de 30 de noviembre (DO L 367/29, de 14 de diciembre de 2004).

⁹⁸ Decisión 2005/957/PESC, EUPAT/1/2005 del COPS, de 7 de diciembre (DO L 346/46, de 29 de diciembre de 2005).

⁹⁹ Decisión UE SSR GUINEA-BISSAU/1/2008 del COPS, de 5 de marzo (DO L 73/34, de 15 de marzo de 2008).

mente, EUCAP NESTOR (2012)¹⁰⁰; EUCAP SAHEL Níger (2012)¹⁰¹, y EUAVSEC Sudán del sur (2012)¹⁰².

b) También adoptó, por ejemplo, la decisión sobre el nombramiento, previa recomendación del comandante de la operación, del jefe del elemento de mando UE de Nápoles para la operación militar EUFOR ALTHEA (2004)¹⁰³.

Al tratarse todas ellas de decisiones de ejecución de la decisión principal, autorizadas previamente por el Consejo y relacionadas con el control político y la dirección estratégica de la operación, éstas son aprobadas por mayoría cualificada (art. 31.2 del TUE).

3.1.6. Decisión de lanzamiento de la misión

La finalización de esta fase se produce con la decisión de lanzamiento de la operación tomada por el Consejo. A través de ella el Consejo aprueba el OPLAN; decide el lanzamiento de la operación, cumplidas todas las condiciones previas para la generación de la fuerza o la valoración de los aspectos civiles y aprueba, en caso necesario, el Acuerdo sobre el estatuto de las fuerzas¹⁰⁴.

Así, siguiendo con el ejemplo de la misión EUTM Somalia, el 15 de febrero de 2010, el Consejo aprobó la Decisión 2010/96/PESC de creación de esta misión, en la que establecía también el nombramiento del comandante de la operación y de la fuerza¹⁰⁵; y el 31 de marzo siguiente, el Consejo aprobó, por medio de la Decisión 2010/197/PESC, el plan de operación (OPLAN) y el inicio de la misión, fijado para el 7 de abril. Al mismo tiempo, y como especificidad propia de las misiones militares, en la misma decisión el Consejo autorizaba, con efectos inmediatos, al comandante de la misión a dictar la orden de activación (ACTORD), a fin de desplegar las fuerzas y dar inicio a la ejecución de la misión¹⁰⁶.

Así pues, el Consejo, en aplicación del art. 31.2 del TUE, ha adoptado por mayoría cualificada las decisiones sobre el inicio de las operaciones milita-

¹⁰⁰ Decisión EUCAP NESTOR/1/2012 del COPS, de 17 de julio (DO L 198/16, de 25 de julio de 2012).

¹⁰¹ Decisión EUCAP SAHEL Níger/1/2012 del COPS, de 17 de julio (DO L 200/17, de 27 de julio de 2012).

¹⁰² Decisión EUAVSEC Sudán del sur 1/2012 del COPS, de 10 de agosto (DO L 229/25, de 24 de agosto de 2012).

¹⁰³ Decisión 2007/725/PESC, BiH/12/2007 del COPS, de 25 de septiembre (DO L 293/9, de 10 de noviembre de 2007).

¹⁰⁴ En esta fase también serán aprobadas y puestas en marcha las medidas de política exterior adoptadas por la Comisión Europea. Al mismo tiempo, la UE continuará manteniendo contactos, consultas, cooperación y diálogo con la OTAN, con miembros de la OTAN que no son miembros de la UE, con otros países candidatos a la adhesión, con socios potenciales como Canadá, Rusia y Ucrania y con la ONU y otras organizaciones internacionales y regionales (OSCE, Consejo de Europa, etc.), así como ONG, etcétera.

¹⁰⁵ Art. 2 de la decisión 2010/96/PESC, *op. cit.*, nota 13.

¹⁰⁶ Arts. 1, 2 y 3 de la Decisión 2010/197/PESC del Consejo, de 31 de marzo (DO L 87/33, de 7 de abril de 2010).

res CONCORDIA (2003)¹⁰⁷; ARTEMIS (2003)¹⁰⁸; EUFOR ALTHEA (2004)¹⁰⁹; EUFOR Chad/RCA (2008)¹¹⁰; ATALANTA (2008)¹¹¹; EUTM Somalia (2010)¹¹², y EUTM Mali (2013)¹¹³.

En cambio, para las misiones no militares, no consta ninguna decisión que establezca el inicio de la misión. Por norma general, éste está previsto en la propia decisión (o antigua acción común) de creación de la misión. Así, por ejemplo, para la misión EULEX Kosovo (2008), se vinculaba la decisión de poner en marcha la misión a la aprobación del OPLAN por parte del Consejo. Asimismo, por las circunstancias especiales que han rodeado a esta misión, se establecía un periodo transitorio para el inicio de la fase operativa de la misión, que se iniciaría «al transferirse la autoridad de la Misión de las Naciones Unidas en Kosovo, UNMIK»¹¹⁴.

En otros casos, la decisión es más concreta y establece las fechas aproximadas de planeamiento y ejecución. Para la misión EUPOL Afganistán (2007), el Consejo precisaba que la fase de planeamiento se iniciaría el 30 de mayo de 2007 y la fase operativa comenzaría «a más tardar, el 15 de junio de 2007»¹¹⁵. O la misión de observación MOA en Indonesia (2005), cuya fase operativa se inició el 15 de septiembre de 2005¹¹⁶. Aunque otras acciones comunes no son tan precisas y establecen fechas aproximadas para el inicio de la misión, como en el caso de EUMM Georgia (2008), que preveía un despliegue en dos fases. El principio del despliegue en septiembre de 2008 y el comienzo de la fase operativa no más tarde del 1 de octubre de 2008¹¹⁷. En otros casos, la acción sólo menciona las fechas de entrada en vigor y de expiración de la acción y la fecha de inicio de la fase operativa es anunciada en notas de prensa, como, por ejemplo, en las misiones EUPOL Kinshasa (2005) y EUSEC RD Congo (2005)¹¹⁸.

¹⁰⁷ Decisión 2003/202/PESC del Consejo, de 18 de marzo (DO L 76/43, de 22 de marzo de 2003).

¹⁰⁸ Decisión 2003/432/PESC del Consejo, de 12 de junio (DO L 147/42, de 14 de junio de 2003).

¹⁰⁹ Decisión 2004/803/PESC del Consejo, de 25 de noviembre (DO L 353/21, de 27 de noviembre de 2004).

¹¹⁰ Decisión 2008/101/PESC del Consejo, de 28 de enero (DO L 34/39, de 8 de febrero de 2008).

¹¹¹ Decisión 2008/918/PESC del Consejo, de 8 de diciembre (DO L 330/19, de 9 de diciembre de 2008).

¹¹² Decisión 2010/197/PESC, *op. cit.*, nota 106.

¹¹³ Decisión 2013/87/PESC del Consejo, de 18 de febrero (DO L 46/27, de 19 de febrero de 2013).

¹¹⁴ Art. 5.1 de la Acción común 2008/124/PESC, *op. cit.*, nota 11.

¹¹⁵ Art. 1.1 de la Acción común 2007/369/PESC, *op. cit.*, nota 41.

¹¹⁶ Art. 1.1 de la Acción común 2005/643/PESC del Consejo, de 9 de septiembre (DO L 234/13, de 10 de septiembre de 2005).

¹¹⁷ Art. 1.1 de la Acción común 2008/736/PESC del Consejo, de 15 de septiembre (DO L 248/26, de 17 de septiembre de 2008).

¹¹⁸ Véase EU Council Secrétariat, Background, «L'engagement de l'Union européenne pour la stabilité et la sécurité en République démocratique du Congo (RDC)», RDC/00 (initial) 23 de mayo de 2005, en <http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/Background-23.5.05.fr.pdf> (fecha de consulta: 13 de marzo de 2009).

3.2. El factor tiempo en el lanzamiento y despliegue de las misiones

El proceso de despliegue de la misión sobre el terreno en un tiempo prudencial también es esencial para garantizar un correcto desarrollo de la misma. Muchas veces el tiempo para el despliegue es diferido a causa de retrasos ya en la fase previa de planificación, como hemos visto *supra*.

3.2.1. La planificación como condicionante del despliegue

En la misión de observación de la UE en Aceh, MOA (2005), el tiempo previsto para iniciar el despliegue fue muy dilatado a causa de la falta de unidad entre los Estados miembros y las instituciones en el proceso de toma de decisiones durante la fase de planificación. Por un lado, Finlandia, Suecia, los Países Bajos, Francia y el Reino Unido estaban a favor de esta actuación, mientras que otros países preferían concentrar las misiones en zonas más cercanas a Europa. Además, el proceso de financiación acentuó las divisiones, lo que impidió el despliegue de la misión inicialmente previsto para el 15 de agosto de 2005. Finalmente, la intervención del AR de la PESC, y la asunción de parte de los costes iniciales por parte del Reino Unido, permitirían lanzar la operación el 15 de septiembre, un mes más tarde de lo previsto¹¹⁹.

La operación EUFOR RD Congo (2006), desarrollada durante la primera mitad de 2006, tuvo un *lapsus* de tiempo de desarrollo y preparación de unos seis meses, que se inició con la solicitud del CSNU el 27 de diciembre de 2005, hasta la decisión tomada por el Consejo de la UE de lanzar la operación el 12 de junio de 2006. Sin embargo, la preparación de la misión propiamente dicha no se iniciaría por parte de las estructuras de la PCSD hasta enero de 2006. Además, en la primera fase de consultas, se encontraron con problemas que afectarían a su ejecución. A pesar de que los Estados miembros estaban en general a favor de desplegar una operación en la RD Congo, no se anunciaron para ello suficientes contribuciones y ninguno de los mayores Estados quería liderar la operación. Sólo después de la consecución de un acuerdo político el 14 de marzo entre Alemania y Francia —fuera del marco de la UE, y por el cual Francia desplegaría un contingente equivalente al de Alemania, mientras que ésta lideraría la operación—, se pudo continuar con el proceso para su ejecución y despliegue sobre el terreno. Así, una semana después, el COPS acordó el concepto de gestión de crisis y desde finales de marzo en adelante el cuartel general ubicado en Potsdam inició la planificación militar y envió la primera de varias misiones de recogida de datos a Kinshasa. Finalmente, el 27 de abril, el CAGRE adoptaría la acción común, en aplicación del mandato del CS para desplegar, dos días después, la operación en el teatro de operaciones¹²⁰.

¹¹⁹ SCHULZE, K. E., «The Aceh Monitoring Mission», en GREVI, G., HELLY, D. y KEOHANE, D. (eds.), *European Security and Defence Policy...*, op. cit., nota 74, p. 268.

¹²⁰ VON ORDANZA, N., «EU Military Deployment - An Executive Prerogative? Decision - making and parliamentary control on the use of force by the EU», Paper, 23 de abril de 2008, p. 19, en <http://www.>

Otro factor a tener en cuenta para el despliegue de tropas militares, y puesto en evidencia en esta operación por Nicolai Von Ordanza, es la aprobación que deben otorgar los parlamentos nacionales. En el caso de Alemania, la aprobación del *Bundestag*, requerida antes del inicio de las operaciones, no llegaría hasta el 1 de junio de 2006, más de un mes después del acuerdo político al que habían llegado Francia y Alemania, y dos meses más tarde del inicio de las tareas de planificación del cuartel general en Potsdam¹²¹.

En cambio, la primera misión naval militar, ATALANTA (2008), fue planificada y ejecutada, en cuanto al *factor tiempo*, sin mayores problemas. Una vez aprobada la acción, el 10 de noviembre de 2008, la capacidad operativa inicial fue alcanzada el 13 de diciembre de 2008. Además, los doce primeros meses de la operación fueron divididos en tres fases de cuatro meses cada una (diciembre-marzo, abril-julio, agosto-noviembre), permitiendo la incorporación progresiva de los Estados miembros participantes. Tal y como se había planeado, la fase 1 fue ejecutada por el Reino Unido, Francia y Grecia, que tenía el mando de la fuerza. La fase 2 comportó la participación adicional de España, Alemania e Italia, y la fase 3 la de los Países Bajos y Bélgica que se unieron a la operación¹²².

3.2.2. *Obstáculos internos y externos*

Por otro lado, algunas operaciones han mostrado su lentitud a partir del momento en que son desplegadas sobre el terreno debido a dificultades y obstáculos internos o externos, que han ido apareciendo durante el despliegue de la misión. Así, muchas de ellas se han encontrado con algún tipo de problema, político, logístico, de seguridad, etc., si no todos a la vez, que han condicionado de un modo u otro el tiempo empleado en la planificación previa al lanzamiento de la operación, o bien su ejecución posterior sobre el terreno.

En el caso de las operaciones PRÓXIMA (2003) y su continuación EUPAT (2005) en la ARYM, tres meses después del despliegue de PRÓXIMA, algunos de los oficiales de campo todavía no habían recibido ordenadores ni otros equipos de oficina esenciales para llevar a cabo su trabajo. Para que la misión pudiera iniciar su trabajo a tiempo, fue esencial la ayuda recibida por parte de la OSCE. Ello muestra la necesidad de asegurarse durante la fase de

ies.be/files/repo/conference2008/EUinIA_IX_2_vonOndanza.pdf (fecha de consulta: 5 julio 2011). Véase también MAJOR, C., «The military operation EUFOR RD Congo 2006», en *op. cit.*, GNESOTTO, N. (ed.), *Política de Seguridad y Defensa de la Unión europea...*, *op. cit.*, nota 37, p. 315.

¹²¹ VON ORDANZA, N., *op. cit.*, nota 120, pp. 20-21. En todo caso, Ordanza señala que, a pesar de que un rechazo a la participación alemana en la operación EUFOR RD Congo hubiera sido posible, ello habría dañado seriamente la credibilidad del país ante la UE, las Naciones Unidas y su principal aliado en la operación, Francia.

¹²² HELLY, D., «The EU military operation Atalanta», en GREVI, G., HELLY, D. y KEOHANE, D. (eds.), *European Security and Defence Policy...*, *op. cit.*, nota 74, pp. 396-397.

planeamiento de que los equipos y material esencial se han enviado sobre el terreno, con el fin de poder iniciar la operación en la fecha prevista¹²³.

Un problema similar se encontró la misión EUJUST THEMIS (2004) durante la fase de su despliegue en Georgia, puesto que durante los tres primeros meses, debido también a la complejidad de los procedimientos de financiación de las operaciones no militares, la misión no contaba con ordenadores para realizar sus funciones. En este caso, el excesivamente ambicioso mandato de la misión comportó también que el tiempo previsto de la misma, un año, no fuera suficiente para alcanzar los objetivos también previstos en un entorno posrevolucionario¹²⁴.

EUFOR ALTHEA (2004), que es citada como ejemplo entre los oficiales militares de la UE de un trabajo bien hecho, tuvo que hacer frente a desacuerdos políticos que alargaron seis meses el proceso de planificación política estratégica¹²⁵. La utilización de las estructuras de la OTAN, en concreto del Cuartel General de la Operación de la UE, que está situado en el Cuartel General Supremo de las Fuerzas Aliadas en Europa (SHAPE), comportó la demanda de más información de parte de Turquía¹²⁶.

En el caso de EUPOL COPSS en los territorios palestinos (2006), la situación política influyó también en el despliegue de la misma sobre el terreno. La fase operativa de la misión se inició el 1 de enero de 2006 (apenas dos meses después de ser aprobada la misión por el Consejo, una vez recibida la invitación de la AP). Sin embargo, la victoria de Hamas en las elecciones legislativas celebradas en el mismo mes comportó una actuación vacilante y entrecortada de la misión en sus inicios, puesto que el grupo de Hamas pasó a controlar el Ministerio del Interior¹²⁷.

Asimismo, la operación militar EUFOR Chad/RCA (2008), lanzada en el 2007 con la aprobación en octubre de la acción común correspondiente, tuvo un despliegue inicial (para una operación de un año de duración) que no se desarrolló tal y como se había planeado. El concepto de operaciones (CONOPS) adoptado el 12 de noviembre de 2007 por el Consejo, fue seguido de cinco conferencias de generación de fuerzas, durante las cuales se demostraron las dificultades para obtener el suficiente número de tropas. A pesar de la

¹²³ IOANNIDES, I., «The EU Police Mission (EUPOL Proxima) and the European Union Advisory Team (EUPAT) in the former Yugoslav Republic of Macedonia», en *ibid.*, nota 74, p. 194.

¹²⁴ KUROWSKA, X., «The rule-of-law mission in Georgia (EUJUST Themis)», en *ibid.*, nota 74, pp. 205-207.

¹²⁵ SIMON, L., «Crisis Management Just Won't Cut It Anymore: Military Planning and CSDP After Lisbon», p. 8, en SIMON, L. y MATTELAER, A., *EUnity of Command-The Planning and conduct of CSDP Operations*, Royal Institute for International Relations, Academia Press, enero 2001, en <http://www.egmontinstitute.be/paperegm/ep41.pdf> (fecha de consulta: 11 de junio de 2013).

¹²⁶ SIMON, L., «Command and control? Planning for EU military operations», EU ISS, Occasional paper, enero 2010, núm. 81, p. 29, en http://www.iss.europa.eu/uploads/media/Planning_for_EU_military_operations.pdf (fecha de consulta: 11 de junio de 2013).

¹²⁷ BULUT, E., «The EU Police Mission for the Palestinian Territories -EU Coordinating Office for Palestinian Police Support (EUPOL COPPS)», en GREVI, G., HELLY, D. y KEOHANE, D. (eds.), *European Security and Defence Policy...*, op. cit., nota 74, p. 291.

urgente necesidad de estabilizar las fronteras del Chad con Sudán y proteger a los refugiados de Darfur, los Estados miembros tardaron cuatro meses para decidir quién aportaría las tropas, helicópteros y equipo médico, y quién pagaría la factura¹²⁸. Finalmente, en la quinta conferencia, Francia, a pesar de su preferencia a limitar su contribución, acordó aumentarla aportando la mitad de las tropas, transporte aéreo y medios logísticos¹²⁹. Además, una vez sobre el terreno, el despliegue de la operación peligró a causa de un ataque rebelde contra N'Djamena el 3 de febrero 2008, con lo que ésta no alcanzaría su capacidad operacional hasta el 15 de marzo de 2008, una vez restablecida la seguridad¹³⁰.

En la misión EUPOL Afganistán (2007), también lanzada en el 2007, el problema también radicó en un lento despliegue sobre el terreno, sobre todo con relación a la aportación de los medios personales. Las dificultades logísticas en una zona complicada hicieron que, de las 230 personas previstas inicialmente, principalmente policías y expertos en justicia y aplicación del Derecho, sólo alrededor de 170 habían asumido sus puestos hacia mediados de 2008, más de un año después del lanzamiento de la misión¹³¹. Los retrasos en la planificación y el despliegue también se debieron a las dificultades en el reclutamiento de personal, afectando a la capacidad de la misión de estar presente fuera de Kabul. Esta dificultad fue debida a las reticencias de los Estados miembros a contribuir con el personal necesario. Sin embargo, por encima de estas dificultades, la misión debió hacer frente a retos políticos más amplios, relacionados con el estado del sector de la seguridad afgano y, por encima de todo, con la ardua coordinación de los esfuerzos para la reforma de la policía¹³².

El despliegue de la misión EULEX Kosovo (aprobada por el Consejo el 4 de febrero de 2008), estuvo condicionado por la Declaración Unilateral de Independencia de febrero de 2008, que afectaría también a su planificación y desarrollo posterior. Ante el dilema de desplegar la misión sólo en determinadas partes de Kosovo, la misión entró en un periodo operacional de hibernación hasta diciembre de 2008, cuando fue declarada su capacidad operacional inicial. La Resolución 1244 (1999) se mantuvo como marco legal de referencia, permitiendo así su despliegue sobre el terreno, operando bajo la autoridad y en el marco neutral del estatus de las Naciones Unidas. De este

¹²⁸ BLOCKMANS, S. y WESSEL, R. A., *op. cit.*, nota 62, pp. 283-284. Como señalan los autores, en un giro irónico del destino, los Estados miembros (que tan duramente habían criticado la incursión rusa en Georgia durante la Guerra de los cinco días en agosto de 2008), acabarían aceptando la oferta de Moscú para proveerles con cuatro Mi-8 MT helicópteros y hasta 120 miembros de personal, producto del acuerdo de participación firmado entre la UE y Rusia para esta operación.

¹²⁹ HELLY, D., «The EU military operation in the Republic of Chad and in the Central African Republic (Operation EUFOR Tchad/RCA)», en GREVI, G., HELLY, D. y KEOHANE, D. (eds.), *European Security and Defence Policy...*, *op. cit.*, nota 74, p. 341.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 343.

¹³¹ *Ibid.*, pp. 274-275.

¹³² PERAL, L., «The EU Police Mission in Afghanistan (EUPOL Afghanistan)», en *ibid.*, nota 74, pp. 331-332.

modo, la fase operacional se iniciaría el 9 de diciembre de 2008, alcanzando su plena capacidad el 6 de abril de 2009¹³³.

En el caso de la misión sobre la reforma del sector de la seguridad, EUSSR Guinea-Bissau (2008), la inestabilidad política en el país dificultó, durante varios meses, la planificación inicial sobre el terreno. Todo ello con el añadido de la dificultad para la misión de encontrar interlocutores apropiados entre las fuerzas armadas del país. A pesar de ello, la situación de violencia política que se vivía en aquellos momentos en el país no degeneró en una inseguridad general y la misión pudo continuar operando¹³⁴.

En cambio, un ejemplo más reciente, el lanzamiento de la misión EUTM Mali (2013) se produjo el 18 de febrero de 2013, justo un mes después de aparecer publicada en el *DOUE* la decisión de creación de la misión, aprobada por el Consejo el 17 de enero¹³⁵. En este caso, justo después de la intervención de Francia en el país, y ante la necesidad y el compromiso de la UE de dar una respuesta urgente a la crisis política, humanitaria y de seguridad que afecta a toda la región de Sahel¹³⁶, se inició el despliegue paulatino de esta misión europea de formación militar y asesoramiento de las fuerzas de Mali.

4. CONCLUSIONES

Las misiones de paz europeas constituyen hoy día el instrumento principal de gestión de crisis de la UE. La declaración de operatividad de la PESD (2003) fue el punto de inflexión para el desarrollo de un *sistema institucional y procedimental* caracterizado simultáneamente por una gran complejidad y flexibilidad.

La *complejidad* se manifiesta, por un lado, en la intervención tanto de órganos propios del sistema institucional de la UE, como específicos, y de distinta naturaleza jurídico-política (Consejo, Comisión, AR, EMUE, COPS, etc.). También se manifiesta en el procedimiento no reglado de actuación regulado en el TUE —en relación con la adopción de decisiones de creación de las misiones por unanimidad, matizada por la abstención constructiva—; y en el documento interno del Consejo (2003) —con las sugerencias de actuación en

¹³³ GREVI, G., «The EU rule-of-law mission in Kosovo (EULEX Kosovo)», en *ibid.*, nota 74, pp. 359 y 362.

¹³⁴ HELLY, D., «The EU mission in support of Security Sector Reform in Guinea-Bissau (EU SS Guinea-Bissau)», en *ibid.*, nota 74, pp. 375.

¹³⁵ Véase la Decisión 2013/34/PESC, *op. cit.*, nota 17; y la Decisión 2013/87/PESC, *op. cit.*, nota 113.

¹³⁶ El interés de la UE en reducir la inseguridad y mejorar el desarrollo en la región del Sahel, llevó al Consejo a aprobar en marzo de 2011, como medida a largo plazo, una Estrategia para la seguridad y el desarrollo en el Sahel, a través de la cual pretende llevar a cabo un acercamiento global a la crisis de esta región en su conjunto, tanto alimentaria como el azote de los movimientos terroristas de carácter islámico. Véase FACTSHEET, «The European Union and the Sahel», Bruselas, 16 de enero de 2013, pp. 3 y 4, en http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/sede/dv/sede012313factsheetsahel/_sede012313factsheetsahel_en.pdf (fecha de consulta: 2 de mayo de 2013); y «The European Commission's response to the food crisis and long-term food insecurity in the Sahel region of Africa», MEMO 12/215, Bruselas, 23 de marzo de 2012.

las fases previas y posteriores a la detección de una situación de crisis—. Conjugando ambos textos, el procedimiento se estructura en tres fases: *a)* inicial —que requiere el análisis previo de la situación, tanto por órganos de la UE como por los propios Estados miembros—; *b)* intermedia —de creación de la misión a través de un conjunto de actos relativos a la adopción del concepto de gestión de crisis, la aprobación de la decisión, etc.—, y *c)* final de ejecución —que incluye, entre otros, la elaboración de los estatutos de la fuerza/personal con los terceros Estados participantes o el Estado receptor; la aprobación del plan de operaciones, la creación del comité de contribuyentes, etcétera—.

La *flexibilidad* también preside este procedimiento no reglado, en función de las circunstancias de cada situación de crisis analizada. Ello ha permitido el desarrollo de una variada tipología de misiones, civiles, militares o mixtas, para actuar tanto en situaciones de conflicto que requieren una previa pacificación, como en situaciones de posconflicto, una vez asentadas unas condiciones mínimas de seguridad. En función del tipo de misión, pueden variar los protocolos de actuación y la adopción de los documentos requeridos durante las diversas fases. Así pues, este proceso no deja de ser un condicionante que, unido a otros factores internos o externos, puede lastrar una adecuada y ágil respuesta de la UE ante la aparición de una crisis concreta.

Igualmente, el *factor tiempo* condiciona las tres fases de este procedimiento. La práctica de la UE ha demostrado que una respuesta ágil y rápida a la situación de crisis está siempre condicionada por diversos factores, *externos* o *internos*, formados a su vez por un conjunto variado de obstáculos o condicionantes. Así, en el procedimiento de creación de una misión, los *factores internos* son los clásicos: falta de experiencia, problemas de financiación, o problemas logísticos relacionados con la falta de medios adecuados para responder a una crisis concreta. Por ejemplo, los problemas económicos derivados de la falta de previsión, la dificultad de coordinación entre los Estados participantes y la gestión de los costes comunes en las misiones militares, solventados en mayor medida a partir del 2004 con la creación del mecanismo ATHENA. También los problemas logísticos, como la falta de ordenadores o material de oficina esencial para la ejecución de las tareas de las misiones PRÓXIMA (2003) y EUPAT (2005) en Macedonia. Igualmente, la falta de acuerdo y voluntad política de los Estados participantes es un factor interno decisivo en ocasiones en el lento despliegue de las misiones, como en la misión EUFOR Chad/RCA (2008). En todo caso, este tipo de condicionantes se han solventado, en general, sin mayores dificultades, permitiendo una respuesta rápida y adecuada a la crisis planteada.

Los *factores externos*, en cambio, son impredecibles y, mayormente, de tipo político, como la victoria de Hamas en las elecciones palestinas, causa de la inicial ejecución vacilante de la misión EUPOL COPSS (2006); o la inestabilidad política en Guinea-Bissau, que dificultó durante varios meses la planificación sobre el terreno de la operación de reforma del sector de la seguridad (2008). Este tipo de condicionantes sí han supuesto en más de una ocasión que la respuesta de la UE se retrasara considerablemente en el tiempo.

Finalmente, la UE ha afrontado también situaciones con problemas más específicos y jurídicamente complejos que han condicionado el despliegue de una operación. Así sucedió con la declaración de independencia de Kosovo, que tuvo como consecuencia que la misión EULEX Kosovo (2008) entrara en una fase de *stand by* durante un periodo de diez meses.

Aun así, la complejidad del sistema institucional y procedimental para la creación de las misiones de paz no han impedido, en general, una ejecución de las tareas encomendadas por las decisiones de creación de las misiones en el tiempo debido, gracias también a los mecanismos de flexibilidad incorporados.

RESUMEN

EL FACTOR TIEMPO EN EL PROCESO DE PLANIFICACIÓN, CREACIÓN Y DESPLIEGUE DE LAS MISIONES DE PAZ DE LA UNIÓN EUROPEA

Las misiones de paz de la UE se han desarrollado a través de un procedimiento no reglado, dotado de una gran flexibilidad y vinculado al *factor tiempo*. Ambos elementos ponen de manifiesto la existencia de diversos condicionantes que pueden dificultar el desarrollo de estas misiones en el tiempo debido.

Palabras clave: Misiones de paz de la UE, Planificación, creación y desarrollo, *Factor tiempo*.

ABSTRACT

THE TIME FACTOR IN THE PLANNING, CREATION AND DEPLOYMENT OF EUROPEAN UNION PEACEKEEPING MISSIONS

EU peacekeeping missions have been developed through a non-regulated process characterized by great flexibility and closely linked to the *time factor*. Inherent in these features are various factors that may hinder the timely implementation of these missions.

Keywords: EU Peacekeeping, Planning, creation and development, *Time factor*.

RÉSUMÉ

LE FACTEUR TEMPS DANS LA PLANIFICATION, LA CRÉATION ET LE DÉPLOIEMENT DES MISSIONS DE PAIX DE L'UNION EUROPÉENNE

Les missions de maintien de la paix de l'UE ont été développées par un processus non réglementé, très flexible et lié au *facteur temps*. Ces deux éléments révèlent l'existence de diverses conditions qui peuvent entraver le déroulement de ces missions en temps voulu.

Mots-clés: missions de maintien de la paix de l'UE, planification de la procédure, création et développement, *facteur temps*.



AVANCES Y MEJORAS DEL MARCO NORMATIVO PARA LA ASISTENCIA Y PROTECCIÓN DE LOS DESPLAZADOS INTERNOS EN ÁFRICA

María CERVERA VALLTERRA*

Profesora Contratada Doctora
Universidad de Valencia

SUMARIO: 1. ALGUNAS ACLARACIONES PREVIAS.—1.1. Los refugiados.—1.2. Los desplazados internos.—2. LOS DESPLAZADOS INTERNOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL.—3. LA RESPONSABILIDAD DE PROTEGER APLICADA A LOS DESPLAZAMIENTOS INTERNOS.—4. LA LABOR DE LA CONFERENCIA INTERNACIONAL DE LA REGIÓN DE LOS GRANDES LAGOS REFERIDA A LOS DESPLAZADOS INTERNOS.—5. PERSPECTIVAS DE FUTURO Y CONSIDERACIONES FINALES: LA CONVENCIÓN DE LA UNIÓN AFRICANA PARA LA PROTECCIÓN Y LA ASISTENCIA DE LOS DESPLAZADOS INTERNOS EN ÁFRICA (CONVENCIÓN DE KAMPALA).

Acercarse a la realidad de la República Democrática del Congo y a los países de su entorno tiene particular interés debido a que esta área geográfica experimentó un importante movimiento de personas a raíz especialmente del genocidio de Ruanda de 1994. Los desórdenes producidos también en otros Estados limítrofes, como Burundi y Uganda, tiene su interés ya que en esta zona de los Grandes Lagos se dio una situación socioeconómica y una catástrofe humanitaria de proporciones gigantescas.

Pasados los años, la situación en estos países, aunque más apaciguada por los conflictos directos, sigue siendo compleja y llena de nuevos hechos. En bue-

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de investigación «Gobernanza ambiental, instrumentos jurídicos internacionales y economía verde: la Conferencia de Río +20 y más allá», DER2010-34888 del Ministerio de Economía y Competitividad.

na parte de estos territorios —al menos al este de la República Democrática del Congo—, la situación de los desplazados internos y de los refugiados es todavía preocupante sobre todo por la incesante violencia sexual y por el reclutamiento de niños soldado. La preocupación se debe también a que la situación de los desplazados internos y los refugiados de la zona se ha entremezclado con conflictos agrarios y disputas sobre el derecho de pastoreo o de pesca. Además, precisamente en estos lugares y en los campos de refugiados y de desplazados internos, están presentes grupos armados y paramilitares, infiltrados o no, que no han dejado de aspirar a asumir *de facto* el control del territorio, dándose así violaciones masivas y constantes del Derecho internacional de los derechos humanos y del Derecho internacional humanitario. Por ejemplo, en la República Democrática del Congo, aunque se ha hecho un gran esfuerzo y se ha logrado que gran parte de los miembros de estos grupos armados se incorporen al ejército nacional congoleño, no es extraño que sean estas personas las que sigan cometiendo abusos y vulneraciones del Derecho internacional de los derechos humanos y del Derecho internacional humanitario sobre sus propios nacionales y sobre los refugiados instalados en el país. Los grupos beligerantes no están en guerra con otros ejércitos nacionales, pero dirigen su acción bélica contra la población civil para humillarla y desmoralizarla, sembrando el terror en las zonas en las que operan. Lamentablemente, la ayuda humanitaria para esta población civil a veces es insuficiente o no llega, por la impenetrabilidad de las zonas de acogimiento y de refugio. Lo más desalentador es que todo este panorama se produce aprovechando una gran impunidad y un aparato estatal tan débil y corrupto que da lugar a un limitado control sobre parte del territorio por parte de las autoridades nacionales correspondientes. A ello, se suma la depredación de los ricos recursos naturales y minerales de la zona que siguen sirviendo, bien como moneda de cambio a una población paupérrima que se limita simplemente a sobrevivir, bien en otros casos se emplea como arma de guerra por parte de los grupos armados para perpetuar un clima constante de terror y no perder su hegemonía. Como en un círculo vicioso, este escenario retroalimenta y pone en peligro una gran inestabilidad económica y social y una paz sumamente volátil, en zonas a veces imperceptibles y casi impenetrables del este de la República Democrática del Congo.

A tales efectos, en este trabajo se va a analizar la reacción a estos hechos por parte de dos Organizaciones Internacionales que operan en África, por su honda preocupación y por su serio compromiso en dar respuesta a la situación migratoria en esta parte del mundo. De un lado, se van a detallar las aportaciones de la Conferencia Internacional de la Región de los Grandes Lagos (CIRGL)¹, creada *ad hoc*. De otro lado, no se va a olvidar reflexionar sobre los avances efectuados bajo los auspicios de la renovada Unión Africana (UA)² —heredera de la otrora Organización de la Unión Africana (OUA)— y sobre todo las mejoras que para este continente puede significar la adopción de la Convención para la protección y la asistencia de los desplazados inter-

¹ Véase <http://www.icglr.org/>.

² Véase <http://www.au.int/fr/>.

nos, conocida como Convención de Kampala, adoptada en octubre de 2009 y en vigor desde el 6 de diciembre de 2012³, a la que dedicaremos la parte final como una etapa de desarrollo como posible solución a los problemas que experimentan los desplazados internos en África, continente especialmente afectado por este problema.

1. ALGUNAS ACLARACIONES PREVIAS

Tras el final de la Guerra Fría, en esta región meridional de África han proliferado guerras civiles y crisis políticas y económicas continua, sistemática y recurrentemente. Los hechos ocurridos allí han causado un flujo migratorio de civiles que se han visto obligados a huir de su lugar de residencia habitual y vagar sin rumbo fijo para salvar sus vidas o para evitar violaciones del Derecho internacional de los derechos humanos y del Derecho internacional humanitario. Esta dinámica ha determinado la existencia de dos tipos de personas en una situación parecida pero con un régimen jurídico diferente. De una parte, están aquellas personas que deciden atravesar las fronteras internacionales, en cuyo caso hablamos de «refugiados». De otra parte, están aquellas personas que permanecen en el interior del propio país del que son nacionales, en cuyo caso entramos en la categoría de los «desplazados internos»⁴.

1.1. Los refugiados

La situación de los refugiados ha sido tratada profusamente por el Derecho internacional. A modo de recordatorio, los refugiados son aquellas personas que se han visto obligadas a abandonar su país por determinadas causas concretas y, por ello, deciden cruzar la frontera para instalarse en otro. El Convenio de Ginebra, de 28 de julio de 1951, sobre los refugiados⁵ regula la

³ Sobre este convenio, véase ZORZI GIUSTINIANI, F., «New Hopes and Challenges for the Protection of IDPs in Africa: The Kampala Convention for the Protection and Assistance of Internally Displaced Persons in Africa», *Denver Journal of International Law and Policy*, 39, 2011, núm. 2, pp. 347-370.

⁴ Se calcula que el 1 por 100 de la población mundial se encuentra en esta situación. Debido a las consecuencias provocadas por el cambio climático se prevé que el desplazamiento de personas sea mucho más amplio en un futuro no muy lejano.

Sobre los desplazados internos, véanse, *in extenso*, BOANO, C., ZETTER, R. y MORRIS, T., *Environmentally Displaced People: Understanding the linkages between Environmental Change, Livelihoods and Forced Migration*, Oxford, University of Oxford, Refugee Studies Center, 2008; KIDANE, W., «Managing Forced Displacement by Law in Africa: The Role of the New African Union IDPs Convention», *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 44/1, 2011, pp. 1-85; MOONEY, E., «Principles of Protection for Internally Displaced Persons», *International Migration*, 38, 2000, pp. 81-101; MULUGETA ABEBE, A., «Special rapporteurs as law makers: the developments and evolution of the normative framework for protecting and assisting internally displaced persons», *The International Journal of Human Rights*, 15/2, 2011, pp. 286 y ss.; PONTE IGLESIAS, M. T., «Un marco normativo e institucional para los desplazados internos en el Derecho internacional», *Revista Española de Derecho Internacional*, 52, 2000, pp. 49-81; SOLÀ PARDELL, O., «Desplazados medioambientales. Una nueva realidad», *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos*, 66, Bilbao, Universidad de Deusto, 2012.

⁵ La Convención entró en vigor el 22 de abril de 1954, cuando se alcanzaron las seis ratificaciones exigidas por el art. 43.

situación de estas personas. Junto a él, el 31 de enero de 1967 se adoptó un Protocolo sobre el Estatuto de los refugiados, hecho en Nueva York.

El Convenio de 1951 es el primer texto jurídico en el que se desplegaron importantes esfuerzos para otorgar valor convencional al listado de los derechos humanos de la Declaración Universal de las Naciones Unidas proclamado el 10 de diciembre de 1948⁶. Este tratado nació con los primeros intentos de impulsar los esfuerzos de humanización del Derecho internacional en el seno de la ONU. El Convenio de Ginebra especifica las obligaciones jurídicas de protección a favor de personas desprotegidas a cargo de un Estado diferente del de su propia nacionalidad. Este convenio está relacionado con la creación del Estatuto del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), que pretendía generalizar una institución —la de los refugiados—, hasta ese momento limitada geográfica y materialmente, es decir, cuando se concedía dicha protección de forma específica *ratione personae*. Este tratado quiso dar respuesta sobre todo a la situación legada por la Segunda Guerra Mundial en el continente europeo. A partir de entonces se suprimió el criterio de la nacionalidad y del origen de las personas afectadas. Es ésta una tendencia que culminó con la adopción del Protocolo de 1967, en el que se eliminaron por completo las limitaciones temporales y geográficas. Se concretó así la aplicación personal del estatuto y de su contenido, esto es, los derechos y obligaciones de los Estados parte en relación con estas personas vulnerables. Por eso, el Convenio de 1951 limita la tradicional institución del asilo político para objetivar la noción de refugiado.

El apartado A(2) del art. 1 del Convenio de Ginebra define al refugiado como aquella persona que:

«Debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que careciendo de nacionalidad hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él».

La definición tiene su importancia cuando los países y las organizaciones gubernamentales y no gubernamentales intentan precisar quién es refugiado y quién no lo es. Las causas de persecución deben coincidir con uno de los siguientes motivos: raza, religión, nacionalidad o pertenencia a un grupo social determinado u opiniones políticas. Como hemos dicho anteriormente, la situación de los refugiados está regulada por el Derecho internacional desde hace algún tiempo y determina el sometimiento a sus potenciales destinatarios a un procedimiento que se concreta en la solicitud de protección o asilo en Estados extranjeros tal y como establece el Convenio de 1951 y por el Protocolo de 1967.

⁶ Poco después se adoptó el Convenio sobre el genocidio, el 8 de agosto de 1948, y los Convenios de Ginebra sobre Derecho internacional humanitario, el 12 de agosto de 1949.

En un ámbito territorial más restringido, para el caso del continente africano, con una concepción bastante vanguardista, fue adoptada una Convención en el seno de la Organización de la Unión Africana: la Convención de Addis-Abeba, adoptada el 10 de septiembre de 1969, por la que se regulan aspectos específicos de los problemas de los refugiados⁷.

En todo caso, merece la pena subrayar que los refugiados son personas que tienen la ventaja de poder estar cubiertas por normas de Derecho internacional específicas existentes. Estos convenios contienen normas de carácter consuetudinario o convencional, hoy con una aplicación consolidada. En estos casos, la persona que atraviesa una frontera tiene al menos derecho a la aplicación del principio general de *non refoulement* (no devolución)⁸, lo cual deja al refugiado perseguido en una situación de cierta seguridad jurídica.

1.2. Los desplazados internos

Por el contrario, la situación de los desplazados internos es particularmente cruel por dos motivos fundamentales. De un lado, porque los desplazados internos son colectivos particularmente vulnerables, entre los que se cuentan niños no acompañados, mujeres embarazadas, solas o cabeza de familia, grupos étnicos minoritarios, población indígena, enfermos, discapacitados y ancianos. De otro lado, porque el hecho de que permanezcan en el país del que son nacionales, los ubica en una situación jurídica no protegida por el Derecho internacional y seriamente comprometida.

El desplazamiento interno provoca rupturas familiares, corta lazos sociales, expone a personas inocentes a actos de violencia en forma de ataques a los campamentos, desapariciones, violaciones, trabajos forzosos, reclutamiento de niños soldado, etc. Los desplazados internos pueden vivir en campamentos, o fuera de ellos, para huir a fin de ponerse a salvo de posibles fuentes de persecución y de violencia, cuando no acaban por sumergirse en comunidades pobres y desposeídas. Además de verse afectados por las consecuencias de los flujos migratorios, los desplazados internos están expuestos

⁷ Este Convenio entró en vigor en 1974, conforme a lo dispuesto en su art. 2. El artículo titulado «Asilo» determina que «ninguna persona será sometida por un Estado miembro a medidas tales como la negativa de admisión en frontera, la devolución o expulsión que la obligarían a regresar o a permanecer en un territorio donde su vida, su integridad corporal o su libertad estarían amenazadas por las razones enumeradas en los párrs. 1 y 2 del art. 1».

⁸ Tras la Segunda Guerra Mundial, este principio generó un importante consenso en la Comunidad Internacional, ansiosa de hallar una solución para las masas de refugiados y personas desplazadas que vagaban por Europa. Este principio está formulado en el art. 33 de la Convención de 1951. Su redacción ha dado pie a una nutrida discusión doctrinal. Por ejemplo, se ha debatido sobre si su consagración constituyó la cristalización de una norma consuetudinaria o no. Desde el punto de vista convencional, está también recogido en el art. 3 de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; el art. 45 del IV Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (Convenio IV); el art. 22 de la Convención Americana de Derechos Humanos; y el art. 2 de la Convención de la OUA por la que se regulan aspectos específicos de problemas de los refugiados en África.

a la muerte y a otro tipo de desgracias. Estas muertes, si bien de un lado, no están provocadas exclusivamente por los conflictos bélicos, de otro lado, llevan a una penosa peregrinación de personas que vagan sin rumbo fijo y que se exponen a la proliferación de enfermedades, de malnutrición o de otro tipo de calamidades. Lo peor de todo es que a veces este colectivo, en la medida que aparece entremezclado en una masa humana heterogénea, es percibido por las comunidades de acogimiento y por los combatientes o por las bandas armadas que operan en la zona en la que se encuentran, como enemigos, como cómplices o como espías de cualquiera de los bandos.

El fenómeno migratorio de los desplazados internos se puede abordar desde distintos puntos de vista. Por ejemplo, atendiendo a la motivación y a los intereses de los Estados de acogimiento de estas personas. Dichos movimientos migratorios pueden ser deseados o no deseados, pero en todo caso son forzados. Particularmente grave es la situación de las personas que se han visto «obligadas» a instalarse en otra zona de su propio país sin pasar las fronteras internacionales. Para estas personas, en estos supuestos, queda al menos el consuelo de la aplicación del derecho consuetudinario del Derecho internacional de los derechos humanos y del Derecho internacional humanitario vigente al respecto. En todo caso, hay que destacar que la situación de los desplazados internos, a menudo, es análoga a la de los refugiados. Su retorno es complicado ya que, si bien de un lado, su seguridad física puede estar expuesta a las minas antipersona o a otro tipo de peligros, de otro lado, su vuelta a casa presenta dificultades de integración con comunidades ya asentadas que les disputan sus posesiones, sus propiedades o su forma de vida (agricultores, ganaderos, pescadores, etc.).

Hoy en día, según el Observatorio sobre las situaciones de Desplazamiento Interno (IDMC, correspondiente en inglés al *Internal Displacement Monitoring Centre*)⁹, todo este escenario es significativo porque el número de desplazados internos cuadruplica el número de los refugiados y su número no deja de crecer. Así, en relación con el África subsahariana, a finales de 2013, había 12,5 millones de desplazados internos en 21 países, siendo la región con mayor número de desplazados internos del mundo. En la actualidad, el 63 por 100 de los desplazados internos del planeta se concentra en cinco países: Colombia, Nigeria, República Democrática del Congo, Sudán y Siria. Concretamente, en la República Democrática del Congo, la población desplazada se ha mantenido al mismo nivel que en años precedentes: cerca de tres millones de personas.

Uno de los mayores problemas de los desplazados internos es que ser desplazado interno no constituye una categoría legal autónoma. Los Principios Rectores, y el Convenio de Kampala —de los que hablaremos más adelante—,

⁹ El Observatorio sobre las situaciones de Desplazamiento Interno fue establecido por el Consejo Noruego para los Refugiados en 1998, a solicitud de la ONU, para que se creara una base de datos global sobre los desplazados internos. Pasados algunos años, este organismo sigue siendo la principal fuente de información y análisis de la situación de los desplazamientos internos debido a conflictos y la violencia en el mundo entero. Véase <http://www.internal-displacement.org/>.

ofrecen una identificación descriptiva muy parecida a la de los refugiados, pero todavía no definida completamente. En ambos textos, no se confiere una condición legal especial para los desplazados internos diferentes de los demás nacionales del Estado en cuestión. El párr. 1 de los Principios Rectores¹⁰ y *mutatis mutandi* el apartado k) del art. 1 de la Convención de Kampala los describe de la forma siguiente:

«Los desplazados internos son personas o grupos de personas que se han visto forzadas u obligadas a escapar o huir de su hogar o de su lugar de residencia habitual, en particular como resultado o para evitar los efectos de un conflicto armado, de situaciones de violencia generalizada, de violaciones de los derechos humanos o de catástrofes naturales o provocadas por el ser humano, y que no han cruzado una frontera estatal internacionalmente reconocida».

Cuando la situación de los desplazados internos es «forzada» en razón de motivaciones políticas o de situaciones de otra naturaleza, como las catástrofes naturales, los conflictos bélicos, la violación sistemática o masiva del Derecho internacional de los derechos humanos o la vulneración del Derecho internacional humanitario, el desplazamiento interno tiene especial interés debido a razones de diverso tipo: al intento de una categorización jurídica¹¹, a la existencia de un estatuto jurídico de los desplazados internos no del todo determinado¹² o a la identificación de las normas internacionales aplicables en cada situación. De hecho, hasta la adopción de los Principios Rectores —de los que hablaremos más tarde—, existían grandes vacíos y lagunas jurídicas en cada situación en relación con este colectivo tan numeroso.

A diferencia de los refugiados, al no haber abandonado el país del que son nacionales, los desplazados internos siguen siendo titulares de los mismos derechos que disfrutaban las demás personas de su país, sin tener en cuenta que estos seres humanos tienen necesidades especiales. Los desplazados internos, al permanecer en el territorio del que son nacionales, se hallan expuestos a mayores peligros. Algunos han abandonado su hogar o incluso la tierra en la que estaban enraizados. Otros desplazados internos son desposeídos de su medio de vida (tierras, ganado, pesca, etc.). Muchos desplazados internos prueban suerte y se ven obligados a trasladarse a lugares aislados, poco seguros o incluso inhóspitos. No es raro encontrar también que ciertos desplazados internos sean testigos o víctimas de violencia como el asesinato, la violación, el reclutamiento forzado a grupos armados o padezcan el trabajo forzado, casi en régimen de esclavitud. Con frecuencia, los desplazados internos pueden encontrarse separados de su familia o temer por la seguridad de los miembros de ésta. Otros desplazados internos se ven obligados a huir sin la documentación que acredite su estado civil o su nacimiento, lo que puede

¹⁰ E/CN.4/1998/53/Add.2, adición, párr. 2, p. 5.

¹¹ Sobre este particular, véase especialmente CIRERA FORTEA, M. T., *Los desplazados internos: un problema internacional. Hacia un estatuto jurídico de los desplazados internos*, Barcelona, Asociación para las Naciones Unidas, 2006.

¹² En cada país, los desplazados internos tienen unas características diferentes y, en otros, ni siquiera existen. No hay todavía un estatuto jurídico estandarizado.

dificultar su acceso a los servicios sociales más básicos como la educación, la alimentación, el cobijo o alojamiento básico, el vestido adecuado, los servicios médicos o de saneamiento indispensables o también la libre circulación por el país del que son nacionales. En ocasiones, la situación se agrava con el tiempo porque se perpetúa *sine die*. Por este motivo, se dificulta la reconstrucción de las vidas de los desplazados internos. En definitiva, los desplazados internos son lo contrario a los extranjeros: intervienen en una situación de ausencia de fronteras, pero padecen la desprotección de su propia nacionalidad.

2. LOS DESPLAZADOS INTERNOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Al comienzo de la década de los años noventa, el incremento de conflictos internos y la consiguiente proliferación de desplazados internos condujo a la Organización de las Naciones Unidas a examinar con detenimiento esta situación, si bien el fenómeno no era completamente nuevo. La Comunidad Internacional mostró una honda preocupación por estas personas y se pensó en la necesidad de tomar medidas jurídicas de solución al problema. En concreto, la Comunidad Internacional prestó especial atención al diferente trato, asistencia y protección que deberían percibir los desplazados internos frente a los refugiados que cruzan las fronteras. De hecho, con frecuencia —como ya hemos señalado—, la situación de los desplazados internos es análoga a la de los refugiados.

La situación determinó que en 1992, el secretario general de la ONU, presentara un informe a la Comisión de Derechos Humanos¹³ por la que se nombró un representante sobre la cuestión de los desplazados internos, el sudanés Francis M. Deng¹⁴. A este representante se le confió inicialmente un mandato por un año para analizar las causas y las consecuencias de los desplazamientos internos, el estatuto de las personas internamente desplazadas en Derecho internacional, el grado de protección que les conceden las normas internacionales existentes, así como la forma de mejorar su protección y asistencia¹⁵. Desde que la ONU focalizara por primera vez su atención por las crisis de los desplazados internos, muchas Organizaciones Internacionales, organismos internacionales y Organizaciones No Gubernamentales apoyaron una ampliación de aquel mandato hasta 2004¹⁶, así como el alcance de

¹³ Resolución 1992/73, de 5 de marzo, de la Comisión de Derechos Humanos.

¹⁴ A lo largo de estos años han sido designados sucesivamente como representantes del secretario general en materia de los desplazamientos internos varios expertos: primero, Francis M. Deng (1992-2004), segundo, Walter Kälin, profesor de la Universidad de Berna (2004-2010) y, tercero y último hasta ahora, Chaloka Beyani (desde 2010 hasta hoy).

¹⁵ Véanse las Resoluciones 50/195, de 22 de diciembre de 1995, y 1996/52, de 19 de abril de 1996, adoptadas por la Comisión de Derechos Humanos y por la Asamblea General, respectivamente.

¹⁶ Doc. N.U./48/, de 9 de noviembre de 1993, p. 1.

En cumplimiento de la Resolución 2004/55 de la Comisión de Derechos Humanos, el secretario general nombró a Walter Kälin como representante del secretario general para los derechos de las personas internamente desplazadas.

sus actividades para hacer frente con mayor eficacia a los problemas de los desplazamientos internos¹⁷.

Paulatinamente, los Gobiernos se han hecho más receptivos a la hora de reconocer su responsabilidad primaria de proteger y de asistir a sus nacionales, desvinculándose del sacrosanto principio de no intromisión en los asuntos internos, ante su obligación de cumplir y velar por la existencia del Derecho internacional de los derechos humanos, en tanto obligación *erga omnes*. En virtud de esta obligación, quiere entenderse que todo Estado tiene un interés legítimo en la protección de las personas que se encuentran en su territorio cualquiera que sea su nacionalidad. La soberanía es concebida como responsabilidad del bienestar de esta población por lo que resulta legítimo que, desde el sistema de Naciones Unidas, se hayan ido preparando instrumentos para verificar el cumplimiento de las obligaciones que comporta el trato a las personas que se encuentran bajo su jurisdicción y se hayan propuesto fórmulas para mejorar el desempeño por las autoridades estatales de esta tarea. Ello determina que, cuando las autoridades nacionales no pueden hacer frente por falta de medios al fenómeno migratorio de los desplazados internos, progresivamente las autoridades de acogimiento se han ido mostrando cada vez menos reacias a solicitar asistencia a la Comunidad Internacional, desvinculándose en tal supuesto de su firme adhesión a la doctrina de la soberanía nacional. No fue hasta ese momento cuando entran en acción los organismos o las agencias internacionales humanitarias con el fin de prestar ayuda, asistencia y protección a los desplazados internos y a los refugiados. Sin embargo, es lamentable constatar que la normativa y las instituciones con las que podría contar la Comunidad Internacional al respecto eran todavía deficientes, aunque hubiera estado animada por buenos propósitos en su pretensión de responder con plena eficacia al problema.

En 1996, el segundo paso fue la compilación y el análisis de las normas jurídicas aplicables a los desplazados internos. Esta compilación de normas internacionales se presentó a la Comisión de Derechos Humanos en 1996¹⁸. Hecho público este texto, cincuenta expertos independientes pusieron sobre la mesa los Principios Rectores en un congreso que contó con la colaboración de Organizaciones regionales e internacionales, Organizaciones No Gubernamentales humanitarias y de derechos humanos, grupos de defensa de la mujer y de la infancia. Este congreso se celebró en Viena; lo presidió el Gobierno austríaco, uno de los principales patrocinadores del documento. La Comisión de Derechos Humanos aprobó, en abril de 1997, la Resolución 1997/39¹⁹ en la que tomaba nota de la preparación de los Principios Rectores. Los trabajos concluyeron un año después. En 1998, el representante sobre las cuestiones de los desplazados internos, el citado Francis M. Deng, presentó su informe

¹⁷ Doc. N.U.E/CN.4/2005/84.

¹⁸ E/CN.4/1996/52/Add. 2.

¹⁹ E/CN.4/1998/52/Add. 2.

ante la ONU. Este informe contiene como adición el listado de treinta Principios Rectores de los desplazados internos²⁰.

Al poco tiempo, algunos Gobiernos liderados por Egipto, Sudán y la India se hicieron oír. Estos Estados empezaron a cuestionar la condición de los Principios Rectores y a plantear si su desarrollo por actores no gubernamentales supondría o no un precedente preocupante. Para aplacar sus temores, el Gobierno suizo presidió varios encuentros que se iniciaron en 2001. A su término, los Gobiernos discrepantes acabaron por abandonar sus reservas y expresaron su apoyo a los Principios Rectores. En concreto, se recordó a los grupos de redactores que el documento en gran parte compilaba y reformulaba temas ya negociados y acordados por los Gobiernos. También se dejó influir por numerosos Gobiernos el Grupo de los 77, un grupo de países que también acabó por descubrir en este documento una valiosa herramienta para afrontar el desplazamiento interno en sus respectivos territorios. El Proyecto BROOKINGS sobre el Desplazamiento Interno²¹ colaboró muy activamente con Organizaciones Internacionales, regionales y con la sociedad civil organizada de todo el mundo para recabar el reconocimiento internacional de los Principios.

De forma deliberada, la redacción de este texto se atribuyó no a los Estados —lo que es habitual—, sino a un grupo de expertos jurídicos internacionales²², que trabajaron en colaboración con agencias internacionales y Organizaciones No Gubernamentales. Un punto controvertido fue decidir qué forma jurídica se iba a dar a las reglas aplicables a los desplazamientos internos, si se les daba forma de declaración o si se les daba forma de tratado internacional²³. Al final, se adoptaron unas normas de *soft law* aplicables universalmente ya que éstas reafirman normas consuetudinarias, el Derecho internacional de los derechos humanos y el Derecho internacional humanitario vigente en la materia. El equipo de expertos identificó áreas significativas en las cuales el Derecho existente falla a la hora de proporcionar una base adecuada para la protección y asistencia a los desplazados internos. Los Principios Rectores han sido recogidos en una resolución de la Comisión de Derechos Humanos²⁴ de manera que recalcan la autoridad moral que están

²⁰ E/CN.4/1998/53/Add. 2, adición que contiene los Principios Rectores. La base jurídica de cada PR se estableció en las anotaciones a los Principios Rectores escritos por Walter Kälin. Véase KÄLIN, W., «Guiding Principles on International Displacement: Annotations», *Studies in Transnational Legal Policy*, 2.^a ed., 38, 2008 (The American Society of International Law y el Proyecto BROOKINGS-Berna sobre los desplazados internos. Disponible en <http://www.asil.org/pdfs/stlp.pdf>).

²¹ <http://www.brookings.edu/projects/idp.aspx>.

²² Fue la primera vez que un grupo de expertos ejercía esta labor, en detrimento de los Gobiernos.

²³ Otro punto de discusión fue determinar la forma más conveniente para compilar las reglas relativas a la protección y la asistencia de los desplazados internos. Mientras que los juristas norteamericanos defendían un planteamiento basado en empezar por la identificación de los derechos y garantías de los desplazados internos, para luego discutir su forma jurídica; los europeos presentaron un planteamiento más conservador. Los europeos proponían estudiar exclusivamente las normas de *hard law* en la materia. La decisión sobre la identificación de los derechos recayó en Walter Kälin, que supo conciliar ambas perspectivas. El informe resultante fue presentado en dos partes por Francis M. Deng ante la Comisión de Derechos Humanos en 1996 y en 1998.

²⁴ Los Principios Rectores fueron presentados a la Comisión de Derechos Humanos en su 54.º período de sesiones de 1998. Véase (E/CN.4/1998/53/Add. 2) como una adición a su informe anual.

infundiendo entre los Estados, las Organizaciones No Gubernamentales y los organismos que prestan ayuda humanitaria.

Estos Principios Rectores son relevantes para el trabajo de las autoridades nacionales, de los agentes no gubernamentales, de las agencias internacionales y de las Organizaciones No Gubernamentales (párr. 3 de los Principios Rectores)²⁵. Los Principios Rectores enuncian especialmente derechos y proporcionan cierta seguridad jurídica para los desplazados internos. En concreto, los Principios Rectores confieren a éstos el derecho a morar con seguridad y dignidad durante el desplazamiento y les atribuye también el derecho al retorno o la posibilidad de un reasentamiento sin peligro, así como su reintegración en otro lugar diferente de su vivienda habitual (apdo. 1 de los Principios Rectores)²⁶.

Para concederles más autoridad, con los Principios Rectores, se procedió del siguiente modo. Estos Principios Rectores no contradicen en modo alguno la normativa internacional de derechos humanos, ni el Derecho internacional humanitario, ni el de carácter consuetudinario (apdo. 3 de los Principios Rectores). Contrariamente a ello, los Principios Rectores se sirven y se apoyan en la normativa existente. Los Principios Rectores operan a modo de recopilación, síntesis y sistematización de aquellas normas que se encuentran dispersas en una amplia variedad de textos internacionales, tienen carácter consuetudinario, o son principios generales de Derecho internacional; de ahí que haya resultado complicada la labor de identificación, ya que se trata de derechos difusos y periféricos a la hora de conceder protección y asistencia a los desplazados internos. En consecuencia, los Principios Rectores reafirman el valor de las normas aplicables, aclaran ambigüedades y, tratan de colmar lagunas. Dichas disposiciones se aplican durante todas las fases del desplazamiento²⁷.

En nuestra opinión, los Principios Rectores son altamente positivos ya que pretenden ser una declaración de carácter persuasivo y preventivo que aportan una orientación práctica a los operadores en su trabajo y una claridad jurídica que anteriormente se veía enturbiada por el carácter disperso de las normas aplicables. Al mismo tiempo, estas disposiciones educan y se proponen concienciar sobre la problemática de los desplazados internos en particular. Los Principios Rectores tratan de prevenir, que no curar, respecto de los desplazamientos arbitrarios (apdo. 1 del Principio Rector 5)²⁸. Para ello, los desplazados internos retienen una amplia gama de derechos económicos, sociales culturales, cívicos y políticos, incluyendo el derecho a la asistencia humanitaria básica.

²⁵ E/CN.4/1998/53/Add. 2, p. 5.

²⁶ *Ibid.*, p. 5.

²⁷ La adición de los Principios Rectores está estructurada en secciones. Tras indicar los aspectos generales de los Principios Rectores en la sección primera; en la sección segunda, se enumeran los Principios básicos de todo desplazado; la sección tercera enuncia los Principios relativos a la protección durante el desplazamiento; la sección cuarta contiene los Principios relativos al regreso, el reasentamiento y la reintegración de los desplazados internos.

²⁸ E/CN.4/1998/53/Add. 2, p. 5.

Los Principios Rectores, igual tratan el tema del alimento, como lo hacen sobre los medicamentos, el alojamiento, el agua y su abastecimiento o, el derecho a estar protegido frente a la violencia física. Se trata de evitar, en la medida de lo posible, que los desplazados internos se vean obligados a optar por dejar su hogar contra su voluntad o incluso a abandonar su país de origen. A tenor de la aplicación del art. 13 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, se prohíbe de forma absoluta la aplicación de la limpieza étnica, el *apartheid* y los desplazamientos utilizados como castigo colectivo [apdo. 2.a) del Principio Rector 6]²⁹. La protección existente en tiempo de guerra supone la prohibición del desplazamiento a menos que se pueda demostrar la necesidad de ofrecer seguridad a la población afectada por razones militares o de seguridad [apdo. 2.c) del Principio Rector 10]. También se insiste en el hecho de que la aplicación de los Principios Rectores no afecta a la responsabilidad penal del individuo con arreglo al Derecho internacional, en particular en relación con el delito de genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra (párr. 2 del Principio Rector 1).

El desplazamiento se concibe como excepción; por ello, la carga de la prueba corresponde a las partes en conflicto (según prevé el art. 17 del Protocolo II de Ginebra de 1949 y reafirma el Principio Rector 12). Durante un conflicto, trasladar a las personas puede ser la mejor forma y más humanitaria para salvaguardar su integridad física, pero es el último recurso. Se especifica también para proteger a los desplazados internos que es importante recabar la opinión de éstos sobre su destino. Este hecho supone que hay que consultar con ellos e identificar alternativas posibles (apdo. 2 del Principio Rector 28).

Durante el desplazamiento, para minimizar su alcance, los Principios Rectores establecen que: no se pueden violar los derechos de los desplazados internos a la vida (Principio Rector 12); a la dignidad y a la integridad física, mental o moral (Principio Rector 11); a la libertad y la seguridad personal (Principio Rector 12); al derecho a la libertad y seguridad personales (Principio Rector 12); al derecho a la libertad de circulación y a la libertad de escoger su residencia (Principio Rector 13); al derecho a conocer el destino y paradero de sus familiares desaparecidos (Principio Rector 16); al derecho a su vida familiar (Principio Rector 17); al derecho a un nivel de vida adecuado (Principio Rector 18); al derecho a su propia personalidad jurídica (Principio Rector 21); al derecho a propiedad o a sus posesiones (Principio Rector 23), y al derecho a la educación (Principio Rector 23). Las autoridades deben brindar y ofrecer alojamientos adecuados y no separar a las familias.

Resumiendo, cuatro son los Principios Rectores básicos: 1. La igualdad de los derechos e igualdad de obligaciones que el resto de los nacionales del país (apdo. 1 del Principio Rector 1); 2. Su aplicación universal (apdo. 1 del enunciado titulado «Principios Rectores de los desplazados internos: introducción: alcance y finalidad» y apdo. 1 del Principio Rector 2) y sin discrimi-

²⁹ E/CN.4/1998/53/Add. 2, p. 6. En relación con las siguientes reglas existentes en los Principios Rectores véanse las pp. 8, 5, 9 14, 9, 10, 11, 5, 6 y 13, respectivamente.

nación (apdo. 1 *in fine* del Principio Rector 1), de tal forma que los Principios Rectores son aplicables universalmente en la medida en que reafirman normas de Derecho internacional ya existente; 3. Derecho a la búsqueda y disfrute de asilo en otros países (apdo. 2 del Principio Rector 2), y 4. Soberanía entendida como responsabilidad (apdo. 1 del Principio Rector 3, y Principio Rector 25), de la que hablaremos más adelante.

Transcurridos tres lustros desde su publicación en un informe de 1998 al ECOSOC, el secretario general de la ONU calificó los Principios Rectores como «uno de los logros más importantes en el área humanitaria». Desde entonces, los jefes de Estado y de Gobierno, reunidos en la Cumbre mundial de 2005 han recogido los Principios Rectores como «un marco internacional de importancia para proteger a las personas desplazadas dentro de los países»³⁰. El secretario general de la ONU apuntó su preocupación por la suerte de los desplazados internos al afirmar que «[...] gran parte de África, sobre todo al Sur del Sáhara, sigue sufriendo los trágicos efectos de conflictos violentos y persistentes, la extrema pobreza y las enfermedades. Unos 2,8 millones de refugiados, y la mitad de los 24,6 millones de personas internamente desplazadas que hay en el mundo, son víctimas de los conflictos y los trastornos de África. África sigue yendo a la zaga del resto de países en desarrollo en el logro de los objetivos del Milenio»³¹.

Los Principios Rectores se han convertido en referencia clave para el desarrollo del marco normativo de protección de los desplazados internos que recogen la legislación y las políticas nacionales. Tal es el caso de ciertos países como Angola, Burundi, Sierra Leona, Liberia, Uganda y Sudán. Otros países están aún en proceso de desarrollar su normativa nacional en materia de protección y asistencia a los desplazados internos.

Sin embargo, no existe un organismo específico que se ocupe exclusivamente de proteger y ayudar a los desplazados internos. Los organismos que se mencionan a continuación tienen la responsabilidad de coordinar la respuesta en situaciones especiales. En caso de emergencia, el Alto Comisionado para los Derechos Humanos actúa como líder de grupo en materia de protección, alojamiento de emergencia y en gestión y coordinación de los campos; el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo interviene para la recuperación temprana. En casos de desastre natural, la coordinación internacional se atribuye a la Organización Internacional de Migraciones, y el alojamiento de emergencia es competencia de la Federación Internacional de la Cruz Roja. La responsabilidad de brindar protección en zonas de desastre o en otras situaciones que requieren respuesta de protección, se decide con la consulta a dos organismos de Naciones Unidas (Alto Comisionado para los Derechos Humanos y UNICEF) según cada caso.

³⁰ Véase la Resolución 60/1, de 24 de octubre de 2005, titulada «Documento final de la Cumbre de 2005», A/RES/60/1.

³¹ Véase el informe del secretario general, de 21 de marzo de 2005, titulado «Un concepto amplio de libertad: desarrollo, seguridad y derechos humanos para todos», A/59/2005, p. 26.

3 LA RESPONSABILIDAD DE PROTEGER APLICADA A LOS DESPLAZAMIENTOS INTERNOS

Al final de la década de los noventa del siglo xx, se produjo simultáneamente una nueva percepción del concepto básico del Derecho internacional: el de la soberanía. Este concepto, al combinarlo con la situación de los desplazados internos, empezó a presentar unas características singulares. A raíz de la propuesta presentada en 2001 por la Comisión Internacional sobre la Intervención y Soberanía Estatal (ICISS)³², se insistió en que la finalidad de la soberanía no sólo sirve para generar derechos a los Estados³³, sino que ésta se puede proyectar desde la perspectiva de la responsabilidad del Estado soberano. Se dio forma a la idea de que, por el hecho de ser soberanos, los Estados no gozan de extensos derechos —casi ilimitados— ni sobre los extranjeros que se encuentren en su territorio, ni sobre sus propios nacionales a los que deben proteger y amparar como desde hace tiempo determina el Derecho internacional general. A todas estas personas, el Estado debe asegurar la protección y la asistencia ante la vigencia del Derecho internacional de los derechos humanos en tiempos de paz, y del Derecho internacional humanitario en aquellos casos en que éste esté vigente.

En esta nueva visión del Derecho internacional, la soberanía, sin perder su naturaleza nuclear para este ordenamiento jurídico internacional e interno, se encuentra erosionada y matizada por el desarrollo que ha tenido la Carta de Naciones Unidas que se ha reconocido a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y de otros tantos tratados en materia de derechos humanos. Se trata de una renuncia de la Comunidad Internacional a inmiscuirse en los asuntos internos con el objetivo de verificar la existencia de causas generadoras de éxodos masivos forzados.

El problema se plantea cuando un Estado o no puede o no quiere asumir esta responsabilidad. En tal caso, dicha responsabilidad corresponde a la Co-

³² Véase <http://responsibilitytoprotect.org/ICISS%20Report.pdf>. Sobre el particular, a mayor abundamiento, véanse entre otros en la doctrina española BERMEJO GARCÍA, R., «El genocidio en Ruanda diez años después: una vergüenza para la comunidad internacional a la luz del principio de la responsabilidad de proteger», en CAFLISH, R., BERMEJO GARCÍA, R., DIEZ-HOCHLEITNER RODRÍGUEZ, C. y GUTIÉRREZ ESPADA, C., *El Derecho internacional: normas, hechos y valores: liber amicorum José Antonio Pastor Ridruejo*, Madrid, Universidad Complutense (Facultad de Derecho), 2005, pp. 265-286, y CERVELL HORTAL, M. J., *Naciones Unidas, Derecho internacional y Darfur*, Granada, Comares (colección «Ciencia jurídica y Derecho internacional», núm. 21), 2010; CERVELL HORTAL, M. J. y GUTIÉRREZ ESPADA, C., *Nacimiento, auge y decadencia del principio de la responsabilidad de proteger*, Granada, Comares, 2014, etcétera.

³³ Esta perspectiva conservadora fue formulada por la CPJI, en 1928, en el bien conocido asunto *Isla de Palmas* cuando señaló que «la soberanía en las relaciones internacionales significa independencia. La independencia en relación con una parte del globo es el derecho a ejercer en ésta las funciones estatales, con exclusión de cualquier otro Estado». Bien es sabido que esta perspectiva ha sido en gran parte superada. Se ha ampliado el concepto de la soberanía estatal ante la constatación de la existencia de otros sujetos de Derecho internacional como las Organizaciones Internacionales y de la existencia de otros límites nacidos en el marco del Derecho internacional determinado. Esta situación cabe combinarla con la existencia de la intangibilidad del principio de intervención en los asuntos internos de los Estados. Aun así, no es raro encontrar Estados que se aferren todavía a esta percepción de la soberanía tan restrictiva. Fue una percepción que dominó especialmente el periodo de la Guerra Fría.

munidad Internacional. Esta idea está recogida de forma explícita en dos Principios Rectores: de forma general, en el Principio Rector 3³⁴ y, de forma específica —referida a la prestación de ayuda humanitaria—, en el Principio Rector 25.

«*Principio Rector 3.* 1. Las autoridades nacionales tienen la obligación y la responsabilidad primarias de proporcionar protección y asistencia humanitaria a los desplazados internos que se encuentren en el ámbito de su jurisdicción.

2. Los desplazados internos tienen derecho a solicitar y recibir protección y asistencia de estas autoridades. No serán perseguidos ni castigados por formular esa solicitud».

«*Principio Rector 25.* 1. La obligación y responsabilidad primarias de proporcionar asistencia humanitaria a los desplazados internos corresponde a las autoridades nacionales.

2. Las organizaciones humanitarias internacionales y otros partícipes competentes tienen derecho a ofrecer sus servicios en apoyo de los desplazados internos. Este ofrecimiento no podrá ser considerado como acto inamistoso ni como injerencia en los asuntos internos del Estado y será examinado de buena fe. Su aceptación no podrá ser retirada arbitrariamente, en particular cuando las autoridades competentes no puedan o no quieran proporcionar la asistencia humanitaria.

3. Todas las autoridades competentes concederán y facilitarán el paso libre de la asistencia humanitaria y permitirán a las personas que prestan esa asistencia un acceso rápido y sin obstáculos a los desplazados internos».

Desde que fueron adoptados los Principios Rectores sobre los desplazados internos en 1998, éstos se han convertido en normas internacionales aceptadas en el ámbito del desplazamiento interno. Además, cada vez más son los propios Estados los que incorporan en su legislación interna estos Principios (por ejemplo, Colombia o Uganda). De esta forma, los Principios Rectores han pasado a convertirse en parámetro de referencia utilizado por los actores humanitarios y los activistas de los derechos humanos que se ocupan de estos asuntos. Se está consiguiendo incluso que los propios desplazados internos empiecen a tomar conciencia de sus propios derechos. Con todo, siguen existiendo países afectados por los desplazamientos internos que no han adoptado legislación interna al respecto y en ellos, las personas que padecen esta situación no son conscientes de sus derechos (por ejemplo, en la República Democrática del Congo, en Sudán o en Afganistán). Desde las instancias internacionales —sobre todo desde la ONU— se han hecho reiterados llamamientos para que los Gobiernos compartan sus experiencias y asuman sus responsabilidades.

³⁴ E/CN.4/1998/53/Add. 2, pp. 6 y 13, respectivamente.

4. LA LABOR DE LA CONFERENCIA INTERNACIONAL DE LA REGIÓN DE LOS GRANDES LAGOS REFERIDA A LOS DESPLAZADOS INTERNOS

La Conferencia Internacional de la Región de los Grandes Lagos³⁵ fue creada en el año 2006 a instancias de la Secretaría General de la ONU y de la UA. La conferencia diplomática que la puso en marcha se celebró en Nairobi (Kenia). La CIRGL nació con el propósito de poner fin a los conflictos ocurridos en la Región de los Grandes Lagos al final de la década de los noventa. Aunque el punto de inflexión se alcanzó con el genocidio en Ruanda de 1994, este área geográfica también experimentó el azote particularmente severo y sangriento de toda una serie de conflictos —como la llamada «Primera Guerra Mundial de África» de 1998³⁶— que involucró a siete países limítrofes de los Grandes Lagos³⁷. El resultado de todos estos conflictos se tradujo en un desastre humanitario de grandes proporciones, que determinó una tremenda inestabilidad política, económica y social de toda la región, en condiciones de amenazar la paz y la seguridad en la zona³⁸. La celebración de la CIRGL reconocía la dimensión regional de los conflictos, al tiempo que ponía de manifiesto la necesidad de un esfuerzo concertado con vistas a lograr la paz. Los Estados miembros de la CIRGL eran y son: Angola, Burundi, la República Centroafricana, la República del Congo, la República Democrática del Congo, Kenia, Uganda, Ruanda, Sudan, Tanzania, Zambia y Sudan del Sur.

En el año 2000, el Consejo de Seguridad de la ONU en sus Resoluciones 1291³⁹ y 1304⁴⁰ animó y promovió la organización de una conferencia internacional sobre la paz, la democracia y el desarrollo en la Región de los Grandes Lagos. El 20 de noviembre de 2004, los esfuerzos se concretaron con la adopción por parte de los jefes de Estado de la Declaración sobre la

³⁵ Véase <http://www.icglr.org/>.

³⁶ Véase, por ejemplo, VACAS FERNÁNDEZ, F. y PARDO DE SANTAYANA, J., *El conflicto de los Grandes Lagos*, Madrid, Ministerio de Defensa (colección «Conflictos internacionales contemporáneos», núm. 1), 2005, 143 pp., y CERVERA VALLTERRA, M., «El caso de la República Democrática del Congo: efectos perversos de la globalización en un estado fallido», *Anuario de Derecho Internacional*, 2014, pp. 87-138; CHANDRA LEKHA, S., MARTÍN-ORTEGA, O. y HERMAN, J., «Democratic Republic of Congo», *War, conflict and human rights: theory and practice*, 2.ª ed., Londres y Nueva York, Routledge, 2014.

³⁷ Si de un lado estaban Burundi, Ruanda y Uganda; en apoyo de la República Democrática del Congo acudieron tropas de Zimbabue, Angola, Namibia, Chad y Sudán. Este conflicto internacional se prolongó oficialmente entre agosto de 1998 y junio de 2003, y de él todavía subsiste la acción armada contra la población civil.

³⁸ Resolución 1254, de 9 de abril de 1999, S/RES/1234.

³⁹ Resolución 1291, de 24 de febrero de 2000, S/RES/1291 (2000). Con esta resolución, habiendo sido creada con anterioridad —mediante la Resolución 1254— la Operación de Naciones Unidas en la República Democrática del Congo (MONUC, 1999-2010), se atribuyó el uso de la fuerza a dicha misión sobre la base del capítulo VII de la Carta siempre que fuera en defensa de la propia misión. Con esta Resolución, el Consejo de Seguridad transformó el mandato inicial de MONUC para favorecer el desarme voluntario de los grupos armados de la República Democrática del Congo en un mandato enmarcado en el capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas. Los efectivos de las Naciones Unidas se ampliaron a 5.537 efectivos. A esta misión, le ha seguido otra misión de Naciones Unidas: la Misión de Estabilidad en la República Democrática del Congo (MONUSCO) iniciada en 2010 y que hoy sigue operativa.

⁴⁰ Resolución 1304, de 16 de junio de 2000, S/RES/1304.

paz, la seguridad y el desarrollo en la Región de los Grandes Lagos en Dar es-Salaam (Tanzania). Esta declaración recogía la voluntad política de atajar las causas profundas de los conflictos y los obstáculos para el desarrollo con una perspectiva regional innovadora. Dos años después de la adopción de esta Declaración, los jefes de Estado y de Gobierno se congregaron de nuevo en Nairobi para firmar entre el 14 y el 15 de diciembre de 2006 el Pacto sobre la seguridad, la estabilidad y el desarrollo en la Región de los Grandes Lagos. Este Pacto tiene una importancia significativa y es la base de la acción de la UA y de la CIRGL en cuanto a la búsqueda de soluciones políticas y jurídicas para la Región de los Grandes Lagos. Consta de varios documentos: la propia Declaración de Dar es-Salaam y, varios Protocolos⁴¹ y Programas de acción⁴². La adopción de este Pacto acaba la primera fase preparatoria de actuación y abre la nueva puesta en marcha de una Secretaría Ejecutiva de la CIRGL⁴³ con sede en Bujumbura (Burundi). La Secretaría se inauguró en mayo de 2007. La CIRGL se basa en una estructura institucional *ad hoc* que descansa sobre varias instituciones: un mecanismo regional de seguimiento (art. 22 de la Declaración); una cumbre que opera como órgano supremo de la CIRGL, que se reúne cada dos años y toma las decisiones más importantes mayoritariamente por consenso (art. 23 de la Declaración); un órgano ejecutivo, llamado comité interministerial regional, que presenta un informe periódico ante la cumbre cada dos años (art. 24 de la Declaración); un grupo *ad hoc* de expertos que prepara informes especiales sobre problemas específicos de los

⁴¹ Estos protocolos son: un protocolo sobre la no agresión y la defensa mutua en la Región de los Grandes Lagos (art. 5 de la Declaración), un protocolo sobre la democracia y la buena gobernanza (art. 6 de la Declaración), un protocolo sobre la cooperación judicial (art. 7 de la Declaración), un protocolo sobre la prevención y la represión del crimen del genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad y de todas las formas de discriminación (art. 8 de la Declaración), un protocolo sobre la lucha contra la explotación ilegal de los recursos naturales (art. 9 de la Declaración), un protocolo sobre la zona específica de reconstrucción y desarrollo (art. 10), un protocolo sobre la prevención y la represión de la violencia sexual contra las mujeres y niños (art. 11 de la Declaración), un protocolo sobre la protección y asistencia de las personas desplazadas (art. 12 de la Declaración), un protocolo sobre los derechos de la propiedad de los repatriados (art. 13 de la Declaración), un protocolo sobre la gestión de la información y de la comunicación (art. 14). Se da a entender, en el art. 15, que los Estados acuerdan que otros protocolos adoptados con posterioridad también formarán parte del Pacto y entrarán en vigor según las reglas establecidas en el art. 33.

⁴² Los programas de acción son cuatro: un programa de acción por la paz y la seguridad (art. 27 de la Declaración), un programa de acción para la democracia y la buena gobernanza (art. 18 de la Declaración), un programa de acción por el desarrollo económico y la integración regional (art. 19 de la Declaración) y un programa de acción sobre los temas humanitarios, sociales y medioambientales (art. 20 de la Declaración). Este último es el más interesante a los efectos de los desplazados internos y los refugiados ya que, entre otros, obliga a los Estados de acogimiento a identificar, desarmar, separar y acoger los elementos armados o los obliga a adoptar otras medidas que neutralizarlos, tal y como establece el Derecho internacional humanitario y el Derecho consuetudinario aplicable. En este plan de acción se presta especial atención al problema del retorno y a la reintegración de los refugiados y de los desplazados internos.

⁴³ La Secretaría Ejecutiva de la CIRGL efectúa labores de coordinación, facilita, gestiona y pone en marcha el Pacto para garantizar la puesta en marcha de las condiciones de paz, seguridad, estabilidad política y desarrollo en los Grandes Lagos. Su programa principal versa sobre los siguientes aspectos: paz y seguridad; democracia y buena gobernanza; desarrollo económico e integración regional; y temas humanitarios y sociales. En el marco de este programa se adoptan temas transversales vinculados al género, al medio ambiente, a los derechos humanos y al SIDA.

Estados miembros y un fondo especial para la reconstrucción y el desarrollo en colaboración con el Banco Africano de Desarrollo (art. 21 de la Declaración).

De todos los documentos adoptados en el seno de la CIRGL, cabe resaltar a los efectos de los desplazados internos, dos Protocolos: el Protocolo sobre la protección y asistencia de las personas desplazadas en el interior del país del que son nacionales y el Protocolo sobre la propiedad de los repatriados. Con estos dos textos, se pretendió reforzar la asistencia y la protección de los desplazados internos en tanto en cuanto colectivo especialmente vulnerable. El primero de estos Protocolos (art. 12 de la Declaración) tiene la particularidad de hacer suyo y recoger como anexo los Principios Rectores sobre desplazados internos adoptados por Naciones Unidas en 1998, lo que les confiere una fuerza jurídica, si bien no vinculante, marco de referencia jurídica de primer orden. En este protocolo, se subraya la responsabilidad de los Estados sobre el bienestar de sus propios nacionales y les atribuye toda una serie de obligaciones al respecto (art. 3 del Protocolo). Para completar este protocolo, se adoptó otro relativo a los derechos de propiedad de los repatriados (art. 13 de la Declaración), que proporciona garantías jurídicas para los desplazados internos repatriados a fin de que puedan recuperar sus bienes y así asegurarles el retorno a su residencia de origen. En este protocolo, incluso se determinó la creación de un marco jurídico destinado a resolver las controversias que favorezcan la recuperación de sus bienes y propiedades anteriores, y que pertenezcan a los repatriados. Queremos destacar en todo caso que la labor de la CIRGL ha sentado un precedente fundamental y simultáneo en la actuación posterior llevada a cabo por la UA.

5. PERSPECTIVAS DE FUTURO Y CONSIDERACIONES FINALES: LA CONVENCIÓN DE LA UNIÓN AFRICANA PARA LA PROTECCIÓN Y LA ASISTENCIA DE LOS DESPLAZADOS INTERNOS EN ÁFRICA (CONVENCIÓN DE KAMPALA)

África es seguramente el ámbito geográfico más convulsionado desde el final de la Guerra Fría por conflictos de tipo colonial o como resultado del intervencionismo de las grandes potencias. Esto explica que la Organización de la Unión Africana —ahora Unión Africana— haya sido de nuevo pionera en relación con los movimientos de personas vulnerables⁴⁴. Como ya ocurriera con los refugiados en 1969, la UA, adelantándose al tiempo, ha aprobado la primera convención vinculante en materia de protección y asistencia a los

⁴⁴ En 2012, más de un tercio de los 28,8 millones de desplazados internos en todo el mundo vivían en África. Los países más afectados por el desplazamiento interno fueron Sudán, la República Democrática del Congo y Somalia. Ello ha supuesto un incremento del 7,5 por 100 frente al año 2011, que contó con 9,7 millones. En 2012, había 10,4 millones de desplazados internos en 18 países del África subsahariana.

desplazados internos de ámbito continental, conocida como Convención de Kampala.

En noviembre de 2012, con la ratificación de Suazilandia —el decimoquinto país en depositar este tipo de instrumento normativo—, se alcanzó el número necesario de países para respaldar la validez de dicha convención como parte del Derecho internacional. La Convención de Kampala entró en vigor el 6 de diciembre de 2012. Así, se culminaba un lento proceso de redacción iniciado cuando se adoptaron los Principios Rectores en el ámbito universal en la ONU pero que en África sigue teniendo especial importancia. Este texto internacional se elaboró coincidiendo con la transformación de la OUA en la UA y su aspiración de revisar y mejorar la eficacia de todos los estatutos y los tratados internacionales de la OUA. El trabajo concreto de elaboración del texto se inició en julio de 2004 con la decisión del Consejo Ejecutivo de la UA de establecer un marco jurídico específico para el problema de los desplazados internos⁴⁵. Este comienzo del trabajo de elaboración del tratado en cuestión se produjo casi coincidiendo con la adopción del Pacto sobre la seguridad, la estabilidad y el desarrollo en la Región de los Grandes Lagos.

La redacción de un proyecto jurídico en la UA para los desplazados internos se encomendó a un experto que ya había trabajado en la elaboración del Protocolo sobre los desplazados internos de la CIRGL: el Sr. Chaloka Beyani. Con esta actuación, se trataba de colmar un vacío jurídico sobre los desplazados internos aplicable a todo el continente africano. Se aprovechó especialmente los logros de la CIRGL. El proyecto de tratado fue presentado por el experto a la Comisión Africana en mayo de 2006; sirvió de punto de partida para la redacción de la Convención de Kampala. Entre 2006 y 2008, cada institución de la UA presentó sus contribuciones (la Conferencia interministerial, el Consejo Ejecutivo, los Estados miembros de la UA, un grupo consultivo de expertos y Organizaciones No Gubernamentales). Su adopción final no se produjo hasta el año 2009 con la firma por parte de los jefes de Estado y de Gobierno de la UA. Era la primera vez que un convenio era adoptado en la UA a través de la celebración de una cumbre especial. La elección de Kampala (Uganda) como lugar de la adopción del texto no fue casual: se debía a que era la ciudad de un Estado especialmente golpeado por los conflictos internos.

Al promover e impulsar este texto internacional, la UA ha intentado proponer soluciones a medio y corto plazo que supongan una mejora real y detallada de las condiciones de vida de los desplazados internos, como población civil más vulnerable puesto que, en el continente africano, los flujos masivos de personas constituyen un verdadero problema (art. 2 de la Convención de Kampala). Sin embargo, no es la primera vez que se han puesto sobre la mesa iniciativas sobre la situación de los desplazados internos en el mundo⁴⁶.

⁴⁵ Doc. U.A. EX.CL/dec. 129 (V) y Doc. UA EX.CL/Dec. 127 (V).

⁴⁶ Los avances realizados en Colombia son particularmente interesantes ya que incluso se ha llegado a integrar el problema de los desplazados internos en el bloque constitucional. Véase SÁNCHEZ

En el momento de su adopción, este texto fue acogido como una realización extraordinaria, como un acervo importante y como una herramienta indispensable. Hasta ahora, la Convención de Kampala es el único tratado destinado a proteger a quienes sufren los conflictos armados y sus consecuencias en su dimensión regional. Este texto pone de relieve la multiplicidad, la complejidad y la interdependencia de las causas del desplazamiento interno, ya se deban a conflictos bélicos, catástrofes naturales como inundaciones y tempestades y —por qué no señalarlo—, por la puesta en marcha de proyectos de desarrollo a gran escala como la construcción de una presa, siempre que entrañe desplazamientos internos.

En este texto, se definen las responsabilidades atribuidas a los diferentes actores implicados en la resolución de este problema y, entre ellos, se alude no sólo a los Estados [apdo. *d*) del art. 2 y arts. 3 a 5 y 9 de la Convención de Kampala] —destinatarios principales—, sino sobre todo a los organismos internacionales, Organizaciones No Gubernamentales (art. 6 de la Convención de Kampala), y lo que es más innovador a los grupos armados [apdo. *e*) del art. 2 y apdo. 5 del art. 7 de la Convención de Kampala] y a los grupos no estatales [apdo. *e*) del art. 2 y art. 24 de la Convención de Kampala y apdo. *n*) del art. 1 de la Convención de Kampala] para que protejan, cuando no socorran o dejen de atacar a los desplazados internos. Entre estos grupos no estatales se encuentran las compañías multinacionales, las Organizaciones Internacionales y las empresas de seguridad privada [apdo. 1.*k*) del art. 3]. Consideramos que la Convención de Kampala posee una relevancia nuclear y un hecho sin precedentes. Se presenta como punto de referencia y de apoyo para los Estados miembros que quieran regular este problema con políticas y leyes de ámbito nacional (apdo. 2 del art. 3). Con la entrada en vigor de este texto, los Estados parte ya no tienen excusas para eludir su obligación de socorrer a quienes huyen de la zona de conflicto. Los Estados deberán incorporar a sus ordenamientos jurídicos las disposiciones de la Convención, establecer un organismo gubernamental [apdo. 2.*b*) del art. 3] encargado de coordinar las actuaciones relacionadas con la protección y asistencia a los desplazados internos, poner en marcha estrategias y políticas sobre el desplazamiento forzado [apdo. 2.*c*) del art. 3], crear un sistema de alerta temprana (apdo. 2 del art. 4) o un sistema de registro de todos los desplazados internos (art. 13). Entre estas obligaciones y prohibiciones, cabe destacar la prohibición expresa de cualquier traslado arbitrario de personas o de un grupo de personas por parte de las autoridades [apdo. 1.*a*) del art. 3 y apdo. 4 del art. 4]. También prohíbe expresamente la exclusión o marginación de un colectivo para forzar su desplazamiento por los motivos ya indicados [apdo. 1.*b*) del art. 3]. Se reglamentan de un modo exhaustivo: se prevén las

MOJICA, B. E., Tesis doctoral titulada «El estatuto constitucional del desplazado interno en Colombia», Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Doctorado en Derecho: programa de derechos humanos, 2007, Madrid (tesis no publicada), y ABRISKETA URIARTE, J., «La población internamente desplazada en Colombia: claves para interpretar la regulación internacional», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2009, núm. 18, pp. 1-28.

causas, se regulan todas las fases de los desplazamientos y se obliga a los Estados a incorporar el contenido esencial de la Convención de Kampala en su legislación interna.

La Convención de Kampala presenta un interesante mecanismo de control: pone en marcha un procedimiento regional de seguimiento de los progresos realizados al tiempo que proporciona información y buenas prácticas en la materia, de tal forma que las instituciones de la UA se convierten en autoridades esenciales para el cumplimiento del Convenio (art. 8). Se atribuye un papel especial de supervisión y cumplimiento de los objetivos de la Convención de Kampala a la Conferencia de los Estados miembros a la que hace referencia el art. 14.

Particularmente, es interesante subrayar que con la Convención de Kampala quedan bajo vigilancia todas las prácticas que persigan la apropiación ilegal de los recursos naturales [apdo. 1.i) del art. 3], un tema especialmente grave en la República Democrática del Congo, tal y como fue denunciado por el Consejo de Seguridad hace algún tiempo. Es un asunto que sigue atormentando a los desplazados internos y a los refugiados existentes al Este del país.

También entendemos que es especialmente destacable lo siguiente y un mecanismo que ofrece particular eficacia al sistema. Con este marco normativo, los tribunales de justicia pueden revelarse como los mayores defensores de los desplazados internos en el continente africano, pudiendo exigir responsabilidades individuales cuando se verifique que se ha presionado a un grupo de personas a huir de su lugar de residencia habitual. Este problema también afecta seriamente a otro país vecino de la República Democrática del Congo —Sudán—, lugar donde reina un vacío o la indiferencia de las autoridades gubernamentales ante la situación de los desplazados internos, con las carencias más elementales de medios en los campamentos y fuera de ellos, donde acaban hacinadas miles de personas, aunque en un principio su traslado a los campos fuera una solución transitoria. En la República Democrática del Congo, esta situación es particularmente lamentable por las dificultades para socorrer a los desplazados internos en peligro. En cierto modo, se pone el punto de mira en Ruanda, Burundi o Tanzania, principales lugares de tránsito en la exportación de minerales fuera de la República Democrática del Congo. También se procura combatir la violencia sexual, los saqueos, los secuestros y el reclutamiento de niños con fines militares o de otro tipo, etcétera.

La Convención de Kampala se revela como un motivo de esperanza para miles de desarraigados en situación de gran debilidad. Esperemos que este Tratado no quede en papel mojado, como una mera declaración de intenciones de los Gobiernos y de otros actores involucrados en el problema de los refugiados y de los desplazados internos. También es de esperar que se adhieran nuevos Estados especialmente afectados por la presencia en su territorio de desplazados internos.

RESUMEN

AVANCES Y MEJORAS DEL MARCO NORMATIVO PARA LA ASISTENCIA
Y PROTECCIÓN DE LOS DESPLAZADOS INTERNOS EN ÁFRICA

Entrar en el estudio de los desplazados internos tiene especial interés jurídico no sólo porque su número aumenta sin cesar, sino también porque su reglamentación jurídica todavía no está totalmente definida. Tras los esfuerzos de la Comunidad Internacional en la elaboración de los llamados Principios Rectores, hay que destacar al respecto la labor de la Conferencia Internacional de los Grandes Lagos y la adopción por la Unión Africana del nuevo Convenio de Kampala, vinculante y de ámbito continental.

Palabras clave: Desplazados internos, Principios Rectores, Conferencia Internacional de los Grandes Lagos, Unión Africana, Convenio de Kampala.

ABSTRACT

PROGRESS AND IMPROVEMENT TOWARDS THE DEFINITION OF A LEGAL
FRAMEWORK FOR THE ASSISTANCE AND PROTECTION OF INTERNALLY
DISPLACED PERSONS IN AFRICA

The study of internally displaced persons is of particular legal interest not only because their number is steadily increasing, but also because the legal framework is not yet fully defined. Following on from the international community's efforts to create the *Guiding Principles*, we highlight the importance of the work of the International Conference on the Great Lakes and the African Union's adoption of the Kampala Convention, which is binding for the entire continent.

Keywords: Internally Displaced, Guiding Principles, International Conference on Great Lakes Region, African Union, Kampala Convention.

RÉSUMÉ

AVANCES ET AMÉLIORATIONS DU CADRE RÉGLEMENTAIRE POUR L'ASSISTANCE
ET LA PROTECTION DES DÉPLACÉS INTERNES EN AFRIQUE

L'approfondissement de l'étude des personnes déplacées présente un intérêt spécial du point de vue juridique, non seulement parce que leur nombre augmente continuellement, mais aussi parce que la régulation juridique n'est pas encore définie. Après des efforts de la communauté internationale pour l'élaboration des principes recteurs, il faut souligner le travail, à ce propos, aussi bien de la Conférence internationale des Grands Lacs que de l'Union africaine dans l'adoption de la nouvelle Convention de Kampala, obligatoire et d'application continentale.

Mots-clés: Déplacés internes, principes recteurs, Conférence internationale sur la Région des Grands Lacs, Union africaine, Convention de Kampala.

III. JURISPRUDENCIA

A) JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA EN MATERIA DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO *

Coordinación a cargo de
Gabriela A. OANTA
Profesora contratada doctora
Universidade da Coruña

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. PRESENTACIÓN GENERAL.—3. COMENTARIOS DE SENTENCIAS.—3.1. El Sáhara Occidental: posibilidad de continuar instruyendo un proceso relativo a supuestas violaciones graves de derechos humanos.—3.2. Jurisdicción universal: casos *Tíbet* y *Falun Gong*.—3.3. Competencia extraterritorial de los tribunales penales españoles.—3.4. Jurisdicción universal: delitos contra la salud pública.—3.5. La denegación del derecho de asilo y de la protección subsidiaria por motivos de seguridad nacional.—3.6. El valor de la documentación frente a la realidad física para determinar la edad de un menor extranjero no acompañado.—3.7. «Devoluciones en caliente» de ciudadanos extranjeros a Marruecos.—3.8. Ejecución de sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.—3.9. El contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores ante el Derecho internacional.

1. INTRODUCCIÓN

1. La presente crónica comprende la jurisprudencia recaída desde julio hasta diciembre de 2014, y sigue los criterios aplicados en crónicas precedentes, es decir, destacando las referencias a los pronunciamientos de los órganos jurisdiccionales y

* 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 (Doc-tora, 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 Tribunal Constitucional (TC) que contienen elementos relevantes de Derecho internacional público (DIP). En concreto, en esta crónica se consideran las decisiones tanto del TC, como del Tribunal Supremo (TS), la Audiencia Nacional (AN) y los Tribunales Superiores de Justicia (TSJ).

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 han incorporado una serie de comentarios más amplios de aquellos pronunciamientos judiciales que han sido objeto de un tratamiento particularizado al resultar éstos 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 sobre crímenes internacionales, el derecho de asilo, la apatridia, cuestiones de extranjería, el interés superior del menor, Derecho del mar, obligaciones convencionales contraídas por España, y terrorismo, entre otros.

2. PRESENTACIÓN GENERAL

1. Durante este semestre, la aplicación del *principio de jurisdicción universal* como consecuencia de la entrada en vigor, el 15 de marzo de 2014, de la LO 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la LOPJ relativa a la justicia universal, ha seguido ocupando un lugar importante en la labor judicial de nuestros Tribunales, que se han tenido que pronunciar sobre el mantenimiento o no del ejercicio de la jurisdicción por los mismos. En relación con ello, cabe destacar cuatro autos pronunciados en el mes de julio de 2014 por la Sala de lo Penal de la AN. Así, y, en primer lugar, hay que mencionar el AAN de 4 de julio de 2014 (ROJ: AAN 256/2014) relativo a la comisión de los delitos de lesa humanidad y genocidio en el desalojo del asentamiento Gdeim Izik (conocido como Campamento de la Dignidad) en las proximidades de la ciudad del Aaiún en el territorio del Sáhara Occidental. En este auto, que es objeto de un comentario más extenso en el apartado 3.1 de esta sección, la Sala de lo Penal de la AN ha concluido que la jurisdicción española es competente en este asunto en aplicación del criterio de territorialidad (art. 23.1 de la LOPJ), resultando, por tanto, inaplicable la disposición transitoria única de la LO 1/2014. En segundo lugar, cabe referirse a dos autos publicados por el Pleno de la Sala de lo Penal de la AN en el asunto del *Genocidio en el Tíbet* (ROJ: AAN 216/2014, de 2 de julio) y en el caso de la querella abierta al grupo Falun Gong (ROJ: AAN 215/2014, de 15 de julio); en ambos casos, se acuerda el sobreseimiento al considerar la Sala que no concurren los requisitos que establece el art. 23 de la LO 1/2014, de 13 de marzo, si bien ambos pronunciamientos van acompañados de votos particulares. Estos asuntos son objeto de estudio particularizado en el apartado 3.2 de esta crónica. Y, en tercer lugar, en relación con el tráfico de estupefacientes, el Pleno de la Sala de lo Penal de la AN se ha pronunciado en un Auto de 4 de julio (ROJ: AAN 255/2014) sobre el sobreseimiento de la causa al entender que no concurren los requisitos que establece el art. 23 de la LO 1/2014, de 13 de marzo. Este

asunto, que va acompañado de un voto particular, será objeto de análisis amplio en el apartado 3.3 de esta sección.

2. Además de la AN, también el TS fue resolviendo varios de los casos que le fueron llegando como consecuencia de la entrada en vigor, el pasado 15 de marzo de 2014, de la LO 1/2014. Al igual que sucediera en el primer semestre de 2014 con la AN, esta importante modificación legislativa ha dado lugar a una serie de resoluciones judiciales del TS sobre el mantenimiento o no del ejercicio de la jurisdicción por nuestros Tribunales, en relación con casos vinculados con el tráfico de estupefacientes en aguas internacionales (ROJ: STS 3082/2014 y ROJ: STS 3089/2014, ambas de 24 de julio, y ROJ: ATS 7517/2014, de 18 de septiembre —las tres resoluciones son objeto de un comentario más extenso en el apdo. 3.4 de esta crónica—; ROJ: ATS 7890/2014, de 13 de octubre; ROJ: STS 4731/2014, de 5 de noviembre; ROJ: STS 4923/2014, de 3 de diciembre; y ROJ: STS 1259/2014, de 5 de diciembre).

3. Por lo que se refiere a asuntos relacionados con el *Sáhara Occidental*, a diferencia del semestre analizado en la crónica anterior donde se produjo una gran actividad jurisprudencial, en esta ocasión apenas se han resuelto dos casos que se corresponden con sendas solicitudes de protección internacional, siendo una de las sentencias estimatoria (ROJ: STS 3182/2014, de 23 de julio), sobre la base de una línea jurisprudencial consolidada, y la otra desestimatoria (ROJ: STS 3370/2014, de 23 de julio).

4. Gran parte de la actividad jurisdiccional de la AN desarrollada durante el semestre objeto de atención en la presente crónica ha sido realizada en el marco de las solicitudes de *asilo*. En este sentido, destaca una sentencia de la Sala de lo Contencioso (ROJ: SAN 3633/2014, de 17 de julio) en la que la AN se ha pronunciado en el asunto *Pavlov* anulando la resolución por la que el Ministerio del Interior había denegado el asilo a Alexander Pavlov, al estimar parcialmente el recurso del ciudadano kazajo por entender que el acto del Ministerio no se había amparado en razones fundadas que constatasen que constituyera un peligro para la seguridad en España. Esta resolución, que es objeto de un comentario más amplio en el apartado 3.5 de esta sección, cuenta con un voto particular en el que, si bien coinciden que no se ha motivado suficientemente que Pavlov sea un peligro para la seguridad en España, entienden, además, que se tendría que haber pronunciado sobre el fondo del asunto concediendo el asilo al recurrente.

5. Además de esta sentencia, cabe referirse, también, a una serie de sentencias de la AN que, si bien no modifican o cambian la línea jurisprudencial en el ámbito del asilo, sí merecen reseñarse en la medida en la que aplican diferentes normas de DIP. Así, en algunas sentencias la AN ha desestimado recursos y ha confirmado la denegación del derecho de asilo y de la protección subsidiaria (ROJ: SAN 4939/2014, de 23 de diciembre; SAN 4572/2014, de 27 de noviembre, 3928/2014). Aun así, también cabe apuntar algún asunto en el que la Sala de lo Contencioso-Administrativo ha declarado improcedente la denegación de asilo y la protección subsidiaria. A título de ejemplo, cabe mencionar la Sentencia de 16 de octubre (ROJ: SAN 3984/2014) en la que la AN conoce de un recurso en el que el demandante —natural de Costa de Marfil— alegaba haber sido reclutado por los rebeldes como niño de la guerra, trasladándose a Vavoua (desde Man, su localidad natal) cuando contaba con sólo catorce años. Edad en la que empezó a ser adiestrado en el uso de las armas por los «jefes de guerra», quienes le obligaban a drogarse diariamente. En su pronunciamiento, la AN recuerda —frente a la resolución recurrida, que denegaba el asilo solicitado al entender que el relato ofrecido era incongruente y genérico por el tiempo transcurrido entre su llegada a España y su petición de protección y por haber tenido la oportunidad de interesar

el asilo en otro Estado antes de su llegada a España— que conforme al art. 23.4 CE, la Ley 12/2009, de 30 de octubre, Reguladora del Derecho de Asilo y la Protección Subsidiaria, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, el Protocolo de Nueva York de 1967, así como reiterada jurisprudencia del TS que «en materia de asilo es aceptable una prueba semiplena o indiciaria cuando en ella se respetan esas exigencias y cuando de su evaluación crítica por parte de los Tribunales cabe extraer como conclusión no ya la presencia de un temor fundado a padecer persecución en su país de origen y que dicha persecución racionalmente temida obedezca a motivos, como hemos visto, de “raza, religión, nacionalidad, opinión política o pertenencia a un grupo social determinado...” y provenga, tal como se exige en los artículos 13 y 14 de la Ley de Asilo, por acción o por omisión probada, de agentes gubernamentales, en un sentido amplio de la expresión, sin que como esta Sala ha declarado reiteradamente, el derecho de asilo sea un instrumento jurídico idóneo para conjurar la amenaza para la vida, integridad física o libertad del peticionario cuando procede de grupos terroristas ajenos al Estado, de delincuentes comunes, del crimen organizado o de los grupos rebeldes a los que se refiere el aquí demandante (cuya existencia y actividades es admitida por la propia Administración), a menos que, como tan repetidamente se ha dicho, no haya podido obtenerse la tutela o protección de éste, porque no haya podido o no haya querido dispensarla» (FJ 3). La AN concluyó acertadamente, a nuestro entender, que «si el relato es coherente, verosímil y creíble, si se aduce una condición en el solicitante [...] que es digna de protección internacional y si, en fin, del material probatorio de que se dispone cabe colegir, indiciariamente al menos, la realidad de la persecución padecida, hubiera sido necesario una mínima actividad administrativa [...] Ni la resolución administrativa (absolutamente lacónica en sus fundamentos) ni los informes que les sirven de antecedente constatan ese mínimo esfuerzo para rebatir tal relato fáctico» (FJ 3). En la misma línea, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la AN, en su Sentencia de 24 de noviembre (ROJ: SAN 4675/2014), ha estimado en parte un recurso por el que la demandante —esta vez, nacional de Guinea Conakry— solicitaba asilo en España, alegando la concurrencia de las condiciones para la obtención de dicho estatuto por haber sido sometida a mutilación genital y posteriormente obligada por sus propios padres a casarse con un hombre mucho mayor que ella, que la maltrató y abusó sexualmente de ella —al considerar el Tribunal que «los informes obrantes en el expediente sobre la situación psicológica de la recurrente, en relación con la situación vivida en su país, el desarraigo en el que se encuentra respecto de dicho país, del que salió en el año 2007 por no aceptar las condiciones de vida que le vinieron impuestas en aras a unas costumbres y tradiciones que no comparte y se niega a aceptar, tal como se expone en el informe de ACNUR, permiten considerar que, efectivamente, la recurrente se encuentra en una situación vulnerable que, sin duda, se vería agravada en caso de tener que regresar al país en el que sufrió una experiencia traumática. Lo que permite considerar justificada la autorización de su permanencia en España por razones humanitarias»— (FJ 5). Continuando con la actividad jurisprudencial de los órganos españoles, cabe resaltar que, como también es habitual en relación con los campos del asilo y el refugio, el TS ha tenido que resolver un gran número de casos de solicitudes procedentes de nacionales de países como: Cuba (ROJ: STS 3974/2014, de 10 de octubre), Colombia (ROJ: STS 3243/2014, de 24 de julio), Argentina (ROJ: STS 3880/2014, de 6 de octubre), Costa de Marfil (ROJ: STS 4032/2014, de 10 de octubre) o Guinea Conakry (ROJ: STS 3379/2014, de 25 de julio), entre muchos otros casos.

6. En materia de *extradición*, ha de destacarse una sentencia del TS de 17 de noviembre de 2014 (ROJ: STS 4684/2014) cuya relevancia para el DIP deriva del hecho

de que este Tribunal constata el incumplimiento del Gobierno español de su obligación de adoptar todas las medidas pertinentes para conseguir la devolución de un ciudadano español extraditado a Estados Unidos bajo la condición de ser devuelto a España para el cumplimiento de condena. Por lo que se refiere a los *derechos de los españoles en el extranjero* y la aplicación del principio de igualdad, cabe resaltar la STC 153/2014, de 25 de septiembre, sobre un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de Canarias en relación con varios apartados del artículo único de la LO 2/2011, de 28 de enero, por la que se modifica la LO 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general (LOREG). La parte demandante consideraba que estas disposiciones suponen la restricción del derecho de voto en las elecciones municipales y a los cabildos insulares de los españoles residentes en el extranjero puesto que, tras las modificación de la LOREG realizada en el año 2011, para poder ejercer el derecho de sufragio activo en dichos comicios es necesaria la inscripción en el censo de españoles residentes en España. Además, el Gobierno de Canarias afirmaba que estas modificaciones de la LOREG violaban determinadas disposiciones tanto de la CE (sobre el padrón de españoles residentes en el extranjero, y en relación con las elecciones a los cabildos insulares) como de su propio Estatuto de autonomía (respecto de los derechos políticos de los canarios residentes en el extranjero). El TC desestimó este recurso de inconstitucionalidad, y, para ello, se apoyó, entre otras cuestiones, en el hecho de que el censo electoral «es concebido como un instrumento esencial para la ordenación del derecho de sufragio» [STC 86/2003, de 8 de mayo, FJ 6; STC 153/2014, de 25 de septiembre, FJ 3.b)], siendo «indispensable la inscripción en el mismo para ejercer el derecho» de sufragio. Asimismo, el TC afirma que el legislador electoral es al que le corresponde determinar las condiciones referidas al ejercicio del derecho de sufragio [FJ 3.b)].

7. Por lo que se refiere a los *derechos de los extranjeros*, cabe mencionar una sentencia del TS que, sin duda, es de los pronunciamientos más destacados de este tribunal durante el semestre objeto de atención en la presente crónica, y que se refiere a la doctrina jurisprudencial que sentó en relación con el valor de los documentos que porte un menor no acompañado en caso de discrepancia con su realidad física (ROJ: STS 3818/2014, de 23 de septiembre). Esta sentencia ha sido seguida por la publicación, solamente un día más tarde, de otra sentencia de este mismo tribunal (ROJ: STS 3817/2014, de 24 de septiembre). Todo ello será objeto de un comentario más detallado en el apartado 3.6 de esta crónica. Otra resolución, esta vez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Melilla, de 11 de septiembre de 2014, será objeto de un análisis particularizado en el apartado 3.7 de esta sección, trata de las llamadas «devoluciones en caliente» de ciudadanos extranjeros a Melilla, que tanto han ocupado la atención de los medios de comunicación en los últimos meses. Una de las cuestiones más controvertidas ha sido, como veremos más adelante en dicho comentario, determinar si los migrantes que se habían saltado la valla de Melilla habían llegado o no a entrar en suelo español y, por tanto, si se les iba a aplicar o no la legislación española de extranjería. Mencionar, asimismo, la STSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª), núm. 926/2014, de 9 de julio (ROJ: STSJ M 7534/2014), en la que fue desestimado el recurso interpuesto contra la resolución del Consulado General de España en Bogotá, de 26 de noviembre de 2013, mediante la que le había sido denegado a la recurrente una solicitud de visado de reagrupación familiar en régimen comunitario. En esta sentencia se analizan varias disposiciones del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (BOE núm. 51, de

28 de febrero de 2007), así como del CEDH y del Derecho derivado de la UE en esta materia, y se cita jurisprudencia del TS, del TEDH y del TJUE existente en relación con la problemática de la reagrupación familiar.

8. La AN ha dictado diversas sentencias en relación con la *apatridia*, estimando los recursos interpuestos con el consiguiente reconocimiento de dicho estatuto (entre otros, ROJ: SAN 3290/2014, de 17 de julio; ROJ: SAN 3838/2014, de 16 de octubre; ROJ: SAN 3841/2014, de 16 de octubre; ROJ: SAN 4390/2014, de 20 de noviembre). A título de ejemplo cabe citar la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 30 de octubre (ROJ: SAN 4025/2014), en la que el demandante aduce haber nacido en un campamento de refugiados, en el departamento de Tinduf, y que, por tanto, carece de nacionalidad. En este asunto, la Sala establece, separándose del criterio del Abogado del Estado, «que no alcanza a entender cómo puede el citado certificado (se alude a la no presentación por el recurrente del certificado de MINURSO que acredite su procedencia de los campamentos de Tinduf) erigirse en presupuesto esencial para la concesión del estatuto de apátrida, hasta el punto de constituirse —siempre según el representante de la Administración— en una suerte de *conditio sine qua non* para el reconocimiento del derecho» (FJ 2), concluyendo la Sala que en este asunto «sí constan los datos que reflejan la concurrencia del presupuesto previsto en la norma: el demandante ha presentado varios documentos expedidos por la autoridad saharauí que ponen de manifiesto que su nacionalidad es saharauí y que ha residido hasta el 10 de abril de 2012 en los campamentos de refugiados [...] y que además por oficio remitido por la Embajada de Argelia en Madrid se hace constar que el recurrente no ostenta la nacionalidad argelina», por lo que «procede reconocer al demandante el derecho solicitado» (FJ 3).

9. En relación con las cuestiones referidas al *terrorismo*, el Juzgado Central de Instrucción núm. 5 de la AN ha dictado el 9 de diciembre (núm. de recurso 5/2014) un auto de procesamiento en el que imputa a 15 yihadistas por un presunto delito de pertenencia o integración en organización terrorista por captar y adoctrinar a combatientes y miembros del grupo en la mezquita de la M-30 de Madrid. También cabe apuntar que la AN ha adoptado, en diciembre de 2014, una serie de autos relativos al cómputo de penas de históricos presos etarras. Estos autos, que serán objeto de comentario en la próxima crónica de la *REDI*, destacan porque, si bien la Sección 1.ª de la AN solicita a la Fiscalía que realice un nuevo cómputo de penas teniendo en cuenta sus periodos de reclusión en Francia, sin embargo, la Sección 2.ª ha adoptado una decisión contraria y ha denegado la petición de la defensa relativa a la acumulación de penas fruto de una interpretación dispar de la Decisión Marco 2008/675/JAI del Consejo, de 24 de julio, relativa a la consideración de las resoluciones condenatorias entre los Estados miembros de la Unión Europea con motivo de un nuevo proceso penal, y de la Decisión Marco 2008/315/JAI, de 26 de febrero de 2009, relativa a la organización y al contenido del intercambio de información de los registros de antecedentes penales entre Estados miembros.

10. En el ámbito del *Derecho del mar*, el TC ha tenido que pronunciarse sobre un nuevo conflicto positivo de competencia planteado por el Gobierno de Canarias, esta vez en relación con el Real Decreto 1485/2012, de 29 de octubre, que modificó el Real Decreto 1028/2007, de 20 de julio, por el que se establece el procedimiento administrativo para la tramitación de las solicitudes de autorizaciones de instalaciones de generación eléctrica en el mar territorial, para adaptarlo a la nueva denominación y estructura de los departamentos ministeriales. Se trata de la STC 121/2014, de 17 de julio, en la que el TC ha aplicado su doctrina previamente establecida, por un lado,

en las SSTC 8/2013, de 17 de enero, 87/2013, de 11 de abril, y 99/2013, de 23 de abril (que ya han sido objeto de atención en esta *Revista*, vol. LXV, 2013, núm. 2; véase el comentario realizado por la Prof.^a Rosa M. FERNÁNDEZ EGEA), y, por otro lado, en las SSTC 3/2014, de 16 de enero, y 25/2014, de 13 de febrero [que han sido objeto de un análisis particularizado en el anterior número de esta *Revista* (vol. LXV, 2014, núm. 2; véase el comentario realizado por la Prof.^a Gabriela A. OANTA)]. También en la STC 121/2014, de 17 de julio, el TC ha desestimado el conflicto positivo de competencia planteado, reiterando «de manera concluyente que el territorio autonómico no se extiende al mar territorial [...] y que el Estatuto de la Comunidad Autónoma de Canarias no contiene ninguna singularidad al respecto» [FJ 2.a)], y recordando, también, que ya había descartado que el mar territorial formase parte del territorio de dicha Comunidad Autónoma [FJ 2.a)].

11. Por lo que se refiere a la gran familia de *los derechos humanos y las libertades fundamentales* cuya protección ha vuelto a ocupar, también durante este semestre, gran parte de la actividad de los órganos judiciales españoles, cabe destacar, ya de entrada, el Acuerdo del Pleno del TS, de 21 de octubre de 2014, como cauce para ejecutar las sentencias del TEDH en tanto no exista todavía en el Ordenamiento jurídico español una disposición normativa que permita garantizar su efectividad, y al que dedicaremos un comentario detallado en el apartado 3.8 de esta crónica.

12. Y, descendiendo, ahora, al tratamiento particularizado de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, cabe referirse a la atención prestada por el TC en relación con la supuesta vulneración de los *derechos a la igualdad y a no padecer discriminación por razón de orientación sexual*. Así, este tribunal ha desestimado cuatro recursos de amparo en los que se solicitaba la concesión de una pensión de viudedad al supérstite de una unión sexual. En las cuatro sentencias —las SSTC 115/2014 y 116/2014, de 8 de julio, la STC 124/2014, de 21 de julio, y la STC 157/2014, de 6 de octubre— el TC aplicó la doctrina establecida en esta materia mediante las SSTC 92/2014 y 93/2014, de 10 de junio, a la que nos referimos en la anterior crónica de jurisprudencia española en materia de DIP realizada por esta *Revista* (vol. LXVI, 2014, núm. 2, p. 176). Mencionar, asimismo, que las cuatro sentencias contaron con al menos un voto particular discrepante suscrito por uno o varios magistrados, que recogieron la argumentación plasmada en su momento por el Pleno del TC con ocasión de la STC 92/2014, de 10 de junio.

13. En la anterior crónica de jurisprudencia española en materia de DIP realizada por esta *Revista* analizamos detalladamente la STC 35/2014, de 27 de febrero, respecto de la supuesta vulneración de los *derechos a la libertad personal y a la tutela judicial efectiva* (vol. LXVI, 2014, núm. 2; véase el comentario realizado por la Prof.^a Gabriela A. OANTA). En dicho comentario, se presentaba la nueva doctrina del TC en relación con la *posible aplicación del doble cómputo del tiempo de privación de libertad en el supuesto de un cumplimiento acumulado de varias penas cuando se había establecido un límite máximo de cumplimiento de condena*, y se adelantaba que las trece sentencias posteriores a la publicación de esta sentencia, solamente en el periodo comprendido entre los meses de enero y junio de 2014, llevaban a pensar que el TC iba a tener la posibilidad de aplicar esta doctrina nuevamente en el caso de otros recursos de amparo. Así ha ocurrido en el semestre de crónica jurisprudencial objeto ahora de nuestra atención, en concreto en la STC 117/2014, de 8 de julio.

14. En relación con la posible vulneración de la *libertad ideológica y religiosa* prevista en el art. 16 CE, que ha dado lugar a resoluciones, cabe destacar las SSTC 140/2014, de 11 de septiembre, y 151/2014, de 25 de septiembre. Así, por lo que

se refiere a la STC 140/2014, de 11 de septiembre, hay que mencionar que se trata de un recurso de amparo promovido por una persona que había sido despedida como profesora de Religión y Moral Católica en diversos centros de educación primaria de la Comunidad Autónoma de Canarias. Teniendo en cuenta las alegaciones presentadas tanto por la recurrente como por el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal, el TC decidió analizar la eventual vulneración del derecho a la no discriminación (art. 14 CE) en relación con el derecho a la libertad ideológica y religiosa (art. 16.1 CE) unido al hecho de haber contraído matrimonio con un divorciado, con el derecho a la huelga (art. 28.2 CE), y con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE). En este asunto, el TC reitera los argumentos utilizados en su Sentencia 38/2007, de 15 de febrero, que fueron reiterados posteriormente en distintas ocasiones (por ejemplo, las SSTC 80/2007 a 90/2007, de 19 de abril, la STC 128/2007, de 4 de junio, etc.), mediante los cuales fueron encontrados conformes con la CE los párrs. 1 y 2 del art. III del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede, de 3 de enero de 1979, sobre enseñanza y asuntos culturales, ratificado por España el 4 de diciembre de 1979. Según este artículo, los profesores de Religión y Moral Católica no podrán ser contratados indefinidamente, sino por una duración determinada, y sobre la base de un nombramiento o designación de carácter anual. Si bien las confesiones religiosas disponen de la libertad para establecer los contenidos de las enseñanzas religiosas y los criterios de cualificación que ha de reunir una persona para ser contratada como profesor(a) de religión, dicha libertad no es absoluta, siendo sujeta a las exigencias de la CE (FJ 5). El TC decidió denegar el amparo solicitado tras haber constatado que no existía un panorama indiciario suficiente que permitiera deducir que «la decisión de no contratar a la demandante de amparo un nuevo curso escolar estuviese conectada causalmente con el ejercicio por ésta de derechos fundamentales» (FJ 10). En relación con ello, hay que mencionar que el art. III del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre enseñanza y asuntos culturales, firmado en el año 1979, ha sido invocado, también, en el marco de la STSJ de las Islas Baleares (Sala de lo Social, Sección 1.ª) núm. 312/2014, de 23 de septiembre (ROJ: STSJ BAL 774/2014) pronunciada sobre un recurso de súplica interpuesto contra la Sentencia de 26 de marzo de 2014 del Juzgado de lo Social núm. 1 de Ciutadella de Menorca que había enfrentado a la demandante, que había sido profesora de la asignatura de Religión y Moral Católica, contra la Conferencia Episcopal Española. En cuanto a la STC 151/2014, de 25 de septiembre, sobre un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más de 50 diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso de los Diputados respecto de la Ley Foral de Navarra 16/2010, de 8 de noviembre, sobre la creación del registro de profesionales en relación con la interrupción voluntaria del embarazo, este Tribunal estimó parcialmente el recurso de inconstitucionalidad planteado al declarar inconstitucional y nulo el inciso del art. 5 de la mencionada Ley Foral de Navarra que regula el régimen de acceso a la información contenida en el registro de profesionales que objetan a la práctica del aborto. Este Tribunal entendió que al preverse que «podrán acceder» a la información contenida en este registro «aquellas personas que autorice expresamente la persona titular de la Gerencia del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, en ejercicio legítimo de sus funciones» se establecía una legitimación muy amplia para tener acceso a una información de estas características, que es parte del contenido del derecho fundamental garantizado en el art. 16.1 CE.

15. La supuesta vulneración de los *derechos a la imparcialidad judicial, la prueba, a conocer la acusación y a la presunción de inocencia* ha sido analizada con detenimiento en la STC 133/2014, de 22 de julio, con ocasión de un recurso de amparo promovido por cuatro personas que habían sido condenadas con anterioridad por la Sala

de lo Penal del TS y de la AN por un delito de pertenencia a organización terrorista. El derecho a la imparcialidad judicial ha representado una de las cuestiones más destacadas planteadas en la presente sentencia puesto que una de las magistradas del TC había sido recusada por falta de imparcialidad en un proceso anterior seguido contra uno de los recurrentes por enaltecimiento del terrorismo. En relación con ello, cabe mencionar que el derecho a la imparcialidad judicial está previsto en el art. 6.1 CEDH, y, en el ámbito nacional, aparece recogido implícitamente en el derecho a un proceso con todas las garantías estipulado en el art. 24.2 CE, disponiendo de una importancia trascendental en el terreno penal. De ahí que no sea de extrañar que el TC haya prestado especial atención a esta cuestión en la presente sentencia, y haya hecho una presentación detallada de la doctrina del TEDH sobre el art. 6.1 CEDH (FJ 3). Así, se presenta detalladamente la STEDH de 15 de octubre de 2009, *Micallef c. Malta*, en la que este Tribunal se remite a numerosos posicionamientos suyos en relación con la imparcialidad judicial [entre otras, *Kyprianou c. Chipre* (2005), *De Cubber c. Bélgica* (1984), *Fey c. Austria* (1993), *Wettstein c. Suiza* (1996), *Moznaric c. Croacia* (2005), etc.], y, asimismo, hace hincapié en la necesidad de distinguir entre, por un lado, la imparcialidad subjetiva —esto es, que el juez no haya mantenido relaciones indebidas con las partes; esta imparcialidad del juez será presumida hasta que haya pruebas de lo contrario—, y, por otro lado, la imparcialidad objetiva —es decir, asegurar que el juez se acerca al objeto del proceso sin haberse posicionado con anterioridad en relación con las cuestiones planteadas en el asunto—. Si bien, tal y como lo afirmó el TEDH en el asunto *Kyprianou c. Chipre* (punto 119), no existe una división hermética entre las dos formas de la imparcialidad judicial. En la Sentencia *Micallef c. Malta* (punto 98) el TEDH incluso llegó a reiterar que también tendrían que tenerse en cuenta las apariencias pues «la justicia no sólo debe realizarse, también debe verse que se realiza» (*De Cubber c. Bélgica*, punto 26), y que «debe retirarse cualquier juez sobre el que recaiga una legítima razón para temer una falta de imparcialidad» [*Algar c. España* (1988), punto 45]. Finalmente, el TC estimó en su Sentencia 133/2014, de 22 de julio, que no se había demostrado la existencia de dudas en relación con la imparcialidad judicial de la magistrada en relación con uno de los recurrentes y tampoco se aportaron nuevos elementos que permitiesen apreciar una pérdida de imparcialidad hacia uno de los recurrentes. De lo contrario, se llegaría a «emitir un inadmisibles juicio universal de parcialidad carente del menor fundamento» (STC 133/2014, de 22 de julio, FJ 5). Respecto de esta opinión expresada por el TC en relación con el derecho a la imparcialidad judicial, una magistrada de este Tribunal se manifestó en un Voto particular en un sentido opuesto, es decir consideraba que el recurso de amparo solicitado tenía que haber sido estimado puesto que, entre otras cuestiones, existían dudas acerca de la imparcialidad de la magistrada del TC que había sido recusada por falta de imparcialidad en un proceso anterior seguido contra uno de los recurrentes por enaltecimiento del terrorismo (punto 2). En relación con ello, se cita, por una parte, la STEDH de 5 de febrero de 2009, *Olujic c. Croacia*, en la que se afirmó que se justificaba objetivamente el que un acusado desconfiase de la imparcialidad de aquel juez que había manifestado la formación de una vista desfavorable sobre el asunto que tuviesen pendiente, y, por otra parte, la STEDH de 16 de septiembre de 1999, *Buscemi c. Italia*, en la que se estimó que los jueces tenían que «garantizar su imagen de jueces imparciales» en aquellos asuntos que tenían pendiente resolver (punto 1). Finalmente, mencionar que la supuesta vulneración del derecho a la presunción de inocencia prevista en el art. 24.2 CE que también fue invocada en este asunto fue desestimada por el TC al considerarse que la condena de los recurrentes había sido «respetuosa con la doctrina constitucional sobre la posibilidad de condenas basadas en prueba indiciaria y la necesidad de que sean debidamente ponderados los argumentos

de descargo» (STC 133/2014, de 22 de julio, FJ 10). Este posicionamiento del TC ha sido reiterado dos meses más tarde en la STC 146/2014, de 22 de septiembre, en el marco de un recurso de amparo promovido en relación con una supuesta vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

16. En relación con la *protección del interés superior del menor*, hay que señalar la publicación de diversas sentencias por parte del TS (entre otras, ROJ: STS 2940/2014, de 15 de julio; ROJ: STS 4072/2014, de 20 de octubre; ROJ: STS 4243/2014, de 27 de octubre; ROJ: STS 5099/2014, de 11 de diciembre), y que, a su vez, han dado lugar a la aplicación en reiteradas ocasiones de la Convención sobre los Derechos del Niño (ROJ: ATS 7304/2013, de 10 de julio; ROJ: STS 3916/2014, de 14 de octubre; ROJ: STS 3435/2014, de 10 de julio; ROJ: STS 3916/2014, de 14 de julio; ROJ: STS 5099/2014, de 11 de diciembre, entre otras). Esta misma materia ha sido objeto de atención también por parte de la AP de A Coruña (Sección 3.^a) en su Sentencia núm. 297/2014, de 10 de octubre, en la que el juez se ha apoyado, entre otros, en distintas disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño, la Carta Europea de los Derechos del Niño, la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, y alguna resolución del Parlamento Europeo, para hacer hincapié en el reconocimiento del derecho a la comunicación del progenitor con el hijo del que se beneficia en la actualidad todo menor (FJ 4). Prosiguiendo con los derechos de los niños amparados por el DIP, cabe mencionar la SAP de Badajoz (Sección 3.^a) núm. 230/2014, de 2 de octubre, en la que se menciona el art. 12.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo al derecho del niño a expresar su opinión libremente en todos aquellos asuntos que le afectaran, teniéndose en cuenta su opinión en función de la edad y la madurez que tenga. En relación con ello, indicar que este derecho es reconocido, igualmente, por la Convención europea para el ejercicio de los derechos de los niños y otros documentos adoptados en el marco del Consejo de Europa, y por la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, entre otros.

17. El *fracking* y el derecho a la salud humana han ocasionado dos nuevas sentencias del TC en relación con sendos recursos de inconstitucionalidad interpuestos por el Gobierno de España en contra, por un lado, de la Ley del Parlamento de La Rioja 7/2013, y, por otro lado, de la Ley Foral 30/2013 del Parlamento de Navarra — se trata de la STC 134/2014, de 22 de julio, y la STC 208/2014, de 15 de diciembre—. Mediante estos actos normativos, se prohibía la fractura hidráulica como técnica de investigación y extracción de gas no convencional en el territorio de la Comunidad Autónoma de La Rioja y de la Comunidad Autónoma de Navarra, respectivamente. En las dos sentencias el TC ha tenido la oportunidad de aplicar su doctrina iniciada con la innovadora STC 106/2014, de 24 de junio, que fue objeto ya de análisis en la anterior crónica de jurisprudencia española en materia de DIP realizada por esta *Revista* (vol. LXVI, 2014, núm. 2; véase el comentario realizado por la Prof.^a Gabriela A. OANTA), y en la que este Tribunal ha considerado nulas las dos leyes autonómicas cuestionadas que prohibían absoluta e incondicionalmente el *fracking* en el territorio de dichas Comunidades Autónomas.

18. Sobre el derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona y el derecho al honor se ha pronunciado la AP de Albacete (Sección 2.^a) en su Sentencia núm. 140/2014, de 7 de julio, en relación con un recurso de apelación interpuesto por la empresa Telefónica Móviles España SAU en contra de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Albacete, de 8 de mayo de 2013, que había declarado improcedente la inclusión de la empresa Area Project Solutions, S. L., en el registro de la morosidad al entender éste que dicho acto había constituido una intromisión

ilegítima en su honor. La AP de Albacete (Sección 2.^a) decidió desestimar el recurso interpuesto por la empresa Telefónica Móviles España SAU: entendía que la inclusión de los datos personales de la empresa afectada en el registro de morosidad era ilícita al ser contraria a la normativa de protección de datos. En este sentido, este tribunal se apoyó en distintos instrumentos convencionales internacionales sobre derechos humanos, como el Convenio núm. 108 del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, y la Carta de Derechos Fundamentales de la UE. Y, asimismo, destacó la Directiva 1995/46/CE (de 24 de octubre, del Parlamento Europeo y del Consejo, de protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, *DO L 281*, de 23 de noviembre de 1995, pp. 31-50) y su influencia en el Ordenamiento jurídico español en este campo.

19. Como advertíamos, también durante el segundo semestre del año 2014 la jurisprudencia del TEDH y en relación con determinadas disposiciones del CEDH ha tenido una gran presencia en la actividad del TC. En este sentido, cabe referirse, además de los pronunciamientos del TC ya mencionados con anterioridad que incluyen referencias bien al TEDH o bien al CEDH, a sobre todo los siguientes asuntos:

— Un recurso de amparo en relación con una supuesta vulneración de los derechos a la intimidad, a la protección de datos de carácter personal, a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia en el contexto de la obtención de una muestra de ADN de una frotis bucal practicada por la Policía con consentimiento del afectado (STC 135/2014, de 8 de septiembre). En esta sentencia, el TC volvió a reiterar tanto su propia doctrina aplicada en distintas sentencias pronunciadas en el primer semestre del año 2014, que han sido objeto de un análisis particularizado en el anterior número de esta *Revista* (vol. LXV, 2014, núm. 2; véase el comentario realizado por la Prof.^a Joana ABRISKETA URIARTE), como la jurisprudencia del TEDH que considera que «el derecho a la vida privada resulta ya comprometido por la mera conservación y almacenamiento de muestras biológicas y perfiles de ADN». En relación con ello, el TC hace hincapié sobre todo en la decisión de inadmisión del TEDH, de 7 de diciembre de 2006, en el asunto *Van der Velden c. Países Bajos* en la que el Tribunal de Estrasburgo consideró que la obtención de una muestra de estas características puede interpretarse como una intromisión en la intimidad de la persona afectada, pudiendo ser, además, considerada invasiva y, por tanto, representar una intromisión en la vida privada en el sentido del art. 8.1 CEDH (FJ 2). Finalmente, el TC desestimó el presente recurso.

— Seis recursos de inconstitucionalidad acumulados que dieron lugar a la STC 141/2014, de 11 de septiembre, que fueron interpuestos por los respectivos Consejos de Gobierno de Madrid y de La Rioja, y por más de 50 diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso y el Gobierno de Canarias contra determinadas disposiciones de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, y del texto refundido de la Ley de suelo, aprobado por Real Decreto legislativo 2/2008, de 20 de junio. Tanto los demandantes como el propio TC se apoyan en distinta jurisprudencia del TEDH en relación, por ejemplo, con el art. 1 del Protocolo adicional primero del CEDH (STEDH de 9 de diciembre de 1994, *Holy Monasteries*; STEDH de 8 de julio de 1986, *Lithgow y otros*), y con el principio según el cual debe existir un equilibrio proporcional entre el daño sufrido y la indemnización correspondiente (STEDH de 24 de abril de 2003, *Yiltas Yildiz Turistik Tesisleri A.S. c. Turquía*; STEDH de 6 de diciembre de 2011, *Anastasakis c. Grecia*) (véanse los Antecedentes y el FJ 9 de la STC 141/2014, de 11 de septiembre). En relación con ello, hay que mencionar que el Magistrado Juan José González Rivas formuló un Voto particular respecto de esta STC 141/2014 al no estar de acuerdo con algunas distinciones que el TC realiza en esta sentencia, y, para ello, se apoya en algunas

sentencias del TEDH (por ejemplo, la STEDH de 9 de octubre de 2003, *Federici c. Italia*; la STEDH de 28 de noviembre de 2002, *Ex Rey de Grecia y otros c. Grecia*). Finalmente, el TC desestimó parcialmente los recursos acumulados interpuestos pues estimó que algunas impugnaciones habían perdido objeto, que otras disposiciones de la Ley de suelo eran inconstitucionales, y la mayor parte de lo demandado fue desestimado.

— Un recurso de amparo promovido en relación con la supuesta vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones previsto en el art. 18.3 CE tras haber sido realizadas grabaciones de las escuchas telefónicas efectuadas en dependencias policiales, y a modo derivado, también respecto de la supuesta vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías estipuladas en el art. 24.2 CE (STC 145/2014, de 22 de septiembre). El TC estimó parcialmente este recurso de amparo, solamente por lo que se refiere a la violación del art. 18.3 CE y, por tanto, declaró nula la prueba que había sido obtenida en las dependencias policiales sin el consentimiento del afectado. Para llegar a esta conclusión, el TC se apoyó en una amplia jurisprudencia del TEDH relativa al art. 8 CEDH (véanse, entre otras, la STEDH de 2 de agosto de 1984, *Malont*; la STEDH de 30 de julio de 1998, *Valenzuela c. España*; SSTEDH de 24 de abril de 1990, *Kruslin c. Francia y Huvig c. Francia*).

— Un recurso de amparo causado en relación con la supuesta vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva, a la defensa y a la presunción de inocencia como consecuencia de unas declaraciones autoinculpatórias prestadas en diligencias policiales realizadas por los dos solicitantes de amparo (STC 165/2014, de 8 de octubre). En esta ocasión, el TC mencionó algunas sentencias del TEDH para fundamentar su decisión de desestimar el recurso planteado, en las que se había afirmado el carácter absoluto de las disposiciones del art. 3 CEDH sobre la prohibición de la tortura y de las penas o los tratos inhumanos o degradantes (STEDH de 1 de junio de 2010, *Gäffen c. Alemania*, punto 178) a diferencia del art. 6 CEDH que prevé el derecho de toda persona a un proceso equitativo, sin regular, sin embargo, la admisibilidad de los medios de prueba que le compete al legislador nacional de cada Estado. El TC, en línea con el TEDH, considera que no constituye una violación del art. 6 CEDH la utilización de las declaraciones efectuadas durante la fase de instrucción preparatoria, siempre y cuando los derechos de la defensa estén respetados, como fue el caso de los dos solicitantes de amparo que ocasionó este asunto del TC (STC 165/2014, FJ 4; STEDH de 27 de febrero de 2001, *Luca*, punto 40; STEDH de 20 de noviembre de 1989, *Kostovski c. Holanda*, STEDH de 19 de diciembre de 1990, *Delta c. Francia*; STEDH de 26 de abril de 2001, *Asch c. Austria*).

— Un recurso de amparo planteado en relación con la supuesta vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, en su vertiente de acceso al recurso (STC 179/2014, de 3 de noviembre). El TC estimó el recurso pues encontró que la declaración desierta del recurso de apelación interpuesto por el interesado ante el TSJ de Canarias frente a la sentencia condenatoria de la AP de Las Palmas, recaída en proceso de Tribunal de Jurado, como consecuencia de la personación extemporánea de la procuradora designada de oficio del acusado para actuar ante el Tribunal de apelación, permitía afirmar que el órgano jurisdiccional no había velado lo suficiente por la efectividad de la asistencia del acusado. Es doctrina asentada tanto del TC (STC 47/2003, de 3 de marzo, FJ 2; STC 179/2014, de 3 de noviembre, FJ 3) como del TEDH (entre otras: STEDH de 9 de octubre de 1979, *Airey*; STEDH de 13 de mayo de 1990, *Ártico*; STEDH de 17 de julio de 2007, *Bobek*; STEDH de 5 de julio de 2012, *Szubert*) que la defensa del acusado o del condenado en el proceso penal por parte de profesionales designados de oficio debe ser efectiva, que no es suficiente el nombramiento de un abogado, sino que se debe garantizar una verdadera asistencia que le permita el acceso a la justicia.

— Un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más de cincuenta diputados en relación con distintos preceptos de la Ley 22/2007, de 18 de diciembre, de farmacia de Andalucía (STC 181/2014, de 6 de noviembre de 2014). El TC utiliza algunos de los posicionamientos del TEDH en relación con el alcance y la aplicación de los arts. 6 y 7 CEDH (STEDH de 21 de febrero de 1984, *Öztürk*; STEDH de 22 de mayo de 1990, *Weber*; STEDH de 27 de agosto de 1991, *Demicoli*). Así, este Tribunal subraya que si los Estados pudieran clasificar a una infracción como administrativa en lugar de penal ello significaría que la aplicación de los arts. 6 y 7 quedaría subordinada a la voluntad soberana de dichos Estados. Lo que «podría conducir a unos resultados incompatibles con el objetivo y la finalidad del CEDH» (STC 181/2014, de 6 de noviembre, FJ 5). Además, «el carácter limitado de la cuantía de la sanción no es un factor decisivo para excluir una infracción de la aplicabilidad del art. 6 CEDH», a diferencia de «la función que pretende conseguirse a través de la imposición de la medida restrictiva» (STC 181/2014, de 6 de noviembre, FJ 6).

— Una cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sección 6.^a de la AP de Barcelona en relación con la interpretación conforme a la CE del precepto legal relativo a la reiteración de las faltas de hurto. En su Sentencia 185/2014, de 6 de noviembre, el TC aplica la interpretación del art. 6.2 CEDH relativo al principio de presunción de inocencia (entre otras, STEDH de 24 de mayo de 2011, *Konstas c. Grecia*, puntos 35 y 36) para desestimar la cuestión de inconstitucionalidad planteada al considerar que «la presunción de inocencia no puede dejar de aplicarse en procedimientos de recurso simplemente porque el acusado fue condenado en primera instancia»; en caso contrario ello «significaría la inaplicación de la presunción de inocencia en los procedimientos cuyo objetivo es la revisión del caso y la revocación de la condena previa» (STC 185/2014, de 6 de noviembre, FJ 6).

— Un recurso de amparo promovido en relación con la vulneración de los derechos a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia, ocasión en la que el TC en su Sentencia 191/2014, de 17 de noviembre, ha recordado la doctrina del TEDH que siguió a partir del año 2002 (STEDH de 29 de octubre de 1991, *Jan Ake Andersson c. Suecia*; STEDH de 5 de diciembre de 2002, *Hoppe c. Alemania*), y según la cual el respeto de los principios de publicidad, inmediación y contradicción forman parte del derecho a un proceso con todas las garantías previsto en el art. 24.2 CE. De ahí que toda condena necesitase fundamentarse en una actividad probatoria y en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción (FJ 3).

20. En relación con las *obligaciones convencionales contraídas por España*, debe resaltarse, por un lado, la STC 119/2014, de 16 de julio, sobre un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Navarra en relación con la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral; y, por otro lado, la STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, Sección 1.^a, de 1 de julio de 2014 (ROJ: STSJ CAT 7887/2014), sobre un recurso de suplicación interpuesto frente a la sentencia del Juzgado Social núm. 33 de Barcelona, de 19 de noviembre de 2013, en la que se había declarado nulo el despido por fraude de ley y la vulneración de ciertos derechos fundamentales previstos en la CE de la parte demandante. En las dos resoluciones se cuestionaba la adecuación de la normativa española en esta materia con algunas normas convencionales asumidas por España, por ejemplo, en el marco de la Organización Internacional del Trabajo (OIT); ello será objeto de análisis individualizado en el apartado 3.8 de esta sección. La problemática de las normas convencionales mediante las que el Estado español se ha comprometido en el ámbito internacional también ha sido tratada, por un lado, en la SAP de Almería, Sección 3.^a, núm. 115/2014, de 4 de julio (ROJ: SAP AL 695/2014) respecto del Convenio de Ginebra de 19 de mayo de 1956

sobre Transporte Internacional de Mercancías por Carretera (CMR) al que España se adhirió el 12 de septiembre de 1973 (BOE de 7 de mayo de 1974); y, por otro lado, en la SAP de Cartagena, Sección 5.ª, núm. 280/2014, de 22 de julio (ROJ: SAP MU 1301/2014), en relación con el Convenio Internacional de Torremolinos 1977/1993 que, debido al número reducido de ratificaciones por parte de los Estados, fue reemplazado por el Protocolo de 1993, por el que se establecen los requisitos mínimos de seguridad para la construcción, equipamiento y operación de los buques pesqueros con eslora igual o superior a 24 metros. Lo interesante respecto del Convenio Internacional de Torremolinos 1977/1993, a efectos de nuestra crónica, es que sus disposiciones son vinculantes a los Estados miembros de la UE, a pesar de no haber entrado en vigor todavía, pues su contenido fue recogido posteriormente por la Directiva 97/70/CE del Consejo, por el que se establece un régimen armonizado de seguridad para los buques de pesca de eslora igual o superior a 24 metros (DO L 34, de 9 de febrero de 1998, pp. 1-29).

21. También cabe referirse a la STC 113/2014, de 7 de julio, en la que este Tribunal se ha pronunciado sobre una *orden europea de detención y entrega* desde la perspectiva de una supuesta vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, a la defensa y a la asistencia letrada en el sentido del art. 24.1 y 2 CE.

22. Finalmente, hay que señalar que durante este cuatrimestre el TC ha vuelto a prestar especial y detallada atención al *Derecho de la UE*. Partiendo de la idea según la cual la crónica de jurisprudencia española en materia de DIP realizada por esta *Revista* no ha de ser el lugar donde se preste especial atención a la jurisprudencia del TC que aborda las cuestiones de Derecho de la UE, nos limitaremos a mencionar las sentencias del TC publicadas en relación con dos conflictos positivos de competencia y tres recursos de inconstitucionalidad. Se trata, en primer lugar, de dos conflictos positivos de competencia planteados por el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid y de Castilla y León, respectivamente, en relación con distintas disposiciones del Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo, por el que se regula el subsistema de formación profesional para el empleo (SSTC 112/2014, de 7 de julio, y 176/2014, de 3 de noviembre); en segundo lugar, de un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de Cataluña respecto de los arts. 4 y 5 del Real Decreto-ley 1/2009, de 23 de febrero, de medidas urgentes en materia de telecomunicaciones (STC 142/2014, de 11 de septiembre); en tercer lugar, de un recurso de inconstitucionalidad promovido por el Parlamento de Cataluña en relación con la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del ruido; y, en cuarto lugar, de un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía en relación con distintas disposiciones de la Ley 15/2012, de 27 de diciembre, de medidas fiscales para la sostenibilidad energética, el Real Decreto-ley 29/2012, de 28 de diciembre, de mejora de gestión y protección social en el sistema especial para empleados de hogar y otras medidas de carácter económico y social y del Real Decreto-ley 2/2013, de 1 de febrero, de medidas urgentes en el sistema eléctrico y en el sector financiero (STC 183/2014, de 6 de noviembre). Y, como es natural, también el TS ha tenido la ocasión de pronunciarse sobre múltiples asuntos en los que resultaba pertinente la aplicación de normas de la UE, como: la Directiva 2012/13/UE relativa al derecho a la información en los procesos penales (ROJ: STS 4961/2014, de 20 de noviembre), el Convenio de aplicación del Acuerdo Schengen y el principio *non bis in idem* (ROJ: STS 4163/2014, de 10 de octubre), o la responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento del Ordenamiento jurídico de la UE (ROJ: STS 4390/2014, de 3 de noviembre), entre muchas otras.

Gabriela A. OANTA
Universidade da Coruña

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.1.2015.3a.01>

3. COMENTARIOS DE SENTENCIAS

3.1. El Sáhara Occidental: posibilidad de continuar instruyendo un proceso relativo a supuestas violaciones graves de derechos humanos

Auto de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 2.^a), de 4 de julio de 2014 (ROJ: AAN 256/2014). Ponente: José Ricardo Juan de Prada Solaesa.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id. Cendoj) 28079229912014200039.

1. Se ha dicho hace poco, por relación al pueblo saharaui, que «el sumatorio de capital político, social y jurídico internacional [que atesora] no ha rendido dividendos a un pueblo sujeto a un proceso de autodeterminación bajo imperativo de *ius cogens* [...]». Más bien al contrario, su estatus es el de un actor internacional exangüe por inanición institucional» [PALACIOS ROMERO, F., «De proceso *ius cogens* a coyuntura *ius abutendi*», en PALACIOS ROMERO, F. (coord.), *El derecho a la libre determinación del pueblo del Sáhara Occidental*, Navarra, Aranzadi, 2014, p. 48]. Resulta difícil discrepar de esta afirmación. El Sáhara Occidental es hoy el único territorio no autónomo del continente africano que permanece pendiente de descolonización, pese a que lleva medio siglo inscrito en la lista del Comité de los Veinticuatro, y la pasividad mostrada por la comunidad internacional frente a la vulneración del derecho a la libre determinación del pueblo saharaui por parte de la potencia ocupante (Marruecos) no hace presagiar cambios inminentes en el *statu quo*. Esta violación del derecho a la autodeterminación se encuentra íntimamente ligada, además, a una situación general de vulneración de los derechos humanos en el territorio que ha sido constatada por diversas fuentes; así, el ACNUDH ha indicado que «el respeto de todos los derechos humanos del pueblo del Sáhara Occidental debe ser considerado conjuntamente con este derecho [a la libre determinación] y la falta de su realización inevitablemente afectará al disfrute de todos los derechos garantizados en los siete tratados fundamentales de derechos humanos en vigor» (*Report of the OHCHR Mission to Western Sáhara and the Refugee Camps in Tindouf*, Ginebra, 8 de septiembre de 2006).

2. La respuesta proporcionada frente a esta situación por los mecanismos institucionales de control de los derechos humanos resulta, a todos los niveles, insatisfactoria. Los tribunales internos de la potencia ocupante han consagrado la impunidad de los responsables de las violaciones; desde el inicio de la invasión del Sáhara Occidental los tribunales marroquíes han dictado tan sólo una condena por vulneración de derechos humanos, en concreto por la muerte de un manifestante saharaui a manos de policías marroquíes en 2005 (cfr. RUIZ MIGUEL, C., «La responsabilité internationale et les droits de l'homme: le cas du Sáhara Occidental», *Cahiers de la Recherche sur les Droits Fundamentaux*, 2013, núm. 11, p. 111). Los mecanismos de control universales, ya sean convencionales o extraconvencionales, y regionales arrojan resultados muy débiles (GONZÁLEZ VEGA, J., «El respeto de los derechos humanos en el Sáhara Occidental: cuestiones de derecho internacional», en *El derecho a la libre determinación...*, *op. cit.*, en particular pp. 95-105). Y el eventual recurso a la jurisdicción penal internacional está descartado, al no ser parte Marruecos en el Estatuto de Roma y no aparecer en el horizonte de expectativas del CdS la constitución de un tribunal ad hoc o la remisión de la situación a la CPI. Ante este panorama, el control de las violaciones de derechos humanos a través de las jurisdicciones penales de terceros Estados mediante la activación del principio de jurisdicción universal ha sido, aun teniendo en cuenta las dificultades prácticas que implica, una de las escasas vías de respuesta

frente a la situación de impunidad que existe en el Sáhara Occidental. En ese contexto se ubica, de forma específica, el auto objeto de comentario que responde —a mi juicio, de una manera sorprendente, unánime y mediante argumentos jurídicos que no comparto— a la pregunta de si la AN puede continuar instruyendo, tras la reforma del principio de jurisdicción universal operado por la LO 1/2014, de 13 de marzo, un proceso relativo a un supuesto de violaciones graves de los derechos humanos en el Sáhara Occidental.

3. En el Auto 40/2014, de 4 de julio, la Sección 2.^a de la Sala de lo Penal de la AN se ha pronunciado —en el contexto del Sumario 4/14, instruido por el JC núm. 1 del mismo órgano judicial, por delitos de lesa humanidad y genocidio— sobre la concurrencia de los requisitos previstos en el apartado a) del art. 23.4 de la LOPJ a los efectos de cumplir con el mandato previsto en la disposición transitoria de la LO 1/2014, de 13 de marzo. Como se recordará, en dicha transitoria se establece que «las causas que en el momento de entrada en vigor de esta ley se encuentren en tramitación por los delitos a los que se hace referencia en la misma quedarán sobreeséidas hasta que no se acredite el cumplimiento de los requisitos establecidas en ella». El procedimiento en cuestión nace por dos querellas presentadas por la Liga Española Pro Derechos Humanos y por la familia del ciudadano español Baby Handay Buyema contra los ministros de Defensa, Interior y Asuntos Exteriores del Reino de Marruecos y contra el gobernador de la ciudad de El Aaiún por la actuación de las fuerzas de seguridad marroquíes contra los habitantes del asentamiento Gdeim Izik (Campamento de la Dignidad) instalado en las proximidades del Aaiún. Los hechos que se produjeron durante el desalojo (desapariciones, agresiones físicas, torturas, asesinatos) fueron calificados en las querellas como delitos de lesa humanidad, genocidio, asesinato, lesiones, torturas y secuestros, de los arts. 607 bis, 174, 175, 176, 177 y 139 del Código Penal. Marruecos nunca respondió a la Comisión Rogatoria librada en 2010 para conocer si existía algún procedimiento en curso sobre estos hechos, por lo que las querellas estaban en suspenso hasta que se dictó el auto ahora comentado; a consecuencia del mismo, las querellas han sido admitidas a trámite mediante Auto del JC núm. 2 de la AN, de 19 de septiembre de 2014.

4. La singularidad del Auto 40/2014, de 4 de julio, estriba en que el Pleno de la Sala, compartiendo el criterio defendido por el Ministerio Fiscal, ha considerado que «España *de iure*, aunque no *de facto*, sigue siendo la Potencia Administradora del territorio, y como tal, hasta que finalice el periodo de la descolonización, tiene las obligaciones recogidas en los arts. 73 y 74 de la Carta de Naciones Unidas, entre ellas dar protección, incluso jurisdiccional, a sus ciudadanos contra todo abuso, para lo cual debe extender su jurisdicción territorial para hechos como los que se refieren en la querella a que se contrae el presente procedimiento [por lo que] el juzgado de instrucción remitente de las actuaciones tiene jurisdicción para el conocimiento de los hechos objeto de querella en atención al criterio de territorialidad del art 23.1 de la LOPJ y no del de jurisdicción universal del art 23.4 de la LOPJ, por lo que no se ve afectado por la reciente reforma de dicho artículo» (FJ 1).

5. El nudo de los argumentos esgrimidos por la Fiscalía y asumidos por la Sala se apoya en el carácter nulo de los Acuerdos de Madrid. A partir de este dato, que resulta indiscutible, la Fiscalía concluye que «Naciones Unidas ha mantenido una posición uniforme [...] al dictaminar que el mismo es nulo, sin eficacia jurídica, *en consecuencia siempre ha considerado a España como la Potencia administradora*» (cursiva añadida). Aunque la premisa de la nulidad es cierta, la conclusión que se extrae resulta inexacta, a mi entender. Desde que el Gobierno español se desligó unilateralmente de

su responsabilidad en la administración del territorio (Carta al SG de 26 de febrero de 1976, A/31/56, S/11997), ninguna resolución de la ONU ha declarado a España como Potencia administradora. El *Dictamen Corell*, citado en el auto comentado como aval de la tesis de que España continúa siendo Potencia administradora de iure, tampoco recoge esa afirmación sino que se limita a constatar que «el acuerdo de Madrid no transfirió la soberanía sobre el territorio, ni confirió a ninguno de los signatarios la condición de Potencia administradora, condición que España, por sí sola, no podía haber transmitido unilateralmente» (S/2002/161, núm. 7).

6. A partir de dichos elementos se puede afirmar: que Marruecos no es Potencia administradora (*administering power*) del territorio puesto que no tiene título para ello y no desarrolla las funciones que el art. 73 de la Carta enlaza a dicho estatuto, esto es, en esencia, la promoción de la libre determinación del pueblo que habita el territorio administrado; que Marruecos es la potencia ocupante, como afirman las resoluciones AGNU 34/37 y 35/19 y se deriva de la situación fáctica de control militar, así como que ha «administrado el territorio del Sáhara occidental por sí solo» (*Dictamen Corell*); que Marruecos vulnera el derecho de autodeterminación del pueblo saharauí; y que España ha violado las obligaciones que le sujetaban como Potencia administradora, al desistir de sus funciones y renunciar a la organización de un referéndum de autodeterminación.

7. Sin embargo, a partir de dichos elementos, considero bastante más difícil poder deducir, como hace el Auto 40/2014 de la AN, que España mantiene el estatuto de Potencia administradora de iure. Como ya se ha señalado al respecto, hace algunos años pero con un enfoque que permanece vigente, «no obstante la valoración jurídica que podamos mantener sobre los Acuerdos de Madrid [...] después de 26 años de ocupación del territorio por parte de Marruecos y a la vista de la idéntica posición, con muy pocos matices diferenciadores, mantenida por los sucesivos gobiernos españoles a este respecto, resulta poco riguroso a estas alturas sostener que España continúa siendo la Potencia administradora del Sáhara Occidental. *Mutatis mutandis* es como si en la actualidad le atribuyéramos al Reino Unido el estatuto de potencia mandataria de los territorios palestinos ocupados por Israel, cincuenta años después de que se retirara de los mismos» (FERRER LLORET, J., *La aplicación del principio de autodeterminación de los pueblos: Sáhara Occidental y Timor Oriental*, Alicante, Universidad de Alicante, 2002, pp. 40-41).

8. De igual modo, me parece frágil la conexión argumental que realiza la Fiscalía entre el reconocimiento de que España continúa siendo la Potencia administradora de iure del Sáhara Occidental y el establecimiento de la jurisdicción penal de nuestros tribunales sobre el mismo en virtud del principio de territorialidad. Aunque la Fiscalía se apoya en que «hay un importante sector doctrinal» que defiende este estatuto para España, lo cierto es que los análisis monográficos sobre la cuestión ponen el foco sobre las *obligaciones políticas* del Estado (a la hora de apoyar de forma proactiva la exteriorización de la voluntad de la población saharauí, en vez de mantener un enfoque de neutralidad equidistante) y, sobre todo, en las obligaciones *de tipo económico, social y educativo*, que alcanzarían a España y que debieran pasar por intentar evitar el expolio de las riquezas del Sáhara Occidental, o al menos no contribuir al mismo, por parte de la potencia ocupante [al respecto RUIZ MIGUEL, C., «Las obligaciones legales de España como potencia administradora del Sáhara Occidental», *ADI*, vol. 26, 2010, en concreto pp. 325-330; y TRILLO, E., «Spain as Administering Power of Western Sáhara», en ARTS, K. y PINTO, P. (eds.), *International Law and the Question of Western Sahara*, Porto, IPJET, 2007]. La tesis de un eventual ejercicio de la jurisdicción pe-

nal sobre la base del principio de territorialidad no se contempla, por tanto, en estos trabajos generales. De una manera ambigua, ya que se está hablando de dos procesos tramitados bajo el principio de jurisdicción universal, sí que aparece una referencia posterior a que «*l'Espagne peut alors exercer sa juridiction sur le territoire non autonome qui est encore sous sa responsabilité*» (en RUIZ MIGUEL, C., «La responsabilité...», *op. cit.*, p. 111). De manera más clara, sin embargo, la tesis de la *territorialización* del Sáhara que ha consagrado finalmente el Auto de la AN se plantea, aunque como mera hipótesis, en un último trabajo (FUNGAIRO, E., «Los tribunales españoles y el Sáhara Occidental. Algunas sentencias», en PALACIOS ROMEO, F., *op. cit.*, p. 273, nota 11) que advierte también sobre «las dificultades que luego hubiesen surgido para llevar a cabo las diligencias de investigación (examen del lugar de los hechos, declaración de los inculpados marroquíes, declaración de los testigos, etc.)». Aviso, claro, válido para el proceso ahora en curso.

9. Para finalizar con el análisis del auto, me resta referirme a la quinta conclusión del escrito de la Fiscalía, que se incorpora íntegro al texto adoptado por la AN, en el que se indica que «debe señalarse por último que si por la legalidad internacional un territorio no puede ser considerado marroquí, tampoco puede aceptarse su jurisdicción como fuero preferente del lugar de comisión del delito». Me parece complicado hacer compatible esta afirmación, que no se argumenta en el auto, con el Derecho internacional aplicable a la situación del Sáhara, que debe ser determinado a partir de la existencia de una potencia ocupante que invade por la fuerza un territorio no autónomo que todavía no ha ejercido el derecho a la libre determinación, tras haber sido abandonado éste por la potencia administradora. Desde esa perspectiva, aunque no desarrollemos aquí la cuestión, entiendo que son aplicables a la población del territorio no autónomo tanto el Derecho humanitario relativo a la ocupación [en particular, el Reglamento de La Haya sobre las Leyes y costumbres de la Guerra terrestre y el cuarto Convenio de Ginebra; en extenso CHINKIN, Ch., «Laws of Occupation», en BOTH, N. *et al.* (eds.), *Multilateralism and International Law with Western Sáhara as a Case Study*, Pretoria, University of South Africa, 2008, pp. 196-221] como también las normas convencionales del Derecho internacional de los derechos humanos, que son eficaces extraterritorialmente en estas situaciones. La interacción de ambos corpus ha sido abordada por el TIJ en casos que presentan analogías con el del Sáhara, como ocurre en el Dictamen sobre el Muro de Palestina o la diferencia entre la RD del Congo y Uganda. En los dos tipos de normas, humanitarias y de derechos humanos, se establecen obligaciones relacionadas con el derecho a un proceso con las debidas garantías que corren a cargo del Estado ocupante, sobre todo, en los supuestos en que la ocupación se prolonga en el tiempo. A consecuencia de todo ello, no comparto la idea expresada por la AN de que si el Sáhara no es legalmente territorio marroquí, no puede aceptarse su jurisdicción como fuero preferente del lugar de comisión del delito. Al contrario, no queda otro remedio que hacerlo, al ser el predeterminado por el ordenamiento internacional; y, ante la probable violación por parte de Marruecos de sus obligaciones, habrá de continuar instándose tanto una respuesta institucional en el plano internacional como la búsqueda de una reparación individual ante los tribunales internos de terceros Estados. Pese a que suene *ritual*, esto parece más lógico que afirmar que el fuero territorial es el español porque el Sáhara está de iure administrado por España... aunque esto sea una ficción porque hace casi cuarenta años que este Estado no administra nada en dicho territorio. Como se ha señalado «con los derechos humanos el criterio operativo se centra en la noción de jurisdicción —no en la soberanía— y en la idea del control efectivo, sin parar mientes en la legalidad o legitimidad de las acciones de los agentes estatales» (GONZÁLEZ VEGA, J., *op. cit.*, p. 88).

10. Volviendo al principio, para terminar. La violación continuada del derecho colectivo a la libre determinación del pueblo del Sáhara Occidental y, en conexión con ésta, la vulneración de los derechos individuales de los saharauis genera una notable frustración, que se ve acrecentada por la debilidad de los mecanismos de respuesta institucional. Frente a ese callejón sin salida aparente puede ser tentador explorar una puerta de escape. En el caso que nos ocupa, aun a pesar de la falta de cooperación judicial marroquí, la activación del principio de jurisdicción universal proporcionaba una vía de acción procesal, ardua pero plausible, para investigar las violaciones de derechos humanos cometidos durante el desalojo del Campamento Dignidad. Tras la reforma operada por la LO 1/2014, sin embargo, dicho procedimiento tendría que haber sido sobreesido. La mutilación de la jurisdicción universal que se ha acometido es tan intensa que no se podría instruir ni tan siquiera un proceso como éste en el que la víctima de un presunto asesinato cometido en un contexto de crímenes contra la humanidad es un ciudadano español (Baby Hamday), puesto que dicho delito sólo sería perseguible cuando el procedimiento estuviese dirigido contra un español, o contra un extranjero que resida habitualmente en España, o contra un extranjero que se encontrara en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas [art. 23.4.a)]. La limitación es tan severa que resulta razonable que surjan dudas tanto sobre la constitucionalidad de la reforma como respecto a si ésta va a provocar el incumplimiento por parte de España de las obligaciones internacionales que le alcanzan. Sin embargo, pese a compartir una valoración crítica de la reforma, pienso que las bases jurídicas para mantener abierto en la AN un proceso como el del Sáhara Occidental haciéndolo pivotar en exclusiva sobre el principio de territorialidad (es decir, afirmando a partir de una ficción jurídica que éste es un territorio español) son insuficientes.

Carlos TEIJO GARCÍA

Universidad de Santiago de Compostela

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.1.2015.3a.02>

3.2. Jurisdicción universal: casos *Tíbet* y *Falun Gong*

JURISDICCIÓN UNIVERSAL.—Genocidio.—Torturas.—LO 1/2014, de 13 de marzo.

Auto de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Pleno), de 2 de julio de 2014 (ROJ: ANN 216/2014). Ponente: Julio de Diego López.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id. Cendoj) 28079229912014200002.

Auto de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Pleno), de 15 de julio de 2014 (ROJ: ANN 215/2014). Ponente: Nicolás Poveda Peñas.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id. Cendoj) 28079229912014200001.

1. Los dos autos que vamos a comentar a continuación se refieren al sobreesimiento de dos de las ya pocas causas que se encuentran abiertas en la AN en aplicación del principio de jurisdicción universal: el caso *Tíbet* y el caso *Falun Gong*. Ambas tienen su origen en querellas por presuntos delitos de genocidio y torturas dirigidas contra antiguos dirigentes chinos. Su admisión a trámite, y sobre todo, las órdenes de busca y captura dictadas contra cinco presuntos responsables del genocidio tibetano, han ocasionado importantes presiones al ejecutivo español por parte de las autoridades chinas. Éstas, sumadas a otros conflictos diplomáticos con autoridades israelíes,

lías y estadounidenses por razones similares, han sido las detonantes de la reforma exprés y tajante de la jurisdicción universal a través de la LO 1/2014, de 13 de marzo (BOE núm. 63, de 14 de marzo de 2014, pp. 23026 y ss., véase, sobre esta reforma, entre otros: SÁNCHEZ LEGIDO, A., «El fin del modelo español de jurisdicción universal», *REEI*, 2014, núm. 27).

2. Se trata de una restricción por vía legislativa de la jurisdicción universal que continúa el camino emprendido por la anterior reforma de la LOPJ a través de la LO 1/2009, de 3 de noviembre, que había condicionado ya el ejercicio de esta jurisdicción —configurada hasta ese momento de forma muy amplia— a la concurrencia de alguna de las siguientes tres circunstancias: la presencia de los presuntos responsables en nuestro territorio, la nacionalidad española de la víctima, o la existencia de algún otro vínculo de conexión relevante con España. Y, si esta reforma no había sido suficiente para paralizar muchos de los procedimientos que se estaban tramitando, incluidos los dos a los que estamos haciendo referencia, la introducida por la LO 1/2014 deja a la jurisdicción universal española prácticamente inoperativa. Hecho, que, por otro lado, se encuentra en consonancia con un retroceso casi generalizado de la jurisdicción universal en los ordenamientos jurídicos nacionales europeos que la contemplan (véase un estudio reciente sobre su situación en el Derecho comparado en ROBLES CARRILLO, M., «El principio de jurisdicción universal: estado actual y perspectivas de evolución», *REDI*, vol. XVI, 2014, núm. 2, pp. 81-111).

3. Entre otras cuestiones, esta reforma ha supuesto la exigencia de mayores vínculos de conexión con España de las causas. Así en relación con los delitos sobre los que versan los dos casos que nos ocupan, se introducen, por una parte, respecto del de genocidio, dos requisitos relacionados con las personas contra las que se dirige el procedimiento: deberán ser españoles o extranjeros que residan habitualmente en España o extranjeros que se encuentren en España y cuya extradición hubiese sido denegada por las autoridades españolas [art. 23.4.a)]. Y, en lo tocante a la tortura, se exige que el procedimiento se dirija contra un español o que la víctima tenga nacionalidad española en el momento de la comisión de los hechos y que la persona a la que se imputa la comisión del delito se encuentre en territorio español [art. 23.4.b)].

4. Asimismo, la disposición transitoria única de esta LO establece que «las causas que en el momento de la entrada en vigor de esta ley se encuentren en tramitación por los delitos a los que se hace referencia en la misma quedarán sobreesidas hasta que no se acredite el cumplimiento de los requisitos establecidos en ella». En consecuencia, en los dos procedimientos que nos ocupan, el Juzgado Central de Instrucción núm. 2 acordó, a instancia del Ministerio Fiscal, la conclusión de los sumarios y su elevación a la Sección 2.ª de la Sala de lo penal de la Audiencia Nacional para que ésta se pronunciase sobre la concurrencia de tales requisitos. Finalmente, las cuestiones fueron remitidas al Pleno de la Sala de lo Penal, que acordó por mayoría su sobreesimiento y archivo. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que esta aplicación de la LO 1/2014 no ha sido hasta el momento homogénea por parte de los jueces de instrucción y, en otros casos, como en los relativos al *Sáhara*, *Guantánamo* o *Couso*, sí han continuado dicha instrucción.

5. Si nos centramos en el caso *Tíbet*, éste tiene su origen en la querella presentada en 2005 por dos asociaciones tibetanas —el Comité de apoyo al Tíbet y la Fundación Casa del Tíbet— y de una víctima de nacionalidad española (véase un recorrido detallado por este procedimiento en el comentario de CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., *REDI*, vol. LXVI, 2014, núm. 1, pp. 212-217). Los querellantes alegaron contra el sobreesimiento de la causa derivada de la aplicación de la LO 1/2014 la primacía de las con-

venciones internacionales en la materia sobre el Derecho interno, que al ser los hechos alegados constitutivos de terrorismo y existir una víctima española no le afecta dicha ley, así como la necesidad de plantear cuestión de inconstitucionalidad. Sin embargo, el auto considera, en primer lugar, que no existe ninguna norma internacional que obligue a los Estados a incorporar el principio de jurisdicción universal y que su límite es una cuestión de política criminal que compete al legislador. Y, en este caso, no concurren los supuestos que el legislador ha configurado en los arts. 23.4.a) y 23.4.b) de la LOPJ: en cuanto a los delitos de genocidio y lesa humanidad, ninguno de los querellados ostenta la nacionalidad española, ni reside en España ni se encuentra en territorio nacional, y, en relación con las torturas, los querellados son nacionales de la República Popular China y no consta tampoco que se encuentren en territorio español. Con base en los mismos argumentos, no se estima necesario, en segundo lugar, el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad. Y, por último, se afirma que la calificación hecha por los querellantes de los hechos como terrorismo en su escrito de querrela no es vinculante, máxime cuando la imputación a los querellados ha sido realizada ya únicamente por delitos de torturas, genocidio y lesa humanidad.

6. Respecto al caso *Falun Gong*, que tiene su origen en distintas querellas presentadas desde 2003 por la presunta persecución a la que son sometidos en China los practicantes de esa enseñanza religiosa, el auto se limita a considerar que no concurren, igual que en el caso *Tíbet*, los requisitos impuestos tras la reforma de la LOPJ por la LO 1/2014 para poder continuar con la causa, por lo que, aplicando su disposición transitoria, se procede a su sobreseimiento y archivo.

7. Muy al contrario, los votos particulares a ambas decisiones, suscritos por siete magistrados, coinciden en que la reforma de la LOPJ, operada por la LO 1/2014, es contraria a las exigencias del Derecho internacional en esta materia y en la necesidad de haber planteado una cuestión de inconstitucionalidad ante el TC.

8. Así, en los votos particulares en el asunto *Tíbet*, los magistrados sostienen, por una parte, que el Derecho internacional convencional sí impone al Estado español la obligación de investigar y perseguir los crímenes de guerra. En concreto, el art. 146 del IV Convenio de Ginebra establece que cada Estado parte «tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves y deberá hacerla comparecer ante los propios tribunales sea cual fuere su nacionalidad». Se produce así un conflicto normativo con el art. 23.4 de la LOPJ que se debe resolver aplicando la ley que goza de mayor rango normativo: la derivada del tratado internacional. Es decir, se recurre, paradójicamente, al mismo argumento que la AN ha empleado, por ejemplo, en el caso *José Couso*, para seguir tramitándolo (véase el comentario de SÁNCHEZ RAMOS, B., *REDI*, vol. LXVI, 2014, núm. 2, pp. 181-183). Consideran además, en consonancia con lo establecido por la STC 237/2005, en el caso *Guatemala*, que la jurisdicción universal de los crímenes de guerra implica la extensión de la jurisdicción del Estado en atención únicamente a la naturaleza del delito, de modo que cuando se exigen vínculos de conexión relacionados con la nacionalidad del perpetrador, la nacionalidad de la víctima o los intereses del Estado, se aplican otros mecanismos de atribución de la jurisdicción. Entienden también que debió haberse planteado la cuestión de inconstitucionalidad de la actual redacción del art. 23 de la LOPJ por vulnerar, por un lado, el derecho fundamental a la igualdad, dado su desigual tratamiento de la personalidad pasiva en las distintas figuras delictivas que contempla y, por otro, el derecho a la tutela judicial efectiva, dado el desentendimiento que se hace de las víctimas si son españolas en los casos de genocidio, crímenes de guerra y contra la humanidad. Además, este derecho a la justi-

cia estaría reconocido en la legalidad internacional, tanto en instrumentos de derecho estatutario como consuetudinario e, incluso constituiría, en algunas situaciones, *ius cogens* internacional.

9. En sentido similar se pronuncia el voto particular en el caso *Falun Gong*, que comienza enmarcando la jurisdicción universal en el desarrollo del Derecho penal internacional como forma de luchar contra la impunidad y del derecho a la reparación de las víctimas de las grandes violaciones de derechos humanos. A continuación, analiza y critica las exigencias del vínculo de conexión para el ejercicio de la jurisdicción universal introducidas por la LO 1/2014, basándose principalmente en la doctrina establecida por el TC en sus Sentencias 237/2005 (caso *Guatemala*) y 227/2007 (caso *Tíbet*), concluyendo que conllevan «el total vaciamiento de contenido de la jurisdicción universal (no sólo su limitación)». Por todo ello, estima igualmente que debió haberse planteado cuestión de constitucionalidad contra la LO 1/2014, teniendo en cuenta, además, la vulneración que hace del derecho a la irretroactividad de las leyes restrictivas de derechos humanos.

10. Así las cosas, habrá que estar atentos, para ver si se confirma o no esta drástica restricción de la jurisdicción universal en nuestro sistema jurídico, por un lado, al sentido en el que se pronuncie el TS en relación con el recurso de casación interpuesto contra, al menos, el auto que archiva el caso *Tíbet*. Y, por otro, a la decisión que adopte el TC en relación con el recurso de inconstitucionalidad contra la LO 1/2014 promovido por diputados del Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso, admitido a trámite el 22 de julio de 2014 (*BOE* núm. 181, de 26 de julio de 2014, p. 59669).

Laura MOVILLA PATEIRO

Universidad de Vigo

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.1.2015.3a.03>

3.3. Competencia extraterritorial de los tribunales penales españoles

COMPETENCIA EXTRATERRITORIAL DE LOS TRIBUNALES PENALES ESPAÑOLES.—Jurisdicción Universal.—Tráfico de drogas.—Reforma de la Ley Orgánica del Poder judicial.

Auto de la Audiencia Nacional (Pleno de la Sala de lo Penal), de 4 de julio de 2014 (ROJ: AAN 255/2014). Ponente: Juan Francisco Martel Rivero. Voto particular formulado por Fernando Grande Marlaska Gómez, Concepción Espejel Jorquera, Ángel Luis Hurtado Adrián, Nicolás Poveda Peñas y Enrique López López.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id. Cendoj) 28079229912014200038.

1. En este Auto de 4 de julio el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional se pronuncia sobre un recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra el Auto del Juzgado Central de Instrucción núm. 5, de 19 mayo de 2014 (núm. 46/14), que dictaminó el sobreseimiento y archivo del asunto, relativo al tráfico de drogas en el mar, como consecuencia de la interpretación dada por la Sala al art. 23.4 de la LO 1/2014 (*BOE* núm. 63, de 14 de marzo de 2014, pp. 23026 y ss.) sobre justicia universal (para un estudio detallado de la LO 1/2014 véase ROBLES CARRILLO, M., «El principio de jurisdicción universal: estado actual y perspectivas de evolución», *REDI*, vol. LXVI, 2014, núm. 2, pp. 81-111).

2. Los hechos que dan lugar a la actuación de la AN son los siguientes: el día 19 de abril de 2014, integrantes del Servicio de Vigilancia Aduanera con base en Almería

y Málaga proceden al reconocimiento de un buque mercante de bandera de Tanzania, que se encuentra en la zona contigua que rodea al territorio español de la Isla de Alborán, ante la sospecha de que pudiese transportar sustancias estupefacientes. Si bien en una primera inspección preliminar, realizada con el permiso del capitán, no se detectó la existencia de estupefacientes a bordo del buque, sin embargo, en un segundo examen más exhaustivo, realizado en el puerto de Almería, fueron descubiertos, en un compartimiento de la bodega, 639 fardos conteniendo hachís con un peso aproximado de 16 toneladas. Consecuentemente, los siete tripulantes —de nacionalidad siria— fueron detenidos. Posteriormente, el Juzgado Central de Instrucción núm. 5, por Auto de 19 de mayo, acuerda el sobreseimiento y archivo de la causa, «con la consiguiente puesta en libertad de los siete tripulantes de la embarcación incautada, ante la falta de jurisdicción —a juicio de la Sala— de los órganos judiciales españoles para investigar, y enjuiciar posteriormente, los hechos contenidos en el atestado que dio origen a la incoación del procedimiento» (FJ 1 del Auto de 14 de julio). Y ello porque la Sala considera que el precepto aplicable es el art. 23.4.i) de la LO 1/2014 que establece que «también conocerá la jurisdicción española de los delitos que hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los criminalmente responsables fueren españoles o extranjeros que hubieran adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho y concurrieren los siguientes requisitos: [...] i) tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, siempre que: 1.º el procedimiento se dirija contra un español; o 2.º cuando se trate de la realización de actos de ejecución de uno de estos delitos o de constitución de un grupo u organización criminal con miras a su comisión en territorio español», circunstancias que no concurren en los acusados (sobre este particular —tráfico de drogas y jurisdicción universal— véase comentario de GARCÍA ANDRADE, P., *REDI*, vol. LXVI, 2014, núm. 2, pp. 214-221, y SEGURA SERRANO, A, «Vicisitudes de la jurisdicción universal tras la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 2014», *REDI*, vol. LXVI, 2014, núm. 2, pp. 316-319).

3. Sin embargo, el Ministerio Fiscal mantiene, en su recurso de apelación, que la norma aplicable es el art. 23.4.d) de la LO 1/2014 por lo que, consecuentemente, los tribunales españoles tienen competencia para seguir conociendo de los hechos, a pesar de la entrada en vigor de la citada LO 1/2014. Pero además, y ahí radica a nuestro entender el interés de este auto —junto con el Voto Particular que lo acompaña y que analizaremos posteriormente—, el Ministerio Fiscal realiza una aproximación al espacio en el que se producen los hechos, la zona contigua, a las competencias del Estado ribereño sobre ese espacio, así como a las Convenciones que, a su entender, son aplicables al caso: la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar de 1982 y la Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 1988. Y la interrelación de todos estos «elementos» le lleva a sostener —posición que compartimos— la competencia de nuestros tribunales como ya hemos apuntado. Realizaremos, por tanto, un recorrido por estos «elementos».

4. En cuanto al espacio en el que se producen los hechos, la zona contigua, el Ministerio Fiscal recuerda que si bien no estamos ante un espacio sobre el que el ribereño ejerza sus derechos soberanos, sin embargo, ello no quiere decir que no disfrute de competencias en esta zona, sino que, como es sabido, le corresponden ciertas competencias funcionales. En este sentido, el art. 33 de la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar establece que «el Estado ribereño podrá tomar las medidas de fiscalización pertinentes para: 1) prevenir las infracciones a sus leyes y reglamentos aduaneros, fiscales, de inmigración o sanitarios que pudieran cometerse en su territorio o mar territorial; 2) sancionar las infracciones de estas leyes y reglamentos co-

medidas en su territorio o mar territorial». Consecuentemente con esta disposición, el Ministerio Fiscal entiende que es de aplicación la LO 6/2011, de 30 de junio, por la que se modifica la LO 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando (*BOE* núm. 156, de 1 de julio de 2014), cuyo art. 2.1.g) establece que «cometen delito de contrabando, siempre que el valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos sea igual o superior a 150.000 euros, los que realicen alguno de los siguientes hechos: [...] g) alijen o transborden de un buque clandestinamente cualquier clase de mercancías, géneros o efectos dentro de las aguas interiores o del mar territorial español o zona contigua, o en las circunstancias previstas por el art. 111 de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, hecha en Montego Bay, Jamaica, el 10 de diciembre de 1982». Consecuentemente, el Ministerio Fiscal sostiene que «la zona contigua permite al Estado ribereño tomar las medidas enunciadas, por lo que al no formar parte del territorio nacional, pero estar prevista en nuestra legislación interna la comisión de delitos perseguibles en España, ha de considerarse que nos encontramos ante un delito cometido fuera del territorio nacional, previsto en el art. 23.4.d) de la LOPJ, en que la competencia para su instrucción y enjuiciamiento corresponde a los órganos de la Audiencia Nacional, en virtud de los arts. 65.1.e) y 88 de la referida Ley» (FJ 1).

5. En cuanto a la competencia de los tribunales españoles para seguir conociendo del asunto, el Ministerio Fiscal entiende que a la luz de la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar y de la Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas —especialmente arts. 4 y 17— la disposición a aplicar es el art. 23.4.d) de la LO 1/2014 y no el art. 23.4.i) como dictaminó la Sala dado que «la persecución del tráfico de drogas se recoge en las normas de los apartados d) e i) del art. 23.4 de la LOPJ, pero desde perspectivas diferentes». Así, en el apartado d), de aplicación preferente por ser norma especial, se tiene en cuenta el espacio marino en el que se comete el delito, en tanto que el apartado i) se circunscribe al tráfico de drogas cometido fuera del territorio nacional, pero en el lugar que no constituya espacio marino. Por lo que concluye que «de la mencionada normativa se deduce la competencia de las autoridades judiciales españolas para investigar y enjuiciar los hechos de autos, debiendo revocarse el auto recurrido y ordenar la continuación del procedimiento» (FJ 1). Tesis, la de la consideración del art. 23.4.d) como «norma especial» respecto al art. 23.4.i), que ha mantenido también el Tribunal Supremo en diversos pronunciamientos recientes sobre esta materia.

6. Por el contrario, la Sala mantiene que la disposición aplicable que le lleva a dictaminar el sobreseimiento es el art. 23.4.i) de la LO 1/2014. Para la Sala, de una lectura conjunta de la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar y de la Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas no cabe más que deducir que «España no asume ninguna competencia por el hecho de adoptar las medidas previstas en el artículo 17.4 de la Convención de Naciones Unidas sobre tráfico ilícito de drogas de 1988. Únicamente será competente cuando se den los requisitos a los que se refiere el vigente artículo 23.4.i) de la LOPJ. Si no se dan esos requisitos, la adopción de dichas medidas no traspasa el umbral de la cooperación o asistencia a la que España y las Partes firmantes de la Convención quedan obligadas para eliminar el tráfico ilícito por mar, sin ser, por tanto, criterio de atribución de jurisdicción. La razón es sencilla: el artículo 17 de la Convención no establece la jurisdicción de los Tribunales de los Estados que auxilien o colaboren en la eliminación del tráfico ilícito. Las declaraciones programáticas establecidas en las tres Convenciones mencionadas requieren una materialización legislativa interna que en España actualmente se produce en el artículo 23.4.i) de la LOPJ» (FJ 2). Es más, la Sala entiende que, a tenor del vigente art. 23.4.d) de la LO 1/2014 «será competente la

jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como delito de tráfico ilegal de drogas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas de 1988. España como Estado parte podrá adoptar las medidas que sean necesarias para declararse competente respecto del tráfico ilícito. Y esta declaración de competencia viene determinada en la reforma del artículo 23.4.i) de la LO 1/2014».

7. Este auto viene acompañado de un Voto Particular firmado por los Magistrados Grande Marlaska, Espejel Jorquera, Hurtado Adrián, Poveda Peñas y López López, quienes amparándose en las disposiciones de Derecho interno, de Derecho internacional y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, entiende que cabe otra interpretación de la LO 1/2014 que les lleva a considerar que nuestros tribunales sí son competentes para seguir conociendo del asunto. En este sentido cabe apuntar, en primer lugar, que en la discusión sobre la disposición aplicable para determinar la jurisdicción de nuestros tribunales [art. 23.4.d) o 23.4.i) de la LO 1/2014] en este Voto Particular se apunta que, a su juicio —interpretación que nosotros compartimos— «a diferencia de lo que ocurre respecto de los demás delitos contemplados en los restantes apartados del citado art. 23.4 de la LOPJ, e incluso del mismo tipo de delitos cometidos en espacios terrestres, el legislador no ha introducido restricción alguna al ejercicio de la jurisdicción por los órganos judiciales españoles cuando los delitos expresados son cometidos en espacios marinos, dejando a salvo, obviamente, los límites que puedan derivar de los tratados ratificados por España u otros instrumentos internacionales vinculantes para España». En segundo lugar, y en relación con el Derecho internacional, los magistrados consideran que el tráfico de estupefacientes es un delito internacional grave y que toda la Comunidad internacional tiene interés en su persecución (tal y como se deduce de diversas disposiciones de la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar y de la Convención sobre tráfico de drogas). Es más, de especial relevancia es el art. 4 de la Convención sobre tráfico de drogas al obligar a cada Estado parte a adoptar las medidas necesarias para declararse competente respecto de estos delitos cuando el presunto delincuente se encuentre en su territorio y dicha Parte no la extradite a otra, con la finalidad de evitar la impunidad de los presuntos culpables. Y, por último, en cuanto a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, los magistrados traen a colación diversas sentencias relativas a delitos de tráfico ilícito de migrantes en alta mar a bordo de embarcaciones sin pabellón donde se declaraba la competencia de la jurisdicción española, interpretación que, a su juicio, es trasladable al presente asunto.

8. Lo cierto es que la aplicación de la LO 1/2014 ha causado un auténtico revuelo mediático por las consecuencias prácticas de su aplicación e interpretación —no siempre adecuadas, a nuestro juicio— que han llevado, como en el caso que nos ocupa, a la puesta en libertad de siete presuntos culpables de un delito de tráfico de drogas.

Belén SÁNCHEZ RAMOS
Universidad de Vigo

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.1.2015.3a.04>

3.4. Jurisdicción universal: delitos contra la salud pública

JURISDICCIÓN UNIVERSAL.—Delitos contra la salud pública.—Tráfico de drogas.—Competencia de la jurisdicción española.—LOPJ.—Redacción de la LO 1/2014.—Extraterritorialidad.—Motivos: infracción de ley; infracción de preceptos constitucionales.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 24 de julio de 2014 (ROJ: STS 3082/2014). Ponente: Juan Artemio Sánchez Melgar.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id. Cendoj) 28079129912014100001.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 24 de julio de 2014 (ROJ: STS 3089/2014). Ponente: Juan Artemio Sánchez Melgar.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id. Cendoj) 28079120012014100549.

Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 18 de septiembre de 2014 (ROJ: ATS 7517/2014). Ponente: José Manuel Maza Martín.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id. Cendoj) 28079120012014201903.

1. Las dos sentencias y el auto analizados versan sobre la interpretación de los nuevos preceptos sobre la jurisdicción universal en el ordenamiento jurídico español tras las modificaciones aportadas por la nueva Ley Orgánica en la materia, 1/2014, de 13 de marzo, que viene a modificar la versión precedente de la LOPJ 6/1985, en 2009, que había hecho lo propio con la redacción inicial de esta Ley. Si la redacción de 1985 se caracterizaba por una jurisdicción universal ilimitada o absoluta en ciertos delitos de relevancia internacional, en 2009 se habían aportado modificaciones restrictivas tendientes a probar un vínculo relevante entre las causas enjuiciadas y España. Sin embargo, en 2014, la nueva versión de la Ley tiende a acomodarse a lo dispuesto en los tratados internacionales de los que España es parte y a ellos remite en cuanto a la posibilidad de enjuiciar delitos por medio de la jurisdicción universal por parte de los tribunales españoles. Esta jurisdicción es la posibilidad de declararse competente, por estos tribunales, para enjuiciar casos que carezcan de vínculo de conexión territorial ni de personalidad activa (autor) o pasiva (víctima), en caso de que los hechos se produzcan en el extranjero e incumban a individuos de nacionalidad no española.

2. La primera sentencia (STS 3082/2014) objeto de este comentario contiene la interpretación sustancial que es retomada en los dos otros textos y constituirá por ello el objeto esencial de mi análisis. Las diferencias con la segunda sentencia del mismo día son mínimas y conciernen por lo esencial a los fundamentos factuales, como, por ejemplo, que el barco no tiene pabellón en la segunda sentencia, y no los fundamentos de Derecho, que remiten al primer caso. En cuanto al auto, posterior, basta decir que es conforme y consecuente con la interpretación realizada en la primera sentencia, de lo que se puede extraer que la doctrina del Tribunal Supremo, que esta Sentencia de 24 de julio establece, es fundacional y destinada a interpretar la Ley Orgánica del Poder Judicial en casos similares de jurisdicción universal y a establecer esta última cuando el objeto del procedimiento sea un abordaje en aguas internacionales en supuestos de tráfico de drogas.

3. En efecto, se trata del abordaje por una patrulla española y con consentimiento del Estado de pabellón, de un navío con bandera de Sierra Leona y tripulantes de nacionalidad siria en aguas internacionales por tráfico de drogas con incautación de una cantidad importante de hachís, y del sobreesimiento inicial de la causa por el Juzgado Central de Instrucción por falta de jurisdicción, confirmado por la Audiencia Nacional. El Ministerio Fiscal, con criterio diferente, consideró que existía esta jurisdicción con arreglo a la Ley Orgánica del Poder Judicial y a la Con-

vención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 1988, e interpuso recurso de casación contra el auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional por infracción de la Ley Orgánica del Poder Judicial en su nueva versión tras la LO 1/2014. Este auto había desestimado el recurso de apelación del Ministerio Fiscal contra el auto del Juzgado Central de Instrucción que declaraba la falta de jurisdicción de los tribunales españoles para tratar el caso. Para el tratamiento de este recurso de casación se estima competente el Tribunal Supremo.

4. Conviene por tanto, como lo hacen los diferentes órganos judiciales, analizar las disposiciones tanto de la Ley Orgánica del Poder Judicial como de la Convención de Naciones Unidas de 1988. El aspecto esencial de estas sentencias es la interpretación que hacen los tribunales españoles de unos preceptos legales cuanto menos ambiguos, por no decir contradictorios o poco resolutivos, que intentando precisar la jurisdicción universal aplicable en España, tratan igualmente de no violar las normas internacionales en la materia, conduciendo así a una regulación que puede ser calificada de equilibrio inestable y que otorga un papel esencial a los tribunales en su aplicación, como lo muestran estos casos.

5. Es necesario recordar que la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone, en la redacción actualmente en vigor de su art. 23.4, lo siguiente:

«Igualmente, será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos cuando se cumplan las condiciones expresadas:

[...] *d)* Delitos de piratería, terrorismo, tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, trata de seres humanos, contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y delitos contra la seguridad de la navegación marítima que se cometan en los espacios marinos, en los supuestos previstos en los tratados ratificados por España o en actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea parte.

[...] *i)* Tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, siempre que:

1.º el procedimiento se dirija contra un español; o, 2.º cuando se trate de la realización de actos de ejecución de uno de estos delitos o de constitución de un grupo u organización criminal con miras a su comisión en territorio español.

[...] *p)* Cualquier otro delito cuya persecución se imponga con carácter obligatorio por un Tratado vigente para España o por otros actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea miembro, en los supuestos y condiciones que se determine en los mismos».

6. Las letras *d)* e *i)* establecen condiciones de aplicación distintas, siendo más restrictivas las de la letra *i)*. Pero como lo afirma el Tribunal Supremo, y contrariamente a lo que establece el Juzgado de Instrucción en su resolución, no se trata de disposiciones fundamentalmente similares, repetidas o complementarias sino excluyentes y autónomas, se aplica la una o la otra, y si es de aplicación la letra *d)* no es necesario incorporar los criterios o requisitos de la letra *i)*, más restrictivos. En efecto, la letra *d)* es aquí de aplicación ya que el supuesto especial de abordaje acaece en aguas internacionales, citadas por la Ley Orgánica del Poder Judicial como «espacios marinos». Ello excluye la aplicación de los requisitos de la letra *i)*. Lo que implica que para tener o no jurisdicción, los Tribunales han de remitirse a los tratados internacionales en la materia, véase la convención de 1988, y no será necesario que el procedimiento se dirija contra un español ni que se presumiera que el delito de tráfico de drogas fuera a cometerse en el territorio español.

7. Por ello, como lo recuerda el Tribunal Supremo, es necesario citar el art. 4.1.b) de la Convención de 1988, tratado aplicable y que contiene los supuestos aplicables en la materia, y según el que cada una de las Partes, y entre ellas España, «podrá adoptar las medidas que sean necesarias para declararse competente respecto de los delitos que haya tipificado de conformidad con el párr. 1 del artículo 3» (transporte de sustancias estupefacientes):

[...] ii) Cuando el delito se cometa a bordo de una nave para cuya incautación dicha Parte haya recibido previamente autorización [es el caso] con arreglo a lo previsto en el artículo 17, siempre que esa competencia se ejerza únicamente sobre la base de los acuerdos o arreglos a que se hace referencia en los párrafos 4 y 9 de dicho artículo».

Deben subrayarse los términos «podrá adoptar». A esta disposición se añade una norma de cierre, en el apartado 3 de dicho art. 4, que dispone que «[l]a presente Convención no excluye el ejercicio de las competencias penales establecidas por una Parte de conformidad con su derecho interno». Es claramente una disposición permisiva pero no impositiva.

8. Dicho esto, y teniendo en cuenta que el motivo principal por el que el Juzgado de Instrucción consideró que no tenía jurisdicción para conocer del caso es la aplicación complementaria de los requisitos de la letra i) del art. 23.4, que no se reunirían aquí a su juicio, y que en todo caso no es procedente por las razones indicadas por el Tribunal Supremo que se limita a la aplicación de la letra d), el Tribunal Supremo se plantea si cabe atribuir jurisdicción a los tribunales españoles con base únicamente a lo dispuesto por la letra d) y el tratado internacional correspondiente al que reenvía sin nombrarlo, es decir, la Convención de 1988.

9. Es aquí donde, en mi opinión, la interpretación que hace el Tribunal Supremo de la Ley Orgánica del Poder Judicial es excesivamente voluntarista, dándole un significado que si no puede calificarse *contra legem*, sí se aleja claramente de una interpretación literal, lo que puede explicar la referencia que hace el Tribunal a la exposición de motivos para darle una cierta base teleológica, con arreglo a las finalidades de la norma. En efecto, el Juzgado de Instrucción comete un error al aplicar la letra i) de manera complementaria, pero afirmaba en su resolución que sólo serán competentes los tribunales españoles cuando exista un tratado internacional que atribuya competencia a España, lo cual es ciertamente conforme con lo dispuesto por la letra d).

10. Sin embargo, en mi opinión, contrariamente a lo afirmado por el Tribunal Supremo en estas sentencias, el tratado de 1988 no atribuye competencia a los tribunales de un Estado parte: esta convención atribuye la facultad de prever esta competencia en el Derecho interno y no atribuye directamente la competencia. España «podrá adoptar las medidas que sean necesarias para declararse competente». Debe diferenciarse la posibilidad que otorga aquí el Derecho internacional a los Estados para declarar la jurisdicción de sus tribunales en sus normas internas, y la previsión explícita de esta jurisdicción como obligatoria, que esta Convención no realiza de ninguna manera.

11. Así, el Tribunal Supremo concluye que «en definitiva, en los casos de delitos de tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, cometidos en medios marinos, el apartado d) del art. 23.4 de la LOPJ confiere jurisdicción a las autoridades españolas para el abordaje, inspección, incautación de sustancias y detención de los tripulantes de cualquier embarcación que enarbole el pabellón de otro Estado, siempre que obtenga la autorización del Estado de abanderamiento del barco». El Tribunal se basa en la Convención de 1988.

12. Parece el Tribunal Supremo obviar o desconocer que en los tratados internacionales que prevén la jurisdicción universal existen dos tipos de disposiciones: un primer tipo que, como en la Convención de 1988, reenvía a lo dispuesto en el Derecho interno («podrán adoptarse las medidas») y no impone la existencia de esta jurisdicción universal, sino que la deja como una opción para cada Estado parte, y otro más firme que impone a los Estados partes la toma de medidas adecuadas para enjuiciar estos casos. En este último grupo se encuentra por ejemplo la Convención contra la tortura de 1984 (art. 5.2, «Todo Estado parte tomará asimismo las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre estos delitos»), o los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, con su artículo común 49, 50, 129 y 246, que hablan de «obligación» de los Estados parte («Cada una de las Partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves, y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad»). En otros términos, de la misma manera que la redacción nacional de las normas de jurisdicción universal oscila entre una versión «absoluta» (LOPJ, versión de 1985) o «limitada» (LOPJ, versiones de 2009 y de 2014), las normas internacionales hacen lo propio, otorgando a los Estados la simple facultad de establecer esta jurisdicción (como la Convención de 1988 aquí tratada) o la obligación de hacerlo (como la Convención de 1984 o los Convenios de 1949). En estos últimos casos, la formulación de la letra *d*) del art. 23.4 tendría una aplicación más sencilla.

13. Por ello, se trata de un supuesto original y particularmente interesante en el que normas nacionales españolas de jurisdicción universal limitada reenvían a normas convencionales que a su vez hacen depender el ejercicio efectivo de la jurisdicción de la existencia de normas internas: ninguna de ellas da jurisdicción a los tribunales españoles, sin por ello descartarla. Deducir de ello la existencia de una jurisdicción universal en la materia como lo hace el Tribunal Supremo parece un razonamiento discutible: esta competencia puede existir, pero debe ser prevista por las normas correspondientes, en este caso, la LOPJ, que no lo hace, sino que la contempla como una opción dependiente de los tratados. La suma de dos opciones o facultades en normativas de ámbito distinto no impone efectivamente ninguna jurisdicción, sino que permite constatar que dicha opción no ha sido elegida por el Estado.

14. Buscando la conformidad con las normas internacionales, la redacción actual, de 2014, de la LOPJ, parece por tanto sufrir una cierta indefinición y atribuir a los jueces, aquí el Tribunal Supremo, la facultad de afirmar o no una jurisdicción universal cuyas condiciones de establecimiento deberían estar claramente reguladas por ley. Ciertamente que la interpretación voluntarista del Tribunal Supremo en estas sentencias va en el mismo sentido que los objetivos de las normas internacionales de justicia universal, la lucha contra la impunidad por medio del establecimiento de tal jurisdicción, lo que es de destacar y constituye una evolución con respecto a 2009. Ciertamente también que la consecución de dicho objetivo no permite paliar ni justificar las imperfecciones técnicas del legislador, que por no volver a una jurisdicción universal real aunque limitada a ciertos supuestos específicos, ya rechazada en 2009, incurre en una imprecisión jurídicamente criticable y deja en manos de los jueces lo que debería ser lo decidido en el Parlamento. La prudencia excesiva de una ley imprecisa y con lagunas no puede escudarse en la audacia futura de los tribunales en su aplicación, siempre incierta y potencialmente variable.

Jacobo RÍOS RODRÍGUEZ

Université de Perpignan Via Domitia

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.1.2015.3a.05>

REDI, vol. 67 (2015), 1

3.5. La denegación del derecho de asilo y de la protección subsidiaria por motivos de seguridad nacional

DERECHO DE ASILO.—Motivo de denegación de asilo.—Seguridad nacional.—Art. 9 de la Ley del Asilo.

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso, Sección 2.^a), de 17 de julio de 2014 (ROJ: SAN 3633/2014). Ponente: Jesús N. García Paredes.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id. Cendoj) 28079230022014100397.

1. La sentencia de la AN que comentamos estima parcialmente un recurso contencioso-administrativo interpuesto por un nacional kazajo contra una resolución del subsecretario del Interior, de 11 de junio de 2013, en la que se le denegó el derecho de asilo y la protección subsidiaria. La resolución del subsecretario de Interior mantenía que su presencia en España, según un informe del Centro Nacional de Inteligencia (CNI), podría suponer un riesgo para la seguridad nacional y, por tanto, denegó la protección internacional en virtud del art. 9.a) de la Ley de Asilo (FJ 3).

2. Al margen de que resulta una situación excepcional, dentro de la extraordinariamente amplia y casuística jurisprudencia sobre el asilo, en diversas ocasiones los tribunales españoles han aplicado el motivo basado en la seguridad nacional, tanto como causa para denegar la concesión del estatuto de refugiado (véase STS de 18 de diciembre de 2009, Sala de lo Contencioso, Sección 5.^a; STS de 30 de diciembre de 2009, Sala de lo Contencioso, Sección 5.^a, *REDI*, vol. LXII, 2010, núm. 2), como para su revocación una vez concedido (así, en la SAN de 3 de octubre de 2013, Sala de lo Contencioso, Sección 2.^a, con nota de ARRUFAR CÁRDABA, A., *REDI*, vol. LXI, 2009, núm. 2, pp. 464-467; asimismo, GARRIDO MUÑOZ, A., «Crónica de aplicación jurisprudencial del Derecho internacional público», *REEI*, 2013, núm. 23; STS de 2 de octubre de 2008, Sala de lo contencioso, Sección 5.^a, *REDI*, vol. LXI, 2009, núm. 2, pp. 464-467). La presente decisión aplica los criterios que se han definido en este ámbito, que descansan esencialmente en acreditar la existencia de «razones fundadas» para la seguridad interna. El presente asunto tiene el mérito de remitirse con detalle a la normativa internacional y europea, así como a la jurisprudencia del TJUE, a diferencia de otras decisiones en las cuales el elemento internacional estaba ausente en su argumentación.

3. En última instancia, la aportación fundamental de este pronunciamiento se refiere a la clarificación de las exigencias impuestas en la aplicación de la cláusula vinculada con la «seguridad nacional», pero también se encuentran en esta decisión una serie de motivos vinculados con defectos de forma en el desarrollo del procedimiento que merecen comentarse. De forma destacada, la AN se pronunció sobre el trámite de audiencia del ACNUR antes de adoptarse la resolución sobre la solicitud. El art. 35 de la Ley del Asilo prevé que el representante del ACNUR será convocado a las sesiones de la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio, mientras que en su apartado tercero indica que si la propuesta de resolución de la Oficina de Asilo y Refugio fuese desfavorable se dará un plazo de diez días al ACNUR para que, en su caso, informe. En la decisión de la Sala se señala que se convocó al ACNUR en la tarde del viernes 24 de mayo de 2013 para acudir a la reunión del CIAR del lunes 27 de mayo de 2013 y que, debido a la necesidad de estudiar el expediente, el ACNUR solicitó una ampliación del plazo antes de presentar su informe, petición que no se atendió. La AN afirmó que se trataría «de un cumplimiento defectuoso, pero no del incumplimiento de dicho

trámite, por lo que no se han infringido normas procedimentales» (FJ 4). En la jurisprudencia se ha señalado que la no presentación del informe por parte del ACNUR, una vez que se ha enviado la petición, no es causa de la anulación por motivos formales, por cuanto el aspecto esencial es el trámite de audiencia y no la respuesta. No obstante, la tramitación de la propuesta se considera una «infracción palmaria» de la Ley del asilo, según se argumenta con detalle en la segunda de las razones expuesta en el voto particular de dos de los Magistrados de la Sala, Jesús Cudero Blás y Francisco José Navarro Sanchís.

4. De igual forma, a pesar de que el interesado no conoció el informe de CNI antes de redactar la propuesta de resolución, el Tribunal consideró que esta falta de audiencia del interesado, que no le permitió hacer alegaciones en ese momento, se suplió durante el desarrollo del expediente y no se produjo indefensión (FJ 5). Por último, dentro de los motivos de forma, tampoco se consideró por la Sala que se hubiera infringido el art. 26 de la Ley del asilo, que prohíbe dirigirse directamente a las autoridades nacionales a la hora de recabar datos sobre la veracidad o no de los hechos y circunstancias invocadas por el solicitante, por cuanto no constaba en el Informe del CNI esta circunstancia (FJ 7); como apoyo a este pronunciamiento, el Tribunal afirma que también se refiere a ese principio de discreción procedimental, el art. 30 de la Directiva 2013/32, si bien esta Directiva refundida sobre los procedimientos de protección internacional no entrará en vigor hasta 2015 y es el art. 22 de la Directiva 2005/85/CE, de 1 de diciembre, el que regula en el mismo sentido esta materia.

5. Después de rechazar los motivos basados en defectos procedimentales, el Tribunal entra a analizar el fondo del asunto, que se centraba en el análisis de la alegada inexistencia de peligro para la seguridad nacional. A este respecto, la Sala se muestra relativamente crítica con la aplicación de este concepto, y afirma que «con este concepto jurídico indeterminado se concede a las autoridades españolas un amplio margen de discrecionalidad a la hora de rechazar la protección internacional solicitada sobre la base de razones no precisas ni precisadas de orden público o seguridad pública, y que configuran el concepto de “seguridad nacional”, todo ello, en el marco de esa creciente preocupación internacional por los temas de seguridad, que está incidiendo en la interpretación y ámbito del concepto de refugiado» (FJ 9).

6. En su decisión la AN realiza un esfuerzo por integrar la cláusula relativa al «peligro para la seguridad interior del Estado» dentro de las cláusulas de exclusión, si bien reconoce que la Convención de Ginebra las sitúa fuera de este ámbito. En el art. 3.2 de la antigua Ley 5/1984, reguladora del Derecho de Asilo y del Reconocimiento de la Condición de Refugiado aparecía esta identificación entre ambos supuestos, a través de una remisión a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, en la medida en que establecía que «no se concederá asilo a quienes se encuentren comprendidos en alguno de los supuestos previstos en los arts. 1.f) y 33.2 de la Convención de Ginebra de 1955». En cierta manera, aunque constatando su diversa regulación internacional, el pronunciamiento de la AN señala que el peligro para la seguridad interior del Estado se «trata de una “causa de exclusión”, inspirada en el art. 1 (D, E y F) de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, tal como fue modificada por el Protocolo de Nueva York de 31 de enero de 1967, pero que en nuestro ordenamiento jurídico, regulador de la protección internacional, se rubrica como “causa de denegación”, como se contempla en el citado art. 9, de la Ley 12/2009, o, como “causa de revocación”, prevista en el art. 44.1.c), de la citada ley; y decimos inspirada porque las amenazas a la seguridad y el peli-

gro para la comunidad no aparecen como causas de exclusión en el citado art. 1.F, sino como excepciones a la prohibición de expulsión y devolución de un refugiado (art. 33.2)» (FJ 9).

7. En el pronunciamiento se apunta, además, aunque de una forma no excesivamente clara, que la separación entre las cláusulas de exclusión (art. 8) y de denegación (art. 9) en la Ley 12/2009 del Asilo, tiene su origen en las normas adoptadas dentro de la UE; señalando en particular los arts. 21.2.a) y 12 de la Directiva 2004/83/CE. Como se sabe, la Ley del Derecho de asilo adaptó el ordenamiento interno, por lo que afecta a las disposiciones aplicadas en este asunto, a la Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril (DO L 304/12, de 30 de septiembre de 2004). La adopción del paquete legislativo relativo al Sistema Común Europeo de Asilo, completado finalmente en el año 2013, implica la refundición de la Directiva 2004/83/CE en la Directiva 2011/95/UE, de 13 de diciembre (DO L 337/9, de 20 de diciembre de 2011), que entró en vigor en enero de 2012, a los veinte días de su publicación en el *Diario Oficial*, si bien en el ámbito al que se refiere la decisión de la AN no se han incorporado modificaciones. De forma constante, el ACNUR advierte que la cláusula de seguridad nacional debe interpretarse de forma restrictiva, al incluirse dentro de una excepción al principio general previsto en el art. 31 y que no puede considerarse una nueva cláusula de excepción, en la medida en que no excluiría su condición de refugiado, sin que pudieran ampliarse las cláusulas de excepción enumeradas de forma taxativa en la Convención [sobre las discusiones y el compromiso alcanzado entre los Estados miembros, que explican esta regulación véase el comentario a la Directiva 2004/83 en HAILBRONNER, K. (ed.), *EU immigration and asylum law. Commentary on EU regulations and directives*, Munich, C. H. Beck Verlag, 2010, pp. 985 y ss., en particular, pp. 1104 y ss.; por su parte, aludiendo a que da la impresión de que se trata de un «formalismo terminológico», véase SÁNCHEZ LEGIDO, A., «Entre la obsesión por la seguridad y la lucha contra la inmigración irregular: a propósito de la nueva Ley de asilo», *REEI*, 2009, núm. 18, p. 12].

8. Asimismo, el Tribunal señala que en el momento de aplicar esta «cláusula de exclusión», contemplada como «causa de denegación», se han de extremar los razonamientos y motivos sobre los que sustenta el «peligro para la seguridad nacional». En función de estas exigencias, la AN se remite a los pronunciamientos previos en los que se ha construido una doctrina jurisprudencial rigurosa, incluyendo diversas Sentencias del TC en las que se regulan las condiciones de limitación a los derechos fundamentales (FJ 10). En términos gráficos, la AN afirma la necesidad de razones sólidas para que prevalezca el «temor» del Estado sobre los motivos que invoca el solicitante, esto es, motivaciones convincentes y argumentadas, que están apoyadas en un sustento fáctico del que se extraigan consecuencias lógicas. Por otra parte, se requiere que la peligrosidad suponga un riesgo para el país en que se encuentra, no siendo suficiente un riesgo potencial o abstracto, sino concreto y determinado derivado de la presencia en el territorio.

9. Por otra parte, el pronunciamiento de la AN se refiere, como elemento complementario en su interpretación, a la decisión del TJUE de 9 de noviembre de 2010, en los asuntos acumulados C-57/09 y C-101/09, bajo el epígrafe «Jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo». El pronunciamiento del TJUE serviría, según destaca en el FJ 11 para «apoyar los argumentos sobre la necesidad de que, por parte del Estado competente para conocer de la solicitud de protección internacional, se expongan los “motivos fundados” sobre los que se sustenta la aplicación de la “cláusula de exclusión”» (FJ 11, *in fine*).

10. A partir de estos criterios, el Tribunal encuentra en el Informe presentado por el CNI, el 24 de mayo de 2013, inseguridad y ambigüedad, por cuanto el mismo Informe alude a la escasa fiabilidad de los datos que expone y, además, valora la peligrosidad por su presunta vinculación con delitos de criminalidad organizada, pero no en relación con la actividad o influencia que pudiera desarrollar en España. Por otra parte, la Sala apuntó que el objeto del procedimiento se limitaba a la decisión sobre la solicitud de protección internacional, sin que su objeto estuviera afectado por las actuaciones vinculadas con el procedimiento de extradición, si bien, en un *obiter dictum* recordó el pronunciamiento del TEDH de 7 de julio de 1989, en el caso *Soering c. R. U.*, en el que se afirmó la obligación de no extraditar a una persona que se enfrente a un riesgo real de ser sometida a tortura o penas y tratos inhumanos o degradantes en el estado solicitante (FJ 12).

11. En última instancia, la consecuencia de la declaración de nulidad de la Resolución impugnada no fue el reconocimiento de estatuto de refugiado, puesto que la AN consideró que al aplicar esta especie de inadmisión, la administración no había evaluado la solicitud siguiendo los criterios recogidos en la Ley del Asilo y la Directiva (FJ 13). En cambio, en el voto particular de dos de los magistrados de la Sala consideraban que la decisión no sólo debía sino que existían elementos suficientes en el expediente para que el Tribunal reconociera el estatuto de refugiado, en lugar de retrotraer el expediente para que sea decidido por la administración. En definitiva, al margen de las repercusiones políticas y mediáticas del presente asunto, la decisión ha aplicado adecuadamente el criterio, relativamente indeterminado, de la seguridad nacional, garantizando el equilibrio entre los intereses del Estado y los de los solicitantes de protección internacional.

Javier LASO PÉREZ
Universidad de Salamanca

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.1.2015.3a.06>

3.6. El valor de la documentación frente a la realidad física para determinar la edad de un menor extranjero no acompañado

MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS.—Valor de la documentación para la determinación de la edad.—Discrepancia con la realidad física.

Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2014 (Sala de lo Civil, Sección 1.ª ROJ: STS 3818/2014). Ponente: José Antonio Seijas Quintana.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id. Cendoj) 28079119912014100014.

1. En su Sentencia de 23 de septiembre de 2014, el TS abordó una cuestión en materia de extranjería con una trascendencia práctica de especial importancia para el respeto de los derechos de los menores extranjeros no acompañados. En particular, se trata de la determinación del valor que tiene la documentación que porta un menor extranjero no acompañado para determinar su edad cuando dicha documentación resulta ser contradictoria con su realidad física. Por tanto, no estamos ante una situación de indocumentación ni de invalidez de la documentación, sino que el problema radica en determinar la eficacia probatoria de la documentación que porta el menor a la hora de determinar su edad.

2. En el caso de autos, la determinación de la edad era relevante porque de ello dependía la aplicación o no del régimen de protección de menores del art. 780 de la

Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC). El 2 de septiembre de 2009, la Dirección de Atención a la Infancia y Adolescencia del Departamento de Acción Social y Ciudadanía de la Generalitat de Cataluña había dictado una resolución por la que cesaba el ejercicio de funciones tutelares asumidas con carácter preventivo, se dejaba sin efecto la guarda otorgada a la directora del centro de acogida y se cerraba el expediente de amparo de una joven ghanesa al considerar que tanto de su pasaporte como de su partida de nacimiento se concluía que era mayor de edad. Además, al estar en posesión de dicha documentación, la Administración entendió que no procedía la realización de pruebas médicas para confirmar la edad. En primera instancia, el Juzgado estimó la demanda en su totalidad, si bien la Audiencia Provincial de Barcelona estimó el recurso de apelación presentado por el Ministerio Fiscal, sobre la base del criterio, sostenido por la misma Audiencia en varias ocasiones, de que no ha de pronunciarse sobre la validez del documento aportado sino valorar la eficacia probatoria del mismo para determinar la edad de un menor. Así, consideró que el certificado de nacimiento de Ghana no tiene la consideración de documento público al no existir convenio al respecto con España ni al estar legalizado. Asimismo, justifica la práctica de la prueba pericial de la que se puede concluir que la edad de la joven es superior a los dieciocho años, lo que la privaría del derecho a la protección dispensada en España a los menores en situación de desamparo.

3. El interés del caso y la importancia de la sentencia del TS radican en el hecho de que existen pronunciamientos contradictorios de Audiencias Provinciales a la hora de determinar el valor de la documentación que portan menores extranjeros en nuestro país cuando contienen datos que no coinciden con la realidad física de la persona. En otras palabras, el TS se encuentra aquí en la tesitura de aportar una solución en los casos en los que existe una discrepancia entre la documentación y la realidad física de un menor extranjero no acompañado.

4. En opinión del TS, la normativa sustantiva aplicable al caso de autos, a saber, la Ley de Extranjería 4/2000 y su Reglamento de desarrollo, es suficientemente clara para ofrecer una solución, a pesar de lo cual la Audiencia Provincial de Barcelona realizó una interpretación errónea de la misma. El TS inicia su razonamiento con la naturaleza y la función del pasaporte como documento con validez internacional y con el uso que los funcionarios deben darle a los pasaportes extranjeros en España. En este sentido, es claro para el Tribunal que no corresponde a los funcionarios encargados de la recepción de tales pasaportes determinar su validez, la cual depende de los Convenios internacionales, al margen de la consideración que pueda tener en España como documento público o no, una vez cumplidos los requisitos exigidos en el país de origen y contengan datos suficientes sobre la identidad y la nacionalidad de su titular.

5. A continuación, el TS entra a analizar lo que dispone la normativa española en materia de extranjería en relación con la identificación y documentación de los extranjeros y de los menores, en particular los arts. 35.3 y 25.1 de la Ley de Extranjería, y 6 y 190 del Reglamento de desarrollo, de los que la Audiencia Provincial realizó una errónea interpretación. Según el TS, «[l]a correcta interpretación de los artículos de la Ley y Reglamento de Extranjería permite mantener que el inmigrante de cuyo pasaporte o documento equivalente de identidad se desprenda su minoría de edad no puede ser considerado un extranjero indocumentado para ser sometido a pruebas complementarias de determinación de su edad, pues no cabe cuestionar sin una justificación razonable por qué se realizan tales pruebas cuando se dispone de un pasaporte legalmente expedido por el país de origen cuya validez no ha sido cuestio-

nada ni ha sido invalidado por ningún organismo competente. Se hace necesario, por tanto, realizar un juicio de proporcionalidad y ponderar adecuadamente las razones por las que se considera que el documento no es fiable y que por ello se debe acudir a las pruebas de determinación de la edad, lo que no se ha hecho».

6. A mayor abundamiento, el TS lleva a cabo un desarrollo específico de la cuestión de la realización de las pruebas médicas para la determinación de la edad. En este sentido, señala que «ya se trate de personas documentadas como indocumentadas, las pruebas médicas para la determinación de la edad, especialmente si son invasivas, no podrán aplicarse indiscriminadamente para la determinación de la edad, con la precisión de que cualquier duda sobre la minoría de edad basada en la simple apariencia física de la persona deberá resolverse a favor del menor; habida cuenta el hecho de que las técnicas actuales no permiten establecer con total precisión la edad». Por tanto, el TS concede una prioridad absoluta al interés del menor y su protección por las autoridades correspondientes en situaciones de desamparo en casos de duda sobre la determinación de su edad. Para ello, se apoya también en la Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de septiembre de 2013, sobre la situación de los menores no acompañados en la UE [2012/2263 (INI)]. En consecuencia, el TS establece de forma clara y contundente que el interés superior del menor «debe prevalecer sobre cualquier otra consideración en todos los actos adoptados en este ámbito, tanto por las autoridades públicas como por las instituciones privadas».

7. Por todo ello, el Tribunal afirma que la joven ghanesa no sólo no se trata da una menor indocumentada, sino que además su documentación acredita su edad, por lo que su minoría de edad no podría ponerse en duda a los efectos de la normativa aplicable, y menos aún sin haber impugnado la validez de dichos documentos. Así, la joven «deberá quedar bajo la protección que la ley dispensa a los menores no acompañados».

8. De este modo, el TS sienta como doctrina jurisprudencial que «el inmigrante de cuyo pasaporte o documento equivalente de identidad se desprenda su minoría de edad no puede ser considerado un extranjero indocumentado para ser sometido a pruebas complementarias de determinación de su edad, pues no cabe cuestionar sin una justificación razonable por qué se realizan tales pruebas cuando se dispone de un pasaporte válido. Por tanto, procede realizar un juicio de proporcionalidad y ponderar adecuadamente las razones por las que se considera que el documento no es fiable y que por ello se debe acudir a las pruebas de determinación de la edad. En cualquier caso, ya se trate de personas documentadas como indocumentadas, las técnicas médicas, especialmente si son invasivas, no podrán aplicarse indiscriminadamente para la determinación de la edad» (apdo. 4 del fallo).

9. En fin, nos encontramos ante una doctrina, ya reiterada en una sentencia dictada al día siguiente por la misma Sala y Sección (STS 3817/2014), que permite establecer un criterio jurisprudencial único en todo el territorio nacional para salvaguardar los derechos de los menores extranjeros no acompañados, garantizando tanto su protección por instituciones públicas en casos de desprotección como la imposibilidad de someterles indiscriminadamente a pruebas médicas especialmente intrusivas o invasivas que pueden resultar traumatizantes.

Jorge Antonio QUINDIMIL LÓPEZ
Universidade da Coruña

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.1.2015.3a.07>

REDI, vol. 67 (2015), 1

3.7. «Devoluciones en caliente» de ciudadanos extranjeros a Marruecos

«DEVOLUCIONES EN CALIENTE» de ciudadanos extranjeros a Marruecos.—Concepto de frontera.—Devolución.—Legislación de extranjería.—Acuerdo de readmisión.

Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Melilla, de 11 de septiembre de 2014 (ROJ: AJP11 14/2014).

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id. Cendoj) 52001410022014200001.

1. El presente comentario analiza el Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Melilla, de 11 de septiembre de 2014. Las resoluciones de estos órganos judiciales no suelen ser objeto de atención en esta Crónica, salvo cuando nos hallemos —como ocurre en este caso— ante un pronunciamiento de especial relevancia en virtud de la importancia otorgada por el juez al Derecho internacional en su argumentación.

2. El auto en cuestión se relaciona con una temática de gran actualidad e interés jurídico-político como es la controvertida práctica de las denominadas «devoluciones en caliente», consistente en la entrega de ciudadanos extranjeros recién llegados a territorio español a las autoridades marroquíes, sin seguir ningún tipo de procedimiento administrativo, ni respetar las garantías correspondientes, de conformidad con la legislación española de extranjería y las obligaciones asumidas por nuestro país en materia de derechos humanos (véase MARTÍNEZ ESCAMILLA *et al.*, «“Expulsiones en caliente”: Cuando el Estado actúa al margen de la ley», 27 de junio de 2014, disponible en <http://eprints.ucm.es/25993/>).

3. La práctica de devoluciones sumarias en la frontera hispano-marroquí se acompaña, lamentablemente, de sucesos trágicos, destacando, por ejemplo, los acaecidos en Ceuta en febrero de 2014 cuando un numeroso grupo de migrantes trató de bordear por el agua el espigón fronterizo que separa las partes española y marroquí de la playa del Tarajal. Una quincena de personas fallecieron por ahogamiento como consecuencia de los disparos de material antidisturbios por parte de la Guardia Civil, mientras otros migrantes eran entregados directamente a la gendarmería marroquí (*El País*, «La Guardia Civil calcula que fallecieron 14 inmigrantes en el espigón de Ceuta», 7 de febrero de 2014. Los hechos están siendo objeto de investigación por parte del Juzgado de Instrucción núm. 6 de Ceuta). Asimismo, se han venido denunciando casos de violencia policial en la represión de los saltos a las vallas fronterizas, como ocurrió en Melilla, en octubre de este mismo año (*El Mundo*, «La ONG Prodein denuncia que la Guardia Civil devolvió a Marruecos a un inmigrante gravemente herido», 16 de octubre de 2014).

4. En particular, los hechos relativos al auto objeto de comentario, denunciados por la Federación Andaluza Acoge, la Federación de Asociaciones SOS Racismo del Estado español y PRODEIN, tuvieron lugar en la valla fronteriza de Melilla, los días 18 de junio y 13 de agosto de 2014. En las grabaciones aportadas por los denunciantes, se observa cómo varios ciudadanos subsaharianos, después de saltar la valla, son entregados de forma inmediata a las fuerzas de seguridad marroquíes sin aplicarles la legislación española de extranjería. Por ello, el auto trata de aclarar si se produjeron dichas entregas y si, de ser el caso, nos hallaríamos ante una infracción penal.

5. Entre las cuestiones jurídicas que aborda el auto y que guardan relación con el Derecho internacional público, hemos de partir del concepto y la naturaleza jurídica

de la frontera, en tanto que línea de delimitación de los respectivos ámbitos territoriales de ejercicio de las competencias estatales (en relación con las funciones de la frontera y la afectación de la noción por el Derecho de la UE, véase DEL VALLE GÁLVEZ, A., «Las fronteras de la Unión - El modelo europeo de fronteras», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2002, núm. 12, pp. 299-341) y de la particular configuración de los medios de protección de la frontera terrestre en las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla. En efecto, resulta esencial para comprender el análisis que se acomete en el auto comentado recordar cómo se inicia, desde mediados de los años noventa, la construcción de estructuras metálicas complejas que bordean Ceuta y Melilla en sus fronteras con Marruecos. El vallado, compuesto de una valla exterior y otra interior, se eleva a seis metros de altura, cuenta con cámaras térmicas, torres de vigilancia, sensores, mallas «antitropa» y una sirga tridimensional entre ambas vallas, estando además protegido por las controvertidas concertinas, retiradas en 2007 por su peligrosidad y reintroducidas de nuevo en 2013 (para más detalles, véase APDHA, *Derechos Humanos en la Frontera Sur 2014*, marzo de 2014, disponible en http://www.apdha.org/media/frontera_sur_2014_web.pdf (u.a. 22 de diciembre de 2014).

6. La cuestión a resolver reside así en determinar si los migrantes que saltaron la valla de Melilla de tales características llegaron a entrar en suelo español, siéndoles, por tanto, de aplicación la legislación española de extranjería. De ahí que, en primer lugar, el auto se centre en clarificar la delimitación de las fronteras entre España y Marruecos, determinada, como explica el juez, en distintos tratados internacionales, concretamente en el Convenio relativo a la delimitación de las fronteras españolas con Marruecos en las plazas de Ceuta y Melilla, de 24 de agosto de 1859, el Acta de demarcación de los límites de la plaza de Melilla, de 26 de junio de 1862, el Acuerdo relativo a la conservación de los límites de la plaza de Melilla, de 14 de noviembre de 1863 y, finalmente, el Tratado de Paz y Amistad entre España y Marruecos, de 26 de abril de 1860. Este último es empleado por el juzgador para argumentar que el terreno entre las vallas no forma parte de la frontera, sino que constituye territorio español bajo soberanía española. El doble vallado y la sirga tridimensional han de incluirse, según el auto, en el concepto de «fortificaciones y defensas» adoptadas por España y sujetos a su soberanía en el sentido del art. 7 del mencionado Tratado, que permitía a España adoptar tales medidas de seguridad sin que las autoridades marroquíes opusieran obstáculo alguno. La frontera quedará, por tanto, delimitada por la valla exterior del complejo fronterizo, a partir de la cual será de aplicación la legislación española sin limitación alguna (FJ 2).

7. Sin embargo, el concepto de frontera empleado por la Comandancia de la Guardia Civil de Melilla no es el mismo, toda vez que se defiende la aplicación de un «concepto operativo de frontera», consolidado desde 2005 —cuando se inicia la crisis migratoria en España— y explicitado en la Orden de servicio 6/2014 del coronel jefe de la Comandancia de la Guardia Civil de Melilla. En virtud de este concepto operativo, sería la valla interna la que materializa, a los solos efectos de extranjería, la línea de delimitación del territorio nacional. En consecuencia, el cruce de la valla externa no constituye, según la Orden citada, una entrada ilegal en territorio español, consumándose ésta únicamente cuando se cruza la valla interna y aplicándose, a partir de la misma, la legislación española de extranjería y, más concretamente, la figura de la devolución, regulada en el art. 58 de la LO 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (modificada sucesivamente por las LO 8/2000, 14/2003 y 2/2009, en adelante LOEx) y en el art. 23 del Reglamento de extranjería (Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la LO 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su inte-

gración social, tras su reforma por LO 2/2009, *BOE* núm. 103, de 30 de abril de 2011, en adelante RLOEx).

8. Conforme a dichos preceptos normativos, la devolución se aplica en dos supuestos: a los extranjeros que, tras ser expulsados, contravengan la prohibición de entrada en España, y a los extranjeros que pretendan entrar irregularmente en el país, incluyendo a los interceptados en la frontera o sus inmediaciones. Centrando nuestro interés en este segundo supuesto, la legislación española prevé que los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, que hayan interceptado a extranjeros intentando entrar irregularmente en España, deberán conducirlos lo antes posible a la correspondiente comisaría de policía para que pueda procederse a su identificación y, en su caso, a su devolución (art. 23.2 RLOEx). La devolución se erige así en una alternativa a la apertura de un expediente de expulsión aplicable a aquellos que se encuentren irregularmente en territorio español [art. 57 en relación con el art. 53.1.a) LOEx] y distinta también de la denegación de entrada aplicable a los que, presentándose en un puesto fronterizo, no cumplan con los requisitos de entrada (art. 26.2 LOEx). Ahora bien, la devolución exige igualmente cumplir con ciertas formalidades y garantías, como la adopción de una resolución del Subdelegado del Gobierno o Delegado del Gobierno en Comunidades Autónomas uniprovinciales, la concesión del derecho a la asistencia jurídica y la asistencia de intérprete —ambas gratuitas en caso de que el individuo carezca de recursos económicos suficientes (art. 22.2 LOEx y art. 23.3 RLOEx)— o el derecho a recurrir contra la resolución administrativa [art. 23.4 RLOEx. Respecto de la configuración y efectos de la devolución, nos remitimos a MOYA MALAPEIRA, D. y HERNÁNDEZ CALERO, D., «Los controles en frontera: denegación de entrada, orden de regreso y devolución», en BOZA MARTÍNEZ, D., DONAIRE VILLA, F. J. y MOYA MALAPEIRA, D. (coords.), *La nueva regulación de la inmigración y la extranjería en España. Régimen jurídico tras la LO 2/2009, el Real Decreto 557/2011 y la Ley 12/2009*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 192-226, en especial pp. 220 y ss.]. Y, lo que es más importante, la ejecución de la resolución de devolución quedará suspendida cuando el extranjero formalice una solicitud de protección internacional y hasta que ésta se resuelva o no sea admitida, de conformidad con la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria (*BOE* núm. 263, de 31 de octubre de 2009), en concreto su art. 19.1 (art. 58.4 LOEx y art. 23.6 RLOEx).

9. Dado que el concepto operativo de frontera desvirtúa el límite jurídico del territorio español, dando lugar a una franja de tierra entre las vallas que constituiría tierra de nadie, las autoridades gubernamentales pretenden evitar así la aplicación del procedimiento de devolución y, por consiguiente, las garantías requeridas por la legislación española a los extranjeros que intentan acceder a su territorio. Todo ello, además, resulta aún más grave en el caso de los hechos abordados en el auto objeto de comentario, puesto que sus protagonistas, según se desprende de las grabaciones, habrían llegado a sobrepasar el doble vallado, incluida la valla interna, por lo que habrían entrado en territorio español en base al propio concepto operativo de frontera sostenido por el Gobierno.

10. El auto muestra de este modo cómo nos hallamos ante dos conceptos de frontera, uno de naturaleza jurídica, conforme a los tratados internacionales entre España y Marruecos, y otro de carácter operativo o funcional, que responde a un criterio gubernamental, político o de simple operatividad policial (FJ 3; nótese que, si la valla interna en Ceuta y Melilla materializa, según el Gobierno, la delimitación fronteriza a efectos de extranjería, sería la barrera de agentes de la Guardia Civil la que se erige en línea fronteriza imaginaria en el caso de las playas como se desprende del «Informe

incidentes frontera de Ceuta, día 6 de febrero de 2014», Dirección Adjunta Operativa de la Guardia Civil, 8 de febrero de 2014).

11. A continuación, el juez recuerda el art. 96.1 de la Constitución española por el que los tratados internacionales válidamente celebrados y una vez publicados oficialmente en España formarán parte de nuestro ordenamiento interno, sin que puedan ser derogados, modificados o suspendidos más que en el modo previsto en el tratado o conforme al Derecho internacional general. De esta manera, el precepto constitucional que consagra la solución del monismo moderado en las relaciones entre el Derecho internacional y nuestro Derecho interno sirve al juez para excluir la legalidad del concepto operativo de frontera. Dicho concepto, el cual no se ampara en ninguna norma jurídica y que, por tanto, vulnera también, como indica el auto, lo previsto en el art. 9.3 de la Constitución, supone «una derogación *de facto* de los tratados internacionales suscritos entre ambos países en materia de delimitación de los límites fronterizos, ya que no se aplicó la legislación española en materia de extranjería» a aquellas personas que saltaron la valla de Melilla (FJ 4). En efecto, no puede el Gobierno español proceder unilateralmente a delimitar el espacio territorial sujeto a la jurisdicción soberana española, ni reducir el ámbito de aplicación espacial de una ley sin respetar las exigencias constitucionales, ni tampoco declarar el carácter de *no man's land* de una franja correspondiente a su territorio (por analogía, nos remitimos al excelente trabajo de DEL VALLE GÁLVEZ, A. «Las zonas internacionales o zonas de tránsito de los aeropuertos, ficción liminar fronteriza», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2005, núm. 9, pp. 1-18, donde se afirma que, si bien la ficción jurídica fronteriza de las zonas de tránsito de los aeropuertos es comprensible técnicamente, no puede implicar que se niegue la condición de territorio del Estado a las mismas, excluyendo la aplicación del Derecho nacional).

12. Ciertamente, España y Marruecos mantienen una estrecha cooperación transfronteriza entre sus servicios de policía, como se pone de manifiesto en otros acuerdos internacionales y arreglos informales suscritos entre ambos países y relativos a la cooperación policial en la prevención y represión de diversas formas de criminalidad, incluida la inmigración irregular (véase, por ejemplo, el Acuerdo entre el Gobierno del Reino de España y el Gobierno del Reino de Marruecos en materia de cooperación policial transfronteriza, hecho *ad referendum* en Madrid el 16 de noviembre de 2010, *BOE* núm. 116, de 15 de mayo de 2012), o el establecimiento de patrullas conjuntas de control de fronteras desde finales de 2003 (*El País*, «Guardias civiles patrullarán con gendarmes en Marruecos para impedir la salida de pateras», 5 de diciembre de 2003). Ahora bien, estos compromisos no prejuzgan la aplicación de la legislación española de extranjería, ni tampoco el respeto de las obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos asumidas por los Estados implicados y que resulten de aplicación. Nótese, además, que, en todo caso, el sometimiento de la actuación de los poderes públicos a dichas obligaciones de respeto de los derechos humanos no se produce únicamente cuando su actividad se desarrolle en territorio español, sino que es el criterio de jurisdicción el que incluirá también cualquier actuación de agentes del Estado que, realizada fuera de su territorio, suponga el ejercicio de control y autoridad sobre los individuos, titulares de los derechos a proteger (véase MARTÍNEZ ESCAMILLA *et al.*, «“Expulsiones en caliente”...», *op. cit.*, p. 9. Para la aplicación extraterritorial del CEDH, véase, en particular, *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, Sentencia de 23 de febrero de 2012, núm. 27765/09).

13. Al valorar los hechos a través de las pruebas correspondientes (a estos efectos, el auto se refiere asimismo a la jurisprudencia del TEDH en relación con la admi-

sión de las diligencias probatorias y la necesidad de ponderar si el medio de prueba empleado por el juzgador es pertinente, necesario y posible, FJ 6), el juez indica que ninguno de los extranjeros fue trasladado a las dependencias de la Jefatura Superior de la Policía Nacional de Melilla —algunos estaban incluso lesionados—, infringiendo lo exigido por la legislación de extranjería (art. 23.2 del RLOEx) y el Acuerdo de readmisión entre España y Marruecos de 1992.

14. En efecto, el auto también reproduce y analiza el Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos relativo a la circulación de personas, el tránsito y la readmisión de extranjeros entrados ilegalmente, firmado en Madrid el 13 de febrero de 1992 (de aplicación provisional desde su firma, *BOE* núm. 100, de 25 de abril de 1992, y en vigor desde el 21 de octubre de 2012, *BOE* núm. 299, de 13 de diciembre de 2012). Así, entiende el juez que este tratado ha sido vulnerado al no observarse las mínimas garantías previstas en el mismo para proceder a la readmisión en forma, como son la petición formal de las autoridades fronterizas del Estado requirente; la presentación de la solicitud en los diez días posteriores a la entrada ilegal, haciendo constar en ella la identidad del individuo, su documentación personal y sus condiciones de entrada; o la expedición, en caso de aceptación, por parte del Estado requerido de un certificado o cualquier otro documento que haga constar la identidad y la documentación poseída en su caso por el extranjero (FJ 6). En este sentido, pese a la pertinencia de la mención del Acuerdo, es necesario destacar que, a la vista de su naturaleza jurídica, los acuerdos de readmisión tienen por finalidad permitir la ejecución de la repatriación de inmigrantes, cuya salida del territorio español haya sido previamente ordenada en virtud de la legislación interna de extranjería. En consecuencia, la aplicación del acuerdo de readmisión y la observancia de sus garantías se producirá una vez que las autoridades españolas hayan adoptado una decisión administrativa que obligue a la salida del extranjero del territorio nacional (no obstante, la DA 6.^a de la LOEx parece prever la aplicación directa de los acuerdos de readmisión celebrados por España a aquellos extranjeros que entren en sus respectivos ámbitos de aplicación, lo que resulta, a nuestro entender, ciertamente controvertido). Concluye el juez que, como consecuencia de los hechos que han sido objeto de comprobación en los razonamientos jurídicos del auto, la manera de actuar de las autoridades españolas podría ser constitutiva de infracción penal y, más concretamente, de un delito de prevaricación previsto en el art. 404 del Código Penal, ordenando, en consecuencia, la imputación del coronel jefe de la Comandancia de la Guardia Civil de Melilla por ser la persona que dictó, a sabiendas de su supuesta injusticia, la Orden de Servicio 6/2014 y por estar al mando del dispositivo que procede a su ejecución (FJ 7).

15. El auto cuestiona así la legalidad de la práctica de las «devoluciones en caliente», centrándose en el concepto de frontera y su delimitación, operada por tratados internacionales de los que España es Parte, así como en el Acuerdo de readmisión entre España y Marruecos y las garantías mínimas que éste establece. No obstante, en aras de una mayor exhaustividad, cabría afirmar que las «devoluciones en caliente» vulneran, además de los tratados mencionados y la legislación española de extranjería ya comentada, otras normas de Derecho internacional como las derivadas de las obligaciones asumidas por España en materia de protección de los derechos humanos, entre las que cabría citar las contenidas en el CEDH y, en particular, en los arts. 3 y 13 del Convenio y el art. 4 del Protocolo núm. 4 al CEDH relativo a las expulsiones colectivas, así como la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 o los arts. 4, 18, 19 y 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE. Sin olvidar la posible vulneración de normas del Derecho derivado de la UE, como el Re-

glamento núm. 562/2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo, por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen) (*DO* L 105, de 13 de abril de 2006, p. 1. La Declaración del Reino de España relativa a las ciudades de Ceuta y Melilla, que figura en el Acta final del Acuerdo de adhesión de España al Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 1985 no resulta relevante a los efectos que son objeto de nuestra atención), la Directiva 2008/115, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular (*DO* L 348, de 24 de diciembre de 2008, p. 98; nótese que la posibilidad, prevista por su art. 2.2, de no aplicar la Directiva a los detenidos o interceptados con ocasión del cruce de una frontera exterior no prejuzga la concesión de un trato no menos favorable al previsto en la Directiva respecto de ciertas garantías mínimas, ni el respeto del principio de no devolución en virtud del art. 4.4 de la misma norma) o la Directiva 2013/32, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional (*DO* L 180, de 29 de junio de 2013, p. 60). Así, la incompatibilidad con el Derecho de la UE y el Derecho internacional de los derechos humanos de la práctica de las devoluciones sumarias llevada a cabo por España ha provocado las críticas de instituciones como el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, ACNUR, el Consejo de Europa o la Comisión Europea, especialmente preocupados por los intentos del Gobierno de legalizar la práctica de las «devoluciones en caliente» a través de la reforma de la ley de seguridad ciudadana.

16. En este sentido, el pasado 11 de diciembre, el Congreso de los Diputados aprobó el proyecto de Ley Orgánica de protección de la seguridad ciudadana, por el cual se añade, en virtud de su disposición final 1.^a, una disposición adicional 10.^a a la LOEx relativa al régimen especial de Ceuta y Melilla, con la siguiente redacción: «Los extranjeros que sean detectados en la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta o Melilla mientras intentan superar, en grupo, los elementos de contención fronterizos para cruzar irregularmente la frontera podrán ser rechazados a fin de impedir su entrada ilegal en España» (Proyecto de Ley Orgánica de protección de la seguridad ciudadana, 121/000105, Dictamen de la Comisión, *BOCG* Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 105-4, de 3 de diciembre de 2014, aprobado por el Congreso el 11 de diciembre de 2014 y objeto de tramitación en el Senado).

17. Con esta modificación, se pretende que a aquellos que intenten cruzar la frontera en Ceuta o Melilla no se les aplique la devolución prevista en la legislación de extranjería, sino «el rechazo en frontera», nueva figura que no parece llevar aparejada ninguna de las garantías correspondientes a las denegaciones de entrada (arts. 26.2 y 60 LOEx y art. 15 RLOEx) o las devoluciones ya comentadas. Se deduce de sus términos que el rechazo consistirá simplemente en obligar al extranjero a retroceder, impidiéndole cruzar la frontera. Ahora bien, el nuevo precepto no aclararía qué ha de entenderse por línea fronteriza. Lo que sí resulta claro es que esta reforma impropia de la legislación de extranjería pretende legalizar las «devoluciones en caliente», generando una norma que se erige en *lex specialis* para la frontera española en Ceuta y Melilla. La definitiva aprobación de esta nueva disposición legislativa supondría poner negro sobre blanco que el Gobierno español contraviene la prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros, constituyendo además un claro obstáculo a la identificación y protección de refugiados y otras personas en situación de vulnerabilidad en contra de los compromisos internacionales asumidos por el Estado español. Ante esta situación, pronunciamientos como el auto aquí comentado

han de ser bienvenidos al generar, al menos, cierta confianza en uno de los poderes del Estado.

Paula GARCÍA ANDRADE
 Universidad Pontificia Comillas
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.1.2015.3a.08>

3.8. Ejecución de sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.—Ejecución de sentencias del TEDH.—GARANTÍAS Y DERECHO A UN PROCESO JUSTO.—Derecho a la tutela judicial efectiva.

Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), de 5 de noviembre de 2014 (ROJ: ATS 8256/2014). Ponente: Joaquín Giménez García.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id. Cendoj) 28079120012014202142.

[...] Adriano pretende autorización necesaria para interponer recurso extraordinario de revisión y dice que el 9 de septiembre 2005 la Audiencia Provincial de Castellón dictó sentencia en la causa absolviendo al recurrente del delito contra el medio ambiente. Contra la anterior sentencia la acusación particular recurre en casación y por sentencia de 19 de octubre 2006 de esta Sala Casacional 1091/2006 se estima el recurso y condena a Adriano como autor de un delito medioambiental a la pena de dos años de prisión y veinticuatro meses de multa a razón de una cuota por día que se fija en 400 euros. El recurrente acude en amparo al Tribunal Constitucional que inadmite el recurso. Agotadas las vías internas, el penado acudió al Tribunal de Derechos Humanos presentando demanda contra el Reino de España por vulneración de los arts. 6 y 7 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales por entender que no era posible variar la sentencia absolutoria en condenatoria efectuando una valoración de pruebas sin la inmediatez de la que no dispuso el Tribunal Supremo. El TEDH en sentencia de 27 de noviembre de 2012 estimó la violación del art. 6.1 del Convenio Europeo.

En base a esta sentencia y con apoyo en el art. 954.4 LECriminal, solicita autorización para la revisión de la sentencia dictada por esta Sala 1091/2006 de 19 de octubre.

1. Mediante el presente auto, el TS resuelve autorizar recurso extraordinario de revisión conforme al art. 954.4 de la LECrim. bajo el argumento de que la sentencia del TEDH que condena a España por la vulneración del art. 6.1 del CEDH constituye un hecho nuevo que evidencia la inocencia del condenado y que justifica la apertura de dicho recurso de revisión (asunto *Vilanova Goterris y Llop García c. España*, núms. 5606/09 y 17516/09, de 27 de noviembre de 2012).

2. El comentario se enmarca dentro de dos cuestiones de significativa relevancia y actualidad aún irresueltas en el plano normativo español. Por un lado, plantea el problema de la ejecución directa de las sentencias del TEDH en nuestro ordenamiento cuando dicho Tribunal declara la vulneración de alguna de las disposiciones del CEDH por parte de España. A esta primera cuestión es a la que da respuesta concreta el auto analizado. A ello se añade el problema suscitado por el dudoso encaje del proceso penal español —que no admite la vista pública en segunda instancia— con el derecho a un proceso equitativo recogido en el art. 6 del CEDH. Precisamente, cabe recordar que la mayor parte de las sentencias condenatorias de España por el Tribunal de Estrasburgo constatan la vulneración de alguno de los derechos subjetivos

contenidos en el genérico derecho a un proceso equitativo. Con todo, la sentencia del TEDH se ciñe a evaluar el caso concreto, de manera individualizada, sin entrar a cuestionar el sistema procesal interno.

3. Para examinar los dos problemas jurídicos que se presentan como más evidentes de la lectura del auto referido, conviene reseñar algunos de los razonamientos contenidos en la sentencia del TEDH (Sección 3.^a): «[...] Mediante Sentencia de 25 de septiembre de 2005, *dictada tras la celebración de una vista pública en presencia de los demandantes*, la Audiencia Provincial de Castellón absolvió al primer demandante de un delito de prevaricación medioambiental y de otro de denegación de auxilio y al otro demandante de un delito contra el medio ambiente» (apdo. 6). La sentencia de la Audiencia Provincial fue recurrida en casación por la parte acusadora y así «mediante Sentencia del día 19 de octubre de 2006, *dictada sin que se celebrara vista pública*, el Tribunal Supremo anuló la sentencia recurrida y condenó a los demandantes» (apdo. 12) (cursiva añadida en ambos casos). Tras recurrir en amparo ante el Tribunal Constitucional e inadmitir éste el recurso por considerar que sus pretensiones carecen de contenido constitucional, los demandantes acuden al TEDH alegando que la falta de vista pública les impidió beneficiarse del derecho a un juicio equitativo según lo dispuesto en el art. 6.1 del CEDH.

4. El marco en el que se incardina el auto es, en sentido general, el del diálogo entre el TEDH y los tribunales nacionales, calificado por el Magistrado del Tribunal de Estrasburgo, López Guerra, en los términos siguientes: «[...] en lo que se refiere al diálogo entre el TEDH y los tribunales nacionales, éste versaría, no sólo sobre cómo esos tribunales aplican la jurisprudencia del TEDH, sino también sobre cómo el TEDH evalúa a su vez esa aplicación; y, yendo más allá, sobre cómo los diversos tribunales (tanto los nacionales como el de Estrasburgo) modifican sus posiciones previas, ante la reacción de sus interlocutores» («El diálogo entre el tribunal europeo de derechos humanos y los tribunales españoles. Coincidencias y divergencias», *Teoría y Realidad Constitucional*, 2013, núm. 32, pp. 139-158).

5. En el caso que nos ocupa, la Sala, movida por la obligación de dar entrada a la sentencia del TEDH, se muestra dispuesta a modificar su posición previa. Ahora bien, el ordenamiento español no le ofrece una respuesta legislativa al problema sobre cuál sería el cauce jurídico apropiado para dar entrada a las sentencias del TEDH que contradicen lo resuelto en el ámbito doméstico. Ciertamente, una vez asumido el compromiso de acatar las sentencias definitivas del TEDH (art. 46 del CEDH), lo complicado es ubicar el Convenio en el sistema de fuentes del Derecho español, pero sobre todo, asumirlo y ponerlo en práctica mediante la articulación de un procedimiento interno que responda adecuadamente a lo establecido en el Convenio.

6. Son conocidas y numerosas las contribuciones de la doctrina española sobre las carencias del sistema jurídico español en esta materia (entre otros, RIPOL CARULLA, S., *El sistema europeo de protección de los derechos humanos y el Derecho español*, Barcelona, Atelier, 2007). De todas ellas se infiere una llamada a la regulación legal de la cuestión. También la doctrina jurisprudencial construida por el TC y el TS para subsanar la insuficiencia legislativa es más que reseñable, y así lo recuerda la propia Sala de lo Penal en el auto analizado. Además de referirse a la ya conocida STC 245/1991 en el asunto *Barberá, Messegué y Jabardo*, el auto se remite sustancialmente a la teoría más concluyente y pormenorizada al respecto recogida en la Sentencia del TC 240/2005, de 10 de octubre, en la que afirma que dentro del concepto de «hecho nuevo, que evidencia la inocencia del condenado» del art. 954.4 LECrim. se engloban las sentencias del TEDH.

7. El dilema de fondo radica en inclinarse por el derecho fundamental a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la CE frente al valor de la seguridad jurídica derivada de la intangibilidad de las sentencias firmes. El TC entiende que al acreditarse hechos y circunstancias objetivas nuevas que evidencian la vulneración del debido proceso y la inocencia del condenado, prevalece el primero de los intereses en conflicto.

8. Ante la situación de omisión legislativa, que ya podría calificarse de irregular en España, y en aras a articular un cauce jurisprudencial propicio para absorber las sentencias del citado TEDH, el auto del TS analizado irrumpe con la afirmación que por categórica conviene recoger literalmente: «Sobre esta cuestión ya está superada la doctrina que sostenía que las SSTEDH solo tenían naturaleza declarativa y que por tanto no era posible anular la sentencia en la que se había apreciado la vulneración de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo». Para sustentar esta afirmación, la Sala se refiere a la ratificación por España del Protocolo núm. 14 del CEDH que hace que la naturaleza vinculante de las sentencias del TEDH en el ordenamiento español esté «fuera de toda duda». En efecto, la nueva redacción del art. 46 del CEDH obliga a los Estados a acatar las sentencias del Tribunal de Estrasburgo y además, prevé textualmente que «la supervisión de la *ejecución* de las sentencias definitivas» corresponde al Comité de Ministros (art. 46.3 del Convenio) (*cursiva añadida*).

9. El art. 41 del CEDH, que ofrece la denominada «satisfacción equitativa» cuando el sistema de reparación del Estado resulta imperfecta, no resulta suficiente para satisfacer a los demandantes, cuyos antecedentes penales permanecerían inalterados. Por este motivo, la Sala opta por centrar su fundamentación en el art. 46 del Convenio aunque el Tribunal de Estrasburgo no se hubiera referido al mismo de manera expresa. A tenor de dicho art. 46, las sentencias de Estrasburgo «no solo tienen naturaleza declarativa», y en consecuencia, se reconoce la posibilidad de anular la sentencia del propio TS sobre la que se ha apreciado la vulneración del Convenio. Dicho de otro modo, el cumplimiento de la sentencia no se da por concluido a través del pago de la satisfacción equitativa, sino que también alcanza a la obligación de modificar la sentencia del tribunal interno declarada por el TEDH contraria a alguna de las disposiciones del Convenio.

10. En esta línea de argumentación, la Sala de lo Penal del TS también podía haberse valido de otros resortes para sostener su tesis. A tenor del CEDH se atribuye al Comité de Ministros la facultad de iniciar ante el Tribunal de Estrasburgo un procedimiento por incumplimiento de sentencia (art. 46.4).

11. Incluso, otro elemento que refleja la tendencia a exigir al Estado condenado la adopción de actos concretos es el denominado procedimiento piloto incorporado en el Reglamento del TEDH. Este es aplicable a las demandas que responden a problemas estructurales o sistémicos de un Estado miembro. El Tribunal, además de declarar la existencia de una vulneración del Convenio, fija las medidas que el Estado debe adoptar para remediar dicha violación.

12. Más allá del razonamiento que se desprende del propio CEDH y del Reglamento del Tribunal, la propia jurisprudencia del TEDH refleja la tendencia a superar el carácter meramente declarativo de sus sentencias así como a limitar la libertad de los Estados a elegir los medios para la ejecución de éstas. Entre nosotros, esto queda demostrado en los dos casos contra España en los que el TEDH ha utilizado el art. 46 del CEDH: las SSTEDH de 10 de julio de 2012 y de 21 de octubre de 2013 en el asunto

Del Río Prada c. España (as. 42750/09) [véase al respecto, ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., «Acerca del papel del tribunal europeo de derechos humanos y de la tentación de desacreditar al mensajero (a propósito de la STEDH [Gran Sala] en el asunto *del Río Prada c. España*)», *Teoría y Realidad Constitucional*, 2014, núm. 33, pp. 199-218] y más recientemente, la Sentencia de 22 de abril de 2014 en el asunto *A. C. y otros contra España* (as. 6528/11).

13. A todo ello se añaden las Recomendaciones del Comité de Ministros en esta misma dirección, y también lo recogido en la Declaración de Interlaken, de 19 de febrero de 2010, en la que se subraya que la ejecución completa, efectiva y rápida de las sentencias del TEDH es indispensable.

14. Por otra parte, no es casual que con carácter previo a la adopción del auto, el Pleno no Jurisdiccional de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo adoptara por unanimidad un acuerdo en relación con las sentencias del TEDH, que establece textualmente: «En tanto no exista en el ordenamiento jurídico una expresa previsión legal para la efectividad de las sentencias dictadas por el TEDH que aprecien la violación de derechos fundamentales de un condenado por los tribunales españoles, el recurso de revisión del art. 954 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal cumple este cometido» (21 de octubre de 2014).

15. Precisamente, el periodo de redacción del presente comentario coincide con la proceso de aprobación del Anteproyecto de la LECrim. (art. 954) que incluye como un nuevo motivo del recurso extraordinario de revisión las sentencias del TEDH en las que España resulta condenada. Se añaden por tanto como causa con entidad propia las sentencias del Tribunal. Ahora bien, la redacción de dicha previsión de *lege ferenda* dispone que tal recurso cabe «siempre que la violación haya sido relevante o determinante de la condena, sea actual y no pueda ser reparada de ningún otro modo que no sea la reapertura del proceso» (Anteproyecto de Ley Orgánica de Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la Agilización de la Justicia Penal, el Fortalecimiento de las Garantías Procesales y la Regulación de las Medidas de Investigación Tecnológicas, Ministerio de Justicia, de 5 de diciembre de 2014). Habrá que interpretar con cautela el significado de la «relevancia de la violación», puesto que el riesgo de esta solución es que toda sentencia del TEDH que condene a España por la violación del art. 6.1 del CEDH termine derivando en un recurso de revisión, cuando en realidad, el problema no es sólo el de los efectos de las sentencias del TEDH en el orden interno, sino que también es otro, que proviene de la estructura del orden procesal penal expuesta en el apartado siguiente de este comentario.

16. En el auto que nos ocupa, la queja principal de los recurrentes es la no celebración de vista pública en el recurso de casación ante el TS y, en consecuencia, el hecho de que dicho Tribunal valorara unos medios de prueba sin haberles oído previamente. Reivindican que no es posible variar la sentencia absolutoria en condenatoria sin la intermediación de la que no dispusieron. Ello les impide beneficiarse del derecho a un juicio equitativo. Sobre este punto planea la concepción constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva y al debido proceso, así como los instrumentos de interpretación que lo acompañan derivados de la ratificación por España del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y del CEDH de 1950 (derecho a un juicio equitativo).

17. En efecto, al proscribirse la práctica de pruebas en segunda instancia, salvo las excepciones que no se dan en este caso, se pone en cuestión la vertiente interactiva del principio de intermediación. En este orden de cosas, frente a los dictámenes del

Comité de Derechos Humanos de la ONU que condenan a España por este aspecto (*Martínez Fernández c. España*, de 29 de marzo de 2005, por citar uno de ellos), tanto el TC como el TS han negado que el art. 14.5 del PDCP imponga necesariamente la repetición íntegra del juicio ante el órgano *ad quem* (STC 116/2006, de 24 de abril, y Acuerdo del Pleno no jurisdiccional, de 13 de septiembre de 2000) (véase a este respecto, CABEZUDO, N., «Acceso a la justicia y garantías del debido proceso», en REY, F. *et al.*, *Los derechos humanos en España, hoy Informe crítico*) (en curso de publicación).

18. El problema que suscita la compatibilidad del proceso penal español con el art. 14.5 del PDCP se hubiera resuelto, tal vez, a través de una reserva a dicha disposición formulada en su momento.

19. Ciñéndonos a la sentencia del TEDH que condena a España y desemboca en el auto analizado, la misma destaca que el TS procedió a una nueva valoración de los elementos de la prueba practicada en la vista pública de la Audiencia Provincial sin haber tenido contacto directo con las partes ni haberles permitido exponer sus argumentos (apdo. 33). El Tribunal de Estrasburgo se remite, entre otras, a lo expuesto en la sentencia *Serrano Contreras c. España* (núm. 49183/08, del 20 de marzo de 2012) según la cual la conversión de la sentencia absolutoria en condenatoria exige la audiencia del absuelto. Alude a la especial rigidez de la sentencia absolutoria y concluye que en las circunstancias del caso concreto efectivamente los recurrentes han sido privados de su derecho a la defensa en el marco de un debate contradictorio.

20. El fallo, adoptado por unanimidad, consiste en declarar la violación del art. 6.1 del Convenio. Ahora bien, el TEDH no cuestiona el problema interno que la no doble instancia penal suscita en cuanto a la no conformidad con el Convenio, ni valora la naturaleza de las funciones ejercidas por los jueces españoles en sede de apelación, ni menciona la necesidad de una reforma legislativa al respecto. Se ciñe a los perjuicios ocasionados en el caso concreto.

21. Del análisis del presente auto se desprenden dos conclusiones generales. Comencemos por la que está directamente relacionada con el art. 6 del CEDH. A la vista de la sentencia del Tribunal de Estrasburgo, la decisión sobre el establecimiento de una segunda instancia de cognición plena permanece como una opción interna que requeriría una modificación procesal profunda en el ordenamiento español. Aparentemente, la medida sería más respetuosa con el principio de inmediación y con el derecho a la defensa, sin embargo, conllevaría problemas de fondo y de forma dado que rebajaría el peso de la primera instancia (la desvestiría) y obligaría a multiplicar el número de tribunales. Cargada de problemas estructurales y económicos, y dadas las circunstancias, la reforma puede esperar.

22. Finalmente, el auto refleja que la intención del TS es superar la dificultad derivada de la omisión legislativa para poder así acatar la sentencia del TEDH y responder a lo previsto en el art. 46 del CEDH. Ahora bien, el activismo judicial, aunque necesario en el caso, no es suficiente en el Derecho. Lo deseable sería que el *collage* de aportaciones jurisdiccionales al que se añade este auto se tradujera en un sistema reglado que remediara adecuadamente las anomalías expuestas, tarea que corresponde principalmente al legislador. Además, cabe esperar cierta celeridad, dado que se trata de una reforma siempre inminente, siempre necesaria y siempre pospuesta.

Joana ABRISKETA URIARTE
Universidad de Deusto

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.1.2015.3a.09>

3.9. El contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores ante el Derecho internacional

DERECHOS A LA IGUALDAD, LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA, LA LIBERTAD SINDICAL, AL TRABAJO Y A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA.—Organización Internacional del Trabajo.—Tratado internacional.—Contrato de trabajo de apoyo a emprendedores.—Periodo de prueba.

Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) 119/2014, de 16 de julio. Ponente: Andrés Ollero Tassara. Voto particular: Fernando Valdés Dal-Ré, Adela Asua Batarrita, Luis Ignacio Ortega Álvarez.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1.^a), de 1 de julio de 2014 (ROJ: STSJ CAT 7887/2014). Ponente: José Quetcuti Miguel. Voto particular: Matilde Aragó Gassiot, Ascensión Solé Puig, Carlos Hugo Preciado Domenech, Daniel Bartomeus Plana, Lidia Castell Valldosera.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id. Cendoj) 08019340012014105208.

1. El pasado 16 de julio de 2014, el Pleno del Tribunal Constitucional (TC) ha desestimado por amplia mayoría el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Navarra en relación con la Ley 3/2012, de 6 de julio, relativa a las medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (STC 199/2014, de 16 de julio). Esta sentencia ha conocido un Voto particular expresado por el Juez Fernando Valdés Dal-Ré respecto de algunas de las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas en este asunto y con la parte dispositiva de este fallo, al que se adhirieron los Jueces Adela Asua Batarrita (vicepresidenta del TC) y Luis Ignacio Ortega Álvarez.

2. Por su parte, la Sala de lo Social, Sección 1.^a, del TSJ de Cataluña se pronunció en este mismo semestre sobre un recurso de suplicación interpuesto frente a la sentencia del Juzgado Social núm. 33 de Barcelona, de 19 de noviembre de 2013, en la que se había declarado nulo el despido por fraude de ley y la vulneración de los derechos fundamentales previstos en los arts. 10, 14, 15 y 24 CE de una persona (madre soltera, con hijos menores a su cargo) que había recibido una comunicación escrita de despido disciplinario mientras se encontraba en situación de incapacidad temporal como consecuencia de un accidente de tráfico que había sufrido camino del trabajo (Sentencia 412/13 del Juzgado de lo Social de Barcelona, Sección 2.^a).

3. Las dos sentencias objeto de atención en estos momentos giran en torno a varias disposiciones de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE núm. 162, de 7 de julio de 2012, pp. 49113-49191). Se trata de un acto normativo cuya adopción ha sido impulsada, en gran medida, por la situación de grave crisis atravesada por España a partir del año 2008. Crisis que ha puesto de manifiesto la existencia de numerosas debilidades del modelo laboral existente hasta entonces en este Estado. Debilidades que han propiciado la destrucción de empleo, la existencia de tasas muy elevadas de desempleo de larga duración, y también la existencia de un gran número de contratos de carácter temporal a costa de la creación de un número bastante bajo de contratos indefinidos. Ante esta situación, el Gobierno de España ha adoptado la mencionada ley que contiene numerosas medidas «incisivas y de aplicación inmediata» que buscan, entre otras, impulsar la creación de «un marco claro que contribuya a la gestión eficaz de las relaciones laborales y que facilite la creación de puestos de trabajo, así como la estabilidad en el empleo» tan necesaria en España (véanse los considerandos I y II de la Ley 3/2012). De entre las medidas

adoptadas puede mencionarse a aquellas que tienen como objetivo el fomento de la contratación indefinida y el favorecer la creación del empleo, o aquellas otras que tratan de favorecer la flexibilidad interna en las empresas como alternativa a la destrucción de empleo [para un estudio detallado de las modificaciones introducidas en el mercado laboral español mediante la Ley 3/2012, de 6 de julio, véanse, entre otros: CASTELLANO BURGUILLO, M. E. y FERIA BASILIO, I. R. (dirs.), *Estudios en torno a la reforma laboral de 2012*, Sevilla, Ed. Punto Rojo Libros, 2013; DE LA PUEBLA PINILLA, A. M., «Flexibilidad interna y reforma laboral (Ley 3/2012)», *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 2011, núm. 24, pp. 195-208].

4. En el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Navarra se cuestionaba la conformidad con la CE de los arts. 4 y 14.1 y 3, y, por conexión, art. 14.2 y disposición adicional 5.^a de la citada Ley 3/2012. Siguiendo su doctrina sobre la posible extensión de los pronunciamientos de inconstitucionalidad y nulidad en virtud del art. 39.1 de la LOTC (STC 119/2014, de 16 de julio, FJ 2), finalmente el TC optó por analizar tres aspectos, polémicos sin duda, que le fueron planteados en este asunto, a saber: en primer lugar, el art. 4.3 relativo a la creación de un periodo de prueba de un año para el nuevo contrato de trabajo indefinido de apoyo a los emprendedores; en segundo lugar, el art. 14.1 que prevé la competencia de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos o de los órganos autonómicos equivalentes de decidir sobre la inaplicación de un convenio colectivo en aquellos casos de discrepancia entre la empresa y los trabajadores; y, en tercer lugar, el art. 14.3 relativo a la aplicación prioritaria de los convenios de empresa sobre los de ámbito superior (sectoriales) en determinadas materias.

5. Al hilo de la lectura de las alegaciones formuladas por las dos partes en este asunto puede afirmarse que el art. 4 de la Ley 3/2012 se ha encontrado en el centro de los argumentos empleados por las mismas. Siendo éste, además, como veremos seguidamente, la disposición de la Ley 3/2012 que mayor interés despierta desde el punto de vista del Derecho internacional. En relación con ello, cabe mencionar que el art. 4 de la Ley 3/2012 se incardina entre las disposiciones del Capítulo II de esta Ley relativas al fomento de la contratación indefinida y para favorecer la creación de empleo. En concreto, este art. 4 se refiere al contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores para empresas de menos de cincuenta trabajadores y tiene un carácter temporal y coyuntural pues, según la disposición transitoria novena apartado 2 de la Ley 3/2012, se aplicará hasta que la tasa de desempleo en España sea inferior al 15 por 100. Su epígrafe 3 prevé que «[e]l régimen jurídico del contrato y los derechos y obligaciones que de él se deriven se regirán, con carácter general, por lo dispuesto en el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, y en los convenios colectivos para los contratos por tiempo indefinido, *con la única excepción de la duración del periodo de prueba a que se refiere el art. 14 del Estatuto de los Trabajadores, que será de un año en todo caso*. No podrá establecerse un periodo de prueba cuando el trabajador haya ya desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresa, bajo cualquier modalidad de contratación» (las cursivas son nuestras).

6. En relación con ello, cabe referirse al impacto mediático, político y jurídico que ha conocido el art. 4.3 de la Ley 3/2012, pues se ha prestado mucha atención a la cuestión de si el periodo de prueba de un año previsto en este artículo constituye, en realidad, un auténtico periodo de prueba o de si, por el contrario, ello implica una desnaturalización del periodo de prueba. En este sentido, en la actividad judicial de algunos de los órganos españoles se ha cuestionado tanto la constitucionalidad como

el posible incumplimiento por parte de España de determinadas obligaciones convencionales asumidas en el ámbito internacional de algunas disposiciones de este acto normativo español.

7. En opinión del letrado recurrente, el art. 4.3 de la Ley 3/2012 vulnera el derecho al trabajo (art. 35.1 CE), la igualdad (art. 14 CE), la negociación colectiva (art. 37.1 CE) y la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Así, por lo que se refiere a la posible violación del art. 35.1 CE, el Parlamento de Navarra estimaba que el periodo de prueba de un año no era razonable al apartarse de las exigencias del Convenio núm. 158 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), de la práctica laboral, y también del Derecho comparado en esta materia, tachándolo, también, de «injustificado» a la vista del mismo tratado internacional (STC 119/2014, de 16 de julio, FJ 3.A). Precisamente la atención prestada a la posible vulneración, en relación con la extensión del periodo de prueba en el contrato de trabajo de apoyo a emprendedores, del art. 35.1 CE y también de las obligaciones convencionales asumidas por España en el ámbito internacional en materia laboral, constituye el objeto central de los comentarios expuestos a continuación.

8. El Convenio núm. 158 de la OIT relativo a la terminación de la relación de trabajo fue ratificado por España mediante su publicación en el *BOE* núm. 155, de 29 de junio de 1985 [para una presentación general de la OIT, véase Díez de Velasco, M. (Sobрино Heredia, J. M., coord.), *Las Organizaciones internacionales*, Madrid, Tecnos, 16.^a ed., 2010, pp. 375-383]. Como es bien conocido, a partir de ese momento, con base en el art. 96.1 CE, este Convenio de la OIT pasó a formar parte integrante del Ordenamiento jurídico español. El art. 2.2 de esta norma convencional internacional autoriza a los Estados a excluir las garantías establecidas en la misma por lo que se refiere a «los trabajadores que efectúen un periodo de prueba o que no tengan el tiempo de servicios exigido», con el requisito de que «en uno u otro caso la duración se haya fijado de antemano y sea razonable». Por tanto, la OIT deja a los Estados la posibilidad de resolver la problemática de si la duración de los periodos de prueba es razonable o no, y el único límite del periodo de prueba es que se requiere que no sea «excesivamente largo». En relación con ello, cabe referirse a un informe emitido por el Comité de la OIT en un caso bastante parecido al de España, que se dio en Francia donde se había aprobado un tipo de contrato indefinido «para nuevas contrataciones» (Ordenanza núm. 2005-893); en esta ocasión, la OIT encontró que «no podría excluir la posibilidad de que estuviera justificado un periodo más dilatado para permitir a los empleadores medir la viabilidad económica y las perspectivas de desarrollo de su empresa, al tiempo que se posibilita a los trabajadores adquirir cualificaciones y experiencias» [STC 119/2014, de 16 de julio, FJ 3.A.e)].

9. En este contexto, y sobre las cuestiones planteadas en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Navarra, el TC consideró que era necesario determinar si en la situación actual de crisis en España la duración del periodo de prueba de un año en el contrato de apoyo a los emprendedores era razonable y proporcional. A pesar de que el Comité de la OIT encargado de emitir un informe en relación con la reclamación presentada respecto, entre otros, del art. 4.3 (Informe aprobado por el Consejo de Administración de la OIT en su 321.^a reunión de junio de 2014), siguiendo de hecho la doctrina de la OIT en la materia —que había estimado que no disponía de suficientes fundamentos «para considerar si la extensión de un año de la exclusión del campo de aplicación del Convenio pueda ser considerada como razonable, más aún cuando dicha extensión no ha sido el resultado de la concertación social y que la exclusión se ha introducido de manera general en dicha

modalidad contractual» (apdo. 246)—, el TC consideró que «puede y debe emitir un pronunciamiento específico y fundamentado sobre la razonabilidad y proporcionalidad del impugnado art. 4.3 de la Ley 3/2012, a efectos de enjuiciar su constitucionalidad» [STC 119/2014, de 16 de julio, FJ 3.A.f)]. Finalmente, el TC concluyó que el art. 4.3 de la Ley 3/2012 no violaba el art. 35.1 CE ya que «en términos razonables y proporcionados pretende favorecer el acceso de desempleados a un puesto de trabajo estable, en el marco de una excepcional coyuntura de emergencia, caracterizada por elevadísimos niveles de desempleo, en ejecución del mandato que a los poderes públicos dirige el art. 40.1 CE» [STC 119/2014, de 16 de julio, FJ 3.A.f)].

10. Los tres magistrados del TC que emitieron un Voto particular en este asunto apuntaron la Sentencia de 1 de julio de 2008 de la *Chambre Social* de la *Cour de Cassation* francesa en la que el juez francés había declarado contraria al art. 4 del Convenio núm. 158 de la OIT la Ordenanza del año 2005 antes mencionada, que se aplicaba a las empresas de hasta 20 trabajadores, y en el que se preveía que durante los dos primeros años no se iba a aplicar más la norma general francesa que exigía la existencia de la causalidad del despido, pudiendo, por tanto, el empresario resolver el contrato *ad nutum*. Se consideró que un periodo de dos años era excesivo y, por tanto, no era razonable en el sentido de las disposiciones del Convenio núm. 158 de la OIT. Este enjuiciamiento francés ha sido interpretado por los tres magistrados del TC como un respaldo a la hora de afirmar que «resulta cuando menos paradójico que el legislador nacional pretenda promover el empleo incentivando las extinciones contractuales sin causa ni compensación económica, por reducida que sea» [STC 119/2014, de 16 de julio, Voto particular, punto 8.c.a’)]. De ahí que los tres magistrados del TC consideraran que el TC tenía que haber declarado la inconstitucionalidad y nulidad del art. 4.3 de la Ley 3/2012 por haber sido violado el principio de causalidad de las extinciones contractuales debidas a la voluntad del empresario, en su condición de contenido esencial del derecho al trabajo recogido por el art. 35.1 CE (STC 119/2014, de 16 de julio, Voto particular, punto 9).

11. Por lo que se refiere al posible incumplimiento por parte de España de determinadas obligaciones convencionales internacionales asumidas en esta materia, hay que mencionar que el periodo de prueba de un año en el caso del nuevo contrato de trabajo de apoyo a los emprendedores ha sido considerado por el Juzgado de lo Social de Barcelona, Sección 2.^a, en su Sentencia núm. 412/13, de 19 de noviembre, contrario al art. 4.4 de la Carta Social Europea (CSE) de 1961 (la versión revisada de la misma en el año 1996 no ha sido ratificada todavía por España hasta la fecha) pues en él no se establece ningún plazo de preaviso y tampoco una indemnización a su finalización dentro de dicho plazo (FJ 5) (al respecto, véase INDA ERREA, M., «El periodo de prueba de un año del contrato de apoyo a emprendedores vulnera la Carta Social Europea», *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2014, núm. 9). El art. 4.4 de la CSE prevé el compromiso de las partes en un contrato de trabajo de «reconocer el derecho de todos los trabajadores a un plazo razonable de preaviso en caso de terminación del empleo». Por tanto, el periodo de prueba de un año no podría ser considerado razonable. Además, en el Voto particular expresado en la STC 119/2014, de 16 de julio, se mencionaba la resolución del Comité Europeo de Derechos Sociales publicada en el año 2013 en relación con la queja formulada por distintos sindicatos griegos en lo referido a la introducción de un periodo de prueba de un año de duración en unos nuevos contratos de trabajo creados en Grecia en el año 2010. En dicha ocasión, el Comité Europeo de Derechos Sociales consideró (por unanimidad) que el mencionado periodo de prueba era contrario al art. 4.4 de la CSE no solamente porque podría ser considerado demasiado amplio y que su duración fuese demasiado prolongada en

el tiempo, determinando que las garantías referidas a la notificación y el pago de una indemnización por despido fuesen ineficaces, sino también porque en la legislación griega no se preveía ningún periodo de notificación y tampoco el pago de una indemnización en caso de la extinción del contrato de trabajo durante el periodo de prueba de un año [STC 119/2014, de 16 de julio, Voto particular, punto 3.b)].

12. Pero, tal y como se ha apuntado por una parte de la doctrina laboralista española (al respecto, véase GÓMEZ ABELLEIRA, F. J., «El contrato de apoyo a emprendedores ante el Derecho internacional. Comentario a la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Barcelona de 19 de noviembre de 2013», *Información Laboral*, 2014, núm. 1, p. 3), el art. 4.4 de la CSE no contiene ninguna disposición referida a la extinción del contrato y tampoco sobre el periodo de prueba. Esto es, el periodo de prueba de un año de duración del contrato de apoyo a los emprendedores realmente no es contrario a la CSE, y lo que parece ser contrario a este tratado internacional es el hecho de que una relación laboral en el Ordenamiento jurídico español se dé por terminada sin preaviso alguno. O, dicho de otra forma, hay que distinguir entre la extinción del periodo de prueba, por un lado, y el preaviso exigible para la correcta terminación de un contrato laboral, por otro lado. En numerosas ocasiones España ha sido avisada por el Comité Europeo de Derechos Sociales que su legislación relativa a la extinción de los contratos temporales violaba el art. 4.4 de la CSE. Pero, respecto de la duración del periodo de prueba, España no vulnera las mencionadas disposiciones de este tratado internacional (para un detallado estudio de estas cuestiones, véase GÓMEZ ABELLEIRA, F. J., *op. cit.*, pp. 4-6).

13. Esta carencia del Ordenamiento jurídico español relativa al preaviso en un contrato laboral ha tenido consecuencias negativas directas sobre las empresas españolas que han aplicado de buena fe la legislación laboralista vigente en España, pero que han visto cómo sus actuaciones han sido penalizadas, en un primer momento, por los órganos judiciales españoles. Ello ha quedado patente en la mencionada Sentencia del Juzgado de lo Social de Barcelona núm. 2, de 19 de noviembre de 2013, y reconocido implícitamente por la sentencia del TSJ de Cataluña, Sala de lo Social, Sección 1.ª, de 1 de julio de 2014, en la que se estima el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia antes indicada. Como es bien conocido, los órganos judiciales españoles se encargan de aplicar el Derecho y no de crear el Derecho. Esta situación existente en el Ordenamiento jurídico español podría ser cambiada solamente a través de la actuación del legislador español que bien podría adaptar su legislación en este ámbito a las exigencias de la CSE que, de hecho, España ha asumido ya en el momento de la ratificación de este tratado internacional, o bien podría no aceptar más el art. 4.4 de la CSE. En relación con este segundo supuesto, España podría hacer una declaración interpretativa del art. 4.4 de la CSE según el art. 2.t) de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales (BOE núm. 288, de 28 de noviembre de 2014, p. 96841), para precisar o aclarar el sentido o el alcance que atribuye a esta disposición de un texto jurídico internacional. Y a partir de ese momento, según el art. 35.3 de la nueva Ley 25/2014, las disposiciones de la CSE se interpretarían «conforme al sentido conferido en ellas».

14. En definitiva, los órganos judiciales españoles han avalado el periodo de prueba de un año establecido en la Ley 3/2012, de 6 de julio, relativa a las medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

Gabriela A. OANTA
Universidade da Coruña

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.1.2015.3a.10>



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 EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.—1.1. Derecho a un proceso justo.—1.2. Derecho al respeto de la vida privada y familiar y derecho a la intimidad personal.—2. TRIBUNAL DE JUSTICIA: ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA.—2.1. Competencia externa de la Unión Europea.—2.2. Ámbito material de aplicación del Reglamento 44/2001.—2.3. Competencia judicial internacional.—2.4. Reconocimiento y ejecución de resoluciones.—3. PRÁCTICA ESPAÑOLA: DERECHO JUDICIAL INTERNACIONAL.—3.1. Competencia judicial internacional.—4. PRÁCTICA ESPAÑOLA: DERECHO CIVIL INTERNACIONAL.—4.1. Menores. Responsabilidad parental.—4.2. Procesos matrimoniales.—4.3. Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales: accidente de circulación.—4.4. Sucesiones internacionales.—4.5. Dimensión interna del sistema de DIPr.

1. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

1.1. Derecho a un proceso justo

2015-1-Pr

EXEQUÁTUR—Sentencia en rebeldía.—Derecho a un proceso justo.—Presunción de equivalencia (test *Bosphorus*).—Art. 34.2 Bruselas I y margen de apreciación de las autoridades nacionales.—Relaciones UE/CEDH.

* Esta crónica es continuación de la publicada en *REDI*, 2014-2. La selección se ha efectuado sobre resoluciones dictadas durante el año 2014. Colaboran en la presente crónica: Santiago Álvarez González, Laura Carballo Piñeiro, Ángel Espiniella Menéndez, Josep Fontanellas Morell, Carmen García Mirete, Cristina González Beilfuss, Mónica Guzmán Zapater, Lerdys Heredia Sánchez, Mónica

STEDH de 25 de febrero de 2014, Avotiņš c. Letonia (demanda núm. 17502/07).**F.: hudoc.echr.cie.int.**

Normas aplicadas: Art. 6 CEDH; art. 34.2 Reglamento Bruselas I

47. [...] el solicitante alega la violación, por parte del Tribunal Supremo, del art. 34.2 del Reglamento [...]. En este sentido el Tribunal recuerda que en virtud del art. 19 del Convenio su competencia se limita a asegurar el respeto de los derechos y libertades garantizados por el Convenio mismo y sus Protocolos [...] la competencia del TEDH se limita al control del respeto de las exigencias del art. 6.1 del Convenio en el caso concreto. Por lo demás, el Tribunal ha establecido que la protección que ofrece la UE a los derechos fundamentales es equivalente a la que garantiza el Convenio (*Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlanda* [GC], no 45036/98, §§ 160-165, CEDH 2005-VI).

49. [...] conforme al Preámbulo del Reglamento Bruselas I, el texto se fundamenta en el principio de «confianza mutua en la justicia» en el seno de la UE, lo que implica que la declaración de exequátur deba ser otorgada de forma quasi automática, tras un simple control de los documentos presentados, sin que el tribunal requerido pueda apreciar de oficio algún motivo de no ejecución de los previstos en el Reglamento. En este contexto, el Tribunal subraya que la ejecución por los Estados de las obligaciones que derivan de su pertenencia a la UE es de interés general [...]; el Tribunal Supremo debía, en consecuencia, asegurar un rápido reconocimiento y ejecución de la decisión chipriota en Letonia.

51. [...] el solicitante ni siquiera ha intentado recurrir con la decisión de 24 de mayo de 2004 del tribunal de distrito de Limassol. Las razones que argumenta no convencen al Tribunal. [...] el requirente, asesor en materia de inversiones, es prestatario de una sociedad chipriota; ha firmado un documento de reconocimiento de deuda regido por el Derecho de Chipre, con una cláusula de elección de foro a favor de los tribunales de Chipre. Ya que ha asumido esta responsabilidad contractual voluntariamente, cabía esperar de él que se informara [...] de las consecuencias jurídicas de un impago, incluyendo las reglas procedimentales vigentes en Chipre [...] en estas condiciones el Tribunal estima que el solicitante ha perdido en virtud de su propios actos la oportunidad de alegar el desconocimiento del derecho chipriota, y que le competía a él aportar la prueba de la inexistencia o de la ineficacia de cualquier recurso —cosa que no ha hecho ni ante el Tribunal Supremo letón ni ante este Tribunal—.

Nota. 1. La pregunta por el respeto de los requisitos del art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH o Convenio) por parte de los Estados miembros de la UE en el contexto del Reglamento Bruselas I es ya un tópico en la aplicación de este último. De él se ha ocupado el TJUE en diversas ocasiones. La sentencia que comentamos también la aborda. El TEDH ha seguido el enfoque conocido como *Bosphorus* (REQUEJO ISIDRO, M., «On Exequatur And The ECHR: Brussels I Regulation Before The ECtHR —ECtHR, 25.2.2014— n.º 17502/07», pendiente de publicación en *IPRax*), adoptado al hilo del caso *Bosphorus v. Ireland*, de 30 de junio de 2005, en el que el

Herranz Ballesteros, Pilar Jiménez Blanco, Raúl Lafuente Sánchez, Nerea Magallón Elósegui, Javier Maseda Rodríguez, Pedro A. De Miguel Asensio, Cristian Oró Martínez, Alfonso Ortega Giménez, Marta Requejo Isidro, Elena Rodríguez Pineau, de las Universidades de Alicante, Barcelona, Autónoma de Madrid, Complutense de Madrid, Deusto, Miguel Hernández de Elche, Oviedo, Santiago de Compostela, Lleida y UNED, y del *Max Planck Institute Luxembourg for International, European and Regulatory Procedural Law*.

REDI, vol. 67 (2015), 1

TEDH sentó una presunción de adecuación entre la normativa de la UE y el Convenio. En *Avotiņš* el TEDH concluyó la ausencia de violación del art. 6 CEHR. La decisión fue adoptada por una mayoría de cuatro jueces contra tres. La opinión disidente se apoya en varios argumentos, de los que sólo abordaremos algunos, relativos al test *Bosphorus* (2) y a la relación entre el sistema del Convenio y el de la EU (3).

2. El test *Bosphorus* parte de la premisa de que los Estados miembros de una organización internacional, a la que transfieren poderes soberanos, siguen siendo responsables por los actos de sus órganos con independencia de que los mismos sean consecuencia de su Derecho nacional o de la necesidad de respetar los compromisos adquiridos con la organización. Sin embargo, en la medida en que se entienda que esta última ofrece protección de un modo cuando menos equivalente a la que provee el CEDH, se desencadena una presunción de cumplimiento con el Convenio por los Estados, siempre que éstos carezcan de margen de discrecionalidad al satisfacer las obligaciones derivadas de su pertenencia a la organización. En *Avotiņš* es la cuestión del margen de discrecionalidad lo que discuten por los jueces disidentes, en concreto en relación con el art. 34.2 RBI.

Si tenemos en cuenta la jurisprudencia del TJUE sobre dicho precepto, las dudas sobre si queda o no cierto margen de acción a las autoridades nacionales tienen cierto fundamento. El art. 34.2 es una norma compuesta; su aplicación requiere tres condiciones: una resolución dictada en rebeldía (no se discute en el presente caso), la entrega al demandado de la cédula de emplazamiento o documento equivalente de forma tal y con tiempo suficiente para que pudiera defenderse, y que el demandado no haya recurrido la resolución cuando hubiera podido hacerlo. El juez requerido mantiene cierto poder de decisión en lo que se refiere a la entrega de la cédula o equivalente, en la medida en que conforme al TJUE (*Pendy Plastic*, STJ de 15 de julio de 1982, asunto 228/81) no está vinculado por las apreciaciones del juez de origen en este sentido. La diferencia entre esta situación y la que subyace a la decisión del TEDH en el caso *Povse v. Austria*, de 18 de junio de 2013, no puede ser ignorada.

Por lo que se refiere a las consecuencias de la falta de recurso de la decisión dictada en rebeldía, el TJUE ha señalado en *Apostolides* (STJ de 28 de abril de 2009, asunto C-420/07) que «el reconocimiento o la ejecución de una sentencia dictada en rebeldía no puede denegarse, conforme al art. 34, núm. 2, del Reglamento núm. 44/2001, cuando el demandado ha podido interponer un recurso contra la resolución dictada en rebeldía y dicho recurso le ha permitido alegar que la cédula de emplazamiento o el documento equivalente no le habían sido entregados de forma regular y con tiempo suficiente para que pudiera defenderse». En otras palabras, lo que cuenta es el remedio existente en el Estado de origen. El TJUE ha aportado también pautas sobre circunstancias que impiden a un demandado recurrir en origen y que son relevantes para el art. 34.2: en concreto, es preciso que se notifique al deudor la decisión a fin de que tenga conocimiento de su contenido, por cuanto sólo eso le permite preparar su defensa; el demandado no está obligado a llevar a cabo nuevas actuaciones que vayan más allá de la diligencia normal en la defensa de sus derechos, tales como informarse del contenido de una resolución dictada en otro Estado miembro (STJ de 10 de diciembre de 2006, asunto C-283/05, *ASML*). En este contexto también hay cierto margen de apreciación para el juez del Estado requerido: de entrada, porque lo mismo que ocurre con la condición de entrega de la cédula o similar notificando la demanda, lo que se requiere ahora es que la resolución judicial haya sido comunicada en tiempo suficiente y de un modo que haya permitido al demandado preparar su defensa; y eso se valora por el juez requerido sin estar vinculado por lo que opine el de origen. Por

otro lado, en *ASML*, el TJUE ha ofrecido un ejemplo de lo que es una «diligencia normal» del demandado, pero más allá de ello hoy todavía será cada autoridad nacional la que deba fijar el estándar a la luz de las circunstancias del caso concreto.

La conclusión de lo expuesto es que el art. 34.2 RBI, desde la perspectiva de la discrecionalidad o margen de acción dejado a los Estados miembros en su aplicación, es un precepto de carácter mixto. Por este motivo la opinión minoritaria en *Avotiņš* tenía razón en sus dudas sobre la aptitud del caso para la aplicación del test *Bosphorus*. El TEDH debería al menos haber aportado una explicación sobre este punto.

3. Tanto el TJUE como el TEDH trabajan hacia una coexistencia armoniosa de los sistemas europeos de protección de los derechos fundamentales. Ambas instituciones tratan de promover la convergencia: el TJUE lo hace incorporando la jurisprudencia del TEDH en la suya (véase STJ de 8 de marzo de 2000, asunto C-7/98, *Krombach*). Por su parte, el TEDH se hace eco de preocupaciones que son propiamente europeas (de la UE) considerándolas como intereses generales aptos para actuar como límites de los derechos individuales. En *Avotiņš* el TEDH da el visto bueno a la decisión de los tribunales letones, a la luz del art. 6 CEDH, apoyándose en la decisión *Apostolides* del TJUE. Actuando de este modo, el TEDH parece expresar su voluntad de adherirse a los estándares de la UE con el fin de evitar incoherencias. Ahora bien, si esto es así, hay que lamentar que haya sido elegida *Apostolides*, cuyos hechos subyacentes eran muy diferentes a *Avotiņš*. El TEDH conocía otras resoluciones del TJUE que habrían sido más pertinentes, como la recaída en el caso *ASML*: en ella el TJUE se refiere al grado de diligencia exigido al deudor en rebeldía en el marco del art. 34.2 RBI y, además, menciona expresamente jurisprudencia del TEDH.

En esta línea crítica también hay que acudir a la opinión disidente en *Avotiņš*, en el sentido de que cuando el TEDH acepta la ausencia de motivación de la decisión letona está haciendo una lectura del art. 6 CEDH que no se corresponde con la habitual: es menos garantista. Conforme a los jueces disidentes, el TEDH estaría aprobando la aplicación del Derecho de la UE (*in casu*, del art. 34.2 Bruselas I) por un Estado miembro contraria a la interpretación correcta en el seno del sistema al que pertenece la norma. Todo lo cual nos conduce inmediatamente a otra observación, típica en la doctrina y confirmada por la práctica: la Carta de derechos fundamentales de la UE, en particular su art. 47, ofrece un nivel de protección del derecho de tutela efectiva superior al que provee la jurisprudencia del TEDH. El caso *Avotiņš* parece ser otro ejemplo más en la misma línea.

4. En 2005 el test *Bosphorus* fue saludado como una forma de evitar y de resolver, en su caso, potenciales conflictos entre las obligaciones de los Estados miembros de la UE en tanto que tales, y los compromisos que pudieran haber asumido como partes en el CEDH. Sin embargo numerosas cuestiones quedaron abiertas, como por ejemplo qué margen de apreciación en manos de las autoridades nacionales en la implementación del Derecho de la UE determina la inaplicabilidad de la presunción. Casi diez años después las incertidumbres se mantienen; aunque el TEDH ha aportado alguna luz a través de sus pronunciamientos, otras decisiones poco claras han conducido al resultado contrario. En este contexto, *Avotiņš* parece pertenecer a este segundo grupo.

Avotiņš suscita también algunas reflexiones sobre el sistema de libre circulación de decisiones del Reglamento Bruselas I (también del Reglamento Bruselas I *bis*). El TEDH ha realizado una lectura contextualizada del derecho a la tutela judicial efectiva en casos transfronterizos en el seno de la UE, aceptando que la rápida y efectiva

ejecución de las resoluciones de unos Estados miembros en otros es un interés general válido en tanto que límite al derecho contemplado en el art. 6 CEDH. La diferencia de trato en relación con la decisión *Pellegrini c. Italia*, de 20 de julio de 2001, no necesita ya mayor explicación. En cambio, es menos seguro que quepa extraer de *Avotiņš* otras enseñanzas para el sistema del Reglamento Bruselas I bis: en particular, por lo que se refiere a la concentración de los controles procedimentales en el Estado de origen y la supresión del exequátur. Creemos que es demasiado osado ver en la referencia del TEDH a la decisión *Apostolides* una aceptación de la concentración de las garantías del art. 6 en el Estado de origen. Igualmente, el hecho de que la no violación del art. 6 se ligue en *Avotiņš* a la falta de diligencia del deudor no debe ser entendido como aprobación implícita por parte del TEDH de que en el futuro todo freno al reconocimiento/exequátur descansará sobre la parte interesada.

Finalmente, *Avotiņš* refleja una actitud muy tolerante del TEDH, que de manera clara intenta evitar poner en riesgo una disposición europea, prefiriendo adherirse una vez más a los esfuerzos por facilitar la coexistencia de los dos sistemas. Es posible que esto sea lo mejor para lograr una relación fluida entre ambos, pero es discutible que sea lo óptimo desde la perspectiva de la protección el derecho de tutela efectiva de los individuos.

Marta REQUEJO ISIDRO
Max Planck Institute Luxembourg
for International, European and Regulatory Procedural Law
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.1.2015.3b.01>

1.2. Derecho al respeto de la vida privada y familiar y derecho a la intimidad personal

2015-2-Pr

SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES.—Derecho al respeto a la vida privada y familiar.

Preceptos aplicados: art. 8 del CEDH.

Sentencia del TEDH (Sección 3.^a), de 3 de junio de 2014. *López Guió c. Eslovaquia*.

F.: *hudoc.echr.cie.int*.

En relación al sistema procesal existente en Eslovaquia para el Convenio de La Haya bajo el que se siguió e presente asunto como resultado de la Sentencia del Tribunal Constitucional, la Corte destaca en particular la opinión expresada por el Presidente del Tribunal de Distrito de Bratislava [...] que puede ser entendida como una sugerencia de que existe un problema sistémico en las apelaciones y las apelaciones extraordinarias sobre cuestiones de Derecho que se permiten en los procedimientos de retorno, con el subsiguiente efecto de negar el objetivo y propósito del Convenio de La Haya.

La remisión del presente caso a los tribunales ordinarios implicó un mayor tiempo para su resolución, lo que en este tipo de asuntos es de importancia para el buen fin de los procesos. La desestimación definitiva de la pretensión del demandante en aplicación del Convenio de La Haya da fe de esta premisa, como, de hecho, lo hace [también] la parte relevante de los argumentos del Gobierno [plantados] ante la Corte.

REDI, vol. 67 (2015), 1

Como consecuencia de todo ello, el estatus del niño no ha sido establecido por ningún tribunal, los de Eslovaquia sin competencia para hacerlo y los de España sin tener la posibilidad práctica de hacerlo; un estado de cosas que no puede decirse que haya sido en favor del interés superior del niño.

Las consideraciones anteriores son suficientes para que la Corte concluya que el Estado demandado no ha asegurado al demandante el derecho al respeto de su vida familiar dotándole de procedimientos para el retorno del niño en el marco del Convenio de La Haya, de conformidad con las exigencias del art. 8 del Convenio.

[...] Las anteriores consideraciones son suficientes para que el Tribunal concluya que el Estado demandado no garantizó al demandante el derecho al respeto a la vida privada y familiar proporcionándole los procedimientos para la restitución del menor al amparo del Convenio de La Haya en cumplimiento de los requisitos del art. 8 del CEDH.

Nota. 1. De nuevo un supuesto de sustracción internacional de menores llega al TEDH con motivo de la reclamación por el demandante de la violación del respeto a su vida privada y familiar recogido en el art. 8 del CEDH. Los datos del caso son: un matrimonio entre un español y una nacional eslovaca establece su residencia en España donde tienen un hijo. La madre se traslada a su país de origen junto con el menor cuando éste contaba con catorce meses de edad con la intención de no regresar a España. El progenitor inmediatamente denuncia la sustracción del menor ante la Autoridad central española, a través de los mecanismos del Convenio de La Haya de 1980, y posteriormente inicia el procedimiento de restitución ante las autoridades eslovacas. Por su parte la progenitora presenta una demanda ante la autoridad eslovaca para que resuelva en relación a la patria potestad y a la responsabilidad sobre el menor.

En el supuesto, que finalmente llega al TEDH, se diferencian dos bloques de actuaciones: la intervención de las autoridades nacionales eslovacas en relación a la solicitud de restitución del menor a España y la posición del TEDH.

2. Los procesos ante las autoridades eslovacas pueden dividirse en dos fases: a) En una primera fase estarían comprendidos los procedimientos que finalmente derivaron en la orden de devolución del menor a España. Desde nuestra perspectiva el conocimiento mostrado por dichas autoridades en relación a los textos y su aplicación merece una valoración positiva. A lo largo de los procesos llevados a cabo en Eslovaquia el Tribunal subsana el error que comete en cuanto a la audiencia de la madre, quien finalmente y a través de su abogada hace extensas alegaciones; si bien, no se procede a escuchar al menor (entonces no llegaba a los dos años) al no comparecer en el proceso el departamento social, designado como representante legal del niño. b) En la segunda fase estarían incluidos tanto los recursos e instancias a los que la madre acude, como finalmente el proceso que, tras anular la orden de devolución anterior, desembocaría en una orden de no restitución del menor a España. Esta última decisión se produce con motivo de la remisión del asunto al Tribunal de primera instancia para que estableciera las opiniones del menor según su edad y madurez (el menor había cumplido los tres años), todo ello por mandato del Tribunal Supremo al tener en cuenta las valoraciones recibidas por el Tribunal Constitucional. Es evidente que para la nueva decisión del Tribunal de primera instancia eslovaco el factor tiempo transcurrido, la integración y la importancia de que la madre no pudiera regresar a España con el menor, por su precaria situación económica, fueron elementos claves para determinar, conforme expresa el Tribunal, que en este caso se producía la causa de excepción al retorno contenida en el art. 13.2 (b) del Convenio de La Haya. Y esto último aunque se hayan propuesto las medidas que vendrían a garantizar el regreso

seguro del menor a España, en base al art. 11.4 del Reglamento (CE) núm. 2201/2003; dichas medidas se estimaron insuficientes por las autoridades eslovacas (muy bien explicada la evolución del contexto actual en el que se aplica el Convenio de La Haya de 1980 y sus consecuencias véase RODRÍGUEZ PINAU, E., «El adecuado equilibrio entre el respeto del CEDH y la aplicación del Convenio de La Haya de 1980 (Nota a X. Letonia)», *RGDE* 33 (2014); HERRANZ BALLESTEROS, M., «Los Tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo ante la protección de los derechos fundamentales en supuestos de sustracción de menores», *REDE*, 44, 2012, pp. 41-60).

3. Llegados a este punto es cuando el progenitor demanda ante el TEDH para que se pronuncie en torno a si las autoridades nacionales del Estado demandado garantizaron o no con su actuación el respeto a la vida familiar, derecho establecido en el art. 8 del CEDH. El demandante específicamente se queja de que los procesos de restitución arbitrados por el Convenio de La Haya de 1980, y que como se ha analizado trascurren en el Estado al que el menor ha sido trasladado, son interferidos por la actuación del Tribunal Constitucional eslovaco, siendo privado del contacto con su hijo durante un periodo largo de tiempo.

4. Frente a la obligación negativa de no injerencia por parte de las autoridades públicas en la vida privada y familiar del individuo, el TEDH recuerda el necesario cumplimiento de las obligaciones positivas impuestas a los Estados contratantes para el efectivo respeto del art. 8 del CEDH. Obligaciones que deben de ser interpretadas a la luz del Convenio de La Haya de 1980 y de los Convenios sobre derechos del menor. En los supuestos de sustracción, y conforme al Convenio de La Haya de 1980, la *celeridad* es una obligación primordial en la resolución de estos casos. En este asunto en concreto revisada en varias instancias la orden de restitución adoptada por las autoridades judiciales nacionales, abiertos recursos ante el Tribunal Supremo, e incluso interrumpida la orden de ejecución de restitución en varias ocasiones, es cuando a instancia de la sustractora interviene el Tribunal Constitucional. Y aunque su pronunciamiento no fuera sobre la pretensión de fondo del ahora demandante —la restitución—, sí que influyó posteriormente en la decisión final que ordenara la permanencia del menor en Eslovaquia. En este sentido recuerda el TEDH que en la justa ponderación de los intereses en conflicto —los del menor, los de los progenitores y el orden público—, «[...] el mejor interés del menor es la consideración primordial, y que los objetivos de prevención y restitución inmediata corresponden a un concepto específico de mejor interés del menor».

En esa justa ponderación de intereses hay que tener en cuenta que el procedimiento ante el Tribunal Constitucional transcurre sin la posible comparecencia del progenitor dado que incluso no había medio o canal por el cual éste —que no era ni demandado ni demandante— pudiera tener conocimiento de tal procedimiento. Es evidente que un tercero con un interés legítimo, como lo era el progenitor, no pudo intervenir en el citado procedimiento.

5. Desde nuestra perspectiva hay dos ideas finales: primera, la decisión del TEDH en el asunto *López Guió* se une a un nutrido grupo de sentencias en las que el TEDH ha venido a mejorar en interpretación del CEDH la aplicación del Convenio de La Haya de 1980 en los Estados contratantes estableciendo, por ejemplo, cómo la falta de reglas para asegurar el retorno de los menores, la obligación de actuar de oficio por parte de las autoridades, o las dilaciones en los procedimientos que venían a consolidar situaciones ilícitas por el transcurso del tiempo, eran contrarios a la filosofía del Convenio y vulneraban el art. 8 del CEDH [asuntos como *Ignaccolo Zenide (RIZ) c. Rumanía*, *Marie c. Portugal*, *Iglesias Gil y A.U.A. c. España*]. Ahora bien, como segunda

idea, habría que reflexionar si el recurso al TEDH en estos casos no se ha hecho más habitual de lo deseado.

6. En definitiva, en este caso concreto los mecanismos arbitrados por el sistema interno eslovaco no permiten canalizar un sistema adecuado de restitución conforme al Convenio de La Haya de 1980 —obstaculizando su efecto y propósito— y no garantizando al demandante el respeto a su vida privada y familiar contenido en el art. 8 del CEDH.

Mónica HERRANZ BALLESTEROS
UNED

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.1.2015.3b.02>

2015-3-Pr

FILIACIÓN.—Gestación por sustitución.—Inscripción en el Registro Civil.—Orden público internacional.—Derecho a la vida familiar.—Derecho a la vida privada.

Preceptos aplicados: art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 5.^a), de 26 de junio de 2014, asuntos núm. 65192/11, *Mennesson c. Francia*, y núm. 65941/11, *Labassee c. Francia*. Presidente: Mark Villiger.

F.: *hudoc.echr.cie.int*.

Il est concevable que la France puisse souhaiter décourager ses ressortissants de recourir à l'étranger à une méthode de procréation qu'elle prohibe sur son territoire [...]. Il résulte toutefois de ce qui précède que les effets de la non reconnaissance en droit français du lien de filiation entre les enfants ainsi conçus et les parents d'intention ne se limitent pas à la situation de ces derniers, qui seuls ont fait le choix des modalités de procréation que leur reprochent les autorités françaises : ils portent aussi sur celle des enfants eux-mêmes, dont le droit au respect de la vie privée, qui implique que chacun puisse établir la substance de son identité, y compris sa filiation, se trouve significativement affecté. Se pose donc une question grave de compatibilité de cette situation avec l'intérêt supérieur des enfants, dont le respect doit guider toute décision les concernant.

Étant donné aussi le poids qu'il y a lieu d'accorder à l'intérêt de l'enfant lorsqu'on procède à la balance des intérêts en présence, la Cour conclut que le droit des [...] requérantes au respect de leur vie privée a été méconnu.

Nota. 1. El primer semestre de 2014 marca diversos hitos jurisprudenciales en el ámbito de la gestación por sustitución que, si bien próximos en el tiempo, son distantes en la solución. En España, la STS de 6 de febrero de 2014 invocó el orden público internacional para rechazar la filiación establecida por esta vía (*REDI*, 2014-28-Pr, pp. 273-277, con nota de S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ). Poco después, se dictan las sentencias del TEDH objeto de este comentario que limitan esta invocación como causa de rechazo a las filiaciones ya determinadas conforme a una ley extranjera. En el origen de dichas decisiones se encuentra la negativa de las autoridades francesas a la inscripción en el Registro civil de aquel país de las niñas nacidas en Estados Unidos en virtud de un contrato de gestación por sustitución y cuya filiación había sido establecida por los tribunales norteamericanos a favor de dos matrimonios franceses. Se cuestiona

REDI, vol. 67 (2015), 1

ante el TEDH la supuesta vulneración que esta decisión produce en el derecho a la vida privada y familiar del art. 8 CEDH, mostrándose el Tribunal Europeo contrario a admitir una violación del derecho a la vida familiar de los padres intencionales, pero admitiendo que sí se produce una infracción en el derecho a la vida privada de los menores.

Frente a su jurisprudencia anterior (Sentencia de 28 de junio de 2007, asunto *Wagner c. Luxemburgo* y en la Sentencia de 3 de mayo de 2011, asunto *Negrepontis-Giannissi c. Grecia*), basada en la protección de la vida familiar y la protección de las expectativas legítimas para el reconocimiento de adopciones constituidas en el extranjero, el TEDH toma ahora otro referente: no el de los padres intencionales y sus derechos, sino el interés del menor en el caso concreto y la protección de su derecho a la vida privada.

2. El rechazo al reconocimiento de la filiación obtenida por gestación por sustitución en el extranjero no produce una vulneración del derecho a la vida familiar de los padres intencionales, en la medida en que, en todo caso, los menores permanecerán con los padres intencionales y se mantendrá, por tanto, la convivencia habida hasta la fecha. Tal conclusión es plenamente consecuente con la consolidada línea jurisprudencial del TEDH basada en una concepción fáctica de las relaciones familiares. Siendo, por tanto, el objeto del art. 8 CEDH la familia de hecho, no resulta necesario ni exigible, desde la perspectiva de la protección de la vida familiar, el reconocimiento de un vínculo jurídico de filiación, siendo posible cualquier otra vía que no conlleve la separación de los menores de los padres intencionales con los que lleva conviviendo desde el principio. En este mismo contexto se sitúa también la STS de 6 de febrero de 2014, que expresamente trata de salvar la situación generada *ex post* con la situación del menor buscando medidas alternativas que, de hecho y de Derecho, acaben posibilitando el mantenimiento del menor en el ámbito de la «familia» intencional. Por ello, es difícil derivar automáticamente una vulneración del derecho a la vida familiar por el rechazo al reconocimiento de la filiación por gestación por sustitución.

3. El rechazo al reconocimiento de la filiación obtenida por gestación por sustitución sí produce, sin embargo, una vulneración en el derecho a la vida privada de los menores. Tal es la principal conclusión del TEDH. Se parte de la filiación como uno de los elementos que integran la identidad y, desde esa perspectiva, el tratamiento que se le dé al vínculo jurídico sí resulta relevante en esta sede. En esta vertiente del derecho a la identidad, la aproximación ya no se realiza desde la perspectiva de los padres intencionales sino desde la del interés del menor. Y es aquí donde se evidencian las dificultades derivadas del rechazo al reconocimiento de la filiación ya establecida en Estados Unidos: los mismos menores serán considerados hijos de los padres intencionales desde la perspectiva del Derecho norteamericano (conforme a la legislación de California o de Minnesota, según los casos) y, sin embargo, verán negada tal cualidad en el Estado de acogida (Francia, en el asunto *Mennesson*, o España, en el asunto del TS). Este hecho determina una infracción del derecho a la identidad única del que se derivan diversas consecuencias, tal y como expone el propio TEDH, entre ellas en relación con la adquisición de la nacionalidad o los derechos sucesorios. Es cierto que en los casos *Mennesson* y *Labassee* concurre la circunstancia de que uno de los padres intencionales es, además, padre biológico, lo que acentúa la vulneración del derecho a la identidad de los menores si se rechaza el reconocimiento del vínculo jurídico de la filiación. Ahora bien, tal circunstancia no justifica una lectura reduccionista de esta nueva jurisprudencia, que limite su alcance a un mero refrendo de la filiación por gestación por sustitución cuando ésta tiene un

origen biológico. Debe hacerse y está justificada una lectura más ambiciosa de estas sentencias, dado que el criterio sentado del derecho a la identidad única se establece como categoría general y con manifestaciones concretas, por ejemplo para el ámbito de los derechos sucesorios de los menores, al margen de la existencia o no de vínculo biológico con los menores.

4. Pero el impacto de esta nueva línea jurisprudencial también supone una «desactivación» de las consecuencias del posible fraude cometido por los padres intencionales cuando escapan de su Derecho para ir a la búsqueda de un paraíso gestacional. Es cierto, y así ha sido destacado, que de la jurisprudencia del TEDH se derivaba hasta ahora una protección del reconocimiento de las relaciones constituidas en otros Estados, pero en las que subyacía el condicionante de una expectativa legítima de las partes en que dicho reconocimiento fuera a poder producirse [KINSCH, P., «Recognition in the Forum of a Status Acquired Abroad - Private International Law Rules and European Human Rights Law», en BOELE-WOELKI, K. et al. (eds.), *Convergence and Divergence in Private International Law - Liber Amicorum Kurt Siehr*, Países Bajos, Eleven International Publishing, 2010, pp. 259-275, especialmente pp. 272 y ss.; ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Reconocimiento de la filiación derivada de gestación por sustitución», en FORNER DELAYGUA, J. et al. (coords.), *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 77-90, p. 89]. Con la jurisprudencia *Mennesson* pierde fuerza el criterio de la expectativa legítima de los padres intencionales como condición para el reconocimiento de las relaciones ya constituidas. El TEDH entiende que la sanción por una filiación creada en fraude de ley por los padres intencionales no puede suponer un rechazo al reconocimiento de dicha filiación en el Estado de acogida, en la medida en que ello afecta directamente a la vida privada de los menores.

5. Esta jurisprudencia puede suponer un cambio de paradigma en materia de gestación por sustitución en el Derecho europeo pues, si bien no se deduce de ella que deba permitirse o regularse tal práctica en la normativa estatal, sí parece claro que la libertad legislativa de los Estados tiene límites que el Tribunal puede controlar a efectos de proteger el interés de los hijos nacidos por estas prácticas (PRESNO LINERA, M. y JIMÉNEZ BLANCO, P., «Libertad, igualdad, ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea», *REDE*, 2014, núm. 51, pp. 9-44, pp. 38 y ss.).

El primer impacto evidente de esta jurisprudencia se ha hecho ya notar en un «retorno» a la Instrucción DGRN, de 10 de octubre de 2010, a partir de las directrices establecidas por el Ministerio de Justicia en julio de 2014 (VELA SÁNCHEZ, A. J., «Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución “pueden” ser inscritos en el registro civil español», *La Ley*, núm. 8415, de 6 de noviembre de 2014), asumiendo expresamente la incidencia de la jurisprudencia del TEDH y neutralizando una posible consolidación de la línea abierta por el TS en su Sentencia de 6 de febrero de 2014.

El segundo impacto se verá en relación con la tramitación de la, enésima, reforma del Registro Civil que reitera un planteamiento restrictivo respecto al reconocimiento de la filiación por gestación por sustitución (el art. 44, apdo. 7 de la Ley de Registro Civil en la versión del Proyecto de Ley de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, *BOCG*, núm. A-101-1, de 23 de junio de 2014). La analizada jurisprudencia *Mennesson* también incidirá, sin duda, en la tramitación de este Proyecto y así parece haberse asumido por el Ministerio de Justicia que ha anunciado una «autoenmienda» a este Proyecto precisamente para

adecuarlo a la jurisprudencia TEDH (cfr. Diario de Sesiones, *BOCG*, núm. 248, de 11 de diciembre de 2014, p. 30).

La realidad de los hechos, el contexto social, la tendencia en Derecho comparado y ahora también la jurisprudencia del TEDH conducen al mismo resultado, que es la inevitable asunción de la gestación por sustitución también en nuestro Derecho. Ahora sólo queda por decidir el cómo.

Pilar JIMÉNEZ BLANCO
Universidad de Oviedo

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.1.2015.3b.03>

2. TRIBUNAL DE JUSTICIA: ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA

2.1. Competencia externa de la Unión Europea

2015-4-Pr

CONVENIOS INTERNACIONALES.—Competencia exclusiva de la UE.—Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.—Aceptación de la adhesión de nuevos Estados parte.

Preceptos aplicados: arts. 3.2, 218.1, 218.11, 258 TFUE; Reglamento 2201/2003.

Tribunal de Justicia (Gran Sala), Dictamen 1/2013, de 14 de octubre de 2014.
Ponente: J. Malenovský.

F.: *curia.europa.eu*.

La aceptación de la adhesión de un Estado tercero al Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980, es competencia exclusiva de la Unión Europea.

1. De nuevo un Dictamen del Tribunal de Justicia que afecta a un Convenio de DIPr vuelve a ofrecernos una oportunidad singular para valorar el reparto concreto de competencias entre la Unión y sus Estados miembros respecto de relaciones con terceros Estados. Un tema jurídico y político se ha resuelto en términos poco jurídicos o, por ser más ajustado a la valoración que me propongo hacer, poco convincentes en términos jurídicos. Se trata del Dictamen 1/13 del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 14 de octubre de 2014, por el que el TJ estableció que la aceptación de la adhesión de un Estado tercero al Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya, el 25 de octubre de 1980, es competencia exclusiva de la Unión Europea. La respuesta y los argumentos que la sustentan no son en modo alguno originales. El Dictamen del Tribunal 1/03, de 7 de febrero de 2006, sobre Competencia de la Comunidad para celebrar el nuevo Convenio de Lugano, había abierto una gran puerta a respuestas de este estilo.

La Comisión había adoptado ocho propuestas de Decisión del Consejo relativas a las declaraciones de aceptación por parte de los Estados miembros de otras tantas adhesiones de terceros Estados al citado Convenio de La Haya. Dado que se trata de un Convenio al que la Unión no puede adherirse, pues esta posibilidad no se contempla, y dado que la Unión habría regulado la materia contemplada a través del Reglamen-

to 2201/2003, la Comisión entendía que existía una competencia externa exclusiva de la UE. El Consejo, por contra, consideró que no estaba obligado a adoptar tales propuestas, pues la UE no tenía competencia exclusiva sobre el tema. En este punto, la Comisión solicitó el pronunciamiento del TJ.

Será éste, como aquel Dictamen sobre el nuevo Convenio de Lugano, objeto de análisis sin duda más pausados de los que en el estrecho marco de esta nota voy a realizar, aunque la brevedad y la urgencia no creo que desmientan el balance de que la voluntad claramente expansiva de las competencias exclusivas de la UE que confirma el TJ se aprecia tanto en cómo liquida las potenciales razones de inadmisibilidad de la solicitud (2), cuanto en con qué ligereza aborda las razones de fondo (3 a 5).

2. El art. 218.11 TFUE señala que «un Estado miembro, el Parlamento Europeo, el Consejo o la Comisión podrán solicitar el dictamen del Tribunal de Justicia sobre la compatibilidad con los Tratados de cualquier *acuerdo previsto...*». El Consejo y otros Estados miembros consideraron que este precepto no autorizaba la presentación y la admisión de la solicitud de dictamen, pues ésta no se refiere ni a un «acuerdo», ni a un acuerdo «previsto», ni a un acuerdo previsto de la «Unión» (dice el art. 218.1 TFUE que «para la negociación y celebración de acuerdos *entre la Unión y terceros países* u organizaciones internacionales se aplicará el procedimiento siguiente») y sólo pretendería utilizar una puerta falsa para eludir la vía del recurso por incumplimiento del art. 258 TFUE frente a las singulares aceptaciones que se vendrían produciendo por parte de Estados miembros ante las adhesiones de terceros Estados a este Convenio (300, según el Dictamen, desde la entrada en vigor del Reglamento 2201/2003).

El TJ rechaza las cuatro objeciones a la admisibilidad del Dictamen, en los puntos 37 a 55 del mismo. Lo hace asumiendo una interpretación abiertamente amplia y no formalista de los requisitos previstos en el reproducido art. 218 TFUE con la que puede estarse de acuerdo o no (puesto que, a mi juicio, también caben interpretaciones más estrictas) pero que es una de las posibles. Desde un punto de vista estrictamente literal, la mayor objeción sería aquella que se refiere a que, en puridad, el Dictamen no versa sobre ningún acuerdo de la Unión Europea con un tercer Estado. Sin embargo, una perspectiva funcional nos dice que ello no debería ser un obstáculo, puesto que lo que se pretende es deslindar la competencia entre Estados miembros y UE para otorgar un consentimiento internacional respecto de concretas obligaciones (las del Convenio de La Haya), en relación con terceros Estados (los nuevos adherentes, o alguno de ellos), y el hecho de que esta obligación pueda ser asumida de forma inmediata o directa por la UE o de forma mediata, a través de sus Estados miembros, no creo que sea decisivo. En otras palabras, que un convenio internacional prevea o no la participación de la UE (o genéricamente de una «organización regional de integración económica»), no puede cambiar ni quién ostenta la competencia, ni la posibilidad de que, ante la duda, se pronuncie el TJ. Si damos por buena esta idea, una aceptación contiene un acuerdo y en tal acuerdo está previsto que hay que aceptar.

Y, por último, que la Comisión pretenda desnaturalizar el procedimiento del Dictamen para tapar las vergüenzas de no haber incoado 300 procedimientos de infracción contra otras tantas aceptaciones singulares de los Estados miembros en relación con terceros Estados y el convenio controvertido, tampoco me parece causa de inadmisibilidad; los dos procedimientos tienen su propia vida y no son en modo alguno incompatibles, como señala el Dictamen en su punto 54.

Recuérdese, por último, que 11 Estados miembros más el Consejo abogaban por la inadmisibilidad.

3. Entrando en el fondo, el marco jurídico viene fijado por el art. 3.2 TFUE, a cuyo tenor y en lo que interesa a este caso, «la Unión dispondrá también de competencia exclusiva para la celebración de un acuerdo internacional [...] en la medida en que pueda afectar a normas comunes o alterar el alcance de las mismas». A mi juicio, el TJ no ofrece ninguna prueba de que cuando un Estado miembro acepta la ratificación del Convenio sobre secuestro de menores por parte de un tercer Estado se pueda estar afectando o alterando normas comunes, como en este caso serían las del Reglamento 2201/2003. Tan sólo aprecio un supuesto *hipotético* relevante. Es el que cierra, precisamente, el razonamiento del TJ en el punto 89 del Dictamen: hay un riesgo de menoscabo de aplicación uniforme y coherente del Reglamento 2201/2003 cuando la situación de sustracción internacional afecte a un tercer Estado y a *dos Estados miembros*, uno de los cuales hubiera aceptado la adhesión del tercer Estado y el otro no. Lamentablemente, ni el Dictamen ni la más detallada opinión del abogado general ofrecen ningún ejemplo en el que se produzca esta afectación. Además, me interesa destacar que se trata de un supuesto hipotético que en modo alguno es resultado del previo razonamiento del TJ sobre el fondo en los puntos 65 a 88 del Dictamen, donde se analizan secuencialmente la concordancia de los ámbitos afectados (4) y el susodicho riesgo de afectación de normas comunes (5).

4. El TJ se siente cómodo aplicando la plantilla de la afectación, que pasa, según su propia jurisprudencia (que no según la letra del art. 3.2 TFUE), por analizar si el contenido de los acuerdos fiscalizados están comprendidos dentro del ámbito de aplicación de las normas potencialmente afectadas. El hecho de que el Reglamento de forma inequívoca reciba el contenido del Convenio, lo incorpore (y lo modifique en las relaciones *ad intra*), es una evidencia que no admite discusión, aunque no sé si es suficiente para derivar la conclusión que le apareja el TJ: hay que estar de acuerdo con que las reglas (en especial del art. 11 del Reglamento) constituyen un «conjunto normativo indivisible» junto a las reglas del Convenio (punto 78 del Dictamen), aunque, no debe olvidarse —y el TJ lo soslaya—, aplicables a los procedimientos de menores «trasladados ilícitamente dentro de la Unión» (mismo punto 78).

A los efectos tópicos, estéticos, si se quiere, yo hubiese concluido ahí el análisis. No es de recibo seguir enumerando, en opinión del TJ, «reglas de base análogas», que no lo son: el tratamiento del derecho de visita no tiene nada que ver en uno y otro instrumento, como nada tiene que ver el supuesto específico del art. 11.8 del Reglamento en relación con el art. 42 del mismo, o la previsión del art. 41 para el Derecho de visita (punto 82 del Dictamen). Digamos, sin más, que el Convenio no prevé ningún tipo de reconocimiento de resoluciones (ni con procedimiento ni sin procedimiento intermedio como en el caso de las dos últimas normas citadas); digamos también, que el Convenio no prevé ninguna norma de competencia judicial internacional (presupuesto básico del art. 11.8 del Reglamento).

Si al analizar la «concordancia de los ámbitos [potencial o presuntamente] afectados», en los términos empleados por el Tribunal, nos quedamos con las materias tratadas, no cabe duda de que existe esa concordancia. Pero eso es fiscalizar solamente el ámbito material o sustantivo; quizá fuese necesario profundizar en el resto de los ámbitos y, más concretamente, en los «supuestos de hecho» regulados por la norma comunitaria y el Convenio. Quedarnos en este tipo de visiones genéricas podría llevarnos a construcciones categóricas, en función de las cuales cualquier tipo de regulación de cualquier materia por parte de la Unión (con independencia de su extensión, profundidad, mayor o menor limitación de supuestos...) quedaría fuera de la competencia de los Estados miembros. No digo que sea el caso: aquí claramente

existe un solapamiento nítido de materia (supuestos de traslado ilícito de menores) y tipo de acción (cooperación orientada al retorno).

5. En todo caso, mi disconformidad con el Dictamen se encuentra, como adelanté, en el test de afectación de las normas del Reglamento. Salvo la hipótesis no concretada del punto 89, los «argumentos» contenidos en los puntos 84 a 88 del Dictamen, a mi juicio, no lo son. Lo más concreto que encontramos es que debido al solapamiento entre las disposiciones del Reglamento y del Convenio, las disposiciones de este segundo pueden afectar a las del primero (punto 85). Esto sí es una construcción apodíctica. Y no hay ninguna otra que nos diga cuándo, cómo, por qué, las disposiciones del Reglamento se verán afectadas por «aceptaciones heterogéneas» de nuevos Estados por parte de Estado miembros (punto 88). Hay que dar por buena esta afectación porque, sencillamente, el TJ lo dice; podría haber dicho lo contrario con la misma fuerza argumental.

La opinión del Abogado General Sr. Niilo Jääskinen en este punto muestra un déficit argumental similar en el fondo, aunque más detallado en la forma. No puedo dejar de señalar en lo que atañe al ámbito regulado (sobre la concordancia de los ámbitos afectados), que el abogado general incluye al art. 10 del Reglamento entre el común denominador (recordemos, es el precepto que regula la competencia judicial internacional en el caso de traslado ilícito y que no tiene parangón en el Convenio) junto con los inefables arts. 41 y 42 del Reglamento (sobre los que hay que decir lo mismo). Pero en lo que ahora nos interesa (supuestos reales de afectación), la Opinión del abogado general no se aleja de la espumosa inconcreción del Dictamen; de afectaciones hipotéticas y genéricas que no se acreditan: puntos 96, 97, 98 y 101; de hacer hipótesis de la cuestión: puntos 99, 102 y 103; o de sobrepasar el concepto de evolución *previsible* del Derecho de la Unión para fabular sobre un futuro igual de incierto que su contrario (punto 100).

Téngase en cuenta que 19 Estados miembros y el Consejo consideraban que no había competencia exclusiva externa de la UE en este caso.

6. Como dije antes, el Dictamen es digno de mayor atención que la aquí depurada. Hay, además, un dato fundamental que he deslizado en los últimos párrafos de los puntos 2 y 5: nos encontrábamos ante un nuevo pulso entre la Comisión y los Estados miembros; uno más que ha ganado la Comisión. La valoración que he hecho no es positiva, pero tampoco puede sorprender. Es una consecuencia previsible de los antecedentes; un *déjà vu* que permite no innovar al decir que se trata de un dictamen «impreciso, vago y poco razonado» [era la vieja valoración crítica de BORRÁS, A., «Competencia exclusiva de la Comunidad Europea para la revisión del Convenio de Lugano de 1988 sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil (comentario al Dictamen C-1/03, de 7 de febrero de 2006)», *RGDE*, núm. 10, mayo de 2006; crítica que reitera al Dictamen actual en «La aceptación de las adhesiones al Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción de menores: el Dictamen del TJUE de 14 de octubre de 2014», *La Ley Unión Europea*, 2014, núm. 21, pp. 42-46]. Pero es claro en su toma de postura. Por ello sí permite advertir de algunas consecuencias prácticas y preguntarnos por algunas incógnitas. Entre las primeras, habrá que ver la diligencia de la UE para moverse al ritmo de las adhesiones de terceros Estados, so pena de hacer un flaco favor al éxito del Convenio... y al interés de los niños. Ante un nuevo Estado parte habrá que poner en marcha el mecanismo de la autorización a los Estados miembros para que procedan a su aceptación: respecto de este Convenio esto está sucediendo continuamente. Y lo mismo habrá que prever para supuestos similares que afecten a otros Convenios. Entre

las segundas, me pregunto qué pasa con las 300 aceptaciones realizadas por Estados miembros en contravención —hoy ya lo sabemos— de la competencia exclusiva externa de la Unión. ¿Qué ocurre con esos 300 actos ilícitos? Pero ahí no acaba la cosa: es razonable pensar que esta competencia se extiende también a cualquier otro tipo de vicisitud que afecte al Convenio (por ejemplo el resto de las declaraciones previstas en sus arts. 38 y ss.) y frente a cualquier otro Convenio. Confiemos en que los deberes que lleva aparejada esta competencia se ejecuten con lealtad y con la eficiencia que requiere el dinamismo de nuestros días.

Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ
 Universidad de Santiago de Compostela
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.1.2015.3b.04>

2.2. Ámbito material de aplicación del Reglamento 44/2001

2015-5-Pr

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.—Acción de reclamación de un crédito dimanante de un transporte internacional ejercitada por el síndico de una empresa en liquidación.—Delimitación entre el ámbito material de aplicación del Reglamento 44/2001 y el del Reglamento 1346/2000.—Relación entre el Reglamento 44/2001 y los Convenios sobre «materias particulares».—Aplicación del Convenio CMR: compatibilidad de sus reglas de competencia judicial con los principios que inspiran la cooperación judicial europea en materia civil y mercantil.

Preceptos aplicados: arts. 1 y 71.1 Reglamento 44/2001; art. 31.1 Convenio CMR.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 1.^a), de 4 de septiembre de 2014, asunto C-157/13, *Nickel & Goeldner Spedition GmbH c. «Kintra» UAB*. Ponente: M. Berger.

F.: *curia.europa.eu*.

32. [...] el art. 1, apartado 1, del Reglamento n.º 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que se incluye en el concepto de «materia civil y mercantil», a efectos de dicha disposición, una demanda que tiene por objeto el cobro de la deuda derivada de una prestación de servicios de transporte y que ha sido formulada por el síndico de una empresa en liquidación, designado en el marco de un procedimiento de insolvencia incoado en un Estado miembro contra el beneficiario de los servicios de transporte, establecido en otro Estado miembro [...].

42. [...] el art. 71 del Reglamento n.º 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que, en el supuesto de que un litigio esté comprendido tanto en el ámbito de aplicación de dicho Reglamento como en el ámbito de aplicación del Convenio CMR, un Estado miembro podrá aplicar, de conformidad con el art. 71, apartado 1, del mismo Reglamento, las normas en materia de competencia judicial previstas en el art. 31, apartado 1, del Convenio CMR.

Nota. 1. El caso que da pie al pronunciamiento del TJ puede resumirse como sigue: una sociedad domiciliada en Lituania —«Kintra» UAB— presta una serie de servicios de transporte a otra radicada en Alemania —Nickel & Goeldner Spedition GmbH—, que ésta no paga. Antes de reclamar judicialmente la deuda, la compañía

lituana se ve inmersa en un procedimiento de liquidación, en el curso del cual el síndico de la quiebra presenta en Lituania una demanda contra la empresa alemana por el importe debido. Ésta contesta la competencia de los tribunales lituanos —que, no obstante, se declaran competentes sobre la base de las reglas nacionales y europeas relativas a la insolvencia empresarial—, por considerar que, en un litigio de este tipo, la competencia judicial internacional debe fijarse a partir del Reglamento Bruselas I y del Convenio CMR. Recurrido en casación el veredicto del tribunal de apelación, el *Lietuvos Aukščiausiasis Teismas* plantea al TJ, en esencia, dos cuestiones prejudiciales que abordaremos por su orden. Primera: una acción como la entablada por el síndico de la sociedad acreedora ¿cabe subsumirla en el ámbito material de aplicación del Reglamento 44/2001 o en el del Reglamento 1346/2000? Segunda: en el supuesto de que la acción que motiva el presente comentario caiga dentro del campo de actuación del Reglamento 44/2001, ¿la aplicación que, por razón de especialidad, éste permite de las normas de competencia del Convenio CMR puede implicar una vulneración de los principios informantes de la cooperación judicial en materia civil y mercantil en el seno de la Unión Europea?

2. En los dos últimos años, una parte significativa de la jurisprudencia más interesante del TJ con respecto al RBI se ha ocupado de su art. 1. Los esfuerzos para definir el ámbito material de aplicación del instrumento comunitario han ido en una doble dirección: por un lado, procurando identificar las reclamaciones que conciernen a la materia civil y mercantil, por no ser de índole administrativa o fiscal (*Sapir*, *Sunico*, *flyLAL*); por el otro, tratando de precisar qué asuntos aun siendo de naturaleza civil y mercantil se ven afectados (*Schneider*) o no (*ÖFAB*, *Nickel*) por el catálogo de exclusiones del art. 1.2 RBI. Es evidente que el caso que nos incumbe se inscribe en esta segunda problemática, toda vez que, siendo indudable el carácter civil y mercantil de la demanda presentada, la discusión se centra en la calificación exacta de la acción ejercitada para determinar si ésta se halla dentro de la esfera de influencia del Reglamento 44/2001 o fuera de ella, al resultar absorbida por el Reglamento 1346/2000. La delimitación *ratione materiae* entre ambos instrumentos europeos es, como se ha señalado recientemente, un «*Dauerbrenner*» [MANKOWSKI, P., «Erbringung von Beförderungsdienstleistungen -Begriff der "Klage, die an ein Insolvenzverfahren anknüpft"», *Neue Zeitschrift für Insolvenz- und Sanierungsrecht*, 17 (2014), p. 922], esto es, un tema de debate permanente, sobre el que se ha ido pronunciando el TJ con una cierta asiduidad. Con el llamativo olvido de la Sentencia *SCT Industri* (asunto C-111/08), la resolución anotada no deja de recordarnos (apdos. 24 y 25) que el TJ ha adoptado sus decisiones en función de las hipótesis contempladas: así, ha entendido que una acción para la cobertura del pasivo ejercitada, conforme a la Ley francesa, por un síndico contra el administrador de hecho de una sociedad al objeto de exigirle responsabilidad por las deudas sociales (asunto 133/78, *Gourdain*) o que una acción revocatoria ejercitada, a tenor del Derecho alemán, por el administrador concursal para impugnar los actos realizados en perjuicio de los acreedores antes de la apertura del procedimiento de insolvencia (asunto C-339/07, *Seagon*) no quedaban comprendidas en el ámbito de aplicación del CB/RBI; mientras que, por el contrario, ha estimado que una acción ejercitada contra un síndico y dirigida a la restitución de unos bienes sobre los que se había constituido una reserva de dominio (asunto C-292/08, *German Graphics*) o que una acción ejercitada por el cesionario de un crédito —resultante de una transmisión a título oneroso efectuada a su favor por un síndico como consecuencia de haber instado éste, gracias a la acción revocatoria prevista por la legislación alemana, la devolución de una cantidad abonada por la sociedad insolvente— contra el cedido —beneficiario del pago controvertido— (asunto

C-213/10, *F-Tex*) sí que estaban cubiertas por el Reglamento 44/2001. Para decantarse en uno u otro sentido, el TJ se ha basado en un «doble criterio» —apuntado en la Sentencia *Gourdain* (apdo. 4), incluido en el Reglamento 1346/2000 (cdo. 6) y recogido por la jurisprudencia comunitaria de los últimos tiempos (*Seagon*, apdo. 21; *SCT Industri*, apdo. 21; *German Graphics*, apdos. 24 y 26; *F-Tex*, apdo. 29; *ÖFAB*, apdo. 24)— según el cual solamente procede una calificación concursal respecto de las acciones que emanen directamente de un procedimiento de insolvencia y que estén estrechamente relacionadas con el mismo. En otras palabras, para reputar una acción como concursal ha de merecer dicha calificación tanto desde la perspectiva sustantiva —debe fundamentarse en la normativa concursal— como desde la perspectiva procesal —tiene que estar vinculada intensamente al procedimiento de insolvencia— (véase ESPINIELLA MENÉNDEZ, A., *REDI*, 2012-19-Pr, p. 227). No obstante, como reconoce la propia Sentencia *Nickel* (apdos. 26-27), el TJ normalmente ha prestado más atención al plano sustantivo que al procesal (*Gourdain*, apdos. 4-6; *Seagon*, apdo. 16; *SCT Industri*, apdos. 27-28; *German Graphics*, apdos. 31-32; *F-Tex*, apdo. 46; *ÖFAB*, apdo. 25), cosa que, en el caso que nos concierne, le lleva a indagar, antes de nada, cuál es «el fundamento jurídico de la demanda» para «dilucidar si la fuente del derecho o de la obligación que sirve de base a la demanda son las normas generales del Derecho civil y mercantil o normas especiales, propias de los procedimientos de insolvencia» (apdo. 27). Una vez identificada la acción como una que está dirigida al «cobro de la deuda derivada de una prestación de servicios en cumplimiento de un contrato de transporte» (apdo. 28), y comprobado que el derecho de crédito que la sustenta se sujeta a la normativa general y no a la concursal (apdo. 29), la conclusión va de suyo: la acción no está incluida en el ámbito material de aplicación del Reglamento 1346/2000 y sí que, en cambio, lo está en el del Reglamento 44/2001. Aun compartiendo la solución del TJ (véase NOURISSAT, C., «CMR, règlement “Bruxelles I” et règlement “insolvabilité”: petit exercice de politesse entre instruments internationaux», *Procédures*, 2014-11, *commentaire* 295), no estaría de más reflexionar, como hace MANKOWSKI, P. (*loc. cit.*, pp. 292-293), sobre los déficits del actual método resolutorio de esta clase de problemas de delimitación competencial, que, a su juicio, además de estar desfasado —data, básicamente, de 1979—, genera, por su enfoque casuístico, mucha inseguridad jurídica. En su opinión, una respuesta más sistemática sería posible si la noción de «acción vinculada al procedimiento de insolvencia» se perfilara tomando como referencia el contenido del estatuto concursal que describe el art. 4.2 del Reglamento 1346/2000.

3. La segunda cuestión en la que profundiza la sentencia comentada es la relación entre el Reglamento 44/2001 y el Convenio CMR, que ya había sido examinada por el TJ con anterioridad [as. C-148/03 (*Nürnberger Allgemeine Versicherungs*), aún en interpretación del art. 57 del CB; as. C-533/08 (*TNT Express Nederland*); y as. C-452/12 (*Nipponkoa Insurance*)]. Si bien en estos litigios se habían dirimido aspectos procesales diversos —el control de la competencia, la litispendencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones— relativos al transporte internacional de mercancías por carretera, pasando por el tamiz de los textos comunitarios todos los apartados del art. 31 CMR, nunca hasta ahora el TJ había tenido ocasión de confrontar los criterios de competencia judicial del Convenio con los de los instrumentos comunitarios en la materia. Para llevar a cabo su análisis, el TJ vierte sus argumentos uno a uno. En primer lugar, plantea la entrada en liza del CMR, prioritaria con arreglo a lo dispuesto en el art. 71.1 RBI, evocando su doctrina —sentada en la Sentencia *TNT Express Nederland* (apdos. 49-51) y reiterada en la Sentencia *Nipponkoa Insurance* (apdos. 36-38)— conforme a la cual «la aplicación, en las materias

reguladas por convenios especiales, de las normas previstas por dichos convenios no puede menoscabar los principios que inspiran la cooperación judicial en materia civil y mercantil en el seno de la Unión Europea» (apdo. 38) [para una valoración negativa de esta condición fijada por el Tribunal que subvierte la letra del precepto, véase BORRÁS, A., «El papel del TJUE en la evolución de la Legislación y la Jurisprudencia: el caso del Reglamento Bruselas I», en ARECES PIÑOL, M. T. (coord.), *Los retos jurídicos ante la crisis*, Cizur Menor, Aranzadi, 2014, pp. 149-151]. En segundo término, pasa revista a las reglas de competencia judicial del Convenio con la finalidad de verificar si se ajustan a los referidos principios comunitarios, pues, a diferencia del RBI, que, en ausencia de sumisión de las partes, prevé, en materia contractual, la concurrencia del foro general del domicilio del demandado con el especial del lugar de cumplimiento de la obligación que sirve de base a la demanda, el art. 31.1 CMR faculta al demandante para ejercitar alternativamente su acción ante los órganos jurisdiccionales del país de residencia habitual del demandado, los del país en el que el transportista se hizo cargo de la mercancía y los del país designado para la entrega de la misma. Sin embargo, esta discrepancia no pone en riesgo, según el TJ, el correcto funcionamiento del mercado interior, porque la divergencia regulatoria entre el RBI y el CMR es más aparente que real, como, camino de la fase conclusiva de su razonamiento, intenta demostrar a partir de las siguientes premisas: primera, el contrato de transporte es un contrato de prestación de servicios regulado por el art. 5.1.b) RBI, de forma que el lugar de cumplimiento de la obligación es el lugar de prestación del servicio (apdo. 40, que trae a colación los apdos. 29-30 de la Sentencia de 9 de julio de 2009, asunto C-204/08, *Rehder*); segunda, en esta resolución, el TJ sostuvo que, en ciertos supuestos de transporte aéreo de personas, el lugar de prestación del servicio podía ser, a elección del actor, tanto el lugar de salida como el de llegada del vuelo (*Rehder*, apdo. 43); tercera, no se advierte inconveniente en exportar esta pauta interpretativa al transporte de mercancías por carretera (*Nickel*, apdo. 41). El corolario de esta línea argumental salta a la vista: la opcionalidad jurisdiccional consagrada en el CMR es acorde con los principios —proximidad, previsibilidad, seguridad jurídica— que inspiran la cooperación judicial europea en materia civil y mercantil (*Nickel*, apdo. 41). Con todo, este planteamiento encierra, a nuestro entender, un punto de particular debilidad, porque se asienta sobre la discutible doctrina elaborada por el TJ a raíz del asunto *Color Drack* (C-386/05) —véase al respecto, ARENAS GARCÍA, R., «Tribunal competente en un contrato de compraventa cuando las mercancías son entregadas en distintos lugares del mismo Estado miembro», *AEDIPr*, VII (2007), pp. 925-929—, que la Sentencia *Rehder* luego trasplantó acertadamente [JIMÉNEZ BLANCO, P., «La aplicación del foro contractual del Reglamento Bruselas I a los contratos de transporte de pasajeros», *La Ley*, XXX (2009-5), D-369, p. 1569] de un contrato de compraventa de mercancías a uno de prestación de servicios —en concreto, uno de transporte aéreo de viajeros—, y que ahora se extiende a un contrato de transporte de mercancías sin tener presente que, en el asunto *Rehder*, la lectura realizada por el TJ se apoyaba en que el transporte litigioso consistía en un solo servicio prestado «de manera indivisible y unitaria desde el lugar de partida al lugar de llegada» (apdo. 42), en tanto que la Sentencia *Nickel* habla vagamente de «servicios de transporte [...] [prestados] [...] en Francia y en Alemania» (apdo. 15), sin especificar el número y las características de los mismos. A la vista de las diferencias entre ambos casos, ¿está justificada la extrapolación de soluciones? Para llegar al mismo resultado, ¿no hubiera sido más adecuado apelar simplemente a la razonabilidad de los foros contenidos en el art. 31 CMR, análogos a los existentes en la inmensa mayoría de sectores del transporte internacional, que

no parecen conculcar ninguna de las bases de la cooperación judicial europea en la materia?

Josep M. FONTANELLAS MORELL*

Universidad de Lleida

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.1.2015.3b.05>

2.3. Competencia judicial internacional

2015-6-Pr

INSOLVENCIA.—Reglamento 1346/2000.—Procedimientos de insolvencia secundarios.—Apertura.—Competencia judicial internacional.—Legitimación activa.—Condiciones de apertura.—Oportunidad.

Preceptos aplicados: arts. 2.^h), 3 y 29 Reglamento (CE) núm. 1346/2000.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 1.^a), de 4 de septiembre de 2014, asunto C-327/13, *Burgo Group c. Illochroma*. Ponente: M. Berger.

F.: *curia.europa.eu*.

1) El art. 3, apartado 2, del Reglamento (CE) n.º 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia, debe interpretarse en el sentido de que, en el marco de la liquidación de una sociedad en un Estado miembro distinto de aquel en el que tiene su domicilio social, dicha sociedad puede ser también objeto de un procedimiento secundario de insolvencia en el otro Estado miembro en el que tenga su sede social o esté dotada de personalidad jurídica.

2) El art. 29, letra b), del Reglamento n.º 1346/2000 debe interpretarse en el sentido de que la cuestión de qué persona o autoridad está facultada para solicitar la apertura de un procedimiento secundario de insolvencia debe apreciarse conforme al Derecho nacional del Estado miembro en cuyo territorio se solicite la apertura de dicho procedimiento. No obstante, el derecho a solicitar la apertura de un procedimiento secundario de insolvencia no puede limitarse únicamente a los acreedores que tengan su residencia o domicilio social en el Estado miembro en cuyo territorio se encuentre el establecimiento en cuestión, o a los acreedores cuyo crédito tenga su origen en la explotación de dicho establecimiento.

3) El Reglamento n.º 1346/2000 debe interpretarse en el sentido de que, siendo el procedimiento principal de insolvencia un procedimiento de liquidación, la toma en consideración de criterios de oportunidad por el órgano jurisdiccional ante quien se ha solicitado la apertura de un procedimiento secundario de insolvencia se rige por el Derecho nacional del Estado miembro en cuyo territorio se haya solicitado la apertura de dicho procedimiento. No obstante, cuando los Estados miembros establecen los requisitos para la apertura de tal procedimiento deben respetar el Derecho de la Unión, y, en particular, los principios generales de éste y las disposiciones del Reglamento n.º 1346/2000.

Nota. 1. A partir de una valoración un tanto dudosa del art. 3.1 del Reglamento (CE) núm. 1346/2000, el Tribunal comercial de Roubaix-Tourcoing declaró en quie-

* La presente colaboración se enmarca en los Proyectos de investigación MINECO DER2012-36920 y DER2012-37898-C02-01, y en el Grupo de investigación consolidado de la Generalitat de Catalunya 2014SGR483.

bra a la sociedad *Illochroma*, entendiendo que su centro de intereses principales se hallaba en Francia, pese a tener su domicilio social en Bruselas. Ello no impidió que un acreedor (*Burgo Group*) solicitara la apertura de un procedimiento secundario en Bélgica en referencia a los bienes situados en el territorio de este Estado (*ex art. 3.2 del Reglamento europeo*). Sobre esta estrategia procesal se pronuncia el Tribunal de Justicia, analizando la competencia judicial, la legitimación activa y el principio de oportunidad procesal en relación con dichos concursos secundarios.

2. Por lo que respecta a la competencia judicial, el Tribunal de Justicia considera admisible abrir un procedimiento secundario en el Estado del domicilio social del deudor, siempre y cuando, como era el caso, tenga allí un establecimiento. Para ello recurre a la literalidad del art. 2.^{h)} del Reglamento europeo de insolvencia, que define al «establecimiento» como todo lugar de operaciones en el que el deudor ejerce de forma no transitoria una actividad económica a través de la organización de medios humanos y patrimoniales. No existe en esta previsión una definición de máximos, de forma que nada impide que el «establecimiento» sea el «establecimiento principal» y se ubique en el mismo Estado que el «domicilio social». Además, si los acreedores localizados en los Estados donde se hallan sucursales del deudor tienen la expectativa de la aplicación de la ley local, la misma expectativa pueden tener los acreedores localizados en el Estado del establecimiento principal y del domicilio social (apdo. 38 de la sentencia).

La correcta argumentación del Tribunal en este punto no obsta para reconocer el error de atribuir personalidad jurídica al «establecimiento» económico localizado en el foro, en lugar de hacerlo a la sociedad misma (apdo. 32 de la sentencia). Tampoco impide poner de manifiesto algunas inconsistencias del tenor literal del Reglamento europeo. Así, el centro de intereses principales, el domicilio social y el establecimiento principal son conexiones que se articulan en pie de igualdad. Cuando el legislador opta por una de ellas, en este caso, por el centro de los intereses principales, parece descartar las otras conexiones como foros de competencia, con el fin de lograr una adecuada administración del concurso y de evitar la «despatrimonialización» del procedimiento principal. Ésta se produciría si el concurso abierto en el centro de intereses principales se quedara sin activos debido a la apertura de un procedimiento territorial en el Estado donde se ubica el establecimiento principal.

3. Determinada la competencia de los tribunales del Estado del domicilio social para abrir un concurso secundario, debe analizarse la legitimación activa para solicitar dicho concurso. En este sentido, el Reglamento europeo otorga tal legitimación al administrador del concurso principal y a cualquier persona legitimada por la ley del Estado en cuyo territorio se solicita la apertura (art. 29). Pero el Tribunal considera que no es compatible con los objetivos del Reglamento europeo una normativa nacional que restrinja la legitimación para solicitar un concurso secundario a los acreedores locales establecidos en, o vinculados a, el Estado de apertura. Se generaría una discriminación indirecta por razón de la nacionalidad (apdo. 49 de la sentencia), pues, como la mayoría de acreedores residentes en un Estado miembro probablemente serán nacionales de dicho Estado, de forma tácita, se verían privilegiados por el derecho a solicitar un concurso secundario.

La consideración de la sentencia respecto de que una legitimación restringida a los acreedores locales conlleva una discriminación indirecta es acertada, aunque exagerada. Siempre y cuando el crédito se vincule al establecimiento cuya liquidación se pretende, no parece que exista tal discriminación. Además, puede sorprender que el Tribunal considere discriminatoria una legitimación restrictiva prevista por el De-

recho nacional, que es idéntica a la prevista por el propio Reglamento europeo en su art. 3.4, para otro tipo de concursos, los independientes (es decir, abiertos cuando no se ha declarado previamente un concurso principal). Ello se explica porque este concurso independiente, a diferencia del procedimiento secundario, implica una «anomalía jurídica», como es liquidar o sanear un establecimiento cuando la persona jurídica titular de éste (el deudor) no ha sido declarada insolvente. En consecuencia, en el concurso independiente, y de nuevo en contraposición con el procedimiento secundario, una legitimación restrictiva y «discriminatoria» entre acreedores es admisible en la medida en que su apertura debe limitarse a lo estrictamente indispensable (apdo. 50).

4. La sentencia concluye con un análisis de la oportunidad de apertura del concurso secundario, que, según el Tribunal, debe analizarse a la luz de la ley del foro. La ley nacional podría fijar criterios genéricos de oportunidad para cualquier concurso, pero no específicos para los procedimientos secundarios, si con ello se ven afectadas la aplicación e interpretación uniforme del Reglamento europeo de insolvencia. Más en concreto, la oportunidad podría centrarse en si el acreedor instantáneo ve mejorada su posición respecto del concurso principal o si ha obrado o no con la debida diligencia.

La aplicación de las legislaciones estatales en este punto está limitada por el respeto a las disposiciones y objetivos del Reglamento europeo y a los principios generales de la UE. El respeto a las normas legales no plantea excesivos problemas. Así, es fácilmente deducible que no pueda valorarse la oportunidad del concurso secundario en función de que concurra o no el presupuesto de insolvencia previsto por la *lex concursus*, pues ello vulneraría el art. 27 del Reglamento.

Más problemas plantean, por su vaguedad, los límites impuestos por los objetivos de la norma y por los principios del Derecho de la UE. La valoración de la oportunidad procesal en función de los objetivos del Reglamento europeo hace de difícil conciliación dos de las afirmaciones centrales del Tribunal: la protección de los acreedores locales y el límite de la no discriminación entre acreedores. Así, piénsese que un tribunal valora la oportunidad del concurso secundario en función de si los acreedores locales ya han visto satisfechos sus créditos. Según el apdo. 64 de la sentencia, podría entenderse que se trata de una discriminación contraria al Derecho de la UE, que no está prevista expresamente por disposición alguna del Reglamento europeo. Sin embargo, de conformidad con el apdo. 65, podría interpretarse que con ello se atiende al objetivo de protección de los intereses locales, máxime cuando en la Propuesta de reforma del citado Reglamento está planteado tal juicio de oportunidad.

Por último, en lo relativo a los límites impuestos por los principios del Derecho de la UE, el Tribunal se refiere expresamente al principio de cooperación leal entre los jueces de distintos Estados miembros. Este principio había sido definido en el ámbito concursal para que un procedimiento secundario de liquidación no obstaculizara el saneamiento de la empresa en un concurso principal (STJUE de 2 de noviembre de 2012, as. C-116/11, *Bank Handlowy, RED I*, 2013-9-Pr, pp. 229-233, con nota de L. CARBALLO PIÑEIRO). El problema es que, en el caso objeto de la presente sentencia, el procedimiento principal también es de liquidación y, además, lo que se cuestiona no es el «desarrollo» del concurso secundario sino su eventual apertura. No se entiende, pues, que el Tribunal se conforme con una alusión genérica al principio de cooperación leal.

Ángel ESPINIELLA MENÉNDEZ
Universidad de Oviedo

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.1.2015.3b.06>

2015-7-Pr

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.—Sumisión tácita.—Eficacia prorrogatoria de la comparecencia del representante judicial de un demandado ausente.

Preceptos aplicados: arts. 47 de la CDFUE y 24 del Reglamento 44/2001.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 5.^a), de 11 de septiembre de 2014, asunto C-112/13, A c. B y otros. Ponente: Thomas von Danwitz.

F.: curia.europa.eu.

El art. 24 del Reglamento (CE) n.º 44/2001 [...], considerado a la luz del art. 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, debe interpretarse en el sentido de que, cuando un tribunal nacional designa con arreglo a la legislación nacional un representante judicial por ausencia para un demandado al que no se ha notificado el escrito de demanda por carecer de lugar de residencia conocido, la comparecencia de dicho representante no equivale a la comparecencia del demandado ausente [...].

Nota. 1. El art. 24 RB I es un buen ejemplo de las complejidades que comporta la coordinación entre un sistema procesal fragmentario (aunque en continua expansión), como es el previsto por los instrumentos de la UE relativos al proceso civil internacional, y los Derechos procesales de los Estados miembros. La aplicación de las normas de la Unión descansa sobre las estructuras judiciales y las reglas procesales nacionales: una interdependencia que a menudo da lugar a interrogantes que requieren la intervención del Tribunal de Justicia (en adelante, TJ).

En el presente caso, varios demandantes presentaron una reclamación por daños y perjuicios ante un tribunal de Viena, por unos hechos delictivos presuntamente cometidos por el demandado (identificado como «A») en Kazajistán. A pesar de que los demandantes aseguraban que el domicilio de A se encontraba en Viena, al tratar de notificarle se comprobó que ya no estaba domiciliado allí. Al desconocerse su lugar de residencia, el tribunal procedió a designarle un representante judicial por ausencia, en aplicación del art. 116 de la Ley Procesal Civil austríaca, en virtud de la cual este tipo de representante está obligado a preservar los intereses del demandado, por lo que sus actos procesales producen los mismos efectos jurídicos que los de un representante convencional, incluyendo la facultad de comparecer en nombre del demandado ausente (apdos. 21 y 49 de la sentencia). El representante solicitó la desestimación de la demanda, pero no impugnó la competencia judicial internacional de los tribunales austríacos. Sin embargo, posteriormente un bufete de abogados designado por A intervino en el proceso para llevar a cabo dicha impugnación, oponiéndose a que la intervención del citado representante pudiera aceptarse como sumisión tácita a efectos del art. 24 RB I. La cuestión llegó hasta el Tribunal Supremo austríaco, que se dirigió al TJ para saber si el art. 24 RB I, interpretado a la luz del art. 47 CDFUE, permite otorgar efectos prorrogatorios a la comparecencia del representante judicial de un demandado al que no se ha notificado la demanda, por desconocerse su paradero.

2. Como he apuntado, se trataba de determinar hasta qué punto el Derecho procesal nacional puede infiltrarse en la configuración de los términos no expresamente definidos por el RB I: en este caso, el de «comparecencia del demandado» a efectos

del art. 24. El TJ sitúa en el pórtico de su respuesta la obligación de interpretar «el conjunto de las disposiciones del Reglamento» a la luz de los derechos fundamentales, actualmente recogidos en la Carta (apdo. 51). Significativamente, se cita el art. 47 de la Carta como garante del derecho de defensa (lo que pone el acento en los derechos de A), y no como garante del —más amplio— derecho a la tutela judicial efectiva (que obviamente asiste igualmente a los demandantes), si bien es este último derecho el que expresamente garantiza la disposición citada.

A partir de ahí, el TJ establece un dique de contención frente a la infiltración del Derecho nacional en el ámbito del RB I, retomando de su jurisprudencia una noción subjetiva: el demandado debe tomar la decisión de comparecer de modo *deliberado*. En efecto, ya en el apdo. 30 de la Sentencia *Vienna Insurance Group (REDI, 2010-6-Pr*, con nota de PARADELA AREÁN, P.) el Tribunal aceptó la prevalencia de la sumisión tácita por encima de los foros de protección en caso de que la parte débil decidiera «deliberadamente» comparecer. La idea estaba poco desarrollada, si bien la consideración del Tribunal (en el apdo. 32) sobre la conveniencia de una regla expresa que previese la necesidad de advertir al demandado débil sobre las consecuencias de su comparecencia no cayó en el olvido: se trata precisamente de la regla prevista en el art. 26.2 RB I *bis*. En el caso que estoy examinando, el Tribunal recupera la idea y señala que la sumisión tácita «se basa en una elección deliberada de las partes del litigio relativa a dicha competencia, lo que presupone que el demandado tiene conocimiento del procedimiento iniciado en su contra» (apdo. 54). El TJ subraya todos los elementos que demuestran la falta de conocimiento del procedimiento por parte del demandado, y por ende, la imposibilidad de que su «comparecencia» sea una elección deliberada: i) es un demandado ausente; ii) no se le ha notificado la demanda, y iii) ignora la existencia del procedimiento.

Queda claro que el TJ rechaza que la noción de comparecencia a efectos del art. 24 RB I sea puramente formal, o más bien ficticia, tal como prevé el Derecho austríaco. Sin embargo, queda poco claro cuál es el alcance de ese carácter «deliberado»: más allá de los supuestos en que el demandado sea la parte débil, previstos en la actualidad en el art. 26.2 RB I *bis*, ¿queda margen para que los Derechos nacionales extraigan consecuencias prorrogatorias de una comparecencia del propio demandado, si *a posteriori* éste alega que no era consciente de las consecuencias de su actuación, y por tanto no eligió de manera deliberada? La cuestión es relevante, puesto que la sumisión tácita puede verse desde dos perspectivas (VIRGÓS SORIANO, M., y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional*, Madrid, 2.ª ed., Thomson Civitas, 2007, p. 305): como una forma de manifestación de la voluntad de las partes (en la que por tanto el carácter deliberado sería relevante) o como una mera regla de preclusión de la excepción de falta de competencia judicial internacional (en la que el elemento volitivo sería irrelevante).

Por otra parte, el TJ vincula su conclusión con su jurisprudencia relativa al concepto de «rebeldía del demandado» a efectos del art. 34.2 RB I (apdo. 56): un demandado que ignora la existencia de un procedimiento en su contra debe ser considerado como rebelde a efectos de la citada disposición, aun cuando se le haya asignado de oficio un defensor. Por ende, la comparecencia de un representante judicial por ausencia no impide considerar al demandado como rebelde, obligando al tribunal a controlar de oficio su competencia en virtud del art. 26 RB I. La misma conclusión se refuerza señalando asimismo la falta de previsibilidad para el demandado de semejante mecanismo de atribución de competencia, apelando para ello al cdo. 11 del Reglamento (apdo. 57).

Para cerrar su argumentación, el TJ se ve obligado a volver sobre el art. 47 CFDUE. En su dimensión más amplia —esto es, como garante no solo del derecho de defensa, sino de la tutela judicial efectiva—, esta norma protege no solamente los derechos del demandado, sino también los del actor. Los demandantes alegaban que el mutismo de A respecto de su domicilio actual podía conducirles a una situación de denegación de justicia, por lo que debía garantizárseles el derecho a interponer una demanda, permitiendo otorgar efectos de prórroga a la comparecencia del representante. El TJ señala que, en los asuntos en los que había hecho valer el derecho a la tutela judicial del demandante para permitir usar el Reglamento respecto de demandados ausentes y con domicilio desconocido (*Hypoteční banka*, C-327/10, *REDI*, 2012-5-Pr, con nota de CUNIBERTI, G., y G, C-292/10, *REDI*, 2012-18-Pr, con nota de CORDERO ÁLVAREZ, C. I.), había subrayado que ello no iba en perjuicio del derecho del demandado a oponerse al reconocimiento de la sentencia con base en el art. 34.2 RB I, puesto que se le consideraba en rebeldía. Sin embargo, en caso de aceptar que los actos del representante judicial por ausencia tuvieran eficacia prorrogatoria a efectos del art. 24 RB I se eliminaría la posibilidad de que el demandado se acogiese posteriormente al mecanismo de salvaguarda del art. 34.2 RB I; el TJ, en consecuencia, utiliza este extremo como un argumento más en contra de la posibilidad de permitir que la comparecencia de un representante de este tipo sea considerada como una sumisión tácita a efectos del Reglamento (apdo. 60).

3. Entiendo que el TJ da una respuesta acertada a la pregunta planteada, si bien —como ya he señalado— la exigencia de una elección *deliberada* por parte del demandado puede suscitar problemas en ulteriores casos. Sea como sea, el caso pone de relieve la compleja imbricación entre el Reglamento y los Derechos procesales de los Estados miembros. De modo similar, la sentencia se ocupa de la interpretación del art. 267 TFUE y de las relaciones entre el TJ y los tribunales nacionales, y más concretamente de la compatibilidad de los sistemas de control concentrado de constitucionalidad (incluyendo en el bloque de constitucionalidad los derechos derivados de la Carta) con las obligaciones que el art. 267 TFUE impone a los órganos jurisdiccionales nacionales: véanse al respecto los apdos. 28 a 46 de la sentencia, así como su análisis en 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 prejudicial», *La Ley. Unión Europea*, 2014, núm. 20, pp. 5-14, pp. 6-9.

Crístian ORÓ MARTÍNEZ
Max Planck Institute Luxembourg
for International, European and Regulatory Procedural Law
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.1.2015.3b.07>

2.4. Reconocimiento y ejecución de resoluciones

2015-8-Pr

RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES: EL ORDEN PÚBLICO COMO MOTIVO DE DENEGACIÓN.—Reglamento 44/2001.—Ámbito de aplicación.—Materia civil y mercantil.—Demanda de indemnización por la infracción del Derecho de la competencia.—Competencias exclusivas.—Concepto de litigio en materia de sociedades y de personas jurídicas.—Orden público del Estado requerido.

Preceptos aplicados: arts. 1.1, 22.2 y 34.1 del Reglamento 44/2001.

REDI, vol. 67 (2015), 1

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 23 de octubre de 2014, asunto C-302/13, *flyLAL-Lithuanian Airlines AS, en liquidación c. Starptautiskā lidosta Rīga VAS, Air Baltic Corporation AS*. Ponente: Camelia Toader.

F.: *curia.europa.eu*.

1) *El art. 1, apartado 1, del Reglamento (CE) n.º 44/2001... debe interpretarse en el sentido de que una acción como la controvertida en el litigio principal, mediante la que se pretende obtener la indemnización de los daños y perjuicios derivados de supuestas violaciones del Derecho de la Unión en materia de competencia, está comprendida en el concepto de «materia civil y mercantil» en el sentido de esta disposición y, está, por tanto, incluida en el ámbito de aplicación de dicho Reglamento.*

2) *El art. 22, punto 2, del Reglamento n.º 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que una acción como la controvertida en el litigio principal, mediante la que se pretende obtener la indemnización de los daños y perjuicios derivados de supuestas violaciones del Derecho de la Unión en materia de competencia, no constituye un procedimiento relativo a la validez de las decisiones de los órganos de sociedades...*

3) *El art. 34, punto 1, del Reglamento n.º 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que ni el método de cálculo del importe de las sumas a las que se refieren las medidas provisionales y cautelares adoptadas mediante una resolución cuyo reconocimiento y ejecución se solicitan, cuando es posible seguir el razonamiento que llevó a la fijación del importe de las sumas y existían vías de recurso para impugnar tal método de cálculo de las cuales se hizo uso, ni el mero hecho de invocar consecuencias económicas graves, constituyen motivos que demuestren que se ha violado el orden público del Estado requerido.*

Nota. 1. Aunque surgida de un litigio en una materia en pleno desarrollo, como son las reclamaciones de indemnización por los daños y perjuicios derivados de la infracción del Derecho de la competencia, la Sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de octubre, *flyLAL*, C-320/13 presenta especial interés en relación con la interpretación del orden público como motivo de denegación del reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en el marco del Reglamento Bruselas I (y del Reglamento Bruselas I bis, en la medida en que su art. 45.1 reproduce en lo sustancial el art. 34.1 RBI con respecto al orden público).

Previamente, cabe reseñar que el Tribunal de Justicia aclara que las demandas de daños derivados de la infracción del Derecho de la competencia en las peculiares circunstancias del caso litigioso constituyen «materia civil y mercantil» en el sentido del art. 1 RBI (y RBI *bis*). Esta constatación resulta determinante tanto de la aplicación de sus reglas de competencia, especialmente en esta materia sus arts. 2 (4 RBI *bis*) y 5.3 (art. 7.2 RBI *bis*) (aunque también otras normas podrían llegar a ser relevantes, como las relativas a pluralidad de demandados, prórroga de competencia o medidas provisionales), como de la aplicación de su régimen de reconocimiento y ejecución de resoluciones. Precisamente, el litigio principal iba referido al reconocimiento y ejecución en Letonia de una medida provisional y cautelar de embargo preventivo de ciertos bienes adoptada por un tribunal lituano en el marco de una controversia acerca de la indemnización por los daños y perjuicios derivados de ciertas infracciones del Derecho de la competencia.

2. Con base en la idea plasmada ya en su jurisprudencia previa, en el sentido de que permitir la utilización de instalaciones aeroportuarias a cambio del pago de una tasa constituye una actividad de carácter económico, el Tribunal entiende que

esa actividad da lugar al establecimiento de relaciones jurídicas que forman parte efectivamente de la materia civil y mercantil (apdo. 33). En síntesis, el Tribunal considera que la calificación como «materia civil y mercantil» de las demandas de daños derivados de la infracción del Derecho de la competencia no resulta alterada por la circunstancia de que la supuesta infracción del Derecho de la competencia derive de disposiciones jurídicas de un Estado miembro (como las relativas a la fijación de tasas aeroportuarias) ni por el hecho de que dicho Estado sea titular del 100 por 100 y del 52,6 por 100 del capital de las empresas demandadas (apdo. 34). Destaca a este respecto el Tribunal que dicho Estado (Letonia) no ejercía en este caso prerrogativas de poder público, que las empresas en cuestión se comportaban en el mercado como cualquier otro operador económico y que la demanda iba referida a actos realizados por particulares (apdo. 37).

3. Poco controvertida parece la respuesta del Tribunal a la segunda cuestión que le había sido planteada, en el sentido de que una acción mediante la que se pretende obtener la indemnización de los daños y perjuicios derivados de supuestas violaciones del Derecho de la Unión en materia de competencia, no constituye un procedimiento relativo a la validez de las decisiones de los órganos de sociedades a los efectos de la norma sobre competencia exclusiva del art. 22.2 RBI (art. 24.2 RBI *bis*). La duda al respecto derivaba para el órgano remitente de que la controvertida reducción de las tasas se aplicaba por medio de decisiones adoptadas por órganos de sociedades mercantiles. Como es conocido, esa regla atribuye competencia exclusiva únicamente «en materia de validez, nulidad o disolución de sociedades y personas jurídicas, así como en materia de validez de las decisiones de sus órganos». Al igual que el resto de las competencias exclusivas, el art. 22.2 RBI *bis* debe ser objeto de interpretación restrictiva, de modo que no parece controvertido que demandas cuyo objeto es la reclamación de los daños y perjuicios de supuestas infracciones del Derecho de la competencia (susceptibles de ser subsumidas en la regla de competencia especial del art. 5.3 RBI —art. 7.2 RBI *bis*—) quedan al margen de dicha competencia exclusiva. Esta circunstancia resulta en la práctica determinante de que la demanda pueda ser interpuesta, a elección del demandante, ante los tribunales del domicilio del demandado (arts. 2 RBI y 4 RBI *bis*) u otros que pudieran resultar competentes en virtud de otras reglas relevantes en esta materia, como el propio art. 5.3 RBI. La respuesta negativa a esta segunda cuestión lleva al Tribunal a no pronunciarse sobre la tercera en la que se le consultaba sobre el alcance de la obligación del órgano al que se solicita el reconocimiento de verificar que concurren las circunstancias del art. 35.1 RBI *bis*, como es el que no se hayan desconocido las normas sobre competencias exclusivas del art. 22 RBI en la resolución extranjera cuya eficacia se pretende. En todo caso, cabe reseñar que en relación con los supuestos en los que se solicita la ejecución, el art. 41 RBI establece: «Se otorgará inmediatamente la ejecución de la resolución una vez cumplidas las formalidades previstas en el artículo 53, sin proceder a ningún examen de acuerdo con los artículos 34 y 35».

4. Con respecto al significado de la cláusula de orden público en el marco del RBI (y RBI *bis*), la sentencia *flyLAL* proporciona en primer lugar una síntesis de su jurisprudencia previa, de la que, como es conocido, resulta que si bien no corresponde al Tribunal de Justicia definir el contenido del concepto de orden público de un Estado miembro, pues los Estados tienen libertad al respecto, sí corresponde al Tribunal de Justicia «controlar los límites dentro de los cuales los tribunales de un Estado miembro pueden recurrir a este concepto para no reconocer una resolución dictada por un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro» (apdo. 47). A la hora de fijar esos límites, la sentencia *flyLAL* resulta de interés especialmente en relación con dos aspectos.

Por una parte, el Tribunal se pronuncia con respecto a la concreción de la eventual vulneración del deber de motivación del cálculo de las sumas a las que van referidas las medidas provisionales y cautelares cuyo reconocimiento se pretende, como determinante de la violación de los principios elementales del proceso equitativo. Considera el Tribunal que no puede operar el orden público por ese motivo cuando, teniendo en cuenta el procedimiento considerado en su globalidad y a la luz del conjunto de las circunstancias pertinentes «es posible seguir el razonamiento que llevó a la fijación del importe de las sumas en cuestión» y existían vías de recurso para impugnar el cálculo de las que se hizo uso (apdo. 53). Por otra parte, el Tribunal rechaza la posibilidad de utilizar el orden público como motivo de denegación del reconocimiento con base en las consecuencias económicas de que determinados bienes de los demandados en el litigio principal queden sometidos a vigilancia en virtud de las medidas provisionales. En definitiva, el Tribunal afirma que el mero hecho de invocar consecuencias económicas graves no constituye una violación del orden público del Estado requerido (apdo. 58) y reitera el criterio del abogado general en el sentido de que el concepto de orden público «pretende proteger intereses jurídicos expresados en una norma jurídica y no intereses puramente económicos» (como sería el caso del riesgo de un perjuicio financiero derivado de la no recuperación de las medidas de afianzamiento). De hecho, el abogado general se mostró también reticente a que pueda admitirse una vulneración del orden público por el riesgo de quebranto económico del Estado, con base en que «las consideraciones económicas son esencialmente ajenas a los planteamientos del orden público» (apdo. 87 de las Conclusiones).

5. En todo caso, el criterio adoptado en esta sentencia y su vinculación con el carácter excepcional del orden público no impide apreciar que el mecanismo del orden público —aunque típicamente al margen del ámbito territorial propio del Reglamento Bruselas I— puede ser determinante en circunstancias excepcionales del no reconocimiento de una resolución extranjera, por ejemplo, en atención al fundamento de dicha resolución para fijar la indemnización de los daños y perjuicios y a las consecuencias a las que en el caso concreto hubiera conducido la aplicación de sistema de responsabilidad basado en principios incompatibles con los que inspiran el ordenamiento del Estado requerido.

Aunque en relación con medidas diferentes a las que eran objeto de reconocimiento en el litigio principal y en el marco de un instrumento que no será aplicable al reconocimiento recíproco de resoluciones entre Estados de la UE, resulta ilustrativo el art. 11 del Convenio de La Haya sobre acuerdos de elección de foro de 2005, en relación con la concesión de daños excesivos, derivados, por ejemplo, de daños y perjuicios ejemplares o punitivos y la posibilidad de denegar su reconocimiento. Ahora bien, al igual que sucede en general con el mecanismo del orden público, se impone una interpretación restrictiva de esta posibilidad, como se desprende de la redacción del mencionado art. 11, que limitará su aplicación a situaciones excepcionales.

Pedro Alberto DE MIGUEL ASENSIO
Universidad Complutense

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.1.2015.3b.08>

3. PRÁCTICA ESPAÑOLA: DERECHO JUDICIAL INTERNACIONAL

3.1. Competencia judicial internacional

2015-9-Pr

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.—Contrato individual de trabajo.—Despido improcedente.—Dispersión de los elementos del contrato.—Incompetencia de los Tribunales españoles.

Preceptos aplicados: art. 25 LOPJ; art. 10.1 Ley Reguladora de la Jurisdicción Social; art. 6 Convenio de Roma de 19 de junio de 1980.

Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1.^a), de 17 de enero de 2014. Ponente: Miguel Ángel Sánchez Burriel.

F.: Aranzadi Westlaw, JUR/2014/49461.

De los hechos resumidamente expuestos se desprende que tanto el contrato de trabajo de los demandantes como la prestación de servicios para la demandada presenta vínculos más estrechos con las Bahamas que con el país (España) de la prestación de servicios [...] que si bien las partes, por la nacionalidad de las mismas y su falta de domiciliación en la Comunidad Europea, no les resulta de aplicación el art. 6 del Convenio de Roma de 19.6.1980 [...] declaramos la falta de competencia de los órganos judiciales sociales españoles.

Nota. 1. La enorme dispersión de los hechos en la base de este supuesto litigioso confunde al juzgador al resolver el recurso presentado por la empleadora en un contrato de trabajo contra la resolución de instancia por la que se declaraba improcedente el despido de una pareja contratada como empleados del hogar y que prestaba sus servicios temporalmente, en apariencia, en la provincia de Barcelona. De los hechos probados se desprende, por una parte, que las partes ostentaban todas la nacionalidad colombiana; además, el contrato había sido celebrado en Bahamas, donde todos habían sido residentes, estando los empleados de alta en el sistema de seguridad social de aquel país, aunque percibían su retribución salarial en una cuenta domiciliada en Colombia. Trasladados a España, ambas partes estaban alojados en pisos de alquiler y aquí prosigue el cumplimiento del contrato durante cinco meses más —octubre de 2011 a abril de 2012—. No consta la existencia de cláusula de jurisdicción o ley aplicable en el contrato de trabajo. Pese a ser España el lugar de cumplimiento de la prestación laboral, que da lugar al despido declarado improcedente por el Juzgado de lo Social núm. 10 de Barcelona, el Tribunal Superior acepta el motivo principal esgrimido por la demandante en el recurso, centrado en la falta de vinculación de la situación con España, declarando así la incompetencia de los Tribunales españoles y anulando la sentencia de instancia.

En la sentencia en análisis emergen dos cuestiones sobre las que se puede discrepar ampliamente pero que nos limitaremos a apuntar.

2. En primer lugar, no se puede compartir la idea de incompetencia de los Tribunales españoles en este caso. Es cierto que la ausencia de domicilio o sucursal en territorio de la UE unido a la nacionalidad extranjera que ostentan las partes, la celebración del contrato e incluso el alta de los empleados en un sistema de seguridad social extranjero, conducen a una localización parcial de la situación con el ámbito de

terceros Estados. O como afirma el juzgador, que «tanto el contrato de trabajo de los demandantes como la prestación de servicios para la demandada presenta vínculos más estrechos con Las Bahamas que con el país (España) de prestación de servicios a la fecha de despido». Pero la nacionalidad extranjera es un dato irrelevante en el ámbito contractual internacional y más aún en esta modalidad contractual, dominada por el principio de no discriminación (ZABALO ESCUDERO, E. «Flexibilización y materialización en la regulación del contrato internacional de trabajo», *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor J. D. González Campos*, Madrid, 2005, t. II, p. 1819). Asumamos también que a pesar de que la parte demandada posea un piso de alquiler en España, no sea este elemento de peso suficiente como para activar, bien la regulación europea en la materia —Reglamento 44/2001— pues la «vinculación europea» de la situación es ciertamente débil, bien la competencia de los Tribunales españoles conforme al art. 22 LOPJ coincidente con la regla tercera del art. 25 relativo a la competencia en el orden social.

Pero el *lugar de cumplimiento del trabajo* resulta ser el criterio central de asignación de la competencia judicial internacional en este tipo de contratos. Así se recoge en la regla primera del art. 25 LOPJ y en la regla primera del art. 10.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción social; también en el marco del Reglamento 44/2001 así como en el nuevo RB I *bis*. Como es sabido, obedece a una finalidad de protección del trabajador, ahorrándole los costes consustanciales al acceso a la justicia ante una jurisdicción diferente de aquella en la que presta sus servicios. Responde a las expectativas del trabajador; asegura su protección en las mismas condiciones que los demás trabajadores en ese mercado, y la protección le vendrá dada por el derecho imperativo y en general por los convenios colectivos. También por una razón de proximidad pues, como afirmó el TJ en su sentencia en el asunto 37/00, *Weber*, «el juez del lugar en el que debe cumplirse la obligación del trabajador de ejercer las actividades convenidas es el más apto para resolver los litigios a los que pueda dar lugar el contrato de trabajo». Plantea en no pocos supuestos el problema de concreción del lugar de trabajo, dados las múltiples modalidades de movilidad internacional de los trabajadores. En el presente caso, simplemente hay un cambio del lugar del cumplimiento del trabajo, originariamente en Bahamas y por último en España, país al que se habían desplazado ambas partes. El lugar de cumplimiento del trabajo sólo puede ser el coincidente con aquel en el que se presta el servicio en el momento de la presentación de la demanda —porque la relación laboral no había concluido hasta el momento del despido—, esto es, el territorio español. Es esta jurisdicción la que mejor puede apreciar el cumplimiento de la prestación y la que satisface las expectativas de tutela del trabajador. Enfocado así, se habría permitido activar la competencia de los Tribunales españoles como parece que lo entendió el juzgador de instancia. No ha sido así y al «dejar sin efecto el pronunciamiento de la sentencia de instancia» se genera una situación real de indefensión para los trabajadores demandantes: concluida su relación laboral ¿tienen que regresar a Bahamas para interponer allí la demanda por ser el país donde se celebró el contrato y constar en el régimen de seguridad social? No es una alternativa realista ni factible. Además, la vinculación actual de los demandantes con Bahamas es probablemente nula.

3. Mucho más sorprendente resulta la argumentación del Tribunal Superior, al involucrar la competencia judicial y el Derecho aplicable. Con la finalidad de reforzar la idea de falta de vinculación del contrato con el ámbito jurisdiccional español, el juzgador recurre al criterio de los «vínculos más estrechos» contemplado en el art. 6 *in fine*, del Convenio de Roma de 1980, citando en apoyo cierta jurisprudencia del TJUE —un primer *lapsus* pues lo correcto habría sido acudir al instrumento actualmente en vigor, el Reglamento 593/2008, de 17 de junio, sobre ley aplicable a las obligaciones

contractuales, que contempla el criterio de los vínculos más estrechos en el contrato individual de trabajo en sede del art. 8.4— para descartar la competencia de los Tribunales españoles en favor de aquel en el que «realiza habitualmente su trabajo». Como es sabido, dicha cláusula opera en el ámbito de la ley aplicable y permite a la autoridad judicial descartar el Derecho inicialmente designado por los criterios precedentes en esa misma norma de conflicto. Pero como tal, no sirve para modificar la competencia judicial internacional —aunque el TJ haya seguido una argumentación en esos términos—, en la concreción del foro del art. 5.1 CB en materia de contrato de trabajo en supuestos muy diferentes del presente caso, en el mismo as. *Weber* y en el as. 383/95, *Rutten* (MICHINEL ÁLVAREZ, M. A., «Sobre la determinación del lugar de trabajo habitual como foro de competencia en el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968», *La Ley. Unión Europea*, núm. 5836, 31 de julio de 2003). ¿Otro *lapsus* o una confusión de planos? Además, si en la asignación de competencia judicial el objetivo es que conozca la autoridad geográficamente más próxima a la cuestión litigiosa, en ese mismo ámbito de protección la determinación de la ley aplicable no está presidida por la idea de proximidad sino por una finalidad de justicia material [GARDEÑES SANTIAGO, M. «Aplicabilidad de las leyes de policía laboral y libre prestación de servicios en la UE», *La Ley. Jurisprudencia* (1), 2001, D-30, pp. 1797 y ss.]. En fin, una argumentación errónea que confiemos no se reproduzca en litigios venideros. Deja a los trabajadores desprovistos de cualquier vía razonable de acceso a los tribunales, derecho fundamental por excelencia.

Mónica GUZMÁN ZAPATER
UNED

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.1.2015.3b.09>

2015-10-Pr

CONTRATO DE COMPRAVENTA DE BIENES INMUEBLES.—Calificación del contrato como compraventa o de cesión.—Levantamiento del velo social.—Enriquecimiento injusto.—Competencia judicial internacional. Ley aplicable.

Preceptos aplicados: arts. 2, 22 y 5.1.a) Reglamento 44/2001; 38 y 456 Ley de Enjuiciamiento Civil.

Sentencia de Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15.^a, de 28 de enero de 2014. Ponente: J. M.^a Ribelles Arellano.

F: Aranzadi Westlaw, JUR 2014/55269.

En cuanto a la falta de competencia, hemos de realizar dos consideraciones previas. En primer lugar, aunque las partes aluden a la «falta de competencia territorial» de los tribunales españoles, cuando se invoca que el asunto ha de resolverse por los órganos jurisdiccionales de otro país —en este caso, de Bulgaria—, el problema es de competencia internacional, que ha de analizarse de oficio (art. 38 de la LEC), conforme a lo dispuesto en la LOPJ y en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte. Todo ello sin perjuicio de que el demandado denuncie la falta de competencia mediante declinatoria.

En segundo lugar, no podemos desconocer, en el enjuiciamiento de la cuestión, que la falta de competencia se predica sólo de una de las dos acciones acumuladas. Pues bien, dado que la demandante no tiene la consideración de consumidor, las partes no discuten la aplicación al caso del Reglamento CE 44/2001 [...]. En términos generales, el art. 2 dispone que «salvo lo dispuesto en el presente Reglamento, las personas domiciliadas

en un Estado miembro estarán sometidas, sea cual fuere su nacionalidad, a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado». Ahora bien, el art. 5.1º, apdo. a) permite, en materia contractual, que las personas domiciliadas en un Estado miembro sean demandadas ante el tribunal de otro Estado miembro «en el que hubiera sido o debería ser cumplida la obligación que sirve de base a la demanda». Es este el caso de la demanda que nos ocupa. Resueltos los contratos, la actora ejercita una acción de reclamación de cantidad que debe ser cumplida en España. En modo alguno es aplicable el art. 22, que fija como competencia exclusiva, sin consideración del domicilio, en materia de derechos reales inmobiliarios, los tribunales del Estado miembro donde el inmueble se hallare inscrito. Por todo ello, debemos confirmar el criterio del juez a quo que desestimó la excepción de falta de competencia internacional.

SEXTO.—*La apelante dedica la alegación segunda de su recurso a sostener que la controversia ha de resolverse de acuerdo con la Legislación Búlgara sobre Obligaciones y Contratos, pretensión que rechazamos de plano por dos motivos. En primer lugar, porque se trata de una cuestión nueva, que no se suscitó en primera instancia y, por tanto, que no podemos enjuiciar en esta alzada (art. 456 de la LEC). En segundo lugar y lo que es más importante, por cuanto la recurrente no alega, ni mucho menos prueba, un Derecho aplicable distinto al español. La aplicación del derecho extranjero es una cuestión de hecho que corresponde alegar y probar a la parte que lo invoca. En este caso, la cesión del contrato de compraventa, a juicio de las demandadas, habría operado, no por establecerlo así algún precepto —desconocido, pues no se cita— del Ordenamiento búlgaro, sino por haberlo autorizado el vendedor en el contrato preliminar de compraventa.*

Nota. 1. La frustración de una operación inmobiliaria en Bulgaria llega hasta la AP de Barcelona. La española Sofamel S. A., concluyó en 2006 cuatro contratos con una sociedad búlgara, Europea LDT, que tenían por objeto cuatro apartamentos sitos en Sofía (Bulgaria). Según consta en los contratos, la primera interviene como compradora y la segunda como vendedora manifestando que es propietaria por razón de contrato de compraventa suscrito con el constructor. Se indica que las dos sociedades «de común acuerdo suscriben el siguiente contrato de cesión de los derechos de compraventa» sobre los inmuebles por el precio convenido, afirmación reiterada en la estipulación tercera. Una vez suscritos, Sofamel paga una primera cantidad a Gestitran Soluciones S. L., sociedad española que comparte administrador con Europea que recibe otros abonos. Pendiente el último, la constructora búlgara Conap Real Estate ODD vende los inmuebles a un tercero ante lo que Sofamel da por rescindidos los contratos y solicita, entre otras cuestiones, la devolución de las cantidades pagadas a las dos compañías citadas, condenadas en primera instancia. En apelación se reiteran las excepciones de falta de competencia territorial, de litisconsorcio pasivo necesario y de calificación del contrato ya que el juzgado entiende que es una compraventa de cosa futura y las condenadas de cesión de derechos de compraventa. El tribunal de apelación resuelve el asunto con muy poca fortuna desde el punto del DIPr, cuyos problemas aborda primero, sin atender al impacto que la calificación de los contratos pueda tener en la solución de los mismos. A estos efectos, confirma la posición del juzgado de instancia realizada *ex lege fori* (art. 12.1 CC), pero absuelve a Gestitran ya que no es parte en los contratos.

Con estos mimbres se examina a continuación (2) la cuestión de competencia judicial internacional, correctamente abordada al reconducir la excepción de incompetencia territorial de los apelantes a su justa denominación y aplicar el art. 5.1.a) del Reglamento 44/2001 (en adelante, RB I). Sin embargo, el precepto no se aplica correctamente ya que el tribunal se evade de la cuestión de ley aplicable, necesaria para

establecer qué tribunal es competente. Es más, la apelante funda su recurso en la legislación civil búlgara, pero el tribunal rechaza entrar en su consideración aduciendo que ley aplicable es una cuestión nueva en los términos del art. 456 de LEC, ignorando el carácter imperativo de la norma de conflicto y la condición de derecho del Derecho extranjero; en todo caso, evita su examen en tanto que no ha sido probado (3). El dato de que Gestitran sea absuelta exige examinar qué pasos hubieran sido los correctos para lograr el abono a ella realizado sin que conste causa para ello, esto es, ley aplicable a un posible levantamiento del velo social o al enriquecimiento injusto (4).

2. Dado que una de las demandadas parece tener domicilio en España, el art. 6.1 RB I serviría a concentrar el caso frente a ambas en Barcelona. Su enfoque lleva, sin embargo, a descartar el foro del domicilio del demandado y recurrir al art. 5.1.a) RB I para fundar la competencia de los tribunales españoles, cuya letra b) no es aplicable dado que no es objeto del contrato una mercadería. La aplicación del precepto exige esclarecer cuál es la «obligación que sirve de base a la demanda»: la devolución de lo pagado ya que se pretende la rescisión de los contratos y la restitución de las prestaciones realizadas. Hasta aquí llega el tribunal, pero no concreta la segunda parte de la aplicación del precepto, dónde se ha de pagar. Un pacto contractual serviría a estos efectos, pero como no se dice nada, ha de aplicarse la doctrina *Tessili*: determinar la ley aplicable al contrato para averiguar cuál sea ese lugar (véase STJ de 6 de octubre de 1976, As. 12/76, *Tessili c Dunlop, Rec.*, 1976, pp. 1473-1495). Calificado de compraventa y en defecto de elección de ley, el art. 4.3 del Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (aplicable a este caso por cuestiones temporales) nos remite a la ley del país donde está sito el inmueble, por lo que habría que buscar en el Código Civil búlgaro el lugar de pago, si en el domicilio del vendedor o en el del comprador. La misma ley sería la aplicable si el contrato hubiera sido calificado de cesión de derechos, puesto que el art. 12.1 CR remite al art. 4 y a la ley de la residencia habitual de quien asume la prestación característica.

3. La AP, sin embargo, se apunta a la tesis de que el Derecho extranjero es un hecho, lo cual no se ajusta al art. 12.6 CC para el que la norma de conflicto es de carácter imperativo; el Derecho extranjero puede, por tanto, ser traído al proceso en cualquier momento. Ello también debiera implicar su averiguación y aplicación de oficio, si bien es conocida la interpretación del art. 281.2 LEC que defiende que corresponde a las partes probar el contenido y vigencia del Derecho extranjero. En el contexto de integración europea, esta última afirmación tiene graves consecuencias si se toma en consideración que se deja de aplicar un Reglamento cuyo fundamento es la cooperación jurídica en materia civil y mercantil con el objetivo de coadyuvar al buen funcionamiento del mercado interior evitando el *forum shopping* (art. 81 TFUE). Ignorar las normas de conflicto europeas a través del expediente de la prueba del Derecho extranjero va en contra de su eficacia directa y, en definitiva, de los procesos de armonización emprendidos a esa escala [véase ESPLUGUES, C., «General Report on the Application of Foreign Law by Judicial and Non-Judicial Authorities in Europe», ESPLUGUES, C., IGLESIAS, J. L. y PALAO, G. (eds.), *Application of Foreign Law*, Munich, Sellier, 2011, pp. 3-94, p. 6].

4. Gestitran es absuelta en apelación ya que no es parte en los contratos resueltos. Pero está acreditado que recibió un pago y no consta que lo transfiriera a Europea. Aparte de recurrir al levantamiento del velo, Sofamel hubiera debido demandar a Gestitran en España (art. 2 RB I), alegando enriquecimiento injusto. El art. 10.1 del Reglamento Roma II indica que el mismo se somete a la ley aplicable a la relación existente entre las partes, relación que aquí no consta a menos que se intente el levantamiento del velo. Ciertamente y aunque sólo respecto al administrador común

a ambas empresas, esta última petición consta en instancia y no hubiera sido desafortunado que la Audiencia hubiera reconducido la solicitud de la demandante, aquí recurrida, a este punto si se tiene en cuenta que el art. 400.1 LEC impide nuevo proceso contra la absuelta. A estos efectos, el tribunal hubiera podido echar mano de la *lex fori* dado el origen jurisprudencial de la doctrina. En todo caso, el art. 10.2 autoriza acudir a la ley de la residencia habitual común de las partes cuando se produce el hecho que da lugar al enriquecimiento, esto es, la ley española, también la ley del lugar donde se produce el mismo según el apdo. 3 del mismo precepto por lo que entiendo que no cabría echar mano de la cláusula de escape del apdo. 4 para intentar aplicar la ley rectora de los contratos en cuyo origen está el pago realizado. En definitiva, desafortunados planteamientos del caso por ambas partes e intervención del tribunal que revelan lo que todavía queda por avanzar en la correcta implementación de los instrumentos de la Unión Europea.

Laura CARBALLO PIÑEIRO

Universidade de Santiago de Compostela

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.1.2015.3b.10>

2015-11-Pr

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.—Falta de competencia de los tribunales españoles.—Contrato de trabajo entre empresa domiciliada en Reino Unido y trabajadora española para prestar servicios en Londres.—No se aprecia grupo de empresas a efectos laborales.—Conexidad.

Preceptos aplicados: arts. 19, 27 y 28 del Reglamento CE 44/2001.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social, Sección 6.ª) núm. 488/2014, de 9 de junio. Ponente: Benedicto Cea Ayala.

F.: Aranzadi Westlaw, AS/2014/2302.

Conforme dispone el art. 19 del Reglamento 44/2001, los empresarios domiciliados en un Estado miembro podrán ser demandados, bien ante los tribunales del Estado en que estuviesen domiciliados, o bien en otro Estado miembro, que podrá ser, bien el tribunal del lugar en que el trabajador desempeñase habitualmente su trabajo, o bien 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, podrá demandar ante el tribunal del lugar en que estuviere o hubiere estado situado el establecimiento que hubiere empleado al trabajador. [...] falta de jurisdicción de los tribunales españoles [...] por tratarse de una entidad distinta y separada de aquella otra [...].

[...] no se dan en autos los puntos de conexión que con arreglo al citado art. 19 del Reglamento, en relación a su vez con el art. 25.1 LOPJ —[...]— comporten la atribución de la competencia para conocer de la demanda planteada a los tribunales españoles [...] el Reglamento 44/2001 prevalece sobre el citado art. 25.1º LOPJ.

[...] debe concluirse que los órganos jurisdiccionales españoles no tienen competencia para resolver la presente controversia, lo que no es óbice, de conformidad a lo dispuesto en los arts. 27 y 28 del Reglamento, a que sean los tribunales españoles los que deban pronunciarse en 1.º lugar sobre la competencia, al haberles correspondido la demanda que fue presentada en 1.º lugar, pues ello no excluye que los tribunales españoles, una vez examinadas las circunstancias de esa 1.ª demanda, concluyan que no son competentes para conocer de la misma.

REDI, vol. 67 (2015), 1

Nota. 1. La resolución declara la incompetencia de los tribunales españoles para juzgar la demanda interpuesta por una trabajadora española frente al Banco Santander Central Hispano, S. A. (Banco Santander) y el Banco Santander, S. A. London Branch (Banco Santander sucursal en Londres) por una reclamación de despido. Se trata de un asunto complejo, resuelto por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid por medio de una argumentación que a veces puede resultar un tanto difusa. Tras una breve exposición de los hechos, en las próximas líneas se van a esclarecer los fundamentos jurídicos, cuyo razonamiento desde mi punto de vista debe centrarse en la localización del domicilio del empresario demandado por la trabajadora, lugar en función del cual se establece la competencia judicial internacional en este supuesto.

2. La trabajadora comenzó su actividad laboral en el Banco Santander de Madrid y se trasladó por motivos personales a Reino Unido, donde prestó servicios en la sucursal de Londres hasta que se extinguió su relación laboral por el cierre del centro inglés. La empleada interpuso demanda por despido improcedente ante los juzgados españoles y unos días después ante los ingleses; ambos órganos jurisdiccionales se declararon competentes pero el inglés suspendió el procedimiento tras apreciar conexidad. El procedimiento en España dio lugar a una sentencia que desestimó la demanda de despido, decisión que recurrieron la demandante —por considerar que debía condenarse al Banco Santander, a su juicio el verdadero empresario— y también una de las codemandadas —Banco Santander sucursal en Londres— por entender que los tribunales españoles no son competentes para conocer sobre este asunto.

3. El Tribunal Superior establece de forma acertada que el Reglamento Bruselas I CE/44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000 (RBI), es la norma que determina la competencia judicial internacional en estos supuestos y prevalece sobre el art. 25.1 LOPJ. Se plantea, por un lado, identificar el foro competente y, por otro, un supuesto de conexidad. Sobre este último extremo no existe controversia y, de conformidad a lo dispuesto en los arts. 27 y 28 RBI, los tribunales ingleses suspendieron el procedimiento hasta que se pronunciaran los españoles, ya que la demanda fue presentada en primer lugar ante estos últimos. En cuanto al foro competente, el art. 19 del RBI señala que los empresarios domiciliados en un Estado miembro podrán ser demandados ante los tribunales del Estado en que estuviesen domiciliados o en otro Estado miembro, que podrá ser: el tribunal del lugar en que el trabajador desempeñase habitualmente su trabajo o el tribunal del último lugar en que lo hubiere desempeñado. Si el trabajador no hubiese desempeñado habitualmente su trabajo en un único Estado, podrá demandar ante el tribunal del lugar en que estuviese el establecimiento que empleó al trabajador. Este último foro es desechado por considerar que no se desempeñó actividad laboral en varios Estados miembros.

4. El lugar en el que habitualmente desempeñaba la trabajadora su actividad coincide en el último sitio en el que la desempeñó, Londres. Así pues, la duda se plantea en identificar el lugar en el que está domiciliado el empresario. Considera el juzgador de instancia que es Madrid y, por tanto, que el trabajador tenía opción de demandar ante los juzgados patrios —por domicilio— y ante los ingleses —por lugar de prestación de los servicios—. La resolución de instancia se pronuncia en este extremo en consonancia con lo afirmado por la trabajadora: que Banco Santander y su sucursal en Londres son una única empleadora y que los juzgados españoles son competentes.

5. En contraposición, el TSJ afirma que el domicilio de la sucursal es Londres y Banco Santander es otra empresa independiente. Sin embargo, no hace referencia alguna a dos cuestiones clave: la primera es el concepto de domicilio del RBI y la segunda la posibilidad de que estas entidades hayan actuado bajo una apariencia de perso-

nalidad jurídica diferente para eludir los deberes laborales de la auténtica empleadora. En cuanto a la primera de las cuestiones, el domicilio, se trata de un concepto autónomo de la norma institucional, que en su art. 60 establece que será su sede estatutaria, el lugar donde tenga su administración central o el país donde se ubique su centro de actividad principal. En el supuesto que nos ocupa —una sucursal bancaria— la administración central podría hallarse en el lugar en que la empresa matriz tiene su sede.

6. Para mayor abundamiento, se desprende de la jurisprudencia del TJ que las disposiciones en materia de contratos de trabajo del RBI deben interpretarse teniendo en cuenta la necesidad de garantizar una protección adecuada al trabajador como parte contratante más débil (por todas, STJ de 10 de abril de 2003, en el asunto C-437/00, *Pugliese*), lo que incluso ha llevado a incluir una Embajada en los conceptos de «sucursal, agencia u otro establecimiento» contenidos en el art. 18.1 del RBI (véase Sentencia del TJ Gran Sala de 19 de julio de 2012 en el asunto C-154/11, *Ahmed Mahamdia c. República Argelina Democrática y Popular*, *REDI*, 2013-2-Pr, con nota de MASEDA RODRÍGUEZ, J.). Por tanto, cuando se produce una controversia en el ámbito de las relaciones laborales una sucursal puede presentar un vínculo suficiente con la empresa matriz en lo que respecta a la gestión de su personal y los contratos de trabajo.

7. Otra de las cuestiones fundamentales a las que no se hace referencia en la resolución es que este caso podría considerarse como un supuesto de uso fraudulento de la forma societaria, lo que implicaría la necesidad acudir a la doctrina del «levantamiento del velo», tesis jurisprudencial aplicada no sólo en el ámbito mercantil sino también en el laboral para discernir la realidad más allá de las apariencias (STS, Sala de lo Social, Sección 1.ª, de 29 de enero de 2014). La supuesta separación de entidades bancarias pretendería eludir las responsabilidades de la empresa matriz en perjuicio de la trabajadora. Por tanto, si se apreciara la existencia de una única entidad empresarial por el Banco Santander, S. A., London Branch y el Banco Santander, S. A., esta última podría ser juzgada como responsable, situación que atribuiría competencia a los tribunales españoles para conocer de este asunto.

8. En definitiva, si se da por acreditada suficientemente la unidad empresarial, la sentencia recurrida acertaría al declararse competente el Juzgado español. Si, por el contrario, no se da por probado que el Banco Santander se trataba de una empresa matriz cuya personalidad jurídica estaba vinculada a su sucursal en Londres, la sentencia del TSJ que declara la incompetencia de los tribunales españoles sería correcta. El Tribunal afirma con rotundidad que no existe un grupo de empresas —lo cual debe deducirse de la prueba practicada a la que no hemos tenido acceso— pero para emitir su fallo debió apoyarse en el concepto de domicilio del RBI y evaluar la posibilidad de fraude con respecto a la forma societaria para evitar que la empresa principal fuera responsable.

Carmen María GARCÍA MIRETE

Universidad de Alicante

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.1.2015.3b.11>

2015-12-Pr

CONTRATO DE TRABAJO.—Despido.—Inmunidad de jurisdicción: no.—Competencia judicial internacional: art. 19 Reglamento 44/2001.—Ley aplicable: art. 8 Reglamento 593/2008.

Preceptos aplicados: art. 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social; art. 11 Convenio de Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y

REDI, vol. 67 (2015), 1

de sus bienes, de 2 de diciembre de 2004; arts. 21.2 y 25 LOPJ 1985; art. 19 Reglamento 44/2001; art. 8 Reglamento 593/2008.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala Social) núm. 4605/2014, de 25 de junio. Ponente: Gregorio Ruiz Ruiz.

F.: Aranzadi Westlaw, AS 2014/2229.

Debe descartarse de entrada cualesquiera inmunidad de jurisdicción de las demandadas [...] Debemos recordar también como es el art. 19 del Reglamento 44/2001 el que ha de permitir la determinación del foro general en materia de contratos de trabajo [...] La ley aplicable podrá determinarse por 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 realice habitualmente su trabajo.

Nota. 1. La sentencia recurrida tiene en origen el litigio que enfrentaba como actores a 6 profesores españoles contratados temporales por el *Instituto Italiano Statale*. La relación laboral concluye en despido, declarado improcedente por el Juzgado de lo Social núm. 27 de Barcelona de fecha 31 de julio de 2013, bien que las partes acordaron la indemnización en el trámite de conciliación. Demandados solidariamente el *Instituto Italiano*, el Consulado General de Italia en Barcelona y el Ministerio de Asuntos Exteriores de la República Italiana, en instancia intentaron éstos sin éxito la excepción de incompetencia del orden jurisdiccional social español. Afirma el Juzgado la competencia de los Tribunales españoles (por el art. 25 LOPJ 1985, *sic*) para discutir la cuestión controvertida, esto es, la naturaleza temporal o indefinida de la contratación, por tratarse de servicios prestados en España y ser éste el lugar de celebración del contrato. Declara la sumisión de los mismos a Derecho español (por aplicación «cumulativa» de los arts. 1 ET, 11 CC y 8 del Reglamento 593/08, de 17 de junio, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, *sic*). Dicha sentencia se recurre por la parte demandada, solicitando, por una parte, la revisión de algunos de los hechos y por otra, la revocación de la resolución recurrida.

Denuncian en el recurso: 1.º) la inaplicación del art. 11.3.b) del R 883/2004 —conforme al cual a efectos de cotización a la seguridad social todo funcionario estará sujeto a la legislación del Estado miembro del que dependa la administración que lo ocupa— sobre la premisa de la naturaleza de funcionarios interinos de los demandantes; 2.º) una infracción del art. 8 del Reglamento 593/08, dado que las escuelas y sus actividades «forman parte del *iure imperii* del Estado, lo que determinaría además la exclusión de la Jurisdicción española, por lo que únicamente deberían ser competentes los Tribunales italianos, tratándose por lo demás de cuestiones del personal funcionario interno de una escuela pública italiana; 3.º) con distintos argumentos se sostuvo la sumisión a Derecho italiano de los contratos laborales —como la naturaleza jurídico-pública del instituto, el idioma (italiano) de redacción de los contratos, etc.—; 4.º) intentan la revisión de ciertos elementos de los contratos vinculados con las nociones de «antigüedad» o «sexenios», etc. En suma, la sentencia ofrece distintos ángulos de interés desde el Derecho administrativo y laboral. Pero como quiera que toda la estrategia de defensa de los demandados está orientada a lograr la localización de los contratos bajo el ámbito de la jurisdicción y del Derecho italiano, vamos a centrarnos en el alcance de la inmunidad de jurisdicción invocada así como en la argumentación que conduce a la afirmación de la competencia de los Tribunales españoles y a la sumisión de los contratos litigiosos a la legislación española.

2. El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña despeja la cuestión de la inmunidad con una construcción sólida a la que no habría que añadir (FJ 3). Se acoge sin duda, y tras un análisis de la evolución de la institución y la regulación internacional vigente que no es posible reproducir, a las tesis restrictivas que impiden que un Estado extranjero se puede parapetar tras dicha excepción para evitar un juicio en materia de contratación laboral por las autoridades locales. Al calificar la actividad de los docentes como una actividad de gestión, se hace inviable la excepción por inmunidad del Estado extranjero.

3. Desactivada la excepción por inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero entra en la cuestión de la competencia judicial internacional de los Tribunales españoles en el orden social. Enumera el amplio espectro de instrumentos internos e internacionales que servirían para fundamentar la competencia judicial internacional (FJ 4), en un verdadero alarde al mencionar incluso el nuevo Reglamento 1215/2012, Bruselas I *bis*. No yerra al sostener la competencia de nuestros Tribunales sobre la regla establecida por el art. 19.2.a) del Reglamento 44/2001, por ser España el lugar de cumplimiento de la prestación laboral, lo que se añade el hecho de coincidir con la celebración de los contratos en Barcelona.

4. Finalmente, como se ha indicado, hay cuestiones fácticas en la sentencia de instancia cuya revisión se suplica —como la naturaleza de centro público italiano del empleador o la supuesta sumisión de los contratos a un convenio colectivo italiano—, con la finalidad de someter los contratos a la legislación italiana, sobre la base del criterio de los «vínculos más estrechos» contemplado por el art. 8.4.º del Reglamento 893/2008 (FJ 7). En este punto el Tribunal Superior se adhiere a la valoración efectuada por el Juzgado de instancia y además acepta la relación de normas jurídicas que servirían para designar la ley española como ley rectora de los contratos controvertidos —bien que no reproduce la dudosa construcción por la que se toma el principio de la territorialidad de la contratación o el dato de la contratación entre presentes como elemento relevante para escoger el instrumento jurídico regulador del derecho aplicable—. Se declara vinculado por los datos anteriores. Pero aísla el eje vertebrador del art. 8.1 del Reglamento 593/08: la protección del trabajador como finalidad prioritaria de la norma. La ley aplicable podrá determinarse por 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 realice habitualmente su trabajo». De modo que: 1.º) La autonomía de la voluntad opera subordinada al objetivo de protección del trabajador, fiel a la dicción del art. 8.1; 2.º) el juzgador entiende que la elección no puede prosperar si el derecho designado priva al trabajador de la protección que otorga la ley del lugar de cumplimiento del trabajo (art. 8.2); 3.º) no se detiene en el criterio del «establecimiento que contrató al trabajador» (art. 8.3) por coincidencia con el anterior, no se hace mención a una eventual comparación con la ley que resultaría designada por el criterio de los «vínculos más estrechos». Sencillamente asume que la situación se localiza por el lugar de cumplimiento del trabajo bajo el ámbito del ordenamiento español, en una interpretación conforme con el art. 8.1 del Reglamento 593/08. Concluye, así, en la desestimación del recurso interpuesto por el *Istituto Italiano*.

5. Para terminar, alguna observación. De la lectura de la sentencia llaman la atención dos cuestiones: por una parte, la escasa atención a la cláusula de elección de ley aplicable, cuestión que se menciona *en passant*; y, por otra parte, falta toda referencia a una eventual actividad probatoria por la demandada en orden a alegar y

acreditar el contenido del derecho italiano en relación con la cuestión controvertida —o en cuanto a la extinción del contrato por despido y sus consecuencias en aquel sistema—. ¿Ha habido una operación de comparación entre la ley presumiblemente designada —italiana— y la ley del lugar de cumplimiento del trabajo, española?

Cabría pensar que casos como éste en los que aparecen demandados Estados extranjeros y sus órganos de representación en el exterior, en un contexto cada vez más complejo y variado de acción exterior de los Estados, únicamente podrían evitarse con un cuidadoso recurso a las cláusulas de jurisdicción y de ley aplicable que permita a los Estados asumir los litigios por contratos de trabajo que se desarrollan en el extranjero. Pues bien, esta sentencia y alguna otra [p. ej., STJ de 19 de julio de 2012 en el caso *Boukhalfa*, véase mi colaboración sobre «Los contratos de personal laboral por Embajadas ante el Tribunal de Justicia de la UE», en FORNER, J., GONZÁLEZ BEILFUSS, C. y VIÑAS FARRE, R. (coords.), *Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 505-523] ponen de manifiesto la insuficiencia de tales cláusulas. La tendencia que se abre paso en relación con los contratos de trabajo celebrados por los Estados y sus órganos en el exterior consiste, de un lado, en la desactivación de la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero y, hecho esto, la sumisión a los órganos judiciales y al Derecho vigente en el país de cumplimiento del contrato. Se dibuja un panorama centrífugo pues llevará a cada Estado a defenderse en el extranjero de las demandas que le plantee el personal laboral o contratado en todos y cada uno de los Estados. Constituye una tendencia opuesta a aquella otra de la que daba cuenta PALAO MORENO, G., «Luces y sombras en la aplicación práctica de los Convenios de Bruselas de 1968 y de Roma de 1980 al contrato individual de trabajo (A propósito del personal laboral de organismos públicos españoles que presta sus servicios en el extranjero)», *Relaciones Laborales*, 2000-I, pp. 229-251, dominada por los casos en que el personal adscrito a centros españoles en el extranjero parecía preferir la litigación en España. Por lo demás, la litigiosidad solo puede aumentar, al menos en lo que se refiere a docentes españoles en el exterior, al compás de la expansión de este tipo de centros (por ejemplo, el Instituto Cervantes).

Mónica GUZMÁN ZAPATER
UNED

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.1.2015.3b.12>

4. PRÁCTICA ESPAÑOLA: DERECHO CIVIL INTERNACIONAL

4.1. Menores. Responsabilidad parental

2015-13-Pr

GUARDA Y CUSTODIA.—Traslado de domicilio del menor.—Nacionalidad.—Interés superior del menor.

Preceptos aplicados: arts. 92 y 103 CC; arts. 29 y 124 Constitución española.

STS (Sala 1.^a) de 20 de octubre de 2014. Ponente: José Antonio Seijas Quintana.

F.: Aranzadi Westlaw, JUR 2014/262753.

Ocurre en este caso que hay un evidente desacuerdo entre los padres respecto a la nueva residencia de su hijo, razón por la que se ha acudido a la autoridad judicial, que

lo ha resuelto manteniendo al hijo bajo la custodia de su padre en España; pronunciamiento que no responde al interés del menor afectado por una solución indudablemente conflictiva, pero ajustada a una realidad, cada vez más frecuente, que no es posible obviar, como es el de matrimonios mixtos. Y es que una cosa es que el padre tenga las habilidades necesarias para ostentar la custodia del niño, y que no se aprecie un rechazo hacia alguno de ellos, y otra distinta el contenido y alcance de esas habilidades respecto de un niño, de corta edad, que ha creado unos vínculos afectivos con su madre con la que ha permanecido bajo su cuidado desde su nacimiento hasta la fecha, incluido los dos años de separación de hecho en el que marchó de Tomelloso a Burgos, ciudad en la que fijó su residencia, con contactos mínimos y esporádicos a partir de entonces con su padre. El cambio de residencia afecta a muchas cosas que tienen que ver no solo con el traslado al extranjero, con idioma diferente, como es el caso, sino con los hábitos, escolarización, costumbres, posiblemente de más fácil asimilación cuando se trata de un niño de corta edad, e incluso con los gastos de desplazamiento que conlleva el traslado cuando se produce a un país alejado del entorno del niño por cuanto puede impedir o dificultar los desplazamientos tanto de este como del cónyuge no custodio para cumplir los contactos con el niño. Es el interés del menor el que prima en estos casos, de un menor perfectamente individualizado, y no la condición de nacional, como factor de protección de este interés para impedir el traslado, como argumenta la sentencia, soslayando la valoración relativa a si el menor está mejor con su padre que con su madre, a la que tampoco concede la guarda ante la posible permanencia en España. La seguridad y estabilidad que proporciona el núcleo materno no se garantiza con la permanencia de la madre y el hijo en España. No es posible obligar a la madre a continuar en un país que no es el suyo y en un entorno familiar, que tampoco es el del niño, al haberlo abandonado durante más de dos años, para hacer posible sus expectativas familiares y laborales vinculadas al interés de su hijo, al que va asociado, y es que, el respeto a los derechos del niño no implica necesariamente ir en detrimento de los derechos de los progenitores.

Nota. 1. Un matrimonio de español y brasileña se divorcia en Tomelloso, otorgando el juzgado la patria potestad compartida, la guarda del hijo menor a la madre y un derecho de visita al padre. La sentencia autorizaba a la madre a volver a Brasil junto con el menor siempre que lo comunicara debidamente al padre. Éste impugnó la sentencia en apelación solicitando la guarda y un régimen de visitas para la madre en el caso de que se trasladara a Brasil. La Audiencia reconoció que ambos progenitores podían ocuparse del menor pero, a igualdad de condiciones, y dado que no quedaba probado que el menor fuera a estar mejor en Brasil que en España, su nacionalidad española hacía preferible atribuir la custodia al padre. La madre interpuso recurso de casación invocando la vulneración de los arts. 92 y 103 CC, en relación con los arts. 29 y 124 Constitución española, por incorrecta aplicación del principio del interés superior del menor; y la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias referida a cuál deba ser este interés cuando se pretende fijar el domicilio del menor fuera de España. El Supremo admitió el recurso por razón de interés casacional y estableció que el interés del menor en el caso no se había valorado adecuadamente pues en ese momento, dada su corta edad, los vínculos afectivos estaban con la madre; que la nacionalidad no es un criterio que asegure la protección del menor; que el respeto de los derechos del niño no implica necesariamente ir en detrimento de los derechos de los progenitores; que el entorno amplio del menor le garantizaba más atención en Brasil que en España y que la comunicación padre-hijo quedaba protegida con un adecuado reparto de los gastos de desplazamiento.

2. El Tribunal aborda una cuestión de máxima actualidad y sin solución legal precisa: ¿puede trasladarse el domicilio del menor cuando se ha fijado un régimen

de patria potestad conjunta si uno de los progenitores se opone? En caso afirmativo, ¿qué criterio habría de seguir el juez para tomar tal decisión? ¿No se estaría vulnerando el derecho de un progenitor a relacionarse con su hijo si se admitiera la reubicación, o del otro a moverse y fijar su residencia si aquélla se denegara? El mismo Tribunal Supremo había resuelto que el interés del menor impedía autorizar el cambio de domicilio dentro de España atendiendo a las consecuencias que dicho cambio podría tener en la vida de la menor. ¿Y si este traslado fuera al extranjero? En este caso el Supremo accede al traslado reiterando que la clave está en el interés superior del menor. El mismo principio fundamenta las decisiones de otros tribunales como el *Bundesgerichtshof* alemán o la *England and Wales High Court*, sobre la que se volverá *infra*.

3. La reubicación familiar es un asunto sensible porque pone en liza distintos intereses y, de no resolverse bien, puede devenir secuestro. El cambio de domicilio es una decisión que afecta al menor (que tendrá un nuevo entorno geográfico, de idioma, etc.) pero también incide en la relación con sus progenitores (pues aceptar la reubicación supone una limitación del contacto con el progenitor que no se desplace) y en el derecho constitucional de aquéllos a fijar la residencia y abandonar el país (como bien recoge GONZÁLEZ BEILFUSS, C., «El traslado lícito de menores: las *relocation disputes*», *REDI* 2010.2, pp. 51-75). Las respuestas de los ordenamientos varían en función de cómo ponderen estos elementos. Los países favorables a la reubicación (en la terminología de FOLEY, Th., *International Child Relocation. Varying Approaches among Member States to the 1980 Hague Convention on Child Abduction*, Research Project, 2006) priman el desplazamiento entendiendo que ello favorece al menor, aunque en buena medida uno de los elementos prevalentes en la toma de decisión es la posición del progenitor que solicita el desplazamiento (*i. e. el cuidador primario*). Así, en *Payne v. Payne* [(2001) Fam. 473], la jurisprudencia inglesa incorporó la idea de que «*a happy mother makes a happy child*», posición que luego ha sido revisada por el riesgo que comporta disfrazar como interés del menor el de una de las partes. Por contra, los Estados que se oponen a la reubicación fundamentan su posición en la importancia de la custodia compartida y el necesario contacto del menor con ambos progenitores, aunque ello limite la libertad de uno de ellos (*v. gr.* Nueva Zelanda). Los Estados neutros no tienen una posición definida sobre la cuestión, pudiendo articular unos principios o presunciones sobre los que resolver los casos (como ocurre en Canadá). No son muchos los países que han desarrollado una normativa interna sobre reubicación del menor (por ejemplo Estados Unidos, DANIELS SIMON, L., «Child relocation law in Spain and in the US», *InDret*, 2014) por lo que la respuesta sigue articulándose jurisprudencialmente.

4. Cabe preguntarse entonces qué pautas tiene un juez español para resolver esta cuestión para cuya vertiente transfronteriza tampoco existe una solución internacional específica. La guía puede hallarse en reglas de *soft law* como la «Model Relocation of Children Act» del *American Bar Association* de 2012, o la Declaración de Washington sobre reubicación familiar internacional de 2010 (accesible en el sitio www.hcch.net). De conformidad con éstas, el criterio primordial para resolver los supuestos de reubicación familiar debe ser el interés del menor (sin que pueda determinarse *ex ante* la existencia de una presunción favorable o contraria al desplazamiento). Dicho interés debe valorarse a la luz del derecho a tener contacto con sus dos progenitores, la propia opinión del menor (teniendo en cuenta su edad), las gestiones que haya realizado el progenitor respecto del desplazamiento (esto es, alojamiento, escolarización, trabajo), las razones por las que se solicita o se opone al traslado, existencia de daños físicos o psicológicos previos, el impacto que tendría acordar o denegar el traslado

sobre el niño atendiendo a sus relaciones con la familia extensa, su educación, la relación entre los progenitores y la disposición a facilitar el derecho de visita tras el traslado o la posibilidad de hacer efectivo este derecho en el Estado de destino entre otros.

El listado refleja la dificultad de valorar el interés del menor deslindado de la relación con sus progenitores y de éstos entre sí. Resulta complejo decidir dónde está la línea divisoria entre su interés y el del progenitor que solicita el traslado. ¿Es correcto entender que un progenitor más feliz asegura mejor el bienestar del menor? Aunque esta pudiera ser la percepción inicial en alguna jurisprudencia (véase el asunto *Payne* en Inglaterra), hoy se ha superado para considerar el interés del menor en sí mismo y no por relación al de un progenitor. Así en 2010, el caso *Re AR [A Child: Relocation]* (2010) EWHC 1346 (Fam.) revisa la jurisprudencia *Payne*. Pero esta tendencia no está exenta de riesgos pues desde el cambio jurisprudencial se observa en Inglaterra un incremento de solicitudes de custodia compartida, justamente para evitar que el otro progenitor abandone el país [*CA E&W MK v CK* (2011) EWCA Civ. 973]. Esta consideración plantea el impacto de la reubicación en el derecho constitucional del progenitor a desplazarse. ¿Puede limitarse este derecho? La cuestión se ha planteado en la jurisprudencia alemana que ha decidido que este derecho sólo puede ser considerado cuando ello también sea en interés del menor (*Bundesgerichtshof*, XII ZB 81/09, de 28 de abril de 2010).

5. A la luz de lo apuntado, y dado que en el caso no se había otorgado custodia compartida, el Tribunal Supremo valora adecuadamente los intereses en presencia y descarta un criterio poco justificado y de escasa aceptación en la jurisprudencia comparada, esto es, la nacionalidad del menor. La sentencia alcanza un equilibrio razonable respecto del menor y sus progenitores. Primero se atiende a la petición de la madre; considerada ésta justificada y razonable, se valora si es en interés del menor teniendo en cuenta el impacto que tendría acceder a dicha petición respecto de la relación entre el menor y el padre, valorada ésta de nuevo desde la perspectiva del interés del menor. El Tribunal considera la calidad del contacto entre los progenitores y el menor y concluye que el derecho del menor a relacionarse con su padre no se verá afectado pues la sentencia asegura el ejercicio de este derecho mediante un justo y equilibrado reparto de gastos de desplazamiento entre España y Brasil. El interés superior del menor debe ser la consideración primordial pero entendiendo que dicho interés incorpora un contacto real con sus progenitores, de manera que para autorizar la reubicación es preciso considerar las condiciones de ejercicio de este derecho para el progenitor que no se desplace. Ciertamente no correspondía al Supremo establecer estas condiciones o valorar el reconocimiento que la decisión sobre la reubicación tendrá en el país de destino. Pero con esta sentencia se fija una pauta para las instancias inferiores que, a la hora de decidir sobre el traslado, deberán considerar el otorgamiento de medidas que aseguren el efectivo ejercicio de ambos derechos, esto es la reubicación y el contacto con el otro progenitor.

6. En definitiva, la posición sobre reubicación familiar que establece el Supremo está en línea con las más recientes tendencias en otros países y recoge algunas de las pautas sugeridas desde la Conferencia de La Haya (la citada Declaración de Washington o la Guía de buenas prácticas sobre contacto transfronterizo relativo a los niños de la Conferencia, 2010, pp. 41 y ss.). Ello refuerza la razonabilidad de la solución al tiempo que puede ayudar a consolidar un estándar internacional.

Elena RODRÍGUEZ PINEAU
Universidad Autónoma de Madrid

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.1.2015.3b.13>

4.2. Procesos matrimoniales

2015-14-Pr

PROCEDIMIENTO MATRIMONIAL.—Disolución del vínculo matrimonial.—Responsabilidad parental.—Alimentos.—Competencia judicial internacional.—Ley aplicable.—Remisión a la ley de un Estado plurilegislativo.

Preceptos aplicados: arts. 3, 8 y 61.a) del Reglamento 2201/2003, art. 107.2 CC; arts. 15.1, 47 y 48 del Convenio de La Haya de 1996; arts. 3 y 16 del Protocolo de La Haya 2007; arts. 14.1 del Estatuto de Autonomía de Cataluña y 111.3.1 del CC de Catalunya (CCC).

Sentencia AP de Barcelona (Sección 12.^a), de 31 de enero. Ponente: Joaquín Bayo Delgado.

F.: Aranzadi Westlaw, JUR 2014/52492.

[...] la competencia internacional en materia de familia ya no está regulada en primer lugar en el art. 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, donde la basa la sentencia apelada, sino en el Reglamento CE/2201/2003, según cuyos arts. 3, 8 y 61.a) son competentes los tribunales españoles por residencia de los litigantes y de los menores para resolver la acción de divorcio y las cuestiones sobre responsabilidad parental; y, a tenor del art. 3 del Reglamento CE /4/2009, en cuanto a los alimentos [...].

Habiendo sido interpuesta la demanda el 4 de julio de 2011, antes por tanto de la vigencia del Reglamento UE/1259/2010, la ley aplicable, como concluye la sentencia de primera instancia, viene determinada por el art. 107 del Código Civil estatal (CC) [...].

La sentencia apelada, afirmando que no consta la nacionalidad al momento de la demanda, acude al criterio subsidiario de la ley de la residencia, la española. No es cierto que no conste la nacionalidad común senegalesa, según certificados registrales aportados a los autos y en ausencia de indicios de cambio de nacionalidad. La demandante, por su parte, había invocado la ley española en base a la excepción de discriminación de la ley senegalesa. Tampoco eso se ajusta a la realidad. El art. 166 del Código de Familia del Senegal permite el divorcio contencioso a petición de cualquiera de los cónyuges [...].

En cuanto a las demás cuestiones, según el art. 5.1 del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996, debe aplicarse la ley de la residencia de los menores a las cuestiones sobre responsabilidad parental. Por la que atañe a los alimentos, el art. 3.1 del Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007 determina que la ley aplicable es la del foro. En ambos temas, en atención a que no aparece en los autos ningún elemento de conexión con cualquier otro marco normativo español, debe aplicarse el derecho civil catalán a las medidas discutidas en virtud de los arts. 47.1 y 48.a) del Convenio de 1996, y 16.1.a) y 16.2.a) del Protocolo de 2007, vista la territorialidad del derecho catalán, según los arts. 14.1 del Estatut d'Autonomia de Catalunya y 111.3.1 del Codi Civil de Catalunya (CCC).

Nota. 1. La sentencia objeto de comentario resuelve un recurso de apelación contra una sentencia de divorcio dictada el catorce de noviembre de 2012 por un Juzgado de violencia sobre la mujer de la ciudad de Granollers. En la sentencia recurrida se declaraba disuelto el matrimonio de dos ciudadanos senegaleses residentes en dicha villa. Se otorgaba la custodia de los dos hijos menores del matrimonio a la madre, se atribuía el uso del domicilio conyugal y del ajuar familiar a la madre y a los hijos,

estableciéndose a favor del padre un régimen de visitas. Finalmente, la sentencia de primera instancia establecía una pensión de alimentos de 250 euros por cada uno de los hijos y estipulaba que los gastos extraordinarios serían sufragados por mitad por cada uno de los cónyuges.

El padre recurre la sentencia, pidiendo que se desestimen íntegramente las peticiones de la actora en la demanda lo que resulta contradictorio con el hecho de que no se opusiera al divorcio en la contestación de la demanda. Solicita la custodia de los hijos con uso del domicilio familiar, un régimen de relación materno-filial y una pensión de alimentos de 300 euros a cargo de la madre. Ésta, por su parte, aunque dice pedir la confirmación de la sentencia de instancia, insta alguna modificación que la Audiencia no examina por haber sido formulada fuera de los cauces del recurso de apelación.

2. No es tanto la cuestión litigiosa la que interesa de la sentencia que comentamos como el hecho de que en la misma se aborde un examen completo de las cuestiones de competencia judicial internacional y ley aplicable. Otras sentencias dictadas por la misma sección de la Audiencia Provincial de Barcelona siguen la misma senda [véase por ejemplo la Sentencia dictada el mismo día 31 de enero de 2014 (matrimonio de dos bolivianos) y la Sentencia de 8 de abril de 2014 (matrimonio de dos marroquíes)]. Puesto que las cuestiones de DIPr no eran el objeto litigioso puede deducirse que las intenciones de la Audiencia son básicamente docentes, lo que ha de valorarse muy positivamente pues cabe esperar que tenga efectos positivos en los Juzgados de primera instancia.

3. Empieza la Audiencia señalando que la competencia judicial internacional en materia de divorcio y de responsabilidad parental se regula en el Reglamento 2201/2003 y no en la LOPJ. Al efecto cita los arts. 3.1.a) y 8 del Reglamento, señalando que atribuyen competencia a los tribunales españoles en virtud de la residencia habitual de los cónyuges y sus hijos en España. Es también muy pertinente la cita del art. 61.1.a) que estipula que el Reglamento prevalece sobre el Convenio de La Haya de 1996 si el menor afectado tiene, como en el caso de autos, residencia habitual en un Estado miembro. Por lo que respecta a los alimentos (en los que parece incluirse la atribución del uso del domicilio aunque no se hace mención expresa a la cuestión) se clarifica que rige el Reglamento 4/2009, citándose el art. 3.

Ciertamente hubiera podido precisarse en mayor medida el concreto foro atributivo de competencia pues los arts. 3.1.a) y el art. 3 del Reglamento 4/2009 enumeran varios, pero los preceptos citados son los que se aplican al caso y de manera esquemática se introduce la perspectiva de DIPr que, no lo olvidemos, no era la cuestión litigiosa.

4. Una vez resueltas las cuestiones de competencia judicial internacional se examina la ley aplicable. Se confirma que la sentencia de instancia aplicó correctamente el art. 107 CC pues la demanda se interpuso antes de que fuera aplicable el Reglamento Roma III, si bien es probable que el juez de instancia no se planteara la aplicabilidad de este instrumento por lo que nuevamente la intención de la Audiencia es docente.

Del art. 107.2 CC deriva que era aplicable a la disolución del vínculo la ley nacional común de los cónyuges, esto es, el Derecho de Senegal. Se critica que el Tribunal de instancia aplicara el Derecho español escudándose en que no constaba la nacionalidad senegalesa de los cónyuges cuando dicho extremo se deducía de los autos, y que la actora alegara que el Derecho de Senegal era contrario al orden público. La Audiencia rebate que ello sea cierto aportando información acerca del Derecho extranjero.

La Audiencia preconiza, por tanto, una participación muy activa del juez en la información y prueba del Derecho extranjero. Ello no es habitual y ha de ser objeto de una valoración muy positiva, pues constituye un avance respecto al legeforismo. Ha de tenerse en cuenta, no obstante, que la Audiencia se limita a constatar que el resultado alcanzado por el juez de instancia aplicando la ley del foro coincide con el que hubiera derivado de la aplicación del Derecho extranjero que regía. No es probable que la Audiencia hubiera aplicado de oficio un Derecho extranjero que condujera a un resultado distinto del que deriva de la aplicación del Derecho del foro, si la aplicación del Derecho extranjero no se hubiere planteado con anterioridad, pues ello podría sorprender a las partes y generar indefensión.

5. Son asimismo adecuadas las referencias al Convenio de La Haya de 1996 en materia de responsabilidad parental y al Protocolo de La Haya de 2007 aplicable a los alimentos. Únicamente cabría objetar que en relación a la responsabilidad parental se haga referencia al art. 5.1 pues esa norma se refiere a la competencia de autoridades. Cabe presumir que se trata de un error tipográfico pues el precepto que establece la ley aplicable en el caso de que la autoridad competente adopte medidas en materia de responsabilidad parental es el art. 15.1. Se omite, de otra parte, referencia alguna a la calificación de la petición de uso de la vivienda familiar y el ajuar doméstico. En este punto quizás hubiera convenido una mayor precisión.

6. El aspecto de la sentencia respecto al que se podría discrepar es el relativo a la determinación del Derecho catalán como Derecho rector tanto de la responsabilidad parental como de los alimentos. Ciertamente se hace correcta referencia a los artículos relativos a los Estados plurilegislativos de base territorial contenidos en los Convenios de La Haya de 1996 y en el Protocolo de 2007, pero de manera totalmente innecesaria se añade que la aplicabilidad del Derecho civil catalán resulta también de los arts. 14.1 del Estatuto de Autonomía de Cataluña y 111.3.1 del CC de Cataluña (CCC).

Esta referencia se halla también en otras sentencias relativas a litigios de familia internacionales resueltos por la misma Sección de la Audiencia. Resulta criticable en virtud de dos consideraciones. No queda claro, en primer lugar, cómo se concluye que rige el Derecho civil catalán. Las normas relativas a los Estados plurilegislativos contenidas en el Convenio y el Protocolo entienden que si la norma de conflicto remite al ordenamiento de un Estado plurilegislativo de base territorial ha de estarse en primer lugar a las normas de Derecho interregional [art. 48.a) CLH 96 y art. 16.2.a) Protocolo 2007] y de no existir éstas cabría recurrir a la remisión directa [arts. 48.b) CLH 96 y 16.2.b) Protocolo 2007]. La Audiencia debería, por tanto, haberse referido a las normas de Derecho interregional contenidas en el Título Preliminar del CC, concretamente a los arts. 9.4 y 9.7 CC, que no cita en ningún momento. En materia de responsabilidad parental y de alimentos resultaría aplicable la ley de la vecindad civil, de los hijos o común de alimentista y alimentante. Tratándose de ciudadanos extranjeros estaríamos ante una laguna por lo que en virtud de la remisión realizada por los art. 48.b) CLH 96 y 16.b) del Protocolo de La Haya sería aplicable la ley de la unidad territorial en la que se hallare la residencia habitual, de los hijos, y común de alimentista y alimentante. La referencia a la norma del Estatuto de Autonomía y del Código Civil de Cataluña sería, por tanto, superflua pues estos preceptos no intervienen para determinar la ley aplicable.

Cabe pensar, no obstante, que no es casual que no se citen los preceptos de Derecho interregional español y que, en cambio, se haga referencia a disposiciones del Estatuto de Autonomía y el Código Civil catalanes. Esta Sección de la Audiencia de Barcelona entiende, en efecto, que si bien la Constitución española establece una re-

serva de ley a favor del Estado en materia de conflicto de leyes, puesto que el Estatuto de Autonomía es una ley orgánica los preceptos del propio Estatuto y del Código Civil catalán que establece la vigencia territorial del Derecho civil catalán no vulneran la Constitución.

Esta interpretación no puede compartirse porque implica una ruptura con el principio de unidad de jurisdicción tal y como ha puesto justamente de relieve R. Arenas García [«Pluralidad de derechos y unidad de jurisdicción en el ordenamiento jurídico español» en FONT I SEGURA, A. (ed.), *La aplicació del Dret civil català en el marc plurilegislatiu espanyol i europeu*, Barcelona, Atelier, 2011]. En materia conflictual el principio de unidad jurisdiccional exigiría, en efecto, que todos los jueces y tribunales españoles aplicaran las mismas normas para designar el Derecho aplicable. Ese es también el sentido de la reserva de ley a favor del Estado en materia conflictual.

En cualquier caso si la Audiencia es partidaria de la territorialidad del Derecho civil catalán sobraría el recurso a los arts. 47 del CLH 96 y 16.b) del Protocolo, pues estas disposiciones sólo entran en juego en caso de laguna. Y aquí, según la Audiencia no habría laguna pues en el territorio de Cataluña rige el Derecho civil catalán.

Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS
Universidad de Barcelona

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.1.2015.3b.14>

2015-15-Pr

PROCESOS MATRIMONIALES: DIVORCIO.—Sentencia de divorcio extranjera: homologación por el tribunal español respecto de la disolución del vínculo matrimonial pero no el resto de medidas acordadas por el tribunal extranjero al no ser firmes.—Pensión por desequilibrio: disminución de la cuantía.—Alimentos a los hijos: supresión.

Preceptos aplicados: art. 3 Reglamento 2201/2003; arts. 90.3, 91 *in fine*, 100, 101 y 107 CC; art. 22.2 LOPJ; arts. 775, 398.1, 398.2 y 394 LEC.

Sentencia de la AP de Madrid (Sección 22.^a), núm. 339/2014, de 31 de marzo.
Ponente: M.^a del Pilar González Vicente.

F.: Aranzadi Westlaw, JUR 2014/133675.

[...] que estimando en parte la modificación de medidas de divorcio solicitada reduce la pensión compensatoria de la esposa a una cantidad mensual de 800 Euros mensuales y adopta medidas en relación con el hijo menor del matrimonio y las necesidades alimenticias del hijo mayor de edad. Todo ello en base a una Sentencia dictada por The High Court of Hong Kong Special Administrative Region, Court of First Instance, de 20 de agosto de 2008.

[...] Contra la sentencia española una de las partes alega como motivos del recurso: primero, nulidad de actuaciones; segundo, infracciones en la tramitación del procedimiento; tercero, improcedencia e imposibilidad material de modificar las medidas de divorcio que han sido declaradas no firmes por el Juzgado competente mediante resolución firme y definitiva. Solicitando a la Sala —entre otros pronunciamientos de tipo subsidiario— el archivo del presente procedimiento, declarando la competencia de los Juzgados de igual clase de la República Argentina como únicos competentes para dirimir las cuestiones y hechos que son objeto de la presente litis, obligando al Juez de Instancia

REDI, vol. 67 (2015), 1

a inhibirse a favor de dichos Tribunales, declarando así mismo, en su consecuencia, la nulidad de todo lo actuado por el Juzgado de Instancia.

Por su parte, el otro recurrente alega como motivos de la impugnación la errónea valoración de las pruebas, tanto en relación con la pensión alimenticia de los hijos a cargo de la madre; como en relación con la necesaria extinción de la pensión compensatoria de su ex cónyuge.

Nota. 1. Esta sentencia refleja claramente la complejidad y el carácter internacional de las relaciones familiares en la actualidad. Las familias españolas trasladan su centro de vida a otros países; los matrimonios se disuelven ante autoridades extranjeras y al hacer valer tales pronunciamientos en España, se pone de manifiesto una serie de problemas jurídicos a los que nuestros jueces han de hacer frente.

La calificación de esta sentencia da una idea de la gran variedad de cuestiones de DIPr vinculadas a la resolución: competencia judicial internacional, reconocimiento de decisiones extranjeras en materia de divorcio y, la que es el centro del fallo judicial, modificación de medidas relativas a los cónyuges e hijos —resultantes de dicho divorcio— que fueron acordadas por autoridades extranjeras.

A pesar de su extensión y la gran cantidad de temas que trata —incluso, algunos de ellos sólo los menciona— la atención de la sentencia se limita a dos aspectos: 1) el análisis de los motivos de nulidad alegados por una de las partes, y 2) la adecuación de los argumentos personales y económicos de las partes para impugnar las cantidades fijadas. Dado el carácter limitado de esta nota, me voy a centrar: *a)* en concretar los datos del caso para su mejor comprensión, y *b)* en emitir mi criterio sobre aquellos aspectos jurídicos que pudieran resultar más relevantes.

2. La sentencia recurrida —de 15 de febrero de 2012— modifica el contenido de una sentencia extranjera, recaída en un proceso de divorcio, que incluye pronunciamientos respecto a los hijos y entre los ex-cónyuges, con la particularidad de que en el momento de finalizar el nuevo pleito en España los hijos ya han alcanzado la mayoría de edad, la madre se ha trasladado a Argentina y el padre, obligado al pago de pensión de alimentos, ha reducido sus ingresos económicos anuales.

En atención a lo expuesto, la resolución impugnada acordó que la guarda y custodia del hijo menor se atribuyera al padre, permaneciendo compartida la patria potestad, y que la madre podría disfrutar de un régimen de visitas amplio con el menor. De otra parte, el padre continuaría haciendo frente a las necesidades de alimentos de los hijos comunes, sin entregar las cantidades para tales conceptos a la demandada y en todo caso, sin abonar la cantidad de 500 euros por hijo establecida en la sentencia de *The High Court of Hong Kong Special Administrative Region, Court of First Instance* a favor de la demandada y además, que abonaría a la su ex-esposa la cantidad mensual de 800 euros en sustitución de los 4.000 euros establecidos en la sentencia de Hong Kong.

3. La demandada en instancia —y apelante ante la AP— solicitó el archivo del procedimiento y, al mismo tiempo, la nulidad de las actuaciones en base a dos motivos: primero, por considerar competentes a los tribunales argentinos, dado que ella se encuentra residiendo allí. Y, segundo, por la supuesta improcedencia de que un Juzgado español pueda modificar medidas acordadas en un divorcio que han sido declaradas como no firmes.

En cuanto a la falta de competencia judicial internacional de los Tribunales españoles, la AP acierta al entender que no procede, ya que basa su fallo en un punto clave:

el juzgado de instancia sólo ha homologado la parte de la sentencia extranjera que hace referencia al divorcio. Por tanto, el hecho de que las cuestiones relativas a las medidas sobre los hijos menores, bienes, relaciones entre los cónyuges, etc., no tengan valor de cosa juzgada es lo que ampara la apertura y tramitación del correspondiente procedimiento de modificación de medidas entablado en nuestro país.

El uso *a posteriori* que hace la demandada de «la falta de competencia de los Tribunales españoles» como argumento para la nulidad no fue alegado en instancia. En su lugar, compareció en el proceso, sometiéndose a la jurisdicción española y presentando mucho después otra solicitud de exequátur en Argentina. Cosa que la ponente tiene en cuenta, para llamar la atención sobre que nunca se impugnó la competencia de los tribunales españoles, que no se hizo referencia a litispendencia internacional alguna y que la competencia judicial internacional en el procedimiento de modificación de medidas por responsabilidad parental se ampara perfectamente en las normas establecidas en el art. 3 del Reglamento 2201/2003 en relación con el art. 22.2 LOPJ, ya que tanto el padre como el hijo residen en España.

Al respecto, la AP se limita a dar por buenos los actos procesales realizados por el juez de instancia —tanto respecto a las medidas provisionales, cuanto al procedimiento de exequátur— y considerando que la demandada tuvo la oportunidad de defenderse al ser notificada a través de su representación letrada, concluye acertadamente que no hay motivo de nulidad, ya que nada impide modificar las medidas aunque éstas no sean firmes.

4. En cuanto al resto de los motivos de impugnación, ambas partes se centran en la cuestión económica, ya que la *ex* esposa pretende seguir percibiendo 4.000 euros mensuales como pensión compensatoria y por otra parte, que el padre continuara abonando la cantidad de 500 euros mensuales a favor de cada hijo. A ello se opone el demandante y recurrente en base a los cambios sustanciales que se han producido en su patrimonio desde el 2008 hasta la presentación de este procedimiento, y a que los hijos han alcanzado la mayoría de edad.

El marco legal para dar respuesta judicial a la cuestión planteada, teniendo en cuenta que se trata de un procedimiento de modificación de medidas, es desde un punto de vista procesal y sustantivo el de los arts. 775 LEC y 90.3, 91 *in fine*, 100 y 101 CC. Normas que utiliza adecuadamente la AP para fundamentar su fallo.

Y al mismo tiempo, se ampara en la jurisprudencia ya asentada del TS —que denomina «pacífica interpretación doctrinal y judicial»— y resuelve en un mismo pronunciamiento, conforme a lo establecido en el art. 775 LEC, en dos sentidos: por un lado, modifica la pensión compensatoria a 3.000 euros mensuales, a favor de la demandada (no a 800 euros como así lo hiciera el juez de instancia); y por otro, en cuanto a los hijos, teniendo en cuenta que ambos son mayores de edad, se libera al padre del pago de la pensión de alimentos de 500 euros mensuales por cada uno.

No obstante, se recuerda el derecho que tienen los hijos, desde su mayoría de edad, a entablar las acciones legales que les interesen, para que se establezca una pensión de alimentos si procede a su favor (FD 5).

5. En definitiva puede concluirse que a pesar de que esta sentencia está plagada de cuestiones relativas al DIPr, su desarrollo es conservador. Se plantean los temas pero no se entra de lleno en su análisis, remitiendo a las actuaciones procesales del tribunal de instancia. Se trata de una sentencia correcta, que plantea unas grandes expectativas que luego no se colman. Respeta la doctrina asentada por el TS y estima parcialmente las pretensiones de ambas partes, cuestión que a esta profesora le hace

recordar los tiempos en que —como juzgadora en un tribunal extranjero— se enfrentaba a casos complejos donde era mejor dar parte de la razón a cada uno que resolver de forma absoluta en uno u otro sentido.

Lerdys S. HEREDIA SÁNCHEZ
Universidad de Alicante

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.1.2015.3b.15>

4.3. Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales: accidente de circulación

2015-16-Pr

RESPONSABILIDAD CIVIL.—Accidente de circulación por carretera ocurrido en Portugal.—Automóviles matriculados y asegurados en España.—Ley aplicable a la responsabilidad civil derivadas de accidentes de circulación por carretera.—Prueba del Derecho extranjero.

Preceptos aplicados: art. 10.9 CC; art. 4.1 Reglamento (CE) núm. 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II»); art. 281 LEC.

Sentencia de la AP de Pontevedra, Sección 6.ª, núm. 293/2014, de 16 de mayo, Rec. 959/2012. Ponente: Míguez Tabares y Eugenio Francisco.

F.: Aranzadi Westlaw, AC 2014/1265.

Los antecedentes del recurso de apelación resuelto por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Pontevedra son los siguientes: Por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 7 de Vigo, con fecha 13 de julio de 2012, se dictó sentencia estimando en parte la demanda promovida por la entidad aseguradora Axa, D.ª Sagrario, D. Augusto y D. Ángel Jesús contra la entidad aseguradora Liberty Seguros Portugal, condenando a la misma a abonar a la primera la cantidad de 1.502,87 Euros más los intereses legales correspondientes desde la fecha de la presente resolución, a D.ª Sagrario la de 3.273,63 Euros, a D. Augusto la de 2.035,53 Euros y a D. Ángel Jesús la de 3.273,63 Euros más los intereses. Contra dicha Sentencia LIBERTY SEGUROS interpuso recurso de apelación que fue admitido a trámite y se formuló oposición al mismo por la parte contraria. Una vez cumplimentados los trámites legales, se elevaron las actuaciones a esta Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Pontevedra, con sede en Vigo, para su resolución.

Nota. 1. Los hechos que dan lugar a esta sentencia fueron los siguientes: accidente de tráfico acaecido en Portugal en 2010 en el que se vieron implicados dos turismos matriculados y asegurados en España. No se discute ni la mecánica del accidente ni la responsabilidad imputable al conductor del vehículo asegurado en la compañía representada en España por la entidad demandada, sino que, en relación con la reclamación planteada por las lesiones de los demandantes, el debate se limita a la legislación aplicable. Tampoco se ha planteado declinatoria sobre la competencia territorial para conocer del proceso, por lo que se ha aceptado la competencia de los tribunales españoles para conocer del presente proceso. Respecto a la legislación sustantiva aplicable, la Audiencia entiende que es la de Portugal al haberse producido en dicho país el accidente de circulación. Al plantearse dudas acerca de la normativa vigente aplicable en Portugal, correspondiendo dicha prueba a la parte demandada, la AP de Pontevedra falla de acuerdo con la ley española.

REDI, vol. 67 (2015), 1

2. Ley aplicable a la responsabilidad civil extracontractual. Con cierta desgana la AP de Pontevedra se enfrenta al tema de la determinación de la ley aplicable. Hace una alusión al art. 10.9 CC, al art. 4.1 del Reglamento «Roma II», y al art. 31 del Real Decreto-ley 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, que indica que a los siniestros a que se refiere este título (siniestros ocurridos en un Estado distinto al de residencia del perjudicado) les será de aplicación la legislación del Estado en cuyo territorio haya ocurrido el accidente, para llegar a la conclusión siguiente: la legislación sustantiva aplicable en el presente supuesto es la portuguesa.

Se equivoca la AP de Pontevedra. La responsabilidad civil derivada de los accidentes de circulación por carretera no se rige, hoy día, ni por el Reglamento «Roma II» ni por el art. 10.9 CC. En efecto, la ley aplicable a la responsabilidad civil derivada de accidentes de circulación por carretera se determina con arreglo al Convenio de La Haya de 4 mayo de 1971 sobre la Ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera, que desde el 21 de noviembre de 1987 se halla en vigor para España. Este convenio prevalece sobre el Reglamento «Roma II» (art. 28.1). El Convenio determina la Ley aplicable a la responsabilidad civil extracontractual resultante de los accidentes de circulación por carretera, sea cual fuere la jurisdicción encargada de conocer el asunto (civil, penal, administrativa, etc.) y fija la ley aplicable a la responsabilidad civil derivada de accidentes de circulación por carretera.

El Convenio establece que la responsabilidad civil derivada del accidente se rige por la Ley interna del Estado en cuyo territorio haya ocurrido el accidente (art. 3). No obstante, cuando estuvieren implicados en el accidente varios vehículos matriculados en el mismo Estado, será aplicable dicha Ley [art. 4.b)]. Por tanto, en el caso que nos ocupa la AP de Pontevedra, en aplicación del citado Convenio, debió entender que, al verse implicados en el accidente en Portugal dos turismos matriculados y asegurados en España, la legislación sustantiva aplicable no era la portuguesa sino la española.

3. A decir verdad, la AP de Pontevedra no añade nada digno de reseñar en lo que se refiere a la aplicación del Derecho extranjero. Reitera la que constituye la doctrina más tradicional sobre el valor puramente fáctico del Derecho extranjero, cuya alegación y prueba corresponde a quienes sostienen su existencia y vigencia (véase RODRÍGUEZ PINEAU, E., *REDI*, 1997-24-Pr). La doctrina jurisprudencial (entre otras, SSTs de 24 de junio de 2010, de 30 de abril de 2008, de 4 de julio de 2006, de 27 de diciembre de 2006, de 4 de mayo de 1989, de 7 de septiembre de 1990, de 16 de julio de 1991, o de 9 de febrero de 1999) considera la legislación extranjera como «cuestión de hecho» y como tal debe ser alegada y probada por la parte que la invoque, siendo necesario acreditar la exacta entidad del Derecho vigente, y también su alcance y autorizada interpretación, de suerte que su aplicación no suscite la menor duda razonable en los Tribunales españoles, y todo ello mediante la pertinente documentación fehaciente, constituyendo práctica reiterada la que determina que cuando a los Tribunales españoles no les sea posible fundamentar, con seguridad absoluta, la aplicación del derecho extranjero, hayan de juzgar y fallar según el derecho patrio.

Como señala el TS, en Sentencias de 30 de junio de 1962, de 7 de noviembre de 1971, de 13 de abril de 1992, de 23 de octubre de 1992 (con nota de MASEDA RODRÍGUEZ, J., *REDI*, 1993-86-Pr), de 4 de mayo de 1995 (con nota de MIGUEL ASEÑSIO, P. A., *REDI*, 1996-6-Pr), de 25 de enero de 1999, y de 9 de febrero de 1999 (véase PÉREZ UREÑA, A. A., «La competencia de los Tribunales españoles y la ley aplicable en los casos de separación y divorcio internacionales», *Revista de Derecho de Familia*, núm. 24, julio de 2004, pp. 67-80), no basta para acreditar la norma extranjera la

mera dicción literal de los preceptos que refiere, si no se acredita, como es necesario, la vigencia del Derecho extranjero aplicable y la normal interpretación en el origen que del mismo se venga haciendo. La parte recurrente invoca la vigencia como legislación aplicable de la *Portaria n.º 377/2008, de 26 de Maio do Ministérios das Finanças e da Administração Pública e da Justiça de Portugal*; sin embargo resulta constatable que la citada normativa ha sido objeto de rectificación, pues le consta a la propia AP de Pontevedra que, al menos, se ha producido una primera modificación a través de la *Portaria* núm. 679/2009 de 25 de junio, que afecta tanto a la normativa reguladora como a los anexos en los que se contemplan las cuantías indemnizatorias, ignorando si se han producido nuevas reformas o si la citada normativa reformada se encuentra vigente y es aplicada por los tribunales portugueses. Por tanto, al plantearse dudas acerca de la normativa vigente aplicable en Portugal, correspondiendo dicha prueba a la parte demandada, la AP de Pontevedra falla de acuerdo con la ley española, tal y como establece la doctrina jurisprudencial antes citada.

No es el momento de analizar cuál es la manera más óptima de resolver déficits probatorios de este tipo, ya que se trata de un debate muy delimitado (sobre las diferentes soluciones, con sus ventajas y desventajas, VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2.ª ed., Cizur Menor, Civitas, 2007, pp. 520-521; y, sobre los indicios de que se avecinan cambios de cara a clarificar legalmente los supuestos de falta de prueba del Derecho extranjero, FONTANELLAS MORELL, J. M., *REDI*, 2014-30-Pr), ya que en el caso que estamos anotando la AP de Pontevedra debió aplicar la ley española, pero no por una falta de prueba de la ley portuguesa sino, como ya se ha señalado, por aplicación del Convenio de La Haya de 4 de mayo de 1971.

4. En definitiva, la sentencia de la AP de Pontevedra es poco ejemplar por el desconocimiento de algunas fuentes de DIPr y la aplicación incorrecta de otras. Resulta muy poco gratificante su lectura pues pone de manifiesto hasta qué punto algunos Tribunales españoles siguen sin estar familiarizados con las herramientas que proporciona el sistema de fuentes de DIPr español y, sin darle la «normalización» que merecen conflictos privados internacionales como los que dan lugar a la sentencia objeto de esta Nota.

Alfonso ORTEGA GIMÉNEZ

Universidad Miguel Hernández de Elche

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.1.2015.3b.16>

4.4. Sucesiones internacionales

REDI-17-Pr

SUCESIÓN HEREDITARIA.—Causante alemán residente en España: calificación negativa del Registrador de la Propiedad suspendiendo inscripción de escritura de aceptación y adjudicación de herencia.—Certificado expedido por el Consulado de Alemania: prueba suficiente del Derecho extranjero (alemán) aplicable.—Acta de declaración de herederos abintestato tramitada por el notario: título válido y suficiente de la sucesión a efectos del Registro.

Preceptos aplicados: arts. 9.8 CC, 168.4 RN, 36 RH, 281 LEC.

[...] declaro: 1. Que el notario demandante probó adecuadamente el derecho extranjero aplicable, siendo suficiente a tales efectos el certificado expedido por la Vicecónsul

REDI, vol. 67 (2015), 1

de la República federal de Alemania en las Palmas. 2. Que ha de reputarse título válido y suficiente de la sucesión a efectos del Registro de la Propiedad, el Acta de Declaración de herederos abintestato tramitada por el Notario, sin que sea necesario además que ante un juzgado alemán se tramite procedimiento alguno de declaración de herederos (*Erbschein*).

Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (núm. 10) de Las Palmas núm. 574/2013, de 7 de enero de 2014. Ponente: M. C. de León Jiménez.

F.: La Ley, 3739/2014.

Nota. 1. Don Germán, ciudadano alemán propietario de bienes inmuebles sitos en su último domicilio de Tías (Lanzarote), fallece en Lanzarote en 2012. Más tarde, el notario español de Yaiza (Lanzarote) autorizó la escritura de aceptación y adjudicación de herencia, presentándose copia autorizada de este título ante el Registro de la Propiedad de Tías, cuyo registrador suspende la inscripción en ausencia del acta de declaración de herederos abintestato junto con el certificado de defunción del causante y del Registro General de Actos de Última Voluntad. En 2013, aportados estos documentos, suspende otra vez la inscripción al considerar insuficiente el certificado expedido por el Consulado de Alemania en Las Palmas como medio de prueba del Derecho extranjero, exigiendo aportar el *Erbschein* o certificado sucesorio emitido por juzgado alemán acreditativo de quiénes son los herederos de una persona fallecida con o sin testamento. Recurre esta calificación denegatoria el notario autorizante, oponiéndose el registrador argumentando la bondad de las calificaciones registrales, que el notario no considera la nacionalidad alemana del causante, y que, rigiéndose la sucesión por la ley alemana, se aporta sólo certificado de últimas voluntades, desconociéndose realmente si el causante hizo testamento en Alemania.

2. Inoperativo el reenvío de retorno a la ley española por coincidencia con el punto de conexión, nacionalidad del causante, de la norma de conflicto alemana del art. 25.I EGBGB, rige la sucesión de don Germán la ley alemana por remisión del art. 9.8 CC, regulador de esta materia hasta que resulte aplicable tras el 17 de agosto de 2015 el ya en vigor Reglamento 650/2012 (y el *Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 sobre la ley aplicable a la forma de las disposiciones testamentarias* en cuanto a su validez formal, incluso también tras el Reglamento 650/2012, y ya no, error de la sentencia comentada en FD 4, el art. 11 CC), y cuya aplicación efectiva pasa, tanto desde la óptica de las autoridades judiciales como, en lo que ahora interesa, de notarios y registradores, por su prueba. En este sentido, actúa correctamente el notario de Yaiza al aportar certificación expedida por el vicecónsul de la República Federal de Alemania en Las Palmas de Gran Canaria con el contenido y vigencia de las normas del Derecho civil alemán reguladoras de la sucesión intestada, que incorpora al acta de declaración de herederos *ab intestato* debidamente traducida; o, lo que es lo mismo, existe prueba suficiente del Derecho alemán al ser el certificado consular «...medio válido para acreditar (su) vigencia...» en virtud del art. 168.4 RN (FD 4). Por eso no se entiende la actuación del registrador de Tías negando esta suficiencia, desvirtuando la aplicación del Derecho extranjero por el notario y exigiendo el certificado sucesorio alemán, en consonancia con lo que parece ser un cambio de criterio de la DGRN sometiendo el tratamiento del Derecho extranjero por notarios y registradores, además de a las reglas especiales, a la general del art. 281 LEC propio de la sede judicial (así, Res. DGRN de 26 de junio de 2012), esto es, prueba exhaustiva del Derecho extranjero: contenido, vigencia, sentido, alcance e interpretación actuales atribuidos por la jurisprudencia del Estado en cuestión (Res. DGRN 26/6/12: misma actuación ante ley extranjera traída

ex conocimiento del notario autorizante de la escritura más informe de jurisconsulto extranjero; igual, Res. DGRN de 2 de febrero de 2012: ley italiana *ex* conocimiento del notario). Primero. Es cuestionable la aplicación subsidiaria del art. 281 LEC en sede extrajudicial: el art. 4 LEC no hace referencia al ámbito registral, y sólo a los procesos penales, contencioso-administrativos, laborales y militares, cuando estima que, en defecto de disposiciones en las leyes correspondientes, «...serán de aplicación los preceptos de la presente Ley...» (SAP Madrid de 16 de octubre de 2012, que, no obstante, parece asumir este carácter subsidiario del art. 281 LEC también en sede registral). Segundo. No existe un *numerus clausus* relativo a los medios de prueba del Derecho extranjero cuando el registrador comprueba la adecuación a la ley extranjera del acto contenido en el documento cuyo acceso al Registro de la Propiedad se pretende: al margen de poder valerse el registrador de su propio conocimiento del Derecho extranjero, el art. 36 RH, aunque menciona aseveración o informe de un notario o cónsul español o de diplomático, cónsul o funcionario competente del país cuya legislación sea aplicable, habla expresamente de «...entre otros medios...» (tendencia también a flexibilizar la necesidad de aportación de ciertos medios de prueba en sede judicial, si bien partiendo de la aportación de prueba documental, suficiente muchas veces como prueba única; así, por ej., SAP Granada de 19 de julio de 2004, o SAP Barcelona de 28 de septiembre de 2004). Tercero. Riesgo de indefensión que se produciría de agotar todos los medios existentes para acreditar el Derecho extranjero y aun así considerar su prueba insuficiente, más todavía rigiendo el principio de libertad de medios de averiguación (SAP Madrid de 16 de octubre de 2012, admitiendo informe de jurisconsulto extranjero). Por ello, debe practicarse inscripción si el notario autorizó una escritura pública en aplicación de un Derecho extranjero que había probado a partir de cualquiera de los medios recogidos en el art. 168.4 RN, coincidentes con los relacionados en el art. 36 RH, exigiendo del registrador, en los fundamentos de Derecho de la calificación denegatoria de la inscripción, motivación expresa de su opinión discrepante en cuanto a la ley extranjera y a través también de cualquiera de los medios de prueba habilitados por el art. 36 RH; probado el Derecho extranjero, vincula la prueba al registrador [así, BLANCO-MORALES LIMONES, P., «No se puede exigir el certificado sucesorio para inscribir en el Registro de la Propiedad los bienes heredados de un causante alemán (*Ein Erbschein ist zum Erben keine Pflicht*)», *Diario La Ley*, 2014, núm. 8262, p. II.2].

3. Tampoco se entiende que el registrador de Tías, además de desvirtuar la prueba plena y suficiente que, del Derecho alemán y de acuerdo con los arts. 168.4 RN y 36 RH, había traído el notario a través del certificado consular, proceda a denegar la inscripción al exigir la aportación a mayores de un certificado sucesorio alemán o *Erbschein* acreditativo de quiénes son los herederos de la persona fallecida, en línea con ciertas respuestas de la DGRN (Res. DGRN de 28 de julio de 2011, sobre exigencia de presentar título sucesorio extranjero, en el caso, holandés). Primero. Porque, de acuerdo con la ley española, aplicable *ex* art. 10.1 CC, y consecuente con su naturaleza real, a la inscripción de los bienes en el Registro de la Propiedad español, un certificado sucesorio extranjero no es título exigible para acceder al Registro: a tenor de lo dispuesto en el art. 14 LH y el art. 979 LEC 1881, el título exigible a tales efectos puede ser testamento, el contrato sucesorio, el acta de notoriedad, o, lo que ahora interesa, la declaración judicial de herederos abintestato, sin mención alguna, pues, al título sucesorio extranjero (FD 4). Segundo. Porque, reclamando la aportación del certificado sucesorio alemán o *Erbschein*, el registrador estaría solicitando un requisito que no es exigible, con carácter general, en el propio Derecho alemán: si bien es cierto que el *Erbschein* proporciona seguridad al tráfico, en su sentido de documento público en el que se identifica al causante, los bienes conformantes del caudal relicto,

los herederos y sus derechos, así como las limitaciones dispositivas o la designación del *Testamentsvollstrecker* (§ 2364 Abs. 1 BGB), de acuerdo con el Derecho alemán y a fin de evitar una carga desmesurada al heredero y retrasos en la regularización de la sucesión, no existe obligación por parte del heredero de demostrar su cualidad de tal a través de un certificado sucesorio, admitiéndose la verificación de su condición por otros medios (Sentencia BGH de 8 de octubre de 2013, XI ZR 401/2012: exigible sólo de existir dudas al valorar una disposición *mortis causae* respecto de un pretendido derecho sucesorio que requiera informaciones adicionales sobre la voluntad del causante o sobre las verdaderas relaciones existentes; DOWNES, N., «El *Erbschein* en la práctica notarial española: ¿un documento necesario o simplemente útil?», *Rev. Jur. Notariado*, 2003, núm. 46, pp. 67-106). Tercero. Porque la actuación del registrador de Tías pretendiendo demostrar la incorrecta aplicación del Derecho extranjero al exigir el certificado sucesorio alemán o *Erbschein*, no es coherente con la, a su juicio, prueba insuficiente del Derecho alemán (así, BLANCO-MORALES LIMONES, P., *op. cit.*, punto I *in fine*: resulta incongruente denegar la inscripción de la escritura autorizada por notario español con base en la falta de prueba del Derecho extranjero y al mismo tiempo imponer el cumplimiento de un requisito supuestamente exigido por ese Derecho). En fin, el Reglamento 650/2012 traerá consigo, como es sabido e inspirado precisamente en el *Erbschein* alemán, el certificado sucesorio europeo (arts. 62-73), en orden a facilitar la tramitación rápida y eficiente de las sucesiones en la UE, especialmente, que herederos, legatarios, ejecutores testamentarios o administradores de la herencia puedan probar con mayor facilidad su cualidad de tal, así como sus derechos o facultades en otro Estado miembro (aquel donde se hallen sitios bienes sucesorios, por ejemplo), por otra parte, conviviente con aquellos otros títulos o certificados sucesorios domésticos (por ejemplo, en España, escritura de aceptación; considerando 67, Reglamento 650/12).

Javier MASEDA RODRÍGUEZ*

Universidad de Santiago de Compostela

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.1.2015.3b.17>

REDI-18-Pr

SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE.—Testamento otorgado en Londres.—Declaración de nulidad por presunta falsedad de la firma.—Competencia de los tribunales españoles.—Ley aplicable a la forma y a la validez del testamento.—Resolución judicial extranjera (*Grant of Probate*) dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Londres.—Validez y eficacia de la decisión de un tribunal extranjero.

Preceptos aplicados: art. 22.2 LOPJ; art. 1 del Convenio de La Haya de 1961, sobre los Conflictos de Leyes en Materia de Forma de las Disposiciones Testamentarias; arts. 9.1 y 11.1 CC; art. 281 LEC.

Sentencia AP Málaga (Sección 4.ª) núm. 250/2014, de 30 de mayo. Ponente: José Luis López Fuentes.

F.: Aranzadi Westlaw, AC 2014/1617.

* La presente colaboración se enmarca en la ejecución del Proyecto de Investigación del Plan Nacional de I+D+i, «Sucesiones internacionales. El Reglamento 650/2012 y su interacción con el Derecho civil nacional» (Ref. DER2013-43391-R), subvencionado por el Ministerio de Ciencia e Innovación y el FEDER, y dentro del Programa de consolidación y estructuración de unidades de investigación competitivas del Sistema universitario de Galicia (exp. GPC2014/024).

Alega la recurrente en su primer motivo el error en la valoración de la prueba, por omisión en la sentencia de toda referencia al documento [...] consistente en auto de averdación dictado por el Tribunal Superior de Justicia de Londres [...] lo que supone un desconocimiento de la validez y eficacia de la decisión de un tribunal extranjero, con infracción de las normas que regulan la ley aplicable a la forma del testamento, y en concreto del Convenio de La Haya.

El art. 3 del Convenio de La Haya de 1989 dispone sobre competencia en materia de sucesiones, lo siguiente: «1. La sucesión se regirá por la ley del Estado en que el difunto tuviera su residencia habitual en el momento de su fallecimiento, si en ese momento fuera nacional de dicho Estado. 2. La sucesión también se regirá por la ley del Estado en que el difunto tuviera su residencia habitual en el momento de su fallecimiento si hubiera residido en dicho Estado durante un periodo no inferior a cinco años inmediatamente anterior a su fallecimiento[...].

Conforme a lo establecido en el art. 22.2º de la LOPJ, serán competentes los Juzgados y Tribunales españoles [...] y el número 3º indica que también serán competentes «en materia de sucesiones, cuando el causante haya tenido su último domicilio en territorio español o posea bienes inmuebles en España».

[...] la cuestión a dilucidar es si los tribunales españoles deben aplicar las leyes españolas en cuanto a la eficacia de un testamento otorgado en el extranjero y presuntamente falsificado.

Por tanto, aún cuando la forma del testamento puede otorgarse conforme a la ley reguladora personal del causante, la ley aplicable en el presente caso, al tratarse de una persona fallecida en España, con último domicilio en España y con sus bienes en España, no puede ser otra que la española, que regirá toda cuestión que afecte a la eficacia del testamento, pues una cosa es la forma del testamento y otra distinta su autenticidad, que es cuestión de orden público y que afecta al contenido del testamento, de modo que no puede negarse la aplicación de la ley española cuando se afirme que un testamento es nulo por presunta falsedad de la firma.

Nota. 1. Se plantea en este procedimiento la validez en España de un testamento otorgado en Londres por un ciudadano de nacionalidad americana que se encontraba domiciliado en España en el momento del fallecimiento donde, además, tenía bienes inmuebles. La presunta falsedad de la firma era el argumento esgrimido por la recurrente para solicitar la nulidad del mencionado testamento. Este proceso nos permite analizar los tres sectores del DIPr, a saber, la competencia de los tribunales españoles para declarar la eficacia o nulidad del testamento otorgado en el extranjero; el derecho aplicable a la sucesión por causa de muerte; y el reconocimiento incidental de una resolución judicial extranjera dictada por el Registro principal del Departamento de familia del Tribunal Superior de Justicia de Londres.

2. Por lo que respecta a la competencia de los tribunales españoles para revocar el testamento otorgado en Londres hay que señalar que, a falta de norma convencional o de la Unión Europea aplicable, el art. 22.3 de la LOPJ en su último inciso atribuye competencia a los juzgados y tribunales españoles «cuando el causante haya tenido su último domicilio en territorio español o posea bienes inmuebles en España», circunstancias que, como ya he señalado, concurrían en el presente supuesto. Además, la competencia de los tribunales españoles no había sido cuestionada por la parte recurrente por lo que no plantea ninguna controversia contrariamente a lo que sucede con la ley aplicable por el tribunal español para declarar la nulidad del testamento otorgado en el extranjero.

3. En relación a la ley aplicable a la forma del testamento, de conformidad con lo dispuesto en las normas de DIPr contenidas en el art. 11.1 CC, las formas y solemnidades del mencionado testamento debían regirse por la ley inglesa por ser éste el país en el que se había otorgado. Aún cuando la sentencia objeto de comentario no lo menciona, hay que señalar que este precepto contiene una de las conexiones previstas en el art. 1 del Convenio de La Haya, de 5 de octubre de 1961, sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias —en vigor tanto en España cuanto en el Reino Unido, donde se incorporó a través del *Wills Act* de 1963—, que considera válida una disposición testamentaria cuando se ajuste, entre otras posibilidades, a la ley interna del lugar donde el testador hizo la disposición (la ley inglesa en el presente caso), sin que la nacionalidad norteamericana del causante tenga ninguna transcendencia a estos efectos, pues el art. 6 del mencionado Convenio dispone que: «El Convenio se aplicará aunque la nacionalidad de los interesados [...] no sea la de un Estado contratante».

4. Por el contrario, para determinar la ley aplicable a la sucesión, la sentencia hace referencia al Convenio de La Haya de 1989 sobre la ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte y lo hace de forma errónea al indicar que «el Convenio dispone sobre competencia en materia de sucesiones» pues este Convenio únicamente establece disposiciones comunes relativas a la ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte pero no a la competencia judicial internacional. Por otra parte, tampoco resulta acertada la referencia al mencionado Convenio por cuanto el mismo ha constituido un fracaso (a fecha de hoy únicamente ha sido ratificado por Países Bajos), si bien es cierto que, en algunos aspectos, ha servido de inspiración al Reglamento 650/2012 sobre sucesiones internacionales que será aplicable a partir del 17 de agosto de 2015 y que permitirá disponer de un sistema uniforme para determinar, además de la ley aplicable, la competencia judicial y el reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia sucesoria en el ámbito de la Unión Europea. Consecuentemente, hasta ese momento, la norma de conflicto aplicable seguirá siendo el art. 9.8 CC en virtud del cual la sucesión por causa de muerte se regirá por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento. Es decir, la ley del Estado norteamericano de Massachusetts, por ser Estados Unidos un ordenamiento plurilegislativo, si bien, al aplicar las normas de DIPr del mencionado Estado, es posible apreciar un reenvío a la ley española (art. 12.2 CC), no sólo porque el causante no disponía de bienes en el Estado norteamericano, tal y como manifiesta la Sala sino porque el *Massachusetts Uniform Probate Code* (Chapter 190 B, Article II, Section 2-401) utiliza como punto de conexión para determinar la ley aplicable a las sucesiones el último domicilio del causante en el momento del fallecimiento. Reenvío que ha de ser admitido por los tribunales españoles en aras a garantizar los principios de unidad y universalidad en los que se inspira el proceso sucesorio en España, tal y como ya ha tenido ocasión de manifestar el Tribunal Supremo (SSTS de 15 de noviembre de 1996, de 21 de mayo de 1999 y de 23 de septiembre de 2002).

5. Finalmente, en relación al reconocimiento incidental del *Grant of Probate*, considero acertada la decisión de la Sala de no reconocer la resolución judicial extranjera si bien discrepo en relación a su fundamento. La Sala considera que el *Grant of Probate* se limita a registrar el testamento y nombrar ejecutor sin manifestarse sobre la validez y veracidad del testamento, pero lo cierto es que en el Derecho inglés este certificado constituye la aceptación oficial de la autenticidad de un testamento y la autorización oficial que permite al ejecutor testamentario comenzar a ejercer sus funciones, liquidar la herencia y entregar el remanente líquido a los beneficiarios cumpliendo la voluntad del testador. Cuando alguna de las partes considere que el testamento

no es válido introducirá una acción e impedirá que el Tribunal conceda el *Grant of Probate*. De hecho, la emisión de un *Grant* requiere el cumplimiento de ciertas formalidades, entre ellas la declaración bajo juramento (*affidavit*) de uno de los testigos que asistieron a la firma del testamento por el testador en caso de conflicto (JAMES, P. S., *Introduction to English law*, Oxford University Press, 13.^a ed., 1996). En mi opinión, el argumento para no reconocer la resolución judicial extranjera ha de sustentarse en el hecho de que la ley aplicable a la sucesión es la ley española y no el Derecho inglés como pretende la parte apelante. Consecuentemente, no procede solicitar el *Grant of probate* al amparo del Derecho inglés. En conclusión, la forma del testamento se rige por la ley inglesa por ser la del lugar en el que se otorgó, pero la sucesión se regirá por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento que, como he señalado, es la ley española por el reenvío que practica la ley del Estado de Massachusetts al Derecho español y con base en ella ha de establecerse la posible nulidad del testamento, independientemente del *Grant of Probate* otorgado por el Tribunal inglés.

Raúl LAFUENTE SÁNCHEZ
Universidad de Alicante

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.1.2015.3b.18>

4.5. Dimensión interna del sistema de DIPr

REDI-19-Pr

SUCESION TESTAMENTARIA.—Derechos que por ministerio de ley corresponden al cónyuge supérstite.—Efectos del matrimonio.—Inadaptación, desajuste y coherencia interordinamental.—Autonomía de la voluntad.

Preceptos aplicados: arts. 9.2, 9.8, 16 CC.

Sentencia AP Islas Baleares (Sección 5.^a) núm. 179/2014, de 11 de junio. Ponente: Mateo Ramón Hómar.

F: Aranzadi Westlaw, AC/2014/1236.

La demandante Sra. Modesta ejercita dos acciones contra los tres hijos y herederos de quien fue su esposo, en petición de que se le reconozcan sus derechos legítimos conforme al Código Civil, y una indemnización de 19.068,64 euros por aplicación del art. 1438 del CC. Como argumentos más relevantes respecto de la primera acción alude a que los efectos del matrimonio se regulan por el derecho común en aplicación del art. 9.8 del CC, pues han tenido su residencia habitual en Alcalá la Real (Jaén), siendo éste su último domicilio, con lo cual los efectos del matrimonio deben regularse por el derecho común, y entre ellos la legítima viudal [...].

Los demandados niegan la convivencia durante treinta años; dicen que su madre D.^a Sonia se separó de su padre en el año 2000, la sentencia de separación se dictó en el año 2004 y el divorcio contencioso en enero de 2008; niegan que hubieren sido pareja de hecho [...] [sostienen que] la única consecuencia de la escritura es la fijación del régimen matrimonial y no de la sucesión; existencia de una residencia esporádica con la actora, con la que no tuvo una convivencia continua y permanente, y niega que cuidara a la madre de su esposo, fallecida en 1995.

La sentencia de instancia desestima la demanda, y como argumentos más relevantes, refiere que D. Arcadio estuvo empadronado en Ibiza desde 1996, lo cual contradice la

REDI, vol. 67 (2015), 1

certificación del Ayuntamiento de Alcalá la Real, y su domicilio en [...] se recoge en el padrón, en el certificado de defunción, INSS, testamentos otorgados en Ibiza, y la escritura de capitulaciones matrimoniales; que las capitulaciones tienen como finalidad determinar el régimen económico matrimonial de separación de bienes para el futuro matrimonio, no así determinar consecuencia alguna en orden a la ley aplicable a la sucesión del causante; en el testamento se aprecia el propósito de testar con arreglo a las normas forales en materia de testamentaria; existen varias tesis doctrinales sobre la cuestión de la interpretación de los apartados 2 y 8 del art. 9 del CC, junto con los arts. 14 y 16 del CC y el art. 1 de la Compilación de Baleares, y llega a la conclusión de que la sucesión se rige por el art. 79 de la Compilación, conforme al cual el cónyuge viudo no es legitimario.

Nota. 1. Nos encontramos con un viejo y recurrente tema de Derecho de sucesiones con especial incidencia en Derecho interregional: los derechos que por ministerio de ley le corresponden al cónyuge supérstite en función del art. 9.8 *in fine* del CC. El supuesto que nos ocupa es una muestra del problema de interpretación de dicho precepto o, más exactamente, de delimitación del ámbito de aplicación de la norma de conflicto, convertido en un debate doctrinal todavía sin resolver. Las dos posturas existentes al respecto cobran de nuevo protagonismo en las partes integradas en nuestra controversia, poniendo de manifiesto, una vez más, su actualidad.

La pregunta sigue siendo sencilla, mas la respuesta parece no serlo tanto: ¿qué derechos le corresponden al cónyuge supérstite cuando la ley que rige la sucesión y la ley que rige los efectos del matrimonio son distintas? Respuesta que engloba problemas de calificación, delimitación y adaptación o coherencia interordenal que le dotan de cierta complejidad (ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Dos cuestiones de actualidad en el reciente Derecho internacional privado español de sucesiones: los derechos del cónyuge supérstite y el reenvío», *Estudios de Derecho civil. Homenaje al Profesor Francisco Javier Serrano García*, Valladolid, Universidad de Valladolid, 2004, pp. 131-157).

2. En la sentencia que nos ocupa don Arcadio, de vecindad civil ibicenca, contrae matrimonio en segundas nupcias con doña Modesta, de vecindad civil común, en Alcalá la Real (Jaén); lugar donde se encuentra su residencia habitual común. Con anterioridad al matrimonio, la pareja había otorgado escritura pública de capitulaciones matrimoniales fijando el régimen de separación de bienes del Código Civil. Dos años después don Arcadio fallece habiendo otorgado testamento, acorde con el Derecho foral ibicenco, en el que nombra herederos a sus tres hijos de un matrimonio anterior sin efectuar disposición alguna en favor de su actual esposa.

La esposa y actora en instancia solicita que le sea reconocida la legítima viudal conforme al Código Civil (amen de una compensación /indemnización vinculada al art. 1.438 CC que no entraremos a discutir). Ajustándose a una interpretación amplia del art. 9.8 *in fine* del CC establece que los efectos del matrimonio se rigen por el Derecho común en tanto que la última residencia habitual de los cónyuges se encontraba en Jaén, lugar donde, además, contrajeron matrimonio. El art. 9.2 del CC, regulador de los efectos del matrimonio, no da lugar a dudas. Según la demandante, en virtud del último inciso integrado en el art. 9.8 del CC la ley establecida por el art. 9.2 se extiende a *todos* los efectos del matrimonio incluyendo aquellos vinculados a la sucesión del causante, como es la legítima viudal reclamada. Y es que, aunque el art. 9.8 del CC establece que la ley sucesoria será la de la vecindad civil del causante, los derechos que corresponden al cónyuge supérstite por ministerio de la ley quedarán sometidos a la misma ley que rige los efectos del matrimonio.

Es bien conocido que el último inciso del art. 9.8 del CC trata de regular esta cuestión haciendo frente a los potenciales problemas de inadaptación o desajuste del

sistema que pueden concurrir cuando la ley reguladora del régimen económico matrimonial y la ley aplicable a la sucesión son distintas y con un contenido material incompatible desde la perspectiva de la coherencia interordinamental (BOUZA VIDAL, N., *Problemas de adaptación en Derecho internacional privado e interregional*, Madrid, Tecnos, 1977, p. 30). Para evitarlo la ley aplicable a los efectos del matrimonio (art. 9.2 del CC) desplaza a la ley que rige la sucesión en aras a garantizar una correcta coordinación entre la esfera patrimonial de los cónyuges antes y después de su muerte; diluyendo la inoportuna frontera que separa el Derecho de familia y el Derecho de sucesiones. La interpretación más evidente es pensar que el precepto se refiere a todos los derechos que el cónyuge supérstite tenga por ministerio de la ley.

3. A pesar de ello, existen una interpretación que, con el pretexto de garantizar la unidad de la sucesión, hace una lectura forzada y carente de sentido del art. 9.8 *in fine* y se aferra a una interpretación restrictiva del precepto. Esencialmente esa es la seguida tanto por la Sentencia de Instancia como por la Audiencia Provincial desestimando la pretensión de la demandada. En ella se diferencia entre los «efectos familiares» y los «efectos sucesorios» del matrimonio, de modo que los derechos que por ministerio de ley le corresponden al cónyuge supérstite aludidos en el art. 9.8 *in fine* serían únicamente los de *naturaleza familiar*. Así se mantiene la aplicación de la ley sucesoria a los efectos del matrimonio que se engloban como derechos sucesorios del cónyuge supérstite, sin importar si la ley que rige el resto de los efectos del matrimonio coincide o no con esta última. Proyectado a nuestro caso concreto la ley sucesoria (la ibicenca) se aplicaría a toda la sucesión del causante, también a los efectos «sucesorios» del matrimonio. Como resultado se deniega la pretendida legítima viudal en aplicación del art. 79 de la Compilación de Baleares —tal y como defienden los hijos—. Pero entonces ¿para que se integró el último inciso del art. 9.8 mediante la Ley 11/1990? La respuesta es también rotunda (y carente de sentido): únicamente para regular los «efectos familiares del matrimonio».

4. No debe sorprender la tesis acogida por la Audiencia Provincial, que no hace sino seguir las erróneas pautas marcadas por la DGRN en Resoluciones de 11 de marzo y de 18 de marzo de 2003 (véase FONT I SEGURA, A., *REDI*, 2003-28-Pr, pp. 993-994) y de 5 de marzo de 2005. Aunque pensamos que se trata de un razonamiento desatinado, hay que constatar su existencia y su cierta autoridad práctica. En el supuesto podría, además, entenderse la solución última si tenemos en cuenta la propuesta de que el inciso final del art. 9.8 del CC no sea de aplicación cuando los cónyuges hayan pactado expresamente un régimen determinado dotando de la deseada coherencia a toda los efectos privados de su relación, anticipándose a la voluntad del legislador y mermando (en este caso concreto) el objetivo finalista inherente al art. 9.8 *in fine* (véase ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Dos cuestiones...», *op. cit.*, pp. 10-11). Sólo que la argumentación de la AP no va en este sentido. La aceptación de una *professio iuris* en materia sucesoria, tal y como hace el Reglamento de sucesiones europeo, junto con la libertad de pactos de régimen económico, podrían facilitar la solución de este tipo de problemas.

Nerea MAGALLÓN ELÓSEGUI*

Universidad de Deusto

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.1.2015.3b.19>

* La presente colaboración se enmarca en la ejecución del Proyecto de Investigación del Plan Nacional de I+D+i, «Sucesiones internacionales. El Reglamento 650/2012 y su interacción con el Derecho civil nacional» (Ref. DER2013-43391-R), subvencionado por el Ministerio de Ciencia e Innovación y el FEDER.

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. LAS DIFICULTADES DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL PARA EL ENJUICIAMIENTO DE JEFES DE ESTADO Y DE GOBIERNO: LOS CASOS DE *AL BASHIR* Y *KENYATTA*.—2. LA RESPONSABILIDAD FINANCIERA Y LA PARTICIPACIÓN EN EL ARBITRAJE DE INVERSIONES DE LA UNIÓN EUROPEA Y SUS ESTADOS MIEMBROS A LA LUZ DEL REGLAMENTO (UE) NÚM. 912/2014.—3. LOS JUICIOS ARGENTINOS SOBRE LOS CRÍMENES DEL FRANQUISMO.—4. UN NUEVO CORTOCIRCUITO LEGISLATIVO EN NACIONES UNIDAS: LA RESOLUCIÓN 2178 (2014) DEL CONSEJO DE SEGURIDAD DE NACIONES UNIDAS RELATIVA A LOS COMBATIENTES TERRORISTAS EXTRANJEROS.—5. LAS INICIATIVAS EUROPEAS DE RECONOCIMIENTO DE PALESTINA COMO ESTADO: ¿ESTÍMULO PARA LA PAZ ENTRE JUDÍOS Y PALESTINOS?—6. ¿ENTERRANDO A BANKOVIC? LA EFICACIA EXTRATERRITORIAL DEL CONVENIO EUROPEO A LA LUZ DE LA SENTENCIA TEDH (GRAN SALA) DE 20 DE NOVIEMBRE DE 2014 EN EL ASUNTO *JALOUD C. PAÍSES BAJOS*.—7. LA LEY DE LA ACCIÓN Y DEL SERVICIO EXTERIOR DEL ESTADO. UN INTENTO FALLIDO.—8. ESPAÑA EN EL CONSEJO DE SEGURIDAD DE NACIONES UNIDAS DURANTE EL BIENIO 2015-2016: RETOS Y RESPONSABILIDADES.

1. LAS DIFICULTADES DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL PARA EL ENJUICIAMIENTO DE JEFES DE ESTADO Y DE GOBIERNO: LOS CASOS DE *AL BASHIR* Y *KENYATTA*

1. Uno de los logros más significativos del Estatuto de la Corte Penal Internacional ha sido su art. 27, en el que se establece la aplicación del Estatuto a todas las personas sin distinción basada en el cargo oficial. De este modo el Estatuto viene a negar de manera expresa la inmunidad de, entre otros, los jefes de Estado y de Gobierno. Ha

REDI, vol. 67 (2015), 1

sido este art. 27 el que ha permitido iniciar los dos primeros procedimientos ante la Corte contra jefes de Estado. El primero de ellos contra el presidente de Sudan, Omar Hassan Ahmad Al Bashir, acusado de crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y crimen de genocidio cometidos durante el conflicto en Darfur. Y el segundo contra el presidente de Kenia, Uhuru Muigai Kenyatta, acusado de crímenes contra la humanidad cometidos durante los incidentes violentos que siguieron a las elecciones presidenciales de 2007 en Kenia.

Ambos casos se han caracterizado por acusaciones de falta de colaboración de los Estados de los que son nacionales, así como de otros Estados partes y no partes en el Estatuto de la Corte, y por los obstáculos presentados por la Unión Africana. E independientemente de las muy distintas actuaciones que se han llevado a cabo en los dos casos, y que analizaremos a continuación, lo esencial a señalar es que actualmente todavía no se ha iniciado el juicio contra Al Bashir, y en el caso de Kenyatta la Fiscalía se ha visto obligada a retirar los cargos debido a la imposibilidad de probar la responsabilidad de Kenyatta más allá de cualquier duda razonable (ICC-01/09-02/11), poniendo de este modo en entredicho la capacidad efectiva de la Corte para juzgar a jefes de Estado y de Gobierno.

2. La primera diferencia a señalar entre estos dos casos es el inicio de los procedimientos, ya que mientras que en el caso de Sudan el asunto fue referido a la Corte por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas (CdS) conforme al art. 13.b) del Estatuto (Res. CdS 1593 de 2005); en el caso de Kenia, fue el fiscal conforme al art. 15 del Estatuto quien, tras la autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares, inició motu proprio la investigación.

3. Respecto de Al Bashir, en 2005, con posterioridad a la remisión del asunto por el CdS, el fiscal decidía el inicio de la investigación sobre la situación en Darfur, la cual llevó a la emisión de una primera orden de detención (ICC-02/05-01/09-1) contra Al Bashir en marzo de 2009, por los cargos de crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra, emitiéndose con posterioridad, en febrero de 2010, una segunda orden de detención (ICC-02/05-01/09-95) por crimen de genocidio. La emisión de dos órdenes se debió a que la Sala de Cuestiones Preliminares no consideró suficientemente probado en la primera solicitud la comisión de crimen de genocidio, por lo que la Fiscalía tuvo que presentar nuevas pruebas para que finalmente la Sala emitiera la segunda orden con el cargo de crimen de genocidio. Las razones que llevaron a la emisión de la orden de detención fueron la necesidad de asegurar la comparecencia de Al Bashir ante la Corte, así como impedir que obstruyera la investigación y que no continuara cometiendo los crímenes de los que se le acusaba.

La respuesta de Al Bashir ante la orden de detención no se hizo esperar, calificándola de conspiración y no dando por tanto ejecución a la misma. Si bien es cierto que Sudan no es parte del Estatuto de la Corte y por tanto no está sometido a la obligación de cooperar establecida en el art. 86 del Estatuto, el asunto, como ya señalamos, fue remitido a la Corte por el CdS, y en la Resolución de remisión se establecía la obligación de Sudan de cooperar plenamente con la Corte. De este modo, Sudán quedaba obligado a dar cumplimiento a la orden de detención, conllevando, en caso contrario, un incumplimiento también de la Resolución del CdS. Hasta la fecha Sudán no ha dado cumplimiento de la misma, pero no ha sido éste el único Estado al que se ha requerido la detención de Al Bashir.

4. En 2010 Al Bashir visita Kenia, Estado parte en el Estatuto, para la celebración de la promulgación de la nueva Constitución, negándose este país a dar cumplimiento a la orden detención. Posteriormente la Corte tiene de nuevo conocimiento de que Al

Bashir tiene previsto realizar otra visita a Kenia, y la Sala de Cuestiones Preliminares emite una decisión (ICC-02/05-01/09-109) por la que informa de dicho viaje al CdS y a la Asamblea de Estados Partes, y en la que se recordaba también a este país su obligación de colaborar con la Corte conforme al art. 87 del Estatuto y la Resolución del CdS. La respuesta de Kenia en este caso fue que «respetaría lo que dispusiese la CPI», lo que conllevó el aplazamiento del viaje, hasta que finalmente el Tribunal Supremo de Kenia dictó dos órdenes de detención contra Al Bashir, gracias principalmente al trabajo y la presión llevada a cabo por la sociedad civil keniana. Pero ésta no ha sido la práctica seguida por todos los Estados.

Es a partir de 2011 cuando Al Bashir comienza a realizar viajes sin que ninguno de los países a los que se le solicita el arresto colabore con la Corte. Viajes que han ido aumentando a medida que se demostraba que esta falta de cooperación con la Corte no tenía ninguna consecuencia. De este modo, Al Bashir ha viajado a Estados que no son parte del Estatuto de la Corte, como China, Irán, Etiopía, Kuwait o Qatar, y si bien estos Estados no están obligados por el Estatuto, sí es cierto que la Resolución 1593 «exhorta a todos los Estados y organizaciones regionales y demás organizaciones internacionales competentes a que también cooperen plenamente». En atención a esta Resolución han ido dirigidas las peticiones de colaboración del fiscal a algunos de estos países, considerando que la misma establece una obligación para los Estados no partes en el Estatuto, sin que hayan recibido respuesta por parte de dichos Estados.

5. Pero Al Bashir también ha viajado a Estados que son partes del Estatuto (Nigeria, Malawi, Djibuti...) y que se encuentran obligados a colaborar en la detención y entrega de esta persona conforme al art. 87. Y es en estos casos cuando se ve más afectada la legitimidad de la Corte, al ser los propios Estados parte los que impiden, boicotean y cuestionan el trabajo de la misma.

En 2011 la Corte tiene conocimiento de la futura visita de Al Bashir al Chad por lo que le solicita su cooperación para detenerlo. El Chad responde a esta demanda alegando que la posición adoptada por la Unión Africana (UA) sobre este asunto le impide atender la petición del fiscal. En este caso el Chad se escudaba en el rechazo que había manifestado la UA a la orden de detención y su solicitud de no colaboración con la Corte, que analizaremos en los siguientes párrafos. Este incumplimiento del Chad se ha repetido en diversas ocasiones, lo que ha llevado a la Sala de Cuestiones Preliminares a emitir una Decisión sobre el no cumplimiento del Chad (ICC-02/05-01/09-151) y solicitar su remisión al CdS para que adopte las medidas adecuadas, sin que hasta la fecha se haya adoptado medida alguna.

Diferente ha sido la posición adoptada por la República Democrática del Congo (RDC), ya que fue por otros motivos por los que no dio cumplimiento a la orden de detención con ocasión de la visita que realizó Al Bashir al país en marzo de 2014. En este caso la RDC alegó en primer lugar problemas temporales, ya que había tenido conocimiento de la visita de Al Bashir con muy poca antelación y éste había estado en el país por un periodo muy corto. Estas circunstancias planteaban problemas legales, diplomáticos y de seguridad que hubieran conllevado graves consecuencias para la RDC. Estos argumentos no convencieron a la Corte, que consideró que había tenido suficiente tiempo para preparar la detención de Al Bashir, debido a que era imposible que se organizaran actividades en el territorio de la RDC sin que ésta tuviera conocimiento.

Pero éste no fue el único argumento utilizado por la RDC que aludió a la inmunidad que gozaba Al Bashir como Jefe de Estado, y que presentaba por tanto un obs-

táculo jurídico para su detención. En ese sentido la Sala de Cuestiones preliminares señaló que la inmunidad de Al Bashir no podía ser alegada frente a la Corte debido a la aplicación del art. 27 del Estatuto, que dejaba muy claro el no reconocimiento de inmunidad a los jefes de Estado o de Gobierno.

6. En todo caso la posición de desafío a la Corte mantenida por los Estados africanos partes en el Estatuto se ha visto refrendada por la propia UA. En febrero de 2009, antes de que la Sala de Cuestiones Preliminares emitiera la orden de detención, la Asamblea se pronunciaba contraria a la solicitud realizada por el fiscal, considerando que la detención de Al Bashir pondría en peligro el delicado proceso de paz en Sudan, y solicitaba a la CdS, que haciendo uso del art. 16 del Estatuto decidiera el aplazamiento del proceso [Assembly/AU/Dec.221(XII)]. Pero esta postura de la UA ha ido más allá, solicitando a los Estados miembros que no colaboraran con la Corte en atención al art. 98 del Estatuto [Assembly/AU/Dec.245(XIII) Rev.1], por lo que se ha planteado la posibilidad de que Al Bashir pudiera alegar inmunidad conforme a Derecho consuetudinario, si bien habría que preguntarse, cuestión que no es objeto de este trabajo, si existe una inmunidad diplomática frente a tribunales internacionales en Derecho consuetudinario.

En este sentido la UA solicitó en varias ocasiones una aclaración de la aplicación de este artículo y del respeto a la inmunidad de los jefes de Estado y de Gobierno que no son partes en el Estatuto. Pero dado que la cuestión no quedó esclarecida, el siguiente paso de la UA fue aconsejar que los Estados parte en el Estatuto firmaran acuerdos de reconocimiento de inmunidad con los Estados no partes a fin de conseguir una efectiva aplicación del art. 98 [Assembly/AU/Dec.419(XIX)]. Todo este proceso ha venido también acompañado del apoyo de la UA a los Estados que no han dado cumplimiento a la orden de detención, alegando que cumplían las decisiones de la Asamblea en atención al art. 98 del Estatuto y al art. 23.2 del Acta Constitutiva de la UA, que establece la imposición de sanciones en caso de incumplimiento de las decisiones de la Unión. Se plantea por tanto un problema acerca de la obligatoriedad de los Estados de cumplir las obligaciones contraídas con la Corte o con la UA.

7. Respecto de Kenyatta, en 2011 la Sala de Cuestiones Preliminares, a petición del fiscal, emite una orden de comparecencia (ICC-01/09-02/11-01), ya que se considera que no existen motivos para considerar que Kenyatta no vaya a dar cumplimiento de la misma y que por tanto ésta es suficiente para garantizar la presencia de Kenyatta ante la Corte, que quedó fijada para el 7 de abril de 2011, y se retrasó posteriormente al 8 de abril, fecha en la que compareció por primera vez.

Si bien Kenyatta ha dado cumplimiento a la orden de comparecencia de la Corte, las actuaciones de Kenia para impedir el enjuiciamiento de su presidente podrían calificarse de diferente tipo. Una de las reacciones tuvo lugar en 2013, y consistió en la votación en el Parlamento de Kenia de una moción para la denuncia de Kenia del Estatuto de la Corte, con lo que pretendía evitar, en apariencia, el enjuiciamiento no sólo de Kenyatta sino también de otros acusados ante la Corte por los mismos sucesos violentos cometidos en 2007. Si bien el art. 127 del Estatuto recoge la posibilidad de denuncia de un Estado miembro, el mismo también establece que la denuncia no afectará a las obligaciones de cooperación que hubiese contraído en las investigaciones y los enjuiciamientos iniciados con anterioridad a la fecha de denuncia, por tanto la Corte seguiría siendo competente para conocer el caso *Kenyatta* y Kenia seguiría estando obligada a colaborar con la Corte. Hasta la fecha, dicha denuncia no se ha presentado y es posible considerar que la misma tuviera una finalidad simbólica de apoyo a Kenyatta y Ruto (Vicepresidente de Kenia).

8. Pero las actuaciones que finalmente han llevado a la retirada de cargos son otras, concretamente pueden señalarse dos cuestiones: los problemas que ha tenido la Fiscalía en relación con los testigos y los problemas de la Fiscalía para obtener información necesaria para la investigación.

Respecto de la primera cuestión, la Fiscalía se hizo eco en una declaración en 2013 (*Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, on the Warrant of Arrest issued against Walter Barasa*, 2 de octubre de 2013) de los intentos de intimidación, acoso, soborno o intentos de soborno a los que estaban siendo sometidos los testigos de la Corte. Esta situación llevó a la retirada de dos testigos claves del caso *Kenyatta* y a la emisión de una orden de detención contra el periodista Walter Barasa acusado de sobornar a testigos del caso *Ruto*. La principal consecuencia de la retirada de testigos fue, en primer lugar, la solicitud de la Fiscalía de retrasar el juicio contra *Kenyatta*, considerando que el caso no cumplía con los estándares probatorios requeridos para el inicio del juicio.

En relación con los problemas de la Fiscalía para obtener la información necesaria, la misma emitió en 2012 una solicitud de cooperación (ICC-01/09-02/11-866Red) al Gobierno de Kenia, en la que demandaba una serie de informes financieros y de otra clase que consideraba esenciales para el caso, ya que permitirían determinar la conducta del acusado y las alegaciones de financiación de los crímenes de los que se le acusaba. Hasta la fecha, y después de numerosos esfuerzos llevados a cabo por la Fiscalía, el Gobierno de Kenia no ha dado cumplimiento de dicha solicitud, alegando que la información proviene de fuentes no gubernamentales y que es necesario el consentimiento de las personas afectadas. El resultado de esta falta de colaboración fue primero el aplazamiento indefinido del juicio que estaba previsto para el 7 de octubre de 2014, con la finalidad de tener más tiempo para dar curso a las solicitudes de las partes, concretamente la Fiscalía solicitó el aplazamiento debido a que Kenia no daba respuesta a su solicitud de informes. En lugar del juicio, la Corte convocó para la misma fecha una audiencia donde se analizó el estado de la cooperación entre la Fiscalía y el Gobierno de Kenia y que además supuso la última comparecencia de *Kenyatta* ante la Corte. Finalmente, como ya se ha señalado, debido a estos problemas y los relativos con los testigos, la Fiscalía decidió la retirada de cargos contra *Kenyatta*.

9. Hasta la fecha la Corte se ha manifestado incapaz de iniciar el juicio contra los dos únicos jefes de Estados acusados ante la misma, y ello debido principalmente a la falta de colaboración y al boicot llevado a cabo por los Estados que se obligaron mediante la firma del Estatuto a colaborar con la Corte. Pero también es necesario destacar la falta de iniciativa del CdS, ya que no ha tomado ningún tipo de medida contra aquellos Estados que han violado de manera sistemática, no sólo el Estatuto, sino también su Resolución respecto de Darfur. Ante esta perspectiva, parece que poco camino recorrerá la Corte para acabar con la impunidad de los jefes de Estado y de Gobierno.

Gloria FERNÁNDEZ ARRIBAS
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.1.2015.4a.01>

2. LA RESPONSABILIDAD FINANCIERA Y LA PARTICIPACIÓN EN EL ARBITRAJE DE INVERSIONES DE LA UNIÓN EUROPEA Y SUS ESTADOS MIEMBROS A LA LUZ DEL REGLAMENTO (UE) NÚM. 912/2014¹

1. Las instituciones de la Unión Europea (UE) vienen desarrollando la competencia sobre protección de las inversiones extranjeras directas en los últimos años, desde que su ejercicio le fuera atribuido por los Estados miembro en el art. 207 del Tratado de Funcionamiento de la UE.

El primer acto con efectos jurídicos generales elaborado para hacer efectiva esta competencia fue el Reglamento (UE) núm. 1219/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, por el que se establecen disposiciones transitorias sobre los acuerdos bilaterales de inversión entre Estados miembros y terceros países (*DO* L 351, de 20 de diciembre de 2012, p. 40). Esta norma ordena el complejo entramado de acuerdos sobre promoción y protección de las inversiones (APPRI) celebrados por los Estados miembros con terceros, sometiendo su celebración y enmienda a la tutela de la Comisión.

Al tiempo que se preocupa por estos APPRI, la UE ha emprendido o desea emprender negociaciones con varios Estados (Armenia, Azerbaiyán, Canadá, China, Egipto, Estados Unidos de América, Georgia, India, Japón, Jordania, Kazajistán, Marruecos, Moldavia, Myanmar, Singapur, Tailandia, Túnez y Vietnam) a fin de celebrar acuerdos internacionales que contengan no sólo disposiciones que protejan materialmente las inversiones extranjeras, sino que contemplen un mecanismo de arbitraje inversor-Estado para el arreglo de las controversias nacidas de la interpretación y/o aplicación del acuerdo.

Para articular la responsabilidad financiera resultante de los arbitrajes de inversiones que puedan iniciarse no sólo en el contexto de estos futuros acuerdos internacionales, sino también del Tratado sobre la Carta de la Energía (*BOE* de 17 de mayo de 1995 y corrección de errores en *BOE* de 14 de julio de 1995) (TCE) se ha elaborado el Reglamento (UE) núm. 912/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio, por el que se establece un marco para gestionar la responsabilidad financiera relacionada con los tribunales de resolución de litigios entre inversores y Estados establecidos por acuerdos internacionales en los que la Unión Europea sea parte (*DO* L 257, de 28 de agosto de 2014, p. 121). En los siguientes párrafos se analizan las principales aportaciones de este Reglamento a la política europea de protección de las inversiones extranjeras directas tanto desde la perspectiva del Derecho de la UE, como del Derecho internacional (DI) económico.

2. El Reglamento limita su aplicación a la resolución de los arbitrajes de inversiones derivados de los acuerdos celebrados por la UE con terceros, bien en solitario bien como acuerdos mixtos (art. 1), esto es, como acuerdos celebrados por la UE y sus Estados miembros con un tercero que poseen un capítulo sobre inversiones y prevén un mecanismo de arbitraje inversor-Estado para resolver los litigios nacidos de este capítulo [art. 2.a)]. La responsabilidad derivada de los arbitrajes de carácter interestatal o de aquellos en los que intervenga la UE y un Estado, por el contrario, queda excluida del Reglamento.

3. Aunque en su denominación oficial el Reglamento se refiere únicamente a la gestión de la responsabilidad financiera relacionada con los tribunales de resolución

¹ Desde una perspectiva distinta, véase en esta *Revista*, en la Sección de información de Derecho internacional privado, la nota de I. IRURETAGORENA, pp. 335 y ss.

de litigios entre inversores y Estados establecidos por acuerdos internacionales en los que la Unión Europea sea parte, el análisis de su contenido revela un objeto más amplio. En las siguientes líneas se examinan los mecanismos de gestión de la responsabilidad financiera (capítulos I, II y VI).

4. Los criterios de reparto de la responsabilidad financiera se plasman en el art. 3 del Reglamento. Si el trato al inversor extranjero ha sido dispensado por «las instituciones, los órganos, oficinas u organismos de la UE» es la UE quien asume la responsabilidad financiera [art. 3.a)]. Mientras que ésta recae en los Estados miembros cuando el trato ha sido dispensado por ellos [art. 3.b)].

No obstante, se establecen algunas excepciones a estos criterios, a saber: primera, la UE asume la responsabilidad financiera derivada del trato dispensado por un Estado miembro cuando éste sólo podría haber evitado el incumplimiento del acuerdo internacional vulnerando el Derecho de la UE [art. 3.c)]; segunda, el Estado miembro es responsable financiero si su conducta contraria al acuerdo internacional pretende «resolver la incompatibilidad (con el Derecho de la UE) de un acto previo» [art. 3.c) *in fine*]; tercera, el Estado miembro asume la responsabilidad financiera tanto cuando la acepta expresamente [arts. 3.a) y 12], como si así se conviene en un acuerdo transaccional [arts. 3.b) y 15]; y, cuarta, la UE asume la responsabilidad financiera cuando actúa como parte demandada en un arbitraje de inversiones (arts. 3.4 y 4).

El Reglamento se preocupa tanto en su articulado (art. 1.1 *in fine*), como en una declaración conjunta final por deslindar la atribución de responsabilidad financiera del reparto de competencias establecido en los Tratados constitutivos a propósito de la competencia sobre protección de las inversiones extranjeras directas. Ello obedece a dos razones: desde la perspectiva del Derecho de la UE, evitar cualquier pronunciamiento sobre la naturaleza exclusiva o compartida de dicha competencia, cuestión todavía discutida que con toda seguridad será resuelta por el Tribunal de Luxemburgo mediante la emisión de un dictamen consultivo; y, desde la perspectiva del DI público, diferenciar la atribución de responsabilidad financiera de la atribución de responsabilidad internacional que, como establece el propio Reglamento en su preámbulo, «se determina en función del reparto de competencias entre la Unión y los Estados miembros».

5. El capítulo VI recoge varias disposiciones finales que, además de organizar la gestión interinstitucional del Reglamento (art. 22), establecen un deber de información periódica de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo que se articula, primero, mediante un mandato anual de información de «las solicitudes de consultas presentadas por inversores extranjeros, las reclamaciones y los laudos arbitrales» (art. 23.1) y, segundo, a través de una obligación trianual de información de «las reclamaciones presentadas contra la UE y sus Estados miembros, los procedimientos conexos, las resoluciones dictadas al respecto y la repercusión financiera para el presupuesto de la UE» (art. 23.2). Ambos mandatos, no obstante, deben hacerse compatibles con las reglas procesales sobre confidencialidad y acceso a los documentos existentes en el arbitraje de inversiones.

El Reglamento admite su aplicación sobre los acuerdos internacionales celebrados por la UE o por ésta y sus Estados miembros con terceros con anterioridad al 17 de septiembre de 2014, en clara referencia al TCE, si bien sólo respecto de los litigios «en relación con un trato dispensado posteriormente al 17 de septiembre de 2014 en los que la solicitud de arbitraje se haya presentado después del 17 de septiembre de 2014» (art. 24).

6. Los capítulos III, IV y V del Reglamento ordenan otros aspectos de carácter procesal relacionados con el arbitraje de inversiones que, aunque vinculados con la gestión de la responsabilidad financiera de la UE, se proyectan hacia el DI económico.

7. El capítulo III diseña un sistema para participar como demandado en el arbitraje de inversiones que se hace depender de si el trato al inversor extranjero ha sido dispensado por la UE o por sus Estados miembros.

En el primer caso, cuando la conducta ha sido realizada por sus «instituciones, órganos, oficinas u organismos» sería la UE, a través de la Comisión, la titular de la legitimación pasiva (art. 4). Si el trato ha sido dispensado por un Estado miembro el Reglamento introduce un mecanismo para facilitar la cooperación entre la Comisión y ese Estado (art. 6) tanto en el momento de las consultas (art. 7), como al presentar el inversor extranjero su aviso de intención (art. 8). Esta manifestación del principio de cooperación leal se complementa con un deber de información al Consejo y al Parlamento Europeo (arts. 7.4 y 8.3).

En cuanto a la legitimación pasiva en los arbitrajes donde el trato ha sido dispensado por un Estado miembro, corresponde a los propios Estados salvo que renuncien o la Comisión decida que debe ser la UE quien actúe como parte demandada (art. 9.1). Este último escenario se presentaría cuando la UE asumiera parte de la responsabilidad financiera [art. 9.2.a)]; el arbitraje estuviera relacionado con un trato dispensado por la UE [art. 9.2.b)]; o se hubiera iniciado una controversia conexa basada en un trato similar ante la Organización Mundial del Comercio (art. 9.3).

La legitimación pasiva de la UE implica un deber de cooperación con el Estado miembro, quien debe ser consultado sobre cualquier escrito procesal y puede participar en la delegación de la UE en las audiencias (art. 9.6). Los arts. 11 y 12 del Reglamento desarrollan diversas manifestaciones del deber de cooperación y reiteran el mandato de información al Consejo y al Parlamento Europeo; una obligación que se predica de manera transversal en el Reglamento. Si la legitimación pasiva recae en el Estado miembro, de manera análoga, éste facilitará a la Comisión los documentos relacionados con el procedimiento, informará sobre cualquier aspecto procesal de interés, entablará consultas con la Comisión para tratar cuestiones relacionadas con el Derecho de la UE que puedan resultar relevantes en el arbitraje y permitirá a esta institución participar en la delegación que represente al Estado miembro (art. 10.1). Esta disposición, además, habilita a la Comisión para preparar un «análisis escrito no vinculante» que el Estado miembro podría utilizar en el procedimiento arbitral. Quedaría por dilucidar si, a la luz de todo lo anterior, los tribunales arbitrales seguirán aceptando las solicitudes planteadas por la Comisión para intervenir como *amicus curiae* en el arbitraje de inversiones.

Los anteriores preceptos ponen de relieve cuestiones que exceden los límites del Derecho de la UE y deben abordarse desde el DI económico. La UE no es parte del Convenio de Washington (BOE de 13 de septiembre de 1994) y, por consiguiente, no puede actuar en calidad de parte ante un tribunal constituido en el marco del Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI). Debe entenderse, por tanto, que la UE bien plantea sustanciar los arbitrajes en otros foros institucionales distintos al CIADI, bien apuesta por el arbitraje *ad hoc*. Asimismo, el deber de información y cooperación leal plasmado en el Reglamento puede entrar en contradicción con las disposiciones procesales sobre confidencialidad, acceso a los documentos y a las audiencias previstas en algunos reglamentos arbitrales. Una alternativa para resolver ambos problemas sería el recurso al arbitraje *ad hoc* en el marco de las reglas de la

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), incluyendo sus reglas sobre transparencia vigentes desde el 1 de abril de 2014.

8. El capítulo IV se ocupa de los acuerdos transaccionales que pueden alcanzarse en un arbitraje de inversiones para conseguir que la demandante renuncie a mantener su reclamación [art. 2.h)]. El Reglamento dedica varios preceptos a este expediente, distinguiendo: primero, si el arbitraje de inversiones trae causa de un trato dispensado exclusivamente por la UE (art. 13) o por un Estado miembro (art. 15), en cuyo caso tanto la Comisión como éstos quedan habilitados para adoptar dicho acuerdo; segundo, si el trato ha sido dispensado total o parcialmente por un Estado miembro y es la UE quien desea alcanzar el acuerdo (art. 14); y, tercero, si el trato ha sido dispensado parcialmente por un Estado miembro que desea finalizar un arbitraje donde la UE figura como demandada (art. 16). El art. 14 del Reglamento establece diversas opciones para la resolución del arbitraje en función de quien ostente la responsabilidad financiera, mientras que el art. 16 dispone un procedimiento de consultas entre el Estado miembro y la Comisión, quien podrá rechazar el acuerdo transaccional propuesto por dicho Estado «previa presentación de un análisis fáctico, exhaustivo y equilibrado» (art. 16.3).

9. El capítulo V aborda el pago de laudos arbitrales o acuerdos transaccionales cuando la UE actúe como parte demandada en un litigio. La demandante que hubiese obtenido un laudo definitivo o un acuerdo transaccional favorable puede presentar una solicitud de pago a la Comisión (art. 18). Aunque en la práctica parece difícil que la UE se negara a realizar el pago, el inversor extranjero debería considerar la aplicación del Protocolo núm. 7 sobre los privilegios e inmunidades de la UE, cuyo art. 1 señala que «los bienes y activos de la Unión no podrán ser objeto de ninguna medida de apremio administrativo o judicial sin autorización del Tribunal de Justicia». En este orden de ideas, interesa conocer si al desarrollar su política convencional la UE recurrirá a alguna disposición que, con un contenido similar al art. 54.1 del Convenio de Washington, facilite la ejecución de los laudos arbitrales.

Asimismo, el Reglamento establece mecanismos internos que solucionan la falta de acuerdo entre la UE y sus Estados miembros sobre la responsabilidad financiera (art. 19); permiten a la Comisión solicitar a los Estados miembros contribuciones financieras anticipadas al presupuesto de la UE para cubrir gastos derivados de los arbitrajes de inversiones (art. 20); y justifican la dotación de un fondo que pueda emplearse para atender estos gastos (art. 21).

10. El Reglamento revela el carácter todavía incipiente de la competencia de la UE en materia de protección de las inversiones extranjeras directas. Los capítulos III, IV y V contienen disposiciones de interés no sólo desde la perspectiva del Derecho de la UE, sino también para el DI económico. Cabe preguntarse si los futuros acuerdos internacionales que celebre la UE y que prevean el arbitraje de inversiones como mecanismo para la solución de las controversias inversor-Estado realizarán remisiones al Reglamento en todo aquello que atañe a la legitimación pasiva, los acuerdos transaccionales y el pago de laudos definitivos o acuerdos transaccionales. En buena lógica jurídica, sólo de esta manera se aseguraría la coherencia entre las previsiones del Reglamento y la acción exterior de la UE.

También conviene definir las normas procesales que designará la UE para desarrollar los futuros arbitrajes de inversiones, ante la imposibilidad de acudir al «arbitraje CIADI». Decantarse por el «arbitraje CNUDMI», opción que parece más plausible en estos momentos, abre la vía para que las decisiones y laudos tomadas por un tribunal arbitral radicado en un Estado miembro de la UE puedan sustanciarse en sede interna

y, a través de una cuestión prejudicial planteada por los órganos judiciales nacionales, llegar al Tribunal de Luxemburgo.

En definitiva, uno de los principales retos que se desprende de todo lo anterior reside en la necesidad de hacer compatibles el Reglamento dictado por la UE con efectos *ad intra* y de carácter institucional, con las normas internacionales ya establecidas en el ámbito del DI económico para proteger las inversiones extranjeras, de naturaleza eminentemente relacional. El Reglamento pone de relieve cómo el ejercicio de la competencia europea en materia de protección de las inversiones directas va a exigir buenas dosis de coordinación entre el Derecho de la UE y el DI económico, así como entre este último ordenamiento especializado y el DI general.

Francisco PASCUAL VIVES
Universidad de Alcalá

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.1.2015.4a.02>

3. LOS JUICIOS ARGENTINOS SOBRE LOS CRÍMENES DEL FRANQUISMO

1. A través de una resolución con muy amplia repercusión mediática en nuestro país, la titular del *Juzgado Criminal y Correccional Federal 1* de Buenos Aires, María Romilda Servini de Cubría, dictaba el pasado 30 de octubre de 2014 un auto por el que ordenaba la detención preventiva con fines de extradición de veinte ciudadanos españoles por su presunta implicación en graves violaciones de los derechos humanos acaecidas entre 1967 y 1976 bajo el régimen del General Franco y el primer Gobierno de la Transición (causa núm. 4.591/2010, caratulada *Galvan Abascal Celso; Muñecas Aguilar; Giralte González, José Ignacio... y otros s/ imposición de torturas...*, disponible en <http://file02.lavanguardia.com/2014/10/31/54418479029-url.pdf>).

Entre los reclamados se encuentran varios miembros de la policía secreta encargada de la persecución de los movimientos de oposición al franquismo —la llamada Brigada Político-Social— por su presunta implicación en torturas y tentativas de homicidio contra opositores al régimen; un ginecólogo por su supuesta participación en el secuestro de un bebé en el hospital de la Línea de la Concepción en 1967; cuatro ex ministros franquistas —Antonio Carro Martínez, José Utrera Molina, Licinio de la Fuente de la Fuente y Antonio Barrera de Irímo, este último fallecido un mes antes de dictarse el auto— junto a un ex jurista militar participante en el Consejo de Guerra, por la condena a muerte del activista anarquista Salvador Puig Antich, ejecutado a garrote vil en 1974; otros dos ex ministros de Franco —José María Sánchez Ventura Pascual y Fernando Suárez González— y un jurista presuntamente implicados, junto a los ya mencionados Carro Martínez y Utrera Molina, en la condena a muerte de cinco presuntos miembros de ETA y el FRAP, fusilados en septiembre de 1975; y dos ministros del primer Gobierno de la transición todavía encabezado por Arias Navarro —Alfonso Osorio García y Rodolfo Martín Villa—, junto al capitán de la Policía Armada al mando, por su posible responsabilidad en la represión de una asamblea de trabajadores que se estaba desarrollando en una iglesia vitoriana en marzo de 1976, como resultado de la cual resultaron cinco trabajadores muertos y más de 150 heridos de bala.

El citado auto se añadía al que poco más de un año antes, el 18 de septiembre de 2013, había emitido la misma juez solicitando la detención a efectos de extradición de un capitán de la guardia y civil y tres inspectores de la Brigada Política Social —de los cuales, sólo dos, Jesús Muñecas Aguilar y Antonio González Pacheco, alias *Billy el Niño*, seguían por entonces con vida— por su posible participación en prácticas de

torturas cometidas contra opositores al régimen franquista entre 1971 y 1975 (causa núm. 4591/2010, caratulada *N. N. s/ genocidio*, disponible en <http://www.elclarin.cl/images/pdf/Resolucionordenesdetencion.pdf>).

2. Las mencionadas resoluciones se enmarcan en las actuaciones abiertas por el citado Juzgado Federal a raíz de una querella presentada con ocasión del 67.º aniversario de la proclamación de la Segunda República Española por dos familiares de políticos socialistas ejecutados durante los primeros meses de la Guerra Civil, y por una decena de asociaciones *memorialistas* y de derechos humanos por detenciones, torturas, desaparición forzada, eliminación física, exilio y secuestro de menores cometidos a partir del 17 de julio de 1936 por los sublevados (disponible en <http://www.elclarin.cl/images/pdf/argentinaquerella.pdf>). En ella, basándose ampliamente en citas textuales de los autos del Juzgado Central de Instrucción núm. 5 sobre los crímenes del franquismo, de 16 de octubre y de 18 de noviembre de 2008, y por sostener su comisión en el marco de un plan orientado a la destrucción y erradicación de los grupos disidentes mediante la eliminación física de sus integrantes, las citadas conductas eran calificadas como constitutivas de un delito de genocidio y, con carácter subsidiario, como crímenes de lesa humanidad (véase MESSUTI, A., «La querella argentina: la aplicación del principio de justicia universal al caso de las desapariciones forzadas», en ESCUDERO ALDAY, R. y PÉREZ GONZÁLEZ, C., *Desapariciones forzadas, represión política y crímenes del franquismo*, Madrid, Trotta, 2013, pp. 121 y ss.).

La querella resultaría inadmitida en un primer momento por estimar la juez que, según el Derecho procesal argentino, el criterio del Ministerio Público —basado en considerar la posibilidad y la existencia de actuaciones judiciales en España sobre los mismos hechos— resultaba irrevisable y que el ejercicio de la acción penal estaba limitado a la Fiscalía (Auto de 5 de mayo de 2010, causa núm. 4591/2010). Mediante dos pronunciamientos basados en el derecho a la tutela judicial constitucionalmente reconocido y en el art. 25.1 del Pacto de San José, la Cámara de Apelaciones corregiría el criterio de la Juez Servini, rechazando por una parte la pretendida exclusividad de la acción pública y admitiendo por otra que el vínculo de parentesco exigido por el Derecho argentino para el ejercicio de la acción privada, debe flexibilizarse cuando estamos en presencia de hechos que «hayan ocurrido hace mucho tiempo [...] sobre todo teniendo en cuenta que no hay constancia [...] de la existencia de familiares más cercanos» (Resolución de 3 de septiembre de 2010, Sala II de la *Cámara Nacional de Apelaciones*, causa núm. 29.275 NN *s/ desestimación de denuncia y archivo*, disponible en <http://www.elclarin.cl/images/pdf/nulidad2.pdf>; y Resolución de 3 de septiembre de 2010, Sala II de la *Cámara Nacional de Apelaciones*, causa núm. 29.331, *García Holgado, Inés s/ ser querellante*, disponible en <http://www.elclarin.cl/images/pdf/nulidad2.pdf>).

3. Como resultado, se daba vía libre a un procedimiento al que posteriormente se fueron sumando decenas de nuevos querellantes y denunciante, y a los que, junto a un buen número de testigos, se fue tomando declaración en la propia Argentina, en consulados argentinos en otros países —merced a una orden cursada en septiembre de 2012 por el Ministerio de Exteriores argentino—, y en España, adonde la Juez Servini se desplazó entre el 19 y el 30 de mayo de 2012 para recabar el testimonio de quienes no habían podido prestarlo de otro modo. La base jurisdiccional sobre la que se ha afirmado la competencia de la Justicia argentina es un precepto constitucional que más bien parecía pensado para la distribución interna de competencia, el art. 118 de la Constitución. En él, tras establecerse con carácter general la competencia de los tribunales de la provincia en que se comete el delito, se afirma que «cuando éste se cometa fuera de los límites de la Nación, contra el Derecho de Gentes, el Congreso determinara por una ley

especial el lugar en que haya de seguirse el juicio». La interpretación del precepto en el sentido de que no es necesario vínculo alguno de conexión con Argentina, unida a la generosidad con la que ha acabado aceptándose el derecho de acción, conduce a alinear al país austral con un modelo puro de jurisdicción universal en el que, por una parte, la competencia se basa estrictamente en la naturaleza internacional de los crímenes posibilitándose su ejercicio *in absentia*; y, por otra, se prescinde de todo filtro de oportunidad política, en una línea diametralmente opuesta a la que es claramente perceptible en la inmensa mayoría, sino en la totalidad, de los países que admiten este título de jurisdicción. Una opción la seguida por Argentina que, como ya hemos señalado en otro lugar (véase SÁNCHEZ LEGIDO, A., «El fin del modelo español de jurisdicción universal», *REEI*, 2014, núm. 1), no parece que deba dejar de considerarse lícita desde el punto de vista del Derecho internacional, pero que no deja de ser, por aislada, políticamente comprometida y quizá excesivamente costosa para una potencia media. Por lo demás, habiendo sido hasta hace poco nuestro país el principal valedor de ese modelo de jurisdicción universal, es comprensible que las autoridades españolas no hayan cuestionado en ningún momento su virtualidad justificadora de las actuaciones argentinas.

4. La acogida que las actuaciones argentinas han recibido de las autoridades españolas, sin que puedan calificarse de hostiles, tampoco se han caracterizado por un marcado entusiasmo. Respecto a las autoridades políticas, dejando a un lado la queja formulada por el director español de Asuntos Consulares en mayo de 2013 por la pretensión de organizar la toma de declaraciones por videoconferencia desde el Consulado argentino en Madrid por su supuesta contradicción con el tratado bilateral de extradición y asistencia judicial en materia penal de 1987 (*BOE* núm. 170, de 17 de junio de 1990), el Consejo de Ministros acordó el 28 de noviembre de 2013 la continuación del proceso de extradición, de conformidad con el art. 9 de la Ley 4/1985 de Extradición Pasiva, de las dos personas no fallecidas reclamadas en la primera de las órdenes de detención. Respecto de la segunda, el acuerdo aún no ha sido adoptado, si bien el ministro español de Justicia no ha dudado en airear a través de los medios de comunicación sus dudas sobre la viabilidad de la cooperación reclamada sobre la base de la denegación por la Audiencia Nacional de la extradición del Capitán Muñecas y de *Billy el Niño*, que se comentará a continuación, y de una Resolución de la Asamblea General de la OIPC-Interpol de noviembre de 2010 en la que se contempla que no se tramiten las solicitudes de cooperación policial relacionadas con crímenes más graves de trascendencia internacional cuando la solicitud se refiera a un ciudadano de otro país miembro y ese otro país miembro proteste contra dicha solicitud en el plazo de treinta días (Resolución AG-2010-RES-10). No parece, sin embargo, que España haya actuado de este modo.

Quien, por el contrario, ha actuado de manera clara en contra de asegurar la cooperación con la Justicia argentina ha sido la Fiscalía. Su posición quedaba perfilada en un informe del fiscal general del Estado de 5 de abril de 2014 en respuesta a la comisión rogatoria librada el 10 de octubre de 2010 por la Juez Servini inquiriendo sobre la existencia de investigaciones sobre los hechos en nuestro país. En él, recordando los más de 20 procedimientos abiertos tras la inhibición del Juzgado de Instrucción núm. 5 en noviembre de 2008 a favor de los jueces del lugar en que se encuentran las fosas, las investigaciones sobre sustracción de menores promovidas por ANADIR y los procedimientos sobre declaración de ilegitimidad de las condenas y sentencias dictadas por motivos políticos al amparo de la Ley de Memoria Histórica, concluía que eran muy numerosos los procedimientos tramitados y en tramitación en España por los hechos objeto del procedimiento ante la justicia argentina (el informe está disponible en <http://www.elclarin.cl/images/pdf/ARGENTINARespuestadeEspaex->

horto141020106072011.pdf) e insistía que en ningún caso se había decretado el archivo en aplicación de la Ley de amnistía de 1977. Posición que sustancialmente se reiteraba en un segundo Informe, de 21 de mayo de 2012, en respuesta a una nueva comisión rogatoria de 13 de diciembre de 2011 en la que se reclamaba información muy concreta sobre autoridades presuntamente implicadas, identificación de víctimas y localización de fosas. Por su parte, en el marco de los procedimientos relativos a la extradición de Muñecas y González Pacheco, la fiscalía de la Audiencia Nacional se opuso a su entrega esgrimiendo, además de motivos formales relativos a la posible falta de datos en la solicitud, la preeminencia de la jurisdicción española y la extinción de responsabilidad penal por entender prescritos los delitos de tortura por los que eran reclamados.

Los únicos pronunciamientos judiciales sobre el fondo recaídos hasta la fecha en respuesta a las actuaciones argentinas por parte de tribunales españoles son los contenidos en los Autos de 24 y 30 de abril de 2014 de las secciones tercera y segunda, respectivamente, de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, por los cuales se acuerda no acceder a la extradición de las personas reclamadas en la primera de las órdenes internacionales de detención libradas por la juez argentina. Aunque con una motivación algo más extensa en el segundo de los autos citados, en ambos la decisión se basa en considerar extinguida la responsabilidad criminal por prescripción de los delitos. La razón de fondo es la calificación de los hechos descritos en la solicitud de extradición como delitos comunes de lesiones agravadas del Código Penal de 1973, y el rechazo expreso de su consideración como crímenes de lesa humanidad por considerar que las presuntas torturas cometidas habrían tenido lugar de manera aislada y con motivaciones diversas no meramente políticas, de modo que no podrían considerarse como realizadas en ejecución o como parte de un plan sistemático y generalizado destinado a aterrorizar o eliminar a españoles partidarios de la forma representativa de Gobierno.

5. Seguramente no obedece a la casualidad el que ni la Fiscalía ni la Audiencia Nacional españolas hayan esgrimido como motivo determinante de la extinción de la responsabilidad penal de las personas por ahora reclamadas la Ley de Amnistía de 1977. Algo que no deja de llamar la atención si se tiene en cuenta que el Tribunal Supremo basó entre otras cosas en ella su decisión según la cual, el ya ex Juez Garzón, separado previamente de la carrera judicial por las escuchas de la trama *Gürtel*, aunque no había prevaricado, sí había errado en la afirmación de su competencia en el caso de los crímenes del franquismo (STS 101/2012, de 27 de febrero, FD 3, apdo. 3. Sobre el conjunto de actuaciones españolas sobre los crímenes del franquismo, véase, por todos, CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., *El tratamiento judicial de los crímenes de la Guerra Civil y el franquismo en España. Una visión de conjunto desde el Derecho internacional*, Bilbao, Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, 2012, núm. 67). El mencionado silencio podría interpretarse como un reconocimiento de que su invocación frente a asuntos en los que se cuestionan violaciones graves de los derechos humanos no sólo resulta cada vez más discutible desde el punto de vista del DIDH, como por cierto no dejan de recordarnos diversos órganos internacionales de garantía en relación con nuestra ley de amnistía, sino que su viabilidad como argumento útil frente a la justicia argentina resulta más que dudosa desde que, en 2005, la Corte Suprema de Justicia declarara la constitucionalidad de la Ley 25.779 por la que se declaraban nulas las leyes de obediencia debida y punto final por la incompatibilidad de estas últimas con las normas internacionales que reconocen el derecho a un recurso efectivo de las víctimas y la correlativa obligación del Estado de investigar, procesar y castigar a los responsables de este tipo de conductas (Sentencia 1767, de 14 de junio de 2005, de

la *Corte Suprema de Justicia*, en la causa núm. 17.768, *Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad*, etc.).

6. Sin perjuicio de lo anterior, los principales problemas jurídicos de fondo, vinculados con el principio de legalidad penal, tienen que ver con la calificación de los hechos como crímenes contra la humanidad, toda vez que, como se puso de manifiesto entre nosotros en el asunto *Scilingo*, el tipo de genocidio no engloba la persecución de grupos políticos (véase CAPELLÁ I ROIG, M., «Los crímenes contra la humanidad en el caso *Scilingo*», *REEI*, 2005, núm. 10, pp. 3-4; y FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, C., «La jurisprudencia española en aplicación del principio de jurisdicción universal», *Jueces para la democracia*, 2008, núm. 61, pp. 8-17). Y ello, desde una doble perspectiva. Por una parte, subsisten los problemas de Derecho temporal. Nadie puede discutir que las conductas cometidas desde el bando nacional durante la guerra civil y los primeros años de la dictadura encajarían, de ser cometidas en la actualidad, en el tipo de crímenes contra la humanidad y que muchas de ellas serían susceptibles de calificarse como desapariciones forzadas de personas. Pero es más que dudoso que la cláusula *Martens*, la invocación del *ius cogens*, una Declaración de la Asamblea General de 1992 o un tratado internacional adoptado en 2006 y en vigor desde 2010 pueda ser fundamento suficiente para afirmar que entre 1936 y 1954 —fechas seleccionadas en el auto de Garzón de octubre de 2008— existía ya un tipo internacional de crímenes contra la humanidad desvinculado de los conflictos armados internacionales (sobre el particular, BOLLO AROCENA, M. D., *Derecho internacional penal. Estudio de los crímenes internacionales y de las técnicas para su represión*, Bilbao, Servicio Editorial UPV, 2004, pp. 72-75), o que las desapariciones cometidas en aquella época merecen la calificación de delito continuado que se les asigna desde fechas más recientes [véase, no obstante, CAPELLÁ I ROIG, «Las desapariciones forzadas en España durante la guerra civil y el franquismo: violaciones y crímenes de Derecho internacional sin reparación ni castigo», en SOROETA LICERAS, J. (ed.), *Conflictos y protección de derechos humanos en el orden internacional. Cursos de Derechos Humanos de Donosti-San Sebastián*, Bilbao, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 2006, pp. 16 y ss.]. O, incluso, que los citados crímenes fueran ya imprescriptibles, a tenor del silencio al respecto de la Resolución de la Asamblea General 95-I y del rechazo generalizado por el grupo de Estados de Europa Occidental a la Convención de Naciones Unidas sobre la materia de 1968.

Por otra parte, aun en el supuesto de que sea admisible anticipar a Núremberg la propia existencia de los crímenes contra la humanidad y que el tipo pueda entenderse operativo desde entonces en el contexto de conflictos armados internos o incluso al margen de todo conflicto armado, resultaría discutible que toda la represión franquista, desde la víspera del golpe de Estado contra la República hasta las primeras elecciones democráticas del 15 de junio de 1977, fechas finalmente seleccionadas por la Juez Servini en sus órdenes de detención, puedan englobarse dentro de aquel plan de eliminación física de partidarios de la forma representativa de Gobierno que diseñaran en 1936 los militares sublevados.

7. Más allá de las dificultades jurídicas que plantea la persecución penal de los llamados crímenes del franquismo, quizá el principal problema con el que nos enfrentamos para hacer justicia a las víctimas sea el amplio rechazo que una respuesta cabal sigue suscitando entre amplísimos sectores de la derecha española, incluyendo no sólo a la más reaccionaria y conservadora. Lo que, entre otras cosas, se ha traducido en una suerte de *derogación de facto por inanición* de la llamada Ley de la Memoria Histórica. El restablecimiento de la verdad y el consiguiente reconocimiento de las víctimas sólo será posible cuando la sociedad española consiga aceptar pacíficamente

lo obvio: que quienes sufrieron las consecuencias de las atrocidades cometidas son víctimas y merecen un reconocimiento, no por la legitimidad o ilegitimidad de la causa que esgrimían sus verdugos, sino por la injusticia que representan las violaciones que sufrieron de sus más esenciales derechos. Y eso supone también aceptar y reconocer que tan víctimas son quienes murieron a consecuencia de la represión franquista, como quienes lo hicieron como resultado de la violencia revolucionaria y religiosa allí donde no triunfó el golpe de Estado. Aceptarlo sin ambages exige en mi opinión adoptar actitudes más conciliadoras que las que sostienen que estas últimas víctimas han sido ya reconocidas y honradas por el ilegítimo régimen franquista y no merecen un reconocimiento democrático, o que la satisfacción de los derechos de las víctimas del franquismo implica necesariamente una aceptación general y unánime de los bondades del régimen republicano al que ilegítimamente aquél puso fin. En el fondo, no se trata de otra cosa que de recuperar los valores de consenso y reconciliación a los que respondió la ahora tan denostada Transición, pero superando de una vez por todas la que sigue siendo hoy su gran asignatura pendiente.

Ángel SÁNCHEZ LEGIDO

Universidad de Castilla-La Mancha

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.1.2015.4a.03>

4. UN NUEVO CORTOCIRCUITO LEGISLATIVO EN NACIONES UNIDAS: LA RESOLUCIÓN 2178 (2014) DEL CONSEJO DE SEGURIDAD DE NACIONES UNIDAS RELATIVA A LOS COMBATIENTES TERRORISTAS EXTRANJEROS

1. Si bien las reuniones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas (CSNU) a nivel de jefes de Estado y de Gobierno son excepcionales, la lucha contra el terrorismo acumula dos en diez años. La primera tuvo lugar con ocasión de la adopción de la Resolución 1456, que formulaba una declaración no vinculante que, entre otros aspectos, contenía una definición (igualmente no vinculante) de terrorismo [S/RES/1456(2003), de 20 de enero]. La más reciente, la Resolución 2178, por el contrario, ha sido adoptada conforme al capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas (CNU) cuya característica fundamental es su carácter legislativo [S/RES/2178(2014), de 24 de septiembre]. A su comentario dedicaremos estas líneas.

2. El preámbulo de la resolución contiene dos elementos ya habituales en las resoluciones del CSNU relativas a la lucha contra el terrorismo. En primer lugar, califica a este fenómeno —«en todas sus formas y manifestaciones»— como «una de las amenazas más graves para la paz y la seguridad internacionales». En segundo lugar, se refiere al deber de respetar la CNU y las obligaciones de Derecho internacional relativas al individuo. A ellos añade el preámbulo elementos contextuales más novedosos, destacando entre ellos la referencia al fenómeno de los combatientes terroristas extranjeros que tanto preocupan a la comunidad internacional. En este sentido, varios apartados de la resolución mencionan al Estado Islámico de Iraq y el Levante, el Frente Al-Nusra, así como otras «células, entidades afiliadas o grupos escindidos o derivados de Al-Qaida».

3. La parte dispositiva del documento es ambiciosa en no pocos aspectos, conteniendo medidas de muy diversa índole que a continuación describimos sumariamente.

El párr. 1 contiene una cláusula ciertamente inusual. En efecto, dirigida expresamente a los actores no estatales que han motivado la adopción de la resolución,

«exige» a los «combatientes terroristas extranjeros» la deposición de las armas, el fin de sus actividades terroristas y que «dejen de participar en los conflictos armados». Esta exigencia se ve acompañada de una amplia condena no sólo del terrorismo en general, sino también del extremismo violento «que puede conducir al terrorismo».

A continuación, la Resolución dispone una serie de medidas destinadas a los Estados. Concebidas de manera muy amplia, se encuentran relacionadas con el control de fronteras (párrs. 2 y 7) y la prevención del uso fraudulento de documentos de identidad (párr. 2); el intercambio de información operacional sobre las actividades y movimientos de grupos terroristas (párr. 3); la prevención y represión de los actos preparatorios conducentes al reclutamiento de terroristas combatientes extranjeros —incluidos el mero hecho de viajar o intentar viajar con el propósito de «cometer, planificar o preparar actos terroristas o participar en ellos» (párrs. 5 y 6)—; la inclusión de los responsables de dichas conductas en la lista Al-Qaeda elaborada por el CSNU (párr. 7) e incluso la exigencia de que las compañías aéreas proporcionen información «por adelantado» sobre sus pasajeros, con el fin de detectar personas incluidas en la mencionada lista antiterrorista (párr. 9).

Asimismo, la Resolución dedica un apartado a la cooperación internacional en la lucha contra el terrorismo. En él conviene destacar el exhorto a los Estados para que firmen convenios bilaterales relativos a los viajes de combatientes terroristas extranjeros (párr. 11). Seguidamente, el texto se centra en la prevención del extremismo violento que conduce a los actos terroristas, reclamando una mayor cooperación entre los Estados, así como entre éstos y las comunidades locales, a fin de reducir el riesgo de radicalización (párrs. 16 y 19). Y finalmente, el último apartado se dirige a las Naciones Unidas, instando a los respectivos órganos relacionados con la lucha contra el terrorismo —principalmente el Equipo de Apoyo Analítico y Vigilancia de las Sanciones del Comité Al-Qaeda y la Dirección Ejecutiva del Comité contra el Terrorismo— a que presten especial atención al Estado Islámico de Iraq y Levante, el Frente Al-Nusra y otros grupos relacionados (párrs. 21 y 23). En este sentido, se pide a los citados órganos que contribuyan a mejorar las capacidades estatales con el fin de frenar el flujo de combatientes terroristas extranjeros (párr. 24).

4. De entre los problemas que plantea la Resolución, nos centraremos en tres: en primer lugar, en el posible carácter «hegemónico» de la resolución (5); en segundo lugar, en el enfoque adoptado respecto a la lucha contra el terrorismo (6); y en tercer lugar, en su posible impacto sobre la protección de los derechos fundamentales (7).

5. La primera reflexión se refiere al posible carácter «hegemónico» de la Resolución como nuevo supuesto de instrumentalización de los poderes *ab legibus solutus* del Consejo de Seguridad (RODRIGO HERNÁNDEZ, A. J., «El Derecho internacional hegemónico y sus límites», *AEDI*, vol. XXIII, 2007, pp. 147-207). En efecto, al igual que otras controvertidas resoluciones con similar objetivo, el texto que aquí analizamos tiene un claro impulsor, los Estados Unidos; así como una finalidad destacable, como es la de obligar a los Estados miembros a adoptar un amplio abanico de medidas legislativas —particularmente penales y administrativas— para hacer frente a la amenaza de los combatientes terroristas extranjeros. Para ello, explota al máximo el potencial normativo e institucional que ofrece el capítulo VII CNU. ¿Estamos, pues, ante otro uso hegemónico-instrumental del Consejo de Seguridad?

A mi entender, se deben separar dos cuestiones a la hora de analizar tan delicada cuestión. Por un lado, es verdad que el órgano encargado de mantener la paz y la seguridad internacionales dispone de los poderes implícitos que le permiten afrontar de manera *estructural* las amenazas permanentes o generalizadas, es decir, actuando más

allá de tal o cual situación específica delimitable temporal y territorialmente. Ello está más que justificado en el caso del terrorismo internacional, una amenaza transnacional de causas complejas que necesita de una respuesta multidimensional de fondo por parte de las Naciones Unidas.

Ahora bien, de ahí a aceptar que el Consejo de Seguridad se salte los procedimientos nomogenéticos del Derecho internacional en aras de la lucha contra una de sus más serias amenazas dista un abismo de legitimidad infranqueable. Pues bien, esto es precisamente lo que sucede con la Resolución 2178: ante la previsible lentitud de los tiempos legislativos necesarios para adoptar un convenio que criminalice adecuadamente el reclutamiento de combatientes terroristas extranjeros, los Estados interesados prefieren atajar por el camino más rápido y efectivo. Es lo mismo que ya sucediera con las Resoluciones 1373 y 1540, adoptadas respectivamente para hacer frente a la financiación del terrorismo internacional y la proliferación de armas de destrucción masiva [S/RES/1373(2001), de 28 de septiembre; S/RES/1540(2004), de 5 de noviembre. Véase, para más detalle, HINOJOSA MARTÍNEZ, L. M., *La financiación del terrorismo y las Naciones Unidas*, Madrid, Tecnos, 2008, pp. 175-211]. Eso sí, con un agravante respecto del primer precedente: aquí ni siquiera existe un convenio previo específico, con una definición vinculante de terrorismo, que pueda legitimar la subsiguiente acción legislativa de los Estados bajo la supervisión de la Dirección Ejecutiva del Comité contra el Terrorismo.

Esta crítica relativa al carácter legislativo de la resolución debe ser deslindada de la cuestión relativa al consenso internacional conducente a su adopción. Y es que no se pueden ignorar los amplísimos apoyos suscitados por el documento en cuestión. El inusual *chairman* del CSNU (el Presidente Obama) así lo manifestó de manera reiterada durante las declaraciones presidenciales subsiguientes a la adopción del texto, pues nada menos que 104 Estados habían secundado el proyecto de resolución antes de ser adoptado por los Quince (Doc. S/PV.7272, de 24 de septiembre de 2014). Ello implica que no es posible referirse, como en casos anteriores, a un verdadero caso de «Derecho internacional hegemónico» impuesto de manera unilateral u *oligolateral* por la hiperpotencia global y sus aliados más cercanos. Por el contrario, la Resolución 2178 demuestra que existe un consenso en una buena parte de la comunidad internacional (no en toda) respecto de la necesidad de poner fin a los actos atroces llevados a cabo por la más radical de las versiones del yihadismo conocida hasta la fecha.

6. Nuestra segunda reflexión se refiere al enfoque de la resolución. En general, el tenor de las medidas exigidas por el CSNU evidencia una clara preferencia por el Derecho administrativo y penal. Éstas se complementan en ocasiones con ciertos pasajes que dejan entrever una aproximación más amplia al fenómeno terrorista, basada en la conocida estrategia de hacer frente a sus raíces. Así, por ejemplo, el preámbulo se refiere a la necesidad de abordar «de manera integral los factores subyacentes», reconociendo que «el terrorismo no será derrotado únicamente mediante la fuerza militar, las medidas de aplicación de la ley y las operaciones de inteligencia». Si bien estas referencias retóricas no son menospreciables, lo cierto es que vienen acompañadas de medidas *específicas* para ponerlas en práctica. Ello se aprecia claramente en los interesantes apdos. 16 y 19 del texto, que instan a los Estados a trabajar con las autoridades locales y los agentes no gubernamentales para promover «alternativas pacíficas a la retórica violenta» a la que se adhieren los combatientes terroristas extranjeros. Dicho llamamiento no se ve acompañado de ningún mandato nuevo a los órganos relevantes de Naciones Unidas para que, por ejemplo, hagan efectivo el intercambio efectivo de mejores prácticas entre los Estados (ICCT/GCCS/HSC, «Meeting Report: Addressing the

Foreign Terrorist Fighters Phenomenon from an EU Perspective», disponible en <http://www.icct.nl>). En la práctica, lo más probable es que dicha tarea recaiga sobre el Foro Mundial contra el Terrorismo, organismo fuera de la órbita institucional de la ONU (aunque próximo a ella) que en junio de 2014 adoptó un memorando con 19 buenas prácticas (el Memorando de La Haya/Marrakesch) que, entre otros puntos, abordaba la promoción de discursos que contrarresten efectivamente la propaganda yihadista.

7. Nuestras últimas reflexiones se refieren a la relación entre la resolución y la protección de las normas internacionales relativas al individuo, incluidos los derechos fundamentales, el Derecho internacional humanitario («DIH») y el Derecho de los refugiados.

En primer lugar, el Consejo de Seguridad sigue operando en un limbo jurídico en lo que respecta a la definición de terrorismo internacional. El tiempo ha demostrado que las discrepancias sobre la noción del fenómeno no son meramente conceptuales, y que la acción coercitiva del CSNU debe acompañarse de una definición jurídicamente vinculante que sirva de referencia para evitar dar cobertura a abusos estatales contra grupos opositores al Gobierno de turno. La definición acogida por la (no vinculante) Resolución 1546 no lo es, por mucho que recoja sus elementos esenciales.

El párr. 1 de la Resolución 2178 vuelve a evocar esta carencia. Así, cuando se establece una verdadera obligación *erga omnes* que afecta a los «combatientes terroristas extranjeros», los Quince no ignoran que esta retórica jurídica indeterminada puede ser aplicada más allá de las fronteras del mal llamado Estado Islámico, con importantes consecuencias para el respeto del DIH (sobre dicho párrafo, véase PETERS, A., «Security Council Resolution 2178 (2014): The “Foreign Terrorist Fighter” as an International Legal Person», 20 y 21 de noviembre de 2014, www.ejiltalk.org. Véase igualmente nuestro comentario a la reciente sentencia del Tribunal General en el asunto de los *Tigres de Tamil*, GARRIDO MUÑOZ, A., «Not Only a Matter of Lex Specialis: IHL, the European Union and Its Two Definitions of Terrorism», 1 de diciembre de 2014, www.ejiltalk.org).

En segundo lugar, las medidas administrativas y penales que establece la Resolución 2178 se encuentran definidas con particular amplitud, con las consecuencias que de ello pudieran derivarse para la protección de derechos individuales. Por ejemplo, será difícil aplicar de una manera proporcionada la obligación de impedir la entrada en el territorio de un Estado a «toda persona sobre la cual ese Estado tenga información fidedigna que ofrezca motivos razonables» para creer que está relacionado con combatientes terroristas extranjeros, sin restringir indebidamente las políticas migratorias del Estado, y sin tener en cuenta la situación específica de los menores de edad que son convencidos para combatir en nombre de su religión (AMBOS, K., «Our terrorists, your terrorists? The United Nations Security Council urges states to combat “foreign terrorist fighters”, but does not define “terrorism”», 2 de octubre de 2014, www.ejiltalk.org). Otro tanto se puede afirmar de la criminalización del «reclutamiento, la organización, el transporte o el equipamiento de las personas que viajan a un Estado distinto de sus Estados de residencia». Además, no se debe olvidar que el Consejo exige a los Estados que garanticen que las aerolíneas proporcionen información «por adelantado» sobre los pasajeros a las autoridades nacionales, con el fin de detectar los movimientos de personas incluidas en la lista Al-Qaeda del Consejo de Seguridad.

En tercer lugar, la Resolución 2178 refuerza el ámbito de aplicación de la lista antiterrorista contra Al-Qaeda de dos maneras diferentes. Por un lado, el texto se refiere a la necesidad de aplicar las medidas de congelación de fondos y prohibición de viajar a personas, grupos, empresas y entidades «asociados con Al-Qaida». Si bien en principio se podría considerar que el Estado Islámico no es socio sino competidor de la

organización creada por Bin Laden, unos párrafos más adelante la misma resolución se refiere a la designación por el Comité de Sanciones de «células, entidades afiliadas o grupos escindidos o derivados de Al-Qaida» (párr. 10). Por otro lado, y siguiendo de la Resolución 2161 (2014) de 17 de junio (párr. 5), las conductas objeto de medidas preventivas se extienden a aquellas personas físicas o jurídicas que presten apoyo a sus actos, «incluso mediante tecnologías de la información y las comunicaciones».

Aunque no es éste el lugar para formular juicios generales sobre el sistema de garantías ofrecido por el Comité de Sanciones contra Al-Qaeda, no pasaremos por alto que, sin llegar a ofrecer el nivel de protección equivalente al de un verdadero derecho de acceso a un juez (y por ende reprochable desde este punto de vista), éste ha mejorado sustancialmente desde la introducción de un *Ombudsperson* en 2009 (al respecto, véase GARRIDO MUÑOZ, A., *Garantías judiciales y sanciones antiterroristas del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. De la técnica jurídica a los valores*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013).

En definitiva, estamos ante una resolución necesaria en cuanto a su objetivo final pero cuestionable desde numerosos puntos de vista. Las reacciones a la emergencia terrorista siguen tensando la cuerda del delicado equilibrio entre seguridad y democracia. En este año en que se cumple el 250.º aniversario de la célebre «De los delitos y de las penas» del marqués de Beccaria, no debemos acostumbrarnos a que el Consejo de Seguridad siga creando su propio Derecho penal.

Asier GARRIDO MUÑOZ
Universidad de Salamanca

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.1.2015.4a.04>

5. LAS INICIATIVAS EUROPEAS DE RECONOCIMIENTO DE PALESTINA COMO ESTADO: ¿ESTÍMULO PARA LA PAZ ENTRE JUDÍOS Y PALESTINOS?

1. En 2012, la Asamblea General de las Naciones Unidas otorgó a Palestina la condición de Estado Observador no miembro, ya que no se le podía aplicar la condición de Estado prevista en el Derecho internacional. Nada ha cambiado desde entonces, a pesar de que 134 Estados hayan reconocido a Palestina como Estado.

El 30 de octubre de 2014, Suecia fue el primer país de la Unión Europea en reconocer a Palestina como Estado independiente. Otros miembros de la UE desean el mismo objetivo político, pero todavía no han llegado tan lejos. El Parlamento británico, el Pleno del Congreso de los Diputados español y la Asamblea francesa han aprobado en octubre, noviembre y diciembre de 2014, respectivamente, mociones y proposiciones no de ley para instar a sus respectivos Gobiernos a reconocer formalmente a Palestina como Estado. Todos estos textos fueron aprobados por amplias mayorías: por 319 síes, una abstención y dos noes en el caso español y por 339 votos a favor y 151 en contra en el caso francés.

Estas iniciativas se sitúan en la misma línea de endurecimiento del discurso de la UE hacia el Gobierno de Netanyahu a raíz de su ofensiva denominada *Pilar Defensivo*. Ya en diciembre de 2012, los jefes de Estado y de Gobierno de la UE dejaron por escrito la necesidad de contar con dos Estados en la zona, así como el carácter «ilegal» de los asentamientos judíos en territorios ocupados, cuestión que Bruselas condena con relativa frecuencia. La nueva Alta Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad trata de encontrar una postura común equilibrada y armoniosa

para todos los socios europeos, que satisfaga tanto a Alemania, Holanda y Dinamarca, más receptivos a las demandas israelíes, como a aquellos otros como Suecia y quienes ya habían reconocido al Estado palestino antes de su ingreso en la UE, como Polonia, República Checa, Hungría, Rumanía, Bulgaria, Malta y Chipre. Ante el bloqueo del Parlamento Europeo, Mogherini se muestra favorable a «tener un Estado palestino», si bien reconoce que la UE «reconocerá a los dos Estados en el momento más apropiado, aunque la competencia para hacerlo la siguen teniendo los Estados miembros».

2. El reconocimiento de Palestina como Estado del Gobierno sueco ha sido algo más que una mera declaración de reconocimiento de un Estado: reabre el debate sobre un conflicto arraigado en el tiempo que levanta fuertes pasiones, caldea los ánimos, incluso con un lenguaje en ocasiones destemplado y que impide vislumbrar la transcendencia jurídica y política de estas declaraciones. Pero estas iniciativas en vez de ayudar a resolver el eterno conflicto palestino-israelí, podrían resultar engañosas y quizás contraproducentes. Por ello se debe matizar con detenimiento, si —en este caso concreto— se dan las condiciones exigidas por el Derecho internacional para poder afirmar la existencia del Estado palestino y si el reconocimiento unilateral ayuda a alcanzar, por fin, un acuerdo definitivo de paz entre judíos y palestinos.

3. Soberanía estatal y reconocimiento de un Estado son dos conceptos jurídicos distintos, si bien en la práctica y en la opinión pública se confunden a menudo en el sentido que el segundo da entidad al primero. La existencia de un Estado es una cuestión que depende de los siguientes hechos concretos: 1) la existencia de un territorio razonablemente definido que incluye el derecho exclusivo para ejercer las competencias propias de un Estado; 2) una población permanente; 3) la existencia de una organización política, un Gobierno efectivo que controle ese territorio y a esa población, y 4) que ese Gobierno sea capaz de establecer relaciones internacionales con otros Estados, tal y como se recoge en el art. 1 del Convenio de Montevideo sobre los derechos y deberes de los Estados, de 26 de diciembre de 1993. Esta capacidad para establecer relaciones con terceros significa la independencia de ese Gobierno y la no sujeción a la autoridad de otro, cuando ejerza el control efectivo de su territorio y su población. Como es sabido, el reconocimiento de terceros no es constitutivo de la condición de Estado, sino una constatación de una realidad preexistente. Con él, se reconoce el Gobierno efectivo sobre una territorialidad y una población de ese sujeto del Derecho internacional, pero sin entrar a valorar ni la forma de adquisición ni la configuración de tales elementos. La libertad de los Estados para reconocer o no a otro encuentra, no obstante, dos límites en el orden internacional actual: por una parte, de acuerdo con una norma consuetudinaria de las Naciones Unidas y el art. 41 del Proyecto de artículos de responsabilidad internacional del Estado por actos ilícitos, existe la obligación de no-reconocer al Estado nacido en violación de normas fundamentales del Derecho internacional. Recuérdese en este sentido, el caso de Rhodesia y las resoluciones del Consejo de Seguridad de 1965 y, con ciertas otras matizaciones, los casos más recientes de Kosovo y Crimea (véase PETERS, A., «Crimea: Does “The West” now Pay the Price for Kosovo?», *EJIL-Talk*, abril 2014). De hecho, las Naciones Unidas ya declaró que la anexión israelí de los Altos del Golán de 1967 contravenía el orden internacional y reiteró la obligación de no reconocimiento de la extensión de la jurisdicción israelí a la zonas de Jerusalén Este controlada por Jordania.

Por otra, aun teniendo en cuenta que el reconocimiento de un Estado es un acto unilateral, facultativo e irrevocable, no se puede ignorar que la discrecionalidad del Estado pueda llegar a ser arbitrariedad, bien sea para reconocer Estados inexistentes en la realidad o bien para no reconocer Estados que cumplen con los requisitos

exigidos por el Derecho internacional. En tal caso, el reconocimiento de un Estado inexistente constituye una violación del principio que prohíbe el abuso del derecho, uno de los principios generales reconocidos por el Derecho internacional (véase Kiss, A., *L'abus de droit en Droit international*, París, LGDJ, 1952, p. 190). Incluso, el reconocimiento de un Estado *in statu nascendi* o prematuro sería igualmente una violación del orden internacional, ya que, en esencia, el reconocimiento depende de una doble efectividad: la efectividad del aparato del Estado que controla y gobierna el territorio que reivindica y su efectiva independencia. Si falta esta doble efectividad, el Estado no está todavía constituido a la luz del Derecho internacional y el estatuto internacional del Estado no puede ser válidamente aplicado (véase VIRALLY, M., «Panorama de *droit international contemporain*», *Recueil des Cours*, 1983-V, pp. 9-382, p. 56). Desde un punto de vista jurídico, el reconocimiento de un Estado no es esencial para la existencia de dicho Estado. Pero si todavía está en vías de llegar a serlo, el reconocimiento podría adquirir un cierto papel político relevante «cuasi-constitutivo», en el sentido de que podría acelerar el desenlace final deseado y así ayudaría al cumplimiento de los criterios apuntados —población, territorio y gobierno efectivo—, aunque en sí mismo no puedan considerarse alcanzados (véase CRAWFORD, J., «The criteria for Statehood in International Law», *British Yearbook of International Law*, 1997, pp. 93-182, p. 143). Además, el reconocimiento tiene unas consecuencias jurídicas en el ámbito de las relaciones internacionales, pues el Estado que reconoce está aceptando que el reconocido pueda oponerle los actos realizados en el ejercicio de sus competencias.

4. Para determinar si Palestina cumple con estas exigencias del Derecho internacional, tal y como afirmó la ministra sueca de Asuntos Exteriores, es menester acudir a los acuerdos —paradójicamente— consensuados entre las partes directamente interesadas —la Autoridad Palestina y el Gobierno de Israel— y asumidos por la comunidad internacional que, al menos desde los denominados acuerdo de Oslo II, constituyen el marco jurídico aplicable y la hoja de ruta de este eterno proceso de paz, a pesar de sus muchos altibajos, incumplimientos y violaciones por ambas partes. Sin embargo, ni el estancamiento de las negociaciones políticas ni la construcción de asentamientos ilegales por parte de Israel autorizan a terceros Estados a alterar los acuerdos territoriales y competenciales vigentes ni a suplantar de forma unilateral la voluntad de judíos y palestinos que todavía no han aceptado recíprocamente la solución de dos Estados vecinos en la zona.

A fecha de hoy es evidente que la Autoridad Palestina no es el Gobierno de un territorio claramente delimitado en el que pueda decidir de forma efectiva y soberana sin el control de Israel. Al margen de la disputa sobre la capitalidad de Jerusalén reivindicada por judíos y palestinos, la famosa Línea Verde no es la frontera definitiva, sino la solución provisional acordada en los Acuerdos de Armisticio firmados con Egipto, Jordania y Siria, pero no con los palestinos, pudiendo haber cambios en las negociaciones. En el Acuerdo de El Cairo de 1994 y el de Taba de 1995 se pactó un calendario para el despliegue de las fuerzas israelíes de la Franja de Gaza, un plan de transferencia progresiva de autoridad hasta el establecimiento efectivo de la Autoridad Palestina (AP) y una repartición territorial compleja dividida en tres zonas. La *Zona A* es de control exclusivo palestino que incluye las áreas más densamente pobladas, pero que carece de funciones en política exterior, por lo que —por ejemplo— la AP no puede firmar acuerdos con terceros Estados. La *Zona B*, comprende la mayoría de los municipios palestinos y en ella la AP asume sólo las competencias civiles, conservando Israel el control sobre la seguridad. Es decir, son territorios de competencias compartidas entre el ejército israelí y la AP, en los que se encuentran buena parte de los asentamientos de colonos judíos. La *Zona C* alcanza a un 60 por 100 del territorio rural cisjordano que se

encuentran bajo jurisdicción exclusiva israelí. En esta *Zona C* se hallan los principales recursos naturales palestinos, principalmente acuíferos y eléctricos, que están bajo control exclusivo israelí. Por último, la *Zona D* comprende todos los asentamientos israelíes en Cisjordania y las instalaciones militares en donde Israel conservaba todo el control hasta el final de las negociaciones, previsto —teóricamente— para 1999 (véase BERMEJO GARCÍA, R. y POZO SERRANO, P., *Una Tierra, dos Estados: Análisis jurídico-político del conflicto árabe-israelí*, Eunsa, Pamplona, 2011, pp. 210 y 211).

Este diseño territorial pactado por la AP e Israel, ha permitido a Israel soslayar el trazado de fronteras de acuerdo con las líneas anteriores a la ocupación de 1967 de territorios de Jordania y no de Palestina, y crear un nuevo referente fronterizo. Lo relevante de este diseño territorial es que evidencia que la AP no es un Gobierno efectivo, carece de la plenitud de las competencias soberanas en las *Zonas B* y *C*. Es más, perpetúa el control israelí, al menos provisionalmente, hasta que las futuras negociaciones lleven a la conclusión de un acuerdo final sobre el territorio de la futura entidad palestina, que defina sus fronteras y la soberanía interna de dicha entidad. La «injerencia» de terceros Estados reconociendo en estas circunstancias a Palestina como Estado resulta jurídicamente más que dudoso e inoportuno políticamente. Ya que, en efecto, no se puede olvidar que si se reconoce a Palestina como Estado habría que determinar sobre qué territorio ese Estado sería efectivamente soberano, ya que en Gaza está gobernado por Hamás, considerado grupo terrorista por los Estados Unidos y por la Unión Europea (hasta diciembre de 2014), pero la Franja no está bajo el control de la AP. Es más, Hamás se opone a las negociaciones con Israel y niega la existencia de Israel [véase BERMEJO GARCÍA, R.: «¿Es Hamás una organización terrorista? Consecuencias sobre el reconocimiento del Estado palestino», en GUTIÉRREZ ESPADA, C. (dir.) y CERVELL HORTAL, M. J. (coord.), *Nosotros y el Islam*, Murcia, ed. Diego Marín, pp. 10-11]. Recuérdese cómo el reconocimiento de un Estado, a pesar de ser un acto discrecional, debe respetar las normas imperativas del Derecho internacional. En tal caso, y salvando otros escollos, el reconocimiento de Palestina como Estado no significaría que la Autoridad Nacional Palestina salga reforzada como para impedir que desde Gaza se siga atacando a Israel. La Autoridad Palestina carece de cualquier capacidad de obligar a Hamás o a un Estado palestino reconocido por la ONU para nada.

La Autoridad Nacional Palestina carece de funciones de Gobierno y de representación del total de la población palestina que está dispersa entre Gaza, Cisjordania y los campamentos de refugiados y desplazados de Jordania, Siria y Líbano. De acuerdo con los Acuerdos de Oslo de 1993, la Autoridad Palestina nació como una entidad administrativa a corto plazo, encargada de la limitada gobernabilidad de las zonas de la Ribera Occidental y Gaza que fueron reconocidas en las *Zonas A* y *B* bajo la responsabilidad palestina. Su mandato original fue de cinco años, pero se amplió en 1998. Así la Autoridad Palestina goza de una limitada competencia legislativa, ejecutiva y territorial. Tampoco goza de plena jurisdicción sobre la población palestina, ya que no alcanza a los palestinos que habitan fuera de sus zonas de responsabilidad. De acuerdo, por tanto, con la estructura constitucional de la OLP y el Gobierno de los territorios palestinos ocupados (y controlados) por Israel, la Autoridad Palestina es un órgano subsidiario, competente sólo para el ejercicio de las funciones encomendadas a ella por el Consejo Nacional de Palestina. De ahí, que de acuerdo con la definición y aplicación de los principios generales del Derecho, la AP no tiene capacidad de asumir mayores poderes como, por ejemplo, el poder de disolver el órgano del que depende o para establecerse como órgano independiente del Consejo Nacional o de la OLP. Su legitimidad deriva del Consejo y de la OLP, ya que ambos representan a todos los sectores de la población palestina, incluidos los desplazados y refugiados con

independencia del lugar de residencia o del refugio. Por ello, la OLP fue reconocida por la Asamblea General de las Naciones Unidas y por la comunidad internacional de Estados, incluido Israel, como la única representante del pueblo palestino [Resolución 3236 (XXIX), 22 de noviembre de 1974].

5. A la luz de estos datos, casi resulta insultante recordar que Palestina carece de la doble efectividad exigida por el Derecho internacional para la válida aplicación del estatuto internacional de Estado, puesto que la AP no es el Gobierno efectivo que controla con plenitud de competencias el territorio y la población palestino. De no ser esto así, el presidente de la Autoridad Palestina, Mahmoud Abbas, no hubiese dado orden, el 14 de diciembre de 2014, de preparar y presentar ante el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas una resolución que estableciese un límite de dos años para que Israel ponga fin a la ocupación de los territorios palestinos. Como respuesta, el primer ministro de Israel, Benjamin Netanyahu, ya ha adelantado que su país no será forzado a retirarse del territorio que controla desde 1967 y que conquistó a Jordania, pero no a Palestina.

6. Desde un punto de vista político se comprende que la comunidad internacional intente que se retomen las negociaciones de paz entre judíos y palestinos con el objetivo de alcanzar una convivencia pacífica para ambos Estados. Tanto en las explicaciones de Suecia, como en los textos aprobados en el Reino Unido, España y Francia subyace la idea de que se retomen las negociaciones «en igualdad de condiciones» según expuso la ministra sueca de Exteriores, Margot Wallström. Sin embargo, por muy loable que sea el objetivo político, estas iniciativas no dejan de ser declaraciones, actos simbólicos, no vinculantes, que nada aportan a la resolución del conflicto. La votación de la Cámara de los Comunes se produjo pocas horas después del llamamiento de Ban Ki-Moon a su paso por Ramallah a que la «única solución al conflicto es terminar con la ocupación (israelí) y trabajar en la solución de dos Estados en paz y seguridad». También los textos español y francés pretenden impulsar la reconciliación entre palestinos e israelíes para llegar a una solución territorial justa, razón por la cual la Moncloa retiró del primer borrador de la proposición el párrafo que más irritaba a Israel y que contemplaba un plazo de dos años para el reconocimiento del Estado. De esta forma se mantienen a salvo las exportaciones de armas españolas al Estado judío, que en 2013 generó unos 4,9 millones y el ministro de Defensa español pudo adquirir sin dificultades material militar israelí durante su reciente visita a Israel a principios de diciembre de 2014. El tema palestino es especialmente sensible en Francia, ya que tiene las comunidades judías y musulmanas más importantes de Europa. El texto francés es altamente revelador, ya que recalca la «urgente necesidad de desembocar en una solución definitiva del conflicto que permita el establecimiento de un Estado democrático y soberano de Palestina»; es decir, de forma indirecta está reconociendo que todavía no existe tal Estado, a pesar de que el reconocimiento de un Estado ficticio no tiene cabida en el orden internacional.

De todos modos, a pesar del carácter declarativo del reconocimiento de Palestina como Estado y al margen de los problemas jurídicos que encierra, estas declaraciones de reconocimiento pueden tener efectos desestabilizadores en las relaciones internacionales y contraproducentes para el anhelado proceso de paz y el fin de la colonización israelí. A nuestro juicio, el reconocimiento sueco ha hecho un flaco favor a los palestinos. Muestra de ello es el posible giro ultraderechista del Gobierno de Netanyahu si prospera la reforma de la ley básica de Israel que pretende definir al Estado como un Estado-nación judío, con lo que discriminaría y dejaría sin cobertura al 20 por 100 de los israelíes que son árabes, dificultando así, aún más, las negociaciones de paz.

Asimismo, en enero de 2015, Israel ha anunciado que congelará el envío de los 105 millones de euros de impuestos recaudados por cuenta de la Autoridad Palestina que se transfieren mensualmente al Gobierno palestino, como represalia a la admisión de Palestina como miembro de la Corte Penal Internacional a partir del 1 de abril de 2015.

Eugenia LÓPEZ-JACOISTE
Universidad de Navarra

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.1.2015.4a.05>

6. ¿ENTERRANDO A BANKOVIC? LA EFICACIA EXTRATERRITORIAL DEL CONVENIO EUROPEO A LA LUZ DE LA SENTENCIA TEDH (GRAN SALA) DE 20 DE NOVIEMBRE DE 2014 EN EL ASUNTO JALOUUD C. PAÍSES BAJOS

1. El año 2014 ha permitido al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en lo sucesivo, TEDH) profundizar en su jurisprudencia relativa a la aplicación extraterritorial del Convenio, pues se han producido dos importantes decisiones en las que el Tribunal de Estrasburgo ha debido considerar los problemas asociados con la aplicación del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (en lo sucesivo, CEDH), afrontando una vez más la interpretación del alcance de la noción de «jurisdicción» establecida en el art. 1 del texto convencional. Por otra parte, en ambos casos la cuestión ha interesado a la aplicabilidad de las disposiciones convencionales en relación con las operaciones de las fuerzas armadas desplegadas en el extranjero, incidiendo en tales supuestos en las acciones desarrolladas por los contingentes de Estados partes desplegados en Irak durante la ocupación subsiguiente a la agresión armada del año 2003. Se trata de los asuntos *Hassan c. Reino Unido* (Sentencia de la Gran Sala de 16 de septiembre de 2014) y *Jaloud c. Países Bajos* (Sentencia de la Gran Sala de 20 de noviembre de 2014) si bien será en este último en el que centraremos nuestras observaciones en el curso de la presente nota. No obstante, no conviene olvidar, que cuestiones relacionadas con la eficacia extraterritorial del CEDH también han emergido en otros asuntos conocidos por el Tribunal el pasado año. En este sentido, merece atención el asunto *Trabelsi c. Bélgica* (Sentencia de 4 de septiembre de 2014) toda vez que en él —constituyendo los aspectos asociados con las medidas cautelares impuestas por el Tribunal (y su violación por Bélgica) el núcleo de la decisión— revivían cuestiones —la eventual imposición de obligaciones derivadas del Convenio en relación con un procedimiento extraditorio hacia un Estado no parte (Estados Unidos)— que en el pasado —en concreto en su Sentencia de 7 de julio de 1989 en el asunto *Soering c. Reino Unido*— habían constituido el detonante para plantear la cuestión de la incidencia extraterritorial de las disposiciones del CEDH.

2. La eficacia extraterritorial del Convenio Europeo ha sido desde luego una de las cuestiones más controvertidas en relación con su aplicación (sobre la cuestión véase *per omnia* MILANOVIC, M., *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties. Law, Principles and Policy*, Oxford, Oxford UP, 2011, así como nuestra contribución «¿Colmando los espacios de no Derecho en el Convenio Europeo de Derechos Humanos? Su eficacia extraterritorial a la luz de la jurisprudencia», *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. XXIV, 2008, pp. 141-175). Su proyección, limitada durante muchos años a aspectos incidentales relacionados con la operatividad de sus disposiciones, cobró vida propia con la Sentencia de 23 de marzo de 1995 *Loizidou c. Turquía* (*Excepciones preliminares*). En ella, como se recordará, el Tribunal afirmó que:

REDI, vol. 67 (2015), 1

«*Bearing in mind the object and purpose of the Convention, the responsibility of a Contracting Party may also arise when as a consequence of military action —whether lawful or unlawful— it exercises effective control of an area outside its national territory. The obligation to secure, in such an area, the rights and freedoms set out in the Convention derives from the fact of such control whether it be exercised directly, through its armed forces, or through a subordinate local administration*» (párr. 62, *in fine*).

Sin embargo, fue la posterior Decisión (Gran Sala) de 12 de diciembre de 2001 en el asunto *Bankovic c. Bélgica* la que centró la atención de la doctrina dado que en ella se creyó advertir un «giro jurisprudencial» que habría de limitar sobremanera las implicaciones reales —o supuestas— de las enérgicas afirmaciones realizadas por el Tribunal en su decisión de 1995. Allí se sostuvo que la noción de jurisdicción recogida en el art. 1 del Convenio reflejaba una concepción «esencialmente territorial», siendo «excepcionales» y requiriendo «especial justificación» otras alternativas (párr. 61), para concluir que:

«*...the Convention is a multi-lateral treaty operating, subject to Article 56 of the Convention, in an essentially regional context and notably in the legal space (espace juridique) of the Contracting States. The FRY (Federal Republic of Yugoslavia) clearly does not fall within this legal space. The Convention was not designed to be applied throughout the world, even in respect of the conduct of Contracting States. Accordingly, the desirability of avoiding a gap or vacuum in human rights' protection has so far been relied on by the Court in favor of establishing jurisdiction only when the territory in question was one that, but for the specific circumstances, would normally be covered by the Convention*» (párr. 80, *in fine*).

De hecho, a la luz de la inequívoca «reterritorialización» que sostenía entonces el Tribunal, fueron muchos —entre los que nos hallamos— los que se preguntaron si no existía una patente incongruencia entre los argumentos del Tribunal en este caso y la decisión con la que había asumido la aplicación del Convenio en el asunto chipriota.

3. Desde entonces la jurisprudencia del Tribunal ha ido examinando diferentes asuntos en los que el dogma «territorialista» ha ido resintiéndose sobre la base del gradual reconocimiento de significativas y crecientes excepciones. En esta evolución, ha sido sin duda su Sentencia de 7 de julio de 2011 en el asunto *Al Skeini c. Reino Unido* la que ha conformado lo que cabría tildar de nuevo giro jurisprudencial (sobre la misma *inter alia* véase LAVAL, P. F., «À propos de la juridiction extraterritoriale de l'Etat. Observations sur l'arrêt *Al-Skeini* de la Cour européenne des droits de l'homme du 7 juillet 2011», *Revue Générale de Droit International Public*, t. 116, 2012, pp. 61-88; MILTNER, B., «Revisiting Extraterritoriality after Al-Skeni: The ECHR and its Lessons», *Michigan Journal of International Law*, vol. 33, 2012, pp. 693-747; PANOUSIS, I. K., «L'application extraterritoriale de la Convention Européenne des droits de l'homme en Irak. Cour Européenne des droits de l'homme, arrêts *Al-Skeini* et *Al-Jedda c. Royaume Uni*, 7 juillet 2011», *Revue Trimestrielle des Droits de l'homme*, vol. 23, 2012, núm. 91, pp. 647-670). En este punto, la sentencia que reseñamos se sitúa ya en la nueva línea abierta por la decisión de 2011 como confirma el hecho de que al fundamentar ahora su decisión el TEDH proceda a transcribir íntegramente ocho de los párrafos de aquélla en los que establecía la noción de jurisdicción, más allá del «territorialismo» propugnado en 2001.

4. No obstante, allí todavía se mantenía alguna afirmación derivada de la decisión *Bankovic* (en concreto, la referencia a los «Poderes públicos») que alentaba una caracterización aún restrictiva de la noción de jurisdicción siendo el mérito de la reciente Sentencia *Hassan* el hacerla desaparecer de los razonamientos del Tribunal; línea en la que persevera la decisión en el asunto *Jaloud*. En todo caso, este proceso de relectura de su jurisprudencia parece estar detrás de la lacónica afirmación con la que

el Tribunal afronta el examen de la cuestión cuando —antes de remitirse a su doctrina en el asunto *Al Skeini*— se permite advertir:

«*The Court would observe that, while the jurisdiction of States is primarily territorial, it may sometimes be exercised outside the national territory (compare Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, ICJ Reports 2004, p. 136, § 109)*» (párr. 139).

Una afirmación profundamente significativa, a nuestro juicio, dado que en ella no aparecen ya las severas restricciones con las que orlaba su pronunciamiento en el asunto *Bankovic* y sí en cambio una referencia a la Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia de 9 de julio de 2004, obviamente posterior en el tiempo a aquél y en la que, como es conocido, el Tribunal de La Haya postulaba una caracterización de la aplicación extraterritorial de los instrumentos internacionales de derechos humanos más generosa.

5. Entrando ya en el análisis del caso conviene recordar que los hechos —de cierta complejidad— se refieren a la muerte de un nacional iraquí en un puesto de control en el sur de Irak supervisado por el contingente holandés aunque las tareas efectivas de control recayeran sobre personal iraquí. Se daba además la circunstancia de que en el sector, la responsabilidad última correspondía al Reino Unido sobre la base del reparto de funciones establecido por las potencias ocupantes (Estados Unidos y Reino Unido) y validado por sucesivas Resoluciones del Consejo de Seguridad. Este cúmulo de circunstancias hacían propicio que pudieran entrar en juego conceptos tales como el «efecto pantalla» de las resoluciones del Consejo de Seguridad, la responsabilidad de la potencia ocupante —lo era indiscutiblemente el Reino Unido, aunque no los Países Bajos—, la noción bien conocida en el sector del Derecho internacional de la responsabilidad internacional de la puesta a disposición por un Estados de órganos al servicio de otro (art. 6 del *Proyecto de artículos sobre la responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, aprobado por la CDI en 2001), junto con la idea, finalmente, del «control efectivo» todos los cuales parecían desdibujar la supuesta atribución a los Países Bajos de una responsabilidad por el incidente. Por otra lado, ha de tenerse presente que en la demanda presentada por los familiares de la víctima no se planteaba formalmente la cuestión de la violación del derecho a la vida (art. 2.1 CEDH) sino la vulneración de las obligaciones procedimentales relacionadas con la investigación de los hechos (art. 2.2 CEDH).

6. A tenor de lo expuesto, una interesante cuestión que se le planteó al Tribunal fue la relativa a la determinación de la jurisdicción bajo la que se encuadraban los hechos dadas las peculiaridades que comportaba la presencia del contingente holandés en suelo iraquí. De hecho, no por casualidad Reino Unido intervino en el procedimiento para hacer valer, de un lado, su condición de «potencia ocupante»; de otro, la subordinación de las fuerzas holandesas a su mando operacional, pues ciertamente había un oficial británico responsable último de aquellas. No obstante, frente a ello el Tribunal advirtió (párr. 142) que el *status* de «potencia ocupante» —de acuerdo con el art. 42 del Reglamento de La Haya de 1907— no era decisivo en el caso (frente a lo que ocurriera en los asuntos *Al-Skeini* y *Al-Jedda*) propiciando una respuesta al margen de aquél y en línea —así lo hacía valer explícitamente— con su decisión de 1995 en el caso *Loizidou* y otros asuntos relacionados con el conflicto chipriota y el conflicto de Transnistria (Sentencias de 8 de julio de 2004 y de 19 de octubre de 2012, respectivamente *Ilascu y Catan c. Moldova y Rusia*, entre otros). Por otra parte, sostuvo que la aparente subordinación del contingente holandés al control operacional británico no desvirtuaba la jurisdicción de los Países Bajos en el caso («*the fact of executing a decision or an order given by an authority of a foreign State is not in itself sufficient to*

relieve a Contracting State of the obligations which it has taken upon itself under the Convention»), pues éstos seguían ejerciendo plena autoridad sobre su personal militar, tal como —recordaba el Tribunal— reconocían las autoridades holandesas con ocasión del preceptivo control parlamentario ante los Estados Generales (párr. 143). Finalmente, advertía que de ninguna manera podía inferirse una supuesta responsabilidad de los efectivos iraquíes (*Cuerpo Iraquí de Defensa Civil*) en los hechos pues éstos se encontraban «bajo la supervisión y la autoridad de los oficiales de las fuerzas de la coalición» (párr. 150). Todo lo cual lleva al Tribunal de Estrasburgo a concluir que:

«...the Court cannot find that the Netherlands troops were placed “at the disposal” of any foreign power, whether it be Iraq or the United Kingdom or any other power, or that they were “under the exclusive direction or control” of any other State [compare, mutatis mutandis, Article 6 of the International Law Commission’s Articles on State Responsibility, see paragraph 98 above; see also Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, ICJ Reports 2007, p. 43, § 406,...]» (párr. 151).

Sin que fuera necesario en el caso abordar la eventual jurisdicción concurrente de otros Estados contratantes (párr. 153).

7. En este orden, la afirmación acerca de la irrelevancia de la implicación de otros sujetos —incluida la responsabilidad última del Consejo de Seguridad sobre la base de las habilitaciones conferidas a las potencias ocupantes con arreglo a las Resoluciones 1483 (2003), de 22 de mayo, y 1511 (2003), de 16 de octubre— merece una especial atención toda vez que la cuestión no había resultado baladí en otras ocasiones; en este punto conviene recordar la inadmisibilidad acordada en la Decisión (Gran Sala) de 2 de mayo de 2007 en los asuntos acumulados *Behrami y Behrami c. Francia y Saramati c. Francia, Alemania y Noruega*. Frente a ello, no está de más mencionar que este planteamiento ya había sido descartado con anterioridad por otras instancias jurisdiccionales: al respecto merecen destacarse las Sentencias del Tribunal Supremo de los Países Bajos de 6 de septiembre de 2013 en los asuntos *Nuhanovic y Mustafic* —dictadas en relación con la implicación del contingente holandés en la matanza de Srebrenica— en donde la más alta jurisdicción neerlandesa había asumido la hipótesis de la doble atribución de responsabilidad, abandonando la restrictiva caracterización mantenida por el TEDH en 2007 (al respecto véase BAKKER, C., «Dual Attribution of Acts committed by a UN Peacekeeping Force: An Emerging Norm of Customary International Law? The Dutch Supreme Court’s Judgements in *Nuhanovic* and *Mustafic*», *Italian Yearbook of International Law*, vol. XXIII, 2013, pp. 287-297).

8. No menos importante es la cuestión que hubo luego de elucidar el TEDH acerca de la subsiguiente atribución de responsabilidad respecto a los hechos denunciados. En este orden, el Tribunal advertía acerca del diverso carácter que suscitaba la cuestión respecto de la previamente establecida jurisdicción neerlandesa en el supuesto (párr. 154). En todo caso, y siendo cuestiones diferentes concluía que «(t)he facts giving rise to the applicant’s complaints derive from alleged acts and omissions of Netherlands military personnel and investigative and judicial authorities. As such they are capable of giving rise to the responsibility of the Netherlands under the Convention» (párr. 155). En suma, aplicando implícitamente las categorías establecidas en el Proyecto de artículos de la CDI de 2001 previamente citado, el Tribunal dejaba definitivamente esclarecida la eventual responsabilidad de los Países Bajos para el caso de que se acreditaran las violaciones denunciadas por la recurrente.

9. También merece una especial consideración la cuestión acerca de las implicaciones del art. 2.2 toda vez que en el asunto *Jaloud* no era la muerte sino las circuns-

tancias —supuestamente legales— conforme a las que habría tenido lugar, la cuestión denunciada: en este sentido, la demandante dudaba tanto de la independencia de la investigación desarrollada por las autoridades militares holandesas en torno a las circunstancias de la muerte de A. S. Jaloud como de la regularidad del procedimiento judicial ulterior. Habida cuenta del contexto —la situación en Irak en el curso de la ocupación militar extranjera— al abordar este punto, de nuevo el Tribunal (párr. 163) recurre a su anterior decisión *Al-Skeini* para recordar que las obligaciones procedimentales derivadas del art. 2.2 en relación con la investigación de las circunstancias de una muerte se imponen en todo momento, «aún cuando las condiciones de seguridad sean difíciles, incluso en un contexto de conflicto armado», debiendo conducirse de modo «efectivo», «independiente» y «diligente», sin estimarse satisfechas con «la simple concesión de una indemnización». Lo anterior lleva al Tribunal a reconocer que:

«The Court is prepared to make reasonable allowances for the relatively difficult conditions under which the Netherlands military and investigators had to work. In particular, it must be recognized that they were engaged in a foreign country which had yet to be rebuilt in the aftermath of hostilities, whose language and culture were alien to them, and whose population —witness the first shooting incident on 21 April 2004 [...]— clearly included armed hostile elements» (párr. 226).

No obstante, tales circunstancias no hacían imposible el cumplimiento de las obligaciones positivas derivadas del art. 2.2 del Convenio, en tanto que el análisis de los hechos le llevaba a concluir que si bien la Sala militar que hubo de conocer del caso era independiente, en cambio las lagunas y deficiencias advertidas en el procedimiento seguido (omisión de la toma en consideración del acta con las deposiciones de los implicados, riesgo de colusión entre ellos, deficiencias en la práctica de la autopsia, inexistencia de un análisis de balística, etc.) permitían dudar de su eficacia, de lo que se derivaba una inequívoca violación del Convenio.

10. La sentencia se acompaña de nutridas Opiniones concordantes, alguna de las cuales —así, la encabezada por el Juez Casadevall y de la que participa (junto con otros cinco jueces) el Juez «español», L. López Guerra— prefigura posibles futuros desencuentros en el seno del Tribunal, particularmente respecto al alcance de las obligaciones derivadas del art. 2.2, cuya apreciación por parte del Tribunal consideran contradictoria con las circunstancias del caso. También resulta significativa la atención inusitada que despierta a algunos jueces —así Opiniones concordantes de los Jueces Spielmann y Raimondi y Opinión concordante de la Juez Motoc— la integración en el análisis del Tribunal de los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional en materia de responsabilidad internacional al abundar en las cuestiones de la jurisdicción y la atribución de responsabilidad, tras alguna de las cuales parece latir un «autonomismo» respecto del Derecho internacional general digno de mejor causa.

11. Como ocurriera con ocasión del asunto *Bankovic*, la valoración de la decisión se enfrenta una vez más a posiciones contradictorias. De un lado, hay quienes ven en ella un nuevo aporte a una construcción —que podríamos calificar de «puntillista»— en torno a las hipótesis limitadas sobre las cuales giraría la eficacia extraterritorial del Convenio: a este respecto hay quien se pregunta ahora acerca de nuevas hipótesis de extraterritorialidad susceptibles de reconocerse en futuros pronunciamientos del Tribunal (y es que, lamentablemente, las operaciones militares desarrolladas con ocasión de la invasión de Irak han surtido sinnúmero de supuestos sobre los que el Tribunal puede venir llamado a pronunciarse en un futuro no muy lejano). Para otros, con los que nos alineamos, se trata ya de una inequívoca desvirtuación de las restricciones espaciales impuestas por la jurisprudencia precedente, de forma que puede sostenerse que desde ahora «los soldados europeos *llevar consigo* el Convenio Europeo» doquie-

ra que se planteen sus acciones (véase MILANOVIC, M., «*A Few Thoughts on Hassan v. United Kingdom*», en el blog *EJIL: Talk!*, accesible en <http://www.ejiltalk.org>). En todo caso, lo que es evidente es que esta decisión arrumba definitivamente algunas de las afirmaciones más discutibles vertidas en el asunto *Bankovic*: particularmente, es revelador que el espurio concepto de «espacio jurídico» acuñado en aquella ocasión no encuentra ahora la más leve proyección ni en las afirmaciones de la sentencia, ni en las de los nutridos votos concurrentes formulados. Por otro lado, la evocación del caso *Bankovic* también nos permite valorar la influencia que cobran los intereses políticos de los Estados contratantes en los asuntos sometidos al Tribunal y el relieve que el órgano jurisdiccional de Estrasburgo les confiere. En este orden, pese a los años transcurridos, seguimos pensando que aquéllos fueron decisivos en el caso para alumbrar tan controvertida decisión. En cambio, afortunadamente no ha sido así en el asunto *Jaloud*, máxime cuando el órgano jurisdiccional de Estrasburgo no se ha dejado seducir por los argumentos que blandía el representante británico ante el Tribunal cuando aducía los «riesgos reales» que entrañaría una decisión como la acordada de cara a la asunción por los Estados parte en el CEDH de futuras misiones susceptibles de ser acordadas por el Consejo de Seguridad en el ámbito del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales (párr. 126). Qué duda cabe que una respuesta distinta hubiera supuesto asumir la impunidad de estos efectivos, como destacaba la Juez Motoc en su Opinión concordante (párr. 6).

12. *Coda*. El azar ha querido que el fallo del TEDH se haga público pocos días después de la insólita decisión acordada por el Tribunal Militar Territorial Primero de revocar el auto de procesamiento dictado por el Juzgado togado militar núm. 11 respecto a los militares españoles implicados en supuestos actos de tortura cometidos en Diwaniya (Irak) en el año 2004. Aunque el supuesto exceda del objeto de la presente nota, conviene reseñar que en la información que ha trascendido en torno a la fundamentación de la decisión del Tribunal militar (véase diario *El País*, de 30 de octubre de 2014, p. 20) se mencionan fútiles disquisiciones en torno a la (irrelevante) declaración de guerra y peligrosas derivas interpretativas acerca de la pretendida inoperancia del Derecho internacional humanitario frente a supuestos terroristas, deudoras estas últimas de un «excepcionalismo jurídico» a conjurar. Ninguna mención se hace, en cambio, a las normas del Convenio Europeo que nuestros militares deberían llevar —más aún a partir de ahora— entre sus pertrechos.

Javier A. GONZÁLEZ VEGA

Universidad de Oviedo

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.1.2015.4a.06>

7. LA LEY DE LA ACCIÓN Y DEL SERVICIO EXTERIOR DEL ESTADO. UN INTENTO FALLIDO

1. El *BOE* del 26 de marzo de 2014 publicaba la Ley de la Acción y del Servicio Exterior del Estado (LASEE) que el Congreso de los Diputados había aprobado unos días antes con los solos votos a favor del Partido Popular y UPN y el voto negativo o la abstención del resto de las fuerzas políticas representadas en las cámaras. Su entrada en vigor al día siguiente ponía fin a un accidentado proceso de elaboración en el que las diferencias iniciales fueron ahondándose en lugar de acercarse y cuyo resultado final no augura necesariamente un futuro feliz a la nueva ley.

Nadie ha discutido la conveniencia de contar con una ley que establezca el marco de referencia de la Acción Exterior del Estado. De hecho, ha figurado entre las preocu-

paciones de sucesivos Gobiernos, siendo el precedente más inmediato la creación en 2005 por el entonces Ministro de Asuntos Exteriores y de Cooperación, Miguel Ángel Moratinos, de una Comisión Interministerial para la Reforma Integral del Servicio Exterior que no pudo ponerse de acuerdo en mucho más que en que una ley de ese tipo era aconsejable.

Ese intento, como los que le precedieron desde el Libro Blanco sobre la Administración Exterior del Estado de 1986, fracasó entre otras razones por la confluencia de tres factores igualmente importantes: el primero, la sustancial transformación de las relaciones internacionales, que ha supuesto entre otras cosas la incorporación de nuevos y potentes actores distintos de los Estados; el segundo, las complejas repercusiones en la acción exterior del Estado de la articulación de nuestro Estado de las Autonomías, con las consiguientes competencias exclusivas y compartidas por la administración General del Estado y las administraciones autonómicas en temas de necesaria proyección exterior; y finalmente, la existencia de una administración pública compartimentada y controlada por Cuerpos Especiales, con una visión cerradamente corporativa de sus intereses y del ejercicio de las competencias a su cargo. En esas condiciones el reconocimiento general de la conveniencia de dotarnos de un marco normativo para ordenar la Acción Exterior del Estado no llevaba aparejada la capacidad ni la voluntad de los actores para llevar a buen puerto el proyecto. Y de ahí que la solución de los conflictos competenciales o de mera presencia, hayan tenido que venir hasta ahora de la mano del Tribunal Constitucional que a golpe de sentencia ha establecido criterios y puesto un relativo orden en algunos aspectos de nuestra acción exterior, en especial el papel, alcance y límites de las actividades de las Comunidades Autónomas.

2. La aprobación de la LASEE puede hacer creer que esta vez se ha logrado superar esos obstáculos pero, desgraciadamente, nada más lejos de la realidad. Sin entrar ahora en la polémica sobre la bondad real o supuesta de considerar la política y la acción exteriores una cuestión de Estado, parece evidente que al menos los marcos de referencia de ambas deben ser fruto del más amplio consenso posible, no sólo de las fuerzas políticas sino también de la sociedad civil. Y, sin embargo, no ha sido el consenso lo que ha caracterizado ni la elaboración ni la aprobación de esta ley. En apoyo de esta afirmación hay numerosos hechos además de la votación misma: la carta que dirigieron al Ministro García-Margallo, en febrero de 2013, 363 diplomáticos reclamando ser oídos y exponiendo su posición contraria al texto de la ley, entonces proyecto, en temas tan centrales como la unidad de acción en el exterior o el papel del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación; el duro comunicado de la Asociación de Diplomáticos Españoles, mayoritaria en la Carrera Diplomática, señalando que las deficiencias de la ley no le permitían apoyarla; las comparecencias en el trámite parlamentario de numerosos expertos, casi sin excepción críticos sobre su contenido; o que se presentaran cientos de enmiendas por todos los grupos sin que se aceptaran finalmente más que cambios cosméticos en el texto. El ministro de Exteriores ha reclamado insistentemente el consenso pero ha carecido de la flexibilidad necesaria para propiciarlo.

Hay una explicación para esta actitud. Los anteriores intentos habían fracasado, en gran parte, por la rigidez de las posiciones de los distintos Ministerios con competencias en el exterior y su resistencia a aceptar el principio de unidad de acción y sus consecuencias, en particular el papel central del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación en el proceso interno y el del jefe de Misión o embajador en el exterior. Pues bien, para sortear ese obstáculo el Ministro García-Margallo y su equipo han primado la negociación con los Ministerios sobre cualquier otra y alcanzado un acuerdo

sobre la base no tanto de la «coordinación» como de la «adición», es decir, reconociendo a los distintos departamentos unos ámbitos de acción exterior propios que se yuxtaponen entre sí para formar, en su conjunto, el ámbito global de la acción exterior del Estado. El resultado, muy objetable conceptualmente, ha sido doblemente negativo: por un lado, cuestiona el principio y la operatividad de la unidad de acción en el exterior, elemento central de todo el ejercicio; por otro, redujo de forma drástica la capacidad de negociación del MAEC con los demás interlocutores por cuanto preservar ese acuerdo intra-gubernamental pasó a ser una absoluta línea roja, hipotecando y condicionando el tratamiento de asuntos conexos como la organización del servicio exterior, como veremos más adelante.

En todo caso, sean las que hayan sido las razones, la ausencia de un consenso suficiente entre las fuerzas políticas, las administraciones y los actores sociales directamente implicados puede tener la consecuencia de que la trascendencia temporal que cabría esperar de una ley que regula materia tan sensible como la acción exterior del Estado no esté garantizada.

3. Sobre el telón de fondo de este «pecado original» de la LASEE hay que traer a colación otros aspectos de la nueva ley que despiertan no pocas dudas. El primero y principal que se haya optado por regular, en una misma ley, la Acción Exterior del Estado y el Servicio Exterior, cuestiones de muy diferente entidad. La primera, ciertamente merecedora de un tratamiento de ese rango, pero la segunda de carácter más contingente e incluso en muchos aspectos puramente organizativa, más propia de normas de rango reglamentario. Regular por ley esas cuestiones supone introducir una rigidez inconveniente para la buena marcha del Servicio Exterior y complicar innecesariamente su adecuada adaptación a las cambiantes circunstancias de cada momento. El Informe preceptivo del Consejo de Estado, emitido el 30 de mayo de 2013, alertó sobre esta inconveniencia señalando que «debe llamarse la atención sobre el hecho de que una parte significativa de los contenidos del anteproyecto corresponde a materias cuya regulación en una norma jurídica de rango legal puede reputarse innecesaria o, incluso, poco apropiada» concretando más adelante que ese era el caso de «muchos preceptos, incluidos principalmente en el título IV (que) revisten un carácter meramente organizativo, en ocasiones más propio de una norma de rango reglamentario» por lo que su «inclusión en el anteproyecto, además de resultar desequilibrada, presenta la contraindicación de conferirles una rigidez formal innecesaria».

Lamentablemente, es obligado señalar que estas recomendaciones no fueron atendidas y el texto aprobado es, en estos aspectos, exactamente el mismo que el que se sometió entonces como anteproyecto al Consejo de Estado.

4. En cuanto al contenido concreto de la nueva ley hay muchos aspectos que justifican las reticencias y el distanciamiento mostrados por expertos, asociaciones, administraciones regionales y municipales y partidos políticos durante los debates en la Comisión de Exteriores del Congreso.

Uno de ellos, particularmente importante, es la detallada descripción de lo que en la ley se llaman «ámbitos de la acción exterior», a cuyos fines y objetivos se dedica todo el capítulo II del título I (arts. 15 al 34). La LASEE opta por desagregar la acción exterior del Estado y compartimentarla, no en función de principios inspiradores, objetivos generales o criterios de acción, sino de las competencias con eventual proyección exterior atribuidas a los distintos Ministerios. Este tratamiento es consecuencia de la negociación intra-gubernamental a que me he referido anteriormente y materializa el acuerdo de blindar, dándole reflejo normativo, el elenco

competencial de los distintos Ministerios. Pero es un enfoque equivocado. Aún más, como señala el Consejo de Estado en su dictamen, esta descripción detallada es no sólo innecesaria sino inconveniente por cuanto responde a una visión estática de la acción exterior; resta flexibilidad a la potestad del Gobierno de fijar directrices, deja en tierra de nadie cualquier actuación en ámbitos no descritos en la ley y pone en evidencia aquellas otras actuaciones posibles que, aconsejadas por la coyuntura, aunque dentro de los principios orientadores pudieran reputarse en contradicción con las previstas en la ley.

Aparte de la confusión conceptual que revela este enfoque, es especialmente dañino su efecto de encorsetar innecesariamente la acción exterior del Estado refiriéndola a una concreta estructura organizativa del Gobierno que normalmente sufrirá ajustes en próximas legislaturas. Un solo artículo que se hubiera limitado a afirmar que la acción exterior del Estado se desarrollará en todos los ámbitos que sean de interés para la consecución de los objetivos de seguridad, paz y progreso de España, aparte de ser más sólida en lo conceptual, habría hecho mucho mejor servicio a nuestros intereses que la farragosa, innecesaria e inconveniente regulación aprobada. En el debate en el Congreso se presentaron varias enmiendas a ese fin que fueron sin embargo desestimadas por la mayoría.

5. Otras cuatro cuestiones reciben un tratamiento cuestionable, y están entre las razones de fondo del rechazo de expertos, fuerzas políticas y administraciones autonómicas: la desconfianza hacia la acción exterior de las Comunidades Autónomas, los mecanismos de planificación e iniciativa, la Marca España y la articulación de la unidad de acción en el exterior.

6. Por lo que hace al papel de las CCAA, la LASEE adopta una posición más de desconfianza y control que de colaboración. Mientras los demás actores (el poder judicial, el legislativo o las FAS) gozan de una presunción de lealtad institucional, de las CCAA se recela, ignorando no ya la contribución positiva de las CCAA a la acción exterior del Estado, sino que tienen competencias exclusivas en ámbitos de necesaria proyección exterior. La ley es mucho más estricta en el control de esa legítima acción exterior que en el aprovechamiento de lo mucho que aporta a nuestra presencia y a la satisfacción de los intereses de los ciudadanos españoles en su conjunto. El art. 5.2 y los arts. 11 y 12 son suficientemente expresivos de esta filosofía controladora al establecer mecanismos de información previa que no se exigen a otros actores y someter a una carrera de obstáculos la apertura de oficinas en el exterior. Para justificar esta finalidad controladora, se llega incluso a utilizar el argumento de la «eficiencia en la gestión de los recursos públicos» para complicar la apertura de dichas oficinas, cuando obviamente no es en ese plano en el que se plantea el problema de fondo.

Recordemos que la tramitación de la LASEE ha coincidido con un periodo de gran tensión entre el Gobierno y las administraciones autonómicas a causa de la crisis económica y en particular con la Generalitat de Cataluña por razones más complejas, conflicto éste en el que el ministro de Exteriores, paradójicamente, ha jugado un papel protagonista. Ese conflicto ha contaminado seriamente el enfoque de la LASEE en lo que hace al papel de las CCAA en la acción exterior del Estado. Ni el momento era el más oportuno para una reflexión serena sobre esta cuestión, ni los resultados han sido consiguientemente los deseables.

7. En cuanto a los mecanismos de planificación e iniciativa, sin negar la necesidad de una adecuada planificación, el sistema establecido en el título II, arts. 34 a

40, es particularmente pesado y burocrático como cabía esperar de una negociación fundamentalmente competencial. Se establecen hasta cuatro instrumentos (estrategia a medio plazo, informe anual, plan de promoción de imagen y planes anuales Marca España) cuyo principal demérito no es sólo su número excesivo sino la confusión entre política y propaganda que implican, al poner en el mismo plano la primera (estrategia e Informe anual) que la segunda (promoción de imagen y Marca España). Nadie avala esta equiparación y es muy desafortunado que se haya hecho dentro de la ley. El Consejo de Estado en su citado informe considera la inclusión de la Marca España en la ley «perturbadora y potencialmente disfuncional».

8. Igualmente sorprendente es la distribución de competencias en cuanto a la iniciativa de las distintas acciones en este terreno. La elaboración de la Estrategia es iniciativa del MAEC, pero «conjuntamente» con todos los demás departamentos ministeriales; la de los planes de promoción de la imagen de España, de la Presidencia del Gobierno y el Ministerio de la Presidencia; la del despliegue exterior de «los departamentos ministeriales» y la creación o supresión de Embajadas u Oficinas sectoriales se hará a propuesta del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. De donde deriva una evidente burocratización y la pérdida de la centralidad de que disfrutaba, al menos en teoría, el Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación en la coordinación y gestión de la Política y Acción Exteriores del Estado de acuerdo con el modelo predominante en nuestro entorno.

9. Más grave es la flagrante contradicción entre el art. 3, párr. 2.a) que establece como primer principio rector de la Acción Exterior el de «unidad de acción», y la articulación que se hace del mismo en el título III, capítulos I y III al regular el Servicio Exterior. La LASEE atribuye al jefe de Misión la representación del Estado, como no podía ser de otra manera, pero renuncia a dotarle de los instrumentos que hagan operativa esa autoridad. Cada Ministerio sectorial seguirá designando e instruyendo directamente a sus enviados y los consejeros, agregados y demás responsables de Oficinas o Centros especializados continuaran dependiendo orgánica y funcionalmente de sus respectivos departamentos y solo jerárquicamente del jefe de Misión, que les coordina y recibe información de ellos. Así es evidentemente imposible asegurar la unidad de acción. Una vez más, la ley recurre a codificar una realidad insatisfactoria para preservar la paz intergubernamental, pero en este caso lo hace a costa de vaciar la ley de lo que debía haber sido su objetivo principal. El Consejo de Estado se ha pronunciado también a este respecto, señalando que «no resultan coherentes los términos de la dependencia jerárquica, orgánica y funcional a la que queda sometido el personal del servicio exterior».

10. En resumen, la Ley de la Acción y el Servicio Exterior del Estado es una ley que fracasa en el intento de dar solución a los problemas que aborda. Está fuertemente contaminada por las exigencias de la difícil coyuntura por la que España ha atravesado durante su elaboración y ello ha determinado su falta de visión, su apego al detalle y que haya recurrido a codificar una realidad que está lejos de ser satisfactoria, renunciando a transformarla. Sus numerosas y graves deficiencias sustantivas le han impedido alcanzar un consenso suficiente que garantice su permanencia, al tiempo que hacen extremadamente difícil su reforma. En suma, un intento fallido, una oportunidad perdida.

Juan Pablo DE LAIGLESIA
Embajador de España

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.1.2015.4a.07>

REDI, vol. 67 (2015), 1

8. ESPAÑA EN EL CONSEJO DE SEGURIDAD DE NACIONES UNIDAS DURANTE EL BIENIO 2015-2016: RETOS Y RESPONSABILIDADES

1. La elección de España como miembro no permanente del Consejo de Seguridad constituye un éxito indudable de la política exterior española. Lanzada ya la candidatura de España a ese puesto en 2005 por el Gobierno presidido por el socialista José Luis Rodríguez Zapatero y asumida por el actual Gobierno del Partido Popular presidido por Mariano Rajoy, la elección de nuestro país (por quinta vez ya) para ese puesto tuvo lugar el 16 de octubre de 2014. Nueva Zelanda, España y Turquía competían para la renovación de dos puestos como miembros no permanentes del Consejo en el grupo «Europa occidental y otros Estados» (salían Australia y Luxemburgo). Los votos necesarios (dos tercios de los Estados presentes y votantes según el art. 18.2 de la Carta), habida cuenta la participación de todos los miembros de la Asamblea General, eran 129. Nueva Zelanda obtuvo en la primera ronda 145; España y Turquía necesitaron hasta el desenlace tres votaciones, obteniendo nuestro país en la tercera y última 132 votos por los 60 de Turquía. El Ministro español de Asuntos Exteriores, Sr. García-Margallo, confesó que no siempre estuvo seguro del triunfo («he temido que el desempate nos arrasara, como nos pasó en Buenos Aires con los Juegos», <http://politica.elpais.com>, 16 de octubre de 2014, pp. 1-3, p. 1). El resultado final constituye un éxito de la política exterior española por tres razones fundamentalmente:

— Es una cuestión de prestigio integrar un órgano, como el Consejo de Seguridad, formado por 15 (de los 193 Estados miembros de Naciones Unidas), que se ocupa nada menos de cuestiones como el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales.

— La presencia de España en el Consejo refuerza su capacidad para conseguir acuerdos internacionales con otros Estados (miembros o no del mismo órgano).

— Estar «allí» es saber de primera mano (sin mediación ni interferencias) de los grandes asuntos geoestratégicos de este lugar llamado mundo.

2. Formar parte del Consejo obliga al Estado miembro a tomar posición (a «mojarse») sobre cuestiones de primer orden mundial, y a hacerlo en el marco del juego permanente de complicados equilibrios políticos y diplomáticos, sin que sea posible (la mayoría de las veces) que los miembros no permanentes (nuestro caso) consigan ver triunfar en la decisión (o inacción) a la que el Consejo llegue sus deseos, por justificados que estén, para él, por el Derecho o la Justicia. Y acabo así de lanzar al lector dos mensajes:

— El primero es que España tendrá que adoptar posiciones difíciles, en temas de gran calado y será objeto, en ese proceso, de todas las presiones imaginables. Como, por ejemplo, tuvo que hacer en 2003 (España ocupó el puesto para el que ahora ha sido elegida en el bienio 2003-2004) con ocasión de la guerra de Irak. Nuestro país tuvo que tomar posición sobre si debía el Consejo autorizar el uso de la fuerza armada contra el régimen de Saddam Hussein o no hacerlo. Decisiones difíciles, sí, que pueden además tener su proyección, para el Gobierno que las adopte, en la política interna, incluso en sus expectativas de volver o no a ganar una elecciones generales.

— El segundo mensaje que les he enviado consiste en que un Estado puede verse tentado a sopesar si este precio a pagar compensa las ventajas que formar parte del Consejo de Seguridad suponen para él. Y no hablo de teorías, sino de práctica: un viernes 18 de octubre de 2013, Arabia Saudí renunció al puesto de miembro no permanente del Consejo de Seguridad para el que había sido elegida por la Asamblea General alegando la «incapacidad» de este órgano para «asumir sus funciones y res-

pensabilidades en bien de la paz y seguridad en el mundo» (www.europapress.es, 18 de octubre de 2014). Detrás de estas palabras, el Gobierno saudí reprochaba al Consejo de Seguridad su inacción (vetos ruso y chino) en el conflicto de Siria.

3. España tiene, sin duda, su Programa, como miembro no permanente del Consejo para el bienio 2015-2016. En la página web del Ministerio de AAEE y Cooperación (<http://www.exteriores.gob.es>, consultada el 21 de noviembre de 2014), y en el marco del tema de «La candidatura española al Consejo de Seguridad de Naciones Unidas 2015-2016», se enumeran las que se denominan «las diez razones de un socio fiable», de algún modo el «monstruo» del Programa de actuación español en ese órgano. Permíteme, amigo lector, que *utilitatis causa* destaque cuatro:

— «Asumiremos nuestra responsabilidad de contribuir eficazmente al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales».

— «Trabajaremos por un Consejo más eficaz, más transparente y más cohesionado».

— «Combatiremos el terrorismo en todas sus formas y daremos otra voz a sus víctimas».

— «Daremos a los derechos humanos [...] la dimensión que les corresponda para garantizar la seguridad y la estabilidad. No es posible la paz sin el respeto a la dignidad humana».

Ya en la misma sesión en la que fue elegida, se le preguntaba al Ministro de Asuntos Exteriores y Cooperación, Sr. García-Margallo, cuál era la agenda de nuestro país en su nuevo desempeño. No quiso el ministro avanzar ésta en términos concretos, pero sí se refirió a algunas cuestiones: en el contencioso de Gibraltar, dijo, «no hay ningún paso atrás», «el Estado islámico y el ébola son los temas del momento, pero hay otros: Libia, Ucrania, la reforma del Consejo de Seguridad, Palestina» [...]. Ya se ha pedido a España, nuevo miembro no permanente del Consejo, su apoyo en este órgano para el debate y toma de decisiones en varios temas:

A) La activista saharaui pro derechos humanos, Aminetu Haidar, afirmó el martes 18 de noviembre de 2014: «España puede ayudar mucho en la búsqueda de una solución pacífica al conflicto del Sáhara Occidental» (<http://www.spsrasd.info>, 19 de noviembre de 2014). Sin duda. Nuestro país, antigua potencia colonial del territorio, debe impulsar el que el Consejo de Seguridad tome una decisión definitiva para poner fin al contencioso. Y en esa decisión, se lo debemos al pueblo saharaui, no pueda faltar el dar a este pueblo la posibilidad de elegir, entre otras opciones si se quiere pero que ésta también esté entre ellas, si ese es su deseo, un estatuto jurídico y político como Estado independiente y soberano.

B) El jueves 20 de noviembre de 2014 el politólogo Xavier Abu Eid, miembro del equipo negociador de la Autoridad Nacional Palestina, pedía a nuestro país que impulse en Naciones Unidas la fijación de una fecha límite a la ocupación israelí de Palestina y que lo haga aunque Estados Unidos vete la propuesta («si Estados Unidos se opone, tendrá que explicar a la opinión pública los motivos de por qué no frena esta ocupación») (<http://noticias.lainformacion.com>, pp. 1-2). Sabido es que la Autoridad Nacional Palestina (Palestina es un *Estado observador no miembro* en la Asamblea General de Naciones Unidas) (véase GUTIÉRREZ ESPADA, C. y CERVELL HORTAL, M.^a J., «Sobre el reconocimiento de Palestina por la Asamblea General de Naciones Unidas como “Estado observador no miembro”», *REDI*, LXV, 2013, núm. 1, pp. 255-262) hizo circular el 30 de septiembre de 2014 un proyecto de resolución en el que se fija una fecha concreta para que Israel en la que este país debe haberse retirado de todos los territorios ocupados desde la Guerra de los Seis Días (1967): «noviembre de 2016» (véase su texto en inglés y otros documentos en WECKEL, Ph., «Conseil de Sécurité, la

proposition palestinienne du résolution sur le règlement du conflit», *Sentinelle*, bulletin núm. 408, de 26 de octubre de 2014, pp. 1-16).

El sábado 29 de noviembre de 2014 los ministros de Asuntos Exteriores de la Liga Árabe, reunidos en El Cairo (Egipto) acordaron presentar un proyecto de resolución ante el Consejo de Seguridad en el que se decide la creación del Estado de Palestina; el comunicado final no fijaba la fecha de presentación, aunque según fuentes diplomáticas ello podría ocurrir en las próximas semanas (<http://sp.ria.ru>, 29 de noviembre de 2014).

El Congreso de los Diputados español, en una proposición no de ley presentada por el PSOE y con enmienda transaccional del PP, adoptaba el martes 18 de noviembre de 2014 (por 319 votos a favor, dos en contra y una abstención), insta al Gobierno a: «1. “Impulsar el reconocimiento de Palestina como Estado, sujeto de Derecho internacional [...]”, y 2. “Promover de manera coordinada con la Unión Europea el reconocimiento del Estado palestino, como Estado soberano, contiguo, democrático e independiente que conviva en paz y seguridad con el Estado de Israel”» (*BOCG. Congreso de los Diputados*, X Legislatura, núm. 545, 24 de octubre de 2014, 162/001060: Proposición no de ley presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, sobre el reconocimiento del Estado de Palestina, pp. 15-16; *Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación Permanente*, X Legislatura, núm. 240, sesión plenaria núm. 225 celebrada el martes 18 de noviembre de 2014, pp. 40-57).

Éstos son los mimbres que deberían llevar al Gobierno a elaborar el cesto en el que presente su posición ante el Consejo de Seguridad en esta cuestión; no estoy defendiendo que lo haga estrictamente en los mismos términos que se le piden, pero sí, desde luego, a que impulse el fin de un acuerdo de paz definitivo que culmine con la presencia de dos Estados en la zona, Israel y Palestina, en el marco de fronteras seguras para ambos.

Tiene oportunidad, sin duda, nuestro país, de volver sobre el tema. Y es que el martes 30 de diciembre de 2014 Estados Unidos vetó en el Consejo un proyecto de resolución que Jordania propuso en nombre de la Autoridad Nacional Palestina, en el que se proponía lograr en un año un acuerdo de paz para el conflicto israelo-palestino y conseguir la retirada de las fuerzas israelíes de los territorios ocupados en un plazo de tres años; el acuerdo supondría, en esencia, la aparición de un Estado palestino independiente en el marco de las fronteras existentes el 4 de junio de 1967, un día antes de la Guerra de los Seis Días. El proyecto obtuvo el voto en contra de Estados Unidos (miembro permanente) (<http://www.un.org>).

C) Y finalmente, el ministro español de Asuntos Exteriores mismo, en una reciente visita a Colombia declaraba en una rueda de prensa conjunta con su homóloga colombiana: «Uno de los objetivos como miembro no permanente del Consejo de Seguridad, del que vamos a ser parte a partir del 1 de enero [de 2015], es cómo facilitar que el Consejo se implique en la solución del conflicto» (entre las FARC y el Gobierno colombiano) (<http://elmundo.es>, 21 de noviembre de 2014, pp. 1-2, p. 2).

Sáhara, Palestina, Colombia [...], temas importantes sin duda sobre los que España podrá pronunciarse. Pero hay otros tan o más importantes, directamente conectados además con el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales o, dicho de otro modo, sobre el uso de la fuerza armada.

4. El Consejo de Seguridad es el principal responsable del uso «institucional» de la fuerza armada. Él puede, de considerar real una amenaza a la paz, ruptura de la

paz o acto de agresión (art. 39 de la Carta), adoptar las medidas necesarias para poner fin a esa situación, las necesarias, incluidas las medidas coercitivas no armadas o aún armadas (arts. 41 y 42). Puede, repárese, no está obligado a hacerlo.

Y lo hace [como en el caso de la Guerra de Libia, Resolución 1973 (2011), de 17 de marzo del Consejo de Seguridad] o no lo hace [como en el caso de la Guerra de Siria (desde 2011 hasta nuestros días)]. Así, el Consejo de Seguridad, pese a que el conflicto de Siria constituye sin duda (por su internacionalización, por la zona del mundo en la que se desarrolla, por las violaciones de los derechos humanos y los crímenes internacionales cometidos...) una amenaza a la paz y seguridad del mundo, ha sido incapaz de adoptar medida alguna capaz de acabar con él; el veto de dos de sus miembros permanentes (Rusia y China) lo han impedido. Y no hay regla jurídica alguna que impida a los miembros permanentes del Consejo a hacer uso de su derecho de veto cuando lo crean oportuno, aun si al hacerlo impiden que el Consejo de Seguridad cumpla con sus funciones como garante de la paz y seguridad internacionales en casos evidentes de ruptura de ambas. España, como miembro no permanente del Consejo puede, muy probablemente, tener que tomar posición sobre este tema en los próximos meses.

5. El Consejo de Seguridad es el órgano clave para la Responsabilidad de Proteger. La Responsabilidad de Proteger es un concepto que establece, en casos de genocidios, limpiezas étnicas, crímenes de guerra o contra la humanidad a gran escala, que la comunidad internacional tiene el deber (repárese «el deber») de proteger a la población de un Estado en el que esos crímenes tienen lugar cuando dicho Estado no puede, no quiere, no sabe impedirlos o fuera él el autor de los mismos, adoptando todas las medidas necesarias para impedirlo; todas las necesarias, incluso, de ser preciso para acabar con la situación, el uso de la fuerza armada. El concepto fue aceptado por los Estados miembros de Naciones Unidas en el Documento Final (2005) de la Cumbre del Milenio. El Secretario General de Naciones Unidas viene defendiendo, en los Informes anuales que sobre este concepto viene adoptando desde hace años, la pervivencia, actualidad e importancia de esta figura (por ejemplo, *La responsabilidad de proteger: respuesta oportuna y decisiva. Informe del Secretario General, A/67/874-S/2012/578*, 25 de julio de 2012, pp. 18-19, párrs. 59, 61). En los supuestos en los que fuera necesaria una intervención armada, el Documento Final aprobado exige que la autorización pertinente provenga necesariamente del Consejo de Seguridad (véase GUTIÉRREZ ESPADA, C. y CERVELL HORTAL, M.^a J., *Nacimiento, auge y decadencia del concepto de Responsabilidad de Proteger*, Granada, Comares, 2014).

Es de reparar en una reflexión que creo de interés hacer precisamente aquí y ahora: el Derecho internacional prohíbe a los Estados cualquier uso de la fuerza no autorizado por el Consejo de Seguridad salvo en genuina y estricta legítima defensa, y considera que esta prohibición forma parte del Derecho internacional imperativo (del *ius cogens*, del orden público internacional). El Derecho internacional prohíbe también el genocidio, la limpieza étnica o la comisión de crímenes de guerra o contra la humanidad a gran escala, e igualmente que aquella, considera hoy que estas prohibiciones forman parte del Derecho internacional imperativo.

En Siria se han dado los presupuestos necesarios para haber puesto en marcha en su momento la Responsabilidad de Proteger. No se ha hecho. La clamorosa inacción del Consejo de Seguridad en la adopción de las medidas necesarias se debe al veto de dos de sus miembros permanentes (Rusia y China).

España en cuanto miembro no permanente del Consejo puede tener que tomar posición sobre esta cuestión en los próximos meses.

6. El derecho de veto puede privar de efecto útil al capítulo VII de la Carta y al concepto de la Responsabilidad de Proteger. Práctica reciente lo demuestra, añadiendo su gota de agua al vaso prácticamente ya colmado de las críticas a esa figura. Su reforma es una necesidad tan evidente como difícil su realización.

Once rondas de negociaciones se han consumido ya desde 2005, sin éxito, sobre la reforma del Consejo de Seguridad. En noviembre de este mismo año (2014), mes en el que se inicia la décimo primera de estas rondas en Naciones Unidas, sigue constatándose que la divergencia y enfrentamiento entre los diversos grupos de Estados continúa (véase BRUSIL MIRANDA, M., «Ouverture du onzième cycle de négociations sur la réforme du Conseil de Sécurité: Le 70^e. anniversaire des Nations Unies en 2015 coïncidera-t-il avec la réforme du Conseil de Sécurité?», *Sentinelle, bulletin* núm. 411, 15 de noviembre de 2014, pp. 1-10). Es el derecho de veto y su reforma uno de los grandes escollos. No es realista pensar en su supresión sin más, pero un enfoque, más adecuado, de eliminación progresiva (digamos a lo largo de un periodo de quince o veinte años) (véase SCHWARTZBERG, J. E., *Transforming the United Nations System or a Workable World*, Tokyo-Nueva York-París, United Nations University Press, 2013, pp. 89-90) podría comenzar por incrementar el número de miembros permanentes necesarios para el que el veto pudiese activarse (¿no sería el de tres miembros permanentes un buen número?) y, simultáneamente, limitar los ámbitos materiales en los que el veto pudiera jugar.

Precisamente en septiembre de 2013, el Presidente Hollande, citando Siria, la catástrofe humanitaria que se vive en ese país y la intolerable inacción del Consejo, propone un Código de Conducta [véase GUTIÉRREZ ESPADA, C. y CERVELL HORTAL, M.^a J., «Sobre la propuesta francesa (2013) de reforma del derecho de veto en el Consejo de Seguridad», *REDI*, LXVII, 2014, núm. 1, pp. 324-331] acordado por los propios miembros permanentes del Consejo según el cual cuando se constata la comisión de crímenes en masa (citándose al efecto los elementos que desencadenan la responsabilidad de proteger: genocidios, limpiezas étnicas, crímenes de guerra o contra la humanidad), los miembros permanentes del Consejo se abstendrían de interponer su veto para que el Consejo pudiese adoptar las medidas que la situación demandase, todas las que fuesen necesarias. La propuesta es de interés por su sencillez (no implicaría reforma formal de la Carta de Naciones Unidas) y por el intento de quien la propone de que sea lo más objetiva posible: así, la constatación de la existencia de un crimen masivo (que activaría automáticamente el Código de Conducta) la haría el Secretario General de Naciones Unidas a instancias de cincuenta de sus Estados miembros. Sólo un elemento de esta propuesta no resulta aceptable: Francia entiende («por realismo» afirma) que el Código de Conducta no se activaría cuando uno de los miembros permanentes del Consejo alegara un interés vital nacional. Así no es aceptable, pero podría modularse si es que de realismo hablamos: ¿por qué no tres los miembros permanentes necesarios, que alegaran o apoyaran la existencia de un interés vital, para que la excepción se aplicase?

Una propuesta, de naturaleza diferente aunque análoga en su resultado, es la del Instituto de Derecho Internacional en su sesión de Rodas (2011): la realidad de un genocidio, limpiezas étnicas, crímenes de guerra o contra la humanidad masivos debería ser calificada *necesariamente* por el Consejo de Seguridad como una amenaza a la paz y seguridad internacionales, debiendo, por ello, actuar en consecuencia *ex* capítulo VII de la Carta [*Résolution de la Dixième Commission (problèmes actuels du recours à la force en droit international)*, *Sous groupe D (L'autorisation du recours à la force par les Nations Unies)*, *Institut de Droit International, Rapporteur: M. Raúl Emilio Vinuesa, Session de Rhodes 2011*, arts. 4 y 6].

7. España, como miembro no permanente del Consejo de Seguridad, debería apoyar el debate y adopción en 2015, setenta aniversario de la creación de Naciones Unidas, de la propuesta francesa corregida. Incluso, lo que la delegación francesa no descarta, la adopción de un Código de Conducta a tres (Francia, Reino Unido y Estados Unidos), que trasladaría a los otros dos miembros permanentes (Rusia y China) toda la presión del mundo [...].

Así, nuestro país haría honor a una de las «diez razones de un socio fiable» que la página web del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación incluía como factores que habrían de contribuir a apoyar la candidatura española como miembro no permanente para el bienio 2015-2016 (*supra* párr. 2): «Daremos a los derechos humanos [...] la dimensión que les corresponda para garantizar la seguridad y la estabilidad. No es posible la paz sin el respeto a la dignidad humana».

Cesáreo GUTIÉRREZ ESPADA

Universidad de Murcia

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.1.2015.4a.08>



B) DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Selección y coordinación a cargo de

Joaquim-J. FORNER DELAYGUA

Catedrático de Derecho internacional privado
Universidad de Barcelona

SUMARIO: 1. EL REGLAMENTO 655/2014 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 15 DE MAYO, POR EL QUE SE ESTABLECE EL PROCEDIMIENTO RELATIVO A LA ORDEN EUROPEA DE RETENCIÓN DE CUENTAS A FIN DE SIMPLIFICAR EL COBRO TRANSFRONTERIZO DE DEUDAS EN MATERIA CIVIL Y MERCANTIL.—2. RESPONSABILIDAD FINANCIERA RESULTANTE DE LOS ARBITRAJES DE INVERSIÓN CONSTITUIDOS SOBRE LA BASE DE LOS FUTUROS ACUERDOS DE INVERSIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA.—3. LAS RELACIONES DE LA UNIÓN EUROPEA CON LOS PAÍSES DE PEQUEÑA DIMENSIÓN TERRITORIAL. ESPECIAL REFERENCIA AL PRINCIPADO DE ANDORRA.—4. LA NUEVA LEY 14/2014 DE NAVEGACIÓN MARÍTIMA DESDE LA ÓPTICA DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.—5. 24.^a REUNIÓN DEL GRUPO EUROPEO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO (FLORENCIA, 19 A 21 DE SEPTIEMBRE DE 2014).—6. CELEBRACIÓN DEL 50.º ANIVERSARIO DE LA *RIVISTA DI DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO E PROCESSUALE* (MILÁN, 23 DE OCTUBRE DE 2014).—7. DECISIÓN DE LA *HIGH COURT* DE LONDRES, *FAMILY DIVISION*, RELATIVA A LA ATRIBUCIÓN FRAUDULENTE DE COMPETENCIA A LOS TRIBUNALES INGLESES EN 180 CASOS DE DIVORCIO.

1. EL REGLAMENTO 655/2014 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 15 DE MAYO, POR EL QUE SE ESTABLECE EL PROCEDIMIENTO RELATIVO A LA ORDEN EUROPEA DE RETENCIÓN DE CUENTAS A FIN DE SIMPLIFICAR EL COBRO TRANSFRONTERIZO DE DEUDAS EN MATERIA CIVIL Y MERCANTIL

1. El Reglamento (UE) núm. 655/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo, por el que se establece el procedimiento relativo a la orden de retención de cuentas a fin de simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil, en síntesis, regula el procedimiento para que un acreedor pueda solicitar

REDI, vol. 67 (2015), 1

judicialmente que una entidad bancaria bloquee las cuentas del deudor en un asunto transfronterizo. El fin es garantizar y simplificar el cobro de una deuda pecuniaria a escala de la Unión Europea siempre que existan indicios probados de riesgo de que se retiren los fondos por parte del deudor de modo que no podría ejecutarse el crédito (*periculum in mora*). Dicha medida cautelar, alternativa al uso de las previstas en la normativa nacional (art. 1.2), puede accionarse antes, durante o después de reconocerse el crédito como título ejecutivo por resolución judicial, transacción judicial o documento público con fuerza ejecutiva. Y además, regula la posibilidad que el acreedor añada a la solicitud de la orden europea de retención de cuenta una petición de obtención de información sobre las cuentas que el deudor pueda tener en otros Estados miembros (art. 14).

El Reglamento contiene normas de DIPr sobre competencia judicial internacional (p. ej., para determinar el tribunal o autoridad competente para dictar la orden europea de retención de cuenta), y ley aplicable (p. ej., sobre la ley aplicable a la responsabilidad del acreedor). Asimismo, el Reglamento prevé, una vez obtenida la orden de retención de cuenta, el procedimiento de ejecución transfronterizo intraeuropeo de esta orden eliminando el exequátur.

2. El fundamento del Reglamento parte de la insuficiencia del Reglamento 44/2001 (RBI) para hacer efectivas las medidas cautelares para garantizar la ejecución de los créditos pecuniarios en la Unión Europea. Por un lado, en el caso que se solicitasen medidas provisionales o cautelares al tribunal del Estado miembro donde debían desplegar efectos (lugar donde se encuentra la cuenta bancaria del deudor), éstas se encontraban limitadas a las previstas en el ordenamiento del Estado miembro solicitado (art. 31 RBI y art. 35 RBI bis) y se seguiría un proceso paralelo al principal. El resultado es poco efectivo cuando lo que se requiere es celeridad. Esta posibilidad subsiste y es alternativa al uso del Reglamento 644/2014. Por otro lado, cuando las medidas provisionales eran adoptadas por el tribunal que conociera del fondo del asunto requerían de un exequátur comportando dualidad de procedimientos y dilación en el proceso (FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, Pamplona, Thomson Reuters, 2013, p. 89). El Reglamento 644/2014, en cambio, prevé que la medida cautelar sea dictada por el tribunal que conoce del fondo del asunto y que esta orden europea de retención sea reconocida en los otros Estados miembros y aplicada de inmediato por la autoridad del Estado miembro de ejecución. Por ello, el Reglamento no se remite al nuevo RBI bis que, a pesar de prever el reconocimiento y ejecución automático de las medidas cautelares, continúa siendo inaplicable a las adoptadas *inaudita parte debitoris*, que es el procedimiento previsto en el Reglamento 655/2014 tal y como se presentará en líneas posteriores. Otro fundamento de la aprobación del Reglamento 655/2014 es que completa los instrumentos europeos en materia de tutela de los créditos transfronterizos como son el título ejecutivo europeo, el proceso monitorio europeo y el proceso europeo de escasa cuantía (DOMÍNGUEZ RUIZ, L., *Reclamación de deudas transfronterizas*, Pamplona, Thomson Reuters, 2013, pp. 257-259).

En este contexto y con el objetivo de dar mayor eficacia a la ejecución de las resoluciones judiciales en la Unión Europea, la Comisión presentó dos libros verdes [documentos COM(2006) 618 final y COM(2008) 128 final]. El primero, proponía el sistema de embargo preventivo de cuentas eliminando los obstáculos a la libre circulación de requerimientos de pago entre distintos Estados miembros y, por tanto, facilitando la ejecución de créditos pecuniarios. El segundo, abordaba la difícil cuestión, también en ámbito interno, de la investigación judicial sobre el paradero del patrimonio del

deudor, así como buscaba mejorar el derecho de los acreedores, y todo ello garantizando la protección de datos personales del deudor y asegurando la proporcionalidad de las medidas. Después de los preceptivos informes y recomendaciones de las distintas instituciones europeas, y el proyecto de Reglamento [documento COM(2011) 455 final], el resultado ha sido el Reglamento 655/2014 objeto de esta nota informativa.

3. El Reglamento ya en vigor, fue publicado en junio de 2014 (*DO* L 189, de 27 de junio de 2014) y será aplicable a partir del 18 de enero de 2017. Por tanto, dos años y medio para que los Estados miembros adapten sus legislaciones a esta norma europea, así como para que notifiquen a la Comisión pluralidad de información sobre su Derecho procesal interno. Ello es esencial, dado que son múltiples las remisiones que el Reglamento realiza a la legislación interna de los Estados (véase el listado que recoge todas las remisiones en el art. 50). El legislador español tendrá que comprobar que su legislación procesal interna (y, en su caso, el Anteproyecto de ley de cooperación jurídica internacional en materia civil, de 4 de julio de 2014) sea compatible con el nuevo Reglamento 655/2014 y deberá facilitar la información requerida medio año antes de su aplicación para poder ser publicada en la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil.

4. Su ámbito de aplicación material son las deudas pecuniarias civiles y mercantiles en asuntos transfronterizos (art. 2). Se excluyen las materias: fiscal, aduanera, administrativa, y la responsabilidad del Estado por actos u omisiones en el ejercicio de su autoridad. También son excluidos los derechos de propiedad derivados del régimen matrimonial o análogo y los alimentos derivados de sucesiones y testamentos (materias que sí estaban incluidas en la propuesta de Reglamento); los créditos de deudores sobre los cuales se hayan iniciado procedimientos de insolvencia; la seguridad social; el arbitraje y las cuentas bancarias que gocen de inmunidad frente al embargo según el Derecho del Estado miembro en el que se tenga la cuenta. Sí que se aplicará a las obligaciones de alimentos que no sean por causa de muerte; a una pequeña deuda comercial (cdo. 18) y a créditos que aún no sean exigibles, cuando sea posible determinar la cuantía, incluidas las derivadas de acciones en materia delictual o cuasidelictual así como «de acciones civiles por daños y perjuicios o de restitución basadas en un acto que dé lugar a un proceso penal» (cdo. 12). El legislador europeo ha optado por dejar la decisión de si se aplica el Reglamento a los instrumentos financieros (como acciones o bonos) para el año 2022 que será cuando evaluará y revisará la aplicación del Reglamento (art. 53).

El Reglamento 655/2014 sólo será de aplicación en los asuntos transfronterizos (art. 2.1) que define (art. 3): cuando la cuenta bancaria y el acreedor tengan domicilios en Estados miembros distintos; y, cuando la cuenta bancaria y el órgano jurisdiccional al que se solicite la orden de retención (atendiendo al reparto competencial que prevé el art. 6) estén en Estados miembros distintos.

5. Como Reglamento, será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en los Estados miembros con arreglo a los Tratados. De momento, será aplicable a 26 de los Estados de la Unión Europea, ya que Irlanda ha notificado su deseo de participar en la adopción y aplicación de éste, mientras que el Reino Unido y Dinamarca no participan, de forma que no quedan sujetos a su aplicación. Tal como indica el considerando 48, el procedimiento regulado debe estar «únicamente a disposición de acreedores domiciliados en un Estado miembro vinculado por el presente Reglamento, y las órdenes dictadas de conformidad con el presente Reglamento únicamente han de afectar a la preservación de cuentas bancarias mantenidas en ese Estado miembro».

6. El procedimiento previsto en el Reglamento 655/2014 parte de la existencia de un acreedor, que puede ser persona física o jurídica o, una entidad domiciliada en un Estado miembro que tenga capacidad para ser parte con arreglo al Derecho de un Estado miembro; que tiene un crédito determinable en dinero y exigible por título ejecutivo (sea una resolución judicial, una transacción judicial o un documento público con fuerza ejecutiva) o; una pretensión de pago respecto a un deudor contra el cual el acreedor solicite, como medida cautelar ante autoridad judicial, una orden de retención de cuenta para que la autoridad competente retenga de la cuenta del banco el fondo que asegure el crédito (definiciones en el art. 4). Al respecto, varias cuestiones son destacables:

El acreedor puede solicitar la orden europea de retención de cuenta (en adelante, orden de retención) antes de que se incoe un procedimiento en un Estado miembro contra el deudor ante el tribunal que tendrá que resolver el fondo del asunto, o en cualquier momento del procedimiento. En este caso, la autoridad jurisdiccional competente para emitir la orden de retención será la misma que conozca el fondo del asunto de conformidad con las correspondientes normas de competencia aplicables (art. 5.1). Estará obligado a incoar el procedimiento, en general, en el plazo de treinta días desde la solicitud de la orden de retención. En caso contrario la medida cautelar será revocada o se dejará sin efecto (art. 10) e incurrirá en responsabilidad del acreedor [art. 13.2.a)].

Asimismo, podrá solicitar la orden de retención después de haber obtenido en un Estado miembro el título ejecutivo que obligue al deudor a pagar una deuda a su favor. En este supuesto serán competentes los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que se haya dictado la resolución o aprobado la transacción judicial; en relación con el documento público ejecutivo, el Reglamento remite al órgano jurisdiccional designado a tal fin en el Estado miembro en el que dicho documento se haya formalizado (art. 6.3 y 4).

La norma de competencia judicial incluye una excepción a la norma general cuando el deudor sea un consumidor, ya que prevé como competentes los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que esté domiciliado el deudor. Una vez más, el legislador europeo regula normas de especial protección a la parte débil del contrato, cuando este contrato sea ajeno a la actividad o profesión del deudor (art. 6.2).

Para la solicitud de la orden de retención se utilizará un formulario, que pondrá a disposición la Comisión, en el que se incluirá toda la información necesaria y se vehiculará según las normas procesales del Estado miembro en el que se presente la solicitud (art. 8). Es necesario que la solicitud, y por tanto el acreedor, convenza al órgano jurisdiccional mediante la presentación de pruebas de que existe la necesidad urgente de una medida cautelar por existir un «riesgo real de que, sin dicha medida, la ejecución ulterior del crédito frente al deudor se verá impedida o resultará considerablemente más difícil» (*periculum in mora*). Para los casos en que aún no exista un título ejecutivo, el acreedor deberá probar que su pretensión frente al deudor tiene probabilidades de prosperar en cuanto al fondo (art. 7) (*fumus boni iuris*). Los medios de prueba, valoración y proceso probatorio se regirán por el Derecho nacional del órgano jurisdiccional que conoce de la solicitud y que adoptará su resolución mediante procedimiento escrito (art. 9) en el plazo previsto en el Reglamento (antes de tener el título ejecutivo dispone de diez días hábiles y si es, *ex post*, cinco días hábiles, art. 18) y dictada utilizando formulario (art. 19). La orden de retención se dictará por la cuantía acreditada, determinada por la ley aplicable a la deuda subyacente e incluirá, en su caso, los intereses y/o costes (art. 17.4) siempre que éstos no constituyan una

violación de las leyes de policía del Estado miembro que dicta la orden de retención (art. 15). El acreedor podrá recurrir la resolución por la que se deniega la orden de retención (art. 21).

El procedimiento de solicitud y aprobación de la orden de retención está previsto que sea *inaudita parte debitoris* con el fin de garantizar el efecto sorpresa para evitar cualquier iniciativa fraudulenta del deudor que provoque la ineficacia de ésta cuando la finalidad propia es el cobro del crédito (cdo. 15). No obstante, ello no desprotege al deudor, en cuanto que el procedimiento previsto se fundamenta en la prueba aportada por el acreedor de la necesidad de realizar la pretendida retención antes de tener el título ejecutivo (*fumus boni iuris*), así como la obligación, como norma general, de que el acreedor deba prestar caución cuando se solicita la retención antes de tener reconocido el crédito (art. 12); asimismo prevé el sistema de responsabilidad del acreedor por los daños y perjuicios derivados de la orden de retención a la que se aplicará la ley del Estado miembro de ejecución, aunque prevé una norma de conflicto subsidiaria para el caso de que se retengan cuentas en más de un Estado miembro (art. 13) y; la posibilidad del deudor de impugnar la orden europea de retención (art. 33).

A pesar de estas medidas, la ausencia de garantías de defensa del deudor, en cuanto que no se le notifica la solicitud de la orden de retención ni se le oirá antes de dictar la orden (art. 11) puede crear fricciones entre las diversas tradiciones procesales de los Estados miembros. Si bien es cierto que cabe presentar recurso por parte del deudor por falta de notificación en un plazo determinado (el Reglamento regula un régimen de notificación concreto sin remitirse al Reglamento 1393/2007, art. 28), este recurso es a posteriori de la cumplimentación de la orden de retención (arts. 25, 28, 33). Como señala Eva de Götzen, no todos los ordenamientos nacionales prevén la emisión e inmediata ejecución de medidas cautelares sin previa audiencia del demandado, garantizando el principio de contradicción, como sucede en el ordenamiento italiano (GÖTZEN, E. DE, *SIDI-Blog*, de 13 de noviembre de 2014). En Derecho español, el título VI de la LEC incluye la posibilidad de solicitar medidas cautelares a los tribunales españoles por quien acredite ser parte de un proceso judicial en un país extranjero y, en su caso, aplicar lo que prevén los tratados (léanse reglamentos europeos) (arts. 722 y 724 LEC). La regulación sobre medidas cautelares prevista en nuestra norma procesal es similar a la del Reglamento 644/2014 [justificación por parte del acreedor de la necesidad de la medida cautelar por peligro de la mora procesal; la prestación de caución suficiente (como norma general) para responder de posibles daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera causar al patrimonio del demandado; posibilidad de caución sustitutoria, etc.]. Ahora bien, como regla general, «el tribunal proveerá a la petición de medidas cautelares previa audiencia del demandado», aunque prevé una excepción cuando se acredite que concurren razones de urgencia o cuando la audiencia previa pueda comprometer el buen fin de la medida cautelar (art. 733 LEC, STC 14/1992, de 10 de febrero) y regula las causas de oposición (arts. 739-742 LEC). En la práctica, la jurisprudencia española es muy reacia a adoptar medidas cautelares *inaudita parte* [PÉREZ DAUDÍ, V., «Medidas cautelares», en CORBAL FERNÁNDEZ, J. E. *et al.* (dirs.), *Práctica procesal civil*, t. IX, pp. 8245 y ss.]. Será necesario esperar a la aplicación práctica del Reglamento 655/2014 por parte de nuestros tribunales y la posibilidad que tiene el deudor de accionar recursos para impugnar la orden de retención ante el órgano competente del Estado miembro de origen, destacando, como motivo, la falta de notificación en el plazo previsto [art. 33.1.b)]. Asimismo, la posibilidad de usar el art. 24 de la Constitución española para alegar el orden público con el fin de impugnar la ejecución de la orden de retención por el deudor ante el Estado de ejecución (art. 34.2), entre otros motivos de oposición (art. 34.1).

7. Tal y como se ha introducido, el Reglamento 655/2014 regula, necesariamente, el reconocimiento y ejecución de estas órdenes de retención ya que son medidas provisionales y cautelares (cdo. 4) *inaudita parte* (art. 11) de modo que no se consideran resoluciones en el sentido del art. 2 RBI bis (MIGUEL ASENSIO, P. DE, *Blog*, de 30 de junio de 2014; STJUE de 21 de mayo de 1980, asunto 125/79 *Denilauler c. Couchet Frères*). El Reglamento regula la supresión del exequátur en el capítulo 3, de suerte que la orden de retención «será reconocida en los demás Estados miembros sin necesidad de procedimiento alguno y tendrá fuerza ejecutiva en los demás Estados miembros sin necesidad de una declaración de fuerza ejecutiva» (art. 22). La autoridad competente del Estado miembro de ejecución dará cumplimiento a la orden de retención con arreglo a su legislación nacional, así que tendrá que aplicarse el Derecho procesal del Estado (art. 46) en cuestiones como son: el cumplimiento del banco; el sistema de retención o transferencia a una cuenta destinada a la retención; posibilidad de liberación de los fondos por el pago de la deuda; la responsabilidad del banco por incumplimiento de las obligaciones; posibilidad o no de retención de cuentas conjuntas; la determinación de las cantidades inembargables; la prelación de la orden de retención; el procedimiento aplicable al recurso para la impugnación de la orden de retención. A pesar de que la ejecución se realizará con arreglo a los procedimientos aplicables a la ejecución de las órdenes nacionales equivalentes en el Estado de ejecución (art. 23.1), el Reglamento introduce una detallada disciplina autónoma sobre la modalidad procesal de la ejecución de la orden de retención en el sentido que ésta tendrá que transmitirse sin dilación al banco donde se halla la cuenta del deudor y rápidamente retendrá el importe especificado en la orden. Para ello, incluye un modelo sustancialmente diferente al RBI bis (MIGUEL ASENSIO, P. DE, *Blog*, de 30 de junio de 2014; GÖTZEN, E. DE, *SIDI-Blog*, de 13 de noviembre de 2014). El Reglamento 655/2014 prevé el derecho a recurrir en el capítulo 4 (art. 37) y las vías de recurso disponibles para el deudor, presentadas en líneas precedentes, así como otros recursos a disposición del deudor y del acreedor para solicitar la modificación o revocación de la orden, inclusive admite una actuación de oficio (art. 35). Asimismo, los procedimientos para los recursos (art. 36), el derecho a prestar garantía sustitutoria a solicitud del deudor (art. 38) y el derecho de un tercero a impugnar una orden de retención (art. 39), todo ello remitiéndose en gran medida a las normas procesales y al Derecho de las autoridades de los Estados miembros implicados.

8. Este nuevo Reglamento, como señalaba la Comisión Europea (IP/2013/1209), tendría que evitar que cada año se cancelen deudas por valor de hasta 600 millones de euros, porque a las empresas, sobre todo las PYMES, les resulta demasiado difícil iniciar procedimientos judiciales onerosos y complejos en otros países; dificultad extensible a los ciudadanos cuando los bienes adquiridos en línea no se entregan o un progenitor ausente no paga la pensión desde el extranjero. El nuevo Reglamento complementa los procedimientos de declaración de títulos ejecutivos de créditos regulados hasta el momento en el contexto del espacio judicial europeo, de manera que evita que el deudor retire los fondos durante el tiempo que dure el procedimiento para obtener la declaración de la deuda y su ejecución. Sin lugar a dudas, el Reglamento 655/2014 alcanza los objetivos inicialmente previstos ya que supondrá un procedimiento útil, rápido e innovador que permitirá al acreedor el bloqueo del importe debido en la cuenta del deudor y, en su caso, también la posibilidad de investigar sobre sus activos patrimoniales, con el fin de garantizar y facilitar el cobro o la recuperación de la deuda pendiente a escala de la Unión Europea.

Maria FONT I MAS

Universitat Rovira i Virgili

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.1.2015.4b.01>

2. RESPONSABILIDAD FINANCIERA RESULTANTE DE LOS ARBITRAJES DE INVERSIÓN CONSTITUIDOS SOBRE LA BASE DE LOS FUTUROS ACUERDOS DE INVERSIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA¹

1. Tras las modificaciones introducidas por el Tratado de Lisboa, la política comercial común de la Unión Europea (UE) incluye la materia de las inversiones extranjeras directas. En consecuencia, ésta se ha transformado en una materia de la competencia exclusiva de la Unión, constituyendo un cambio radical respecto al reparto competencial previo, donde a los Estados miembros se les reconocía la competencia prácticamente exclusiva para celebrar Acuerdos para la promoción y protección de inversiones (APPRI) con terceros Estados.

2. En el nuevo escenario abierto tras la «revolución» de Lisboa los interrogantes se multiplican. En primer lugar, la UE debe adoptar decisiones de naturaleza política y/o ideológica relacionadas con la elección de los socios preferentes, la elaboración de una agenda negociadora y el diseño de las prioridades y objetivos de la futura política común de inversiones internacionales. En este sentido, la Comunicación de la Comisión, de 7 de julio de 2010, titulada Hacia una Política Global Europea en Materia de Inversión Internacional [documento COM(2010) 343 final], constituye un documento esencial para comprender el camino iniciado por la UE y las preferencias que inspiran sus primeras decisiones.

En segundo lugar, surgen, también, interrogantes complejos de corte jurídico, sobre cuestiones más técnicas quizás, pero no menos importantes para el éxito de la futura política común. Así, resulta imprescindible ordenar el tránsito de una situación donde existen más de 1.400 APPRI concluidos por los Estados miembros a un futuro de Acuerdos europeos de inversión. En este sentido, es de celebrar la respuesta articulada por la Unión mediante la adopción del Reglamento núm. 1219/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, por el que se establecen disposiciones transitorias sobre los Acuerdos Bilaterales de Inversión entre Estados Miembros y Terceros Países, si bien es cierto que este Reglamento sólo afecta a los APPRI celebrados por los Estados miembros con terceros Estados (APPRI extra-UE) y no, así, a los APPRI intra-UE. La acomodación de la situación heredada a la nueva competencia exclusiva de la Unión debe lidiar, además, con distintos problemas de Derecho internacional general. Por ejemplo, los que derivan de la disposición que está habitualmente presente en los APPRI y que prevé, una vez hayan terminado éstos, una vigencia adicional de diez o quince años; o las cuestiones relativas a la responsabilidad internacional de las organizaciones internacionales, con las dificultades añadidas que presenta la determinación de la responsabilidad de una organización internacional de integración como la UE en relación con los actos de sus Estados miembros, y con la agravante de la inadecuación o insuficiencia de las soluciones que aporta el Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad de las Organizaciones Internacionales de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) de 2011 para estas situaciones.

3. Uno de los elementos fundamentales que debe considerar la política europea de inversiones internacionales se refiere a los mecanismos de arreglo de diferencias entre Estados e inversores y, de forma particular, al arbitraje de inversión. La Comisión ha dejado claro que no está por la labor de renunciar a este mecanismo por considerar que se trata de una «característica tan consolidada de los acuerdos de in-

¹ Desde una perspectiva distinta, véase en esta *Revista*, en la Sección de información de Derecho internacional público, la nota de F. PASCUAL VIVES, pp. 293 y ss.

versión que la ausencia de dicho mecanismo disuadiría a los inversores y haría perder atractivo a una economía con respecto a otras» [véase documento COM(2010) 343 final, p. 10]. Sin embargo, la posible participación futura de la UE en los arbitrajes de inversión cuenta con ciertas limitaciones de partida, como la imposibilidad de ser parte en el Convenio de Washington, de 18 de marzo de 1965, y, por tanto, de servirse del arbitraje CIADI.

4. Si los futuros Acuerdos de inversión europeos incorporan la opción del arbitraje, la Unión debe prepararse para ser parte demandada, y eventualmente condenada, en los procedimientos que inicien los inversores extranjeros. Por tanto, no será de extrañar que la UE deba hacer frente al pago de una indemnización (muchas veces cuantiosa) y a los costes del arbitraje (también cuantiosos) por la violación de uno de sus Acuerdos de inversión.

Tal y como señaló el Parlamento Europeo en su Resolución de 6 de abril de 2011, sobre la Futura Política Europea en Materia de Inversiones Extranjeras, se imponía la necesidad de adoptar un reglamento «sobre el reparto de responsabilidades a nivel nacional y de la UE, en particular en términos financieros, en caso de que la UE pierda un proceso en el contexto de un arbitraje internacional» (párr. 35). Atendiendo a esta petición, se ha adoptado el Reglamento (UE) núm. 912/2014, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio, por el que se establece un Marco para Gestionar la Responsabilidad Financiera relacionada con los Tribunales de Resolución de Litigios entre Inversores y Estados establecidos por Acuerdos Internacionales en los que la Unión Europea sea Parte (véase FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., «Conjeturas en torno a la nueva política global europea en materia de inversión internacional tras el Reglamento núm. 912/2014», *La Ley Europea*, 2014, núm. 18, pp. 5-27).

5. El objetivo principal del Reglamento 912/2014 es, por tanto, determinar los criterios que servirán para delimitar la responsabilidad financiera de la UE y los Estados miembros respecto a los procedimientos arbitrales que traigan causa en la aplicación de un Acuerdo que contenga disposiciones sobre inversión y en el que sea parte la UE o la UE y los Estados miembros (acuerdos mixtos). Además, el Reglamento regula, por un lado, la cuestión del *ius standi*, es decir, si corresponde a la UE o al Estado miembro actuar como demandado ante el tribunal arbitral que resolverá la controversia y, por otro, las particularidades de los procedimientos arbitrales que vayan a desarrollarse, teniendo en cuenta que tanto la UE como los Estados miembros pueden llegar a tener intereses legítimos en los arbitrajes en los que no participen como demandados.

6. No obstante, existe una cuestión previa a la determinación de la responsabilidad financiera que es fundamental: establecer a quién corresponde la responsabilidad internacional por los comportamientos sometidos al juicio de los árbitros. Para atribuir la responsabilidad internacional, la UE hace suyo el criterio del reparto competencial. De esta forma, «la Unión será en principio responsable de defender cualquier pretensión basada en un incumplimiento de normas incluidas en un acuerdo que sea exclusivamente competencia de la Unión, independientemente de si el trato en cuestión es dispensado por la propia Unión o por un Estado miembro» (cdo. 3 del Reglamento). Este criterio de la competencia no viene recogido y, por tanto, se aleja de las soluciones que se proponen en el proyecto de artículos de la CDI de 2011. Sin embargo, no es desconocido para la práctica de la UE, al incluirse, por ejemplo, en el art. 6.1 del Anexo IX de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar o en el art. 106 del Acuerdo Euromediterráneo celebrado entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros y Argelia.

7. La responsabilidad internacional, en línea de principio, acarrea responsabilidad financiera; es decir, se espera que el sujeto responsable se haga cargo de la obligación de pagar. Sin embargo, el Reglamento 912/2014 aprecia que «no sería [...] justo que la indemnización [...] y los costes de arbitraje fueran pagados con cargo al presupuesto de la Unión cuando el trato haya sido dispensado por un Estado miembro, a menos que dicho trato sea requerido por el Derecho de la Unión» (cdo. 5). El Reglamento, por tanto, desvincula la responsabilidad financiera del criterio de competencia, alegando razones de justicia, aunque deja claro que el reparto de la responsabilidad financiera en él establecido no afectará al reparto competencial previsto en los Tratados constitutivos (art. 1).

La responsabilidad financiera recae sobre el sujeto responsable del trato (art. 3). No es la competencia, sino la autoría del trato discutido, el criterio que hace suyo el Reglamento. De este modo, será la Unión quien asuma la responsabilidad financiera que derive del trato dispensado por las instituciones, los órganos, oficinas u organismos de la Unión. Por el contrario, será el Estado miembro afectado el que asuma la responsabilidad financiera que derive del trato dispensado por dicho Estado. Como excepción lógica será la Unión la que asuma la responsabilidad financiera si el trato dispensado por un Estado miembro ha sido requerido por la Unión, lo que se da en los supuestos en los que el Estado miembro «sólo podría haber evitado la supuesta infracción del acuerdo incumpliendo una obligación establecida en virtud del Derecho de la Unión sin disponer de discrecionalidad ni de margen de apreciación sobre el resultado perseguido» [art. 2.1)].

Un Estado miembro podrá en cualquier momento aceptar voluntariamente asumir la responsabilidad financiera total o parcial en un litigio donde la UE actúe como demandada (art. 12). Sin embargo, también cabe la posibilidad de que el Estado miembro no tenga intención de hacer suya dicha responsabilidad. En supuestos de discrepancia, el Estado miembro y la UE deberán esforzarse para alcanzar un acuerdo o, en última instancia, será la Comisión quien decida el importe que debe pagar el Estado miembro (arts. 3.2 y 19), si bien este último podrá recurrir la decisión por la vía del art. 263 del TFUE.

8. Según el Reglamento, es «equitativo y apropiado» que quien asume la responsabilidad financiera sea quien actúe como parte demandada en el litigio donde se juzgará el trato dispensado al inversor (cdo. 9 y arts. 4 y 9 del Reglamento). Por tanto, el responsable del trato será quien se encargará de defenderlo.

Ahora bien, el Reglamento prevé excepciones a esta regla general. En primer lugar, el Estado interesado (responsable del trato) podrá renunciar a actuar como parte demandada [art. 9.1.b)]. En segundo lugar, para proteger adecuadamente sus intereses, la UE puede decidir actuar como demandada, cuando asuma al menos en parte la posible responsabilidad financiera derivada del litigio [art. 9.2.a)], cuando el litigio esté relacionado también con un trato dispensado por la propia Unión [art. 9.2.b)] o, «cuando se haya impugnado un trato similar en una reclamación conexa contra la Unión ante la OMC, cuando se haya creado un grupo especial y la reclamación se refiera a la misma cuestión jurídica concreta, y cuando sea necesario para garantizar la coherencia de una argumentación en un asunto presentado ante la OMC» (art. 9.3). Salvo en el supuesto del art. 9.2.a), en ninguno de estos casos quedará afectada la responsabilidad financiera del Estado responsable del trato. Es por ello que la Unión, en su condición de demandada, deberá velar por los intereses financieros del Estado miembro afectado (art. 9.4).

9. El Reglamento incorpora distintas disposiciones que, sobre la base del principio de cooperación leal del art. 4.3 del TUE, pretenden asegurar un desarrollo armo-

nioso de los litigios relacionados con un trato dispensado por un Estado miembro, teniendo en cuenta que cuando el que actúa como demandado es el Estado miembro, la UE puede tener intereses legítimos sobre el asunto y que cuando el demandado sea la UE habrá intereses —principalmente financieros— del Estado miembro afectado que deben protegerse. El Reglamento impone obligaciones, entre otras, de notificación, de facilitar documentos relacionados con el procedimiento, de información, de prestar ayuda y colaboración (véanse los arts. 10 y 11) y, en general, el deber de adoptar «todas las medidas necesarias para defender y proteger los intereses de la Unión y del Estado miembro afectado» (art. 6).

Por último, el Reglamento incluye un capítulo sobre los acuerdos transaccionales que resuelven la controversia en el marco de litigios en los que la UE sea parte demandada. La regla general que inspira este capítulo consiste en dejar en manos del sujeto responsable del trato y de quien asume la responsabilidad financiera (UE o Estado miembro) la decisión de alcanzar un acuerdo de este tipo. En caso de que el litigio comprometa las arcas de la Unión y de un Estado miembro, será la Comisión quien decida en última instancia «sobre la base de un análisis fáctico, exhaustivo y equilibrado y un razonamiento jurídico».

10. El Reglamento 912/2014 viene a sumarse a ese conjunto de medidas que tienen el propósito de preparar el terreno a la nueva política europea de inversiones internacionales; política que, no libre de polémica, está dando sus primeros pasos en las negociaciones abiertas con Canadá, Estados Unidos de América, China, Birmania, India, Singapur, Japón, Egipto, Túnez, Marruecos, Jordania, Malasia, Vietnam y Tailandia. Sin embargo, los criterios para el reparto de la responsabilidad (internacional y financiera) y para la identificación de la parte demandada que propone el Reglamento, si bien surtirán efectos *ad intra* entre los Estados miembros y la Unión, no encuentran respaldo en las reglas del proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional de 2011. Las disposiciones del Reglamento, al igual que el art. 216.2 del TFUE, son «reglas de la organización» para el Derecho internacional y, por tanto, en línea de principio, no vincularán a otros sujetos internacionales con los que la UE celebre Acuerdos de inversión. En este sentido, son varios e interesantes los interrogantes que plantea el (des)encaje de este Reglamento en los parámetros —por otra parte, todavía inciertos— del Derecho internacional general, pero su estudio excede de la finalidad y objeto de la presente nota. No obstante, con el fin de maximizar los efectos y la eficacia del Reglamento 912/2014 sería recomendable que los futuros Acuerdos de inversión de la UE incorporaran una referencia expresa al mismo para que éste desplegara sus efectos *ad extra* como *lex specialis* (art. 64 del proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional de 2011) y, de este modo, fuera exigible ante las demás partes en el Acuerdo. Una segunda opción pasaría porque esos Acuerdos previesen la competencia de la UE para determinar quién actúa como demandado en los procedimientos iniciados a su abrigo, ya que de este modo se abriría la puerta para que la UE adoptara esta decisión aplicando el Reglamento 912/2014. Esta última opción es la que parece va a hacer suya la UE, por ejemplo, en el Acuerdo Económico y Comercial Global negociado con Canadá (véase el art. X.20 del texto consensuado al término de las negociaciones, en <http://ec.europa.eu/trade/>).

Íñigo IRURETAGOiena AGIRREZABALAGA
Universidad del País Vasco (UPV/EHU)
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.1.2015.4b.02>

3. LAS RELACIONES DE LA UNIÓN EUROPEA CON LOS PAÍSES DE PEQUEÑA DIMENSIÓN TERRITORIAL. ESPECIAL REFERENCIA AL PRINCIPADO DE ANDORRA

1. La Unión Europea mantiene relaciones importantes y cada vez más intensas con la República de Islandia, el Reino de Noruega, la Confederación Suiza y con los Estados de pequeña dimensión territorial: el Principado de Liechtenstein, el Principado de Andorra, el Principado de Mónaco y la República de San Marino. El Consejo de la UE considera que las relaciones con estos siete Estados son importantes no sólo por la situación geográfica y una historia común, sino también por compartir intereses, valores, fronteras interiores y exteriores, una identidad europea común y economías de mercado sólidas profundamente integradas en el Mercado único ampliado de la UE.

2. Las relaciones con la República de Islandia han estado marcadas por las negociaciones relativas a un posible acuerdo de adhesión a la UE, que fueron suspendidas por el Gobierno islandés en el año 2013 y por las discusiones en Islandia acerca de su futura política europea. No obstante, el proceso de negociación sigue abierto y el Gobierno islandés está dispuesto a desarrollar una política europea sobre la base de una cooperación intensificada del acuerdo del EEE. Las relaciones con el Reino de Noruega son estrechas y estables y la cooperación con la UE ha recibido un nuevo impulso por parte del Gobierno noruego con la presentación del documento «*Norway in Europe 2014-2017*». Entre la UE y la Confederación Suiza existen unas relaciones basadas en un sistema muy complejo, que comprende más de 120 acuerdos sectoriales específicos que abarcan un amplio abanico de políticas de la UE, especialmente la participación de Suiza en numerosos aspectos del Mercado interior de la UE. El Gobierno suizo es partidario de seguir con el sistema de los acuerdos sectoriales, pero el Consejo de la UE viene indicando, desde el año 2008, que sería mejor establecer un marco institucional global que regulase las relaciones bilaterales, con el fin de garantizar la homogeneidad y la seguridad jurídica en el Mercado único. Con ello, se quiere cerrar, cara al futuro, la vía de los acuerdos sectoriales específicos.

3. Con respecto a los Estados de pequeña dimensión territorial, el Consejo de la UE, en la reunión del Consejo de Asuntos Generales, del día 16 de diciembre de 2014, adoptó la decisión de autorizar la apertura de negociaciones sobre uno o varios acuerdos de asociación entre la UE y el Principado de Andorra, el Principado de Mónaco y la República de San Marino. No se incluyó el Principado de Liechtenstein en esta decisión, pero sí aparece dentro del Documento: «Conclusiones del Consejo relativas a un mercado único ampliado homogéneo y a las relaciones de la UE con los países de Europa occidental no miembros de la UE». Liechtenstein es un Estado europeo de pequeña dimensión territorial que hace tiempo participa en el mercado interior de la UE a través del EEE, junto con Islandia y Noruega, y destaca por los esfuerzos para incorporar el «acervo» de la UE en el acuerdo EEE. La experiencia hasta el momento presente ha sido positiva y Liechtenstein se ha convertido en un centro no sólo financiero, sino también industrial dotado de centros dinámicos en productos para farmacéuticos, de ingeniería y de alta tecnología.

4. En la citada decisión del Consejo se destacan las relaciones de la UE con los tres Estados de pequeña dimensión territorial calificadas como de nivel elevado en estabilidad y de cooperación. Así mismo, el Consejo se felicita por la intención de los tres Estados de querer desarrollar unas relaciones más estrechas con la UE. Andorra, Mónaco y San Marino han seguido caminos diferentes hasta llegar al momento actual,

por ello vamos a examinar, brevemente, el caso concreto del Principado de Andorra, que ya poco antes de la Constitución de 1993 optó por una estrategia de acercamiento gradual y progresivo hacia la UE. El proceso de acercamiento a la UE se ha desarrollado en tres fases. La primera tuvo un carácter aduanero y comercial y se concretó en el *Acuerdo en forma de canje de notas entre la Comunidad Económica Europea y el Principado de Andorra*, de 28 de junio de 1990, en vigor desde el 1 de julio de 1991, que creó una unión aduanera entre Andorra y la CE para los productos industriales. Quedaron excluidos de la unión, pero no del Acuerdo, los productos agrícolas y alimenticios. En 1997 se firmó el *Protocolo sobre cuestiones veterinarias*, complementario del Acuerdo de 1990. Mencionemos también el *Apéndice a las reglas de origen* del año 1999, importante para la exportación de productos agrícolas transformados. En la segunda fase Andorra intenta conseguir un nuevo encaje en la UE con la integración de nuevos ámbitos que fueran más allá de las aduanas. Se concretó en el *Acuerdo de cooperación entre el Principado de Andorra y la Comunidad Europea*, de 15 de noviembre de 2004, en vigor desde el 1 de julio de 2005. También pertenece a esta fase el *Acuerdo entre el Principado de Andorra y la Comunidad Europea relativo al establecimiento de medidas equivalentes a las previstas en la Directiva 2003/48/CE del Consejo en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses*, de 15 de noviembre de 2004, en vigor desde el 1 de junio de 2005. A este último Acuerdo se añadió un *Memorándum* que hace referencia, entre otras cosas, a la adopción de negociaciones para un acuerdo monetario y para definir un campo de aplicación de la cooperación económica y fiscal más amplio. El *Acuerdo monetario entre la UE y el Principado de Andorra* fue firmado el 30 de junio de 2011 y entró en vigor el 1 de abril de 2012.

5. La tercera fase se inicia, oficialmente, con la *Decisión del Consejo de la UE* de autorizar la apertura de negociaciones con los Estados de pequeña dimensión territorial, de 16 de diciembre de 2004, si bien el proceso de aproximación al Mercado interior Europeo comenzó por iniciativa andorrana el 5 de mayo de 2010, con un Documento informal de reflexión, presentado por el Gobierno andorrano a la Comisión Europea, en el que se pedía un nuevo acuerdo que permitiera avanzar en la ampliación de las relaciones con la UE, con el fin de suprimir las fronteras con la Unión respecto del control de mercaderías y aumentar el grado de integración económica. Se pedía, lógicamente, un trato *ad hoc* sobre ciertos aspectos de las libertades de circulación y establecimiento, porque una aplicación automática del acervo comunitario podría comportar consecuencias problemáticas para un pequeño Estado. Ha habido ya reuniones para revisar el Acuerdo sobre fiscalidad, a iniciativa de la UE, y ya comenzarán en el 2015 las reuniones sobre el Acuerdo de asociación. Ambas negociaciones tienen un contenido diferente y no están interrelacionadas aunque coincidan en el tiempo. Dejemos constancia de que la propuesta de asociación ofrecida por la UE a Andorra, Mónaco y San Marino en relación con el Mercado interior Europeo es un caso único, sin precedentes.

Ramon VIÑAS FARRÉ

Universitat de Barcelona

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.1.2015.4b.03>

4. LA NUEVA LEY 14/2014 DE NAVEGACIÓN MARÍTIMA DESDE LA ÓPTICA DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

1. La transcendencia y particularidad que el Derecho del transporte marítimo despliega en el comercio internacional constituye el hilo conductor de esta reflexión

que persigue, desde una dimensión y enfoque internacionalprivatista, identificar diversas cuestiones controvertidas y jurídicamente relevantes que se hallan presentes en el contenido de la nueva Ley de Navegación Marítima adscritas al ámbito del ejercicio efectivo de la actividad de porteador marítimo.

2. La nueva Ley 14/2014 representa sin duda, y pese a aspectos susceptibles de crítica desde nuestra perspectiva de análisis iusinternacionalprivatista, un avance normativo muy significativo, al permitir dotar a nuestro ordenamiento jurídico de un marco legal moderno y sistematizado, que fomenta además una mayor seguridad jurídica y previsibilidad.

Este nuevo texto normativo requiere un examen en profundidad, con el propósito de analizar cómo tratar de proyectar sobre el ámbito internacional las problemáticas específicas que afloran en el sector del Derecho del transporte marítimo europeo e internacional como consecuencia de la interacción de los distintos bloques normativos en presencia, e interesa destacar aquellas instituciones que requieren un tratamiento diferenciado desde la óptica del Derecho internacional privado.

3. Ante las diversas aproximaciones que el Derecho del transporte marítimo permite en lo concerniente a su objeto de estudio, debe siempre abordarse una imprescindible tarea delimitadora que observe la vertiente de Derecho privado correspondiente a nuestra disciplina, sin descuidar otras que indisponiblemente tendrán que ser acometidas con la finalidad de dar una respuesta analítica acorde con las características propias del Derecho internacional privado actual, condicionado por la precisión atributiva del tráfico externo y una sugerente especialización por sectores (véanse a ÁLVAREZ RUBIO, J. J., *Las Lecciones Jurídicas del Caso Prestige: Prevención, Gestión y Sanción frente a la contaminación marina por hidrocarburos*, Pamplona, Aranzadi, 2011, pp. 1 y ss.; GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., «Diversification, Spécialisation, Flexibilisation et Matérialisation des règles de Droit International Privé», *R. des C.*, 2002, t. 287, pp. 156 y ss.).

La nota de internacionalidad del Derecho del transporte marítimo y la tendencia hacia su uniformidad normativa internacional delimitada hoy por la europeización del Derecho privado tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa y la proyección o dimensión externa de este proceso [BORRÁS, A., «La comunitarización del Derecho internacional privado: pasado, presente y futuro», *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz (2001)*, Vitoria-Gasteiz, Servicio de Publicaciones de la Universidad del País Vasco, 2002, pp. 285-318], refleja claramente una problemática específica en territorio europeo debido a la coexistencia en el sector de bloques normativos diferenciados (FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., «La comunitarización del Derecho internacional privado y Derecho aplicable a las obligaciones contractuales», *RES*, 2009, núm. 140, pp. 600 y ss.).

4. La primera conclusión que cabe inferir del contenido normativo de la nueva Ley de Navegación Marítima es que el resultado normativo final se ha visto enriquecido respecto al trabajo previo y apreciable en los anteproyectos y proyectos que precedieron a la ley, y esto queda constatado en una redacción más cuidada y completa de toda la dimensión internacional. Pese a esta valoración global positiva, no cabe obviar que por momentos el legislador parece articular como una especie de «Guadiana normativa» al Derecho europeo, y olvida por momentos incorporar la referencia expresa al Derecho europeo/comunitario.

La nueva ley parece, por momentos, no advertir el transcendental protagonismo que ostenta el bloque normativo europeo para este particular sector comercial. Como

aporte hermenéutico, debe tenerse en cuenta que no hay referencia alguna al Derecho europeo a lo largo del preámbulo a excepción de la indicación de pertenencia de España *al ámbito comunitario europeo*, que no Unión Europea, para subrayar que dicha realidad conlleva *mayores exigencias en materia de responsabilidad por contaminación marítima*; se trata, por tanto, de una escueta referencia a las exigencias que establece el Derecho de la UE en materia de seguros de grandes riesgos y una indicación sobre la aplicación preferente en materia procesal de los Convenios internacionales y las normas de la UE sobre el Derecho interno.

5. El texto carece de una pronta identificación de la magnitud y vocación internacional de sus normas que permita al operador jurídico identificar desde su inicio esta realidad. El artículo primero dedicado al objeto y ámbito de aplicación debiera haber recogido una clara referencia a dicho extremo, sin perjuicio de la referencia a la prelación de fuentes y su interpretación recogida y ubicada en el artículo segundo.

Cabe subrayar la ausencia total de referencia al Derecho europeo comunitario en el título I dedicado a la ordenación administrativa de la navegación, en concreto en los capítulos dedicados al ámbito de aplicación de las normas de policía, el régimen de estancia en aguas interiores marítimas y en puerto y al régimen general de la navegación marítima, donde se establece el articulado relativo a la lucha contra la contaminación y donde hubiese sido necesario incorporar una referencia expresa al bloque normativo europeo.

En este sentido, es muy significativa la ausencia de alusión alguna a la Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 22) y al Derecho europeo en la redacción del art. 43, capítulo IV, concerniente al derecho de paso inocente por el mar territorial, sobre el ejercicio de la jurisdicción civil en comparación con el precepto relativo al ejercicio de la jurisdicción penal en el que sí se ha recogido tal previsión.

6. En cuanto al capítulo dedicado a la regulación del contrato de fletamento, cabría resaltar que la apuesta del legislador por respetar la autonomía de la voluntad de las partes permite consolidar una orientación acertada, en contraste con otras previsiones procesales llamativamente restrictivas de la misma. En lo positivo cabe subrayar las disposiciones concernientes a los gastos del fletamento por tiempo y por viaje (art. 204.2), la designación del muelle o lugar de carga (art. 217.1), o incluso el precepto que regula las operaciones de carga y estiba como operaciones conexas transcendentales para el efectivo transporte de las mercancías por vía marítima y la posibilidad de que las partes acuerden a quién corresponde la realización de dichas actividades y la asunción de los riesgos que puedan acontecer (art. 218).

También es necesario resaltar, respecto a la sección dedicada al conocimiento de embarque, el art. 251 de la Ley de Navegación Marítima destinado a la eficacia traslativa del conocimiento de embarque como título valor. De esta manera, habrá que valorar la exigencia que establece la norma sobre la verificación del consentimiento por parte del adquirente respecto de los acuerdos de jurisdicción y arbitraje. Es decir, que con independencia de que la transmisión del conocimiento de embarque produzca idénticos efectos a la entrega de las mercancías sucediendo el adquirente en todos los derechos y obligaciones al transmitente, el adquirente tendrá que dar su consentimiento expreso sobre los acuerdos existentes en materia de jurisdicción y arbitraje según los términos de los arts. 468 y 469. Cuestión que difiere de la consolidada interpretación jurisprudencial del TJUE (STJCE de 19 de junio de 1984, asunto *Tilly Russ*, 71/83; STJCE de 16 de marzo de 1999, asunto *Castelletti*, C-159/97; STJCE de 9 de noviembre de 2000, asunto *Coreck Maritime GmbH y Handelsveen BV y otros*,

C-387/98) que sólo exige la verificación del consentimiento en aquellos casos en los que, según el Derecho nacional aplicable, el tenedor no haya sucedido al cargador en sus derechos y obligaciones.

7. Otro aspecto que cabría resaltar es la falta de previsión de la ley sobre la entrada en vigor del nuevo RBI bis, que demandaba un ejercicio de prospección futuro no acometido por el legislador, y que parece traerá consecuencias en su aplicación práctica. La Ley de Navegación Marítima recoge expresamente en el capítulo I del título IX ciertas especialidades en materia de competencia judicial internacional, concretamente en el art. 468 (cláusulas de jurisdicción y arbitraje) y en el art. 469 (criterios de atribución de competencia).

El art. 468 recoge una regla referente a los acuerdos atributivos de jurisdicción de carácter expreso que ante la inexistencia de Convenios internacionales aplicables se verá desplazada por el art. 25 del RBI bis relativo a la prórroga de la competencia. Un art. 25 que permite a las partes, con independencia de su domicilio, acordar el sometimiento de sus controversias a los tribunales de un Estado miembro.

La norma contenida en el art. 468 recoge una interpretación restrictiva de la *derogatio fori* de los Tribunales españoles ante la existencia de un acuerdo atributivo de jurisdicción a un tribunal extranjero o a un arbitraje en el extranjero, advirtiendo de la nulidad de toda cláusula que no haya sido negociada de forma individual y separada al contrato principal (véase DE MIGUEL ASENSIO, P. A., «Los acuerdos de jurisdicción en la nueva Ley de Navegación Marítima», 17 de septiembre de 2014, recuperado de <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es/2014/10/los-acuerdos-de-jurisdiccion-en-la.html>).

En consecuencia, esto supone que para aquellos casos en los que el tribunal o tribunales extranjeros designados por las partes mediante acuerdo atributivo de jurisdicción como competentes para conocer del litigio no estén ubicados en un Estado miembro del RBI bis o no sean parte de un Convenio internacional en vigor en España que contemple o ampare tal posibilidad de autorregulación procesal de las partes, será aplicable el régimen contenido en el mencionado artículo de la Ley de Navegación Marítima, debiéndose entender que si no se cumple con las condiciones exigidas por esta norma en los contratos de utilización de buque o en los contratos auxiliares de navegación, la cláusula del contrato que recoja la sumisión expresa a tribunal extranjero o a arbitraje en el extranjero será nula y se tendrá por no puesta.

En efecto, si esto fuera así, los tribunales españoles entenderán que son competentes para conocer de la controversia suscitada y llegado el caso esto podría suponer un problema de cara a la ejecución de la sentencia y respecto a su validez extraterritorial.

La consagración de la autonomía de la voluntad para la materialización de los acuerdos de elección del tribunal competente, es un debate con enorme interés para nuestra disciplina de Derecho internacional privado, que aflora en el estudio de este particular sector del Derecho del transporte internacional. En este sentido, la visión restrictiva que proyecta el art. 468 supone una limitación de la voluntad de las partes para la elección del foro jurisdiccional que no se sostiene en términos jurídicos, y refleja además una desconfianza hacia la autonomía de las partes y contraviene la consagrada práctica o costumbre y usos del sector. Desde luego, es necesario que el sistema competencial evolucione sin condicionantes hacia criterios de atribución determinados por la autonomía de la voluntad de las partes.

8. Por otro lado, debido a la entrada en vigor para España, el 14 de septiembre de 2011, del Convenio de Ginebra de 12 de marzo de 1999 sobre el embargo preventivo de buques, se mejora, sin duda, la redacción del art. 538 del Anteproyecto de Ley de

2006 y del art. 501 del Proyecto de Ley del mismo año. Ambos preceptos incorporaban por referencia una disposición convencional que no formaba parte del Derecho interno español para regular el embargo de buque por otros créditos cuando en España todavía era aplicable el Convenio sobre embargo preventivo de buques de 1952. Este Convenio convivió con el actual texto aplicable hasta que la denuncia efectuada por España, el día 28 de marzo de 2012, desplegó sus efectos.

Aun así, la regulación recogida por esta nueva Ley de Navegación Marítima sobre el embargo preventivo de buques no queda exenta en la actualidad de debate jurídico en relación con el art. 31 del RBI sobre medidas provisionales y cautelares (art. 35 RBI bis). Debe tenerse en cuenta que el art. 470 del capítulo II del título IX sobre el embargo preventivo de buques que recoge la naturaleza y regulación de la medida, alude a la medida cautelar del embargo preventivo remitiéndose a la aplicación de lo regulado en el Convenio sobre embargo preventivo de buques de 1999, a lo dispuesto en la propia ley y, supletoriamente, a lo establecido en la LEC, sin referencia alguna a la LOPJ, ni al Derecho comunitario (RBI y RBI bis). Ausencia nuevamente sorprendente si tenemos en cuenta que en las materias incluidas dentro del ámbito de aplicación del RBI sus disposiciones desplazan a las normas contenidas en el Derecho interno (véase ARENAS GARCÍA, R., «Las medidas provisionales y cautelares en el Reglamento Bruselas I: de la regulación actual a la regulación proyectada», *La Ley*, 2011, núm. 7601).

La doctrina ha cuestionado y resaltado si la firma del Convenio sobre embargo preventivo de buques de 1999 por España, sin haber realizado reserva alguna respecto a la aplicación del criterio de la *lex fori* como criterio atributivo de competencia para conocer sobre el fondo del asunto (art. 7), podría o no suponer un incumplimiento del Derecho comunitario afectando incluso en lo concerniente al reconocimiento y ejecución de las decisiones judiciales en materia civil y mercantil (véase QUIRÓS DE SAS, A., «El nuevo régimen del embargo preventivo de buques en el Derecho español», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 2012, núm. 32, pp. 137-141).

9. En definitiva, el resultado de la nueva Ley de Navegación Marítima es satisfactorio al permitir una regulación moderna, depurada y elaborada con un alto grado de detalle. No obstante, habría algunos aspectos que hubiesen requerido un ejercicio de prospección futura, y otros que demandaban un mayor acierto en cuanto a la importancia del Derecho internacional privado comunitario como marco jurídico de carácter institucional, previsible, equilibrado y sencillo.

Además, en un sector tan complejo como el del Derecho del transporte marítimo internacional es muy positivo, sin perjuicio de las singularidades presentes en cada una de las modalidades de contratación, que un texto de estas características sea respetuoso con la libertad contractual reconocida tradicionalmente a las partes en este ámbito.

Unai BELINTXON MARTÍN
Prof. Asociado de Derecho internacional privado
Universidad Pública de Navarra
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.1.2015.4b.04>

5. 24.^a REUNIÓN DEL GRUPO EUROPEO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO (FLORENCIA, 19 A 21 DE SEPTIEMBRE DE 2014)

1. La 24.^a reunión del Grupo Europeo de Derecho Internacional Privado (en adelante, GEDIP) tuvo lugar en Florencia (Italia), los días 19 a 21 de septiembre de 2014

en la «*Villa Finaly*», un magnífico edificio propiedad en la actualidad de las 13 Universidades de París, como resultado de la donación que les hizo su propietario, en la que se celebran numerosas reuniones de carácter científico (detalles en www.villafinaly.sorbonne.fr). En esta ocasión, la organización de la reunión corrió a cargo de los Profs. C. Kessedjian (Universidad *Panthéon-Assas, Paris II*) y E. Pataut (Universidad *Panthéon-Sorbonne, Paris I*). Como viene siendo habitual, los trabajos se dividieron en varios bloques, dedicados a la información sobre los trabajos de la Unión Europea y de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, a la información sobre la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a temas puntuales de interés y a las propuestas sobre los trabajos en curso en el GEDIP.

2. En el bloque relativo a la información sobre la Unión Europea, intervino en primer lugar el Prof. Ch. Kohler sobre «Actualidades del Derecho de la Unión», centrándose esencialmente en dos temas, el futuro tras el término del Programa de Estocolmo en diciembre de 2014 y la aplicación del Reglamento Bruselas II bis y las perspectivas de revisión.

En lo que se refiere al futuro tras el fin del Programa de Estocolmo, realizó algunas consideraciones en torno a la Comunicación de la Comisión conteniendo la «Agenda de Justicia de la UE para 2020» [Documento COM(2014) 144 final y, sobre el mismo, nota de información de M. GUZMÁN, en *REDI*, 2014, núm. 1, pp. 321 y ss.] y resaltando la importancia del apoyo dado por el Consejo celebrado en junio, tema en el que también incidió la representante de la Comisión Europea, la Sra. K. Vandekerkhove, destacando las líneas estratégicas y políticas de la Comisión en su nueva estructura. Asimismo, se refirió a los proyectos concretos e inmediatos más destacados y, en particular, a la revisión del Reglamento 1346/2000 en materia de insolvencia, que considera concluirá en breve. Y anunció, también, la posibilidad de que se publique en breve la propuesta relativa a la revisión del art. 14 del Reglamento Roma I y la inclusión de una regla sobre ley aplicable a la oponibilidad a terceros de las cesiones y prendas de créditos.

En lo que se refiere a la revisión del Reglamento 2201/2003 (Bruselas II bis), el Prof. Kohler señaló que, en conjunto, puede hablarse de un cierto grado de satisfacción, si bien hay problemas derivados del ámbito distinto de este Reglamento y del Reglamento Roma III, de las cuestiones que se plantean cuando hay relación con terceros Estados y del reconocimiento y ejecución de sentencias, tema en el que también incide la Sra. Vandekerkhove, sobre la base del informe ya realizado y a la espera de los resultados de la consulta pública. En este caso, debe mencionarse también el documento presentado por el Sr. Hans Van Loon en relación con la revisión del Reglamento Bruselas II bis y que contiene algunas reflexiones personales para una mejor articulación del régimen de ley aplicable en materia de responsabilidad parental y para una mejor operatividad de las disposiciones de dicho Reglamento que completan el Convenio de La Haya de 1980 en materia de aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.

3. Es también el Sr. Hans Van Loon, en su condición de *ex* Secretario General de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, quien informa sobre las actividades de la Organización en el último año. Destaca el aumento del número de miembros de la Conferencia y también el aumento del número de firmantes de diferentes Convenios, destacando el interés de las ratificaciones o adhesiones al Convenio de 1996 sobre protección de niños y al Convenio de alimentos de 2007. Igualmente señala la importancia de la adhesión de Japón al Convenio de 1980 y el problema de la aceptación de las adhesiones al mismo por los Estados miembros de la Unión Europea, un tema entonces pendiente del dictamen del Tribunal de Justicia de la Unión

Europea (ahora resuelto con el Dictamen 1/13, de 14 de octubre de 2014; comentario de S. ÁLVAREZ en esta misma *Revista*, pp. 241 y ss. y de A. BORRÁS, en *La Ley Unión Europea*, núm. 21, diciembre de 2014, pp. 42 y ss.). Tras hacer referencia a los avances en América, a los trabajos de la nueva Oficina de Hong Kong y a la nueva frontera que representa África en relación con los Convenios de La Haya, se refiere a la situación del Proyecto de ley aplicable a los contratos, el primer texto de la Conferencia de naturaleza no obligatoria y a los trabajos en materia de reconocimiento de sentencias (denominado normalmente «proyecto *Judgments*»), estando prevista en el mes de octubre una reunión del Grupo de Trabajo en Hong Kong.

4. Como viene siendo habitual, el Sr. P. Kinsch informó sobre las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictadas en el último año, más relevantes en relación con el Derecho internacional privado. En este caso, se refiere en primer lugar a una importante sentencia en materia de nombre, la Sentencia *Henry Kismoun c. Francia*, de 5 de diciembre de 2013 que, en realidad, implica una universalización de la jurisprudencia en los famosos asuntos *García Avello* y *Grunkin-Paul*. En efecto, se trata de un caso en que el requirente, de madre francesa y padre argelino, es registrado en el momento de su nacimiento en Francia con el nombre de Christian Henry. Abandonado por la madre, es recogido por su padre, que lo lleva a vivir a Argelia, donde se le registra con el nombre de Chérif Kismoun. Pasados los años, vuelve a Francia, donde sigue registrado por el nombre antiguo. Solicita un cambio de nombre que le es denegado, lo que el TEDH considera contrario a los intereses del requirente.

El segundo bloque se refiere al conflictivo tema de los contratos internacionales de maternidad por sustitución (o vientres de alquiler). Además de una decisión de 8 de julio de 2014 de menor interés (*D. y otros c. Bélgica*), destacan las Sentencias de 26 de junio de 2014 en el asunto *Mennesson c. Francia y Labassee c. Francia*. Se trata del rechazo a transcribir las actas de nacimiento relativas a niños nacidos de esta forma en los Estados Unidos, con padre biológico francés. El Tribunal de Casación francés aplicó con rigor la excepción de orden público en razón de la prohibición del Derecho francés a este tipo de maternidad por sustitución, pero el TEDH adopta una posición más flexible, entendiendo que hay una violación de los derechos del niño al no reconocer la filiación biológica respecto al padre.

El tercer bloque se refiere al reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, entendiendo que hay violación del derecho al proceso equitativo en los casos de ineficacia del proceso de ejecución o del plazo excesivamente largo para la ejecución. Éste es el caso de la Sentencia de 7 de noviembre de 2013, *Matrakas e.a. c. Polonia y Grecia* y de la Sentencia de 15 de julio de 2014, *Panetta c. Italia*, en ambos casos en relación con el Convenio de Nueva York de 1956 en materia de alimentos. Otro caso, la Sentencia de 25 de febrero de 2014, *Avotins c. Letonia*, se refiere al Reglamento Bruselas I, ya que se trata de la violación de los derechos humanos en un caso en que la sentencia extranjera a ejecutar ha violado las garantías del proceso equitativo, en un supuesto en que no sirven los antecedentes en el asunto *Pellegrini*.

El cuarto y último bloque se refiere a la cooperación internacional en materia de sustracción de menores y, además de una serie de decisiones en las que se muestra la compatibilidad del Convenio de La Haya de 1980 con la Convención Europea de Derechos humanos, destaca la importante sentencia de la Gran Sala de 28 de noviembre de 2013, en el asunto *X. c. Letonia*, tras una sentencia de la Sala 3.ª, de 13 de diciembre de 2011, que consideró que fue precipitado el retorno de Letonia a Australia con el padre. La nueva sentencia de la Gran Sala entiende que hay insuficiente motivación de la decisión que rechaza la causa de no retorno, lo que lo hace contrario al art. 8 del

CEDH, ya que la madre ha sido objeto «de una injerencia desproporcionada en su derecho al respeto de su vida familiar, no habiéndose cumplido las exigencias procesales inherentes al art. 8 del Convenio en el proceso de decisión en el Derecho interno».

5. A dos temas puntuales de interés se refirieron las intervenciones del Prof. M. Bogdan y del Prof. S. Symeonides. El Prof. M. Bogdan realizó una intervención sobre las relaciones entre el Reglamento 606/2013, de 12 de junio, relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil (DO L 181, de 29 de junio de 2013) y la Directiva 2011/99/UE, de 13 de diciembre, sobre la orden europea de protección (DO L 338, de 21 de diciembre de 2011), dado que se plantean problemas de posible superposición entre ambos textos, puesto que hay problemas de delimitación, dado que se ocupan de temas civiles y penales. En el animado coloquio que siguió a la intervención se pusieron de relieve las razones políticas que condujeron a tener dos documentos distintos, lo que resulta claramente de los Considerandos de los textos y que tienen como resultado dificultades para comprender la relación entre el Reglamento y la Directiva.

Por su parte, el Prof. S. Symeonides se ocupó del tema «*Codifying Choice of Law Around the World*» que en el programa original tenía el subtítulo de «*Lessons by, and for, the EU*» pero en la exposición final, acompañada de un animado *power point*, se convirtió en «*The Last Fifty Years*», refiriéndose a los años comprendidos entre 1962 y 2012. A lo largo de su exposición se refiere a las Codificaciones internas, que alcanzan el número de 94, y a los Convenios concluidos por diversas Organizaciones internacionales (como UNCITRAL, Mercosur o la Conferencia de La Haya), así como el impacto de la integración europea. Con estos elementos, se fija esencialmente en el impacto que ha tenido en el ámbito de la responsabilidad extracontractual y en el de los contratos, en particular en relación con el papel de la Autonomía de la voluntad.

6. La parte esencial (y más larga) de la reunión se dedicó al tema de la ley aplicable a las sociedades, tomando como base el documento y texto articulado presentado por el Subgrupo integrado por los Profs. Stefania Bariatti, Michael Bodgan, Trevor Hartley, Monika Pauknerova, Kurt Siehr y Teun Struycken, siendo su Presidente F. J. Garcimartín.

En dicho documento: i) se justificaba la necesidad de un instrumento normativo en ese sector; ii) se resumía la jurisprudencia del TJUE pertinente (*Daily Mail, Centros, Überseering, Inspire Art, Cartesio* o *Vale*, principalmente), y iii) se proponía un borrador de Reglamento. El contenido de este borrador se estructuraba sobre cuatro grandes apartados. En primer lugar, dos artículos relativos a su ámbito de aplicación, donde se optaba por una solución muy amplia, comprendiendo tanto las sociedades mercantiles como civiles, de responsabilidad limitada o de personas, y con alcance universal. En segundo lugar, el establecimiento de una regla general de determinación de la *lex societatis* basada en los llamados «modelos de constitución», esto es, la ley aplicable a una sociedad es la ley del país bajo la cual la hayan constituido los socios. En tercer lugar, la fijación del ámbito de aplicación de la ley designada conforme a esa regla, donde se optaba por un principio de aplicación integral salvo dos conexiones especiales en materia de capacidad y responsabilidad. En cuarto lugar, se incluían normas relativas al cambio de *lex societatis* o traslado de sede. Y, por último, un elenco de reglas relativas a los problemas de aplicación: reenvío, orden público, remisión a un sistema pluri-legislativo y leyes de policía.

Las discusiones dentro del Grupo sobre este documento de trabajo se centraron, principalmente, en los siguientes aspectos. En primer lugar, hubo acuerdo en la necesidad de un instrumento sobre la ley aplicable a las sociedades y otras personas jurídi-

cas. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia, aunque ha resuelto algunos problemas fundamentales, se consideró insuficiente para ofrecer un marco legal adecuado y exhaustivo sobre una cuestión tan relevante para el buen funcionamiento del mercado interior. Y asimismo, hubo bastante consenso sobre los aspectos fundamentales de dicho instrumento, en particular: i) su carácter universal, esto es, su aplicación tanto a sociedades europeas como de terceros Estados; ii) la adopción de un modelo de incorporación —frente a un modelo de sede real— como regla general para identificar la ley aplicable; iii) la extensión de ésta tanto a las relaciones internas de la sociedad, esto es, socios entre sí y socios con administradores, como a sus relaciones externas, esto es, capacidad y responsabilidad, y iv) por último, la inclusión de normas sobre el cambio de ley aplicable.

No obstante, y al margen de los comentarios relativos a la estructura externa del futuro instrumento y de redacción técnica, se puso de manifiesto la necesidad de seguir trabajando en algunos extremos como, por ejemplo, la delimitación de este texto y otros instrumentos europeos —en particular, el Reglamento Roma I—, la procedencia de refinar el juego de la regla general cuando nos encontramos ante sociedades que no se han incorporado formalmente bajo ningún ordenamiento (p. ej., las sociedades civiles con personalidad jurídica), la necesidad de introducir una cláusula de escape a favor de los vínculos más estrechos o la adopción de una conexión especial sobre la ley aplicable a la responsabilidad de los miembros y directivos de una sociedad. Finalmente se acordó continuar los trabajos del mencionado subgrupo con el objeto de presentar una nueva propuesta en la próxima reunión.

7. Además de la continuación de los trabajos referentes a la ley aplicable a las sociedades a que se acaba de hacer referencia, el subgrupo, creado en Lausanne en 2013 para tratar del papel de la nacionalidad como criterio de conexión en los instrumentos europeos, presidido por el Prof. E. Pataut, amplía su mandato para ocuparse de la modificación del Reglamento Bruselas II bis, quedando integrado por los Profs. Andrea Bonomi, Alegría Borrás, Hélène Gaudemet-Tallon, Christian Kohler, Rui M. Moura Ramos y Paul Lagarde.

La próxima reunión del Grupo tendrá lugar en Luxemburgo, los días 18 a 20 de septiembre de 2015.

Alegría BORRÁS y Francisco J. GARCIMARTÍN
Universidades de Barcelona y Autónoma de Madrid
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.1.2015.4b.05>

6. CELEBRACIÓN DEL 50.º ANIVERSARIO DE LA RIVISTA DI DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO E PROCESSUALE (MILÁN, 23 DE OCTUBRE DE 2014)

1. El 23 de octubre de 2014 tuvo lugar un *Convengo* titulado «*Per un nuovo Diritto internazionale privato*», para celebrar el 50.º aniversario de la *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, que tuvo lugar en el Aula Magna de la *Università degli Studi di Milano* con asistencia de unas 200 personas. El acto se ha incluido en los actos de celebración del 90.º aniversario de la Universidad de Milán.

La inauguración formal corrió a cargo del Prof. Fausto Pocar, que ha estado siempre presente en la *Rivista*. En su intervención señaló que precisamente ese día salía el tercer número de 2014, recordando que fue en esas mismas fechas de 1964 cuando apareció su primer número. Resaltó que se trató siempre de una revista abierta a to-

dos los estudiosos, independientemente de escuelas y tendencias, algo no tan evidente en aquellos momentos, y de una revista abierta en cuanto a las materias, puesto que ya entonces señalaba la importancia del Derecho comunitario para el Derecho internacional privado. Finalmente, recordó que el siglo xx concluyó con la promulgación de la Ley 218/1995 de Derecho internacional privado, que menciona los Convenios internacionales, pero no los instrumentos comunitarios y de ahí que, ahora que el siglo xxi ha visto la comunitarización del Derecho internacional privado, el legislador ha de tomar postura para adaptar la Ley de 1995 a ese nuevo escenario normativo. Ese es, pues, el objetivo del *Convegno*.

El acto contó también con la intervención de los Directores del Departamento de Estudios internacionales, jurídicos e histórico-políticos y de Derecho público italiano y supranacional y de la representante de la Editorial Walters Kluwer, que resaltó la publicación digital de la Revista precisamente desde este año, que permite su consulta *online*, en *tablet* y en *smartphone*.

2. A lo largo del día se celebraron cuatro mesas redondas, la primera dedicada a las opciones de fondo de la Ley 218/1995 y las cuestiones generales, la segunda dedicada a las materias relativas al estatuto personal, la tercera dedicada a las obligaciones contractuales y extracontractuales y la cuarta al Derecho procesal civil internacional. En todas ellas hubo un moderador, diversos ponentes y, tras el coloquio, unas consideraciones finales por algún profesor estrechamente vinculado a la propia Revista. Al término de la Jornada, el Prof. Fausto Pocar realizó algunas consideraciones finales en torno a los temas abordados y las posibles actuaciones. En ellas manifestó su satisfacción como Director responsable y el hecho de que participen los Directores de la *Rivista* (Tullio Treves, Roberta Clerici, Stefania Bariatti, Sergio M. Carbone, Andrea Giardina, Riccardo Luzzatto y Franco Mosconi). En cuanto a las posibles soluciones a los temas planteados y al contenido de los instrumentos comunitarios, resaltó las excelentes soluciones que fueron propuestas en su día por el GEDIP.

3. La primera mesa redonda, moderada por el propio Prof. Fausto Pocar, se dedicó a examinar algunas opciones de fondo de la ley italiana y las cuestiones generales. La primera intervención corrió a cargo del Prof. Roberto Baratta, profesor de la Universidad de Macerata y de la Universidad LUISS de Roma y durante años consejero jurídico de la REPER de Italia en Bruselas, que resaltó la necesidad de la modernización del Derecho internacional privado con un enfoque transversal, en que la «soberanía absoluta» del Estado quiebra con la participación en los instrumentos comunitarios, por lo que el art. 2 de la *Legge* tiene un mero valor narrativo y necesita de mayor apertura. Destaca el significado y alcance de la integración en el espacio jurídico europeo, con especial mención del Dictamen 1/13, de 14 de octubre de 2014, y recordando que Italia fue el único Estado miembro que se manifestó a favor de la competencia externa exclusiva. Finalmente, señaló diversos aspectos en los que se debe avanzar, citando para ello la abundante jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo.

La siguiente intervención corrió a cargo del Sr. Hans Van Loon, *ex* Secretario General de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, que inició su intervención mencionando el libro de S. SYMEONIDES, *Codifying Choice of Law Around the World: The Last Fifty Years*, Willamette University, 2014, en que se destacan los últimos cincuenta años como los más productivos desde la perspectiva de las codificaciones nacionales, pero que el Derecho internacional privado moderno ha de mostrar los vínculos con los convenios internacionales y los instrumentos comunitarios. En esta situación, su intervención aborda, en primer lugar, la regulación internacional y la supranacional como límite a la legislación nacional; en segundo lugar, la forma

de articular las distintas fuentes, teniendo en cuenta la diferencia entre los temas de ley aplicable y los temas de competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de decisiones; en tercero y último lugar, la forma de abordar las sentencias extranjeras que han de producir efecto en el orden interno, con especial referencia a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El tercer interviniente en esta mesa redonda fue el Prof. Marc Fallon, de la Universidad de Louvain-la-Neuve y actualmente Presidente del GEDIP. Su intervención tuvo por objeto señalar algunas de las diferencias más destacadas entre la Ley italiana y la Ley belga de Derecho internacional privado de 2004. En cuanto a la parte general, destaca las similitudes entre ambas, salvo en relación con la norma italiana en materia de reenvío, ampliamente criticada en ésta y en otras intervenciones. Señala el papel de la autonomía de la voluntad y la forma en que se incorporan los distintos instrumentos de la Unión, teniendo en cuenta la materia que abordan y el alcance de las distintas disposiciones.

El Prof. Tullio Treves, de la Universidad de Milán, formuló algunas consideraciones finales, haciendo especial mención al fundador de la *Rivista*, el Prof. Mario Giuliano.

4. La segunda mesa redonda estuvo dedicada a los temas de estatuto personal, familia y sucesiones y fue moderada por la Prof.^a Roberta Clerici, de la Universidad de Milán, que destacó la necesidad de sustituir determinadas normas internas, recordando que Italia será el último Estado miembro de la Unión Europea en ratificar el Convenio de La Haya de 1996.

La primera intervención corrió a cargo de la Prof.^a Ilaria Viarengo, también de la Universidad de Milán, que se ocupó del tema de los alimentos en relación con el art. 45 de la *Legge*, que aún sigue mencionando el Convenio de La Haya de 1973 en vez del Protocolo de La Haya de 2007, cuya vigencia hace inútil, a su juicio, cualquier otra norma de conflicto.

La segunda intervención correspondió al Prof. Luigi Fumagalli, de la Universidad de Milán, que se refirió al tema de las sucesiones, con especial atención al art. 46 de la *Legge* en lo que se refiere a la ley aplicable y a los efectos del Reglamento. En cuanto a los aspectos procesales, destaca el hecho de que el Reglamento no deja espacio para una delimitación discrecional y que, por tanto, sustituye completamente al art. 50 de la propia Ley.

A continuación, la Prof.^a Constanza Honorati de la Universidad de Milano-Bicocca, se refirió a los temas relativos a la filiación, destacando que es el único caso en que hay una normativa nueva en la *Legge* (arts. 33 y ss.), como consecuencia del Decreto legislativo núm. 154/2013, de 28 de diciembre, que se aplica a partir del 7 de febrero de 2014. Destaca la diferencia entre la rigidez de la normativa italiana y la flexibilidad del Reino Unido, que estaría más próximo a la actitud del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su reciente jurisprudencia (al respecto, véase la nota de A. Borrás y F. J. Garcimartín sobre la reunión del GEDIP en Florencia, en septiembre de 2014, en esta misma *Revista* y crónica, pp. 344-348).

El Prof. Carlo Rimini, de la Universidad de Milán, interviene como abogado de temas de Derecho de familia, para explicar su experiencia sobre cómo se vive en la vida práctica ante los tribunales la situación actual. Señala el difícil diálogo entre los instrumentos, destacando la fragmentación que se produce en el ámbito del Derecho de familia, comparándolo con lo que ocurre en una mesa de billar. Destaca que, desde su perspectiva de abogado italiano, se encuentra con más problemas, ya que las nor-

mas no están pensadas para llevar todos los temas juntos y, en particular, en el caso de disolución del matrimonio, aparecen juntos.

Finalmente, interviene la autora de esta nota, invitada especialmente para hablar de temas de Derecho de familia, comparando la situación española y la italiana, aunque, como se indicó, muchas de las observaciones que se hicieron podrían trasladarse a los temas tratados en las demás mesas redondas. En una primera parte se señalaron dos importantes diferencias: el hecho de que en España no hay una Ley de Derecho internacional privado y el hecho de que España es un ordenamiento plurilegislativo. En una segunda parte se hizo referencia a la situación actual, particularmente en el título preliminar del Código Civil, y a los proyectos en marcha, con especial mención al proyecto de Ley de protección de la infancia.

Las consideraciones finales de esta mesa fueron realizadas por el Prof. Franco Mosconi, de la Universidad de Pavía, que destacó la evolución de la familia y la reacción de las legislaciones internas, en particular, en Suiza y en Canadá.

5. La tercera mesa redonda estuvo dedicada a las sociedades, a las obligaciones contractuales y a las obligaciones extracontractuales, siendo el moderador el Prof. Riccardo Luzzatto, de la Universidad de Milán.

La primera intervención corrió a cargo del Prof. Peter Kindler, de la Universidad de Múnich, que se refirió a la *lex societatis* y a la diferencia entre los Estados que adoptan el sistema de la sede real y aquellos que adoptan el sistema de la constitución, recordando toda la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y la conveniencia de tomar en consideración el concepto contenido en el Reglamento 1346/2000 en materia de quiebra (sobre este tema, véase la nota sobre los trabajos del GEDIP en esta materia, *op. cit.*).

También a un tema de Derecho de sociedades se refiere el Prof. Domenico Damescelli, de la Universidad del Salento y notario, que trata de la transferencia de sede y al hecho de que se modifique o no la ley aplicable, algo que depende del Derecho aplicable. Se refiere, en particular, a la necesidad de modificar el art. 25 de la *Legge*, sin perjuicio de que también debieran modificarse otras disposiciones, en particular en el Código Civil.

El Prof. Ruggiero Cafari Panico, de la Universidad de Milán, se refiere específicamente a los contratos de trabajo y a los tribunales laborales, en relación con el art. 57 de la ley italiana. Tras un examen de las normas relevantes del Derecho de la Unión Europea y del papel del Tribunal de Justicia, se ocupa también de la conveniencia de extender las soluciones de estos últimos a las relaciones con terceros países.

La Prof.^a Cristina Campiglio, de la Universidad de Pavía, se ocupa de las obligaciones extracontractuales en general y se centra en la jurisprudencia reciente del Tribunal de casación italiano, con especial mención a una reciente sentencia en un procedimiento que ha durado veinte años en relación con las consecuencias lamentables de un accidente de caza que ocurrió en 1994. También presta atención a las exclusiones del Reglamento Roma II. También a las obligaciones extracontractuales se refiere la intervención de Paola Ivaldi, de la Universidad de Génova, que se centra en los daños marítimos, para entender que se aplica el Reglamento Roma II.

Tras la variedad de temas tratados en esta mesa redonda, el Prof. Andrea Giardina, de la Universidad de Roma «La Sapienza» formula sus conclusiones generales.

6. La cuarta y última mesa estuvo dedicada al Derecho procesal civil internacional y fue moderada por el Prof. Sergio Maria Carbone, de la Universidad de Génova, que recordó que precisamente en esta materia se encuentra el origen del Derecho

internacional privado de la Comunidad Europea. Lamentablemente, el retraso acumulado hizo que esta última mesa fuera más breve que las anteriores.

La primera intervención corrió a cargo del Prof. Francesco Salerno, de la Universidad de Ferrara, que se refirió a los efectos de los instrumentos de la Unión Europea en el ámbito del reconocimiento, subrayando la excesiva jurisprudencia del Tribunal Supremo italiano en materia de *forum necessitatis*.

El Prof. Alberto Malatesta, de la Universidad Carlo Cattaneo-LIUC, se ocupó de la litispendencia, con especial referencia al actual art. 7 de la Ley italiana de Derecho internacional privado y el posible contenido de la nueva norma.

Por su parte, la Prof.^a Francesca Villata, de la Universidad de Milán, habló de la autonomía de la voluntad en el Convenio de Bruselas y en el Reglamento Bruselas I, para plantearse, finalmente, la posibilidad de elegir la ley aplicable a la validez formal de la cláusula de elección de foro, relacionando el tema con el Convenio de La Haya sobre acuerdos de elección de foro.

La Prof.^a Lidia Santini, de la Universidad de Milán, se ocupó de la competencia para la adopción de medidas cautelares, señalando la necesidad de modificar el art. 10 de la *Legge*.

Finalmente, intervino el Sr. Mario Dusi, Presidente del CRINT, instituto que se ocupa de la cooperación internacional en el Colegio de Abogados y que señaló algunos detalles de la necesidad de esta colaboración.

Las conclusiones de esa mesa corrieron a cargo de la Prof.^a Stefania Bariatti, de la Universidad de Milán, que, tras manifestarse no partidaria de la reciprocidad, señaló la necesidad de modificar e introducir flexibilidad en la *Legge*, un ejercicio para el que considera que aún no están preparados.

7. En conjunto, el *Convegno* merece una valoración muy positiva, teniendo en cuenta dos elementos. El primero, por haber sido consagrado a algo tan importante como la necesaria modificación de las normas internas de Derecho internacional privado, en un momento en que la comunitarización avanza. El segundo, por el mismo hecho de la celebración del 50.º aniversario de la *Rivista* que se valora especialmente desde esta *Revista*, que conoce el esfuerzo que ello significa, por haber superado ya los sesenta años de vida.

Alegría BORRÁS

Universidad de Barcelona

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.1.2015.4b.06>

7. DECISIÓN DE LA HIGH COURT DE LONDRES, FAMILY DIVISION, RELATIVA A LA ATRIBUCIÓN FRAUDULENTA DE COMPETENCIA A LOS TRIBUNALES INGLESES EN CIENTO OCHENTA CASOS DE DIVORCIO

1. Mediante Decisión de 30 de septiembre de 2014 [*In the matter of 180 Irregular Divorces* (2014) EWFC 35; que puede consultarse en <http://www.judiciary.gov.uk/judgments/rapisarda-v-colladon/>], el presidente de la *Family Division* de la *High Court* de Londres se pronuncia respecto de 180 casos de divorcio, todos ellos solicitados (entre agosto de 2010 y julio 2012) por nacionales italianos ante los tribunales de diferentes condados de Inglaterra y Gales.

La tramitación conjunta de estos casos deriva de su común irregularidad, ya que, como indica la Decisión (§ 9), en todos ellos la competencia judicial de los tribunales ingleses se basaba en la supuesta residencia habitual en Inglaterra de uno de los cónyuges: en la mayoría de los casos del demandante durante el periodo de un año y en la minoría del demandado. De este modo, la competencia les quedaba atribuida sobre la base del foro recogido, respectivamente, en el guión quinto o guión tercero del art. 3.a) del Reglamento «Bruselas II bis» —Reglamento 2201/2003, de 27 de noviembre, sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) 1347/2000— [como indica la Decisión (§§ 8 y 9), en virtud de la Sección 5 (2) *Domicile and Matrimonial Proceedings Act 1973*, modificado de acuerdo con la normativa europea].

Otro aspecto común en todos los supuestos es el relativo a la causa de divorcio. Como señala la Decisión (§ 11), de entre las posibles causas que permiten acordar un divorcio al tribunal inglés (Sección 1.^a, *Matrimonial Causes Act 1973*), en todas las solicitudes de divorcio se alega la misma por el demandante, que exige la aceptación por el demandado, relativa a la ruptura irreversible del matrimonio acreditada por el hecho de la ausencia de convivencia entre los cónyuges durante un periodo continuado de, al menos, dos años inmediatamente anteriores a la interposición de la demanda. Pero es más, la ausencia de oposición del demandado fue también esencial para que se beneficiaran del procedimiento especial que permite un pronunciamiento rápido de divorcio, articulado sobre la base de la declaración jurada del solicitante, si bien faculta al tribunal para que cualquier parte en el procedimiento facilite la información adicional que considere necesaria (§ 12). Esta información adicional fue solicitada posteriormente, una vez descubierto el fraude, identificado a finales de febrero de 2012 (§ 59), inmediatamente notificado al órgano competente para intervenir en estos supuestos (*Queen's Proctor, Matrimonial Causes Act 1973*, § 13). Comenzaba así la investigación policial mediante la que se descubre que, en todos los casos, la dirección indicada en Inglaterra, ya fuera la del demandante o demandado (según el caso), era idéntica (*Flat 201, 5 High Street, Maidenhead, SL6 1JN*) y falsa, ya que como se constata, correspondía a un buzón de correos de una serie ubicada en locales comerciales (§§ 32 y 34). Detrás de este engaño se descubre la existencia de una persona, esencial para la operación (*the moving spirit*, § 49), que se lucraba de la misma (el coste total oscilaba entre 3.750 y 4.700 euros). En definitiva, como indica la propia Decisión, los tribunales ingleses fueron inducidos por fraude a la aceptación de la competencia para conocer de las demandas de divorcio, motivo que considera como fundamento, de acuerdo con la jurisprudencia que examina (§§ 18 a 28), de la posible anulación de las sentencias dictadas por los tribunales ingleses por ser el resultado de un procedimiento fraudulento desde el principio (§§ 29 y 35). De este modo, tras la solicitud a las partes de información adicional en las correspondientes audiencias —la primera el 30 de octubre de 2013, y otra audiencia final (9 y 10 de abril de 2014) (§§ 66 a 74)— la Decisión considera que procede la desestimación de la demanda en relación con las solicitudes de divorcios no resueltos (70), así como la anulación de todas las sentencias, fuesen provisionales (18) o firmes (91) (§§ 75 a 83), si bien con una específica consideración del caso *Rapisarda v. Colladon* (§§ 84 a 97) para llegar a la misma solución (§ 97).

2. Todo lo anterior permite constatar que el asunto abordado por esta Decisión se refiere a ¡180! casos de *forum shopping* fraudulento y concertado entre los cónyuges. En todos ellos se aprecia que se trata de situaciones puramente internas que devienen internacionales mediante un fraude que implica a ambos cónyuges, realizado a tra-

vés de la manipulación (desplazamiento ficticio) de la circunstancia de la residencia habitual de los foros del Reglamento «Bruselas II bis», con el objetivo de atribuir la competencia a los tribunales ingleses y así obtener, mediante el procedimiento especial previsto para los casos en que no existe oposición del demandado, un pronunciamiento rápido de divorcio y sobre la base de la ley inglesa aplicable.

Este objetivo, unido a la común nacionalidad italiana de los cónyuges, permite entender que la finalidad última del fraude era evitar la aplicación de la ley italiana, que hubiera resultado aplicable en ausencia de la manipulación y, con ella, el periodo previo de separación que impone para los supuestos más frecuentes de divorcio [art. 3.2.b) de la Ley 898/1970, *Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*].

3. Ahora bien, la consolidación del resultado pretendido mediante el fraudulento desplazamiento de la situación se produciría al obtener el reconocimiento en Italia de la sentencia inglesa de divorcio, que podría haber sido solicitado a través del mismo Reglamento «Bruselas II bis». Un reconocimiento que, en atención a su objetivo de la libre circulación de las decisiones de divorcio, está presidido en este texto por el carácter de la agilidad basada en la confianza mutua entre los tribunales de los distintos Estados miembros (cdo. 21). Pues bien, la articulación de esta confianza como base del reconocimiento de las decisiones arranca, y éste es su principal eje, del presupuesto de la comprobación de la competencia por el tribunal ante el que se plantea la demanda de divorcio (art. 17), motivo por el cual el Estado requerido no puede proceder al control de dicha competencia (art. 24), quedando además excluida cualquier revisión en cuanto al fondo (art. 26), incluido el control de la ley aplicada (art. 25). Estas consideraciones permiten señalar que el problema último que refleja la Decisión inglesa radica en la comprobación de la competencia judicial por los tribunales ingleses que conocieron del divorcio. A pesar de ello, la solución que adopta presenta una directa repercusión en relación con el reconocimiento, por los efectos que pudiera tener la anulación de las 91 sentencias inglesas firmes, de haberse presentado en Italia para solicitar su reconocimiento o la actualización de los datos del Registro civil como permite el art. 21 del Reglamento «Bruselas II bis». Se trata de una situación que no debiera haberse generado. El reconocimiento de aquellas sentencias presupone, de acuerdo con el Reglamento, la correcta comprobación de la competencia por los tribunales ingleses que, sin embargo, no fue suficiente en el momento en que se plantearon las demandas.

La eficacia de esta comprobación exige no sólo la mera constatación de la operatividad de alguno de los foros del Reglamento sino, además, ha de abarcar a la circunstancia sobre la que se articula el foro operativo en el caso concreto. Siendo ésta la que muestra la vinculación entre la situación y el Estado miembro cuyos tribunales pueden conocer del divorcio, la efectiva comprobación de la competencia requiere la constatación de la realidad de tal vinculación y, por tanto, de aquella circunstancia. En este sentido se puede considerar que la residencia habitual de uno de los cónyuges en Inglaterra, circunstancia de los foros operativos para la atribución de la competencia, no fue objeto de verificación por los tribunales ingleses en el momento de interposición de las demandas, que ni siquiera cuestionaron la posibilidad (credibilidad) de la dirección indicada. Esta comprobación se realiza con posterioridad, motivando que el fraude quedara descubierto iniciado el procedimiento o, lo que es más grave, cuando ya se había dictado sentencia. La anulación de estas sentencias es la respuesta de la Decisión. La seguridad jurídica se ve afectada pero, además, esta respuesta no puede conseguir atajar el auténtico problema de fondo y, por ello, no puede impedir que continúen existiendo casos similares, en tanto no se incremente la eficacia en la

comprobación de la competencia. Aquí radica el problema y la prueba se constata en la propia Decisión inglesa cuando finaliza (§§ 99-100) planteando los cambios normativos necesarios para impedir o, al menos, reducir estas situaciones de fraude, ya que todos ellos van dirigidos al aumento de aquella eficacia. En este sentido recoge la necesidad de modificar las normas inglesas (señaladas en § 10) en las que se han basado los «arquitectos» de este fraude para distribuir las 180 demandas a través de los tribunales de 137 condados. Una modificación que, como indica, se encuentra en marcha y pretende la centralización de la recepción de las demandas de divorcio, concentrándose en un número limitado de tribunales donde se conozcan los procedimientos especiales. A esta medida añade, por una parte, la necesidad de que la declaración jurada exigida en estos procedimientos se acompañara de una advertencia visible de las sanciones por falsedad y, por otra, el establecimiento de un sistema que permitiera al tribunal detectar si una misma dirección (para justificar la residencia habitual) hubiera sido empleada en varios casos.

4. Es posible que el mecanismo empleado para el fraude en los casos a los que la Decisión se refiere pueda ser paliado mediante tales medidas, a las que cabe añadir otra más obvia, como es la simple comprobación de la viabilidad de la dirección indicada como lugar de residencia habitual. Sin embargo, la maquinaria empleada para el fraude en estos casos, tan burda que roza lo increíble, no es la que, cabe pensar, se puede encontrar detrás de la mayor parte de los supuestos. La evidentemente falsa (por imposible) residencia habitual de uno de los cónyuges en Inglaterra, que pone de evidencia el fraude en los primeros, hubiera presentado otros contornos en el mismo caso de *forum shopping* fraudulento y concertado entre los cónyuges para internacionalizar una situación interna, cuando la dirección empleada para justificar la residencia habitual de uno de ellos correspondiera a una vivienda, por ejemplo alquilada con el único propósito y por el tiempo estrictamente necesario para elegir los tribunales ingleses. La residencia habitual también sería ficticia pero, al menos, creíble por posible. En estos casos, la constatación de la realidad de la residencia habitual como circunstancia del foro operativo y, por tanto, a los efectos de la comprobación de la competencia (*ex art. 17 del Reglamento*), presenta mayor dificultad.

Todo lo anterior refleja la importancia que hubiera presentado un concepto autónomo de «residencia habitual» en el propio Reglamento como se ha venido destacando por la doctrina [entre otros, BONOMI, A., «Il Regolamento comunitario sulla competenza e sul riconoscimento in materia matrimoniale e di potestà dei genitori», *RDI*, 2001, núm. 2, pp. 298 y ss.; LAMONT, R., «Habitual residence and Brussels II bis: developing concepts for European private international Law», *JPIL*, 2007, pp. 261 y ss.; SALERNO, F., «I criteri di giurisdizione comunitari in materia matrimoniale», *RDIPP*, 2007, pp. 63 y ss.; RICCI, C., «Habitual Residence as a Ground of Jurisdiction in Matrimonial Disputes: From Brussels II bis to Rome III», en BARIATTI, A., MALATESTA, S. y POCAR, F. (dirs.), *The External Dimension of EC Private International Law in Family and Succession Matters*, Padua, Cedam, 2008, pp. 207 y ss.]. La ausencia de este concepto exige acudir a la interpretación derivada de la jurisprudencia del TJUE, aun viniendo referida a la «responsabilidad parental» (SSTJCE de 2 de abril de 2009, asunto C-523/07, A., y de 22 de diciembre de 2010, asunto C-497/10 PPU, *Mercredi c. Chaffe*), pudiendo señalarse que la determinación de la residencia habitual exige una combinación de los elementos subjetivos y objetivos puesto que, además de la presencia física del sujeto (con independencia del tiempo de duración que pudiera constatare en el momento de apreciar la competencia), se han de verificar otros factores que permitan entender que no se trata de una mera presencia temporal, siempre sobre la base de datos fácticos, atendiendo a aspectos como el lugar donde el sujeto

tiene el centro de sus intereses constatado mediante circunstancias de hecho como los vínculos sociales, la estabilidad de la residencia o la voluntad de permanencia, sin que en ningún momento se proceda al análisis o valoración de las razones de modificación de la residencia, ya que ha de respetarse la libertad de elegir el país donde el sujeto pretende establecerse. En cualquier caso y para evitar cualquier posible superposición entre los elementos fácticos, que se han de constatar, y la calificación de los motivos del traslado de la residencia, sería necesario que el TJUE aportara los parámetros uniformes para identificar la residencia habitual como criterio de los foros de competencia del art. 3 del Reglamento.

Esta delimitación tendría directa incidencia, de acuerdo con las razones expuestas, en la eficaz comprobación de la competencia por el tribunal donde se presenta la demanda y, por tanto, para combatir las situaciones de *forum shopping* fraudulento, unas situaciones que, no se olvide, siguen persistiendo a pesar de que su eliminación se encontraba entre los objetivos del Reglamento «Roma III» (Reglamento 1259/2010, de 20 de diciembre, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial) el cual únicamente consigue paliarlas, al mismo tiempo que puede suponer el incremento de las mismas si se atiende al contexto de la situación generada por el mecanismo de la «cooperación reforzada». La brecha abierta entre los dos grupos de sistemas para la determinación de la ley aplicable al divorcio [según que el Estado miembro al que pertenezcan los tribunales competentes sea (o no) un «Estado miembro participante»] constituye un importante atractivo para el desplazamiento ficticio de la situación cuando, ya sea el demandante o bien ambos cónyuges (*forum shopping* concertado), considerasen que la aplicación del sistema de uno u otro pudiera incidir de forma trascendente en sus intereses.

M. Ángeles SÁNCHEZ JIMÉNEZ
Universidad de Murcia

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.1.2015.4b.07>

V. BIBLIOGRAFÍA

Sección coordinada por C. ESPÓSITO (Derecho internacional público), E. ZABALO (Derecho internacional privado) e I. RODRÍGUEZ MANZANO (Relaciones Internacionales)

A) RECENSIONES

BARBÉ, E. (dir.), *La Unión Europea en las relaciones internacionales*, Madrid, Tecnos, 2014, 433 pp.

La Prof. de la Universidad Autónoma de Barcelona y coordinadora del programa de investigación en el Institut Barcelona d'Estudis Internacionals (IBEI), Esther Barbé, es la directora de esta nueva contribución al estudio de la acción exterior de la Unión Europea (UE) en sus múltiples manifestaciones. Según nos explica en su primer capítulo que ha escrito como marco introductorio, esta obra colectiva aborda el estudio de la acción exterior de la UE desde el ámbito de las Relaciones Internacionales y del Análisis de la Política Exterior, pero también se cuenta con el análisis de esta realidad desde las perspectivas que ofrecen el Derecho Europeo y la Economía Política Internacional, lo que en última instancia impregna a esta obra de cierto carácter interdisciplinar. De hecho, si se repasa el elenco de autores que participan en su redacción, organizados en torno al Observatorio de Política Exterior Europea (Grupo de investigación consolidado reconocido por la Generalitat de Catalunya, 2009, SGR-990), se puede comprobar que proceden de diversas disciplinas científicas y/o ámbitos profesionales (Re-

laciones Internacionales, Derecho internacional público, Economía...).

Esta obra colectiva, además del citado capítulo I, de carácter introductorio, se estructura en Tres Partes, con un total de XIX capítulos, que en conjunto ofrecen una visión actual y crítica de las principales manifestaciones a través de las que se desarrolla el obrar internacional de la UE, como subsistema internacional de ámbito regional europeo. La Primera, dedicada al estudio de las «Instituciones, procesos e instrumentos», está formada por los capítulos redactados por Alfonso González Bondía (II: «La acción exterior en el Tratado de Lisboa»), Pol Morillas (III: «Actores y procesos en la Política Exterior y de Seguridad Común»), Déborah Miralles Solé (IV: «Instrumentos de acción exterior»), Milagros Álvarez Verdugo (V: «Actores, procedimientos y capacidades de la Política Común de Seguridad y Defensa»), Raúl Hernández i Sagrera (VI: «Instrumentos de acción exterior en Justicia, Libertad y Seguridad»), y Laia Mestres (VII: «La europeización de las políticas exteriores nacionales»).

La Segunda Parte, titulada «Cartografía de las relaciones exteriores», está compuesta por los capítulos responsabilidad de Elisabeth Johansson-Nogués (VIII: «Ampliación de la Unión Europea»), Michal Naturski y Eduard Soler i Lecha (IX: «Relaciones de la Unión Europea con los vecinos»), Federico Guerrero (X: «Relaciones de la Unión Europea con el mundo en desarrollo»), Lluç López i Vidal, Francesc Serra y Juan Pablo Soriano (XI: «Relaciones de la Unión Europea con los socios estratégicos: Estados Unidos, Rusia y China»), y Lluç López i Vidal y Juan Pablo Soriano (XII: «La Unión Europea y el interregionalismo»).

Por último, la Tercera Parte se ocupa del papel de la UE como «Actor en la gobernanza global», y se estructura en un total de siete capítulos escritos por Patricia García-Durán y Montserrat Millet (XIII: «La Unión Europea en el comercio internacional —OMC—»), José Antonio Sanahuja (XIV: «La Unión Europea en las finanzas globales —G20 y FMI—»), Oriol Costa (XV: «La Unión Europea en las negociaciones internacionales del clima»), Anna Herranz Surallés (XVI: «La Unión Europea en la fragmentaria gobernanza global de la energía»), Benjamín Kienzle (XVII: «La Unión Europea y la política de no proliferación de armas de destrucción masiva»), Esther Barbé (XVIII: «La Unión Europea como promotora de derechos humanos en Naciones Unidas») y Martijn C. Vlaskamp (XIX: «La Unión Europea frente a las autoridades privadas»).

Con carácter general, esta obra nos ofrece un conjunto de contribuciones dedicadas al estudio de la acción exterior europea que aúnan tanto la información actualizada y bien documentada, como el análisis crítico, de los distintos temas de los que se ocupan. Con sus estudios los autores ponen de manifiesto tanto las dificultades como los logros que presenta el desarrollo de la acción exterior de la Unión Europea, como organización internacional de integración europea, que como es sabido coexiste y se interrelacio-

na estrechamente con las políticas exteriores de sus 28 Estados miembros.

Como ya se ha señalado, se puede predicar el carácter en cierta medida interdisciplinar de esta obra, teniendo en cuenta la diversa procedencia académica y/o profesional de sus autores. Si bien es cierto que son mayoría los autores de esta obra que centran su actividad académica y/o profesional preponderantemente en el ámbito de la disciplina de las Relaciones Internacionales. Lo que quizás sirva de explicación al hecho de que apenas se pueden contabilizar citas de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia —y de la doctrina que se ha dedicado a su análisis— a lo largo de sus 433 pp. A pesar de que la labor del principal órgano jurisdiccional de la UE ha tenido y sigue teniendo su relevancia en el ámbito de la acción exterior de esta organización internacional europea. En particular, la omisión casi completa de referencias a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre todo se hace muy patente en los capítulos de la Primera Parte dedicados a los aspectos jurídicos e institucionales de la acción exterior de la UE, en concreto en los citados capítulos II, III, IV y VI.

Por lo que se refiere a su factura formal, la obra presenta una edición muy cuidada, como suele ser habitual en las publicaciones de la Editorial Tecnos, una Editorial de prestigio muy consolidada en el ámbito de las ciencias sociales y jurídicas. Si bien, se echa en falta que en un libro colectivo de estas características (XIX capítulos, con un total de 433 pp.), no se incluya tanto un listado de las abreviaturas más utilizadas, como los índices finales que suelen ser más comunes (Bibliografía, acuerdos internacionales...), por lo menos el de materias, que podrían ser de cierta utilidad para cualquier lector.

Cabe destacar a este último respecto, que en todos los capítulos se incluye un último apartado titulado «Bibliografía de referencia», en el que se recogen las cinco contribuciones que el autor considera de

mayor relevancia sobre el tema que versa el capítulo en cuestión. Aunque también se debe señalar que en algunas de las «bibliografías de referencia» que se proponen (capítulos escritos por Pol Morillas, Débora Miralles Solé, Raül Hernández i Sagrera, Laia Mestres, Elisabeth Johansson-Nogués, Michal Naturski y Eduard Soler i Lecha, Federico Guerrero, Benjamin Kienzle y Martijn C. Vlaskamp) se opta por la cita en exclusiva de doctrina publicada en inglés, en detrimento de la doctrina escrita no sólo en español sino también en otras lenguas románicas de amplia difusión (francés...). Si ya suele ser muy excepcional que la doctrina internacionalista escrita en inglés incluya referencias bibliográficas en otras lenguas, incluido el español, en opinión del autor de esta recensión resulta del todo contraproducente que la doctrina escrita en español demuestre también una clara tendencia a relegar al olvido a la doctrina que no publica en inglés a la hora de proponer una «bibliografía de referencia».

No obstante esta última consideración, que sin duda puede ser objeto de debate académico, en conjunto como ya se ha dicho con esta obra se ofrece información y análisis actualizados sobre buena parte de las múltiples facetas que presenta la acción exterior de la UE, desde una perspectiva en cierta medida interdisciplinar. No se puede negar, por tanto, el encomiable esfuerzo llevado por sus autores con la publicación de este libro colectivo, bajo la dirección de la Prof.^a Esther Barbé. En definitiva, esta obra supone una nueva aportación de la doctrina publicada en lengua española al debate sobre los avances y limitaciones que presenta a fecha de hoy la actuación de la UE en su obrar internacional, y constituye un libro de referencia para todos aquellos que estén interesados en esta temática.

Jaume FERRER LLORET

Universidad de Alicante

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.1.2015.5.01>

ESTRADA ADÁN, G. E. y FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C. (coords.), *Manual de Derecho internacional de los derechos humanos*, 1.^a ed., México, Porrúa, 2014, 455 pp. y FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C. (dir.), *Nuevos desarrollos en el Derecho internacional de los derechos humanos: los derechos de las víctimas*, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, 287 pp.

1. El Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid (URJM), Carlos Fernández de Casadevante, muy recientemente ha co-coordinado en un caso y dirigido en otro, la edición de dos volúmenes colectivos en materia de Derecho internacional de los derechos humanos. Para quienes siguen las obras de juristas internacionalistas españoles en ese ámbito, en verdad destacables por su número y calidad dentro del panorama de la doctrina jusinternacionalista mundial, el perfil del autor y su obra son bien conocidos. Personalmente me congratulo de las aportaciones de este autor que sobrepasan ya ampliamente la intención pedagógica

(personalmente doy a esa dimensión una gran importancia), para entrar en el campo de la especialización y análisis consiguiente de los progresos en temas o ámbitos específicos determinados.

2. El «Manual» de «Derecho internacional de los derechos humanos» es el fruto de una colaboración académica y editorial entre profesores de la UNAM y de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid y, como sus coordinadores señalan, tiene el propósito de ofrecer a los estudiantes iberoamericanos una herramienta que contenga la *información sustancial* del Derecho internacional de los derechos humanos. En 18 lecciones se presentan

así, de modo sucinto, completo y cabal, el marco general de la protección jurídica internacional de los derechos humanos y su protección organizada a través de diferentes subsistemas de base convencional, junto a temas relativos a la protección de los derechos de personas y grupos vulnerables y a la protección frente a determinadas violaciones o crímenes internacionales específicos. Siete de los temas han sido escritos por los dos coordinadores y el resto (a veces en doble autoría) por hasta doce profesores, provenientes fundamentalmente de la UNAM, la URJM y la Universidad Complutense de Madrid.

3. Como todo Manual éste es y será siempre susceptible de perfeccionamientos a medida que su eficacia vaya siendo probada en la práctica docente y en su aportación a la adecuada formación de los estudiantes. Así, pienso que la protección de los derechos de la mujer merece un capítulo especial, separado de la protección de los derechos humanos de las personas LGTB. Por otro lado, como presidente que he sido del Comité contra la tortura de Naciones Unidas y miembro suyo durante doce años puedo recomendar con fundamento la inclusión de mayores referencias a la jurisprudencia del Comité, relevante en temas cruciales como, por ejemplo, el de la licitud de las medidas adoptadas por los Estados contra todas las formas de terrorismo.

Muchos años antes de que el Comité de Inteligencia del Senado de Estados Unidos informara públicamente de la comisión de torturas en lugares de privación de libertad bajo el control de la CIA (2014), el Comité contra la tortura ya había exigido *inter alia* en sus Recomendaciones Finales de 2005 a Estados Unidos (tras analizar su segundo Informe) el cierre inmediato de la prisión de Guantánamo. El Manual podrá seguramente en ediciones posteriores enriquecerse con la cita de casos y supuestos de la práctica, muy cuidadosamente seleccionada debido a su prolijidad y relevancia, como

por lo demás ya se hace en diversos de los trabajos que integran la publicación.

4. Por lo que refiere al segundo de los volúmenes aquí reseñados cabe decir que la protección jurídica internacional de los derechos de las víctimas de delitos y en especial de violaciones de normas internacionales e internas protectoras de los derechos humanos se ha constituido en verdad en un ámbito específico que cabe calificar, como pertinentemente destaca el título del libro, de «nuevo desarrollo» del Derecho internacional de los derechos humanos. Como destaca el Dr. Fernández de Casadevante en el prólogo, el concepto de «víctima» aquí relevante es transversal a todos los sectores del Derecho internacional que protegen derechos humanos y ya sean las conductas lesivas atribuibles a uno o más Estados, a actores no estatales o incluso a individuos; es además relevante con relación a las víctimas de delitos punibles según los ordenamientos estatales.

De ahí que, sobre la base de la práctica, quepa identificar regímenes relativos a categorías concretas de víctimas. De ahí también que estemos ante un campo normativo de muy importante repercusión lógicamente en los Derechos internos, que deben tener en cuenta y aplicar los principios y normas que en este ámbito les vinculan. Los autores hacen un esfuerzo para elaborar una teoría de los «derechos de las víctimas» que los Estados deben proteger articulando ese campo jurídico sobre la base de principios que por lo que se refiere al ámbito universal arrancan de la Resolución 40/34 de la Asamblea General de 29 de noviembre de 1985 en la que se contiene la «Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y abusos de poder».

5. Este ámbito jurídico, como se destaca en diferentes contribuciones al volumen hechas por profesores de varias Universidades españolas (Rubén Carnerero, Anna Gemma López, Virginia Mayordo-

mo, Julia Ruiloba Alvariño y Marina Sanz-Díez de Ulzurrun) había quedado cubierto tradicionalmente (por lo que se refiere al Derecho internacional) por el régimen relativo a las conductas que un Estado declarado internacionalmente responsable de la violación de derechos humanos, debía realizar para reparar los daños causados a las víctimas.

6. La obligación internacional de reparar los daños causados por violaciones de derechos humanos ha sido en verdad dotada crecientemente por los órganos internacionales controladores o enjuiciadores del respeto a las normas del Derecho internacional, de contenidos más y más precisos (véase, por ejemplo, la Observación general núm. 3 del Comité contra la tortura de Naciones Unidas adoptada en 2012).

7. Por lo demás, quedan aquí por explorar y determinar más en profundidad, en la medida en que la práctica lo va permitiendo, los principios y reglas y en

general los regímenes aplicables a las demandas de responsabilidad civil debida a las víctimas de un hecho internacionalmente ilícito o, en su caso, un delito; particularmente las víctimas de los delitos de relevancia internacional, tipificados por medio del Derecho internacional. No lejos se encuentra entonces una referencia al régimen del ejercicio extraterritorial de la jurisdicción interna, civil que permita la exigencia «universal» de reparación incluso a Estados extranjeros, en principio inmunes, por las violaciones más graves del Derecho internacional (genocidio, crímenes de guerra y crímenes contra la Humanidad).

Las referencias al Derecho español en la materia y el capítulo dedicado específicamente a la protección de las víctimas del terrorismo redondean esta destacable y bienvenida publicación.

Fernando M. MARIÑO

Universidad Carlos III de Madrid

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.1.2015.5.02>

GANDÍA SELLENS, M. A., *El arbitraje frente a los litigios internacionales en materia de propiedad intelectual: la arbitrabilidad y la adopción de medidas cautelares*, Cizur Menor, Aranzadi, 2014, 231 pp.

1. La monografía que aquí se analiza, constituye la trigésimo segunda de la serie de monografías asociadas a la *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, estando prologada por el Prof. Dr. Guillermo Palao Moreno, Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad de Valencia. Esta obra monográfica tiene como objeto el estudio, análisis y valoración de la utilización del arbitraje como método de solución de las controversias internacionales en materia de propiedad intelectual (aunque ciertamente una vez visto su contenido, su título pudiera llevarnos un poco a equívoco, pues no sólo se refiere a los litigios relativos a los derechos de autor, sino que engloba igualmente también los atinentes a la propiedad industrial).

2. Aunque en la obra reseñada se realiza una primera y breve aproximación global a la materia citada, sin embargo, la autora se centra, en profundidad, en estudiar y analizar dos de los aspectos más específicos y de gran importancia en relación con los litigios planteados en este ámbito: por una parte, la controvertida cuestión de la arbitrabilidad de las pretensiones derivadas de los derechos de propiedad intelectual en el ámbito internacional y, por otra parte, la necesaria tutela cautelar en los procedimientos arbitrales internacionales sobre derechos de propiedad intelectual.

3. La elección de centrar el estudio en los dos citados temas no es una cuestión baladí, tal y como nos señala acerta-

damente la autora. En efecto, en primer lugar, un problema de gran envergadura que se plantea en la relación arbitraje internacional con las controversias en materia de propiedad intelectual, es el relativo a la susceptibilidad para someter a dicho método de solución de controversias este tipo de disputas que cuentan con una serie de características específicas; a ello se añade, en segundo lugar, además, la especial configuración de la tutela cautelar en un proceso arbitral internacional, más aún teniendo en cuenta la especial relevancia e importancia que la misma cuenta en los litigios internacionales relativos a los derechos de propiedad intelectual e industrial.

4. La estructura de la obra se divide en tres capítulos, contando además con una introducción y las conclusiones. Así, de este modo el lector encuentra, en primer lugar, como resulta casi habitual, una necesaria presentación de la obra, en donde se acota el objeto de análisis, poniendo de manifiesto la importancia y la actualidad de la materia objeto de estudio, así como estableciendo la metodología que se va a seguir en el resto de la monografía.

5. Seguidamente, el capítulo primero se dedica a presentar al lector ciertas cuestiones generales de la materia objeto de estudio. Aunque en esta parte de la obra se abordan conceptos básicos para un especialista, sin embargo, la autora acota con mesura su discurso en este punto, centrándose en ayudar al lector no especializado a comprender la problemática que va a ser tratada más adelante. De este primer capítulo resulta de especial interés el apartado dedicado a las ventajas e inconvenientes que el arbitraje internacional presenta como método de resolución de controversias en materia de propiedad intelectual.

6. El capítulo segundo de la obra reviste un especial interés. Su importancia radica en el análisis profundo y pormenorizado que se realiza de una de las cuestiones objeto de estudio. En

efecto, este segundo capítulo se centra en el estudio de la arbitrabilidad de las pretensiones derivadas de derechos de propiedad intelectual en los litigios internacionales. Con dicho objetivo, y tras dedicar un primer epígrafe a la definición y clases de arbitrabilidad, la obra considera la importante cuestión de la arbitrabilidad objetiva de la propiedad intelectual desde el prisma del régimen jurídico español. Tras ello y, una vez analizada la normativa española conjuntamente con una breve valoración comparada de otros Ordenamientos jurídicos nacionales, se aborda la problemática relación de la arbitrabilidad con el orden público, teniendo siempre presente las especiales características que la propiedad intelectual presenta. De este modo, en este apartado se analizan y valoran los argumentos a favor y en contra de la arbitrabilidad de esta materia, los cuales traen causa de las diferentes concepciones existentes sobre el orden público. Posteriormente, se incluye un apartado relativo a los distintos momentos procesales en los que se puede plantear la cuestión de la arbitrabilidad. En este sentido hay que señalar que, pese a que se trate de una cuestión puramente procesal, sin que se planteen particularidades *ratione materiae*, el análisis de esta cuestión se justifica tanto en aras de presentar un estudio lo más completo posible como por tener una decisiva incidencia sobre el siguiente aspecto clave analizado en la obra. En efecto, para terminar dicho capítulo segundo, la autora efectúa un análisis de la ley aplicable para determinar la arbitrabilidad de la controversia. Éste es un extremo clave, debido al gran impacto de fondo que provoca esta cuestión. Así, y como se señala en la propia obra, la concreción de dicha ley variará en función del momento en que se plantee la cuestión de la arbitrabilidad, de tal manera que el epígrafe anterior adquiere toda su razón de ser.

7. El tercer y último capítulo de la obra se dirige específicamente al trata-

miento de la tutela cautelar, en relación con arbitrajes internacionales sobre pretensiones derivadas de derechos de propiedad intelectual. En este concreto sector de los métodos de resolución de controversias, la adopción de las medidas cautelares presenta una especial relevancia e importancia para la salvaguarda de los derechos de que se trata, debido, sobre todo, a la rápida evolución de los avances informáticos y tecnológicos. De tal forma que, en este capítulo, tras examinarse el concepto y las clases de las medidas cautelares útiles para la resolución del tipo de litigios que la monografía aborda, se pasa a analizar el poder de los árbitros para su adopción. Asimismo, se analiza la intervención judicial al respecto. Por último, se aborda el estudio en profundidad de dos tipos de medidas cautelares, a saber: las medidas *ex parte* y las medidas *ante causam*. Con ello, la autora quiere poner de manifiesto que, a pesar de que dicho tipo de medidas actualmente no tienen más que una escasa y todavía incipiente utilización en el arbitraje internacional, la promoción y facilitación de las mismas supondría una gran mejora cualitativa en la resolución de los litigios relativos a la propiedad intelectual.

8. Finalmente, la obra se cierra con cinco valientes conclusiones, que se manifiestan en favor tanto de la arbitrabilidad prácticamente absoluta de los derechos de propiedad intelectual como de la necesidad de otorgar a los árbitros las facultades suficientes para que sean verdaderamente independientes respecto a los jueces estatales en relación con la adopción de medidas cautelares. Se trata de conclusiones que, a primera vista, pudieren parecer arriesgadas pero que, sin embargo, vienen acompañadas de argumentos bien fundados y que invitan al lector a una pausada reflexión.

9. Junto a todo lo anteriormente expuesto y ya desde una perspectiva metodológica, este estudio monográfico no sólo contempla la vertiente teórica del arbitraje —recogiendo opiniones de la más especializada doctrina internacional—, sino que, además, se hace eco de la práctica arbitral en la materia —al incluir y valorar jurisprudencia arbitral procedente de distintos sistemas jurídicos y, lo que es más relevante, al estudiar alrededor de un centenar de laudos arbitrales inéditos en materia de propiedad intelectual—. En este sentido, es especialmente destacable cómo se ha recogido la práctica de una de las instituciones arbitrales por excelencia —como es la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París—, lo que dota a la obra de un plus adicional que es difícil de observar en otros estudios académicos sobre estas cuestiones. La utilización y valoración de todos estos materiales nos muestra cómo el arbitraje ha llegado para quedarse de manera definitiva como un método esencial y preferente para la solución de las controversias internacionales en este ámbito.

10. En definitiva, pese a la juventud de su autora, la obra sorprende por el rigor científico con que se aborda la temática analizada. Y ello, no sólo porque la aproximación a la materia está a la altura de la calidad que se espera en trabajos académicos de carácter monográfico y especializado, sino por la forma de exposición especialmente clara y directa de las ideas que se pretenden transmitir. Se trata, por tanto, de una obra cuya lectura es muy aconsejable para todos aquellos interesados en la litigación internacional de los derechos de propiedad intelectual.

Enrique FERNÁNDEZ MASÍA

Universidad de Castilla-La Mancha

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.1.2015.5.03>

MANGAS MARTÍN, A., *Humanización, Democracia y Estado de derecho en el Ordenamiento internacional*, Madrid, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 2014, 214 pp. (disponible también en versión electrónica: <http://www.racmyp.es/docs/discursos/D88.pdf>)

1. El 8 de abril de 2014, la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas recibía solemnemente como académica de número a Araceli Mangas Martín, Catedrática de Derecho internacional público y Relaciones internacionales de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense y antes de la Universidad de Salamanca. Sucede la Prof.^a Mangas en la Medalla núm. 9 a otros dos maestros del Derecho internacional público, los Profs. Truyol Serra, que la portó entre 1972 y 2003, y Carrillo Salcedo, entre 2005 y enero de 2013. *Humanización, Democracia y Estado de derecho en el Ordenamiento internacional* es, precisamente, el discurso de recepción de la nueva académica, al que contestó el académico y Catedrático de Derecho administrativo, Santiago Muñoz Machado.

2. Marc Fumaroli, historiador y especialista en retórica, asimila los discursos académicos de recepción o ingreso y de contestación a una especie de espejo veneciano en el que, con gran ceremonial, se invita al nuevo académico a que se mire, después de que haya agradecido a sus pares la cooptación y hecho el elogio de sus predecesores. Y sentencia: en la imagen que de él (o de ella) propone uno de sus colegas, el nuevo académico se ve por última vez como un simple mortal, precisamente en el momento en que entra en la inmortalidad.

Vale acaso esta acepción del discurso de ingreso para la academia francesa, cuyos miembros, es sabido, son «inmortales» (y Fumaroli lo es); vale quizás para otras academias y para los discursos de otros académicos, pero no para Araceli Mangas, que optó en el suyo por romper el espejo y comenzar su discurso confiando, con Miguel de Unamuno, en «que no me ciegue la ceguera del honor», e inter-

pretando la dignidad recibida como una distinción al colectivo de internacionalistas españoles.

3. Al tomar posesión como académico en 1972, el discurso de Antonio Truyol y Serra versó sobre «La integración europea: idea y realidad» (accesible en <http://www.racmyp.es/docs/discursos/D69.pdf>) y se convirtió en una muestra más de su obra seminal en la doctrina iusinternacionalista española en la materia. Por su parte, en 2005, Juan Antonio Carrillo Salcedo dedicó su discurso de recepción —bajo el título de «Permanencia y cambios en Derecho internacional»— a analizar la evolución de la disciplina y de la realidad que intenta ordenar entre 1815 y 1914, el proceso de reforma y modernización que experimentó entre 1919 y 1939 con la Sociedad de Naciones y la Organización Internacional del Trabajo, el cambio que supuso el orden internacional instaurado en 1945 y en la inmediata posguerra con la Carta de las Naciones Unidas y, finalmente, los cambios que había experimentado desde entonces en su naturaleza y funciones. Aunque la calificación no se ajusta enteramente a la densidad de aquella exposición (accesible en <http://www.racmyp.es/docs/discursos/D11.pdf>), diríamos que el discurso del Prof. Carrillo Salcedo, una disección magistral y rigurosa del pasado, pertenecía a lo que un estudioso de la retórica clásica llamaría discurso judicial.

4. De entre las dos opciones que se le presentaban, y sin que en esta ocasión quepa sostener que elegir es renunciar a algo, la nueva académica prefirió seguir la senda de Carrillo Salcedo y abordar el Estado del Derecho internacional público en la actualidad. Su discurso, sin embargo, más que al género judicial, pertenece al deliberativo, pues aunque no

rehúye el análisis del pasado ni del presente, como haría un discurso epidíctico, afronta decididamente el tiempo futuro y se pronuncia de modo comprometido, apasionado incluso, por un Derecho internacional institucionalizado en torno fundamentalmente a Naciones Unidas —y a la Unión Europea— que busque y garantice la justicia, la limitación del poderoso —la cita introductoria del discurso es *Inde datae leges, ne firmior omnia posset* (Para esto se hicieron las leyes, para que el poderoso no lo pueda todo), de Publio Ovidio Nason— y la defensa de unos determinados valores universales emergentes: la humanización, es decir, «la construcción de un Derecho internacional común de la Humanidad», la democracia y el Estado de Derecho, valores que son para Mangas Martín «el caldo de cultivo en el que es posible realizar los derechos humanos y, al fin, la paz» y que están «al servicio de valores meta en el Derecho internacional contemporáneo: paz, igualdad y desarrollo».

5. La defensa de estos valores es hoy posible porque hemos asistido a una transformación en la comunidad internacional; nos lo recuerda la Prof.^a Mangas cuando contempla el Derecho internacional de nuestros días, tan distinto, nos advierte, de «el mundo de ayer»: «Frente al eterno ayer anterior a la Segunda Guerra Mundial, vivimos desde entonces —y en una acusada aceleración histórica y tecnológica a partir de la caída del muro de Berlín—, una continua transformación de la comunidad internacional, de su ordenamiento y de la condiciones de su aplicación [...]. En efecto, el Derecho internacional hace décadas que no se limita a distribuir competencias (territoriales y personales) y a regular la mera coexistencia entre Estados. El Derecho internacional de nuestros días hace tiempo que ha llevado cada vez más lejos la progresiva institucionalización de sus funciones y su ampliación a nuevos ámbitos, lo que de por sí es un cambio transcendental en relación a siglos anteriores. Además, sus

nuevos objetivos giran en torno a valores que van más lejos del formal mantenimiento de la paz y seguridad colectiva y se adentran en la organización interna de los Estados y en las relaciones de éstos con la ciudadanía».

Esta transformación lleva a concluir a la académica Mangas que «el Derecho internacional de nuestros días es más un faro que guía y da esperanza a la Humanidad (el derecho deseable) que la fotografía de la realidad en toda su crudeza (el derecho vivido) [...]. El nuevo Derecho internacional, tanto el *soft law* o derecho declarativo o programático como el *hard law* consuetudinario y convencional que se está creando en las últimas décadas, regula utopías pendientes de materialización en las que se avanza a duras penas».

6. Y al estudio de esta tensión entre el deber-ser y el ser, entre el horizonte utópico y la práctica que día a día construye un Derecho al servicio de los valores universales que deben presidir la articulación de la sociedad internacional, a «recorrer esas zonas de colisión entre las consecuencias de los nuevos valores y las normas que los protegen (en materia de derechos humanos, democracia y Estado de Derecho en el plano internacional) con las clásicas normas internacionales que permanecen en vigor», dedica la Prof.^a Mangas el desarrollo central de su discurso.

El camino no ha sido fácil, y aunque ha propiciado «mutaciones de la Carta ocasionando la ampliación de las competencias coercitivas del Consejo de Seguridad», está lleno de «disfunciones, dificultades y, en ocasiones, hasta contradicciones y frustrantes vacíos en relación con normas clásicas del Derecho internacional», que Araceli Mangas expone con rigor y espíritu crítico, sin ahorrar al lector el juicio severo que le merece la práctica de algunos Estados o la del propio Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, y sin dejar de mostrar impaciencia

por el retraso que esas conductas producen en el advenimiento de los valores que comparte y defiende con ardor.

Y así, repasa la Prof.^a Mangas de modo exhaustivo supuestos recientes de graves violaciones de derechos humanos y las acciones del Consejo de Seguridad ante ellas, y se pregunta si un conflicto armado interno es motivo suficiente para la intervención armada del Consejo de Seguridad o si los derechos humanos no son en ocasiones una coartada para intervenciones ilegítimas; analiza el consentimiento del Estado a la asistencia humanitaria, los desajustes normativos en el proceso de formación de la obligación de proteger y las fortalezas y debilidades de la doctrina sobre esta responsabilidad de proteger, y estudia los desajustes estructurales que se dan en la relación entre la responsabilidad internacional por violaciones de derechos humanos y las inmunidades soberanas, ámbito en el que postula inequívocamente que «la soberanía no puede servir de pretexto para entorpecer la rendición de cuentas eficaz de los Estados por tales crímenes».

7. A continuación, defiende Araceli Mangas que la democracia, bien jurídico internacional, es un valor instrumental al servicio de la paz, su condición de posibilidad: «Donde hay democracia no hay conflicto armado interno en el seno de esa sociedad», «entre democracias no hay guerras: un Estado democrático no agrede a otro Estado democrático», y expone los factores que han propiciado su inserción en el ordenamiento internacional, entre otros la dilución del conflicto Este-Oeste, aunque también los que la amenazan: «Fenómenos sociales y políticos diversos tales como gobierno autoritario, gobierno ineficiente y sin control parlamentario efectivo, manipulación de orden constitucional y legal, corrupción, falta de sanción a las infracciones penales causadas por las autoridades o por los grupos organizados (la falta de rendición de cuentas), se utiliza la autoridad del Estado para proteger actividades deli-

tivas y hay estrechos vínculos entre las agrupaciones delictivas y las élites políticas, o la falta de autoridad frente al crimen organizado o el exceso de autoridad sobre la población indefensa...». Y concluye: «La democratización no es todavía a escala universal un criterio de estatalidad o condición de reconocimiento pues la democracia es un proceso que requiere convicción, tiempo y esfuerzo en su seno. Sin embargo, se puede constatar que es un valor meta para esos pueblos y que sirve al valor universal máspreciado, la paz interna e internacional. Muchos Estados están lejos de haber alcanzado ese ideal pero la tendencia es ya un progreso y siempre una esperanza frente a la frustrante decepción de aquellas democracias en las que, tras hacer transiciones difíciles, la corrupción y la partidocracia se aliaron en la deconstrucción del Estado de Derecho poniendo en peligro, junto al tribalismo nacionalista, la existencia misma del Estado».

8. Por último, se ocupa del principio del Estado de Derecho como otro valor esencial, pues «un Estado que se someta a las normas internas democráticas bajo control jurisdiccional y a las normas internacionales bajo los controles de las organizaciones internacionales y tribunales internacionales es un factor de paz considerable», aunque en la actualidad la exigencia de este principio como obligación internacional de cada Estado es un objetivo y una tendencia pero está todavía lejos de la obligación constitucional interna propia de los Estados democráticos. De otro lado, la práctica pone de relieve la presencia de factores de erosión del Estado de Derecho en el plano internacional e incluso en el interno, como sucede con algunas de las medidas tomadas en la lucha contra el terrorismo internacional; en este punto, la Prof.^a Mangas destaca cómo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea «puso algo de sensatez», pues «el Consejo de Seguridad se olvidó de algo bien simple: que la lucha contra el terrorismo requiere, más que en ninguna

otra circunstancia, el control judicial de los actos del poder. Todos, en especial los poderosos, bajo el imperio del Derecho».

9. En la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, el discurso de ingreso de la Prof.^a Mangas Martín fue toda una defensa de un determinado *ethos* en la comunidad internacional; toda una

lección moral. Con toda razón, en su discurso de contestación, Santiago Muñoz Machado destacó su carrera honesta y brillante, servicial y productiva. Es de justicia añadir su compromiso ético.

Paz Andrés SÁENZ DE SANTA MARÍA
Universidad de Oviedo

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.1.2015.5.04>

PÉREZ GONZÁLEZ, M. (dir.) y CONDE PÉREZ, E. (coord.), *Lucha contra el terrorismo, Derecho internacional humanitario y Derecho penal internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, 363 pp.

1. No resulta fácil hacer la recensión de un libro que incluye diez aportaciones de autores distintos, pero el prestigio y la autoridad académica de su director, la calidad y el rigor científico de los trabajos y el interés cada vez mayor de los temas tratados animan al autor de estas líneas a una sucinta presentación de conjunto y a una breve valoración de la obra.

2. En cuanto a los autores hay que decir que unos son acreditados académicos en la Universidad española, a saber, Eduardo Vilariño, Montserrat Abad, Elena Conde, Carmela Pérez y Ruth Abril, amigos e integrantes todos ellos del equipo científico del profesor que dirige la publicación. Otros colaboradores, no menos prestigiosos y valiosos en las disciplinas centrales del libro —Derecho internacional humanitario y Derecho penal internacional—, son Fernando Pignatelli, José Luis Rodríguez Villante, Pasquale de Sena, Marco Pedrazzi y Milena Costas.

3. El tema central del libro es el terrorismo, realidad pavorosa, de incierta definición, pero en todo caso susceptible de análisis desde varias disciplinas científicas, a saber, la ética, el Derecho, la ciencia política y otras. De todos modos, escrito el libro por enseñantes y profesionales del Derecho, prevalece en sus páginas el enfoque jurídico, aunque ello sin perjuicio del necesario enfoque interdisciplinar. Y los sectores específicos de la normativa internacional que se toman

en consideración son los relativos al uso de la fuerza —*ius ad bellum*—, al Derecho internacional humanitario —*ius in bello*—, al Derecho internacional de los derechos humanos y al Derecho internacional penal, ramas todas ellas presentes e interconectadas en el tema del terrorismo y en muchos otros temas de la arena internacional.

4. Es bien sabido por lo demás que, lamentablemente, las respuestas de los Estados a los actos terroristas no siempre se han conformado a las exigencias del Derecho internacional de los derechos humanos. Los ejemplos de graves violaciones de esa normativa están en la mente de todos y no parece necesario mencionarlos. Pero hay que insistir en la idea de que semejante actitud constituye no sólo una palmaria y reprochable vulneración de los derechos fundamentales, sino también un error de gran calibre, porque el terror no se combate con más terror, el terrorismo de Estado, y aunque las manifestaciones de éste sean de menor intensidad y gravedad. Terrorismo este último que no disuade a los terroristas de la comisión de nuevos atentados sino que, por el contrario, tomado como provocación, les anima a la perpetración de ulteriores crímenes.

5. Es de encomiar, en fin, la estrategia que se advierte en las diversas contribuciones al libro sobre la manera de combatir el terrorismo; estrategia inte-

grada que se compondría de los siguientes elementos: prevención, protección, respuesta judicial y penal —nacional o internacional— y cooperación internacional institucionalizada. Y todo ello, es importante señalarlo, en el marco del respeto al Derecho internacional de los dere-

chos humanos y al Derecho internacional humanitario. Excelente manera, en mi opinión, de ver y entender las cosas.

José Antonio PASTOR RIDRUEJO
Universidad Complutense

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.1.2015.5.05>

B) LIBROS RECIBIDOS

- BOU FRANCH, V. y CASTILLO DAUDÍ, M., *Derecho internacional de los derechos humanos y Derecho internacional humanitario*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, 623 pp.
- BOU FRANCH, V. (dir.), *Introducción al Derecho de la Unión Europea*, Cizur Menor, Thomson Reuters, Civitas, 2014, 477 pp.
- GUTIÉRREZ ESPADA, C. y CERVELL HORTAL, M. J., *Nacimiento, auge y decadencia de la responsabilidad de proteger*, Granada, Comares, 2014, 201 pp.
- ORIHUELA CALATAYUD, E., *Las víctimas y la Corte Penal Internacional*, Cizur Menor, Thomson Reuters, Aranzadi, 2014, 275 pp.
- PASTOR RIDRUEJO, J. A. y ACOSTA ALVARADO, P. A., *Los sistemas internacionales de protección de derechos humanos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, 125 pp.

INSTRUCCIONES GENERALES

1. La publicación de trabajos y contribuciones en la *Revista* está abierta a todos los especialistas nacionales y extranjeros, con preferencia, en este caso, de los integrantes de la Comunidad Iberoamericana y de la Unión Europea. Los únicos criterios de contenido determinantes para la publicación en las diferentes secciones de la *Revista* de los trabajos que se reciban o se soliciten son el interés y el adecuado desarrollo y calidad científica de los mismos, para lo que existe un proceso anónimo de evaluación científica por pares.

Los Estudios y Notas deberán ser inéditos, sin publicarse trabajos ya publicados en otras revistas o en libros o en actas de congresos. La publicación de trabajos ya publicados en la REDI en cualquier otra revista española o extranjera o en algún libro colectivo o en repositorios, estará sometida a las siguientes condiciones:

1. La autorización de publicación corresponderá al autor.
2. El texto deberá ser el que el autor entregó a la REDI y no el texto en PDF efectivamente publicado en la REDI.
3. Siempre habrán de señalarse los datos siguientes: Autor, número, año y páginas de publicación en la REDI.

Existe una Hoja de Estilo que se puede obtener en la página web de la Asociación, en la que se incluyen más detalles y ejemplos.

2. Estudios y Notas. Los trabajos destinados a la sección *Estudios* se enviarán en lengua castellana y no deberán exceder de 100.000 caracteres, incluidos espacios y notas al pie. La presentación se hará a espacio y medio en papel formato DIN A4 (tipo de letra Times New Roman, tamaño 12 para el texto principal y 10 para las notas al pie) e irán acompañados de un resumen en español, francés e inglés, cuya extensión no deberá superar los 1.500 caracteres, espacios incluidos, así como una relación de palabras clave en español, francés e inglés, hasta un máximo de ocho, y el título también en los tres idiomas. Las referencias bibliográficas incluirán apellido del autor, seguido de la sigla en mayúscula de su nombre, todo ello seguido del título del artículo o capítulo del libro entre comillas, seguido del título de la revista o de los datos de identificación del libro. En el caso de cita de un libro se incluirá su título y los datos relativos a la edición.

Los artículos dirigidos a la sección de *Notas* no sobrepasarán los 50.000 caracteres, ajustados a las mismas características formales que los *Estudios*. La diferencia entre un estudio y una nota no radica en la profundidad del

trabajo realizado, sino en el objeto del mismo, referidas las segundas a cuestiones puntuales o de actualidad.

Los interesados podrán remitir sus aportaciones por correo electrónico al Secretario de la Revista (antonio.pastor@urjc.es) o a la Directora de la Revista (alegriaborras@ub.edu). 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. 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 éstos limitados a la corrección de errores o datos puntuales con respecto a la versión aceptada.

3. Secciones de Jurisprudencia, Práctica, Información y documentación y Bibliografía. Por lo que se refiere a las secciones de *Jurisprudencia*, *Práctica*, *Información y documentación* y *Bibliografía*, con carácter general cada coordinador ejercerá un papel de organización e impulso dentro de su sección. No obstante, ello no excluye posibles iniciativas de personas interesadas en participar, las cuales deberán ponerse en contacto con el coordinador correspondiente. Las colaboraciones para las secciones fijas serán enviadas directamente a sus coordinadores.

La sección de *Jurisprudencia* tiene como coordinador al Profesor José Manuel Sobrino (j.sobrino@udc.es) para Derecho internacional público y al Profesor Santiago Álvarez para Derecho internacional privado (santiago.alvarez@usc.es).

La sección de *Práctica* está coordinada por el Profesor Francisco Aldecoa (faldecoa@cps.ucm.es).

La sección de *Información y documentación* está coordinada por los Profesores Joaquim J. Forner Delaygua para Derecho internacional privado (jforner@ub.edu) y Luis Hinojosa para Derecho internacional público (hinojosa@ugr.es). Las aportaciones para esta sección tendrán un máximo de 15.000 caracteres y la presentación se hará a espacio y medio en papel formato DIN A4 (tipo de letra Times New Roman, tamaño 12), sin dividir en rúbricas, únicamente llevarán las notas que sean imprescindibles entre paréntesis en el texto y sólo excepcionalmente incluirán aquellos documentos que sean de difícil acceso.

Los coordinadores de la sección de *Bibliografía* son los Profesores Carlos Espósito para Derecho internacional público (carlos.esposito@uam.es), Elena Zabalo para Derecho internacional privado (ezabalo@unizar.es) e Irene Rodríguez para Relaciones internacionales (irene.rodriguez@usc.es). En principio, sólo se publicarán las recensiones, reseñas o comentarios encargados por el coordinador respectivo. Las colaboraciones para esta sección tendrán un máximo de 7.000 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 recensiones 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, al Secretario o a la Directora, con indicación de que van destinados a esta sección) se incluirán en todo caso en una lista de libros recibidos.

4. Para garantizar la adecuada periodicidad 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 enero y del 15 de julio de cada año, respectivamente.

5. Cualquier incumplimiento de las presentes normas constituirá motivo para el rechazo del original remitido.

6. **Información.** Cualquier otra información puede obtenerse en la dirección en Internet: <http://www.aepdiri.org/publicaciones/redi-informacion.php> o dirigiéndose al Secretario Antonio Pastor (Departamento de Derecho Internacional Público, Facultad de Derecho, Universidad Rey Juan Carlos, Paseo de los Artilleros, s/n, 28032 Madrid, antonio.pastor@urjc.es) o a la Directora de la *Revista*, Alegría Borrás (Departamento de Derecho y Economía Internacional, Facultad de Derecho, Universidad de Barcelona, Diagonal, 684, 08034 Barcelona, España, correo electrónico alegriaborras@ub.edu).



GENERAL INSTRUCTIONS

1. The publication of works and contributions in the *Revista* is open to all national and foreign specialists, with preference in the latter case for members of the Latin American Community and of the European Union. The only determinant content criteria for publication in the different sections of the *Revista* of works received or commissioned are their interest, appropriate development and scientific quality, for which there is an anonymous scientific peer review.

The Studies and Notes must be unpublished, as works already published in other journals, books or congress proceedings are not accepted. Permissions with regard to the republication of articles published in the REDI in other journals, books and repositories:

1. Permission must be given by the author of the article.
2. The copy of the article submitted to the REDI must be used, not the PDF version already published in the REDI.
3. Appropriate credit should be given to the REDI, namely, stating the author, volume, year and pages, as posted in the REDI.

A Style Sheet is available from the Association website, where more details and examples are offered.

2. Studies and Notes. The works for the *Estudios* section will be sent in Spanish and must be no longer than 100,000 characters, spaces and footnotes included. The article will be formatted with one and half line spacing in A4 format (Times New Roman font, 12 for the main text and 10 for footnotes) and will be accompanied by an abstract in Spanish, French and English, which will be no longer than 1,500 characters with spaces, in addition to a list of up to eight (8) keywords in Spanish, French and English and the title translated in the two languages. Bibliographic references will include the name of the author, followed by the abbreviation of his forename, then followed by the article's or book chapter's title between inverted commas, followed by the journal's title or the book's reference, which will include the book's title and the edition references.

Articles for the *Notas* section must not exceed 50,000 characters, following the same formal characteristics as the studies. The difference between a study and a note does not lie in the depth of the work undertaken, but in the latter's objective of dealing with occasional or current issues.

Those interested can send their contributions by email to the Secretary (antonio.pastor@urjc.es) or to the Director of the *Revista* (alegriaborras@ub.edu). Receipt of all originals will be acknowledged within thirty days.

The Editorial Board will decide on the publication of the works based on two evaluation reports issued by two specialists outside the editorial organisation of the journal applying the double blind method. Creativity, rigor, methodology, proposals and contributions of the works will be taken into account. The internal process of evaluation will guarantee anonymity. Publication may be subject to the introduction of changes to the original version. If necessary, the author may also be asked to make changes in the formal aspects of the article to meet the criteria of the style sheet. The decision on publication, publication after revision or non-publication will be justified and advised within six months. The authors of works accepted for publication may be required for the correction of galley proofs, which must be returned within a period of one week. The introduction of substantial changes to galley proofs is not permitted; these must be limited to the correction of errors or the introduction of specific information with respect to the accepted version.

3. Jurisprudence, Practice, Information and Documentation, and Bibliography Sections. As to the *Jurisprudencia*, *Práctica*, *Información y Documentación* and *Bibliografía* sections, generally each coordinator will be responsible for organisation and development within their section. However, this does not exclude possible initiatives by persons interested in participating, who must contact the relevant coordinator. Contributions to the regular sections will be sent directly to their coordinators.

The coordinators of the *Jurisprudencia* section are Professor José Manuel Sobrino (j.sobrino@udc.es) for Public International Law and Professor Santiago Álvarez for Private International Law (santiago.alvarez@usc.es).

The *Práctica* section is coordinated by Professor Francisco Aldecoa (faldecoa@cps.ucm.es).

The *Información y Documentación* section is coordinated by Professor Joaquim J. Forner Delagüa for Private International Law (jjforner@ub.edu) and Professor Luis Hinojosa for Public International Law (hinojosa@ugr.es). The contributions to this section will have a maximum of 15,000 characters in A4 format (Times New Roman font, 12), without being divided into sub-headings. They will only have absolutely essential notes in brackets in the text and only in exceptional cases will they include documents which are difficult to access.

The coordinators of the *Bibliografía* section are Professor Carlos Espósito for Public International Law (carlos.esposito@uam.es), Professor Elena Zabalo for Private International Law (ezabalo@unizar.es) and Professor Irene Rodríguez for International Relations (irene.rodriguez@usc.es). In principle, only reviews, summaries or commentaries requested by the respective coordinator will be published. The contributions to this section will have a maximum of 7,000 characters with one and half line spacing in A4 format (Times New Roman font, 12) with notes in brackets in the text. However, in exceptional cases non-commissioned reviews or summaries may be accepted, and should be sent to the respective coordinator for a decision. For this section,

books sent to *REDI* (to the coordinators, to the Secretary or to the Director, with indication of destination to this Section) will in any case be included in a list of books received.

4. To guarantee the due periodicity of the *Revista*, the contributions of all the sections have to be in the hands of the Director or of the Secretary before 15 January and 15 July every year, respectively.

5. Any failure to comply with these instructions will constitute a motive for rejection of the original received.

6. Information. Any other information is available from: www.aepdiri.org/publicaciones/redi-informacion.php or from the Secretary, Antonio Pastor (Departamento de Derecho Internacional Público, Facultad de Derecho, Universidad Rey Juan Carlos, Paseo de los Artilleros, s/n, 28032 Madrid, antonio.pastor@urjc.es) or from the Director of the *Revista*, Alegría Borrás (Departamento de Derecho y Economía Internacional, Facultad de Derecho, Universidad de Barcelona, Avenida Diagonal, 684, 08034 Barcelona, Spain, alegria-borras@ub.edu).



INSTRUCTIONS GÉNÉRALES

1. La publication de travaux et de contributions dans la *Revista* est ouverte à tous les spécialistes nationaux et étrangers, avec une préférence, dans ce dernier cas, pour les ressortissants des pays de la Communauté ibéro-américaine et de l'Union européenne. Les seuls critères de contenu déterminants pour la publication dans les différentes sections de la *Revista* des travaux qui sont reçus ou sont demandés sont l'intérêt et le développement adéquat, et la qualité scientifique, pour lesquels il existe un processus anonyme d'évaluation scientifique par les pairs.

Les études et notes devront être inédites, sans que les travaux aient déjà été publiés dans d'autres revues ou dans des ouvrages ou encore dans des actes de congrès. Conditions d'autorisation de la reproduction des contributions publiées dans la REDI pour un usage dans d'autres publications, revues, livres et repositories:

1. L'auteur de l'article doit autoriser la reproduction de son œuvre.
2. L'article soumis à d'autres publications ne peut être soumis que sous la forme envoyée à la REDI. La soumission de l'article publié dans la REDI en PDF est exclue.
3. L'article reproduit doit être accompagné du nom de l'auteur, de l'année de la REDI, numéro et des pages concernées.

Il existe une feuille de style qui peut être obtenue à la page web de l'association, dans laquelle sont inclus davantage de détails et d'exemples.

2. Études et Notes. Les travaux destinés à la section *Estudios* seront envoyés en langue espagnole et ne devront pas excéder 100.000 caractères, y compris les espaces et les notes à pied de page. La présentation sera faite à 1,5 espace sur papier au format DIN A4 (police de caractères *Times New Roman*, corps 12 pour le texte principal et 10 pour les notes à pied de page) et ils seront accompagnés d'un résumé en espagnol, en français et en anglais, dont l'extension ne devra pas dépasser 1.500 caractères, espaces inclus ainsi que d'une liste de mots-clés en espagnol, français et anglais, jusqu'à un maximum de huit mots, et le titre aussi dans les trois langues. Les références bibliographiques comprendront le nom de l'auteur, suivi du titre de l'article ou du chapitre de l'ouvrage entre guillemets, suivi lui-même du titre de la revue ou des données d'identification du livre. Dans le cas d'une citation d'un ouvrage, on inclura son titre ainsi que les renseignements relatifs à l'édition.

Les articles destinés à la section de *Notas* ne dépasseront pas 50.000 caractères, ajustés aux mêmes caractéristiques formelles que les études. La diffé-

rencé entre une étude et une note ne réside pas dans la profondeur du travail réalisé sinon dans l'objet de celui-ci, la seconde faisant référence à des questions ponctuelles ou d'actualité.

Les personnes intéressées pourront remettre leurs contributions par courrier électronique au Secrétaire de la *Revista* (antonio.pastor@urjc.es) ou bien à sa directrice (alegriaborras@ub.edu). Il est accusé réception de tous les originaux dans un délai de trente jours à dater de leur réception.

La direction décidera de la publication des travaux sur la base de deux rapports d'évaluation émis par deux spécialistes étrangers à l'organisation éditoriale de la *Revista* en appliquant la méthode du double aveugle. On valorisera la créativité, la rigueur, la méthodologie, les propositions ainsi que les apports des travaux. Le processus interne d'évaluation garantira l'anonymat. La publication pourra être conditionnée à l'introduction de modifications par rapport à la version originale. De la même manière, il sera demandé à l'auteur, le cas échéant, de réaliser les modifications formelles nécessaires conformes aux règles de style. La communication de la décision quant à la publication, la publication après révision ou la non publication, sera motivée et sera faite dans les six mois suivant la réception. Les auteurs de travaux acceptés pour leur publication pourront être requis pour la correction d'épreuves d'impression, qui devront être renvoyées dans un délai d'une semaine. L'introduction dans les épreuves de modifications substantielles ne sera pas permise, celles-ci demeurant limitées à la correction d'erreurs ou des données ponctuelles par rapport à la version acceptée.

3. Sections de Jurisprudence, Pratique, Information et Documentation, et Bibliographie. En ce qui concerne les sections de *Jurisprudencia*, *Práctica*, *Información y documentación* et *Bibliografía*, chaque coordinateur, de manière générale, exercera un rôle d'organisation et d'impulsion au sein de sa section. Toutefois, cela n'exclut pas de possibles initiatives de la part des personnes intéressées à participer, qui devront se mettre en contact avec le coordinateur correspondant. Les collaborations pour les sections fixes seront envoyées directement à leurs coordinateurs.

La section *Jurisprudencia* a comme coordinateurs les Professeurs José Manuel Sobrino (j.sobrino@udc.es) pour le Droit international public et Santiago Álvarez pour le Droit international privé (santiago.alvarez@usc.es).

La section *Práctica* est coordonnée par le Professeur Francisco Aldecoa (faldecoa@cps.ucm.es).

La section *Información y documentación* est coordonnée par les Professeurs Joaquim J. Forner Delaygua pour le Droit international privé (jjforner@ub.edu) et Luis Hinojosa pour le Droit international public (hinojosa@ugr.es). Les contributions pour cette section auront un maximum de 15.000 caractères et la présentation sera faite à 1,5 espace sur papier au format DIN A4 (police de caractères Times New Roman, corps 12), sans division en rubriques, elles n'auront que les notes indispensables entre parenthèses dans le

corps du texte et elles n'incluront que exceptionnellement les documents qui peuvent être d'accès difficile.

Les coordinateurs de la section *Bibliografía* sont les Professeurs Carlos Esposito pour le Droit international public (carlos.esposito@uam.es), Elena Zabalo pour le Droit international privé (ezabalo@unizar.es) et Irene Rodríguez pour les Relations internationales (irene.rodriguez@usc.es). En principe, seuls seront publiés les recensions, les comptes rendus, ou les commentaires commandés par le coordinateur respectif. Les collaborations pour cette section auront un maximum de 7.000 caractères et la présentation sera faite à 1,5 espace sur papier au format DIN A4 (police de caractères Times New Roman, corps 12) avec les notes entre parenthèses dans le corps du texte. Toutefois, dans des cas exceptionnels, des recensions ou des comptes rendus pourront être acceptés sans avoir été commandés auparavant, en les faisant parvenir au coordinateur respectif afin que celui-ci puisse prendre une décision. En ce qui concerne cette section, les ouvrages envoyés à la *Revista* (aux coordinateurs, à la Directrice ou au Secrétaire, avec indication de la destination pour cette Section) seront inclus dans tous les cas dans une liste de livres reçus. Feuille de style détaillée à la page web de l'association.

4. Afin de garantir l'adéquate périodicité de la *Revista*, les originaux de toutes les sections doivent parvenir au Secrétaire ou à la Directrice avant le 15 janvier ou avant le 15 juillet, respectivement.

5. Tout inaccomplissement des présentes normes constituera une raison pour le rejet de l'original remis.

6. **Information.** Toute autre information pourra être obtenue à l'adresse d'Internet suivante: www.aepdiri.org/publications/redi-informacion.php ou bien entrant en contact avec le Secrétaire Antonio Pastor (Departamento de Derecho Internacional Público, Facultad de Derecho, Universidad Rey Juan Carlos, Paseo de los Artilleros, s/n, 28032 Madrid, antonio.pastor@urjc.es) ou avec la Directrice Alegría Borrás (Departamento de Derecho y Economía Internacional, Facultad de Derecho, Universidad de Barcelona, Diagonal, 684, 08034 Barcelona, Espagne, alegriaborras@ub.edu).

